

MATRIMONIO CANONICO,  
MATRIMONI RELIGIOSI,  
PROLIFERAZIONE  
DELLE UNIONI PARA-MATRIMONIALI

OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI

**ABSTRACT:** Da alcuni anni stiamo assistendo ad una lenta agonia del matrimonio civile. Le coppie sposate in Italia (come nel resto d'Europa) vanno drasticamente diminuendo in favore di altri modelli di unioni. Questa particolare situazione rende oggi necessario un intervento del Parlamento, sia per quanto concerne la regolamentazione giuridica di alcuni aspetti della convivenza di fatto (fattispecie in ogni caso diversa da quella matrimoniale e rientrante nell'ambito del diritto della persona e dei rapporti patrimoniali), sia – guardando la questione da un diverso profilo – in ordine ad un auspicabile pieno riconoscimento della libertà religiosa matrimoniale. La libertà di sposarsi secondo il proprio credo dovrebbe infatti venire maggiormente tutelata, concedendo diretta rilevanza nell'ordinamento statale al matrimonio religioso senza bisogno di trascrizione alcuna. La possibilità di vedere riconosciuta dallo Stato a tutti gli effetti questa scelta pare del resto una risposta coerente con l'impianto di tutela della persona che caratterizza l'ordinamento italiano, ma anche una soluzione lungimirante rispetto ad alcuni preoccupanti orientamenti che iniziano a filtrare dall'Europa.

**PAROLE CHIAVE:** matrimonio canonico,

**ABSTRACT:** In these last years we are observing a slow agony of civil marriages.

Married couples in Italy (as well as in the rest of Europe) are decreasing drastically for other forms of civil partnership.

Today, this particular situation makes indispensable an action by the Parliament, both to rule some features of common-law marriage (a different form from a matrimonial one and concerned with the rights of persons and property connections) and, from a different point of view, to fully acknowledge the matrimonial religious freedom.

The freedom of marrying, according everyone's faith, should be protected by a special significance of the religious marriage in the legal order without any needed transcription in the public register.

The acknowledge of this kind of choice by the State, to all intents and purposes, seems a consistent answer with the Italian laws about the protection of individual rights, but also a forward – looking solution compared with several alarming tendencies which are starting to seep from Europe.

**KEYWORDS:** Canonical Form of Mar-

unioni para-matrimoniali, matrimonio riage, Civil Partnerships, Civil Marriage, civile, secolarizzazione, Unione Europea. Secularization, European Union.

SOMMARIO: 1. Secolarizzazione e matrimonio – 2. Il dato sociologico – 3. Il dato antropologico – La questione delle unioni omosessuali – 5. Monogamia ed eterosessualità solo per i matrimoni religiosi? – 6. L'Europa sta a guardare?

## 1. SECOLARIZZAZIONE E MATRIMONIO

L'ESPRESSIONE finale del titolo affidatomi, “proliferazione di unioni para-matrimoniali”, descrive un fenomeno caratterizzante realtà o desideri attuali, che, a loro volta, ci conducono ad un interrogativo: siamo nell'età del dissolvimento (reale o sperato) del matrimonio civile?

La risposta, per i profili giuridici, attiene alla competenza diretta, *ratione materiae*, dei civilisti e costituzionalisti, piuttosto che di noi canonisti ed ecclesiasticisti. Ma anche le nostre discipline sono indirettamente chiamate in causa, non fosse altro che per gli occhiali della storia che siamo soliti mettere, per la dialettica dogmatica sempre intercorsa tra matrimonio religioso e matrimonio civile, per tutte le possibili ricadute nell'ordine civile della scelta della persona – cittadino e fedele insieme – di affidarsi ad un ordinamento religioso per il proprio matrimonio.

Dalla storia ricavo una riflessione, che condivido ormai da parecchi anni con Giuseppe Dalla Torre:<sup>1</sup> la nascita del matrimonio civile, sotto la pressione dell'illuminismo settecentesco è affermazione della gelosa sovranità dello Stato,<sup>2</sup> che tuttavia modella l'istituto civilistico sulla secolarizzazione del matrimonio canonico, dal quale, si noti, mutua diritti e doveri, indis-

<sup>1</sup> (\*) Relazione svolta in occasione del Convegno Nazionale A.D.E.C. sul tema “Per una disciplina che cambia. Il diritto canonico e il diritto ecclesiastico nel tempo presente” (Bologna, 7-9 novembre 2013).

G. DALLA TORRE, *Veritas, non auctoritas facit matrimonium*, (in *Veritas non auctoritas facit legem*, Studi di diritto matrimoniale in onore di P. A. Bonnet, Città del Vaticano 2012, p. 211 ss.) che di recente ha ripreso temi già in precedenza affrontati nello scritto *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Diritto persona e vita sociale, Scritti in memoria di Orio Giacchi*, vol. I, Milano 1984, p. 410 ss.

<sup>2</sup> Riferendosi alla legge francese del 1792, A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, III ed., rist., Torino 1961, p. 29, osserva che l'introduzione del matrimonio civile obbligatorio è corollario della “duratura conquista della Rivoluzione francese: la sottomissione assoluta ed esclusiva del cittadino allo Stato, la negazione di ogni potere, estraneo ed indipendente dallo Stato, da cui il cittadino rilevi, e che possa proteggerlo anche contro lo Stato”; e, sotto altro profilo, è “corollario dell'affermazione dello Stato etico: dello Stato cioè che, in quanto la sua attività non può non prendere le mosse da principi morali e non ispirarsi a questi, non si limita ad accettare i principi della Chiesa ed a farsene il rispettoso e fedele esecutore, bensì afferma una sua propria nozione di bene e di male e questa vuole attuare, senza curarsi se essa corrisponda sempre con quella della Chiesa” (ivi, p. 25).

solubilità compresa, escludendo soltanto i profili sacramentali. Di secolarizzazione in secolarizzazione siamo giunti oggi all'eclissi del matrimonio civile.

L'evoluzione storica è ben nota, ma val la pena brevemente ricordarla.

A fine Settecento, poco più di 2 secoli fa, la Francia, archiviando per sempre il valore civile del matrimonio religioso, nella Costituzione rivoluzionaria del 1791 (art. 7) afferma: *“la loi ne considère pas le mariage que comme contrat civil”*. Principio successivamente accolto dapprima nella legge francese 20-25 settembre 1792 e poi nel *Code civil* all'art. 165. Con espressione sbrigativa Napoleone afferma: *“Les concubins se passent de la loi; la loi se passe d'eux”*. Non c'è spazio giuridico per le convivenze di fatto.

