

IL MATRIMONIO COME DIRITTO FONDAMENTALE PER LE PERSONE OMOSESSUALI TRA UGUAGLIANZA, RISERVATEZZA E AUTODETERMINAZIONE

di Elena Falletti*

Sommario: 1. Le tradizioni possono porre dei limiti alla rivendicazione di diritti fondamentali? 2. Il matrimonio e il principio di non discriminazione. 3. Uguaglianza e ordine pubblico. 4. Il diritto alla riservatezza e lo sviluppo della personalità. 5. Autodeterminazione e scelte terminologiche.

1. La personalità umana è un complesso divenire formato da più elementi che determinano il suo svilupparsi secondo le inclinazioni dell'individuo. Uno di questi è indubbiamente l'orientamento sessuale. Esso concerne la direzione verso la quale un individuo tende a concentrare la propria energia affettiva ed erotica nei confronti di un altro soggetto. Tale direzione viene definita in base ai sentimenti e ai desideri della persona¹. Perciò l'orientamento sessuale è il fulcro della personalità umana, della condizione personale ed è collegato al rispetto della dignità e della identità. Poiché è così direttamente inerente con la sfera degli affetti esso è parte delle esperienze essenziali della vita quotidiana come il nutrimento, il sonno, il pensiero, la comunicazione. Ad esso non è possibile negare rilevanza giuridica senza cadere in contraddizione con il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona e della tutela della sua dignità e personalità.

Discriminare le persone sulla base dell'orientamento sessuale fondandosi su argomentazioni ispirate alla tradizione significa perpetrare un modello discriminatorio che ancora colpisce nella realizzazione concreta di un equilibrio tra la vita familiare con l'accesso alle pari opportunità lavorative e di affermazione professionale per le donne² ed anche per le persone il cui colore di pelle diverso indica la loro origine straniera³.

Negare cittadinanza al diritto del matrimonio alle persone di orientamento omosessuale in forza di questa loro insopprimibile caratteristica rifacendosi alla nota tradizione romanistica la quale asseriva che "*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*" (*Digesto, 23, II, fr. I*), significa avvalorare, nell'ambito del diritto delle persone e della famiglia quella tradizione che designava la schiavitù quale istituto dello *iuris gentium*⁴, la negazione ai membri della famiglia di una propria capacità a favore del *pater familias*, il quale aveva addirittura un *vita necisque potestas*⁵ sui propri figli. Le argomentazioni di stampo tradizionalistico che affondano le loro radici nel diritto romano non riescono ad apportare un contributo costruttivo a questo dibattito legate come sono ad una *Weltanschauung* arcaica e non più accettabile in una società che si possa considerare moderna e liberale. I diritti fondamentali sono stati rivendicati nel nome dell'uomo e del cittadino e riguardano l'essenza medesima dell'umanità, di un rapporto tra persone che riconoscono pari empatia alle esigenze degli altri individui poichè accomunati dalla medesima condizione umana. Si tratta di un riconoscimento di umanità, prima che giuridico, della manifestazione di una essenza della persona che non può essere soffocata o repressa.

Il diritto al matrimonio è infatti uno di quei diritti fondamentali universalmente riconosciuto⁶

* Ricercatore di diritto privato comparato, Università Carlo Cattaneo -LIUC, Castellanza (VA). Relazione preparata per il colloquio di Ferrara del 26 febbraio 2010 "Amicus Curiae" sul tema La "società naturale" e i suoi "nemici". Il paradigma eterosessuale del matrimonio". www.amicuscuriae.it

1 G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*. Giuffrè, Milano, 2007, p. 15.

2 International Labour Organization, PR No.13 - *Report of the Committee on Gender Equality - Sixth item on the agenda: Gender equality at the heart of decent work (general discussion)*, Geneva, 2009, p. 5.

3 M. AMBROSINI, *La fatica di integrarsi. Immigrati e lavoro in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2001; K. CALAVITA, *Immigrants at the margins: law, race, and exclusion in Southern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 58.

4 C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 10 ed., Rubettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 140.

5 C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 155.

6 Art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti umani approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre

all'essere umano, che in quanto tale, giunto in una età appropriata, desideri condividere almeno un segmento del proprio percorso esistenziale insieme ad un'altra persona.

2. Il modello eterosessuale del matrimonio fondato sulla visione sacra della riproduzione umana ha dominato per millenni⁷ poiché intimamente legato al mistero della procreazione⁸. Al momento scienza e tecnologia hanno svelato tale mistero e le attuali possibilità e competenza dell'intervento medico⁹ nel processo procreativo possono venire contestate o negate solo da chi rifiuta la contemporaneità. La rottura provocata dalla scienza del legame tra sessualità e riproduzione è stata il preludio di un ulteriore fenomeno: il rapporto sessuale fra un uomo e una donna non costituisce più la condizione essenziale per realizzare l'evento della nascita, essendo possibile arrivare alla generazione di un altro essere umano con l'ausilio di tecniche artificiali.

