

GIORGIO DANESI*

*Tra fallacia naturalistica e fallacia egualitarista.
A proposito di un libro di Fabrizio Mastromartino***

Un filosofo che si occupi di diritto positivo suscita nel lettore un'attesa ed un timore: l'attesa che possa evitare di indulgere nei "tecnicismi" che appesantiscono il discorso dei giuristi e il timore che non sappia dare adeguatamente conto della complessità che caratterizza la "tecnica" del discorso giuridico. L'ultimo lavoro di Fabrizio Mastromartino riesce nel difficile intento di premiare l'attesa e di dissolvere il timore, conseguendo un felice equilibrio tra agilità di lettura e ricchezza di analisi.

Il volume offre una rassegna delle più recenti decisioni della giurisprudenza costituzionale (europea e non) in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso, dando conto del dibattito giurisprudenziale e dottrinale dal quale tali decisioni scaturiscono e sul quale tali decisioni incidono.

Nell'introduzione Mastromartino individua due posizioni fondamentali, che – con la terminologia dell'autore – si potrebbero definire "sostanzialista" ed "egualitarista". L'approccio

* Avvocato del Foro di Brescia. E-mail: diotimo@tiscali.it.

** Recensione a F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013. Per ogni riferimento a quest'opera mi limiterò a inserire nel testo dell'articolo il numero della pagina.

sostanzialista (inaccettabile per Mastromartino) muove da un'indagine sulla nozione di matrimonio e, secondo l'autore, pare condurre inevitabilmente alla conferma del "paradigma eterosessuale storico-tradizionale", quale rappresentazione "essenzialistica, statica ed imm modificabile" dell'istituto, in una prospettiva giusnaturalista. L'approccio *egualitarista* (preferibile per Mastromartino) non indugia sulla nozione di matrimonio, ma muove dal principio di eguaglianza (intesa quale eguaglianza nei diritti fondamentali), principio ritenuto incompatibile con l'esclusione dal matrimonio delle coppie omosessuali, in considerazione del diritto (individuale) alla vita familiare¹.

Con un'importante precisazione, Mastromartino rileva che un approccio basato sul principio di eguaglianza

«rinvia immediatamente ai valori dell'autonomia, della libertà individuale nelle proprie scelte intime e del libero sviluppo della personalità e dell'identità personale. A sostegno dell'argomento dell'eguaglianza vi è cioè un argomento che attiene alla libertà» (xix).

In altre parole, l'approccio egualitarista considera il matrimonio quale «espressione della libertà e dell'autonomia dell'individuo» (xix) e dunque in chiave individualistica, mentre l'approccio sostanzialista considera il matrimonio in una dimensione sovraindividuale.

¹ In argomento si veda, in particolare, la sentenza 24 giugno 2010 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (*Schalk e Kopf c. Austria*), secondo la quale «la Corte ritiene artificiale sostenere che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della "vita familiare" di cui all'art. 8» della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Per comprendere criticamente l'approccio egualitarista delineato da Mastromartino ci si deve pertanto chiedere se la concezione individualistica che vi è presupposta sia convincente.

De jure condito, tale concezione appare difficilmente sostenibile, posto che il matrimonio dà accesso ad una serie di posizioni giuridiche predeterminate dal legislatore e solo in minima parte modellabili dai nubendi. Tale caratterizzazione dell'istituto evoca interessi super-individuali, o, quanto meno, un atteggiamento paternalistico da parte del legislatore che sottrae all'autonomia privata la determinazione dei fini e della disciplina dell'istituto, sul presupposto di determinate opzioni etiche.

De jure condendo, il dibattito tra concezione individualista e concezione sovraindividuale è invece aperto. Se si adotta una concezione individualista, ne possono derivare due opzioni. La prima, più radicale, è l'abolizione del matrimonio, in quanto istituto illiberale, perché limitativo della sfera di libertà più intima dell'individuo senza l'intervento della sua volontà; la seconda è la trasformazione del matrimonio da fonte di status predeterminati dalla legge a contratto, fonte di diritti e doveri delineati dall'autonomia delle parti². In tale direzione, peraltro, si muovono gli istituti più "leggeri" recentemente introdotti in molti ordinamenti a tutela delle coppie e/o delle convivenze di persone non coniugate³.

