

Michele Fornaciari

CONSIDERAZIONI "POLITICHE" (E SCONSOLATE) SU MATRIMONIO, UNIONI DI FATTO E SESSO DEGLI INTERESSATI

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'art. 29 Cost. - 3. La possibile pluralità dei modelli di unione. - 4. Le unioni fra persone dello stesso sesso. - 5. Conclusione.

1. PREMESSA

Il matrimonio fra persone dello stesso sesso - dice la Cassazione - non è inesistente, ma (solo) inefficace¹.

Può darsi che in questo assunto possa scorgersi il bicchiere mezzo pieno; vale a dire il segno di un'evoluzione ed il preludio a sviluppi nel senso di una maggiore apertura verso questo fenomeno. Personalmente, non riesco però a rallegrarmene ed a cogliere in esso se non l'ennesima manifestazione dell'arretratezza del nostro ordinamento.

Mi rendo ben conto, ovviamente, della soggettività di tale giudizio e so perfettamente che quella che dal mio punto di vista è arretratezza per altri rappresenta, tutto all'opposto, un valore

¹ In tal senso Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, I, p. 2727, con nota di R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1691, con nota di F. CHIOVINI, M. M. WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, in *Guida al diritto* 14/2012, p. 17, con nota di M. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Int'l Lis* 2012, p. 7, con nota di M. M. WINKLER, *I matrimoni same-sex di fronte alla Corte di Cassazione*.

positivo. Rimane nondimeno il fatto che, mentre nel resto del mondo occidentale si assiste con sempre maggiore diffusione allo smantellamento del tabù dell'eterosessualità della famiglia, in Italia esso continua pervicacemente a resistere.

Per altro verso, non sto neppure dicendo che, sul piano del diritto positivo, si potesse fare molto di più: il quadro normativo è quello che è e, seppure questo non sempre preoccupi eccessivamente la Cassazione, difficilmente la soluzione avrebbe potuto essere diversa.

Il problema è più generale. Il problema è quello della cronica, opprimente, zavorra confessionale, che, a dispetto della dismissione di quella cattolica quale religione ufficiale, continua ad improntare non solo la mentalità spicciola del profano, ma la stessa riflessione giuridica e l'attività normativa, precludendo la possibilità di un approccio laico, e soprattutto sereno, a questa come ad altre materie (si pensi alla fecondazione assistita, al testamento biologico, alla ricerca sulle cellule staminali). Il problema, detto ancor più chiaramente, è quello di uno Stato Pontificio che, a distanza di 143 anni dalla breccia di Porta Pia, continua incomprensibilmente ed anacronisticamente ad esistere, sia pure ridotto ai minimi termini, e a condizionare pesantemente la vita dello Stato Italiano.

Chiaramente poste queste premesse assiologiche, e lasciando ad altri, più competenti, commenti, l'analisi *de iure condito*², vorrei dunque trarre spunto dalla pronuncia della Cassazione per svolgere alcune considerazioni di carattere generale, diciamo pure politico, sul tema in questione.

2. L'ART. 29 COST.

Per impostare correttamente il problema, occorre innanzitutto fare chiarezza su un punto, che, per quanto immediatamente evidente, non sempre risalta tuttavia con la dovuta evidenza; vale a

² Si vedano in proposito, anche per ulteriori indicazioni sul problema e sullo stato del relativo dibattito, i commenti citati nella nota 1. In argomento v. inoltre S. A. R. GALLUZZO, *La Cassazione va in "pressing" sul legislatore per introdurre regole in favore delle unioni gay*, in *Guida al diritto* 14/2012, pp. 14 ss.; C. MANASSERO, *Una lettura degli istituti "famiglia" e "matrimonio" sganciata dalle garanzie costituzionali*, in *Giur. merito* 2009, pp. 1227 ss.; M. M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, *ivi*, 2012, pp. 571 ss.

dire quello per il quale il tema delle unioni di fatto è più ampio, ma meglio sarebbe forse dire diverso *tout court*, da quello delle unioni fra persone dello stesso sesso.

Essi devono dunque essere affrontati separatamente.

Preliminarmente, occorre peraltro operare un chiarimento comune, e a quanto mi pare fondamentale, relativamente alla formula dell'art. 29 Cost., secondo il quale, com'è noto, «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Da parte dei difensori della regolamentazione attuale, tale formula viene letta nel senso che la Costituzione non solo avrebbe recepito, e dunque conferito copertura costituzionale, al modello tradizionale di famiglia, ma addirittura precluderebbe il riconoscimento e la tutela di forme differenti di unione, e pertanto sia delle unioni di fatto fra persone di sesso diverso sia, a maggior ragione, di quelle fra persone dello stesso sesso.