In questa prospettiva la procreazione diventa un atto di libera scelta individuale non più vincolato allo scopo esclusivo della perpetuazione della discendenza cui trasmettere il patrimonio familiare, ma un momento di scelta di vita consapevole. Tale realtà ha posto di fronte alla scelta procreativa gli individui che responsabilmente intendano compierla in modo anche indipendente dal loro orientamento sessuale e l'ha scardinata dalla celebrazione del matrimonio. Il matrimonio, quindi, viene vissuto come scelta personale di comunione con un'altra persona, anche in via autonoma dal sesso del coniuge. Ciò è successo in tutti quei Paesi europei ed extraeuropei che hanno riconosciuto validità legale ai matrimoni e alle unioni tra le persone del medesimo sesso ed altresì le istituzioni comunitarie invitano alla cancellazione delle discriminazioni (a questo proposito si deve rammentare la Risoluzione sulla parità dei diritti delle persone omosessuali nella Comunità europea dell'8 febbraio 1994 e quelle che l'hanno seguita nel 2000, nel 2006 e nel 2009).

D'altro canto non tutti i matrimoni tra persone eterosessuali sfociano nella filiazione e non per questo fatto a quelle persone coniugate ma senza figli deve essere interdetto il matrimonio, esclusivamente per adeguarsi ad una situazione che coinvolge la maggioranza dei soggetti eterosessuali. Sotto questo profilo si negherebbe alla persona il diritto di scegliere per sé, secondo autodeterminazione, per conformarsi al modello della maggioranza.

Basare la negazione dell'accesso al matrimonio sul fatto che esso, in quanto tra persone dello stesso sesso sia sterile e incapace di procreare, svaluta il ruolo dell'individuo quale fautore di sé secondo il principio di autodeterminazione, nonché discrimina quelle persone che non sono in grado di procreare per motivi di natura biologica. Quale completamento del percorso sociale ed evolutivo sopra illustrato si deve sottolineare che questa è una decisione che spetta al singolo individuo, e non all'ordinamento statale con divieti legislativi di natura pubblicistica; salvi i limiti posti dall'ordinamento penale sulla libertà del consenso del soggetto e in materia di divieto dell'incesto, il cui divieto viene riconosciuto, seppur con differenti sfumature, quale regola universale¹⁰.

Ciò posto vi è da sottolineare un ulteriore aspetto in materia di divieto di discriminazione. Esso è esplicitamente fatto proprio dall'ordinamento comunitario e quindi recepito nell'ordinamento interno attraverso la nuova vigenza del Trattato di Lisbona che richiama la Carta europea dei diritti fondamentali all'art. 21. Sotto questo profilo viene realizzata una discriminazione di natura terminologica ogni volta che si parla di individuo di orientamento eterosessuale e di individuo di orientamento omosessuale. Come ogni distinzione terminologica questa nasconde una distinzione di

1948.

7 Per esperienze matrimoniali diverse da quella rigorosamente eterosessuale, si veda, L. MAIR, *Il matrimonio: un'analisi antropologica*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 44

8 S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006; M. BETTINI, *Affari di famiglia*, Il Mulino, Bologna, 2009

9 A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano 2002, p. 27.

10A. P. WOLF, A. H. DURHAM, *Inbreeding, Incest, and the Incest Taboo: The State of Knowledge at the Turn of the Century*, Stanford University Press, Stanford, 2004, p. 109; F. REMOTTI, *I sistemi di parentela*, Loescher, Torino, 1974, p. 73.

ordine concettuale. Le persone vengono discriminate già solo sulla circostanza della distinzione tra eterosessualità ed omosessualità, caratteristiche dell'identità, in quanto il centro della protezione garantita dalla legge è la persona, di conseguenza è l'ordinamento che deve essere al servizio dell'individuo, non il contrario.