² Torna alla mente SUMNER MAINE 1998, 129, il quale, nell'ambito della nota formula sulla progressiva transizione dallo *status* al contratto come cifra del diritto moderno, osserva come «alla famiglia viene sostituito sistematicamente l'individuo, come unità di riferimento del diritto civile».

³ Si pensi, ad esempio alla "coabitazione legale" istituita in Belgio nel 1998, nell'ambito della quale «i conviventi disciplinano le modalità della loro coabitazione legale mediante convenzione come

In questa seconda prospettiva l'approccio egualitarista descritto da Mastromartino è certamente praticabile: se è in gioco l'autonomia degli individui nel definire gli strumenti giuridici più coerenti con le loro scelte di vita, escludere le persone (e le coppie) omosessuali rappresenterebbe indubbiamente una discriminazione odiosa.

Se, al contrario, si mantiene una nozione "forte" di matrimonio, connotata da fini prestabiliti e disciplina vincolata, un approccio al tema dell'accesso della coppia omosessuale fondato esclusivamente sul principio di eguaglianza appare inadeguato, perché risulta ineludibile la (preliminare) questione della "sostanza" del matrimonio, ovvero gli interessi che ne devono ispirare la definizione e la disciplina.

In proposito torna alla mente un passo di Norberto Bobbio, secondo il quale

«una qualsiasi richiesta di eguaglianza si distingue da un'altra non soltanto in base alla risposta che si dà alle domande "fra chi?" [nel nostro caso, eterosessuali ed omosessuali] e "rispetto a che cosa?" [nel nostro caso, rispetto al matrimonio], ma anche in relazione al criterio o ai criteri di giustizia che essa assume in vista dell'attribuzione della "cosa" ai "chi"»⁴.

Pertanto, in mancanza di un adeguato approfondimento della nozione di matrimonio, il mero richiamo all'eguaglianza appare di per sé insufficiente.

ritengono opportuno, nella misura in cui non contenga disposizioni contrarie all'art. 1477, all'ordine pubblico, al buon costume o alle norme riguardanti la potestà genitoriale, la tutela e alle norme che disciplinano l'ordine dei successibili» (art. 1478, comma quarto, Codice Civile, tr. da CALÒ 2000, 81).

⁴ BOBBIO 1976, 447.

Se si sposta l'attenzione dall'introduzione al corpo del volume di Mastromartino si nota che quello che l'autore definisce come il "consenso europeo" (119)⁵ verso cui convergono le corti, ammette la necessità di una tutela per le coppie di persone dello stesso sesso ma, al contempo, ritiene non vincolata sul piano del diritto costituzionale (e comunitario) la scelta dello strumento di tutela da approntare (il matrimonio o altro istituto giuridico). Pertanto pare escluso che il richiamo al principio di eguaglianza basti a dirimere la questione dell'accesso della coppia unisessuale al matrimonio (se lo fosse, la questione sarebbe risolta direttamente dalle corti sul piano del principio costituzionale, comunitario e internazionale di eguaglianza, senza alcun rinvio al legislatore ordinario)⁶. In altre parole, la giurisprudenza costituzionale *prima facie* muove da un approccio *sostanzialista*, in cui la nozione di matrimonio è rilevante (e di competenza del legislatore). L'esito di tale approccio, tuttavia, è aperto anche al superamento del "paradigma eterosessuale storico-tradizionale".

In questa prospettiva, lascia perplessi una scelta lessicale quale "matrimonio egualitario", scelta diffusa⁷ e fatta propria anche da Mastromartino (132); quasi che la nozione di matrimonio possa essere (ri)costruita solo in funzione del principio di eguaglianza.

Ciò detto, bisogna ammettere che abbandonare (almeno in prima battuta) il richiamo al principio di eguaglianza –

⁵ Mastromartino si sofferma sulla giurisprudenza costituzionale francese e portoghese, evidenziando la peculiarità del caso italiano.

