

Fabrizio Mastromartino

*Eguaglianza nella libertà.*

*Note critiche sugli argomenti contrari  
al matrimonio omosessuale*

## 1. Un confronto dialettico al cuore del conflitto delle opinioni

La strategia argomentativa più diffusa tra i sostenitori dell'estensione del matrimonio (civile) alle coppie formate da persone dello stesso sesso è quella che pretende che il diritto rispetti la regola della *eguaglianza nella libertà*, declinazione liberale del classico principio dell'uguaglianza *en droits*: l'esclusione delle unioni omosessuali dal matrimonio porrebbe un'ineludibile questione di eguaglianza – rispetto alle unioni eterosessuali – in forza dell'illegittima limitazione dell'autonomia individuale dei soggetti impegnati in una relazione omosessuale che vogliono sposarsi.

Questo argomento – chiarissimo nella sua semplicità – presuppone però due tesi dalle quali ne dipende la fondatezza: la prima è quella che identifica il diritto di contrarre matrimonio con una libertà fondamentale, come tale costituzionalmente protetta; la seconda è quella che esclude che l'esercizio di questa libertà da parte delle coppie omosessuali pregiudichi, o comunque limiti, diritti di terzi o leda interessi pubblici di rilevanza costituzionale. Analizziamo le due tesi separatamente.

La prima, ad un rapido esame comparato, appare oggi sostanzialmente incontroversa. Anche là dove la libertà matrimoniale non sia espressamente sancita nel testo costituzionale – come è invece il caso, per esempio, della Costituzione spagnola<sup>1</sup> – essa è stata interpretativamente ricondotta, dalla dottrina e dalla giurisprudenza più autorevoli, nell'alveo di norme costituzionali di principio. Esempio in questo senso è il caso statunitense, dove la Corte Suprema federale – che aveva già da tempo ricostruito il diritto di contrarre matrimonio nei termini di una libertà (individuale) fondamentale<sup>2</sup> – ha annoverato il diritto di sposarsi tra quelle libertà, protette dal XIV emendamento (*Due Process Clause*), «che consentono alle persone, in ambito giuridico, di definire ed esprimere la propria identità»<sup>3</sup>.

1 Cfr. art. 32: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

2 Per una sintesi al proposito si può leggere in F. Mastromartino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli 2013, cap. III, § 5.2, pp. 105-107.

3 Cfr. Supreme Court of the United States, *Obergefell et al. Vs Hodges, Director, Ohio Department of Health et al.*, 26 giugno 2015, 576 US. Si cita dalla traduzione italiana, solo in

Il nostro ordinamento è andato sviluppandosi in una direzione non diversa. Dottrina e giurisprudenza sono infatti ormai concordi nell'affermare la natura di libertà fondamentale del diritto di sposarsi, inscritto tra i diritti inviolabili dell'uomo, protetti dall'art. 2 della Costituzione, poiché inteso a garantire «la piena espressione della persona umana in [un] momento fondamentale della sua esperienza esistenziale» qual è quello, privatissimo, delle scelte familiari<sup>4</sup>.

La seconda tesi è invece assai più problematica. Non a caso – come più avanti si dirà diffusamente – è esattamente su questo passo dell'argomento che insistono criticamente i contrari al matrimonio *same-sex*. L'argomento procede in questo modo: dato che nell'ambito di un ordinamento costituzionale l'esclusione da una libertà fondamentale – qual è quella di sposarsi – non è irragionevolmente discriminatoria solo allorché sia stabilita allo scopo di salvaguardare concorrenti interessi costituzionalmente protetti, non essendo identificabile alcun tipo di pregiudizio, o limitazione, di diritti di terzi derivante dall'estensione della libertà matrimoniale alle coppie formate da persone dello stesso sesso, la loro esclusione è irragionevolmente discriminatoria, integrando così una violazione del principio di eguaglianza in rapporto alla titolarità di una libertà fondamentale. Il principio di non-discriminazione – uno dei significati più rilevanti del principio di eguaglianza – integra, in questo senso incorporandolo, il cosiddetto principio del danno.

Per quanto in una prospettiva costituzionale l'onere della prova ricada tipicamente su chi difende la discriminazione, cioè su chi sostiene la correttezza costituzionale dell'esclusione di certi soggetti dalla titolarità di una libertà fondamentale – nel nostro caso l'onere dell'indicazione del danno che l'esercizio del diritto di contrarre matrimonio potrebbe recare a diritti altrui, allorché sia esteso a soggetti che prima ne erano esclusi (*rectius*, secondo modalità prima espressamente o implicitamente escluse: il contratto di matrimonio stretto tra due persone dello stesso sesso), –, non è affatto inutile interrogarsi sui potenziali effetti negativi, in rapporto ai diritti di terzi, che l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali potrebbe comportare.

### 1.1. Sul (presunto) danno recato dal matrimonio *same-sex*

Onde identificare il danno che, in ambito giuridico, potrebbe generare il riconoscimento legale del matrimonio tra persone dello stesso, occorre guardare a due categorie di soggetti in particolare: le persone coniugate, che dunque hanno già formalizzato la propria unione eterosessuale attraverso il matrimonio prima della sua estensione alle coppie omosessuali; le persone non coniugate, ma impegnate in una relazione eterosessuale, che decidano di sposarsi in un momento successivo all'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali.

questo passo parzialmente modificata dall'autore, curata da R. De Felice, reperibile sul portale [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (ultimo accesso: 20 agosto 2015), p. 1.

