

Elisabetta Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 150.

di Mauro Grondona

L'indagine di Crivelli fornisce un quadro ricostruttivo del principio costituzionale di non discriminazione in base all'orientamento sessuale, tenuto conto che «la percezione dell'importanza di vietare discriminazioni basate sull'orientamento sessuale è relativamente recente» (p. 1).

Un aspetto preliminare sul quale occorre fermare l'attenzione è la nozione di orientamento sessuale, distinta da quella di diritto alla identità sessuale: nella prospettiva di Crivelli, orientamento sessuale «indica la scelta del genere del *partner* nell'ambito della sfera erotico-affettiva. S'intende così descrivere a livello di attrazione e/o di condotta la direzione dell'affettività e sessualità di un individuo, indipendentemente dal genere, maschile o femminile, a cui appartiene» (pp. 6-7). Laddove la nozione di identità sessuale comprende sia la componente dell'orientamento sessuale sia quella dell'identità di genere (p. 7). Lo studio si occupa esclusivamente dei diritti dei «soggetti omosessuali, in relazione all'adozione di una normativa antidiscriminatoria e al riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso» (pp. 7-8).

Per poter ricostruire il quadro giuridico italiano di protezione delle minoranze sessuali occorre muovere dalla giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento all'art. 2 Cost.¹: «Tale disposizione assume un rilievo centrale per due ragioni: in primo luogo,

¹ Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

perché è proprio in applicazione dei valori ad essa sottesi che è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale l'esistenza di un diritto alla 'libertà sessuale' [Il riferimento è alla sentenza della Corte cost., n. 561/1987, ove si legge che la sessualità è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana e che il diritto di disporre liberamente è un diritto soggettivo assoluto che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e che va inquadrato tra i diritti inviolabili della persona: *ivi*, nota 7]. In secondo luogo, perché il principio pluralista accolto dall'art. 2 Cost. implica la necessità della tutela costituzionale di qualunque gruppo sociale nel quale si svolge la personalità dell'uomo e dunque anche delle unioni omosessuali» (p. 2). L'art. 2 Cost. assume quindi rilevanza sia ai fini del riconoscimento del diritto soggettivo assoluto alla libertà sessuale, sia ai fini della valorizzazione, nell'ambito del modello pluralistico proprio della Costituzione italiana, dell'unione omosessuale quale esempio di formazione sociale (p. 17).

Sotto quest'ultimo aspetto, anzi, la giurisprudenza italiana «ha accolto la tesi per cui l'art. 2 della Costituzione fonderebbe non solo una copertura, ma un vero obbligo di uno specifico intervento del legislatore a tutela delle unioni omosessuali» (p. 21); e ciò, ad avviso di Crivelli, «implica la garanzia di due aspetti: per un verso, il diritto di costituire questa particolare formazione, ovvero il diritto di stringere una relazione omosessuale che sfoci nella convivenza e, per un altro verso, il diritto di queste formazioni di essere titolari di diritti e libertà. In questo secondo profilo si colloca la pretesa che l'autorità pubblica non solo si astenga da indebite interferenze, ma intervenga e si adoperi per fornire una regolamentazione strumentale al soddisfacimento di alcuni diritti fondamentali connessi alla convivenza in comune» (p. 25): infatti, l'assenza di un intervento statale «può condurre ad una limitazione di diritti costituzionalmente garantiti. Si dovrà poi lasciare alla discrezionalità del legislatore la scelta sui modi e i limiti del riconoscimento normativo, ma senza recedere dall'obiettivo di uscire dall' 'indifferenza giuridica' per queste unioni» (p. 26).

È del resto la tesi accolta da una recente e notissima sentenza della Corte costituzionale (n. 138/2010), ampiamente analizzata da Crivelli: «una futura regolamentazione delle unioni omosessuali sarebbe non solo legittima, ma ormai

costituzionalmente necessaria, alla luce dell'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione che garantisce a tale formazione, intesa come una stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, "il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"» (p. 3). L'obbligo del legislatore di adottare, pur all'interno di una piena discrezionalità, una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia (sono parole della sentenza citata), «non si realizza solo attraverso una equiparazione delle unioni sessuali al matrimonio [...] [, ma anche] attraverso "forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette", al quale il legislatore ordinario non può più sottrarsi, pena la violazione dei principi costituzionali sanciti dall'art. 2 della Costituzione» (pp. 26-27).

È ovvio che questo discorso si interseca necessariamente con i problemi ermeneutici posti dall'idea di famiglia e di matrimonio sottostante all'art. 29, comma 1, Cost.²: la Corte costituzionale, nella sentenza citata, ha affermato che il significato tradizionale presupposto dall'art. 29 (il matrimonio è esclusivamente l'unione di un uomo e di una donna) non può essere superato per via interpretativa, altrimenti si darebbe vita ad una arbitraria interpretazione creativa; resta però aperta la questione se, per superare il tradizionale significato del termine matrimonio, sia sufficiente un intervento del legislatore ordinario, oppure se occorra una revisione costituzionale (p. 30); la prospettiva di Crivelli è espressamente nel senso che «l'estensione di un 'vecchio diritto', come quello di sposarsi, a una 'nuova' categoria di persone, come quella degli omosessuali, non riduc[e] né incid[e] sul diritto delle persone eterosessuali di sposarsi, sui loro diritti e doveri, e sul significato simbolico che consegue a tale scelta» (p. 30): di qui l'affermazione della inesistenza di argomenti giuridicamente rilevanti e fondati che possano portare ad escludere l'ipotesi del matrimonio omosessuale (p. 31).

