

MASSIMO VILLONE

QUESTIONI GIURIDICHE CONNESSE AGLI ORIENTAMENTI SESSUALI E ALLE IDENTITÀ DI GENERE¹

Per il costituzionalista, parlare di pluralità e diversità evoca immediatamente il principio di eguaglianza, elemento strutturalmente fondativo della nostra Costituzione, e non solo. Da più di duecento anni – dalla Rivoluzione Francese in poi – è uno dei pilastri del costituzionalismo moderno, Sembrerebbe dunque di trovarsi su un terreno solidissimo. Eppure l'esperienza anche recente pone esempi molteplici in senso contrario.

Non più di quattro giorni fa, il 9 febbraio 2015, la Corte di cassazione con la sentenza 2400 del 2015 si è espressa su tematiche che rientrano tra quelle che trattiamo stamattina. Qual era il problema? Una coppia omosessuale chiede all'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio. Il funzionario respinge la domanda perché matrimonio tra persone dello stesso sesso non è consentito nel nostro ordinamento giuridico, richiamando in questo una serie di precedenti sia di giudici ordinari che della stessa Corte costituzionale. Il diniego viene impugnato, e i ricorsi sono respinti. La Corte di cassazione conferma, anche rifiutando di solle-

1 Il testo è la trascrizione, sostanzialmente senza modifiche, della relazione da me svolta nel convegno su *Diversità vs pluralità: valorizzando le differenze*, Napoli, 13 febbraio 2015. Va segnalato che è stata successivamente approvata la legge 20 maggio 2016, n. 76, recante *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in G.U. 21 maggio 2016, n.118. Mentre non è questa la sede per un commento alla legge, si potrà qui segnalare che nelle scelte legislative si riflettono esattamente le problematiche trattate nel testo. La legge non ha infatti puntato a soluzione egualitarie, ed anzi i contrasti interni alla maggioranza hanno condotto su alcuni punti a esaltare le differenze. Così è accaduto, ad esempio, per la cd. *stepchild adoption*, conclusivamente espunta dal testo, e per la cancellazione dell'obbligo di fedeltà. Sul primo punto va anche segnalato che la previsione di "casi particolari" nella legge sulle adozioni (art. 44 l. 184/1983) potrà consentire un recupero per via giurisprudenziale. V. sul punto la recentissima Cass., I sez. civ., n. 12962 del 22 giugno 2016, che ha confermato la pronuncia della Corte di Appello di Roma con la quale era stata accolta la domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre.

vare la questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, con l'argomento che il giudice delle leggi si era già espresso.

Vediamo sancita una diseguaglianza: si proibisce ad alcuni quel che si consente ad altri. Ed è solo un episodio di una vicenda che va avanti da anni. Un primo decisivo passaggio lo troviamo nel 2010, in una sentenza della Corte costituzionale (138/2010). Già questo ci segnala il grave ritardo in cui versa il nostro paese, perché quando la questione arriva al giudice di costituzionalità in Europa molti paesi hanno riconosciuto le unioni civili o esteso il regime del matrimonio anche alle coppie non eterosessuali. Se eravamo allora in ritardo, lo siamo ancor più oggi.

Con la sent. 138/2010 la Corte costituzionale si pronuncia sulla stessa questione posta alla Corte di cassazione, prima richiamata. Tutto parte da una richiesta di pubblicazioni matrimoniali che viene respinta dall'ufficiale di stato civile, con gli stessi argomenti. La Corte costituzionale in questa sentenza dice essenzialmente due cose, una negativa e una positiva. Quella negativa è che la Corte assume una nozione di matrimonio storicamente data. La Costituzione italiana dispone nell'art. 29 che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, che quindi ha uno specifico rilievo costituzionale. Ma quale significato dobbiamo assegnare alla parola matrimonio?

Qui troviamo il punto negativo della sentenza 138, che per un verso pone ostacolo all'evoluzione successiva. Infatti, la Corte assume un concetto storicamente dato di matrimonio come rapporto che sorge tra persone di sesso diverso, argomentando che al momento della stesura della Costituzione – come sapete l'Assemblea costituente lavora a partire dalla metà del 1946 fino al dicembre 1947 – i costituenti erano consapevoli dell'omosessualità, e però non ne tennero alcun conto. Guardarono invece al concetto tradizionale di matrimonio così come configurato in quel momento anche dalle leggi e in particolare dal codice civile del 1942. In sostanza la Corte dice che nell'art. 29 della Costituzione fu trasfuso un concetto di matrimonio disegnato da una legge anteriore alla stessa Costituzione, nella quale il matrimonio era riferito in modo esclusivo alla coppia eterosessuale.

