



**Convegno annuale
Associazione "Gruppo di Pisa"
7-8 giugno 2013
La famiglia davanti ai suoi giudici**

**GIOVANNA RAZZANO
MATRIMONIO, FAMIGLIA, OMOSESSUALITÀ.
BREVI CONSIDERAZIONI E QUALCHE SPUNTO DAL DIRITTO ROMANO.**

SOMMARIO: 1. Quell'inequivocabile riconoscimento costituzionale dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e le critiche all'art. 29. – 2. La “liberalizzazione del matrimonio” e lo “spirito costituente”. – 3. In che senso “società naturale”: a) il dato biologico. – 4. Segue: b) il dato storico. Il diritto romano e il matrimonio. – 5. I Romani, l'omosessualità, il matrimonio e il concubinato.

1. QUELL'INEQUIVOCABILE RICONOSCIMENTO COSTITUZIONALE DEI DIRITTI DELLA FAMIGLIA COME SOCIETÀ NATURALE FONDATA SUL MATRIMONIO E LE CRITICHE ALL'ART. 29

Nel considerare, sia pur nello spazio di un intervento, queste ardue tematiche, vorrei innanzitutto partire dalla relazione di Francesca Biondi - che ringrazio - allorché mi cita fra coloro che sostengono la “tesi”¹ per la quale sarebbe possibile «valorizzare la funzione sociale della famiglia, mettendo in relazione il riferimento ai diritti “della famiglia” con il dettato del primo comma dell'art. 31 Cost.» (“*La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose*”). “Tesi” che avrebbe degli oppositori.

In realtà non ritenevo di aver formulato una tesi. Leggere le disposizioni costituzionali, quando affermano (art. 29) che “*la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*” e tenere conto dell'art. 31 Cost., che ne è conseguenza, significa osservare un dato. La tesi o, meglio, il problema, è che il legislatore ha per lo più ignorato queste indicazioni. Non vi è dubbio, poi, che si tratti di norme di carattere sociale, poste come sono a sostegno di quella realtà che la Costituzione considera “società naturale”, che infatti apre il Titolo II, denominato “rapporti etico-sociali”. E' il Costituente stesso che ha valorizzato, mentre il Legislatore ha disatteso.

In altri termini, il riconoscimento della famiglia come primo soggetto sociale e misure sociali a favore della stessa sono voluti dal Costituente e iscritti nella stessa Costituzione e non sono la lettura di qualche studioso. Si perdoni il gioco di parole, ma così come la Costituzione *riconosce* i diritti della famiglia come società naturale, allo stesso modo lo studioso *non può che riconoscere che la Costituzione opera tale riconoscimento*; e che, in conseguenza di ciò, preveda interventi di carattere sociale.

Più in generale, considerare, allorché si tratti di famiglia, questo dato di *diritto positivo*, ancor prima che una questione di merito, è una questione che attiene alla perdurante possibilità di poter continuare a riconoscere, soprattutto all'interno di una comunità scientifica, *il significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*².

Altro problema è la critica nei confronti delle norme costituzionali in tema di famiglia e matrimonio. Ma in tal caso, come ben messo in evidenza da Antonino Spadaro nel suo intervento durante il dibattito pomeridiano relativo alla

¹ Cfr. nota 23 della sua relazione *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, Convegno annuale del Gruppo di Pisa”, “*La famiglia davanti ai suoi giudici*”, Catania, 7-8- giugno 2013, pubblicata sulla relativa Rivista.

² Sui rischi che comportano per la tenuta della stessa Costituzione le “strane idee” per cui su alcuni temi, come ad es. proprio quelli relativi al matrimonio e alla famiglia, la Costituzione non offrirebbe alcun concetto, A. RUGGERI, “*Strane*” *idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, comunicazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, cit., pubblicata sulla relativa Rivista.



prima sessione, ogni discussione sulle eventuali alternative, per onestà intellettuale, avviene sul piano della revisione costituzionale³. Qui, certamente, entrano in gioco tutta una gamma di possibili “tesi”. *De iure condendo*, però.

I tentativi di desumere in via interpretativa, dagli articoli 29 e seguenti della Costituzione, contenuti diversi dal *significato proprio delle parole secondo la connessione di esse* comportano il rischio di una rottura non solo giuridica, ma anche socio-culturale, perché si compromette la possibilità stessa di fondare un *discorso pubblico ragionevole*. Con l'aggravante che proprio sulla *ragionevolezza* i costituzionalisti e la Corte costituzionale hanno costruito molto, se non tutto, presupponendo la validità del principio di non contraddizione e di quello di analogia, oltre che la comune capacità di comprendere le argomentazioni e le motivazioni⁴.