In realtà, ad una lettura non preconcepita e ideologicamente orientata, è agevole realizzare non solo che tale ultima implicazione è arbitraria, ma inoltre che, più a monte, lo stesso assunto fondamentale (quello relativo alla copertura costituzionale del modello tradizionale di famiglia) è assai meno scontato di quanto si assume.

Intanto, in generale, è bene ricordare che la costituzione, per quanto rigida, non è *tout court* immutabile. Anche ammesso che tanto l'assunto quanto l'implicazione, dei quali si è appena detto, fossero fondati, nulla impedirebbe dunque, laddove la visione dei costituenti fosse ritenuta superata, di modificare la norma, adeguandola al mutato quadro sociale ed alla mutata sensibilità maturata in merito al fenomeno in esame. Quello in questione è dunque un argomento che in ogni caso vale relativamente.

Come detto, è però sullo stesso piano della lettura del dato costituzionale che esso risulta debole.

Sul primo versante - vale a dire quello relativo all'arbitrarietà dell'implicazione circa la preclusione del riconoscimento e della tutela di forme differenti di unione (siano esse fra persone di sesso diverso oppure fra persone dello stesso sesso) - il punto è, molto semplicemente, che non si vede per quale motivo la copertura costituzionale della famiglia tradizionale dovrebbe avere un tale effetto. In generale, in tanto la protezione di un fenomeno osta infatti a quella di un altro, in quanto fra i due sussista un rapporto di incompatibilità, tale che l'uno esclude l'altro. Così nella fattispecie però non è. Al netto del generico *horror vacui* indotto, in taluni, da

qualunque innovazione rispetto allo *status quo*, e dall'altrettanto generica prospettazione di un non meglio definito rischio di degenerazione dei costumi, è infatti abbastanza evidente che la tutela delle unioni di fatto in realtà non inciderebbe in alcun modo sulla famiglia tradizionale; certo non più di quanto la tutela della filiazione naturale abbia indebolito la filiazione legittima, contribuendo anzi semmai ad elevare la tutela della filiazione in generale, quale che sia il contesto nel quale essa si colloca.

Quanto poi al secondo versante - vale a dire quello relativo alla non scontatezza dell'assunto circa la copertura costituzionale del modello tradizionale di famiglia - occorre innanzitutto rilevare che la Costituzione non contiene alcuna definizione del matrimonio. Quantomeno a prima lettura, sembrerebbe dunque doversi ritenere che sul punto essa non opera in realtà alcuna scelta, lasciando campo libero alla legge ordinaria.

È pur vero - precisamente su questo viene infatti in genere posto l'accento - che la Costituzione fa riferimento alla famiglia quale "società naturale", il che richiamerebbe inequivocamente il rapporto fra uomo e donna, finalizzato alla procreazione, o comunque la famiglia tradizionale e non differenti forme di unione.

L'argomento, apparentemente *tranchant* (a parte il più generale rilievo, di cui sopra, per il quale la costituzione può sempre essere cambiata), si rivela però, a meglio riflettere, assai meno decisivo. Ad una più attenta - ma neppure troppo sottile - lettura, risulta infatti abbastanza palese che la formula costituzionale è in realtà contraddittoria, risolvendosi in un vero e proprio non senso. Il matrimonio, in quanto istituto giuridico, non può infatti, per intima contraddizione, fondare una società "naturale": questa, in quanto tale, è un fenomeno ontologicamente pregiuridico, che non può fondarsi se non appunto su un dato di natura, ed in natura non esiste il matrimonio: esistono il sesso, le relazioni affettive, le convivenze. Per risolvere tale *impasse*, volendo ragionare in termini rigorosi, si danno dunque, a quanto mi pare, due possibilità: o "naturale" non significa pregiuridico, ma esprime soltanto il carattere personale del legame che insorge in forza del matrimonio, o il matrimonio di cui parla la norma non è l'istituto giuridico, bensì l'unione affettiva e di vita di due persone. Al di là del fatto che tanto in un caso quanto nell'altro la formula costituzionale finisce in definitiva per risolversi in una tautologia, a tal punto però delle due l'una: o la famiglia, che la Costituzione riconosce e tutela, è l'unione personale (non meglio definita) fondata sull'istituto

giuridico (esso pure non meglio definito) del matrimonio, oppure essa è puramente e semplicemente quella che emerge dal dato pregiuridico. Ebbene: tanto in un caso come nell'altro, è evidente che la Costituzione non contiene alcuna scelta in merito alle caratteristiche del fenomeno. Nel primo caso, essa rinvia infatti alla regolamentazione positiva del matrimonio; nel secondo, alla realtà sociale.