Analogo modello è successivamente introdotto nel nostro Paese. Negli anni tra Restaurazione ed unificazione italiana,<sup>3</sup> infatti, si incrina il monopolio ecclesiastico sul matrimonio, caratterizzante la legislazione degli ex Stati.<sup>4</sup> Sotto la spinta di una particolare declinazione della laicità,<sup>5</sup> coerente con il dogma liberale dell'esclusivismo giuridico statale, nel 1865 la politica liberale separatista spinge lo Stato italiano a introdurre come obbligatorio il matrimonio civile (R.D. 25 giugno 1865, n. 2358, art. 55 ss.). L'indissolubilità continua a caratterizzarlo, sia perché essa è allora considerata favorevole alla donna come soggetto debole, sia perché non si intende esasperare il conflitto con il Vaticano (siamo a 4 anni dall'unificazione e 5 anni prima della breccia di Porta Pia).

Beninteso, la scelta di non combattere, neppure indirettamente, né di favorire il matrimonio religioso, è un male minore per i cattolici. Il Codice del 1865 non impone per legge<sup>6</sup> la celebrazione del matrimonio civile prima della celebrazione religiosa; non accoglie dunque la tendenza dapprima illuminista, poi della Rivoluzione francese ed infine del *Code Napoleon* del 1801 di munire di sanzioni penali il divieto di celebrare il rito civile prima del rito religioso.<sup>7</sup> Si limita a considerare civilmente irrilevante il matrimonio religioso.

<sup>3</sup> Con particolare riferimento alla giurisdizione ecclesiastica ed al riconoscimento della sua efficacia immediata si veda O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Milano 1970, 2 ed., p. 29 ss. e 71 ss.

<sup>4</sup> Una sintesi in G. MANTUANO, *Rilevanza civile del matrimonio religioso negli Stati dell'Unione Europea*, I, *Sistemi matrimoniali a confronto: matrimonio civile obbligatorio o facoltativo*, Ancona 1997, p. 40 ss.

<sup>5</sup> V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, x ed., Milano 1964 p.258; S. GHERRO – M. MIELE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, II, Padova 2009, p. 8 ss.

<sup>6</sup> Venne presentato un progetto di legge per rendere obbligatoria la previa celebrazione civile; ma esso, approvato dalla Camera il 18 maggio 1879, non ottenne il consenso del Senato (C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna 1996, p. 431).

<sup>7</sup> Altre posizioni statuali di matrice separatista (matrice anche di sistemi diversi da quelli liberali) vanno ben oltre. Alcune pagine della storia dei rapporti tra la Chiesa ed alcuni Stati, se poste a confronto con quelle scritte dal nostro Stato liberale ottocentesco, mostrano

Via via che il processo di secolarizzazione mette radici in Italia e la rivoluzione industriale spinge alla famiglia coniugale, l'originario modello civilistico, secolarizzante il modello canonico, è mutilato. Siamo negli anni settanta dello scorso secolo. Sulla scia di un orientamento comune agli Stati membri del Consiglio d'Europa,<sup>8</sup> si comincia a parlare di "privatizzazione del matrimonio"<sup>9</sup> con il prevalere del modello volontaristico-individualistico rispetto al modello istituzionale.

L'introduzione del divorzio (legge 1 dicembre 1970, n. 898) segna agli inizi degli anni settanta una vittoria del "vissuto" contro il "voluto", con il rifiuto di ogni limite allo spontaneismo dei sentimenti. La ricerca della felicità individuale è giustapposta ai doveri (caratterizzanti il modello istituzionale) di garantire, in nome dell'unità familiare, non la propria felicità ma quella degli altri membri della famiglia. Vi è l'eco di filosofie esistenzialiste di tipo libertario, che, più avanti nel tempo, influiscono sulla riduzione del numero di anni (da 5 a 3) di separazione legale necessari per chiedere il divorzio. Oggi si spinge *de iure condendo* a cancellare i termini e dunque a ridurre il divorzio ad una forma di recesso *ad nutum*, scardinando lo stesso impianto<sup>10</sup> che sinora ha retto la disciplina italiana del divorzio.

Il "vissuto", insomma, ormai è colorato di precarietà. Nella coscienza sociale, venuta meno l'etica del dovere, ci si orienta a considerare le unioni di fatto come una risposta non disdicevole, secondo l'ideologia dell'"indifferenziato", che propone di mettere sullo stesso piano anche sotto il profilo giuridico ogni rapporto di coppia (legale o di fatto, etero o omosessuale).

Uno scenario analogo si delinea anche nel diritto ecclesiastico. Varie innovazioni, spesso giurisprudenziali, si abbattano sui nodi degli effetti civili del matrimonio canonico. Un'interpretazione innovativa della categoria dell'ordine pubblico prende avvio negli stessi anni settanta, nei quali inizia la lotta tra modello istituzionalista e modello volontaristico. Il matrimonio civile è posto a paradigma del matrimonio canonico, nel senso che sono riconosciuti gli effetti civili del matrimonio canonico e delle cause di nullità

come il sistema del doppio regime (qualunque sia la dottrina politica, dal quale fiorisce) può trasformarsi in persecuzione religiosa del nubente e del ministro assistente. Ciò avviene nel Novecento e persino oggi fuori d'Italia, con una conflittualità che arriva sino a tradursi in gravi sanzioni quando, nonostante il divieto statale, sia celebrato il matrimonio canonico anteriormente al matrimonio civile. Rinvio a O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa ed intervento dello Stato*, Milano 2012, p. 6 ss.

<sup>8</sup> L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, ora in A. NICOLUSSI (a cura di), *Diritto civile della famiglia*, Milano 2011, p. 43 ss.

<sup>9</sup> R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y derecho*, Madrid 1994, p. 57 ss.

<sup>10</sup> Sulla compatibilità tra divorzio, come oggetto di un diritto potestativo esercitabile solo quando sia venuta meno la possibilità della comunione di vita tra i due coniugi, ed assenza del matrimonio implicante una volontà iniziale di unirsi per tutta la vita, rinvio a L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, «Iustitia», 1990, p. 5.

matrimoniali solo nei limiti in cui la disciplina canonistica coincide con la normativa civilistica. Proprio in nome della diversità dei modelli, canonico e civile,<sup>11</sup> l'automatismo, caratterizzante il sistema sino agli anni settanta del Novecento, è via via sostituito da una serie di filtri in sede di trascrizione e soprattutto di delibazione. Se nel 1865, al momento della sua introduzione, il matrimonio civile nasceva "sui ginocchi della Chiesa"<sup>12</sup> ed in un certo senso era steso sul letto di Procuste del matrimonio canonico, dagli anni settanta dello scorso secolo in poi la situazione si rovescia. Il letto di Procuste vede il matrimonio canonico steso sulla disciplina del matrimonio civile, ormai radicalmente rinnovato. Per giunta la tendenza della legislazione statale è di attenuare fino ad annullare la differenza di regime giuridico tra convivenze fondate sul matrimonio e quelle non fondate sul matrimonio, con l'aggravante che talvolta il diritto non favorisce né agevola la famiglia legittima. Si pensi al diritto tributario.