⁶ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 3 della Costituzione Italiana, all'art. 14 della CEDU e all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁷ Si vedano, ad esempio, i contributi pubblicati in «Iride», XXVI, n. 68, 2013.

con l'efficacia retorica (e giuridica) che lo caratterizza – comporta lo spostamento del dibattito pubblico lungo una china più scivolosa. Basti pensare al volume di Gabriella Gambino⁸, secondo la quale il tema della coppia unisessuale rappresenta «la vera sfida “giusnaturalistica” del nostro tempo»⁹. L'autrice, individuando l'interesse sotteso all'istituto matrimoniale nell'uso riproduttivo della sessualità secondo un modello naturalistico, pretende di desumerne un modello giuridico (e addirittura ontologico), in spregio alla c.d. legge di Hume.

Ne deriva che alla coppia omosessuale sarebbe inibito ogni riconoscimento giuridico, in quanto «tra una coppia *gay* e una coppia eterosessuale – al di là della dimensione affettiva – non c'è alcun elemento di uguaglianza che il diritto possa istituzionalizzare» (82). La rimozione della coppia omosessuale dalla sfera pubblica ha come presupposto la stessa rimozione dell'orientamento sessuale nell'individuo, in quanto

«l'esperienza clinica internazionale [*sic!*] dimostra che il superamento della condizione omosessuale è totale nel 30% dei casi e che nei rimanenti è possibile attenuare in maniera significativa gli impulsi emotivi», realizzando «nuove esperienze emozionali [...] in grado di evocare un nuovo senso di gratificazione e di castigo»¹⁰.

Tuttavia non mancano autori che evitano tanto la fallacia naturalistica quanto la “fallacia egualitarista”. Si consideri, ad esempio, Elizabeth Brake¹¹, la quale, dopo avere considerato seriamente la questione della compatibilità del

⁸ GAMBINO 2007.

⁹ GAMBINO 2007, 10.

¹⁰ GAMBINO 2007, 56.

¹¹ BRAKE 2012.

matrimonio con il pensiero liberale, non elude il tema della “sostanza” del matrimonio. Brake ridefinisce il matrimonio come luogo di una o più “relazioni di cura” (“caring relationships”), quali quelle che caratterizzano «friendships, urban tribes, care networks, polyamorous or monogamous relationships»¹². L’inclusione della coppia omosessuale (e di altri soggetti in precedenza esclusi) nel “minimal marriage” così teorizzato, pertanto, non deriva (solo) dall’applicazione del principio di eguaglianza, ma deriva in primo luogo dalla ridefinizione della “sostanza” del matrimonio¹³. La tutela di tali relazioni è giustificata politicamente ed è ritenuta preferibile rispetto alla contrattualizzazione del matrimonio, la quale rappresenterebbe una sostanziale abolizione dell’istituto. Al di là dei problemi che il merito della proposta suscita, tale ridefinizione rappresenta un esempio di argomento per sostenere l’accesso delle coppie omosessuali al matrimonio senza incorrere nelle fallacie evidenziate.

¹² BRAKE 2012, 160.

¹³ Per una critica alla tesi secondo cui un certo modello di matrimonio e/o di famiglia rappresenterebbe un “dato antropologico originario” si veda REMOTTI 2008, 71 ss.

Riferimenti bibliografici

- BOBBIO N. 1976. *Eguaglianza ed egualitarismo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 53(3), 1976, 321-330.
- BRAKE E. 2012. *Minimizing Marriage: Marriage, Morality and the Law*, New York, Oxford University Press.
- CALÒ E. 2000. *Le convivenze registrate in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè.
- GAMBINO G. 2007. *Le unioni omosessuali: un problema per il diritto*, Milano, Giuffrè.
- REMOTTI F. 2008. *Contro natura. Una lettera al papa*, Roma-Bari, Laterza.
- SUMNER MAINE H. 1998. *Diritto antico*, Milano, Giuffrè. Tr. di A. Ferrari da *Ancient Law*, Londra-New York, J.M. Dent-E.P. Dutton, 1917.