Stefano Rodotà

Diritto d'amore

Editori Laterza

GLF

i Robinson / Letture

Stefano Rodotà

Diritto d'amore

Editori Laterza

© 2015, Gius. Laterza & Figli

Edizione digitale: novembre 2015

www.laterza.it

Proprietà letteraria riservata
Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari

Realizzato da Graphiservice s.r.l. - Bari (Italy)
per conto della
Gius. Laterza & Figli Spa

ISBN 9788858123645

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata

Sommario

1. Diritto contro amore?
2. Impadronirsi dell'amore
3. Matrimonio e diritti
4. Liberare l'amore
5. Soffrire e amare
6. Corti d'amore
7. Un tempo di riforme
8. Definire l'amore?
9. Giudici attenti, legislatori impotenti
10. Identità e genere
11. Amore «a bassa istituzionalizzazione»

1.
Diritto contro amore?

Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore? O appartengono a logiche conflittuali, tanto che l'una e l'altra cercano reciprocamente di sopraffarsi? Il diritto è stato pesantemente usato come strumento di neutralizzazione dell'amore, quasi che, lasciato a sé stesso, l'amore rischiasse di dissolvere l'ordine sociale. Opinione antica, dunque non riferibile soltanto alle vicende a noi più vicine. Siamo di fronte ad un conflitto, combattuto però non ad armi pari, con il potere concentrato sostanzialmente dalla parte del diritto, che lo esercita come strumento per il disciplinamento dell'amore, fino a negare alla persona la libertà d'innamorarsi.

Nel definire la vita, Montaigne ne parla come di «un movimento ineguale, irregolare e multiforme»[1]. Qualcosa che, per la propria intima natura, si presenta irriducibile all'esigenza di un diritto che parla invece di eguaglianza, regolarità, uniformità. Dunque di astrazioni, che non tollerano l'imprevedibile, il volubile, la sorpresa, che invece sono caratteristiche della vita. Con intensità ancora maggiore possiamo dire lo stesso dell'amore, che consegna alla vita il massimo di soggettività, la immerge nelle passioni, evoca «gli spettri della discontinuità e dell'incoerenza»[2], ci porta nell'intimo di motivi che la regola giuridica non può o non vuole cogliere, perché intende parlare il linguaggio della ragione e non dei sentimenti. La moderna concezione dell'amore sembra essere contrassegnata appunto «dalla nebulosità delle emozioni, dall'imprevedibilità degli eventi e dei loro sviluppi»[3].

Dobbiamo allora chiederci, fin dall'inizio, se sia possibile l'integrazione dell'amore in una visione razionalistica del matrimonio[4], che di esso è stata riferimento costante, obbligato per il diritto[5]. Una inconoscibilità radicale, che preclude ogni possibile riconoscimento?[6] Dobbiamo concludere che l'amore, nella sua essenza, è «allergico alle goffagini del diritto civile»?[7] O, più radicalmente, che, timoroso com'è degli incendi, il diritto ha confinato l'amore senza legge in uno stato d'eccezione[8]. Dobbiamo allora convenire che,

se il diritto vuole avvicinarsi all'amore, deve abbandonare non solo la pretesa d'impadronirsene, ma anche trasformare tecnicamente sé stesso in un discorso aperto, capace di cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità[9]. Soprattutto, di fronte alla vita, il diritto deve essere pronto a lasciare il posto al non diritto[10].

Ma il diritto non è stato solo nell'opera di anestesia dei sentimenti, tra i quali l'amore finiva con il presentarsi come il più pericoloso, per la sua pienezza, per il suo occupare la vita spesso senza lasciare spazi per altro che non fosse l'abbandono ad esso o comunque divenendone una possessiva componente. Al diritto è venuta in soccorso la politica, quando ha assunto tra i suoi compiti anche quello di «formare il cittadino serio e onesto, obbediente alle regole, *parsimonioso nelle passioni*», in una logica «di *disciplinamento delle pulsioni*»[11]. Questo modo d'intendere e praticare la politica ha fatto sì che, per una non breve fase della storia italiana, si è potuto sostenere che non fossero sostanzialmente visibili i caratteri distintivi tra «il rigorismo cattolico e quello social-comunista»[12]. Si comprende così la difficoltà di un mutamento pure delle più aggressive tra le regole giuridiche, che nella politica ha trovato, e ancora continua a trovare, fiere resistenze con motivazioni diverse, che parlano di tutela della morale pubblica e privata o di garanzia del matrimonio eterosessuale come storico fondamento dell'ordine sociale. Questo esempio italiano, assai eloquente, non è tuttavia isolato. Nei tempi e nei luoghi più diversi l'alleanza tra politica e diritto ha potentemente contribuito a creare condizioni propizie a costumi e abitudini che respingevano l'amore e la sua pienezza.

Forse il tentativo più intenso di sfuggire alla logica conflittuale, a questa irriducibilità reciproca tra amore e diritto, dobbiamo cercarlo non nelle pagine di un giurista, ma in una poesia di Wystan Hugh Auden, intitolata appunto *Law like love* (*Diritto uguale amore*), che vuole andare oltre ogni contrapposizione. In quei versi vi è una lunga elencazione di che cosa sia il diritto mettendolo sempre in relazione con qualcosa che riguarda la vita della persona, mostrandone così la variabilità, smentendone la fissità e l'implacabilità formale. E nei quattro versi finali il gioco si ripete, a parti invertite, per l'amore. «Come in amore né dove né perché sappiamo, / Come in amore né obbligare né scappare possiamo, / Come in amore spesso piangiamo, / Come in amore quasi mai obbediamo»[13]. Così, entrambi collocati in un rapporto immediato appunto con la vita della persona, diritto e amore si riavvicinano, e lo stesso diritto viene strappato dal cielo delle astrazioni. Un paradosso poetico

o un'indicazione di cui dobbiamo profittare?

Nell'esperienza storica, il diritto si è fortemente impadronito dell'amore, e questa esperienza deve essere considerata nella sua complessità, nelle variabili che l'hanno accompagnata[14]. Nella modernità occidentale soprattutto, lo ha chiuso in un perimetro, l'unico all'interno del quale poteva e doveva essere considerato giuridicamente legittimo: il rapporto coniugale formalizzato, il matrimonio, tanto che si è giunti a scrivere che «non si dà 'libertà sessuale' fuori, e perciò anche prima, del rito-matrimonio»[15]. In questo perimetro veniva poi operata una seconda riduzione, costruendo i rapporti tra i coniugi secondo categorie tipiche del diritto patrimoniale. La proprietà: ciascun coniuge ha un diritto sul corpo dell'altro, dunque sulla sua persona, in una visione estrema sulla sua stessa vita. Il credito: il diritto di esigere prestazioni sessuali connota la relazione matrimoniale, all'interno della quale compare il «debito coniugale».

Ma queste vicende solo nelle apparenze riguardano allo stesso modo entrambi i coniugi. I loro rapporti giuridici sono costruiti obbedendo ad una «naturale» asimmetria, all'insegna di una permanente diseguaglianza. «La pretesa che la ragazza non porti nel matrimonio con un uomo alcun ricordo di relazioni sessuali con un altro, non è a ben vedere che la continuazione logica di quel diritto all'*esclusivo possesso* di una donna, che forma l'essenza della monogamia: l'estensione di questo monopolio al suo passato». Così scrivevano i giudici italiani all'inizio del secolo, dando rilievo all'*error virginitatis* che così diveniva causa di annullamento del matrimonio, per errore sulle qualità personali del coniuge. Per questi giudici erano del tutto irrilevanti le osservazioni contenute in una sentenza del 1911 della Corte d'appello di Milano, presieduta dal più gran magistrato del tempo, Ludovico Mortara, che ancor oggi possono essere lette con profitto. «Elevare la verginità fisica della donna a qualità essenziale, il cui difetto, se non è stato prima dichiarato, diviene causa di annullamento delle nozze, significa abbassare il matrimonio al livello di un contratto commutativo, nel quale l'oggetto principale sarebbe costituito dal corpo degli sposi; vuol dire estendere al matrimonio i principi della garanzia che il venditore deve al compratore per i vizi e difetti occulti della cosa venduta, assegnando precisamente al difetto di verginità la funzione di un vizio redibitorio, per la quale si considera la sposa deflorata non atta a raggiungere i fini del matrimonio; nello stesso modo che si soleva nel medioevo subordinare la validità dei contratti di compra-vendita delle schiavette di Levante e di Barberia alla condizione che la giovane fosse 'non

fatta', ma 'sana, *integra in totis suis membris sine macula*'»[16]. Possesso, e non amore dunque, come regola giuridica di base. Proprietà, e non appartenenza reciproca, come strumento per la legittimazione di un rapporto personale che, per questa ragione, si stenterebbe a definire amoroso. E quale fosse la considerazione dell'amore in importanti e influenti scritti giuridici lo conferma il modo in cui, discutendo della nuova codificazione civile del 1942, si esprimeva uno dei più celebrati giuristi dell'epoca, Francesco Carnelutti: lo «*ius in corpus* o *in corpore* dell'un coniuge verso l'altro (...) è più vicino che non sembri al diritto nascente per l'imprenditore verso il lavoratore dal contratto di lavoro»[17]. Può l'amore essere associato alla subordinazione?

Queste sono le costruzioni culturali che spiegano la persistenza nel Codice civile del 1942 dell'attribuzione al marito del ruolo di «capo della famiglia», come disponeva l'articolo 144[18], rimasto in vigore fino alla riforma del 1975, segno manifesto di una struttura gerarchica della famiglia di cui non fu facile liberarsi nell'elaborazione stessa della Costituzione. Quelle costruzioni spiegano, senza giustificarla, la fatica che la stessa Corte costituzionale dovette fare per cancellare la clamorosa discriminazione legata alla considerazione come reato dell'adulterio della moglie, mentre lo stesso non era previsto per il marito. Ribadendo con la forma della norma giuridica il modello maschile, il diritto alzava una robusta, talora inviolabile, barriera tra amore e vita.