Oggi la concorrenza di unioni di fatto para-matrimoniali è in crescita, anche se le iscrizioni nei registri comunali non rivelano ancora un fenomeno imponente. Questa crescita è assunta dalla corrente anti-istituzionale, per realizzare il suo vero obiettivo: liquidare l'istituto del matrimonio civile.

Sorgono spontanee due domande, una relativa all'ordinamento civile e l'altra al sistema ecclesiasticistico. La prima è la seguente: siamo ormai giunti all'agonia del matrimonio civile, in Italia come altrove? La seconda è: la libertà religiosa matrimoniale, la libertà cioè di sposarsi secondo il proprio credo e vedere questa scelta riconosciuta dallo Stato, è sufficientemente tutelata?

I dati offerti da scienze umane diverse dal diritto ci offrono alcune riflessioni. Vediamone due, il primo sociologico ed il secondo antropologico.

## 2. IL DATO SOCIOLOGICO

Tra i mutamenti morfologici della nostra società segnalati dai sociologi, una recente notizia (riportata dai quotidiani dello scorso 13 ottobre 2013) viene dal Regno Unito: le coppie sposate sono diventate una minoranza. Per la prima volta sono scese al 47% della popolazione locale britannica, a fronte del 56% del 1991 e 51% del 2001. Nelle grandi città, come Londra, le coppie unite in matrimonio sono addirittura un terzo della popolazione totale. Conquista terreno, dunque, la generazione così detta "Bridget Jones" (personaggio dei romanzi di Helen Fielding<sup>13</sup> e conseguenti film), secondo un *trend* frutto

<sup>11</sup> Mi permetto rinviare, anche per le citazioni, a O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa ed intervento dello Stato*, cit., p. 49 ss. e 75 ss.

<sup>12</sup> O. GIACCHI, *Riforma del matrimonio civile e diritto canonico*, «JUS», 1974, p. 21

<sup>13</sup> *Bridget Jones's Diary* (1996); *Bridget Jones: The Edge Of Reason* (1999); *Bridget Jones's Guide to Life* (2001); *Olivia Joules and The Overactive Imagination* (2004); *Bridget Jones: Mad About the Boy* (2013).

dell'importazione in Europa di un analogo fenomeno presente negli Stati Uniti.

Per tutta risposta il premier inglese, dopo avere accusato i precedenti governi laburisti di non avere sostenuto abbastanza la famiglia legittima, con coerenza che si fatica a trovare ha legalizzato i patti di unione civile tra omosessuali (che oggi pare siano più di 100.000 l'anno).

Se allarghiamo poi l'orizzonte al contesto mondiale, troviamo un dato OMS: entro il 2031 i coniugati saranno solo il 40% della popolazione dell'intero pianeta.

I sociologi invitano a non considerare un dramma il fallimento della famiglia legittima fondata su monogamia e eterosessualità. Rilevano, quanto al nostro paese, che già alcune aree regionali italiane (come l'Emilia Romagna) sono in linea con la media europea, che anch'essa registra per la famiglia legittima un *trend* in discesa.

Peraltra altre regioni italiane vanno in altra tendenza. Il Trentino-Alto Adige ha il suo asso nella manica nel "Distretto famiglia". In particolare la provincia di Trento ha fatto un ulteriore salto di qualità: la legge provinciale sul benessere familiare, varata il 2 marzo 2011, ha introdotto un "sistema integrato di politiche strutturali per la promozione del benessere della famiglia e della natalità", al quale collabora un insieme di soggetti pubblici e privati. Sostenere dunque la famiglia produce effetti positivi. È vero che la legge non dice esplicitamente che per famiglia si deve intendere quella che nasce dal matrimonio ma, da un lato, il riferimento fatto dall'art. 1 della legge in questione all'art. 29 Cost. e, d'altro lato e soprattutto, le profonde radici cattoliche di una Regione da sempre amica della famiglia tradizionale inducono a ritenere che il salto di qualità abbia riguardato la famiglia che nasce dal matrimonio. Senza dire poi che la legge parla di "famiglia", non di "famiglie" (termine nel quale si tende a comprendere anche le unioni civili e le famiglie di fatto).

### 3. IL DATO ANTROPOLOGICO

Altri dati, più sorprendenti rispetto a quelli ora citati, vengono dalle scienze antropologiche.

Un antropologo evoluzionista (di tendenza dunque non allineata al pensiero cristiano) di Oxford, Robin Dunbar, famoso per avere dimostrato<sup>14</sup> che al massimo possiamo stringere relazioni di amicizia con 150 persone, ma che i veri amici non sono più di 4-5 (5-6 per le donne), nel suo ultimo saggio, "*Amore e tradimento: uno sguardo scientifico*",<sup>15</sup> si è concentrato sulle relazioni

<sup>14</sup> *Di quanti amici abbiamo bisogno? Frivolezze e curiosità evoluzioniste*, trad. it., Milano 2011.

<sup>15</sup> *Amore e tradimento. Uno sguardo scientifico*, trad. it., Milano 2013, p. 296 ss.

di coppia. Poco sorprendente il risultato: chi entra a far parte di una coppia frequenta (per ragioni di tempo) almeno due amici in meno rispetto a quando era *single*. Più sorprendente è la spiegazione: se così non fosse, oggi saremmo né più né meno come gli scimpanzé (e come il 95% dei mammiferi), che hanno molti amici e si accoppiano con promiscuità, ma senza formare mai veri legami di coppia. Conclusione della ricerca: siamo monogami da almeno 200.000 anni, da quando cioè la dimensione dei gruppi umani superò i 100 membri e la pressione dei 20-25 maschi riproduttori sulle femmine divenne intollerabile. Questa situazione creò il bisogno della donna di avere un solo maschio per essere difesa dagli altri. Legame continuo che serviva alla donna anche per prevenire l'infanticidio da parte di altri uomini desiderosi di accoppiarsi. Così, afferma lo studioso nella sua analisi evolucionista, ci siamo differenziati da animali come il leone che, quando ha una nuova compagna, le uccide i cuccioli, figli di altri leoni, per mandarla di nuovo in estro ed avere figli da lei.

Il dato antropologico poi più stimolante è che, per differenziare sé da altri rivali, l'essere (umano o animale) ha dovuto vincere sfide che gli hanno fatto crescere il cervello. Negli animali le specie monogamiche (ci assicura l'Autore) hanno il cervello più grande di quelle poligame.

L'antropologia evolucionista, dunque, ci allerta sulla positività della forza sociale della famiglia fondata sulla monogamia ed eterosessualità con argomenti non basati su dati giusnaturalistici laici o religiosi o sul richiamo alla tradizione romanistica<sup>16</sup> dalla quale veniamo, ma che, proprio perciò, sono ancor più eloquenti e dovrebbero essere tenuti presenti anche da chi si appresta a modificare le leggi.