3. L'uguaglianza è un punto di arrivo. Si raggiunge questo traguardo attraverso l'eliminazione degli spazi conquistati alla discriminazione. Nello specifico con il riconoscimento del diritto di sposarsi anche per le persone di orientamento omosessuale si permette "che sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale"¹¹. Se, come affermato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza, il valore meritevole di tutela è l'orientamento psicosessuale della persona quale fattore essenziale alla realizzazione personale, le persone di orientamento omosessuale si trovano discriminate nei confronti delle persone transessuali che abbiano contratto il matrimonio in precedenza alla loro operazione di mutamento di sesso. Infatti, l'art.4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, che regola tale materia, fa riferimento alle successive modificazioni della legge 1 dicembre 1970, n. 898. Tra queste va registrata quella apportata dall'art. 7, della legge 6 marzo 1987, n. 74 all'art. 3 della legge 898/1970, la quale afferma che quando la rettificazione di sesso di uno dei coniugi è passata in giudicato con sentenza, ciascun coniuge può domandare lo scioglimento degli effetti civili del matrimonio. Qualora questi non lo facesse, considerato che si tratta di una potestà esclusiva di ciascun coniuge, non essendo prevista la legittimazione attiva del pubblico ministero, l'ordinamento riconoscerebbe validità ad un matrimonio tra persone del medesimo sesso. Questo è il punto più profondo della violazione del principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione tra persone di orientamento omosessuale e quelle transessuali coniugate che abbiamo mutato il loro sesso di nascita.

Vi sono molte altre discriminazioni di ordine sociale sofferte dalle persone di orientamento omosessuale che la Repubblica ha il compito di rimuovere, in tema di uguaglianza tra le coppie eterosessuali coniugate e quelle omosessuali. Si ricordano a questo proposito, a mero titolo esemplificativo, le discriminazioni di natura previdenziale, sanitario, ereditario, fiscale, assistenziale dove i diritti di queste persone o vengono ignorati o concessi per generose iniziative dei singoli¹², nonostante il ruolo di contribuenti rivestito dalle persone di orientamento omosessuale in quanto cittadini che producono reddito sulla base del loro lavoro e ne subiscono l'imposizione fiscale.

Ci si può domandare se l'argomentazione relativa alla contrarietà all'ordine pubblico interno possa vanificare la bontà delle suesposte argomentazioni. Come affermava il poeta "Nessun uomo è un'isola" e neppure gli ordinamenti possono restare isolati, soprattutto in tempi di intensi scambi personali, culturali e giuridici come questi che stiamo vivendo. L'ordinamento interno deve confrontarsi obbligatoriamente con le situazioni di coppie dello stesso sesso che vedono riconosciuta e formalizzata la loro unione altrove e ne chiedono il riconoscimento in Italia. La giurisprudenza che si era occupata della questione ha affermato che il riconoscimento di matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero manca del collegamento funzionale con l'ordinamento straniero e che il ragionamento che lo nega è svolto su un piano rigorosamente giuridico senza alcun "giudizio di valore sull'ammissibilità e dignità dell'unione in esame"¹³. Come se fosse realisticamente possibile valutare l'aderenza delle norme alle fattispecie concrete rimanendo ciechi di fronte alla valenza delle fattispecie esaminate. L'ordine pubblico, quindi, è una giustificazione di natura formale per legittimare il rifiuto dell'ordinamento a trattare il problema della discriminazione subita dalle persone di orientamento omosessuale in tema di riconoscimento del matrimonio.

11 Corte cost., 23 maggio 1985, n.161

12 "Avrà la licenza per le nozze lesbiche" da La Stampa, 19 febbraio 2010, Cronaca di Torino, p. 67.

13 Trib. Latina, 10 giugno 2005.

4. Il diritto alla riservatezza è sorto come diritto umano nel momento in cui l'individuo ha percepito un bisogno di separazione fisica ed emotiva dai propri simili: i diritti umani dipendono sia dal possesso di sé e del proprio corpo, sia dal riconoscimento che tutte le altre persone siano padrone di sé stesse¹⁴. Si tratta di una nozione profondamente presente nella storia giuridica occidentale e concerne il continuo innalzamento della soglia del pudore sull'espletamento delle funzioni fisiche, corporali e sessuali: con il tempo infatti le persone iniziarono a dormire o a mangiare da sole o soltanto con i familiari¹⁵. Dall'estromissione degli altri individui dalla vita personale si giunse infine all'estromissione delle autorità statali. L'esperienza comparatistica suggerisce che esista un diritto dei singoli a definire la propria esistenza senza interferenze da parte delle autorità statali¹⁶. In questo senso il diritto alla riservatezza riguarderebbe il diritto degli individui, singoli ovvero sposati, di sottrarsi dalle intrusioni governative ingiustificate in ambiti così importanti che coinvolgono la vita intima delle persone¹⁷.