Su questo, ossia sull'irrazionalità della pretesa di “far entrare dalla finestra” radicali modifiche in tema di matrimonio e famiglia (ad es. con “leggine” aventi ad oggetto problemi limitrofi ovvero attraverso sentenze - sempre che la sent. 138 del 2010 della Corte costituzionale lasci qualche margine⁵), mi sembra che fra l'altro concordassero, come è emerso nel corso del dibattito pomeridiano relativo alla prima sessione, anche coloro che, critici nei confronti degli articoli 29 e seguenti⁶, propongono riforme, come Roberto Bin e Gaetano Azzariti.

2. LA “LIBERALIZZAZIONE DEL MATRIMONIO” E LO “SPIRITO COSTITUENTE”

Occorre chiedersi, tuttavia, se non sia *anti-storico*, oltre che *contrario allo stesso spirito della Costituzione*, ridurre proprio in questo momento la discussione pubblica sulla “famiglia” al problema del riconoscimento giuridico delle coppie di fatto e a quello del matrimonio omosessuale.

Nell'uno e nell'altro caso, a ben vedere, si tratta di tematiche che presentano un tratto comune, ossia la “liberalizzazione del matrimonio”. Una prospettiva che, di per sé, meriterebbe di essere seriamente e apertamente discussa e confrontata con lo “spirito costituente”.

Tale “spirito” esprime infatti, da un lato, un compromesso e una pacificazione fra la componente cattolica, quella liberale e quella marxista-comunista-socialista. Dall'altro, è la stessa architettura costituzionale a poggarsi sulla famiglia, riconosciuta come *società naturale* fondata sul *matrimonio*, fondamento dei “rapporti etico-sociali”. Del resto è già Cicerone a considerare il *matrimonium* come “prima *societas*” tra i coniugi e fondamento della famiglia⁷. Impostazione evidentemente ripresa dall'art. 29 Cost., secondo una visione non esclusiva della cultura cattolica, ma al contrario condivisa, sia pure con accenti differenti, dalla cultura comunista e da quella liberale⁸, proprio in quanto *classica*.

Possono invece i rapporti etico-sociali fra i consociati costruirsi a partire dalla “liberalizzazione del matrimonio”? Non vi è forse il rischio di rompere quell'equilibrio fra principi, specie fra il principio *liberale* e quello

³ Inoltre A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici “religiose” dello Stato “laico”)*, Torino 2008, spec. 239 ss. e, da ultimo, ID., *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale - come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa - o serve una legge di revisione costituzionale?*, in *forumcostituzionale* (settembre 2013). Sulla necessità *quantomeno* della revisione costituzionale, già A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *forumcostituzionale*, 2007, 6 ss., il quale, considerando il “forte” riconoscimento costituzionale di cui all'art. 29, dubita che possa essere manifestata una volontà contraria, sia pure nelle forme dell'art. 138.

⁴ Sulle notevoli conseguenze che comporterebbero interventi legislativi e/o giurisprudenziali contrari al contenuto sostanziale della Costituzione, A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”*, cit. Sulla questione del metodo, ID., *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo “relazionista” nel diritto costituzionale)*, in *Pol. dir.*, n. 3/1996, 399 ss. e, anche, ID., *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, 418 ss.

⁵ A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”*, cit., sottolinea in particolare il seguente *obiter dictum* della Corte: «il significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa» (punto 9, VI c., del cons. in dir.). Critico sulle modifiche tacite alla Costituzione, per via di fatto ovvero in via interpretativa, legislativa o giurisprudenziale, A. RUGGERI, “*Strane*” idee sulla famiglia, cit., spec. 6 e 9.

⁶ Cfr. inoltre R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss.; simile la tesi di P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007, cap. II, § 11. Per la tesi favorevole ad un'introduzione del matrimonio omosessuale da parte del legislatore ordinario R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur. cost.* 2010, fasc. 2, 1629 ss.; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, fasc. 10, 997 ss.

⁷ CICERONE, *De officiis* 1, 53.

⁸ Sul dibattito nella Costituente cfr. F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, Bari, 2004, spec. 39 ss. e 66 ss.



sociale, che contraddistingue lo “spirito costituente”, oltre che la Costituzione stessa?⁹ E’ davvero marginale e irrilevante, per un ordinamento, l’impegno di responsabilità del matrimonio e della generazione ed educazione dei figli, come ha osservato Paolo Carnevale nel suo intervento durante la mattinata dedicata alle conclusioni?