#### 4. LA QUESTIONE DELLE UNIONI OMOSESSUALI

Tenendo conto dei dati pre-giuridici ora indicati, affrontiamo la questione che più divide oggi il diritto e soprattutto la politica legislativa: le unioni omosessuali. Che fare? Legalizzarle: sì o no? Se sì, come? Che dice la Costituzione? Come interpretare l'espressione "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29, c. 1, Cost.)?

Va subito ricordato, sul piano dell'interpretazione giuridica, che la critica alla natura istituzionale della famiglia, pur avendo all'origine un qualche elemento di fondatezza,<sup>17</sup> ha in realtà condotto -direbbero gli inglesi - a "buttar

<sup>16</sup> Cfr. E. VOLTERRA, *Famiglia (dir.rom.)*, «Enc. Dir.», XVI (1967), p. 727 ss.

<sup>17</sup> Si pensi ad esempio alla resistenza ad applicare il principio di eguaglianza giuridica e morale tra i coniugi alla materia dell'adulterio, che vedeva la donna civilmente e penalmente discriminata rispetto all'uomo; un illustre giurista come Carnelutti addirittura poneva in guardia il legislatore a non fare "malipassi"!

via l'acqua e il bambino insieme".<sup>18</sup> Sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, c. 2, Cost.) ha fatto leva una parte della dottrina che, giustamente criticando la precedente normativa civilistica imperniata sulla superiorità del marito rispetto alla moglie (principio gerarchico), è giunta alla conclusione (a mio avviso errata) che il modello istituzionale sia ormai da abbandonare. Si sarebbe potuto (come da taluni scelto) ricondurre il modello istituzionale ai parametri costituzionali, assumendo a principio organizzativo non più il criterio gerarchico, ma la relazione di solidarietà come dovere finalizzato all'unità della famiglia, sicché il fine di ogni suo membro diventa lo sviluppo e la felicità dell'altro. Si è invece imboccata una via decisamente opposta: la famiglia come società di eguali, che autonomamente sceglie le regole della convivenza; una famiglia non più fondata sullo *status*, ma sul contratto, sulla libera determinazione dei suoi appartenenti.<sup>19</sup>

Su questa stessa via, con ulteriori argomentazioni che non è necessario ricordare qui, essendo ben note, l'art. 29 della Costituzione è letto come se vi fosse scritto che la famiglia è fondata "sulla stabile convivenza", e non, come i nostri costituenti chiaramente scrissero, "sul matrimonio". Il matrimonio in altri termini diventa una delle tante fattispecie di una categoria più ampia: quella dei patti di convivenza. Sostituendo la stabile convivenza al matrimonio, le coppie di fatto sono impropriamente ricondotte allo schema familiare. In gran parte degli interpreti appartenenti a questa linea si tende, poi, ad elidere ogni riferimento alla diversità di sesso, che certamente i nostri Costituenti avevano nel loro animo, quando elaboravano e poi scrivevano il testo dell'art. 29 Costituzione. Beninteso, nessuno nega il senso originario della norma, quale presente ai nostri Costituenti, ma esso è considerato non più rispondente ai costumi della società. In breve, una lettura di matrice sociologico – storicistica (per la quale, per dirla con un'espressione riassuntiva, "la famiglia non è, ma si fa"), opposta alla lettura istituzionale, spoglia la famiglia di gran parte dei suoi elementi costitutivi ed identificativi. La spoglia in modo così drastico da doverci domandare se siamo di fronte al medesimo istituto o ad un altro che abusivamente porta il nome di famiglia.<sup>20</sup>

In gioco, peraltro, non è solo il modello costituzionale di famiglia, ma lo stesso modello di coppia umana e persino di persona. Non ha torto chi, al

<sup>18</sup> Per un'eccellente ricostruzione rinvio ad A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, ora in *Diritto civile della famiglia*, cit., p. 151 ss.

<sup>19</sup> G. FERRANDO, *I rapporti personali tra coniugi: principio di uguaglianza e garanzia di unità della famiglia*, in M. SESTA – V. CUFFARO, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 138 ss.

<sup>20</sup> A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, «Quaderni cost.», XXVII, n. 4, dicembre 2007, p. 751 ss.

proposito, parla<sup>21</sup> di “Avventure giuridiche della differenza sessuale” e osserva che ciò avviene con l’applicazione del diritto alla *privacy* e del divieto di discriminazione.

Riservandomi di tornare più avanti su questi aspetti, mi soffermo brevemente sulla più recente giurisprudenza costituzionale.

Nell’ordinanza 5 gennaio 2011, n. 4<sup>22</sup> (come già nella precedente sentenza 138/2010, nella quale era chiaramente<sup>23</sup> detto che “il paradigma eterosessuale del matrimonio è iscritto nella Costituzione”) la Corte ha ribadito, se mai ve ne fosse bisogno, che l’art. 29 Costituzione si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso e che questo significato non può essere superato in via ermeneutica perché le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee<sup>24</sup> al matrimonio. Chiarimento importante perché consente di concludere che nell’ordinamento italiano il così detto matrimonio omosessuale non può essere introdotto né con legge, né, tanto meno, con provvedimento giudiziale.

D’altro canto la stessa Corte riconosce che tra le formazioni sociali rientra anche l’unione omosessuale “intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il fondamentale diritto 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”.<sup>25</sup> La Corte toglie dunque di mezzo ogni pregiudiziale giuridico-costituzionale (vi è chi nell’art. 2 vede solo la tutela di singoli diritti inviolabili della persona) o morale o di ordine pubblico, riguardo ad esempio all’illiceità della causa dei negozi di diritto privato, utilizzata nel passato quando dalla riprovazione morale delle convivenze *more uxorio* si deduceva l’illiceità giuridica per contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume e quindi la nullità delle promesse negoziali di contenuto patrimoniale.

Un intervento del Parlamento si rende dunque necessario al fine di sottrarre la materia all’incertezza dei rapporti giuridici, caratterizzante l’odierno

<sup>21</sup> M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, Relazione al Convegno *Identità sessuale e identità della persona* (Palermo 9-11 dicembre 2010), «Iustitia», 3/2011, p. 285 ss.

<sup>22</sup> Si veda il bel commento di S. BORDONALI, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, «Dir. fam. pers.», XL, 2011, 2, p. 555 ss.

<sup>23</sup> A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), contra B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Si veda anche P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità della sentenza n.138/2010*, «Quaderni cost.», II, 2010, p. 361 ss.

<sup>24</sup> Commenti durissimi contro questa “pietra tombale” in I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio* e F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso*, richiamati da A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, «Quaderni cost.», II, 2010, p. 20.

<sup>25</sup> Sentenza n. 138/2010, par. 8.

diritto vivente. Lo richiede anche la difesa del matrimonio civile in quanto unione eterosessuale che, stante l'attuale *trend* interpretativo (dottrinale o giurisprudenziale), rischia di essere snaturato persino rispetto al dato antropologico evolucionista sopra ricordato, oltre che rispetto alla antropologia di derivazione cristiana, ancorché secolarizzata.