4 G. Ferrando, *Il matrimonio*, II ed., Giuffrè, Milano 2015, pp. 189-190.

Ebbene, in rapporto a queste due classi di soggetti non sembra identificabile alcun genere di danno: non a spese delle persone già sposate, la cui posizione, sotto il profilo dei diritti e dei doveri collegati allo status di coniuge, rimarrebbe assolutamente inalterata; non a spese poi delle persone (attualmente) titolari del diritto di sposarsi ma, al momento, non coniugate, la cui propria titolarità della libertà matrimoniale non verrebbe in alcun modo pregiudicata, né limitata. È infatti evidente che, quand'anche il matrimonio *same-sex* venisse legalmente riconosciuto, le coppie eterosessuali potrebbero continuare a sposarsi indisturbate<sup>5</sup>. E continuerebbero a sposarsi presumibilmente anche in Italia, così come di fatto è avvenuto (e tuttora avviene) nei Paesi in cui il matrimonio è stato esteso alle coppie omosessuali<sup>6</sup>.

È un punto, questo, che non necessita argomentazione: se nei Paesi dove il matrimonio *same-sex* è una realtà il danno ipotizzato è smentito nei fatti, dove invece esso è precluso ipotizzare uno scenario differente non sembra ragionevole. Anzi appare liquidabile con poche battute, come ha fatto la Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America, la quale si è limitata ad affermare che «è irrealistico [e «completamente illogico»] concludere che una coppia eterosessuale sceglierebbe di non sposarsi semplicemente perché le coppie omosessuali possono farlo». Piuttosto, ha osservato inequivocabilmente la Corte, la questione del riconoscimento giuridico del matrimonio *same-sex* riguarda unicamente «i diritti di due adulti consenzienti i cui matrimoni non porrebbero alcun rischio di pregiudizio a loro stessi o a terze parti»<sup>7</sup>.

Ma non è questo il tipo di danno paventato da chi è contrario all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali. Non è nella sfera propriamente giuridica che si anniderebbero i suoi (presunti) pericoli sociali. Le stesse categorie di soggetti che ne potrebbero risultare lesi – coloro che, in quanto coniugati, già beneficiano dei vantaggi (giuridici) del matrimonio, così come coloro che di essi potrebbero beneficiare se solo decidessero di sposarsi – lo sarebbero solo indirettamente per il danno “morale” o *lato sensu* culturale che l'apertura del matrimonio alle unioni omosessuali recherebbe alla stessa istituzione matrimoniale. Secondo questo modo di intendere il problema, il nodo della questione non risiederebbe in altri termini nei diritti dei soggetti coinvolti bensì nella conservazione dell'istituto del matrimonio tradizionalmente consolidatosi nel tempo, il quale verrebbe danneggiato dal riconoscimento legale del matrimonio *same-sex*, risultandone svilito, deformato, snaturato o comunque tanto radicalmente trasformato da apparire irriconoscibile.

5 Cfr. F. Bilotta, *Il matrimonio per coppie dello stesso sesso: le ragioni del sì*, in “Iride”, 68, gennaio-aprile 2013, pp. 49-50.

6 Appare esemplare, rispetto all'Italia, il caso spagnolo: in generale, per la vicinanza culturale; in particolare per le comuni fondamentali radici cattoliche. Per alcuni dati significativi relativamente ai matrimoni, tra eterosessuali, celebrati successivamente all'entrata in vigore della legge che estende il matrimonio alle coppie omosessuali, cfr. P. Tincani, *L'amore è una cosa meravigliosa ma qui non c'entra*, in “Rivistailmulino.it”, 2015.

7 Cfr. Supreme Court of the United States, *Obergefell et al. Vs Hodges*, cit., § IV, p. 20.

È questo l'argomento (da alcuni denominato) della 'difesa del matrimonio'<sup>8</sup>: un argomento non idoneo a far valere la salvaguardia dei diritti delle coppie eterosessuali coniugate o desiderose di sposarsi bensì unicamente funzionale alla protezione del matrimonio tradizionale, *rectius* del matrimonio definito secondo il cosiddetto paradigma eterosessuale.

In alcune versioni, si tratta di un argomento insidioso che merita di essere seriamente esaminato. Non merita invece alcun tipo di analisi la versione che assume il matrimonio *same-sex* come immorale, concludendo da questa assunzione che, là dove il matrimonio tradizionale sia ad esso equiparato sotto il profilo giuridico, ne risulterebbe la sua degradazione a istituto altrettanto immorale<sup>9</sup>. Non merita nessun approfondimento poiché è evidente che si tratta di un argomento moralmente molto impegnativo – supponendo un giudizio (morale) negativo sulle relazioni tra (se non sulle stesse) persone omosessuali – come tale suscettibile di semplice refutazione da parte di coloro che (come chi scrive) non condividono le ragioni morali che ne formano i presupposti.

È invece degna di attenzione la versione che guarda all'istituto del matrimonio non come a una capitale di un impero assediato dai barbari, bensì nei termini di un'entità sociale che abita una «rete di significati condivisi» la cui alterazione avrebbe l'effetto di modificare l'istituzione *erga omnes*<sup>10</sup>, ovviamente del tutto indipendentemente dalle intenzioni di chi rivendica l'accesso al matrimonio, che presumibilmente riconosce all'istituto matrimoniale la più alta dignità e importanza<sup>11</sup>.