Comunque si intenda rispondere a questi interrogativi, in una prospettiva sociale e storica responsabile e lungimirante, non può essere accantonata la questione, che invece è *de iure condito*, dell’inattuazione degli interventi legislativi previsti dal Costituente a favore della famiglia e della sua formazione. E’ infatti questa una inerzia legislativa grave e ingiustificata, non solo perché tradisce alcune fra le previsioni costituzionali di maggiore portata innovativa rispetto allo Statuto liberale, ma anche perché l’arretratezza delle politiche sociali e fiscali italiane in materia sta comportando, in concorso con altre cause, effetti in ambito demografico (l’invecchiamento assomiglia a quello della Grecia), educativo, economico, occupazionale, previdenziale, assistenziale, ecc. Sull’esistenza di tale *questione sociale*¹⁰, del resto, concordano tutte le relazioni e gli interventi della sessione “Famiglia e politiche promozionali”, come posto in luce, in maniera brillante e ironicamente realista, da Antonio Saitta nella sua relazione conclusiva.

3. IN CHE SENSO “SOCIETÀ NATURALE”: A) IL DATO BIOLOGICO

Occorre però tornare alla questione della “società naturale fondata sul matrimonio”. Dinanzi alla difficoltà di alcuni a comprendere e ad accettare oggi questa espressione, senza entrare nel merito di spinose tematiche di filosofia giuridica e politica, vorrei provare a svolgere due ordini di considerazioni.

La prima considerazione circa la “naturalità” del matrimonio è di carattere biologico, dunque scientifico-sperimentale, oggettiva e oggettivabile: gli esseri umani sono maschi e femmine, uomini e donne, XY e XX. Per questa eterosessualità è possibile l’unione sessuale, la generazione, la formazione della famiglia, nelle relazioni coniugali tendenzialmente stabili e nelle relazioni di paternità, di maternità, di filiazione, di fraternità, ecc. In ogni cellula, nel DNA, nel tipo di cromosomi, nella struttura morfologica del cervello, nell’assetto ormonale, nella forma del corpo è presente la mascolinità o la femminilità. Da questa differenza e dall’eterosessualità derivano le relazioni fondamentali della *società naturale*. Tale dicotomia e tale *naturale* differenza sessuale risultano necessarie e restano confermate persino dagli interventi biotecnologici procreativi, nel loro intento di superare tale “*ecologia umana*”, perché occorrono comunque sia il gamete maschile, sia quello femminile.

Tali considerazioni, poiché fino a prova contraria attengono alla realtà - sono, per così dire, ontologiche - non sono in grado, di per sé, di offendere coloro che percepiscono attrazione sessuale per le persone dello stesso sesso (*same sex attraction* - SSA); i quali non è detto, fra l’altro, che necessariamente si riconoscano o militino nel movimento LGBT (lesbiche, gay, bisessuali, transgender). La *dignità* di ogni persona umana a prescindere dalle sue “condizioni personali” (cui si riferisce, peraltro, l’art. 3 Cost.) e l’*uguaglianza* sotto tale profilo sono fuori discussione - anch’esse *naturali*, si direbbe - e godono inoltre di tutela costituzionale. Significa piuttosto riflettere sulla specifica *ratio* del matrimonio, della famiglia e della relativa tutela istituzionale e costituzionale.

Affermare che il matrimonio suppone una stabile relazione eterosessuale coniugale, aperta alla generazione dei figli e alla creazione della famiglia, nelle relazioni di paternità, maternità, filiazione, fraternità, ecc.; riconoscere il dato costituzionale, per cui tale *società naturale* è alla base della società in senso più ampio (come aveva sostenuto Aristotele, prima ancora del Cristianesimo e della Costituzione); osservare che proprio per questo l’ordinamento garantisce una tutela, tutto ciò non è discriminante¹¹.

⁹ Quanto serie siano le questioni poste lo mostrano le considerazioni conclusive di A. RUGGERI, “*Strane*” idee sulla famiglia, cit., 10, quando afferma che «nessuna regolarità o consuetudine culturale che dir si voglia può pretendere di essere seguita laddove ne sia provata l’incompatibilità rispetto ai valori fondamentali dell’ordinamento, salvo naturalmente il caso che trovi in sé la forza per affermarsi, legittimandosi da se medesima *ex post*, quale espressione emblematica dell’avvento forzoso di un nuovo ordine costituzionale che in essa abbia appunto il fondamento o il titolo della propria esistenza».

¹⁰ Come già sostenuto nella relazione “*Lo statuto costituzionale dei diritti sociali*”, pubblicata per il Convegno del Gruppo di Pisa, Trapani, 2012, in Rivista del Gruppo di Pisa, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

¹¹ Sullo *strano* uso dell’uguaglianza, con riguardo alle vicende familiari, cfr. ancora A. RUGGERI, “*Strane*” idee sulla famiglia, cit., 4 ss.



In particolare sembra di poter dire che individuare la *ratio* della tutela offerta a matrimonio e famiglia o risalire al perché della “società naturale” non risulta discriminante, così come non è discriminante, nei confronti degli altri soggetti, la norma per cui le condizioni di lavoro devono assicurare alla madre e al bambino una speciale e adeguata protezione (art. 37 Cost.). Chi non è una madre o un bambino non può rivendicare riconoscimenti e sostegni previsti *in ragione* dell’essere madre o bambino.