Certo, nel primo caso si può porre l'accento sulla concezione tradizionale del matrimonio e nel secondo sostenere che la società, alla quale l'unione fra due persone dà luogo, può dirsi "naturale" solo laddove le persone siano di sesso diverso ed abbiano formalmente manifestato la propria volontà di vita in comune. Questa rappresenta però, con ogni evidenza, un'opzione di valore, della quale nel testo costituzionale non v'è traccia e che arbitrariamente si pretenderebbe dunque imposta da tale testo, anziché dalle propensioni dell'interprete.

Ciò detto, non si vuole con questo negare che, all'epoca, a tutto i costituenti pensassero fuorché alle unioni di fatto, e tantomeno a quelle fra persone dello stesso sesso. Precisamente questo è però il punto: quella in questione non è una scelta dei costituenti, e neppure un presupposto implicito, laddove con tale espressione si voglia alludere ad un'opzione non espressa, ma comunque qualificante della regolamentazione dettata; più semplicemente, si tratta di una realtà non presa in considerazione e dunque, in sostanza, di un problema non affrontato, che, in quanto tale, non appare corretto pretendere di risolvere (nel senso della discriminazione della realtà in discorso) in base a tale regolamentazione.

D'altro canto, l'applicazione di una norma, dettata per un dato fenomeno, ad uno diverso, non contemplato dal legislatore e manifestatosi in seguito, rappresenta un'operazione ermeneutica del tutto ordinaria nei più svariati settori. Non si vede dunque per quale ragione altrettanto non dovrebbe avvenire in quello qui in esame. Tutto sta a vedere se tale operazione - vale in sostanza a dire la riconduzione all'ambito della famiglia di fenomeni non prefigurati dai costituenti (le unioni di fatto), o se non altro la non discriminazione di tali fenomeni - sia o meno giustificata. Questo è per l'appunto l'oggetto delle considerazioni che troveranno luogo nei prossimi paragrafi.

Si tratta, ovviamente, di una scelta ideologica. Quello che però è importante sottolineare, ed a questo miravano appunto i rilievi sin qui svolti, che proprio questo è, in generale, il terreno di scontro

delle contrapposte visioni; che anche l'opinione contraria al riconoscimento delle unioni di fatto, fra persone di sesso diverso o fra persone dello stesso sesso, si pone cioè sul piano in questione (quello delle scelte ideologiche) e non su quello, più neutro e tecnico, dell'interpretazione del disposto costituzionale.

3. LA POSSIBILE PLURALITÀ DEI MODELLI DI UNIONE

Operato tale chiarimento, preliminare ma, come detto, di importanza fondamentale, per quanto più da vicino concerne il tema delle unioni di fatto in generale (o, se si preferisca, fra persone di sesso diverso) a me pare che, tanto dagli avversari del riconoscimento quanto dai suoi fautori, il problema sia mal impostato, laddove entrambi, sia pure in prospettiva opposta, contrappongono il matrimonio, quale istituto unico ed unitario, alle unioni di fatto, anziché porre l'accento sulla modulabilità del primo e sulla libertà dei soggetti di scegliere un rapporto non regolamentato.

Mi spiego meglio.

Sia per gli avversari sia per i fautori del riconoscimento delle unioni di fatto, le realtà da prendere in considerazione sono due sole: le unioni formalizzate e quelle non formalizzate; gli uni ritengono che solo le prime diano vita ad una famiglia e meritino pertanto riconoscimento e tutela; gli altri ritengono invece che anche le seconde debbano essere riconosciute e tutelate, se non come famiglia, quantomeno come formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'uomo, ex art. 2 Cost. Per gli uni si ha dunque da un lato la famiglia, fondata sul matrimonio, dall'altro il nulla giuridico; per gli altri si ha invece da un lato la famiglia fondata sul matrimonio, dall'altro quella fondata sull'unione di fatto, entrambe riconosciute e dotate di un proprio, differente, statuto. A mio avviso, invece, i modelli a disposizione dovrebbero essere in numero maggiore e dovrebbero contemplare sia l'unione di fatto, non disciplinata, sia una pluralità di possibili regolamentazioni. Premesso che regolamentazione significa previsione di una serie di diritti e di obblighi, per un verso non vedo infatti perché ai soggetti, maggiorenni e responsabili delle proprie azioni, non debba essere lasciata la libertà di instaurare un rapporto di mero fatto, che non implichi né diritti né obblighi; per altro verso non vedo però perché la scelta per la regolamentazione debba necessariamente essere nei termini di un prendere o lasciare, riferito ad un unico

pacchetto preconfezionato di diritti/obblighi, senza alcuna possibilità di scelta.