8 Ad esempio: P. Tincani, *Le nozze di Sodoma: la morale e il diritto del matrimonio omosessuale*, Edizioni L'Ornitorinco, Milano 2009, p. 185.

9 Per una ricostruzione critica dell'argomento, cfr. *ivi*, specie pp. 185-186 e p. 199.

10 Cfr. G. Zanetti, *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, in "Diritto e questioni pubbliche", 15, 2015, p. 81. L'autore, allo scopo di rendere intellegibile l'argomento – peraltro da lui criticato –, fa riferimento all'alterazione dell'istituto matrimoniale provocata dalla previsione legislativa del divorzio, scrivendo: «l'introduzione del divorzio modifica l'istituzione del matrimonio anche per chi non ha la benché minima intenzione di usufruire di tale opzione – se vuoi vincolarti in modo indissolubile di fatto non puoi più. Da un punto di vista psicologico, si tratta di un'opzione che introduce nel matrimonio un retrogusto di sperimentazione, che non aveva e non ha senso alcuno da un punto di vista tradizionale: il "sì" davanti all'altare doveva significare proprio che tutti i ponti erano bruciati». L'esempio – si può notare *en passant* – non appare del tutto esatto, perché l'introduzione del divorzio modifica in effetti il matrimonio non tanto – e comunque non solo – per la percezione "psicologica" dell'istituto da parte di chi è già coniugato o di chi desidera sposarsi, bensì per il fatto – ben più rilevante – che da quel momento in avanti uno dei due coniugi, in caso di divorzio non consensuale, può trovarsi a subire di fatto – e non semplicemente a paventare – una decisione del proprio coniuge che incide profondamente sulla propria vita affettiva.

11 Appare in questo senso un debole argomento insistere sulle benevole intenzioni di chi rivendica l'accesso al matrimonio, come fa la Corte suprema degli Stati Uniti in *Obergefell et al. Vs Hodges*, cit., § II.A, p. 3 e § V, p. 22, là dove afferma che: «Se il loro intento fosse quello di umiliare la venerabile idea e realtà del matrimonio, le pretese dei ricorrenti sarebbero di diverso tenore. Ma ciò non è né il loro scopo né la loro richiesta. Al contrario, è la perdurante importanza del matrimonio che sta alla base del loro sforzo»; «Affermare che questi uomini e queste donne

L'accusa rivolta ai fautori dell'estensione dell'istituto alle coppie formate da persone dello stesso sesso è quella di voler imporre, attraverso il suo preteso recepimento giuridico, una ridefinizione del matrimonio idonea a snaturarlo, sostituendo alla sua funzione sociale originaria finalità estranee agli interessi della società e dello Stato. Vediamo in che senso.

## 2. Due strategie argomentative per due concezioni del matrimonio

L'argomento della difesa del matrimonio, nella versione qui considerata meritevole di analisi, pretende una duplice inversione della struttura argomentativa del discorso circa la questione d'eguaglianza posta dal matrimonio *same-sex*. In primo luogo, piuttosto che assumere come termine iniziale del ragionamento l'esistenza – come si è detto *incontroversa* – della libertà fondamentale di contrarre matrimonio, espressione di una concezione individualista incentrata sull'autonomia della persona, assume una concezione sovraindividuale che guarda non già alla libertà dell'individuo bensì all'istituto matrimoniale come termine di riferimento fondamentale per la soluzione della questione d'eguaglianza<sup>12</sup>. In secondo luogo, inverte l'onere della prova nel giudizio di ragionevolezza, sottolineando come per argomentare il carattere illegittimamente discriminatorio dell'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio sia preliminarmente necessario identificare la “sostanza” dell'istituto che la parola ‘matrimonio’ veicola<sup>13</sup>.

La logica dell'argomento è quella di rendere rilevanti nel discorso pubblico, nel dibattito politico e nelle sedi giudiziali alcune domande onde farle prevalere come prioritarie sulle altre in discussione<sup>14</sup>. Secondo questa impostazione, le domande pertinenti per la soluzione della questione d'eguaglianza non riguardano il singolo individuo (la sua autonomia, libertà e identità) – la libertà matrimoniale può essere limitata in ragione dell'orientamento sessuale? anche se il suo esercizio da parte di una coppia omosessuale non reca alcun danno a diritti di terzi? – bensì concernono la società nel suo complesso, nella quale gli istituti giuridici sono ordinati a determinate funzioni e finalità sociali. Vengono così in rilievo domande sul matrimonio, quale istituto giuridico storicamente, funzionalmente e, secondo alcuni, ontologicamente determinato: occorrerebbe

manchino di rispetto all'idea del matrimonio sarebbe fraintenderli. Il loro argomento difensivo è che essi lo rispettano, lo rispettano in modo così profondo che cercano di ottenere il suo compimento per se stessi».

12 Uso qui la terminologia proposta da G. Danesi, *Tra fallacia naturalistica e fallacia egualitarista. A proposito di un libro di Fabrizio Mastromartino*, in “Diritto e questioni pubbliche”, 14, 2014, p. 1116.

13 Per tutti, cfr. I. Massa Pinto, *Il potere di definire la sostanza veicolata dalla parola «matrimonio» tra politica e giurisdizione: note in margine alle recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in “Costituzionalismo.it”, 22 luglio 2013, pp. 9 e 12.