D’altra parte, se per matrimonio si intende qualsiasi unione, rifiutando ogni significato intrinseco, non si vede perché una tale unione andrebbe limitata a due persone, oppure perché non potrebbe riempirsi, liberamente, di qualsiasi significato i singoli individui vogliano attribuirgli¹². Come osservava Massimo Severo Giannini, se un concetto diventa onnicomprensivo, non serve più a niente.

Per comprendere il dibattito attuale, non può inoltre essere trascurato il peso assunto, negli ultimi anni, dalle “teorie *gender*”¹³. Queste, com’è noto, si basano sulla distinzione fra *identità sessuale*, la quale sarebbe attinente alla sfera biologica, e *identità di genere*, che invece sarebbe attinente alla costruzione culturale e perciò plasmabile e modificabile. Né estranea a tale posizione è l’attuale possibilità tecnica di ovviare alla naturale infecondità della relazione omosessuale, attraverso donatori/donatrici di gameti, ospitanti in utero, ecc.

Neppure trascurabili sono tuttavia le difficoltà che i presupposti delle “teorie *gender*” comportano in ambito normativo¹⁴, ove si consideri che l’*identità di genere* si basa sul desiderio, sull’orientamento, sull’attrazione, sul sentimento, rivendicato come mutevole e anche *trans-gender*. Mentre la medicina e l’antropologia si basano su basi oggettive: genetiche, endocrinologiche, fisiologiche e patologiche, con ricadute terapeutiche, epidemiologiche e sociologiche¹⁵.

E’ doveroso inoltre domandarsi, sempre in una prospettiva storico-sociale responsabile e lungimirante, quale identità personale, sociale e giuridica avrà il figlio dei possibili cinque soggetti genitoriali (il donatore e la donatrice di gameti, l’ospitante in utero, il genitore/i genitori adottivi).

Una piccola nota sulle riflessioni appena svolte: se fosse approvato il testo di legge “contro l’omofobia”, ora pendente in Parlamento, ci si potrà ancora esprimere criticamente rispetto alle “teorie *gender*”? Sarà *in sé omofobica la critica* a queste teorie o, forse, sarà penalmente rischioso ogni riferimento al dato biologico XX e XY?¹⁶ E ancora: difendere la società naturale fondata sul matrimonio sarà reato? Una tale (costituzionale!) posizione, sarà in grado di insospettire quelle solerti autorità di pubblica sicurezza che a Roma hanno chiesto i documenti ad alcuni tranquilli manifestanti (sparuto gruppetto in sit-in) a piazza Farnese, contro la legge francese sul matrimonio omosessuale? Anche su tali questioni bisognerebbe riflettere alla luce dello “spirito della Costituzione” e, concretamente, alla luce della libertà di coscienza, di religione, di manifestazione del pensiero¹⁷.

¹² A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, cit., 8.

¹³ I “padri” di tali teorie possono essere considerati l’etologo Alfred Kynsey, lo psicologo John Money, lo psicanalista Robert Stoller, l’endocrinologo Henry Benjamin. A tali teorie pare essere ispirato il documento “*Strategia nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni basate sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere*”, pubblicato dall’UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali) e fortemente voluto dal ministro dell’allora “governo tecnico” Elsa Fornero, con l’intenzione di aderire al progetto sperimentale proposto dal Consiglio d’Europa per l’attuazione e l’implementazione della Raccomandazione del Comitato dei Ministri (CM REC 5/2010). Com’è noto, i documenti europei presi a riferimento non hanno alcuna efficacia vincolante sul piano giuridico. I Trattati non contemplano alcuna specifica competenza in materia di famiglia, convivenze e unioni omosessuali, mentre la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione riconosce che il diritto di sposarsi e costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio.

¹⁴ Sebbene altrove, recentemente, si siano fatte altre scelte. Così, in Francia, com’è noto, è stato appena ammesso il matrimonio omosessuale (eliminando dal codice civile la differenza fra uomo e donna a proposito del matrimonio). Da ultimo, il 26 giugno scorso, la Corte suprema degli USA ha ritenuto incostituzionale la norma del *DOMA (Defense of marriage act)*, approvato nel 1996 dal Congresso e promulgato da Clinton, che definisce il matrimonio come l’unione di un uomo e di una donna, negando ogni beneficio di legge, a livello federale, a coppie gay o lesbiche, già sposate in quegli Stati che autorizzano le nozze gay), affermando piuttosto che impedire alle coppie omosessuali di ottenere benefici fiscali e sanitari a livello nazionale viola il quinto emendamento, che difende la libertà individuali (gli Stati che non ammettono le nozze gay non saranno però costretti a riconoscere i matrimoni omosessuali celebrati altrove). Inoltre la Corte ha affermato che chi aveva intrapreso azioni contro le nozze gay in California (a difesa della *Proposition 8* e dell’esito del referendum del 2008, favorevoli al matrimonio tradizionale) non aveva diritto di farlo.