Personalmente non vedrei ostacoli all'introduzione di una regolamentazione giuridica di alcuni aspetti della convivenza di fatto, purché sia chiaro che ci troviamo di fronte a negozio altro rispetto a quello matrimoniale. I modelli della tutela personale e patrimoniale di una coppia legata da unione libera non possono essere trovati nel diritto di famiglia, ma nel diritto delle persone e dei rapporti patrimoniali. Matrimonio ed unioni libere, per riprendere l'antica espressione di Luigi Mengoni, sono "entità giuridicamente incommensurabili".<sup>26</sup>

La materia è di competenza dei civilisti e costituzionalisti, ma anche noi ecclesiasticisti abbiamo qualche dato da sottolineare. Tra le situazioni che per la legge civile sono solo "di fatto" (mentre per la legge canonica sono "di diritto") vi sono quelle di coloro che hanno contratto matrimonio religioso "di coscienza" non trascritto. Agli occhi dello Stato è una "convivenza more uxorio", non certamente agli occhi della Chiesa, che invece la considera legittimo vincolo coniugale.

Una regolamentazione giuridica dunque sarebbe strumento idoneo anche per casi siffatti, che presentano indubbie situazioni di ingiustizia bisognose di essere portate a giustizia: si pensi ad esempio ai risvolti civilistici patrimoniali.

## 5. MONOGAMIA ED ETEROSESSUALITA'

### SOLO PER I MATRIMONI RELIGIOSI?

Se le nozze civili si avviano alla dissoluzione e se la difesa del modello di matrimonio monogamico ed eterosessuale è effettuata solo dagli ordinamenti religiosi, la conclusione che un saggio legislatore dovrebbe trarre nel rispetto delle scelte dei propri cittadini sarebbe quella di concedere la libertà religiosa matrimoniale ai propri cittadini di diversa fede religiosa.

È ormai tempo di invertire la rotta rispetto a tempi antichi, quando l'introduzione del matrimonio civile come obbligatorio incise sul principio della libertà religiosa matrimoniale.

Il nostro Stato è oggi poggiato su pilastri ben diversi da quelli liberali ottocenteschi. Ha scelto di avere a stella polare la tutela della persona ed il pluralismo delle istituzioni, anche confessionali. Nel ventaglio delle libertà

<sup>26</sup> L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme*, cit., p. 60.

ha le sue armi per vincere la lotta contro tentazioni autoritarie o regressioni esclusiviste. Intende la libertà non in senso formale, ma in senso sostanziale. Ci si aspetterebbe, come logico corollario, il riconoscimento della più ampia libertà matrimoniale, della libertà cioè di sposarsi secondo il proprio credo,<sup>27</sup> in conformità al pluralismo religioso caratterizzante la nostra Costituzione. Si tratterebbe, in definitiva, di dare diretta rilevanza nell'ordinamento statale al matrimonio religioso, celebrato in uno o altro culto, senza bisogno di trascrizione, come accadeva in età preunitaria nel Regno di Sardegna o nel Lombardo-Veneto. Unici limiti dovrebbero essere aspetti del credo religioso tanto configgenti con i principi dell'ordinamento, da fare dubitare della compatibilità del matrimonio religioso con il sentire comune o con l'ordinata convivenza.

Quest'ampio riconoscimento fatica ad affermarsi.

Per quanto riguarda in particolare la libertà del cattolico di sposarsi davanti alla propria Chiesa e di vedere ciò riconosciuto dallo Stato, essa è oggi tutelata dall'art. 8 Accordo di revisione concordataria, anche se in termini meno ampi del precedente art. 34 Concordato lateranense. Ma, un'interpretazione sostanzialmente separatista, non accettando la sovranità della Chiesa ancorché formalmente riconosciuta dallo Stato, ha cercato (spesso riuscendovi) e continuerà a cercare in tutti i modi di restringerla. A farne le spese è stata e continuerà ad essere proprio la libertà matrimoniale, come espressione della libertà religiosa.

La questione si pone in termini diversi per le altre confessioni, ai fedeli delle quali è concesso il matrimonio religioso ma solo come forma di celebrazione del matrimonio civile. Anche per esse è comunque in gioco la libertà religiosa.

Consentire dunque a ogni cittadino-fedele di contrarre matrimonio secondo il proprio credo e vedere questa scelta riconosciuta dallo Stato a tutti gli effetti parrebbe coerente con l'impianto di libertà e di tutela della persona e delle sue scelte che una democrazia matura come la nostra dovrebbe agevolare. Ma, come gli esperti del settore ben sanno, la meta è lontana. Per giunta, non più solo all'orizzonte ma ormai *in medias res*, aumenta la presenza di matrimoni religiosi difforni dal modello europeo: basti un accenno alla questione della poligamia ammessa nel matrimonio islamico e di dubbia

<sup>27</sup> Sul punto sono sempre efficaci le osservazioni di L. SPINELLI, *Matrimonio civile e matrimonio religioso (problemi e prospettive de iure condendo*, in *Rapporti attuali tra Stato e Chiesa in Italia*, Atti del xxvi Convegno Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani (6-8 dicembre 1975), Quaderni di Iustitia, Milano 1976, p. 182 ss.; ID., *Stato e Chiesa per la promozione dell'istituto matrimoniale oggi in Italia*, in *Documentazioni di Iustitia*, 24 aprile 1977, 4/5, p. 12 ss. Si veda anche G. DALLA TORRE, *Intervento xxvi Convegno Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani (6-8 dicembre 1975)*, p. 232 ss.

conformità sia all'ordine pubblico italiano sia all'ordine pubblico europeo.<sup>28</sup> Questione che va affrontata dal legislatore anche al fine di porre termine all'incertezza dei rapporti giuridici dovuta al riversare sulla magistratura mancate scelte del potere legislativo.

## 6. L'EUROPA STA A GUARDARE?

L'Europa che fa? Sta a guardare?

Si è molto scritto<sup>29</sup> sui limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario. Ma, a fronte di delimitazioni formali, la materia sostanziale è in forte movimento.