14 Cfr. G. Zanetti, *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, pp. 85-86.

cioè previamente identificarne la «sostanza»<sup>15</sup>, la «natura»<sup>16</sup>, l'«identità»<sup>17</sup>, la funzione sociale, ossia quali siano gli «interessi che ne devono ispirare la definizione e la disciplina»<sup>18</sup>. Il parametro della non-discriminazione (completato dal principio del danno) non sarebbe di per sé sufficiente, bensì andrebbe integrato «con la verifica della sostanza di ciò entro cui il mancato accesso sarebbe discriminatorio»<sup>19</sup>, allo scopo di identificare criteri idonei alla pianificazione di una meditata «politica sul matrimonio»<sup>20</sup>.

Sullo sfondo di questa prospettiva vi è un più o meno dichiarato recupero della nozione di 'natura delle cose', intesa, secondo i casi, in senso giusnaturalista, quale «natura generale dell'universo umano», o in senso sociologico, quale sintesi degli «elementi costitutivi» di un istituto giuridico, come il matrimonio, parte di «una determinata società storicamente condizionata»<sup>21</sup>. Ed è proprio in virtù di questo radicamento «naturale» dell'istituto matrimoniale, intrinsecamente refrattario ad alterazioni sostanziali se non altro in forza delle sue radici ultramillinarie, che la pretesa rivendicazione del diritto al matrimonio da parte delle coppie omosessuali comporterebbe, in via eccezionale, un'inversione dell'onere della prova. Sicché questo ricadrebbe non già su chi difende l'esclusione bensì su chi propone di superarla, in spregio alla «natura delle cose», attraverso l'innovazione giuridica costituzionalmente (ed evolutivamente) orientata<sup>22</sup>.

Ebbene, questa alternativa impostazione, che sposta il nodo della questione d'eguaglianza dal piano (formale) dei diritti al piano (sostanziale) della natura e della funzione sociale del matrimonio, si rivela, a ben guardare, nulla più di un raffinato espediente retorico, tanto efficace sul piano operativo della motivazione quanto deficitario sul piano teoretico dell'argomentazione<sup>23</sup>. Generalmente si riduce infatti a una criticabile strategia dilatoria, tesa, da un lato, a rimettere l'onere della prova sull'avversario sfidandolo a (ri)definire l'istituzione matrimoniale in modo da ricomprendervi anche il matrimonio *same-sex*, e, dall'altro, ad invertire il «senso» della questione d'eguaglianza: piuttosto che pretendere le ragioni dell'esclusione, volte a rendere conto della diversità di chi deve restare diseguale, si pretendono

15 I. Massa Pinto, *Il potere di definire la sostanza veicolata dalla parola «matrimonio» tra politica e giurisdizione*, cit.

16 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *What is Marriage: Man and Woman: a Defense*, Encounter Books, New York 2012, trad. it. a cura di M.M. Giungi, *Che cos'è il matrimonio?*, Vita e Pensiero, Milano 2015, p. 3.

17 A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 204-205.

18 Cfr. G. Danesi, *Tra fallacia naturalistica e fallacia egualitarista*, cit., p. 1118.

19 A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., p. 204.

20 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio?*, cit., p. 86.

21 Su queste nozioni, cfr. N. Bobbio, *La natura delle cose nella dottrina italiana*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1973, p. 202.

22 I. Massa Pinto, *La superbia del legislatore di fronte alla 'natura delle cose'*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 92-93.

23 Ha magistralmente richiamato questa classica distinzione in riferimento al nostro tema G. Zanetti, *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, cit.

ragioni idonee a mostrare la somiglianza, in ciò che è rilevante, di chi dovrebbe essere trattato come eguale.

Se pure questo artificio prospettico ha incontrato ampia diffusione – non solo nel discorso pubblico e nel dibattito dottrinale –, raramente ad esso è affiancata una proposta teorica che senza infingimenti enunci con chiarezza le ragioni per le quali il matrimonio dovrebbe rimanere precluso alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Là dove la posizione contraria è espressa non in forma di pregiudizievole invettiva ma con una veste argomentativa riconoscibile, l'argomento dominante appare al fondo sempre il medesimo: quello che insiste sulla strutturale sterilità della coppia formata da persone dello stesso sesso<sup>24</sup>.

## 2.1. Una concezione riduzionista del matrimonio

Davvero esemplare sotto tutti questi aspetti è un celebre volumetto, scritto da tre filosofi statunitensi, pubblicato di recente in un'accurata traduzione italiana<sup>25</sup>. Alla domanda «che cos'è il matrimonio?» – quesito che dà il titolo all'opera – gli autori rispondono così<sup>26</sup>:

è un'unione comprensiva di persone. [...] In primo luogo, [perché] unisce due persone nelle loro dimensioni più fondamentali, nelle loro menti e nei loro corpi; in secondo luogo, [perché] le unisce per quanto riguarda la procreazione, la vita familiare e ogni sfumatura della vita domestica; da ultimo [perché] li unisce in modo permanente ed esclusivo.

È con tutta evidenza una definizione oltremodo esigente – ma su questo si tornerà tra poco – che tuttavia ha il pregio di non celare ma anzi di disvelare inequivocabilmente quello che gli autori ritengono essere il più fondamentale elemento costitutivo del matrimonio: la potenzialità procreativa della coppia formata da persone di sesso diverso. L'unione suggellata dal matrimonio (l'«unione coniugale»<sup>27</sup>) trova qui fondamento in una sorta di ontologia della coppia eterosessuale che rimanda a «una [...] costante dell'umana natura»<sup>28</sup>: la complementarità (anatomica) dei sessi.