Chi l'ha detto, infatti, che la disciplina del rapporto familiare debba necessariamente essere unitaria? Quale irreparabile degrado, preludio ad una più generalizzata dissoluzione morale e sociale, dovrebbe provocare l'introduzione di una maggiore flessibilità?

Se un soggetto vuole costituire una società, lo Stato gli mette a disposizione diversi modelli: snc, srl, spa, ecc.... Ciascuno di questi è caratterizzato da un differente complesso di diritti/obblighi ed il soggetto può scegliere quale di tali complessi meglio si confà alle sue esigenze. Ecco: è così sconvolgente pensare che altrettanto possa valere anche per quanto concerne la famiglia? A quale inaccettabile catastrofe dovrebbe condurre, per non portare che un paio di esempi, consentire che i coniugi, non avendo in programma che uno di essi si dedichi alla casa e l'altro lavori all'esterno, ma desiderando entrambi, su un piano di parità, tanto dedicarsi alla casa quanto realizzarsi nel lavoro, possano prevedere che, in assenza di figli, in caso di separazione/divorzio non vi sia luogo alla corresponsione di assegni di mantenimento? oppure ammettere la scelta fra un regime di scioglimento in due tempi (separazione e poi divorzio), come quello attualmente in essere, ed uno più immediato (e magari - per i masochisti - anche uno più articolato)?

Cosa osta insomma, detto in generale, a prevedere (oltre alla non regolamentazione *tout court*) diverse possibili soluzioni, diversi complessi di diritti/obblighi, più o meno comprensivi, fra i quali i soggetti possano liberamente - e, vorrei aggiungere, matutamente - scegliere?

Di certo, avverso tale prospettiva non potrebbe essere opposto alcun ostacolo di tipo costituzionale. Fermo restando che vale anche a questo proposito quanto già detto sopra circa il fatto che, anche ammessa in ipotesi la presenza di tale ostacolo, la costituzione può sempre essere modificata, è infatti del tutto evidente che per quanto concerne la regolamentazione della famiglia essa non pone alcun tipo di vincolo. Non dice, ad esempio, se il matrimonio debba essere inscindibile o meno; se il regime patrimoniale della famiglia debba essere quello della comunione oppure quello della separazione dei beni; e così via. Tant'è che nel corso degli anni questi aspetti, così come altri, sono stati modificati, senza che il passaggio da una certa regolamentazione ad un'altra abbia creato problemi di compatibilità costituzionale. Semplicemente, non esiste un modello di famiglia costituzionalmente imposto.

Esistono, al contrario, una pluralità di possibili varianti, tutte ugualmente rispettose del dettato costituzionale, o, se si preferisce, costituzionalmente neutre, la scelta fra le quali dipende esclusivamente da valutazioni di opportunità, nelle quali il legislatore non incontra vincoli particolari. Ma non basta. Non solo, cioè, la costituzione non presuppone - e dunque impone - un modello di famiglia dato. In realtà, essa non presuppone - e dunque impone - neppure la presenza di un unico modello di famiglia, per quanto rimesso alle scelte del legislatore. Non presuppone - e dunque impone - cioè, che il legislatore, per quanto libero di modulare, in relazione a determinati aspetti, il legame familiare, possa comunque dettare un solo regime. Del resto, già attualmente i coniugi possono scegliere, riprendendo l'esempio poc'anzi addotto, se adottare il regime della comunione oppure quello della separazione dei beni; oppure possono costituire un fondo patrimoniale; e nessuno, mi pare, si è mai sognato di sollevare dubbi di costituzionalità in merito a tale possibilità.