Difficile rimuovere queste barriere anche in tempi che sembrano i più propizi al rinnovamento. All'Assemblea costituente, quando si discute del matrimonio, suscita sconcerto e opposizioni la formula che lo vuole «ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi». Prendono la parola Vittorio Emanuele Orlando, fondatore del diritto pubblico italiano e politico di spicco, Piero Calamandrei, che della Costituzione repubblicana diverrà il più eloquente banditore, e un altro politico eminente, Francesco Saverio Nitti. Come si vedrà più avanti, tutti sottolineano il contrasto tra quella norma e l'articolo appena citato del Codice civile che sancisce la superiorità del marito. La loro radicata cultura giuridica li paralizza, impedisce loro non solo di vedere quale inaccettabile tradizione fosse espressa da quell'articolo, ma addirittura la novità giuridica che essi stessi stavano costruendo. La Costituzione, infatti, modificava la gerarchia delle fonti giuridiche, ponendola al disopra di tutte le altre, sì che non era possibile invocare il Codice contro la Costituzione. Cattiva abitudine non del tutto scomparsa, visto che ritorna quando si discute della possibilità di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Ma all'Assemblea costituente si leva una voce che coglie il punto civile, prima

ancora che politico, della questione. È quella di Maria Maddalena Rossi: «c'è qualcuno che ha intenzione di cambiare il Codice civile in materia, e sono precisamente le donne italiane»[19].

Siamo sempre all'Assemblea costituente, quando si discute, anche con asprezza, intorno alla qualificazione del matrimonio come «indissolubile». Per i cattolici questo è un punto di grandissima rilevanza[20], e Togliatti si muove con fatica tra il timore di una rottura con quel mondo e la consapevolezza di una forzatura, tanto che si attirerà l'ironia di Benedetto Croce[21]. Alla fine la proposta di dichiarare l'indissolubilità del matrimonio viene respinta, con il voto determinante dei comunisti. Ma le cronache parlamentari non riferiscono di quello che Togliatti confidò a chi gli chiedeva ragione di questa scelta, dopo i tentennamenti precedenti. Era stata proprio l'opinione delle donne del suo partito ad averlo indotto ad una decisione per lui così difficile[22].

Di nuovo, ancora le donne, sempre le donne. Non rivendicano solo i diritti del genere, ridanno senso al mondo. La liberazione di tutti, com'è accaduto infinite volte nella storia, viene dalla consapevolezza e dalla ribellione di chi è sottomesso, escluso, privato di libertà e dignità. Forse, in questo caso, vi è qualcosa di più e di diverso – il modo in cui le donne hanno «intelletto d'amore».

Di fronte a situazioni come quelle ricordate può essere forte la tentazione di proporre una versione tutta caricaturale della cultura giuridica, che pure per molti versi la meriterebbe, ignorando la lezione e le parole di Arturo Carlo Jemolo. Eccezione certo, in un panorama ben diversamente caratterizzato, ma che nasceva da una consapevolezza storica che gli consentiva di liberarsi, insieme, delle chiusure schematiche del diritto e di quelle della religione cattolica, che egli stesso professava, rivolgendo a matrimonio e famiglia uno sguardo ben più libero. Si è molte volte ricordata una sua frase sulla famiglia come «un'isola che il diritto può solo lambire, ma lambire soltanto». E, ancor più incisivamente, aggiungeva: «la famiglia è la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agli istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto»[23]. Su questo punto si discuterà più avanti, ma in quelle parole vi è un duplice insegnamento. Compare, prima d'ogni altro riferimento, quello al «mondo degli affetti», via che venne finalmente imboccata, pur con limiti ed esitazioni, dalla riforma del diritto di famiglia del 1975. Soprattutto vi è un netto rifiuto d'ogni pretesa statalista di impadronirsi della vita amorosa della persona, conformandola secondo categorie come quelle dell'ordine pubblico e del buon costume. E che

dire, in uno scrittore così sorvegliato, dell'apparire degli «istinti primi», dunque del riconoscimento delle insondabili ragioni dell'amore?

Si potrebbe dire che, liberi da queste ipoteche, il diritto viene reintegrato in un contesto culturale dove alla disciplina dell'amore si sostituisce la sua consapevolezza. Al diritto è legittimo chiedere un'assenza, ma non di abdicare al suo ruolo di garanzia di libertà e diritti – dunque pure del diritto d'amore. Si tratta di rimuovere ostacoli, come dice con bella lingua l'articolo 3 della Costituzione, per rendere concretamente possibile, in ogni momento della vita, l'eguaglianza. Non solo ostacoli di fatto, radicati nel costume o nell'economia, ma ostacoli essi stessi giuridici. La legittimità della presenza del diritto discende così anche dalla sua capacità di negare sé stesso.

«Omnia vincit amor», si usa ripetere. Ma non facciamoci troppe illusioni, e non pensiamo che il libro che compare ai piedi del giovane ritratto da Caravaggio in sembianze d'amore, nel dipinto che ha proprio quel titolo, sia un libro di diritto.

Quando a Martha Nussbaum fu chiesto se avesse intenzione di risposarsi, rispose così: «Se pensassi di sposarmi, sarei preoccupata del fatto che godrei di un privilegio negato alle coppie dello stesso sesso»[24]. Anche una delle più intime tra le decisioni, dunque, non può separarci dagli altri, chiuderci in una dimensione tutta autoreferenziale, negare il legame sociale e precipitarci nell'egoismo. Ora la situazione negli Stati Uniti è mutata, grazie alla sentenza della Corte Suprema che ha riconosciuto il diritto di accedere al matrimonio anche alle coppie di persone dello stesso sesso, rimuovendo appunto un ostacolo che impediva loro di poter decidere sulla loro vita avendo le stesse opportunità delle coppie eterosessuali[25]. L'esclusione giuridica ha ceduto di fronte ad una esigenza di normalità che, portatrice com'è di eguaglianza, questa volta è benvenuta. Ma le parole di Martha Nussbaum rimangono come un monito.

L'associazione forte tra amore e diritti fondamentali delle persone è legata ad una vicenda culturale che anche nell'amore trova un suo punto d'avvio, una miccia. «Può essere del tutto casuale che i tre più grandi romanzi 'psicologici' del Settecento – *Pamela* (1740) e *Clarissa* (1747-48) di Richardson e *Giulia* (1761) di Rousseau – siano stati pubblicati tutti nel periodo immediatamente precedente la comparsa del concetto di 'diritti dell'uomo'? (...) L'apogeo di un genere letterario specifico – il romanzo epistolare – coincide cronologicamente con la nascita dei diritti umani»[26]. Il massimo del successo e della diffusione di quei romanzi si ebbe infatti tra gli anni Sessanta e Ottanta del Settecento.

L'intensità emotiva di una vita ordinaria, narrata da quei romanzi, avvicinava tra loro le persone, mostrava la possibilità di «creare autonomamente un mondo morale. I diritti umani nacquero sul terreno seminato con questi sentimenti. I diritti umani riuscirono a fiorire soltanto quando gli individui impararono a pensare agli altri come a loro pari, fondamentalmente uguali a loro. Impararono questa eguaglianza, almeno in parte, attraverso l'esperienza dell'identificazione con personaggi comuni». Il percorso è chiaro. «Leggendo, l'immedesimazione nei personaggi oltrepassava i limiti sociali tradizionali tra nobili e comuni cittadini, tra padroni e servi, tra uomini e donne, forse persino tra adulti e bambini»[27].

Questa forza dirompente spinge verso la rottura di una continuità, apre la strada al riconoscimento dei diritti, contribuisce ad una nuova fondazione della società su libertà ed eguaglianza. Ma l'amore, si vedrà meglio più avanti, non sarà davvero remunerato, e non lo sarà soprattutto per le donne, che danno il titolo a tre romanzi scritti da uomini, dove compaiono in particolare i travagli e i drammi del loro amore. Quello, tuttavia, si presentava come lo spirito del tempo, tanto che si definì il Settecento come «il secolo dell'amore» (del "libertinage" secondo alcuni, soprattutto in quella prima metà del secolo illustrata dalla pittura di Jean-Honoré Fragonard), suscitando pure molte inquietudini morali e sociali, che spingevano verso critiche e istruzioni per un ritorno all'ordine[28].

Qual è oggi lo spirito del tempo? Da quella lontana vicenda viene, netta, l'indicazione della necessità di cercare in tutte le possibili direzioni la risposta a questo interrogativo, per cercar di comprendere pure come si muovano, e in che direzioni e con quale intensità, il sistema delle leggi e il sistema della reale vita familiare[29].

[1] M. de Montaigne, *Essais* (1588), Livre III, chap. III, *De trois commerces* (Id., *Saggi*, a cura di F. Garavini e A. Tournon, Bompiani, Milano 2012, p. 1513).

[2] J. Butler, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, tr. it. di S. Adamo, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 27.

[3] R. Bodei, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Feltrinelli, Milano 1991, p. 356. E si veda A. Flueckiger-R. Roth-C.N. Robert, *Droit et emotions: le role des emotions dans les processus de régulation juridique et social*, Cetel, Genève 2010, che prende in considerazione diverse forme di emozioni, dalla paura all'amore, mettendo l'accento sulla crescente sottolineatura della condizione delle vittime. Una grande ricognizione culturale è quella di T. Zeldin, *France 1848-1945*, I. *Ambition, Love and Politics*, Oxford University Press, Oxford 1973, in particolare i capitoli XI-XIII.

[4] A. Bethery de la Brosse, *Entre amour et droit: le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI-XXI*

siècles), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 2011, in particolare pp. 128 ss.

[5] Si usa citare G.W.F. Hegel, *Lezioni di filosofia del diritto*, § 78 (cito dalla edizione curata da P. Becchi, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli 1993, p. 121) secondo il quale «il *matrimonio* è l'unione formale tra due persone di sesso diverso portata al riconoscimento pubblico e così diventa rapporto giuridico verso altri, è costituire *una* persona in amore e fiducia». Ma le citazioni di Hegel, in questa materia, devono essere usate con molta prudenza. Ne discute T. Mann, *Lettera sul matrimonio*, tr. it. di I.A. Chiusano, il Saggiatore, Milano 1958.

[6] Mette bene in evidenza come si debbano considerare i due modi di guardare ai rapporti tra diritto e amore – implicazione o incompatibilità – L. Ferrajoli, *Diritto e amore: una relazione ambivalente*, in AA.VV., *Droit et amour en Europe: relations complexes/Love and Law in Europe: Complexes Interrelations*, European University Institute, Badia Fiesolana 2000, pp. 95-99.