Proprio come gli organi di una persona formano un'unità coordinandosi in vista del conseguimento del bene biologico dell'intero organismo (la sopravvivenza del tutto), così i corpi di un uomo e di una donna formano un'unità attraverso la coordinazione

24 Si confrontino, tra gli altri, G. Gambino, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 2007, p. 154 e L. Palazzani, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Giappichelli, Torino 2011, p. 122. Richiama questo argomento anche la Corte costituzionale, nella celebre sentenza n. 138 del 2010, § 9 *Considerato in diritto*, là dove afferma che «la giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale».

25 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio?*, cit.

26 Ivi, p. 26.

27 *Ibidem*.

28 Ivi, p. 50.

(coito) in vista del bene biologico (la riproduzione) della loro unione come se fossero un tutt'uno<sup>29</sup>.

L'unione coniugale, in questa particolare accezione, è in altri termini «radicata fisicamente nei corpi differentemente sessuati dei partners»<sup>30</sup>. Il suo contenuto fondamentale, «nucleo oggettivo» del matrimonio<sup>31</sup>, appare così espressione di un «essenzialismo della differenza sessuale» che insiste (banalmente) «sulla differenza degli organi genitali» maschili e femminili elevandola a ragione fondativa della contrarietà all'estensione del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso<sup>32</sup>.

Questo fondamento “naturale” della sessualità umana trascende poi in un'ontologia (essenzialista) dell'istituto matrimoniale. «Il matrimonio – scrivono ancora gli autori – ha un obiettivo centrale, stabilito dalla nostra natura di esseri corporei che si riproducono sessualmente (e perciò complementari)». Sicché le unioni omosessuali «non possono essere matrimoni perché [...] mancano di questa intrinseca relazione con il fatto procreativo»:

In un senso profondo, non è lo Stato a rendere sposati tra loro due uomini o due donne. Esso può garantire alle persone che vivono insieme certi privilegi legali. Può anche trattare le coppie omosessuali ed eterosessuali come se fossero la stessa cosa sotto ogni aspetto rilevante; ma non può far sì che si sposino<sup>33</sup>.

Per un momento mettendo da parte la dimensione essenzialista del discorso, gli autori sembrano d'altra parte consapevoli del fatto che la potenzialità procreativa della coppia non consista né in una condizione sufficiente né, tantomeno, in una condizione necessaria del matrimonio. Con un improvviso slittamento dal piano ontologico a quello deontologico, spiegano che «non è che la relazione matrimoniale e il bene complessivo del crescere figli vanno sempre insieme»; piuttosto «stanno bene insieme», nel senso che «la vita familiare arricchisce in modo peculiare il matrimonio» così come «il matrimonio a sua volta è particolarmente adatto per la vita familiare»<sup>34</sup>. Cosicché il *pamphlet* si rivela per quel che è effettiva-

29 Ivi, p. 37.

30 G. Zanetti, *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, cit., p. 83.

31 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio?*, cit., p. 16.

32 N. Vassallo, «Il matrimonio omosessuale è contro natura». *Falso!*, Laterza, Roma-Bari 2015, pp. 20-21 e p. 23, che individua, con termini tanto crudi quanto efficaci, la «ratio remota» della contrarietà al matrimonio omosessuale «nel fatto che un pene e un pene, al pari di una vagina e una vagina, non potendo riprodursi “naturalmente” tra loro, si attestano “contro natura”», p. 31, cfr. anche p. 39 e p. 91.

33 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio?*, cit., p. 92. Spiega magistralmente il senso perspicuo di questa affermazione G. Zanetti, *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, cit., p. 84: «Il diritto positivo può (licere) stabilire che il matrimonio omosessuale è matrimonio, ma non può (posse) stabilire che il matrimonio omosessuale è matrimonio (non può renderlo tale)».

34 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio?*, cit., p. 30.

mente: un rispettabile manuale di pedagogia matrimoniale, con il quale, del tutto legittimamente ma propagandandolo per qualcosa di fondato ontologicamente, si propone un modello ideale di matrimonio, definito secondo parametri assiologici ben determinati<sup>35</sup>.

Si tratta – si noti bene – di parametri assiologici, a giudizio degli autori, pienamente coerenti con la funzione sociale dell'istituto matrimoniale. «La ragione per cui il diritto [...] dovrebbe [...] riconoscere e supportare il matrimonio» – scrivono – risiede nel fatto che questo «è sempre stato la forma più efficace entro la quale poter allevare figli sani e ben integrati»<sup>36</sup>: è questa «la ragione centrale perché il matrimonio sia una questione di interesse pubblico»<sup>37</sup>. Tuttavia, riconoscono gli autori, non è l'unica. L'altra funzione pubblica del matrimonio è infatti quella «di esigere» e al contempo «di consentire» che i coniugi «si prendano cura [...] l'uno dell'altro»<sup>38</sup>.

«La procreazione – chiarisce Andrea Renda, che si attesta sulla stessa linea di pensiero qui illustrata – è [...] fine *secondario* del matrimonio»: ciò che «spiega» perché «il legislatore abbia scelto di non rendere invalido il matrimonio tra persone che in concreto non possono [o semplicemente non vogliono] avere figli»<sup>39</sup>. Ma

35 Ciò che diviene davvero evidente nel prosieguo, là dove gli autori richiamano studi sociologici che convergono sul dato secondo cui la stabilità matrimoniale «sia minata dal divorzio – che priva i figli di una famiglia biologica integra – e attraverso l'infedeltà – che tradisce e divide l'attenzione verso il proprio sposo e i propri figli, spesso con figli nati da altre relazioni», ivi, p. 35. Aggiungono poi gli autori: «Avendo acconsentito di prendere parte a questi atti generativi che li uniscono organicamente [...], gli sposi cooperano in altri aspetti della vita [...] nella generale condivisione della vita domestica che si adatta in modo unico a favorire lo sviluppo completo dei nuovi esseri umani. Di certo, gli sposi cooperano anche nei compiti genitoriali qualora arrivino dei figli». Ne concludono che, «considerando questi altri aspetti della sua comprensività, il matrimonio intrinsecamente richiede un impegno comprensivo: permanenza ed esclusività», ivi, p. 37.