¹⁵ C. ATZORI, *Il binario indifferente. Uomo o donna o GLBTQ?*, Milano, 2010.

¹⁶ La domanda non è oziosa se si ricorda (come ha fatto G. Meotti su *Il Foglio* del 24 agosto), che G. Orwell scrisse “1984” dopo aver assistito, a suo tempo, alla degradazione della scienza sotto un regime totalitario, particolarmente colpito dalla sorte toccata a eminenti scienziati (come Vavilov, Tulaikov, Karpechenko), biologi e genetisti sostenitori di Mendel, durante il regime comunista sovietico.

¹⁷ Se davvero, come è scritto nella relazione introduttiva del progetto di legge “contro l’omofobia”, l’intenzione dei promotori non è quella di sanzionare opinioni fondate e argomentate ovvero mere opinioni, «quand’anche esse esprimano un pregiudizio», sarebbe allora opportuno inserire una disposizione che sancisca l’insindacabilità giudiziaria di qualsivoglia giudizio psicologico, antropologico, etico, psicologico o religioso, anche se



4. SEGUE: B) IL DATO STORICO. IL DIRITTO ROMANO E IL MATRIMONIO

La seconda considerazione sulla “società naturale fondata sul matrimonio”, riprendendo proprio il dato etimologico per cui *matrimonium* deriva da *mater*, è di ordine storico. Vi è infatti, da qualche migliaio di anni, un’esperienza sociologica, antropologica e giuridica di società basata sul matrimonio, che anche per questo è *naturale*. Nel senso che, vichianamente, *verum et factum convertuntur*.

Lungi dall’essere una costruzione cattolica, tale *società naturale* è presente in ogni civiltà¹⁸. Nell’introdurre il tema del matrimonio nel diritto romano, il grande Volterra conferma indirettamente (semmai ve ne fosse bisogno) questo dato, quando ricorda che «i papiri greco-egizi forniscono un’amplissima documentazione, la quale mostra come il matrimonio all’epoca romana in Egitto fosse costituito secondo norme e istituti non romani vigenti presso le varie popolazioni greca, egiziana, ebraica, ecc.»¹⁹.

Interessante, sempre con riguardo alla “società naturale”, è anche quest’altro passaggio dell’insigne romanista: «Come in tutte le società umane giuridicamente organizzate, anche ai Romani si è presentato sin da epoca antica il problema di determinare dal punto di vista giuridico la formazione dell’unione coniugale, sia in ordine alla filiazione (...), sia in ordine al riconoscimento della condizione di coniugi (...), sia in ordine alla costituzione di quel gruppo che, per i vincoli giuridici che esistono tra i membri di esso, si suole chiamare domestico o famiglia domestica. Anche l’ordinamento romano ha dovuto pertanto determinare quali sono gli elementi e i requisiti perché ad un’unione fra un uomo e una donna si possano ricollegare date conseguenze giuridiche, negate invece ad altre unioni»²⁰.

In particolare, nel diritto romano classico, fondamentale è il concetto di *conubium*, ossia la capacità di formare, con una data persona di sesso diverso, un’unione coniugale avente valore giuridico. Indicativo in tal senso quel passo dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, cap. V: «Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utriusque consentiant, si sui iuris sunt, ut etiam parentes eorum, si in potestate sunt»²¹.

Anche in Modestinus (*libro primo regularum*) si legge: «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio», ossia (Le nozze sono la congiunzione di un maschio e di una femmina e la condivisione dell’intera vita, punto d’incontro tra diritto divino e diritto umano) e, ancora, *Institutiones* 1, 9, 1 «Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae

severamente critico, nei confronti delle nozze gay e degli stili di vita gay, restando punibile solo la discriminazione sociale nei confronti degli omosessuali, oltre che la violenza e l’istigazione alla violenza contro gli stessi (peraltro, come molti hanno rilevato, già punibili in base alle norme attuali, ivi compresa l’aggravante dei motivi abietti).