[7] F. Terré, *Fait-on un bon droit avec de bons sentiments (ou l'amour allergique aux maladresses du droit civil)*, in C. Puigelier-F. Terré (a cura di), *L'amour selon la loi. Exercises d'écriture*, Mare & Martin, Paris 2014, p. 20. I giuristi francesi sono stati sempre attenti al rapporto tra amore e diritto. Ricordo, oltre a quelli qui citati, il lavoro a suo modo pionieristico di R. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1937; e la tesi sovrabbondante di G. Sem, *L'amour et le droit (Essai sur la volonté d'amour dans l'application du droit)*, Université Paris 2, Paris 1980.

[8] J. Carbonnier, *L'amour sans la loi*, in *Écrits*, Presses universitaires de France, Paris 2008, p. 139.

[9] Tra gli altri esplicitamente A. Bethery de la Brosse, *Entre amour et droit*, cit., p. 128.

[10] Ho dedicato a questo tema una riflessione più generale nel libro su *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, ed. ampliata, Feltrinelli, Milano 2012.

[11] A. Tonelli, *Politica e amore. Storia dell'educazione ai sentimenti nell'Italia contemporanea*, il Mulino, Bologna 2003, pp. 12-13 (corsivi miei).

[12] Ivi, p. 13.

[13] «Like love we don't know where or why, / Like love we can't compel or fly, / Like love we often weep, / Like love we seldom keep». Ringrazio Nadia Fusini per la bella traduzione. Il gioco tra i due termini trova una singolare declinazione a tutto campo in Z. Bankowsky, *Living lawfully. Love in Law and Law in Love*, Kluwer, Dordrecht 2001, che vuole andare oltre la contrapposizione tra l'amore nel senso più ampio e un diritto che spegne le dinamiche personali e sociali, rendendo compatibili vita e diritto.

[14] Fin dal prologo del suo scritto insiste su questo punto A. Melloni, *Amore senza fine, amore senza fini. Appunti di storia su chiese, matrimoni e famiglie*, il Mulino, Bologna 2015, dov'è particolarmente analizzata la prospettiva di teologia morale e il ruolo della Chiesa cattolica.

[15] S. Caprioli, *Lettura*, introduzione alla ristampa anastatica, Forni, Bologna 2001, pp. 34-35, di F. Vassalli, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovverosia La Dogmatica Ludicra*, Bardi, Roma 1944.

[16] Appello Milano, 20 maggio 1911, in «Foro italiano», 1911, I, col. 124.

[17] F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Foro italiano, Roma 1951, p. 148.

[18] «Il marito è il capo della famiglia. La moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede di fissare la sua residenza».

[19] Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, II, Camera dei deputati, Roma 1970, p. 1103.

[20] La posizione della Chiesa sull'articolo 29 è ricostruita da G. Sale, *Il Vaticano e la Costituzione*, Jaca Book, Milano 2008, pp. 104-121.

[21] Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica*, cit., I, p. 338.

[22] La sua risposta mi fu riferita da Lelio Basso, fermo oppositore del modo in cui la disciplina della famiglia si stava configurando, ed è un riferimento che non compare in alcuna ricostruzione dei lavori dell'Assemblea costituente, neppure in quella accuratissima di V. Caporrella, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'art. 29 e il dibattito alla Costituente*, www.storicamente.org. Le parole di Togliatti potrebbero essere considerate in contraddizione con la sua preoccupazione di non allontanarsi da un sentire comune diffuso tra gli iscritti al Pci, ritenuto ostile alla possibilità del divorzio, e allora non è chiaro a quali «donne» si riferisse. Ma è ben nota la determinazione delle donne comuniste costituenti, sì che al loro pubblico silenzio poteva corrispondere una decisa presa di posizione interna su un punto così importante. Ma questa storia «esterna» poteva essere ricostruita soltanto dando la parola alle sue protagoniste.

[23] A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milano 1957, p. 241. Alle posizioni di Jemolo dedica particolare attenzione S. Caprioli, *Lettura*, cit., pp. 4-10.

[24] M.C. Nussbaum, *Gross National Politics*, intervista in «The New York Times», 10 dicembre 2009.

[25] Corte Suprema degli Stati Uniti, Obergefell v. Hodges, 576 US, 26 giugno 2015.

[26] L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, tr. it. di P. Marangon, Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 24-25. Alcune riserve in S. Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Belknap Press, Cambridge (Mass.) 2012, pp. 243-244, 247.

[27] L. Hunt, *La forza dell'empatia*, cit., pp. 40, 25.

[28] Un buon esempio si trova in G. Del Portico, *Gli amori tra persone di sesso diverso disaminati co' principi della morale teologica per l'istruzione de' moderni confessori*, Salani e Giuntini, Lucca 1751, un imponente trattato le cui istruzioni miravano ad un prudente, ma rigoroso contenimento dei comportamenti non coerenti con il fine del matrimonio. Sul punto P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della «società coniugale» in Italia*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 73 ss.

[29] È lo schema adottato da M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*, University of Chicago Press, Chicago 1989, con una chiara impronta comunitarista.

2.
Impadronirsi dell'amore

Nel 1943, nella Roma occupata dai tedeschi, uno dei maggiori giuristi del tempo, Filippo Vassalli, distoglie per un momento lo sguardo da quello che percepisce come il «tramonto sanguigno della nostra civiltà» e si dedica a un piccolo e raffinato libro nel cui titolo, inattesa, compare la parola «amore»[1]. Inattesa, perché rompe la sequenza dei riferimenti a categorie giuridiche che vogliono ridurre il rapporto amoroso appunto all'esclusività di un potere proprietario sul corpo del coniuge, e indica così un orizzonte culturale storicamente assai ricco, che revoca in dubbio la convinzione di un'impossibile saldatura tra amore e diritto. Non distoglie lo sguardo dalla tragedia storica che sta vivendo (e che lo toccherà pure negli affetti personali). Affinando la sua sensibilità culturale, non scrive qualcosa che lo libera dalle angustie del tempo che vive e lo conduce nei consolatori campi dell'astrazione. Al contrario, polemizzando anche con parole irridenti con i sostenitori di una linea che si voleva consolidata, e di cui mette in evidenza la futilità, rivendicando le ragioni dell'amore contro l'aridità dei giuristi, leva la sua voce contro chi, ignorando le ragioni profonde dell'amore, aveva scelto la via più drammatica della guerra e dell'aggressione. Non dirò che in quelle coltissime pagine si debba cogliere una anticipazione dell'invito «fate l'amore, non la guerra» che fu presente nel discorso pubblico particolarmente tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento. Ma è indubbio che la logica proprietaria non consente di cogliere le ragioni dell'umanità, nella sfera privata come in quella pubblica. In entrambe l'amore mostra i limiti del diritto e l'insensatezza della guerra.

Le parole di Filippo Vassalli sono sferzanti, l'ironia consente di mettere in luce immediatamente l'assurdità di troppe ricostruzioni, le responsabilità dei giuristi vengono denunciate e la condanna è senza appello. Al tramonto della civiltà essi avrebbero dato il loro contributo coltivando una dogmatica tutta autoreferenziale, prigioniera di categorie che allontanavano il diritto dalla realtà, e così lo rendeva incapace di comprenderla, trasformandosi anzi in un

fattore di conflitto. Quando esamina gli scritti dedicati alla controversia intorno agli effetti del matrimonio, tra chi sostiene che si approdi ad un diritto di proprietà sul corpo del coniuge e chi invece parla di un diritto di credito in particolare alle «prestazioni sessuali», quasi perde la pazienza e accompagna l'implacabile argomentazione tecnica con considerazioni che avvicinano quelle tesi alle «rozze scuole medievali»[2], affermando in modo secco che «non è con considerazioni siffatte che si custodisce il diritto»[3]. Siamo di fronte non solo e non tanto ad una discussione teorica, ma ad una severa pedagogia scientifica e civile, dettata dalla consapevolezza di che cosa può divenire il diritto quando incontra la vita delle persone e si comporta come se non esistesse. «Con tutte queste elaborazioni si è piuttosto nel campo delle facezie, che non in quello del diritto»[4]. Torpidi rimasero troppi giuristi pure di fronte ad una spada così affilata, e soprattutto furono i giudici a continuare a trascinare nelle loro sentenze la logica dell'«esclusivo possesso» del marito sul corpo della moglie.

Uno sguardo rivolto solo al passato? O una riflessione che, al di là delle categorie adoperate, ci offre strumenti per trovare pure nel presente lo stesso tipo di incapacità di fare i conti con la vita amorosa, che si vuole continuare ad affidare ad una povera grammatica giuridica e all'accecamento ideologico o religioso?

Per sottrarsi a questo rischio sempre incombente, si continua a cercare riparo all'ombra di Arturo Carlo Jemolo e della sua immagine della famiglia come un'«isola» che il diritto può solo lambire. Ma si è giustamente domandato se questo ritrarsi del diritto non lasci irrisolte, e affidate al solo costume, le difficili questioni del rapporto tra amore e diritto. E si è aggiunto che questa «sorta di rinvio dalla legge al costume, può condurre ad una recezione di un'etica nel diritto»[5]. Se così fosse, l'allentamento dei legami tra diritto e vita sarebbe ingannevole, attribuendo invece rinnovata legittimazione al controllo sociale su amore e vita, sull'intero mondo dei sentimenti.

La riflessione storica ci mostra che al riparo dalla costrizione giuridica non si è per ciò più liberi. Abbiamo conosciuto, e incontriamo ancora, situazioni in cui la religione signoreggiava l'anima, l'etica s'impadroniva dei comportamenti, il costume sociale obbligava, la natura segnava invalicabili confini. Quelle regole erano poste al di là d'ogni influenza individuale. Non era possibile modificarle. E la loro trasgressione aveva effetti più pesanti della sanzione giuridica. Si cadeva nel peccato, si diventava vittime di pesanti forme di esclusione sociale, si veniva condannati per comportamenti «contro natura».

Così, la conquista da parte del diritto di territori prima affidati unicamente

alla regola religiosa o all'imperativo etico o alla conformità sociale o al dato naturalistico non assumeva i caratteri d'una indebita espansione della dimensione giuridica, che faceva pesare nuovi interdetti su singoli e gruppi. Costituiva, invece, una forma di liberazione da regole costrittive che, proprio perché poste da entità astratte (la divinità, la morale, la società, la natura), non erano modificabili con un atto della volontà. La legge, invece, come opera consapevole dell'uomo, rimane nella sua disponibilità, può essere modificata. È uno strumento, prima ancora che un vincolo. È la volontà della nazione, e ad essa s'accompagna un'affermazione esplicita di libertà: «Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures» – così era scritto nell'articolo 28 della Costituzione francese del 1793[6].