È una interpretazione storica e riduttiva del matrimonio richiamato nell'art. 29 della Costituzione. Considerando che la Corte si pronuncia nel 2010, sarebbe stata possibile una lettura diversa, consapevole dell'oggi piuttosto che volta al passato. Pur assumendo in premessa che nel nostro ordinamento giuridico il matrimonio nasce come rapporto di coppia stabilito e giuridicamente riconosciuto tra persone di sesso diverso, l'evolversi del costume e del sentire collettivo avrebbe consentito di dire che il rap-

porto di coppia in discussione non doveva essere più letto in via esclusiva come rapporto tra persone necessariamente di sesso diverso. A questo poteva giungersi con una interpretazione evolutiva del dettato costituzionale. Una tecnica interpretativa del tutto fisiologica con le Costituzioni, scritte per durare, e per le quali è del tutto normale che il lavoro dell'interprete si svolga a distanza di un tempo anche lungo dal momento in cui la Costituzione nasce.

La Corte avrebbe dunque potuto, e probabilmente dovuto, seguire questa diversa via. Perché certamente nel tempo trascorso dalla stesura della Costituzione il sentire comune è profondamente cambiato, e l'evoluzione è indiscutibile. Ne vediamo il riflesso anche nelle legislazioni di molti altri paesi. Ma la Corte nega la possibilità di una interpretazione diversa da quella data, affermando che una siffatta lettura avrebbe dato luogo a una interpretazione non evolutiva ma creativa, introducendo nella norma qualcosa che assolutamente non c'era in precedenza. Un ragionamento debole, in quanto ogni interpretazione evolutiva produce esattamente questo effetto. Per contro, una riduttiva interpretazione storica volta alla esatta ricostruzione della *mens legis* rischia di sminuire la capacità della Costituzione di rimanere aderente alle sempre mutevoli condizioni del paese di cui è fondamento, con grave danno per la sua effettività.

Con la scelta interpretativa della Corte, che riporta il matrimonio di cui all'art. 29 della Costituzione al codice civile del 1942, una porta si chiude. Nella sent. 138 troviamo però un punto positivo nel fatto che la Corte apre su un altro versante. Se da un lato infatti nega che l'art. 29 Cost. offra protezione costituzionale diretta alle coppie non eterosessuali, dall'altro individua per queste coppie una protezione data dall'art. 2. Il dettato costituzionale è volto a proteggere la persona come tale, nei suoi diritti fondamentali e inviolabili, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. La coppia è una di queste formazioni, nella quale si svolge la personalità individuale. Quindi, chi è parte del rapporto di coppia è titolare di quei diritti fondamentali e inviolabili, che sono i diritti della persona umana richiamati all'art. 2. Una protezione negata nell'art. 29 Cost. si ritrova nell'art. 2. Ma non sfuggono elementi di debolezza. La Corte infatti afferma che spetta al legislatore individuare e definire i diritti da riconoscere per la coppia diversa da quella eterosessuale. Quindi, è necessario passare attraverso una scelta politica tradotta in legge. Alla stessa Corte spetta un ruolo residuale: qualora fosse doveroso riconoscere un diritto, e questo venisse invece pretermesso dal legislatore, la Corte potrebbe intervenire. Nel caso, quindi, che il mancato riconoscimento si traducesse nella lesione di un bene costituzionalmente protetto.

È chiaro dunque che la protezione costituzionale c'è, ma la via per il riconoscimento può essere tortuosa e disagiata. Diverso sarebbe stato l'esito di una lettura ampia ed evolutiva del matrimonio ex art. 29. In ogni caso, dopo la sent. 138/2010 abbiamo pronunce della Corte di cassazione che assumono e sviluppano il ragionamento fatto dalla Corte costituzionale. Sono la I Sez. civ., n. 4184 del 15 marzo 2012 sulla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, e la 2400 del 2015 di cui abbiamo già detto, sulle pubblicazioni matrimoniali. Quindi il tema è sempre lo stesso se il rapporto di coppia tra persone non di sesso diverso abbia diritto d'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano.