Non lascia presagire nulla di buono lo spiacevole episodio accaduto all’interno dell’ordine nazionale degli Psicologi, all’indomani delle dichiarazioni del presidente, Giuseppe Luigi Palma, in merito alla posizione espressa (durante la trasmissione Unomattina dello scorso 20 agosto) da Giancarlo Cerrelli, vice-presidente dell’Unione Giuristi Cattolici. Con le sue dichiarazioni, il dott. Palma ha stigmatizzato come «scientificamente priva di fondamento» l’idea che l’orientamento sessuale di una persona si possa modificare, essendo questa un’affermazione «portatrice di un pericoloso pregiudizio sociale». Come molti illustri commentatori hanno osservato, lascia tuttavia preoccupati che si definiscano omofobici, squalificandoli, coloro che, anche autorevolmente, sostengono l’esistenza di percorsi terapeutici per coloro che provano pulsioni sessuali indesiderate (cfr. infatti le diverse opinioni di Spitzer, Jones e Yarhouse, Karten, Dettore e Lambiase e dello stesso Lacan). Lascia perplessi che, in luogo di una discussione sul piano scientifico, si additi come persona da perseguire, magari penalmente, chiunque segua un diverso orientamento di pensiero (che si stia diffondendo anche l’eterofobia?). Lascia, infine, assai preoccupati il segnale rappresentato da quello psicologo che, nel rispondere alle dichiarazioni del dott. Palma, ha ritenuto necessario mantenere l’anonimato, nel timore di essere espulso dal suo ordine professionale e perdere il lavoro (*Omofobia, psicologi costretti al silenzio*, in *La nuova Bussola Quotidiana*, 27 agosto scorso). Un tale clima mi sembra assai distante dallo “spirito costituente”, più vicino allo spirito delle vetuste e vituperate ordinanze contingibili e urgenti che, con la scusa di bandire certo “strillonaggio”, in realtà esercitavano la censura, limitando la libertà di manifestazione del pensiero.

¹⁸ Vengono in mente i versi di Ugo Foscolo, per i quali sono indizi di civiltà il matrimonio, il diritto e la religione: «Dal di che nozze, tribunali ed are / diero alle umane belve esser pietose / di se stesse e d’altrui» (*Dei sepolcri*, 91-3).

¹⁹ E. VOLTERRA, *Matrimonio* (dir. romano), in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1991, 271.

²⁰ E. VOLTERRA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, 737.

²¹ Come ricorda E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 359.



continens» (Le nozze o il matrimonio sono la congiunzione tra un uomo e una donna, che comprende una consuetudine di vita)²².

Volterra ricorda inoltre che, diversamente dalle popolazioni orientali, presso le quali era praticata la poligamia, per i Romani il matrimonio è sempre rigorosamente monogamico, mentre un'antichissima tradizione tende ad attribuire ad antiche leggi regie l'indissolubilità del vincolo coniugale e la liceità dello scioglimento solo in casi tassativamente fissati. A differenza degli altri ordinamenti antichi, poi, non vi è poi una compera della donna, né si dà rilievo alla forma ma soprattutto al consenso²³.

In definitiva, nel diritto romano classico, fra gli elementi fondamentali del matrimonio, compaiono l'eterosessualità (*vir et mulieris conunctio, tam masculus ... quam femina*), la tendenziale indissolubilità, l'unione coniugale, la consuetudine di vita, la persistenza della volontà dei coniugi di restare in matrimonio e soprattutto la sussistenza del *conubium*, concetto tipico di una società divisa in classi e categorie, dove vi era la schiavitù e dove la donna, per quanto in una posizione certo più elevata rispetto ad altre civiltà, era pur sempre sottomessa all'uomo²⁴.

E' assai interessante osservare che più tardi, nel diritto postclassico e giustiniano, per effetto dell'influenza cristiana, il matrimonio sussisterà invece in base alla *volontà iniziale* dell'uomo e della donna²⁵. In particolare non basterà più la manifestazione di volontà unilaterale dell'uomo, ma occorrerà la manifestazione reciproca della volontà, tanto dell'uomo, quanto della donna²⁶. Sempre in epoca cristiana, inoltre, apparirà ingiusta e contraria al principio di uguaglianza l'irrelevanza giuridica dell'unione coniugale fra schiavi, ponendosi così il problema degli effetti legali anche di questi matrimoni²⁷. L'indissolubilità e il rilievo della volontà iniziale, l'importanza del consenso della donna e il matrimonio fra schiavi sono dunque fra i principali "cambiamenti cristiani" riconoscibili nel diritto romano postclassico e giustiniano rispetto al diritto romano classico.

5. I ROMANI, L'OMOSESSUALITÀ, IL MATRIMONIO E IL CONCUBINATO

Tornando ora al matrimonio nel diritto romano classico, sembra per noi interessante considerare due elementi fra gli altri: l'eterosessualità e la distinzione fra il matrimonio e il concubinato.

Quanto al primo elemento, occorre interrogarsi sul perché i Romani, *nonostante la diffusa omosessualità, ampiamente attestata dalla letteratura, non abbiano aperto l'istituto del matrimonio agli omosessuali*. Di fatto le unioni omosessuali non avevano alcun rilievo giuridico²⁸. Mentre nelle fonti, come si è visto, a proposito di *nuptiae* e di *conubium*, si riscontra sempre l'elemento dell'unione fra un maschio e una femmina.