Non basta, dunque, invocare e ottenere la ritirata del diritto per restituire all'amore i suoi diritti, che possono invece divenire oggetto di regole persino più obbliganti. Sfuggire a questa contraddizione è possibile se la funzione del diritto in questa materia è quella di garantire l'amore nella sua pienezza, custodendo confini che altri poteri e altre regole non possono attraversare. È un confine sottile, difficile da custodire, perché ogni suo indebito attraversamento può determinare una vicenda ben nota – quella del capovolgersi di un «diritto» in «delitto». Dobbiamo essere ben consapevoli di una storia ipotecata da troppi *delitti d'amore*: quelli commessi dalla donna adultera di fronte all'immunità concessa al marito, quelli di cui sono stati vittima i figli nati fuori dal matrimonio – figli della colpa, e non dell'amore. Di quest'ultima condizione il diritto si occupava in maniera impietosa, definendo quelle persone figli «illegittimi» e accompagnando la loro esistenza con un marchio d'infamia – l'indicazione sui documenti d'identità e sugli atti dello stato civile come «figlio di N.N.» (*nomen nescio*, non conosco il nome del padre). Franco Zeffirelli ha raccontato, con inusuale franchezza, la sua dolorosa esperienza di bambino accompagnato da quella indicazione sulla sua nascita[7].

Questa norma incivile fu abrogata solo con la legge 31 ottobre 1955, n. 1064, per iniziativa di due donne, la senatrice socialista Lina Merlin e la deputata democristiana Maria Pia Dal Canton. Ma già prima erano stati messi a punto espedienti per aggirare quella legge. Si denunciava la nascita di una persona nata da una coppia non coniugata come figlia di padre ignoto e di madre che non voleva essere nominata. In questi casi, come in quelli in cui entrambi i genitori sono del tutto sconosciuti, spettava, e spetta[8], all'ufficiale di stato civile

dare nome e cognome alla persona. Un potere lungamente esercitato anche dando ai nati cognomi infamanti o semplicemente descrittivi della situazione in cui erano stati trovati (il diffusissimo cognome «Esposito» rifletteva la condizione dei bambini abbandonati, «esposti»). Ma, miracolosamente, vi erano casi in cui alla persona veniva imposto il cognome corrispondente a quello del vero padre. Erano così evitati traumi infantili, come quello che si determinava quando la bambina o il bambino cominciavano a frequentare la scuola e, al momento dell'appello, scoprivano che il loro cognome era diverso da quello del padre con cui vivevano. Provvido espediente, ma solo alla portata di chi aveva mezzi per convincere un ufficiale di stato civile, evidentemente sensibile alle sollecitazioni finanziarie. Così l'amore vince, ma solo attraverso l'acquisto di un privilegio, non con il riconoscimento di un diritto. Caso non unico, come si vedrà più avanti, di un mercato efficiente, classista e discriminante, grazie alla trasformazione in merce di ciò che alla persona dovrebbe legalmente spettare.

L'altro punto di osservazione sul diritto può essere illustrato muovendo dalle parole che l'articolo 32 della Costituzione dedica al diritto fondamentale alla salute. Questo articolo si chiude con una affermazione assai impegnativa: «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Un confine è segnato, invalicabile dallo stesso legislatore e dunque, si potrebbe dire, dall'esercizio stesso della sovranità popolare. Ma questo significa pure che il legislatore possa disinteressarsi del tutto del modo in cui ogni persona vede concretamente realizzato il suo diritto alla salute?

La lettura di quell'articolo ci indica un'altra direzione. È ovvio che, com'è detto nella sua prima parte, la tutela della salute è affidata alle istituzioni pubbliche, che devono predisporre l'insieme degli strumenti per l'effettività di quel diritto, dall'accesso alle cure alla disponibilità dei farmaci. Ma, adempiuto quest'obbligo, devono fermarsi. Il se e il come curarsi appartengono alla sfera delle decisioni libere della persona interessata, alla sua autodeterminazione.

Questa è la parola chiave, che si riempie sempre più di significati via via che ci inoltriamo nella regione dei sentimenti, sui quali nessuno può dall'esterno esercitare un pieno dominio. Il riferimento forte all'autodeterminazione è discusso[9]. Ma non si può trascurare il dato rappresentato dal suo riconoscimento come diritto fondamentale da parte della Corte costituzionale nella sentenza n. 438 del 2008. E, soprattutto, l'autodeterminazione è alla base di una ormai costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, grazie ad una interpretazione assai larga dell'articolo 8 della

Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla "vita privata e familiare", considerato come un vero e proprio «principio fondativo»[10]. Poiché, come si vedrà meglio più avanti, questa giurisprudenza è l'ordinario riferimento per le questioni qui discusse, sarebbe arbitrario sottovalutare il ruolo centrale giocato dall'autodeterminazione in tutti i casi in cui vita e amore vengono in discussione.

Tornando all'accostamento alla salute, non siamo di fronte ad una forzatura, perché questo diritto viene ormai inteso nella sua accezione più larga, come salute fisica, psichica e sociale – dunque come un diritto che si converte nel riconoscimento del potere di governare la propria vita. E questa prospettiva è rafforzata dal riconoscimento ad ogni persona del diritto alla libera costruzione della personalità, non solo nella dimensione individuale, ma pure «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», dunque in primo luogo in quella evidente formazione sociale che nasce dal rapporto affettivo tra due persone. Proprio la rilevanza attribuita all'autodeterminazione, ormai riconosciuta come diritto fondamentale d'ogni persona, consente di evitare il rischio che l'assenza o la non presenza del diritto portino con sé una eterodirezione della vita affidata alla morale o al costume. Decisioni e scelte d'amore, insondabili nelle loro radici, appartengono a chi le prende. E, come non è ammissibile la prepotenza dei poteri esterni, allo stesso modo non lo è, nella relazione amorosa, l'ineguale e asimmetrico esercizio di un potere d'imposizione di una persona sull'altra.

Qui, più che altrove, la vita deve essere sempre «libera e dignitosa», com'è scritto nell'articolo 36 della Costituzione, con una affermazione che va oltre la materia del lavoro, lì direttamente trattata. La negazione del diritto d'amore e la sua sottoposizione a vincoli obbliganti ci mostrano una persona alla quale vengono negate, insieme, libertà e dignità. Il diritto d'amore si iscrive così in un orizzonte giuridico che non entra in contraddizione con esso, e trova il suo fondamento nel rispetto pieno dovuto alla persona. La negazione di quel diritto diviene così pure negazione di un ordine giuridico finalmente liberato dall'obbligo di impadronirsi della vita delle persone.

L'accostamento tra amore e salute, intesa come governo della vita affidato alla persona interessata, non può dunque essere considerato una impropria curvatura, un accostamento improponibile[11]. Anzi, seguendo le mille piste indicate dalla letteratura e dallo stesso linguaggio popolare, si può andare oltre e scoprire le infinite congiunzioni tra quei due termini. Non si parla, forse, di «mal d'amore»? E, scegliendo una sola citazione tra le infinite possibili,

giungiamo al «Si può morir d'amor» che conclude la romanza «Una furtiva lagrima» nell'*Elisir d'amore* di Gaetano Donizetti.

Non trascuriamo le spie che ci vengono offerte dal linguaggio. Essendo anch'esso un linguaggio, il diritto non può costruire la propria grammatica in modo da divenire incomprensibile.

[1] F. Vassalli, *Del Ius in corpus*, cit., in particolare p. 143.

[2] Ivi, p. 23.

[3] Ivi, p. 143.

[4] Ivi, p. 79.

[5] S. Caprioli, *Lettura*, cit., p. 101 e nota 175.

[6] Ho svolto più analiticamente queste considerazioni in *La vita e le regole*, cit., pp. 13-15.

[7] F. Zeffirelli, *Autobiografia*, Mondadori, Milano 2008; e anche nel film *Un tè con Mussolini*, 1999.

[8] Articolo 38 del decreto del Presidente della Repubblica, 3 novembre 2000, n. 396, in materia di stato civile.

[9] Me ne sono occupato ampiamente in *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 250-297.

[10] La rivista «Droits» ha dedicato a questo tema due importanti fascicoli, il n. 48 del 2008 e il n. 49 del 2009.

[11] La tutela costituzionale della salute è esplicitamente associata al rispetto della libertà sessuale dalla sentenza della Corte costituzionale, 18 dicembre 1987, n. 561, dove si afferma che «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'articolo 2 della Costituzione impone di garantire».

3.
Matrimonio e diritti

Tornando alla tradizione giuridica, alle sue categorie e alle sue regole, man mano che essa s'inoltra nella modernità, rinnega il primo dei precetti affermati dalle corti d'amore – «per ragioni di matrimonio non è giusto rinunciare all'amore»[1]. Non si può forzare questa affermazione vedendo in essa l'antesignana di un'altra espressione del linguaggio comune – «il matrimonio è la tomba dell'amore». Ma è certo che quelle parole ci dicono che il matrimonio non è la via obbligata dell'amore, che anzi può o deve imboccare strade diverse per trovare il suo compimento.

Veniamo invece da una storia che, nella modernità, ha progressivamente costruito il matrimonio come unica area all'interno della quale fosse possibile dare legittimità istituzionale all'amore. Il matrimonio non è stato soltanto costruito come un contratto, al quale la regola statuale dedicava una fortissima attenzione, ma è stato anche collocato in una dimensione giuridica, quella della famiglia, i cui connotati escludevano la rilevanza dell'autonomia delle persone, tanto che si è potuto concludere per una sua appartenenza non al diritto dei privati, ma a quello pubblico[2], con una lunga persistenza di questo punto di vista nelle norme e nella cultura giuridica italiana[3]. Stretta sorveglianza dello Stato, dunque, che si faceva anche tramite e custode della morale corrente, che diveniva così etica di Stato – e in un paese come l'Italia, ma non solo, la morale era quella cattolica. Se il diritto di famiglia assume visibili caratteri pubblicistici, la volontà delle persone e la logica degli affetti possono avere un ruolo circoscritto, poiché altri sono i criteri di riferimento, come l'ordine pubblico e il buon costume, dai quali non ci si può discostare. Questo porta a sancire una sorta di irrilevanza dell'amore, poiché altre sono le ragioni che legittimano il matrimonio: la stabilità sociale, la procreazione, la prosecuzione della specie, l'educazione dei figli. Quando, ad esempio, la questione del matrimonio senza amore viene sollevata davanti ad un tribunale rotale, la richiesta viene respinta come irrilevante: nel matrimonio l'amore è

«fundamentum psycologicum, minime iuridicum»[4], come peraltro vuole il diritto canonico nell'affermare che «amor non est in provincia iuris»[5]. Viene così adottata una logica solo nelle apparenze rispettosa, ma che in realtà ne certifica l'irrilevanza, che si ritrova, sia pure senza dichiarazioni così esplicite, anche in decisioni dei giudici civili.