Sopravviene poi la sent. 170/2014 della Corte costituzionale, sul cd. divorzio obbligatorio, che per un verso si lega alla precedente sent. 138/2010. Vedete quante pronunce di grande rilievo sono intervenute nel corso di pochi anni: due della Corte costituzionale, due della Corte di cassazione, indizio evidente di una pressione forte sulla strumentazione di tutela dei diritti. Una pressione che si inserisce in un contesto molto più ampio dell'Italia – come ci dice la giurisprudenza anche a livello europeo – nel quale queste tematiche sono in evoluzione.

La sent. 170/2014 trae origine da un caso di cambiamento di sesso. Per la norma vigente al momento della pronuncia della Corte il cambiamento di sesso di uno dei coniugi nell'ambito del matrimonio – quindi siamo per definizione in un rapporto eterosessuale, perché solo così poteva nascere la questione – porta automaticamente, senza richiesta e senza possibilità di rifiuto da parte degli interessati, alla cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il matrimonio viene di diritto dissolto, coerentemente con la premessa che il rapporto matrimoniale può sussistere soltanto tra persone di sesso diverso. Ma accade che una coppia voglia invece mantenere in vita il rapporto coniugale nonostante il sopravvenuto mutamento di sesso. Quindi si oppone alla cancellazione automatica del vincolo matrimoniale. In tal senso invece procede l'ufficiale di stato civile che ritiene la cancellazione doverosa in quanto il diritto vigente non consente alternative. In sede di ricorso viene sollevata la questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, che conferma il quadro argomentativo già posto con la sentenza 138 del 2010. Ribadisce quindi che il matrimonio di cui all'articolo 29 Cost. è soltanto quello intercorrente tra persone di sesso diverso, mentre le altre coppie trovano protezione nel concetto di formazione sociale di cui all'art. 2. Ribadisce altresì che debba essere il legislatore ad individuare i diritti di cui sono titolari ai sensi dell'art. 2 Cost. queste coppie, e però anche assume che nella specie ci si trova di fronte a un diritto che deve essere riconosciuto, e per il quale quindi la Corte può in qualche modo intervenire.

Una pronuncia segnata da un'ambiguità, che discende in ultima analisi dalla precedente sent. 138/2010. È una pronuncia cd. additiva, con la quale la Corte dichiara la illegittimità costituzionale di una omissione: la norma è costituzionalmente illegittima in quanto "non" prevede qualcosa. Quindi nel dichiarare la incostituzionalità è come se la Corte scrivesse un pezzo della regola giuridica, riempiendo un vuoto nel tessuto normativo. Ma nella sent. 170 la Corte dice: la norma è costituzionalmente illegittima in quanto non prevede che la coppia possa continuare nel rapporto qualora la voglia. Quindi il diritto è quello della coppia di rimanere tale, se vuole. Non però nel matrimonio, perché il matrimonio è soltanto quello riferibile alla coppia eterosessuale. Ne segue che la Corte dichiara l'illegittimità della norma in quanto non prevede che la coppia possa rimanere vincolata in un rapporto giuridicamente rilevante, ma non individua poi il rapporto – comunque diverso dal matrimonio – applicabile alla coppia in questione. Questo spetta al legislatore. Se è vero che il diritto esiste e la norma è illegittima in quanto non lo assicura, è anche vero che è compito di altri provvedere. Quindi un elemento di ambiguità e di incertezza. Assumendo che debba essere il legislatore a provvedere, medio tempore che cosa accade, a partire dalla sentenza della stessa Corte, per la quale la legge perde efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale? La cancellazione disposta dall'ufficiale di stato civile rimane in piedi? Pur se adottata in base a una norma dichiarata illegittima? Ovviamente qui la Corte sta censurando la mancanza di una legislazione sulle cd. unioni civili, che sono appunto la via attraverso la quale il legislatore potrebbe assicurare il diritto di cui si discute. Ma tutto nasce dalla debolezza iniziale posta dal concetto di matrimonio assunto nella sentenza 138 del 2010. Se non ci fosse stato quell'ostacolo, la Corte avrebbe potuto completare il suo argomentare nella sentenza 170 semplicemente costruendo la sua pronuncia additiva come dichiarazione di illegittimità in quanto la legge non prevede che il vincolo del matrimonio possa proseguire laddove tale sia il volere della coppia interessata. A tale formulazione la Corte non può giungere perché si porrebbe in diretta contraddizione con la precedente sent. 138. La sent. 170 indica che con la precedente pronuncia la Corte ha posto un punto fermo che non intende rimuovere.