Riflettere su una tale esclusione è interessante per il nostro tempo, soprattutto se si considera che, fra le possibili cause, *sembra proprio di dover escludere l'omofobia*, appunto perché, al tempo del diritto romano classico, l'omosessualità, praticata anche dalle più alte cariche dello Stato, era tollerata, se non cantata e perfino celebrata²⁹, in barba a talune leggi morigeranti³⁰.

²² Le traduzioni e gli stessi riferimenti sono ripresi da M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, 204.

²³ E. VOLTERRA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., 738. Dal canto suo R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, I, Milano, 1951, 238, osserva che i Romani, ogni qualvolta hanno voluto riferirsi alla natura dell'istituto del matrimonio romano, al momento costitutivo del rapporto "si son sempre riferiti al *consensus, all'affectio maritalis, alla voluntas*". Tale autore, a differenza di altri, ritiene infatti non essenziale l'elemento della convivenza.

²⁴ E. VOLTERRA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., 736 ss.

²⁵ E. VOLTERRA, *Matrimonio*, cit., 282 ss.

²⁶ *Ibidem*, 284.

²⁷ *Ibidem*, 301.

²⁸ Salvo alcune leggi, fra cui la *Lex Scantinia* o *Scantinia*, ricordata da M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, 237 e da E. CANTARELLA, *Dammi mille baci*, Milano, 2011, 131, la quale in realtà puniva con pene lievissime (una piccola multa) l'omosessualità passiva, già riprovata socialmente. Interessante è anche che ad essere riprovata (almeno da Catone il Censore) era l'abitudine di taluni di compensare con prezzi altissimi i prostituti, ma non l'omosessualità in sé, anche perché vi era perfino una festa annuale pubblica per celebrarla (E. CANTARELLA, *op. cit.*, 83).

²⁹ Per limitarsi solo ad alcuni riferimenti, vi sono molte fonti che alludono all'omosessualità di Cesare (Bibulo, Ottavio, Curione, Catullo); a quella di Nerone (Svetonio si riferisce perfino al fatto che "si sposò" due volte, con due uomini, ovviamente con atto giuridico eccezionale), mentre E. GIBBON, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, 1776-1788 ha sostenuto che bisessuali furono i comportamenti di tutti i primi quindici imperatori. Cfr. inoltre i versi di Catullo riferiti a Giuvenzio, oltre che i molteplici riferimenti del poeta a concubini (ad es. nel carne per il matrimonio di Manlio Torquato). Cfr. poi l'amore del console Lucio Flaminio per il cartaginese Filippo (Tito Livio) e i numerosi versi di Lucrezio, Orazio, Ovidio (il quale scrisse le sue opere perfino durante la più restrittiva legislazione augustea) e dei poeti satirici, come Marziale e Giovenale.



Quanto al secondo elemento, la distinzione fra il matrimonio e il concubinato appare di attualità rispetto alla questione delle coppie di fatto e alle relative ed eventuali equiparazioni con le coppie sposate.

Per i Romani, a fondamento del concubinato, c'è una determinazione soggettiva, l'*animus* con cui l'uomo considera la propria compagna³¹. Esso indica l'unione stabile di un uomo e di una donna fra i quali non esiste *conubium* oppure la volontà continua ed effettiva di essere reciprocamente marito e moglie³².

Nelle fonti rileva infatti la distinzione fra *matrimonium*, *concubinatum* e *stuprum*³³. Il concubinato, in particolare, aveva «un qualche riconoscimento giuridico, sia pure di ordine secondario», quando fosse stata una unione duratura con una donna con la quale non poteva aversi *matrimonium* per mancanza di *conubium*³⁴.

In definitiva, «la regolamentazione giuridica si risolve in un riconoscimento di liceità dell'unione, che implica anche una piena libertà di regolare i rapporti economici interni alla coppia ed eventualmente quelli con i figli»³⁵.

Quel che vorrei sottolineare, è che a tale unione non si riconoscevano gli effetti giuridici del matrimonio non solo per l'impossibilità del *conubium*, ma anche *quando vi fosse l'intenzione soggettiva di non voler contrarre matrimonio e di regolare invece i rapporti economici interni con piena libertà*.

Una tale constatazione è importante. Talvolta nel dibattito pubblico viene chiamato in causa il principio di uguaglianza, in base al quale taluni effetti e “vantaggi” propri delle coppie coniugate dovrebbero essere estesi anche alle coppie di fatto. Un tale argomentare risulta giuridicamente irragionevole, nel senso appunto che situazioni disuguali non possono venir trattate dall'ordinamento in modo uguale, *attribuendo conseguenze giuridiche uguali a chi vuole una unione di tipo diverso*³⁶. I Romani lo sapevano bene, ritenendo un'aberrazione ricondurre effetti giuridici tipici del matrimonio a coloro che non intendevano assumere i diritti e i doveri propri dei coniugi.