Ora, con riferimento al significato dell'art. 29 Cost., è vero che la lettura fatta propria dalla Corte costituzionale italiana è anch'essa frutto di una operazione ermeneutica (il

² Art. 29, comma 1, Cost.: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

punto è oggi ormai pacifico tra i giuristi: la norma, intesa quale regola applicabile a una certa controversia, non coincide con la disposizione, cioè con il testo legislativo: la norma è il prodotto del giudizio dell'interprete): ciò però non allontana il problema posto dall'art. 29, perché è indubitabile quale sia stata e ancora sia la tradizionale interpretazione di tale articolo: quella appunto condivisa dalla Corte, la quale, in tal modo, ha preferito evitare di dar vita a uno scontro istituzionale (tra giurisdizione e legislazione) che sarebbe certamente sorto se avesse deciso di interpretare l'art. 29 in modo innovativo e dunque in senso contrario a quello fin qui tradizionale.

L'abituale, benefico, salutare intreccio di diritto e politica, da cui il fatto innegabile che ciò che chiamiamo diritto altro non è se non un ordinamento di valori espresso con un linguaggio tecnicizzato, se da un lato spiega molto bene la nota espressione «politica del diritto» (intesa quale strumentario tecnico onde conseguire determinati obiettivi programmatici), dall'altro lato è proprio ciò che esclude *in radice*, a mio avviso, la possibilità di trasformare il diritto vigente (per come espresso dal legislatore) e vivente (per come applicato dai giudici) in virtù della sola forza dell'interpretazione: e ciò perché la forza dell'interpretazione non sta nell'abilità tecnica del giurista, capace di elaborare argomentazioni persuasive perché tecnicamente provvedute; sta, al contrario, nel contesto politico (cioè: è un riflesso del contesto politico) al quale il diritto non può non guardare proprio perché ne è il prodotto.

Può peraltro rilevarsi che nel tempo presente, caratterizzato da un baldo e lieto pluralismo giuridico, inteso quale moltiplicazione incessante delle fonti di produzione (formali e informali, istituzionali e spontanee, *hard* e *soft*) del diritto, il ruolo del giudice (e a maggior ragione del giudice costituzionale) è destinato ad acquistare ancora maggior peso che non in passato, tendenzialmente schiacciato dalla forza del legislatore. Quindi il ruolo da attribuire oggi al giudice e più in generale all'interprete è certamente notevolissimo, ma con questa avvertenza: che le potenzialità dell'ermeneutica giuridica non dipendono dal livello di sapienza tecnica dell'interprete; e non già perché il significato di un testo normativo non possa essere costruito, decostruito, ricostruito, se non *ad libitum*, quasi, ma perché la legittimità dell'interpretazione non attiene, se non in piccola parte, alla perizia tecnica dell'interprete; piuttosto, essa ha a che fare con ciò che

i giuristi tradizionalmente chiamano coscienza collettiva: concetto che allude al clima generale filosofico-politico di un'epoca; piaccia o non piaccia, l'idea di ciò che è giusto e di ciò che è sbagliato non è un concetto giuridico, e dunque trascende il piano del tecnicismo giuridico.

Tornando allo specifico problema connesso con l'interpretazione dell'art. 29 Cost., in senso generale è certamente corretta l'osservazione di Crivelli per cui l'assenza di una specifica disciplina delle unioni dello stesso sesso va ricondotta al «quadro del mancato riconoscimento generale delle unioni sessuali non matrimoniali» (p. 5); e si tratta di un vuoto normativo che «è stato avallato, soprattutto in passato, da posizioni dottrinali le quali sostenevano che l'«indifferenza giuridica» fosse una risposta legittima ad istanze non condivise dalla maggioranza dei consociati e che il rifiuto di un atteggiamento discriminatorio verso gli omosessuali non fosse incompatibile con il rifiuto del riconoscimento pubblico della loro unione. Per non incentivare queste unioni – che pure non sono oggetto di una esplicita condanna – si nega loro la «visibilità», contrastandone il riconoscimento giuridico» (pp. 5-6).

Accanto alla prospettiva interna raffigurata dall'ordinamento giuridico italiano, nel volume sono poi presenti tre ulteriori prospettive, delle quali è qui impossibile dare conto per ragioni di spazio: l'ordinamento comunitario; la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nella lettura ermeneutica offerta dalla Corte di Strasburgo; l'esperienza comparatistica (p. 9).

Per concludere, il volume, sia per il taglio prevalentemente descritto e ricostruttivo di un dibattito italiano e internazionale in pieno svolgimento, sia per l'abbondanza di riferimenti alla casistica giurisprudenziale domestica e internazionale, sia, infine, per il linguaggio piano e asciutto, agevolmente fruibile anche dal non giurista, si segnala all'attenzione delle studiose e degli studiosi che si occupano delle questioni intrecciate al tema, in senso ampio, dell'orientamento sessuale degli individui.