Come è noto su matrimonio e famiglia i singoli Stati presentano profonde differenze di cultura e di legislazione. Di qui la scelta dell'Unione Europea di rispettare la competenza del legislatore nazionale (art. 5 Trattato sull'Unione Europea) in forza del principio di attribuzione. L'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea garantisce "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia, secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Statuizione, dunque, che ad un primo approccio appare in linea di continuità con remoti e chiari antecedenti,<sup>30</sup> che garantivano il modello tradizionale, accolto pressoché in tutti i paesi dell'Unione Europea. Tra essi, l'art. 12 CEDU riserva espressamente il diritto di sposarsi e costituire una famiglia a "uomini e donne", cioè a coppie eterosessuali. In realtà l'art. 9 della Carta, se letto più attentamente, compie un primo passo di discontinuità

<sup>28</sup> Come è stato osservato da P. MENGOZZI, *Cittadinanza comune e identità nazionali e culturali*, in *Verso una Costituzione europea*, a cura di L. Leuzzi – C. Mirabelli, Lungro di Cosenza 2003, p. 488, se la visione personalistica europea vuole che sia assicurata completa eguaglianza tra uomo e donna, è evidente che il riconoscimento dello statuto personale di cittadini di paesi islamici non potrà operare riguardo ad uno straniero islamico, unito da un primo matrimonio celebrato nel suo Paese d'origine, che voglia concludere nell'Unione un secondo matrimonio. Un riconoscimento così esteso, infatti, concretizzerebbe una situazione matrimoniale di tipo poligamico contrastante con i principi dell'Unione. Ciò però non significa che un matrimonio islamico non possa essere posto in essere nell'Unione, ma solo che esso può essere contratto a condizione che costituisca il primo matrimonio. Ben diversa situazione si ha se il figlio residente in un paese dell'Unione, della seconda moglie di un soggetto (es. Marocchino) unito a lei da un matrimonio poligamico, contratto in Marocco, intenta nell'Unione una causa di accertamento della sua qualità di figlio legittimo: non sarebbe affatto contrario alla concezione europea dei diritti dell'uomo che i giudici degli Stati membri riconoscessero efficacia alla legge marocchina (che considera il figlio legittimo in quanto nato dal secondo matrimonio del padre).

<sup>29</sup> Una buona recente sintesi in V. MARANO, *Matrimonio e famiglia. Limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* ([www.statoeChiese.it](http://www.statoeChiese.it)), marzo 2011.

<sup>30</sup> Art. 16, par. 1, Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo; art. 23, par. 2, Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici; art. 12, Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

con il passato. A differenza della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, menziona in modo disgiunto il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia ed inoltre non menziona la specificazione del sesso.

Di qui due interrogativi, che dividono gli interpreti: si può ritenere che i due diritti siano separati ed indipendenti e che dunque il diritto di costituire famiglia sia tutelato a prescindere dal diritto di sposarsi? Il silenzio sulla diversità di sesso è o no una porta aperta alla famiglia omosessuale?

È ben vero che l'interpretazione dell'art. 9 deve rispettare i modelli di famiglia previsti nei diversi ordinamenti costituzionali, e dunque va sempre fatto riferimento a quanto il legislatore nazionale consente. Ma vi è sempre il pericolo che la Carta dei Diritti sia intesa da interpreti creativi per scardinare le norme costituzionali.

C'è di più. Nel corso degli ultimi due decenni diversi interventi dell'Unione in specifici settori (ad esempio, direttive in materia di circolazione e soggiorno 2004/38/CE art. 2, par. 2; cooperazione giudiziaria in materia civile ex art. 81, par. 3 del Trattato di Lisbona) o disposizioni generali plurivoche (il diritto alla "vita familiare" ex art. 7 Carta dei Diritti<sup>31</sup> comprende qualunque modello familiare, compresa l'unione omosessuale?) sembrano potere legittimare interpretazioni, che incidono indirettamente sulla materia che stiamo esaminando. Analoghe tendenze si registrano in risoluzioni del Parlamento Europeo, che, è vero, non hanno carattere vincolante, ma sono pur sempre importanti casse di risonanza politica.

Anche recenti indirizzi giurisprudenziali europei sembrano andare in controtendenza rispetto all'orientamento consolidato<sup>32</sup> di ritenere "pacífico" che il termine matrimonio designi l'unione tra due persone di sesso diverso. Intendo riferirmi a pronunce sia della Corte di Giustizia sia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Esse radicano nel principio di non discriminazione di orientamento sessuale l'estensione al *partner* o al coniuge omosessuale (ovviamente nei Paesi in cui vi è il riconoscimento del matrimonio omosessuale) di specifici diritti, con argomenti che finiscono con il portare acqua al mulino della possibile equiparazione tra famiglie legittime e nuove unioni

<sup>31</sup> Rinvio a F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Atti del Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Messina-Taormina, 31 maggio - 2 giugno 2001, Milano 2002, p. 41 ss.

<sup>32</sup> Ancora nella sentenza 17 febbraio 1998 (C-249/96) la Corte di Giustizia riteneva "pacífico che il termine matrimonio secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designi un'unione tra due persone di sesso diverso" ; orientamento sino allora seguito anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo (Cfr. *Rees c. United Kingdom*, sentenza 17 ottobre 1986: " Il diritto di sposarsi garantito dall'art. 2 CEDU fa riferimento al matrimonio tradizionale tra persone biologicamente di sesso diverso. Ciò risulta altresì dalla lettura dell'articolo, là dove si evince con chiarezza che l'art. 12 si preoccupa fondamentalmente di proteggere il matrimonio in quanto fondamento della famiglia").

(siano esse etero o omosessuali). Si parte dall'affermazione che in un Paese che abbia legalizzato l'unione civile registrata tra eterosessuali (in questa situazione sono molti Paesi europei) la non estensione alle unioni omosessuali del regime delle unioni civili sia contraria al divieto di discriminazione. L'obiettivo indiretto è equiparare unioni civili, sia etero che omosessuali, al matrimonio. Obiettivo sinora raggiunto in pochi Paesi europei.

Per prendere un esempio di questa tendenza, si veda la sentenza *Kozac c. Polonia* della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (2010),<sup>33</sup> che estende il diritto alla successione nel contratto di locazione al *partner* omosessuale superstite in applicazione del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU) in combinato disposto con il diritto alla *privacy* (art. 8), inteso come diritto di stabilire i dettagli della propria identità sessuale secondo la propria scelta personale. Si faccia attenzione: non siamo ancora all'equiparazione tra matrimonio e unione civile, bensì alla equiparazione tra coppie etero e coppie omosessuali all'interno della convivenza non matrimoniale. Oggetto della censura della Corte è la legislazione polacca in quanto, avendo questa già riconosciuto al convivente di sesso opposto il diritto alla successione nel contratto di locazione, non lo ha esteso al *partner* omosessuale. In sostanza la Corte afferma che lo Stato non è tenuto ad accordare alle coppie omosessuali le stesse tutele previste per i coniugi, ma deve loro garantire gli stessi diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali, pena la discriminazione per orientamento sessuale. Altro esempio, che possiamo trarre dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è in materia di pensione di reversibilità. La sentenza *Tadao Maruku* del 2008<sup>34</sup> ha ritenuto violasse il principio di non discriminazione la legislazione