Quali conclusioni possiamo trarre da questa vicenda? Il principio di uguaglianza è – come abbiamo detto – un pilastro del costituzionalismo moderno. Ma dobbiamo anche capirne i limiti, soprattutto nella lettura della Corte costituzionale. Il principio dipende essenzialmente dal punto di vista che si assume, ed è talvolta come un gioco di specchi, che possono restituire un'immagine diversa dello stesso oggetto. Una formulazione usual-

mente adottata è: disciplina eguale per situazioni eguali, disciplina diversa per situazioni diverse. Questo ci dice che il principio di eguaglianza ha una sua intrinseca relatività, e c'è un modo di declinarlo che può essere debole oppure forte. Dove vediamo qui la forza, e dove la debolezza?

In questa materia, se guardiamo alla coppia troviamo un elemento di debolezza. Perché? Nella coppia una diversità c'è, se si tratta di coppia eterosessuale o omosessuale. Una è composta da un uomo e una donna, l'altra no. Quindi c'è una diversità che consente alla Corte costituzionale nella sentenza 138/2010 di dire seccamente che le due situazioni non sono assimilabili. La diversità non si può negare, e questo apre la via a una diversità di disciplina. Questo assunto è alla base del ragionamento della Corte nella sent. 138. Qui vediamo una declinazione debole del principio dell'eguaglianza, che mostra tutta la sua relatività.

Dove invece vediamo un punto di forza? Se consideriamo che la coppia è formata da persone ciascuna delle quali ha diritti che sono fondamentali e inviolabili. Lo stesso diritto a formare una coppia è fondamentale e inviolabile e quindi non può essere un po' meno diritto, un po' meno fondamentale, un po' meno inviolabile per la classificazione della persona in base al sesso. La persona come tale ha lo stesso diritto, quale che sia la classificazione che le sia applicabile. Forse è meno persona per questa o quella classificazione? Ovviamente no. Se è persona tal quale anche il suo diritto fondamentale e inviolabile deve essere diritto tal quale. E questo è esattamente il punto di forza sul quale anche la Corte costituzionale lascia una porta aperta.

In sostanza in questa materia sono i diritti che portano all'eguaglianza, e non l'eguaglianza che porta ai diritti. L'eguaglianza non riusciamo a radicarla nella situazione di coppie la cui diversità è innegabile, ma riusciamo a radicarla nei diritti delle persone che compongono le coppie, e la parità nei diritti delle persone porta alla eguaglianza delle coppie composte da quelle persone.

La chiave della problematica di cui ci occupiamo è dunque nell'ave-re uguali diritti. Questo è vero in generale quando si parla di pluralità e diversità. O si hanno uguali diritti o non è più pluralità e diversità, ma discriminazione e marginalizzazione. Se io non ho i miei pieni diritti, sono comunque segnato da un meno e la diversità che comporta un meno è discriminatoria. Se invece nella diversità sono garantiti uguali diritti allora quella diversità è pluralità.

Questa è la via che rimane aperta, e dobbiamo sapere che non è agevole. Abbiamo visto come la Corte costituzionale riservi a se stessa un ruolo, ma con prudenza e forse addirittura riluttanza. Quindi il compito principale

rimane affidato al legislatore, e di conseguenza alla politica. Per i temi specifici di cui mi sono oggi occupato, troviamo una conferma esplicita anche nella giurisprudenza europea. L'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che formalmente si riferisce all'unione matrimoniale eterosessuale, non esclude ma nemmeno impone che gli Stati estendano il modello matrimoniale anche alle persone dello stesso sesso. L'art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, include il diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso protetta dall'ordinamento, ma non obbliga ad applicare a tali unione l'opzione del matrimonio. Quindi la scelta rimane affidata al legislatore statale: Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), *Schalk and Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010, *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012; *Hamalainen c. Finlandia* del 16 luglio 2014.

Quindi, è cosa affidata alla politica. E allora contano le tendenze generali, rileva che una formazione politica contratti il proprio appoggio al governo in cambio della rinuncia ad includere nella disciplina delle unioni civili l'adozione da parte della coppia omosessuale, come è accaduto in questi giorni. Viviamo in un sistema politico che spinge oggi verso soluzioni conservatrici, che non sono in genere favorevoli alle battaglie per i diritti. A questo punto, la via propriamente giudiziaria rimane aperta e bisogna seguirla, ma anche la via politica bisogna sapere che è decisiva. Se è vero che in politica i numeri contano, è vero anche che conta la determinazione a battersi per i propri diritti. Ed è questa determinazione che deve accomunarci oggi tutti nel perseguire gli obiettivi nei quali crediamo.