Che poi la maggior parte delle coppie di fatto attuali rifuggano da una qualsiasi istituzionalizzazione o pubblicizzazione della loro unione, lo mostrano i registri dello stato civile per loro appositamente istituiti in alcuni comuni. Registri rimasti vuoti o comunque poco ricercati, appunto per la volontà di non attribuire alcun rilievo di carattere pubblico a legami che non vogliono averne³⁷.

Nel concludere queste righe, vorrei riferirmi ancora una volta al diritto romano, dal quale provengono, in particolare, due orientamenti di profondo interesse rispetto ai temi fin qui considerati.

Quest'ultimo dedica al tema dell'omosessualità un'intera satira, con un sorprendente riferimento canzonatorio ad una unione omosessuale (che comunque, come unanimemente attestato, non aveva alcun riconoscimento giuridico), come ricordato, in nota, da M. BRUTTI, *op. cit.*, 237: «...Non lo sai? Un amico si marita: l'invito è solo per gli intimi. Vivi ancora un po' e queste cose si faranno, si faranno in pubblico e si pretenderà di registrarle. Ma un bel tormento perseguita queste spose: non possono partorire e così legare a sé i mariti con la prole» (*Saturae* 2, 134-138). Ampi riferimenti letterari all'omosessualità dei Romani (con una ricerca specialmente attenta ai particolari erotici) in E. CANTARELLA, *op. cit.*

³⁰ E. CANTARELLA, *op. cit.*, 131 ss. riferisce che la *lex Scatinia* di fatto non veniva applicata, adducendo a riprova un successivo editto del pretore urbano (che attorno al 200 a.C. puniva chi per strada insidiava donne e uomini con lo *stalking*) e, soprattutto, la seconda satira di Giovenale, che si riferisce ironicamente alla legge Giulia e a quella Scatinia, lasciando intendere che, in pratica, non sortivano troppo effetto.

³¹ Digesto, 25, 7, 4 (Paulus, libro nono decimo responsorum): «*Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet*». Anche Paulus, Sent. 2, 20, 1; D. 24, 1, 3, 1.

³² E. VOLTERRA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., 773. Tale istituto, secondo l'autore, probabilmente assunse rilevanza giuridica a seguito della *lex Iulia de adulteriis* e della *lex Iulia et Papia Poppaea*, che punivano l'adulterio e lo stupro elencando delle eccezioni, ossia delle unioni che, pur non essendo matrimoni legittimi, tuttavia neppure erano stupri o adulteri. In ogni caso il concubinato, «malgrado fosse legalmente diffuso e praticato, in epoca imperiale ebbe scarsa rilevanza giuridica».

³³ *Digesta*, 25, 7, 1, 2.

³⁴ E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, cit., 364-365.

³⁵ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., 230, il quale precisa che «il consenso reciproco non genera conseguenze ai fini della filiazione, né la convivenza può incidere sulla condizione della donna libera, se è sottoposta alla *manus* di un *pater*. I figli sono considerati *spuri* e seguono la condizione della madre».

³⁶ Tutt'altra questione è quella concernente i figli nati dalle “unioni di fatto”. Così come altra questione è il possibile riconoscimento da parte del legislatore di alcune convivenze, in quanto meritevoli di tutela patrimoniale, specie per la possibilità che un convivente possa trovarsi in una situazione di difficoltà economica.

³⁷ Per verità sembrano rifuggire da celebrazioni e registrazioni pure le unioni gay, posto che in Francia, come ha rilevato di recente la radio *France Inter*, a tre mesi dalla contestatissima legge Taubira, i matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati in tutta il Paese sono stati 596.



Il primo è la *distinzione* fra ciò che nell'ordinamento è *giuridicamente lecito* e ciò che, invece, è *giuridicamente rilevante*. E che per questo motivo, merita riconoscimento, tutela, protezione e agevolazione da parte di una costituzione e del suo legislatore.

Il secondo è che il diritto non esiste per dare soddisfazioni simboliche alle persone o per attestare la qualità delle relazioni sessuali, affettive, psicologiche o emotive dei consociati, ma per garantire esigenze sociali, che – come si è cercato di ricordare – possono e devono essere diverse se riguardano situazioni diverse.

In definitiva, i riferimenti all'originario impianto romanistico contribuiscono a rafforzare il concetto di “*società naturale*” e l'esistenza di un “*significato tradizionale*” del matrimonio, che inoltre, nell'ordinamento giuridico costituzionale vigente, possiede diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo deve *riconoscere*, come ricordato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010.