36 Ivi, p. 5, ma cfr. anche ivi, p. 9. Nell'ambito del caso *Obergefell et al. Vs Hodges*, cit., ha riproposto questa concezione il giudice Samuel Alito, nella sua opinione dissenziente (§ 2, p. 4) rispetto alla decisione della maggioranza: «For millennia, marriage was inextricably linked to the one thing that only an opposite-sex couple can do: procreate. Their basic argument is that States formalize and promote marriage, unlike other fulfilling human relationships, in order to encourage potentially procreative conduct to take place within a lasting unit that has long been thought to provide the best atmosphere for raising children. They thus argue that there are reasonable secular grounds for restricting marriage to opposite-sex couples». Il giudice conservatore della Corte suprema degli Stati Uniti menziona poi un dato significativo, allorché afferma che: «If this traditional understanding of the purpose of marriage does not ring true to all ears today, that is probably because the tie between marriage and procreation has frayed. Today, for instance, more than 40% of all children in this country are born to unmarried women». La funzione sociale del matrimonio sottolineata nell'opinione dissenziente è peraltro riconosciuta dalla stessa opinione di maggioranza, là dove si afferma che: «Un terzo fondamento per proteggere il diritto al matrimonio è che esso salvaguarda i figli e le famiglie e così trae significato dai correlati diritti di procreazione, allevamento ed educazione dei figli». Cfr. *Obergefell et al. Vs Hodges*, cit., § III, p. 11.

37 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio?*, cit., p. 45.

38 Ivi, p. 42.

39 A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., p. 211. L'autore sviluppa una ben più articolata

allora non può essere ipostatizzata ad *unica* dimensione rilevante per la qualificazione di una relazione di coppia come suscettibile di assurgere a rapporto formalizzato secondo parametri stabiliti dalla legge, essendo piuttosto un *altro* – e ben più esigente – il requisito fondamentale richiesto perché un'unione tra due persone possa costituirsi pubblicamente in matrimonio: la volontà libera e consapevole espressa da due persone (adulte e non legate da determinati rapporti di parentela) di unirsi in un progetto di vita familiare comune<sup>40</sup>.

## 2.2. Una concezione pluralista del matrimonio

A questa concezione riduzionista, saldamente ancorata a un'ontologia essenzialista di incerto rigore epistemologico ed intesa ad imporre un modello sociale moralmente molto connotato, si contrappone una concezione aperta al pluralismo, che, rinunciando ad identificare la “vera” natura del matrimonio, s'interroga piuttosto sulla sua funzione sociale, come tale storicamente condizionata. Per questa seconda concezione, ragionare sulla “natura” del matrimonio – che è un istituto giuridico di diritto positivo – può significare soltanto riflettere sulle finalità sociali cui esso è ordinato nella consapevolezza che queste possono variare nel tempo.

Se in passato il matrimonio serviva essenzialmente a garantire all'uomo una discendenza certa, «è ora istituto aperto alla possibilità di abbracciare una pluralità di fini»<sup>41</sup>: la stabilità della coppia, il benessere dei suoi componenti, il riconoscimento sociale della loro vita in comune e il pieno svolgimento della loro personalità, che può realizzarsi anche, ma certo non solo, nella procreazione e nella crescita dei figli<sup>42</sup>.

teoria funzionalista del matrimonio, che tuttavia tradisce la dimensione essenzialista da cui è animata. Si legga ad esempio quanto scrive Renda, *ivi*, pp. 217 e 223: l'elemento eterosessuale possiederebbe – secondo l'autore – «i caratteri di elemento essenziale ed invariante del matrimonio nell'intera esperienza giuridica elaboratasi nel corso della storia, il cui *fondamento* razionale consiste nell'insuperabile necessità della differenza di sesso tra i coniugi ai fini della proiezione procreativa del matrimonio e nella rilevanza di questa come giustificazione della funzione sociale dell'istituto». «Se [...] la procreazione continua a costituire l'orizzonte *naturale* del matrimonio, è *arbitrario* fare del matrimonio il luogo dell'integrazione affettiva e sessuale di due persone a prescindere dal loro sesso» (corsivi aggiunti).

40 Cfr. G. Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in “Politica del diritto”, 3, 2014, p. 360. Sul consenso come elemento essenziale del matrimonio, cfr. anche Id., *Il matrimonio*, cit., pp. 197-199.