Questo matrimonio appartiene ad una storia nella quale volontà libera e affetti sono stati sopraffatti da un'altra idea matrimoniale – quella del matrimonio combinato, imposto, d'interesse, dinastico, di classe, soprattutto controllato nell'interesse pubblico. L'espulsione della logica degli affetti, allora, non è imputabile soltanto alla corta vista dei giuristi. Si potrebbe, anzi, osservare che quell'uso del diritto riflette e sostiene pratiche sociali consolidate, anche se proprio la loro conferma giuridica garantisce ad esse una lunga durata, le custodisce, e finisce con il rendere impossibile, o comunque più difficile, un loro abbandono. Il matrimonio, nella sostanza, era visto come un legittimo coacervo di interessi diversi, dove l'amore non trovava necessariamente posto, al più gli veniva attribuito un ruolo tutto sommato residuale. Una conferma testuale si trova nelle norme riguardanti i rapporti tra i coniugi. Non solo in quelle storicamente datate, ma persino nell'attuale articolo 143 del Codice civile, com'è stato riscritto dalla riforma del 1975. «Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione»[6]. È vero che quella riforma, considerata nella sua interezza, mostra non solo l'abbandono del modello gerarchico e diseguale, ma una attenzione per la dinamica degli affetti. E tuttavia quel legislatore, pur così ben orientato, ha trattenuto la sua mano, non ha cercato una parola che distaccasse davvero il diritto dal continuare a sancire nella sua grammatica l'irrilevanza dell'amore. Bisogna davvero amare l'amore per poterne parlare.

Questa assenza priva di forza realmente innovativa parole per altro in sé impegnative, come «fedeltà», «collaborazione», «coabitazione». Sappiamo ormai che la loro verità è affidata a qualcosa che eccede questa, tutto sommato fredda, elencazione di doveri. L'affetto reciproco, non una fedeltà che altrimenti è tutta di facciata o coatta, può assicurare stabilità al rapporto, altrimenti affidata ad altri interessi o convenienze. Non possiamo più dire, come faceva con il suo realismo Filippo Vassalli, che «lo stesso istituto matrimoniale e tutto il diritto di famiglia si riporta, almeno per molti aspetti, alla proprietà»[7]. Oggi questa radicale riduzione patrimonialistica non è più sostenibile, anche se permane la necessità di considerare la dimensione

economica almeno da due punti di vista. Come si vedrà più avanti, il rapporto coniugale può vedere l'affetto sopraffatto dalla convenienza. Ma l'accesso alla formalizzazione del rapporto amoroso, al matrimonio, può essere precluso dalla mancanza o dalla insufficienza dei mezzi finanziari. La precarietà è sempre più spesso associata all'espressione «non posso crearmi una famiglia», che ormai non vuol dire necessariamente sposarsi. Questo non significa soltanto che è preclusa l'assunzione di uno status sociale, ma piuttosto che il rapporto amoroso non tollera una precarietà imposta dall'esterno, è insidiato da una incertezza che può cancellare il suo futuro. La vita materiale, con le sue durezze, diviene una prova insuperabile per la vita affettiva?

Si è molte volte osservato che non si può discutere di amore e diritto facendo riferimento quasi esclusivamente al modello matrimoniale della tarda modernità occidentale[8], trascurando la storia precedente e ignorando i modelli presenti in altre culture. Questo è un giusto invito a diffidare delle generalizzazioni frettolose, ma non può poi tradursi in una mancanza di specifica attenzione per una storia che ha coperto un arco di almeno due secoli. Questa analisi, infatti, consente di mettere in evidenza una doppia «relativizzazione» del modello prodotto da questa vicenda storica: da una parte, quella resa evidente dal confronto con altre tradizioni; dall'altra, quella che si coglie all'interno della stessa tradizione occidentale. Una volta acquisita la consapevolezza della relatività di questo modello matrimoniale, diviene immediatamente evidente la debolezza della pretesa di attribuirgli un valore normativo, dedotto da una sua vera e propria naturalità che sarebbe testimoniata dall'eterosessualità e dal fine della procreazione, ribadendo così una volta di più il perimetro all'interno del quale la parola amore può essere legittimamente pronunciata.

L'osservazione delle vicende giuridicamente rilevanti della fase più recente fornisce una opposta testimonianza, quella della rottura di una continuità che, per essere stata lunghissima, non può da questo solo fatto vedersi attribuita il carattere della definitività. Lo mette in particolare evidenza la già ricordata sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio tra le persone dello stesso sesso che, come si vedrà meglio più avanti, ha fatto emergere i molti segni di un contrasto storico, con forti venature ideologiche, tra principio di realtà e fondazione naturalistica. Nel momento in cui, liberato dalle pretese naturalistiche, il paradigma matrimoniale viene ricostruito con riferimento all'eguaglianza delle persone, proprio l'argomentazione giuridica mostra che l'ampliamento dell'area dei soggetti che possono accedere al

matrimonio non significa che ad alcuni viene attribuito un diritto nuovo, ma più propriamente che viene rimosso un divieto che impediva a determinate categorie di persone l'esercizio di un diritto già riconosciuto ad altre[9]. Le parole di Martha Nussbaum, già citate e che sono anteriori a quella sentenza, colgono esattamente questo punto.

Prendendo in considerazione le manifestazioni storiche del modello, si è più volte messo in evidenza come proprio i matrimoni di «interesse» si presentino con i connotati d'una forte stabilità. La labilità dei sentimenti sconfitta dalla solidità degli interessi? Ma bisogna pur ricordare che la stabilità, almeno quella fondata sulla convenienza economica, era piuttosto dovuta alla subordinazione, materiale oltre che formale, della moglie al marito. La debolezza economica della moglie portava con sé persino l'accettazione della violenza domestica, come confermano le molte testimonianze di donne che, recatesi a denunciare la violenza del marito, si sentivano paternamente consigliare dal maresciallo dei carabinieri o dal commissario di polizia di pensarci bene, perché quel passo avrebbe potuto determinare un arresto, dunque un allontanamento del marito, seguito poi dal precipitare della donna in difficoltà della vita che non avrebbe potuto fronteggiare. Non l'amore, o almeno il rispetto, ma la sola sottomissione.

Si aggiungeva che l'amore era questione di tempo. Poteva non esserci all'inizio della relazione matrimoniale, ma proprio il persistere di questa, il costante vivere insieme, ne avrebbero reso possibile la nascita. Non «il colpo di fulmine», dunque, ma «il prima o poi l'amore arriva», anche se ci si affidava a dinamiche incerte, imperscrutabili. Di questo fiducioso processo il diritto si faceva lontano e compiacente tutore.

Oggi troviamo il futuro declinato in modo ben diverso. La dimensione economica è fin dall'inizio presente, induce alla conclusione di contratti che disciplinano in modo assai minuzioso proprio gli effetti della possibile fine del matrimonio, secondo un costume prima consolidato negli Stati Uniti e poi diffuso nei luoghi più diversi, di cui v'è traccia consistente anche in molte e vivaci rappresentazioni popolari americane. Questi contratti sopraffanno il vincolo coniugale, precocemente consegnato alla precarietà e visto, quindi, solo come «tregua provvisoria tra le parti», secondo la valutazione generale dello strumento contrattuale data da Émile Durkheim[10]. Non più approdo sicuro, il matrimonio sconta fin dall'inizio la fine dell'amore, e il diritto appresta le necessarie vie d'uscita[11]. Né appare praticabile la scorciatoia semantica di chi ha voluto riscattarli definendoli «contratti sentimentali». Essi

si presentano piuttosto come un deterrente brutale, e nella speranza efficace, contro qualsiasi incidente di percorso: una minaccia verso il coniuge più debole, un'assicurazione nei confronti di quello con più potere. E poi. I sentimenti sono negoziabili? O la loro stessa natura li sottrae a questo tipo di logica, che si attaglia solo ai profili economici, comunque presentati o mascherati? Se la proprietà torna a prendere il sopravvento, con la sua rudezza e la sua forza intimidatoria, tutto viene affidato alla fissità della logica di mercato e viene meno l'amore come «scoperta progressiva (quasi una verifica) delle finalità, complicità e intimità; e tutto questo io potrò condividerlo per sempre (almeno penso) con un altro che, da quel momento, sta per diventare il 'mio altro'»[12]. Quando, invece, tutto è affidato alle minuzie contrattuali, nessuna scoperta è più possibile, tutto è già detto, al più si può registrare l'avverarsi di una condizione già prevista.

I contratti matrimoniali non sono certo una novità, appartengono ad una più lunga storia. Ma in passato riflettevano una situazione ben diversa, soprattutto determinata dal fatto che le donne, libere di amministrare i loro beni prima del matrimonio, una volta sposate perdevano questo diritto e gli atti riguardanti il loro patrimonio erano subordinati all'autorizzazione del marito. Questa era la condizione delle donne italiane nell'Ottocento[13], penalizzate dall'entrata in vigore nel 1865 del Codice civile unitario, che si rifaceva al modello della Francia. Veniva così cancellata anche l'autonomia patrimoniale delle donne maritate nel Lombardo-Veneto, che godevano della libertà loro riconosciuta dal provvido Codice civile austriaco di Francesco I, che concludeva un'opera di codificazione avviata dall'imperatrice Maria Teresa con il *Codex Theresianus*[14]. Le mogli italiane rimasero così prigioniere di quello che Vittorio Scialoja definiva un «residuo del vecchio codice francese» e Vittorio Alfieri chiamava «l'umiliante/approvazion sforzata del marito», eliminata in Italia soltanto nel 1919 sull'onda delle trasformazioni che, nel diritto di tutta Europa, vennero determinate dai mutamenti sociali di quel dopoguerra, e che allora videro l'Italia in prima linea.