<sup>33</sup> Nella sentenza 2 marzo 2010 (*Kozac c. Polonia*, ricorso n. 13102/02) il diniego della successione nel contratto di locazione del *partner* omosessuale superstite è considerato violazione dell'art. 14 (*divieto di discriminazione*) della CEDU in combinato disposto con l'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*). Nella successiva sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04 del 24 giugno 2010) la Corte afferma che il diniego a una coppia omosessuale di contrarre matrimonio civile non viola né l'art. 12 della Convenzione (*diritto al matrimonio*) né l'art. 14 (*divieto di discriminazione*) in combinazione con l'art. 8 (*diritto al rispetto della vita privata e familiare*). Quanto in particolare all'art. 12, che espressamente riserva il diritto di sposarsi e costituire una famiglia a "uomini e donne", la Corte osserva che non è escluso il matrimonio tra due uomini o tra due donne, anche se nel contesto storico in cui la CEDU fu approvata il matrimonio era inteso come eterosessuale. Il diritto di sposarsi riconosciuto alle coppie eterosessuali, insomma, non impedisce agli Stati membri che lo desiderano di riconoscere il matrimonio omosessuale. La Corte richiama, evidentemente volendo ad essa allinearsi, l'art. 9 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che, nel riconoscere "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia" secondo le leggi nazionali omette il riferimento esplicito all'uomo e alla donna. Interpretazione quest'ultima contestata in una *dissenting opinion* dei giudici Malinverni e Kovler.

<sup>34</sup> La sentenza *Tadao Maruku* della Corte di Giustizia, 1° aprile 2008, afferma: "È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario non pregiudica tale competenza.

tedesca, che nella disciplina delle unioni civili registrate tra persone dello stesso sesso non estendeva il diritto alla pensione di reversibilità al *partner* superstite omosessuale. È vero che, quanto all'equiparazione tra matrimonio e nuove unioni, la prima conclude che comunque la competenza è degli Stati e la seconda si rimette al margine di apprezzamento dei medesimi, ma intanto la discontinuità con il passato è segnata ed il principio di non discriminazione per orientamento sessuale<sup>35</sup> comincia a premere.

Come è stato intelligentemente osservato<sup>36</sup> ed ho già accennato, la tendenza a giungere all'equiparazione tra unioni omosessuali e matrimonio riflette un orientamento culturale più ampio, teso ad annullare le differenze di fatto nell'"indifferenza del diritto". Orientamento che si aggira in Europa ed ha trovato sinora alimento giuridico nei collegamenti tra l'emersione dei diritti dei transessuali e l'emersione dei diritti degli omosessuali. Mi spiego meglio. Le rivendicazioni dei diritti dei transessuali (anzi, come ormai si dovrebbe dire, *trans-gender*) sono giuridicamente distinte dalle richieste di equiparazione delle convivenze omosessuali al matrimonio, tanto che per le prime si argomenta dal divieto di discriminazione sulla base del sesso e per le seconde dalla discriminazione per orientamento sessuale. Tuttavia le prime hanno aperto la strada alle seconde sul piano culturale, avendo introdotta una mutazione della matrice antropologica eterosessuale.<sup>37</sup> L'avvio si è avuto nella materia della rideterminazione anagrafica del genere, sulla base di un'interpretazione che in sede europea<sup>38</sup> ha fatto perno (anziché sulla di-

Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione". La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale è vietata dal combinato disposto degli articoli 1 e 2 Direttiva n. 2000/78, sempre che nel diritto nazionale la coppia omosessuale sia in posizione analoga a quella eterosessuale.

<sup>35</sup> Il riferimento all'orientamento sessuale nell'ordinamento dell'Unione Europea risale al 1997, al Trattato di Amsterdam. Oggi, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si ritrova nell'art. 19 (ex art. 13 TCE) TFUE. Si ritrova altresì nell'art. 21 Carta dei diritti dell'Unione Europea, che, nell'elencare i vari divieti di discriminazione, inserisce sia quello fondato sul sesso sia quello determinato dall'orientamento sessuale.

<sup>36</sup> M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, cit., p. 304 ss.

<sup>37</sup> C. DI MARTINO, *Le evidenze dell'esperienza*, in *Famiglia e DiCo: una mutazione antropologica*, *Quaderni della sussidiarietà*, 1, 2007, p. 15 ss.

<sup>38</sup> Ad aprire l'evoluzione in materia di transessualità nel nostro Paese è una ormai remota sentenza della Corte costituzionale, la n. 161/1985 riguardante la richiesta di modificare i dati anagrafici di una persona in seguito alla modificazione dei suoi caratteri sessuali (transessualità). Ma si noti: a differenza delle successive evoluzioni in sede europea, la nostra Corte costituzionale impenna la tematica sul diritto alla salute. Nell'analogo caso Gooddwin (sentenza 11 luglio 2002), invece, la Corte Europea dei diritti dell'uomo fa perno sull'art. 8 della Convenzione che riconosce il diritto al rispetto della vita privata, che la Corte intende come diritto di stabilire i dettagli della propria identità sessuale secondo la propria scelta individuale. Dall'art. 8 CEDU, va sottolineato, fiorisce la gran parte dei diritti di ultimissima generazione.

scriminazione sulla base del sesso acquisito a seguito dell'intervento chirurgico) sul diritto alla *privacy*, legittimando un modello di convivenza liberata non solo dalle relazioni sociali e familiari ma persino dall'identità sessuale e perciò dal corpo. Orientamento già adottato in alcuni Paesi, tra i quali comunque non è l'Italia. La Spagna<sup>39</sup> e il Regno Unito<sup>40</sup> consentono oggi di ottenere la rettifica del nome sui documenti anagrafici non solo senza che sia avvenuto l'adeguamento chirurgico (come già in Germania<sup>41</sup>), ma anche dopo soli 2 anni di vita continuativa nello stile del genere prescelto. Non è questa la sede per approfondire ulteriormente la questione.

Mi preme almeno segnalare che, una volta ricondotta sul piano culturale l'identità sessuale (anzi identità di genere, comprendente i diritti delle persone *LGTB lesbian, gay, transexual and bisexual*) all'autonoma scelta della persona, con la predominanza dunque dell'elemento volontaristico a detrimento del dato fisico, il passaggio ulteriore è porre ad oggetto di scelta anche il modello di convivenza, che ognuno ritenga più confacente. Ad agevolarlo in sede europea è pronta l'applicazione sia del diritto alla *privacy*, sia e soprattutto il divieto di discriminazione per orientamento sessuale, secondo una strategia che non è difficile prevedere e che coinvolge la politica legislativa dei singoli Paesi. Il primo passo è l'equiparazione (in sede nazionale) delle unioni registrate eterosessuali al matrimonio ed il secondo è invocare in sede europea il divieto di discriminazione per orientamento sessuale.