41 Cfr. G. Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso*, cit., pp. 361-362.

42 Cfr. F. Bilotta, *Il matrimonio per coppie dello stesso sesso*, cit., p. 65, secondo cui «il matrimonio assolve a una funzione di *social policy* evidente: serve a legare giuridicamente due persone, facendo sorgere in capo a ciascuna di esse un dovere di cura nei confronti dell'altra. [...] Il vincolo giuridico che nasce con il matrimonio rinsalda il rapporto di coppia, perché lo rende immediatamente riconoscibile da parte della società e innesca automatismi di tutela sia sul piano personale sia sul piano patrimoniale. Il che in momenti di crisi o di difficoltà è un bene prezioso in quanto consente di concentrarsi sul problema da affrontare senza perdere tempo ed energie a cercare di convincere gli altri della bontà del proprio diritto di intervenire o di reagire o di essere tutelato». Il giudice Alito ben ricostruisce l'opinione di maggioranza,

Il carattere non costitutivamente essenziale della proiezione procreativa del matrimonio nulla toglie al suo innegabile rilievo sociale, in quanto istituto inteso a sostenere «una unione di due persone diversa da qualunque altra nella sua importanza per gli individui che impegna»<sup>43</sup>: «è fondamentale per le nostre più profonde speranze e aspirazioni» poiché «la sua dinamica consente a due persone di ottenere una vita che non potrebbe essere ottenuta da soli», per la «soddisfazione emotiva» che idealmente assicura e per il dovere di cura del coniuge, in condizioni di reciprocità, che sorge immediatamente all'atto della sua costituzione<sup>44</sup>. In virtù di questi motivi, il matrimonio è comunemente considerato un basilare «fondamento del nostro ordine sociale» che è interesse dello Stato promuovere senza esitazioni: «non appena una coppia promette di assistersi reciprocamente, così la società si impegna ad assistere la coppia offrendole un riconoscimento simbolico e benefici materiali per proteggere e far crescere l'unione»<sup>45</sup>.

Tutti questi elementi hanno trovato un'efficace sintesi nella definizione di 'matrimonio' enunciata dal *Tribunal constitucional* spagnolo in una celebre decisione di qualche anno fa<sup>46</sup>. Nella sentenza con la quale è stata giudicata costituzionalmente non illegittima l'estensione del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso stabilita, attraverso la modifica del *Código civil*, dalla *Ley* 13/2005, la Corte, in sintonia con la dottrina più autorevole, ha identificato gli elementi strutturali del matrimonio nella «volontà di due persone di formalizzare un'unione stabile» e nel fatto che questa unione configuri una formazione sociale «di base associativa» in cui non trovino posto «vincoli patriarcali e autoritari»<sup>47</sup>. Attorno a questi principi il *Tribunal* ha così ricostruito il significato del matrimonio, da intendersi

attestata su analoghe posizioni, nel caso *Obergefell et al. Vs Hodges*, cit.: «its argument is that the fundamental purpose of marriage is to promote the well-being of those who choose to marry. Marriage provides emotional fulfillment and the promise of support in times of need. And by benefiting persons who choose to wed, marriage indirectly benefits society because persons who live in stable, fulfilling, and supportive relationships make better citizens. It is for these reasons, the argument goes, that States encourage and formalize marriage, confer special benefit on married persons, and also impose some special obligations». Cfr. Ivi, § 2, p. 3 della *dissenting opinion*.

43 Supreme Court of the United States, *Obergefell et al. Vs Hodges*, cit., § 3, p. 10.

44 Ivi, § II.A, p. 2.

45 Ivi, § II.B, p. 12.

46 Sulla quale si rinvia a F. Mastromartino, *Sobre la interpretación evolutiva de la constitución. Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal constitucional español sobre el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo*, in "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", 36, 2013.

47 Cfr. nella dottrina spagnola: E. Expósito Gómez, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, in "Il Foro italiano", 2005, p. 271 (corsivo aggiunto); J. Urías Martínez, *Artículo 32*, in M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (a cura di) *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 891.

come comunità di affetto che genera un vincolo, o società di mutuo aiuto tra *due persone* che possiedono un'*identica posizione* nel seno di questo istituto, e che *volontariamente* decidono di unirsi in un progetto di vita familiare comune, prestando il proprio *consenso* in relazione ai diritti e ai doveri che danno forma all'istituto e manifestandolo espressamente mediante le formalità stabilite nell'ordinamento<sup>48</sup>.

Questo modo di intendere il matrimonio suggerisce con innegabile chiarezza che il matrimonio *same-sex* è idoneo a realizzare le medesime finalità del matrimonio contratto tra persone di sesso opposto. C'è però chi vi ha visto una (ri)definizione fuorviante di dubbia utilità esplicativa in rapporto alla funzione sociale dell'istituto, poiché, identificando il matrimonio con «un'unione emotiva» piuttosto che con «un'unione intrinsecamente ordinata alla vita familiare», cioè essenzialmente protesa alla procreazione, non sarebbe in grado di «spiegare perché lo Stato dovrebbe preoccuparsi del matrimonio più che dell'amicizia»<sup>49</sup>.

A questa ovvia obiezione si può altrettanto ovviamente replicare che lo Stato non ha modo di verificare – se non per mezzo di una compressione intollerabile della *privacy* dei coniugi – se la relazione suggellata dal matrimonio è in concreto davvero “coniugale” o ha unicamente carattere amicale. Poiché non può accertarlo, lo Stato se ne disinteressa – e in effetti non mancano casi di matrimoni contratti al solo scopo di ottenere tutela di certi interessi, non solo patrimoniali<sup>50</sup>. Allo stesso modo, sesso e matrimonio non sono affatto intrinsecamente collegati in un “unico bene”. Piuttosto non è questo il punto – se la relazione intrattenuta dai coniugi sia di carattere (anche) sessuale o meno: l'unico elemento davvero essenziale è quello dell'impegno consensualmente convenuto da parte dei coniugi alla formazione di una società nucleare incardinata sul mutuo aiuto. Com'è stato esattamente osservato, «non spetta al legislatore indagare in che modo la relazione viene vissuta sotto altro profilo che non sia quello impegnativo dell'assunzione pubblica della cura e della promozione dell'altro»<sup>51</sup>.