Se, comunque, si getta uno sguardo sulle «scritte nuziali» anteriori al 1865, si colgono regole minute sulle materie e i modi in cui la moglie si vedeva riconosciuto un insieme di diritti. Un riferimento testuale soltanto, dov'è scritto che si «pagherà alla precitata sig. Sposa con titolo di spillatico la somma annuale di Sc. 400 effettivi con doverne anticipare dal dì della dazione dell'anello benedetto, ed altresì due cameriere, un cameriere, e tre servitori addetti soltanto al servizio della medesima; ed altresì la carrozza a sua

disposizione, cioccolata, caffè, medico chirurgo, e medicinali; siccome ancora i palchi ai teatri per uso di detta signora Sposa, i quali parimenti dovranno esser pagati dalla casa di detto sig. Sposo non solo in Firenze che altrove; ed essendo aperti più teatri nel tempo medesimo sia in facoltà di detta sig. Sposa, di scegliere il palco in quel teatro che più le piacerà». Questo «patto di trattamento», stipulato nel 1816 a Firenze tra nobili del Granducato, esempio non unico di questo tipo di accordi[15], garantiva alla moglie una serie di «comodità della vita» ed offre spunto per molte riflessioni sul modo in cui la donna benestante cercava di assicurarsi, attraverso uno strumento giuridico, uno spazio proprio. L'esclusività del riferimento alla dimensione patrimoniale, estesa anche a tutta una serie di beni dei quali assicurare uso esclusivo e obblighi di restituzione, finisce con il certificare una distanza formalizzata tra la materialità della vita, di cui ci si preoccupava assai, e l'intero mondo degli affetti, innominato, sottratto a regole che non fossero quelle assai costrittive per la moglie, e per ciò ambiguamente affidato alle dinamiche dei rapporti interpersonali. Inutile aggiungere che siamo di fronte a particolari situazioni di privilegio, per nulla generalizzabili, che finivano con il rendere ancor più evidente, insieme, subordinazione e diseguaglianza.

Le negoziazioni matrimoniali hanno conosciuto, e conoscono, altre modalità, a cominciare dai cosiddetti matrimoni «combinati», nei quali non solo non è in alcun modo presente l'amore, ma scompare la stessa volontà dei futuri coniugi. Prassi, peraltro, diffuse nella società ai più diversi livelli, che certificavano il matrimonio «senza amore», reso evidente dal fatto che i coniugi si incontravano per la prima volta solo nell'imminenza delle nozze. Prassi che obbediva a ragioni dinastiche, che si perpetuano in alcuni matrimoni tra nuovi potenti e tra figure rappresentative della società della comunicazione. Ma prassi legate soprattutto a convinzioni religiose o a costumi consolidati, che hanno dato origine ai matrimoni coatti delle bambine o ai ritorni di emigrati nel paese d'origine obbedendo alla massima «donne e buoi dei paesi tuoi», con un accostamento che la diceva lunga sulla considerazione per le donne. La cultura del «ritorno», tuttavia, ha conosciuto anche i casi di ragazze ricondotte dai genitori nel paese d'origine per sposarsi, segno evidente di una integrazione ancora debole e di una diffidenza nei confronti di un paese nel quale ancora ci si sentiva stranieri. E la conclusione è sempre la stessa. Nel momento in cui si va verso la istituzionalizzazione di un rapporto di coppia, anche in assenza di vincoli giuridici, si seguono logiche che non contemplano la considerazione dell'amore, in primo luogo quelle che

esaltano un bisogno di identificazione.

Infinite sono le fonti alle quali attingere, quelle letterarie più che quelle giuridiche o sociologiche, per descrivere senso e portata di questi fenomeni. La sintesi più efficace può forse essere trovata nel titolo di un film italiano del 1971 – *Bello, onesto, emigrato Australia sposerebbe compaesana illibata*[16] – che conferma come la scelta abbia una intestazione del tutto maschile. Oggi stiamo assistendo a significativi capovolgimenti. Si abbandonano i criteri dinastici, con matrimoni tra persone di famiglia regale e borghesi. O con il rifiuto da parte di ragazze musulmane del marito scelto dal padre, vicende che talvolta hanno avuto esiti drammatici, con l'uccisione della ragazza. Ma sono le trasformazioni culturali, più di quelle legislative, all'origine di questi benefici cambiamenti. Anche dal punto di vista sociale e istituzionale «prima o poi l'amore arriva»? O, sopraffatto e proscritto, chiuso in una lunga parentesi di costumi e morali costrittive, ricompare il consiglio medievale che invitava a «cercare amore lì dove spinge amore, e si deve scegliere l'amore che nasce esclusivamente dal piacere e dal diletto della bellezza della persona indipendentemente dalla sua condizione sociale, e non l'amore che si cerca per i privilegi del rango»?[17] L'amore per essere *vero* non dovrebbe mai essere disgiunto dal disinteresse, sì che il diritto d'amore deve essere costruito in primo luogo allontanandolo da qualsiasi «inquinamento» economicistico.

Queste vicende e le relative dinamiche matrimoniali, in tempi a noi più vicini, sono state accompagnate da figure professionali specializzate, come i sensali di matrimoni, che tuttavia non hanno sempre operato a senso unico, come tramite di desideri maschili o di sole convenienze economiche. Nell'Italia del cosiddetto «boom» si manifestò un fenomeno opposto, caratterizzato dal rifiuto delle ragazze di campagna di sposare i contadini, che continuavano a simboleggiare una vita dalla quale volevano fuggire, correndo in città, inurbandosi, sposando gli operai. Per colmare questo vuoto, intervennero appunto i professionisti, che portavano dal Sud al Nord dell'Italia ragazze che avrebbero sposato i contadini (storia che si ritrova in altri paesi, come l'Australia). A queste vicende fu dedicato da Enza Sampò un programma televisivo, che venne seguito nel 1967 da un film girato nel Cuneese, in Alta Langa, il cui titolo, all'origine proprio *I sensali di matrimoni*, venne significativamente sostituito con *Mercanti di vergini*[18]. Il titolo è truculento, ma il fatto che al tema venissero dedicati film dimostra l'esistenza di una diffusa e reale attenzione popolare. Nell'ultimo caso, l'aspetto mercantile continuava a prevalere su tutti gli altri, escludendo ogni possibile riferimento all'amore.

Nella fuga dalle campagne verso la città, invece, non vi sono automatismi mercantili, compaiono il bisogno di dignità e una affermazione di autonomia che ben possono costituire un terreno di coltura per la nascita dell'amore.

In una lettera alla rubrica *Specchio dei tempi* della «Stampa», così scriveva «una ex donna di campagna» del Monferrato il 21 aprile 1968: «Non so se pubblicherai la mia. Comunque ti spiego uno dei motivi perché le ragazze abbandonano la campagna e rifiutano i probabili mariti contadini, non solo per la casa scomoda e il lavoro duro: queste cose le donne le sanno sopportare. Ma perché ancora oggigiorno il signor contadino tratta le donne come degli esseri inferiori che devono sempre lavorare ed essere sottomesse in tutto (...) Io personalmente, che vengo da una famiglia contadina di vecchio stampo, per non sopportare più queste ingiustizie mi sono sposata con un uomo di città che pur essendo istruito mi tratta da sua pari con tutto il riguardo e il rispetto che si deve ad una donna che si sposa»[19].

Ma nei tempi della grande migrazione, che portò milioni di persone dal Sud al Nord d'Italia a partire dagli ultimi anni Quaranta, la stigmatizzazione continuava a seguire le donne. Se si leggono le «schede» raccolte dalla Fiat a partire dal 1949 sugli aspiranti al lavoro e sui dipendenti, quasi sempre provenienti da regioni meridionali, colpisce subito, senza sorprendere, che l'affidabilità è valutata, per gli uomini, considerando le scelte politiche e sindacali e, per le donne, i comportamenti privati. Gli autori delle schede erano poliziotti, carabinieri, dipendenti dei servizi segreti, tutti retribuiti dalla Fiat, e parroci. Ecco qualche esempio[20]: «È di buona condotta morale e penale ed è incensurato nonostante che figuri (...) iscritto al partito comunista» (1954); «prende parte a tutte le manifestazioni del Pci, portando il fazzoletto rosso. La madre professa le stesse idee politiche. Non frequentano la chiesa. Reputazione mediocre» (1951); «dedito al lavoro e alla famiglia è (...) scaltro e infido. Si è dimostrato di sentimenti comunisti. Legge 'l'Unità' e frequenta il circolo del Pci (...) anche la moglie viene notata frequentare il circolo» (1955); «operaio specializzato Fiat Mirafiori (...) Il figlio serve la Santa Messa nella chiesa locale. Politicamente, subito dopo la guerra, simpatizzò per il Socialismo nenniano (...) In questi ultimi tempi, però, essendo in lui prevalso il buon senso, si è molto ricreduto e attualmente simpatizza per il Socialismo democratico (saragattiano)» (1956); «già moderatamente social comunista negli ultimi anni si è venuto orientando verso il Psdi (...) I figli frequentano l'oratorio parrocchiale» (1959); «è abbonato da diversi anni al quotidiano 'l'Unità' che legge appassionatamente unitamente ai famigliari» (1957); «è un

giovane esuberante, forse un po' impulsivo (come del resto gran parte dei siciliani) ma amante del lavoro e soprattutto della famiglia» (1949); «di tendenza democristiana (...) odia i partiti di sinistra» (1961). Il tono di queste schede, che in totale erano 354.077, è chiaro. Il confine è segnato verso il Pci e il Psi, il ravvedimento porta al Psdi, l'affidabilità è democristiana, l'attività sindacale può portare al licenziamento. Opinioni politiche, sindacali e religiose determinavano la mancata assunzione o il licenziamento, con evidenti effetti anche sulla possibilità di mantenere o costruire rapporti amorosi. E compare in molte schede una valutazione singolare – «incensurato tanto penalmente che politicamente» – con l'estensione inquietante di una nozione che dovrebbe essere tecnicamente precisa, rinviando ad accertate violazioni delle norme penali.