L'obiettivo è tutelare le "differenze indifferenti", con il diritto che fa da cornice neutrale (in questo senso indifferente) rispetto alle scelte di campo e l'identità sessuale (quanto dunque di più fisico vi sia) svincolata dalle componenti corporali per levarsi a scelta soggettiva individuale. Questa tendenza traspare in alcune prese di posizione assunte in sede giurisdizionale europea,<sup>42</sup> che insistono affinché nelle asimmetrie tra le due forme giuridiche non sia ravvisato un indizio di differenziazione voluta per disciplinare situazioni diverse, bensì indizio di discriminazione. Con buona pace dunque del principio di eguaglianza nella declinazione di "dare a ciascuno il suo" e con l'enfatizzazione del "dare a tutti l'eguale"; e con il principio di non discriminazione inteso come variante prevalente del principio di eguaglianza e la neutralità intesa come annullamento di tutti i valori.

Per ora sono solo tendenze, che, tuttavia, sembrano volere spingere l'Europa, nonostante la sua incompetenza formale, a incidere sostanzialmente

<sup>39</sup> *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.*

<sup>40</sup> *Gender Recognition Act 2004.*

<sup>41</sup> *Transexuellengesetz*, 10 settembre 1980.

<sup>42</sup> A proposito del caso *Jurgen Romer*, portato davanti alla Corte di Giustizia (C-147/08), si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale Nilo Jaaskinen, citate da M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, cit., p. 301 ss., che comunque riporta altre sentenze successive in senso contrario.

sul modello di matrimonio e famiglia andando, si direbbe, in senso opposto rispetto ai valori propri all'eredità religiosa, pur richiamati dal Preambolo del Trattato sul Funzionamento dell'Unione. Sembrano, in altri termini, dare per scontato che le convivenze non matrimoniali (etero o omosessuali) sono ormai i frutti maturi di una secolarizzazione causata anche dalla scomparsa del sacro nelle nostre società.

Conclusione a mio avviso affrettata, anche perché, nonostante i tanti annunciatori della "morte di Dio", l'eclissi del sacro<sup>43</sup> nella nostra civiltà non ha in realtà avuto luogo. Anche il sociologo americano Harvey Cox,<sup>44</sup> teorizzatore dell'indifferentismo religioso, nel giro di pochi decenni ha dovuto riconoscere l'inatteso "ritorno del sacro". Un ritorno del sacro ben presente ai negoziatori europei, che hanno conferito un importante ruolo alle Chiese e comunità religiose.

Nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione, c'è una significativa norma, forse a tutt'oggi sottostimata. Si tratta dell'art. 17, par. 3, che istituzionalizza un "dialogo aperto, trasparente e regolare" con le Chiese, facendo tesoro della prassi di confronto già felicemente utilizzata tra Chiese ed organismi europei nel percorso dell'integrazione europea. L'applicazione di questa norma può produrre risultati positivi, nonostante ai tempi in cui fu varata appariva essere poco più di un contentino agli insoddisfatti della mancata menzione delle radici cristiane.<sup>45</sup>

Non affidare alla mera benevola attenzione delle istituzioni comunitarie il dialogo, ma prevederlo come regolare significa inserire le confessioni religiose in un contesto partecipativo proprio a modelli davvero democratici di comunità politica. Certamente l'applicazione concreta dovrà sciogliere vari nodi: se ad esempio ogni identità o ogni contributo specifico sia compatibile con i principi generali dell'Unione, ricavabili interpretativamente da tutti i valori sui quali essa poggia, a loro volta riconducibili alle eredità, del-

<sup>43</sup> È il titolo di un volume di S. ACQUAVIVA (1961), capofila italiano della "sociologia della secolarizzazione".

<sup>44</sup> Mi riferisco, in particolare, al *revirement* di H. COX dalle tesi di *The Secular City*, New York, 1965 a quelle di *Fire from Heaven. The Rise of Pentecostal Spirituality and the Reshaping of Religion in the Twenty-First Century*, Reading (Mass.), 1995. Sul ritorno del sacro nelle società contemporanee v. P. NORRIS – R. INGLEHART, *Sacred and Secular. Religion and Politic Worldwide*, Cambridge 2004.

<sup>45</sup> Più articolate considerazioni in O. FUMAGALLI CARULLI, "A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio", cit., p. 137 ss.; ID., *Dal diritto romano al diritto europeo*, Commento alla relazione di P. Casavola, in *Conceptualization of the person in Social Sciences*, XI Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences, 18-22 november 2005, a cura di E. Malinvaud - M. A. Glendon, Città del Vaticano 2006, p. 206. In particolare sull'art. 17 TFCE si veda V. MARANO, *Il contributo delle Chiese e delle comunità religiose alla governance europea*, in *Lo Stato dell'Unione. L'Europa tra allargamento e costituzionalizzazione*, Torino 2009, p. 38 ss.

le quali parla il Preambolo del Trattato sull'Unione Europea (TUE)<sup>46</sup> e tra le quali è l'eredità religiosa. Ma è indubbio che nell'interpretazione di un testo che poggia sui "valori", può essere decisivo il confronto con i "valori" laicamente sostenuti dalle Chiese, specie di quelle che nel lungo percorso che ha accompagnato l'unificazione europea si sono dimostrate levatrici sagge di democrazia.<sup>47</sup>

Per quanto riguarda il credo cattolico, papa Benedetto XVI, riprendendo pensieri già da lui esposti all'ONU,<sup>48</sup> il 3 dicembre 2010 nel ricevere l'Ambasciatore di uno Stato europeo (l'Ungheria), ha pronunciato parole con le quali termino il mio dire: "Il matrimonio ha dato all'Europa il suo particolare aspetto ed il suo umanesimo.(.....). L'Europa non sarebbe più Europa se tale cellula basilare della costruzione sociale sparisse o venisse sostanzialmente trasformata. Sappiamo tutti quanto sono a rischio il matrimonio e la famiglia oggi, da un lato per l'erosione dei loro valori più intimi di stabilità e indissolubilità a causa di una crescente liberalizzazione del diritto al divorzio e della abitudine, sempre più diffusa, alla convivenza di un uomo e una donna senza la forma giuridica e la protezione del matrimonio, dall'altro lato per diversi generi di unione che non hanno alcun fondamento nella storia della cultura e del diritto in Europa".

<sup>46</sup> Così si esprime il Preambolo: "Ispirandosi alle eredità culturali, religiose ed umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto".

<sup>47</sup> Rinvio a O. FUMAGALLI CARULLI, *Freedom of conscience and religion as Fundamental Human Right*, in *Catholic Social Doctrine and Human Rights*, xv Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences, 1-5 may 2009, a cura di R. Minnerath – O. Fumagalli Carulli – V. Possenti, Città del Vaticano 2010, p. 303 ss.

<sup>48</sup> Di specifico interesse è il *Discorso* 18 aprile 2008 all'ONU, nel quale il Pontefice ricorda che proprio l'azione delle Nazioni Unite negli ultimi anni ha permesso al dibattito pubblico di offrire punti di vista ispirati da una visione religiosa in tutte le sue dimensioni, compreso il rito, il culto, l'educazione, la diffusione di informazione e la libertà di professare e scegliere la propria religione.