Ciò detto, è poi a tal punto evidente che, una volta ammessa la modulabilità della regolamentazione, la stessa distinzione fra matrimonio e c.d. unioni civili (e con essa la fuorviante distinzione fra diritti della famiglia e diritti dei singoli, come se "diritti della famiglia" non fosse in realtà espressione riassuntiva per esprimere il complesso dei diritti dei singoli, in quanto appartenenti ad una famiglia) è destinata a venire meno. In nome di cosa, dei vari possibili assetti, uno dovrebbe infatti assurgere a rapporto di serie a (il matrimonio) e dare dunque luogo ad una famiglia vera e propria, mentre gli altri dovrebbero rimanere rapporti di serie b (le c.d. unioni civili) e dare dunque luogo ad una mezza famiglia, o ad una famiglia imperfetta? Molto più semplicemente e correttamente, dovrebbe invece parlarsi di un unico istituto (si voglia poi chiamarlo matrimonio, patto di convivenza o come meglio si creda) e, come conseguenza di questo, di un unico rapporto (famiglia, unione o altro), che i soggetti possono, entro determinati limiti, modulare come meglio credono.

4. LE UNIONI FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO

Passando questo punto al secondo, più specifico, tema in questione, vale a dire quello delle unioni fra persone dello stesso sesso, la domanda che si pone, esclusa senz'altro la soluzione,

apparentemente facile, ma in realtà falsa, farisaica e - ahimè - tipicamente italiana, della via di mezzo, è in realtà semplicissima: l'istituto familiare (vero), sia esso unitario oppure più o meno ampiamente modulabile, deve essere accessibile solo a persone di sesso diverso, oppure anche a persone dello stesso sesso?

Gli argomenti addotti a favore della prima opzione sono in sostanza quelli già sopra illustrati; vale a dire l'invocazione della costituzione e della tradizione, con il correlato apparato di previsioni funerarie circa le sorti della famiglia "vera", quella tradizionale appunto. Argomenti, si aggiunga, che chiaramente assumono in questo caso toni particolarmente enfatici e scandalizzati, in considerazione dell'asserita - e demonizzata - non naturalità (ma non manca qualche campione dell'apertura mentale che continua a parlare di rapporti contro natura *tout court*) delle unioni fra persone dello stesso sesso.

Per smontare tali argomenti non occorre in verità spendere molte parole. Al netto del profilo costituzionale, del quale si è già detto³, si tratta infatti semplicemente di notare che il dato di natura è socio-culturalmente mutevole: quello che in un certo tempo ed in un certo luogo non è naturale lo è in un altro e viceversa. Per non portare in proposito che due, banali, esempi, è sufficiente ricordare che fino a non molto tempo fa veniva ritenuto innaturale - quando non osceno *tout court* - il legame fra bianchi e neri o quello fra bianchi e pellerossa; e che anche attualmente, in altre società - si pensi a quella indiana - continuano ad essere precluse le unioni fra persone appartenenti a classi sociali differenti.

E allora, l'interrogativo da porsi è uno solo: veramente, allo stato della nostra attuale evoluzione sociale e culturale, vogliamo ritenere che l'omosessualità sia un male, tale che lo Stato, pur non sanzionandola (almeno questo si spera che sia acquisito!), non debba farsene "complice", conferendogli giuridica evidenza e dignità? veramente - e con questo si ritorna a quanto si diceva all'inizio⁴, chiudendo in tal modo il cerchio ideale delle presenti considerazioni - vogliamo continuare ad essere a tal punto schiavi di una visione confessionale del mondo, da non riuscire a rimanere neutrali - o, meglio ancora, indifferenti - rispetto alle scelte affettive delle persone? veramente vogliamo perseverare a farci guidare,

³ V. il § 2.

⁴ V. il § 1.

nelle scelte profane in merito alla famiglia, dalle ubbie e dalle fobie di un apparato clericale, il cui approccio al fenomeno è tanto sano e fisiologico, da impedire ai suoi ministri di formarsene una, di famiglia, e, più in generale, di dare serenamente corso alle proprie umane e - vivaddio - salutari pulsioni?

5. CONCLUSIONE

Tutto questo - e termino - per arrivare dove? In verità, in nessun posto particolare, almeno a quanto mi pare, e certo in nessuna terra di nessuno della perdizione e del degrado morale, sociale e giuridico: semplicemente dove altrove sono già arrivati da tempo, senza che la famiglia, le istituzioni e la società siano state in alcun modo travolte. Dunque, perché tanta ostinazione a contrastare il riconoscimento di queste nuove realtà?

È triste dover constatare come in queste materie l'Italia sia sempre ultima; come siamo sempre noi a dover trarre spunto ed esempio dagli altri e mai il contrario. A suo tempo Roma è stata il faro giuridico del mondo. Sarebbe bello, anche senza pretendere di rinverdire tali fasti, se per una volta, almeno per una volta, anche oggi fossero gli altri a dire: "in Italia lo fanno già; facciamolo anche noi".