Se per gli uomini ad essere indagata è la sfera pubblica, il tono cambia quando si leggono le schede sulle donne: «Impiegata Fiat Mirafiori (...) Simpatizza per il Pci (...) Risulta che all'atto del matrimonio era in stato di avanzata gravidanza» (1952); «è nubile e madre di una bambina di quattro anni. Simpatizza per i partiti di sinistra (...) Conduce vita piuttosto libera» (1949); «sua sorella ha basso livello morale e facili costumi» (1959); «alquanto civetta e frivola; la condotta morale lascia molto a desiderare» (1959); «la suocera è donna di pessima moralità, vive saltuariamente presso la figlia o presso un amante» (1955); «vive sola (...) di reputazione mediocre. È notoria una sua relazione con un uomo sposato» (1958); «è donna di cattiva moralità ed in passato ha avuto rapporti intimi con il custode dello stabile» (1960); «non s'interessa di politica ed è orientata, come i genitori, verso i partiti di centro. Reputazione buona. Di ottima moralità, seria e riflessiva, amante della casa e della famiglia» (1955); «giovane seria, riservata, volenterosa, di facile comando e amante dell'ordine» (1970); «donna seria e dedita al lavoro, di facile comando» (1970).

Andare in città e trovarvi un lavoro non liberano le donne: «A differenza degli uomini, quasi nessuna sfugge al giudizio sul comportamento morale-sessuale»[21]. Alle donne l'amore è precluso fuori del sacro recinto del matrimonio. Devono essere di «facile comando», sottomesse al capo dell'azienda come al capo della famiglia. Anche quando, nel 1970, l'articolo 8 dello Statuto dei lavoratori vieterà al datore di lavoro di raccogliere informazioni sulle opinioni politiche, sindacali e religiose dei dipendenti, cogliamo una singolare, e rivelatrice, dimenticanza, che riguarda proprio i comportamenti personali, la vita sessuale. Gli uomini erano già protetti dal

loro sesso. Per le donne si dovrà attendere la legge sulla privacy del 1997, e non sempre la protezione si rivelerà adeguata.

[1] A. Cappellano, *De Amore*, la cui datazione è compresa tra il 1174 e il 1238. Cito dall'edizione curata da J. Insana, SE, Milano 2002, p. 157.

[2] Su questo punto si è svolta una lunga discussione, in particolare intorno al libro di A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma 1914, la cui posizione è ben analizzata da M. Sesta, *Lettura*, nella ristampa anastatica del volume, Forni, Bologna 1979.

[3] G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 358.

[4] Sacra Romana Rota, *coram* De Jorio, 6 febbraio 1974. Sul punto F. Gazzoni, *Amore e diritto ovverosia i diritti dell'amore*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1994, in particolare p. 132.

[5] Sul punto M. Virgilio, *Diritto, amore e conflitti*, in AA.VV., *Droit et amour en Europe*, cit., p. 89.

[6] Articolo 143. *Diritti e doveri reciproci dei coniugi*. 1. Con il matrimonio il marito a la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. 2. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. 3. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

[7] F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in Id., *Studi giuridici*, III, 2, Giuffrè, Milano 1960, p. 615 nota.

[8] D. de Rougemont, *L'Amour et l'Occident*, Plon, Paris 1939.

[9] Lo sottolinea bene A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it, p. 10: alla Corte costituzionale era stata richiesta «non la creazione di un nuovo diritto fondamentale, bensì la rimozione di una discriminazione contraria alla Costituzione e la sottoposizione di tutte le coppie (omosessuali e non) al medesimo regime di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività di diritti e doveri nascenti solo dal matrimonio, salvaguardando così un diritto già esistente ed includendovi chi illegittimamente ne è escluso».

[10] È tornato su questo punto P.G. Monateri, *Ripensare il contratto. Verso una visione antagonista del contratto*, in «Rivista di diritto civile», 2003, I, pp. 409 ss.

[11] Nella sentenza del 12 luglio 1929 – giustamente giudicata «enfatica» da F. Gazzoni, *Amore e diritto*, cit., p. 187 – la Corte di Cassazione parla di «profonda antinomia psicologica tra l'amore, che è altruistica dedizione di sé all'amato, e lo scopo egoistico che è insito nella preveggente documentazione di dare e di avere».

[12] R. Barthes, *Frammenti di un discorso amoroso*, tr. it. di R. Guidieri, Einaudi, Torino 1979, p. 100.

[13] Indicazioni in D. Vincenzi Amato, *La famiglia e il diritto*, in P. Melograni (a cura di), *La famiglia italiana dall'Ottocento a oggi*, Laterza, Roma-Bari 1988, p. 642. Un quadro d'insieme è in J.H. Halperin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, Paris 2004, pp. 161-164.

[14] Sulla codificazione austriaca e i suoi caratteri G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, pp. 248-257, 506-536.

[15] Si veda l'Appendice C di P. Ungari, *Il diritto di famiglia in Italia. Dalle costituzioni «giacobine» al Codice civile del 1942*, il Mulino, Bologna 1970, pp. 277-281, che non compare in una successiva edizione (*Storia del diritto di famiglia in Italia. 1796-1975*, il Mulino, Bologna 2002). Un patto è messo in versi da V. Alfieri, *Il divorzio* (1800), atto V, sc. IV, dove compaiono le parole citate prima nel testo.

[16] Regia di Luigi Zampa, soggetto e sceneggiatura di Rodolfo Sonego.

[17] A. Cappellano, *De Amore*, cit., p. 64.

[18] Regia di Renato Dall'Ara. Per una ricostruzione delle vicende cinematografiche, T. Sanguineti, *Il cervello di Alberto Sordi. Rodolfo Sonego e il suo cinema*, Adelphi, Milano 2015, pp. 407-409.

[19] Paolo Ungari ha scelto di concludere con la citazione di questa lettera il suo libro su *Il diritto di famiglia in Italia*, cit., pp. 195-196 (nella *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., la citazione è a p. 234). È bene comunque ricordare che nella famiglia mezzadrile classica «a livello di coppia la norma è che nel matrimonio quel che conta 'non è l'amore ma il rispetto'»: così P. Guidicini, *Nuovo manuale per la ricerca sul territorio*, Franco Angeli, Milano 1998, p. 134. Bisogna tuttavia tener presente che la stessa nozione di «rispetto» ben poteva essere asimmetrica, poiché l'insieme di diritti e doveri, in cui si concretava, penalizzava spesso le donne e dava piuttosto rilievo alla tutela della dignità del gruppo.

[20] Le schede citate, e molte altre, sono pubblicate da B. Guidetti Serra, *Le schedature Fiat. Cronaca di un processo e altre cronache*, Rosenberg & Sellier, Torino 1984, pp. 39-72. L'autrice è stata avvocata nei processi seguiti alla scoperta delle schedature.

[21] Ivi, p. 60.

4.
Liberare l'amore

Difficili, lunghe e tortuose sono dunque le strade che permettono di restituire all'amore le sue opportunità. Il diritto via via si scioglie in parole che abbandonano l'aggressività e denotano il rispetto, il primato della persona sulle imposizioni. Le parole storiche libertà e eguaglianza, accompagnate dal nuovo e forte riferimento alla dignità, invadono finalmente un'area che era stata loro preclusa. Compare il corpo, con la sua inviolabilità, segno forte di una condizione umana che non può essere mortificata.

Ma è storia lunga, segnata dal riferimento a Paolo e alla sua *Prima lettera ai Corinzi*. Qui sono nette le parole dedicate all'amore. E sono intensissime quelle riguardanti i coniugi, tutte ispirate ad una reciprocità che, proprio in relazione al corpo, trova il suo fondamento nell'eguaglianza. «La moglie non esercita autorità sul proprio corpo, ma il marito; e similmente nemmeno il marito esercita autorità sul proprio corpo, ma la moglie». Paolo affermava questo possesso reciproco, paritario, in un ambiente segnato dall'opposta logica della diseguaglianza, dalla subordinazione della moglie, dalla considerazione del suo corpo come proprietà del marito.

Come questa logica sia tenacemente sopravvissuta in Italia, lo dimostra meglio di ogni altro esempio il modo in cui la Corte costituzionale ha affrontato la questione dell'adulterio della moglie. In una prima sentenza del 1961[1], infatti, la Corte giudicò perfettamente compatibile con l'articolo 29 della Costituzione, dove si afferma che «il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», l'articolo 559 del Codice penale che puniva in ogni caso con la reclusione la moglie adultera e il suo partner, mentre il marito era punito solo nel caso in cui l'adulterio diveniva «concubinato stabile e notorio».

Le motivazioni di quella decisione meritano di essere ricordate. Per giustificare la disparità di trattamento tra moglie e marito, i giudici costituzionali muovevano dalla premessa che essa era giustificata dalla

«maggiore gravità dell'offesa, che il legislatore, in conformità della pubblica opinione, riscontra nella infedeltà della moglie». E mettevano in evidenza «la più grave influenza» che l'infedeltà della moglie «può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia: in primo luogo l'azione disgregatrice che sull'intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita considerazione nell'ambito sociale; indi, il turbamento psichico, con tutte le sue conseguenze sull'educazione e sulla disciplina morale, che, in specie nelle famiglie (e sono la maggior parte) tuttora governate da sani principi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli, particolarmente nell'età in cui si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale; non ultimo il pericolo dell'introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito (...) Tutti questi coefficienti hanno influito sulle direttive del legislatore; e ciò senza punto far calcolo, in quanto fatti anormali e che si auspicano destinati a scomparire, delle reazioni violente e delittuose cui, in specie in certi ambienti, può in particolare dare luogo l'infedeltà della moglie». L'ombra del delitto d'onore plana sul ragionamento giuridico, e si deve registrare la singolare coincidenza temporale tra la sentenza della Corte e il film *Divorzio all'italiana* di Pietro Germi, entrambi del 1961; con la differenza che Germi aveva colto meglio dei giudici la realtà sociale con la quale si dovevano fare i conti.

Il singolare compendio offerto dalla sentenza illustra in maniera eloquente una versione misera e utilitaristica dell'amore coniugale, irrecuperabile alla dinamica degli affetti, presidiato da una insensata sanzione a senso unico. La logica del legislatore penale del 1930 viene arbitrariamente contrapposta a quella della Costituzione che, con la sua affermazione della piena eguaglianza tra i coniugi, aveva evidentemente voluto travolgere in un colpo solo proprio quel modo d'intendere la relazione coniugale, liberandola dai cascami proprietari e gerarchici, giustificati con una superiore esigenza di moralità e in realtà affidati al predominio maschile. Ritenere che si fosse di fronte a situazioni diverse, come fa la sentenza per giustificare il diverso trattamento riservato alla moglie rispetto al marito, era nient'altro che la rinnovata trasposizione nell'ordine giuridico di una convenzione sociale divenuta ormai pregiudizio, come dimostrano le molte reazioni sdegnate a quella sentenza.