Alla luce di quanto finora esposto, sarebbe evidente come una caratteristica non violenta della personalità dell'individuo, quale l'orientamento sessuale che viene manifestata nella sfera della vita privata, non possa essere considerata il motivo per negare protezione ai diritti fondamentali. Gli effetti verso i terzi e lo Stato di tale caratteristica, quali quelli fiscali, previdenziali, assistenziali, sanitari, e così via, hanno una duplice valenza egalaritaria. Da un lato vengono riconosciuti a quei soggetti che si trovino in una certa situazione personale, ovvero il rivestimento dello status di coniuge; dall'altro non comportano pubblico scandalo poiché rimane comunque interdetto tanto alle persone di orientamento omosessuale quanto a quelle di orientamento eterosessuale di compiere comportamenti criminosi quali gli atti osceni in luogo pubblico.

Ulteriormente, onde giustificare la discriminazione di una condizione soggettiva della personalità umana¹⁸ si è spesso fatto riferimento a clausole di salvaguardia relative "all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica e alla salute pubblica, alle attività economiche, allo stato civile e di famiglia e ai diritti riproduttivi, all'istruzione e alla religione"¹⁹. Tali clausole di salvaguardia, contenute in formule vaghe, fonderebbero pratiche discriminatorie del tutto ingiustificate sotto il profilo del rispetto della riservatezza dell'individuo. Vi è un ulteriore aspetto: attraverso le medesime verrebbe consentita l'intrusione nella vita privata degli individui per ragioni di natura pubblicistica violando la dignità e il diritto di manifestazione della personalità dei soggetti sottoposti a tali investigazioni.

5. In una materia delicata come questa, dove la discriminazione si realizza anche attraverso il sottile uso delle parole, tanto nel linguaggio comune quanto in quello giuridico, parrebbe opportuno proporre una riflessione di natura terminologica. I detrattori del riconoscimento del diritto di sposarsi per le persone di orientamento omosessuale fanno riferimento al dettato costituzionale contenuto nell'art. 29 della Carta fondamentale il quale al primo comma afferma che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio", ma né nel primo comma né nel secondo comma specifica alcunché sulla differenza di sesso tra i "coniugi" facendovi riferimento soltanto all'eguaglianza morale e giuridica. I fautori dell'interpretazione storica di tale articolo affermano che ai tempi della sua stesura era assolutamente impensabile soltanto parlare di nozze accessibili alle persone di orientamento omosessuale.

"Società naturale", "eguaglianza morale e giuridica", "coniugi" sono concetti che non vanno intesi storicamente, ma attualizzati nel contesto vivente della società, poiché la Carta costituzionale deve vivere di autonomia propria e consistere in un ponte tra le generazioni passate e future che in essa si

14 L. HUNT, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Editori Laterza, Bari - Roma, 2010, p.15.

15 L. HUNT, *La forza dell'empatia*, cit.

16 *Planet Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U. S. 833 (1992), in tema di aborto.

17 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), in tema di aborto.

18 G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali*, cit., p. 29

19 Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008 (2007/2145(INI)), n.37.

riconoscano e ne condividano i valori. Né si deve attribuire ai suddetti concetti una sfumatura legata al genere dei consociati che accedono al matrimonio poiché la "natura" in se stessa è inclusiva, non esclusiva, verso il genere essendo riconducibili in essa tutti i viventi.

Il ruolo previsto nella coppia dal "marito" piuttosto che dalla "moglie" concerne una funzione etichettabile su modelli di sviluppo sociale connessi con passaggi dell'evoluzione della specie umana ormai pressoché scomparsi, legati sostanzialmente al procacciamento del cibo²⁰, oggi facilmente reperibile con processi di produzione e distribuzione industrializzata, quasi avulsi dall'origine naturale del nutrimento.

Il termine "coniuge", proprio sia del linguaggio giuridico sia di quello comune, riesce a superare la discriminazione terminologica finora subita dai soggetti di orientamento omosessuale che intendono sposarsi. Esso consente l'esercizio di diritti fondamentali dei soggetti di orientamento omosessuale al pari di quelli di orientamento eterosessuale quali quello all'autodeterminazione di sé, al matrimonio, allo sviluppo della personalità. Inoltre, l'utilizzo di tale termine permetterebbe il superamento della classificazione realizzata con termini, per non definirli etichette, "eterosessuale" piuttosto che "omosessuale", aprendo la via al pieno sviluppo della personalità di tutti i soggetti indipendentemente dalle loro condizioni sociali quale quella di natura sessuale. In conclusione, la sostituzione del termine "coniuge" da parte della Corte costituzionale nel testo delle norme relative alla disciplina degli adempimenti formali e sostanziali del "marito" e della "moglie" consentirebbe il superamento della incostituzionalità della norma implicita nell'ordinamento che vieta il matrimonio ai nubendi dello stesso sesso.

20 E. FRIEDL, *Women and Men. An Anthropologist's View*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1975, p. 19.