I critici di questo approccio pluralista, che rimette ai singoli individui la determinazione della propria esperienza matrimoniale, guardano con sospetto alle ridefinizioni *gender-neutral* del matrimonio, come quella ricostruita dalla Corte spagnola. I suoi fautori sono accusati di diffondere una “falsa” rappresentazione dell'istituto nell'opinione pubblica, tanto arbitrariamente distante dal significato comunemente associato al matrimonio da rendere «sempre più difficile vedere il senso (scopo) delle sue norme»: ciò che, si teme, «danneggerà quei beni culturali e politici che richiedono il coinvolgimento primario dello Stato in materia matrimoniale»<sup>52</sup>.

48 Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 9, pp. 41-42 (corsivi aggiunti).

49 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio?*, cit., p. 18.

50 Anche tra persone di sesso opposto. Si pensi, tanto per fare un esempio relativo a un caso di pubblico dominio, al matrimonio contratto da Freddie Mercury – compianto leader dei Queen – con Mary Austin allo scopo di renderla depositaria delle sue ultime volontà.

51 Cfr. “Aggiornamenti sociali”, rivista milanese dei gesuiti, maggio 2008. Il passo è citato da S. Rodotà, *Perché laico*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 168.

52 S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio?*, cit., p. 10.

Ma, al di là del fatto che queste definizioni non consistono affatto in “ridefinizioni”, se non per il fatto che chiariscono, precisandolo, il significato del termine ‘matrimonio’ – mentre poco o nulla possiedono di «revisionista»<sup>53</sup> considerando quanto sono accreditate nella sensibilità culturale di una parte, se non maggioritaria, sicuramente non trascurabile dell’opinione pubblica –, il danno che queste (presunte) ridefinizioni in ipotesi procurerebbero risulta non identificabile: ciò che testimonia come gli argomenti contrari all’estensione del matrimonio alle coppie omosessuali appaiano ancora una volta non idonei ad indicare, se non del tutto genericamente, le conseguenze sociali negative che da questa deriverebbero<sup>54</sup>.

Per contro, dovrebbero essere a tutti evidenti i danni generati (non dall’inclusione ma) dall’esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio. Negando la libertà (della scelta) matrimoniale ai gay e alle lesbiche – poiché banalmente in tanto si è liberi di sposarsi in quanto si è liberi di scegliere la persona con cui unirsi in matrimonio – si svilisce la loro dignità attraverso l’imposizione di uno stigma sociale che favorisce la loro discriminazione e la loro marginalizzazione «in uno stato di subordinazione»<sup>55</sup>. È infatti altamente probabile che in società dove lesbiche e gay continuano ad essere (irragionevolmente) discriminati siano contro di loro più frequenti le «azioni/attestazioni/dimostrazioni di disgusto»<sup>56</sup>; così come più probabile è la “tolleranza” sociale della loro discriminazione, in un certo senso legittimata da una politica miope, incapace di rispondere adeguatamente alle questioni d’eguaglianza che presenta il nostro tempo.

Al «dovere della prudenza» – inopportuno invocato a difesa del matrimonio tradizionale in virtù della sua storia ultramillenaria<sup>57</sup> – andrebbe piuttosto contrapposto il dovere della protezione (dei diritti) di persone che, appartenenti a una minoranza da sempre e ovunque discriminata, appaiono vulnerabili e meritevoli di particolare tutela giuridica.

Estendere il matrimonio alle coppie omosessuali significa conferire «alla scelta di vita di una coppia di persone dello stesso sesso la stessa dignità della scelta fatta da due persone di sesso diverso»<sup>58</sup>. Prendere sul serio la loro dichiarazione di volontà di intraprendere una vita in comune – consentendo loro di accedere all’ordine simbolico del matrimonio – potrebbe poi favorire lo sviluppo stesso delle relazioni omosessuali, finora confinate in un isolamento sociale capace di spezzare anche i legami affettivi più solidi.

53 Gli autori, *ivi*, p. 59, presentano con questa espressione la concezione da essi criticata.

54 Lo ravvisa chiaramente G. Zanetti, *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, cit., p. 86.

55 Cfr. Supreme Court of the United States, *Obergefell et al. Vs Hodges*, cit., pp. 14 e 17.

56 N. Vassallo, “*Il matrimonio omosessuale è contro natura*”. *Falso!*, cit., p. 99.

57 Cfr. I. Massa Pinto, *La superbia del legislatore di fronte alla ‘natura delle cose’*, cit., p. 57-58 e p. 92.

58 F. Bilotta, *Il matrimonio per coppie dello stesso sesso*, cit., p. 65.

Come ben scrive Nicla Vassallo<sup>59</sup>:

A differenza di una coppia eterosessuale, che gode in gran parte dei casi (sebbene non sempre e non ovunque) di ampia visibilità, riconoscimento, approvazione sociale e simbolica, una coppia omosessuale viene spesso messa a dura prova, sicché la possibilità di suggellare il legame tramite l'unione matrimoniale costituirebbe un modo serio di custodire, tutelare, sviluppare l'amore.

59 N. Vassallo, *"Il matrimonio omosessuale è contro natura". Falso!*, cit., p. 95.