Mai pronunciata nella decisione, così come nella legislazione, la parola amore non trova neppure uno spiraglio per la moglie, mentre viene individuata, per default diremmo oggi, nel pieno riconoscimento della libertà sessuale del marito con l'unico limite che non si trasformi in concubinato stabile e

notorio. Basta esercitarla con la dovuta discrezione. Cade così ogni residua possibilità di giustificare la chiusura matrimoniale come presidio dell'amore coniugale, visto che il marito può liberamente sottrarsi ad esso. Una constatazione, questa, che può essere, se mai, utilizzata per registrare una asimmetria giuridica, con una sorta di allocazione del diritto d'amore solo a vantaggio del marito.

La vera sostanza di quella decisione è nell'aver voluto ribadire che il corpo della moglie è sottratto a quel reciproco possesso, di cui aveva parlato Paolo, e rimane proprietà del marito, e del diritto. Forse quella decisione sarebbe piaciuta a Stendhal che, parlando proprio dell'adulterio della moglie, scriveva che «la moglie riconosciuta colpevole potrebbe essere condannata alla prigione a vita», se da ragazza aveva avuto la possibilità di scegliere il marito[2], imponendo così un ben alto prezzo al raggiungimento di una libertà che, ai suoi giorni, appariva persino a lui una costosa conquista.

Il ravvedimento della Corte costituzionale arrivò sette anni dopo, nel 1968[3], quando si registrò il profondo mutamento del costume in relazione al ruolo della donna e ai suoi diritti. Capovolgendo la logica della decisione del 1961, nella nuova sentenza si scrive che «la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocumento alla concordia e all'unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della donna, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria». Vengono quindi cancellati i due commi dell'articolo 559 del Codice penale che formalizzavano la discriminazione. E un anno dopo cadrà anche il terzo comma di quell'articolo[4], sì che l'adulterio scompariva come reato.

L'infedeltà coniugale continua ad essere presa in considerazione, ma solo per determinare taluni effetti della fine del rapporto coniugale (assegnazione dei figli, conseguenze patrimoniali). E così l'adulterio, parola ormai inadeguata e per certi versi addirittura impronunciabile, torna ad una sua origine lontana, potrebbe addirittura essere riscoperto «come unica forma di manifestazione del vero amore»[5]. L'«amour-passion»[6] afferma i suoi diritti e travolge gli schemi giuridici, mostrandone la fragilità di fronte alla profondità dei sentimenti. Ma si possono identificare le ragioni dell'amore soltanto con la trasgressione, con l'assenza di qualsiasi vincolo, sia pure informale?

Se cerchiamo le risposte nella realtà, per cangiante che essa sia in specie in questa dimensione tutta personale, ci imbattiamo in quello che è apparso un paradosso dell'epoca in cui viviamo – la vera e propria battaglia per

l'equiparazione allo storico matrimonio eterosessuale di quello tra persone dello stesso sesso. In tempi di crisi dell'istituto matrimoniale, testimoniata dalla diminuzione dei matrimoni e dal moltiplicarsi delle forme familiari[7], la riscoperta del matrimonio in nome dell'eguaglianza e della pari dignità sociale gli conferisce una nuova e diversa legittimazione.

Un capovolgimento? Un integrale mutamento dello stato matrimoniale, da «tomba» ad «approdo» dell'amore? Diffidiamo delle semplificazioni, delle descrizioni ad effetto di realtà complesse. Dobbiamo piuttosto guardare anche a questa vicenda con consapevolezza storica, che ci aiuta a comprendere, e dunque a spogliare d'ogni aspetto paradossale, dinamiche che nascono dalla complessa relazione tra la violenta discriminazione delle persone omosessuali e l'istituto giuridico al quale era stata affidata l'unica ammissibile legittimazione del rapporto di vita tra le persone.

Di fronte al costume sociale si può proclamare orgogliosamente «ci siamo sposati», anche quando un matrimonio non vi sia stato[8], perché ancora non ammesso dalla legge. L'atto d'amore consente così di impadronirsi di un istituto giuridico, in questo modo destituito di forza normativa e assunto nella sua permanente forza simbolica, e dunque restituito alla società dopo una vera e propria metamorfosi, dopo una messa in scacco della contrapposizione tra «secondo natura» e «contro natura», alla quale si vuole che corrispondano la coppia eterosessuale e quella omosessuale.

Ma questa mossa non è sufficiente, perché la mancata formalizzazione fa sì che «la coppia omosessuale continua ad avere uno statuto sociale e culturale incerto»[9]. L'intervento del diritto allora, anche se non risolve tutti i problemi, può determinare proprio l'eliminazione di quella situazione di incertezza che è parsa inammissibile alla Corte europea dei diritti dell'uomo[10]. In che forma, però? Con un riconoscimento legislativo che, al posto del matrimonio, ammetta solo forme di unioni civili? Ma la scelta di questa soluzione giuridica esclude l'effettiva legittimazione sociale, anzi l'effettivo rispetto della dignità sociale di cui parla l'articolo 3 della Costituzione, che può derivare soltanto dalla piena parificazione tra coppie eterosessuali e omosessuali attraverso il comune accesso al matrimonio. Qui ha origine la giusta insistenza perché il legislatore assuma la responsabilità sua propria. Regimi separati di riconoscimento continuerebbero nella sostanza a mantenere una discriminazione che, dopo un intervento legislativo differenziato, verrebbe ribadita in una forma che si presenterebbe come definitiva.

Una questione di dignità ed eguaglianza, dunque, che ci obbliga a

interrogarci sul senso profondo della richiesta di matrimonio egualitario sulla quale insistono le persone omosessuali. Proprio l'accesso alla libertà, più che quello ad un semplice istituto giuridico, spiega ciò che ad alcuni continua ad apparire inspiegabile – la *pretesa* delle coppie omosessuali di potersi sposare.

E allora conviene tornare alle parole eloquenti di Piergiorgio Paterlini. «Io sono contrario al matrimonio. Omosessuale o eterosessuale. Civile o religioso. Ma proprio per questo non vedo l'ora che gli omosessuali possano sposarsi. Perché solo allora sarò libero di condurre la mia battaglia culturale e ideale. Oggi il loro non-diritto mi toglie il diritto di parola. Non posso combattere, nemmeno sul piano delle idee, una cosa che a qualcuno è ingiustamente negata. Fino a che le cose rimarranno così, sarò costretto, mio malgrado, contro le mie convinzioni, a combattere *per* non *contro* il matrimonio. Compreso quello cattolico»[11].

Più avanti si analizzeranno nel dettaglio gli aspetti giuridici e politici di questa prospettiva. Ma rimane qui aperto un interrogativo, che riguarda il modo in cui il diritto d'amore viene configurato una volta riconosciuto il pari accesso al matrimonio per tutte le coppie, eterosessuali o omosessuali che siano. Qui, in sostanza, la norma giuridica non ha il fine, esplicito o non dichiarato, di impadronirsi dell'amore, ma lo specifico, e limitato, ruolo di apprestare le strutture necessarie per l'autodeterminazione, grazie alle quali le persone possano effettuare liberamente le proprie scelte e costruire liberamente la loro personalità. Se una coppia di persone dello stesso sesso deciderà di non avvalersi di questa facoltà finalmente riconosciuta, lo farà libera da ogni costrizione. Non avrà più bisogno di sfidare orgogliosamente costume e diritto proclamando «ci siamo sposati».

Siamo di fronte ad un amore «liberato» da un vincolo irragionevole, sì che parlare di amore «libero» non è più l'invocazione (o la condanna) di una trasgressione. Liberato, e quindi riconsegnato alla vita con la sua variabilità e pure la sua volubilità, che sono massime nelle relazioni d'amore, e devono poter restare tali.

Ci soccorre ancora Andrea Cappellano con la sua XXVI regola: «L'amore nulla può negare all'amore».

[1] Corte costituzionale, 28 novembre 1961, n. 64.

[2] Stendhal, *L'amore* (1822), tr. it. di M. Bontempelli, Mondadori, Milano 1990, p. 206.

[3] Corte costituzionale, 19 dicembre 1968, n. 126.

[4] Corte costituzionale, 3 dicembre 1969, n. 147.

[5] F. Gazzoni, *Amore e diritto*, cit., p. 42.

[6] Proprio da qui prende le mosse Stendhal, *L'amore*, cit., pp. 21-22, indicando «quattro diversi amori»: l'amore-passione, l'amore-capriccio, l'amore fisico e l'amore di vanità. Da ultimo la classificazione proposta da V. Mancuso, *Io amo. Piccola filosofia dell'amore*, Garzanti, Milano 2014, pp. 60-70.

[7] C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano 2012.

[8] P. Paterlini, *Matrimoni gay. Dieci storie di famiglie omosessuali*, Einaudi, Torino 2004, p. 104.

[9] C. Saraceno, *Coppie e famiglie*, cit., p. 102. In generale M. Barbagli-A. Colombo, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, il Mulino, Bologna 2007.

[10] Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 sezione, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, par. 174.

[11] P. Paterlini, *Matrimoni gay*, cit., pp. 179-180.

5.
Soffrire e amare

Per poter neutralizzare l'amore, il diritto deve impadronirsi del corpo[1]. E lo fa con l'abituale sua prepotenza quando il corpo è, nella quasi totalità dei casi, quello della donna. «Il diritto parla di un corpo solo, quello femminile. Il corpo maschile appare soltanto quando debole, malato, minacciato. Il corpo maschile adulto e sano non è normato, perché esso è la norma, lo standard di riferimento»[2]. Di nuovo la vicenda italiana ci conduce quasi per mano, con una minuziosa e invasiva disciplina, qualificando come reati l'interruzione della gravidanza e la propaganda anticoncezionale, collocati tra «i delitti contro la integrità e la sanità della stirpe»[3] dal nuovo Codice penale del 1930, con un netto peggioramento rispetto al codice del liberale Giuseppe Zanardelli, entrato in vigore nel 1890, che almeno aveva mantenuto l'aborto tra i delitti contro la persona. E la ragione di questa scelta è indicata nel fatto che il bene protetto è ormai l'«interesse demografico dello Stato». La donna non ha voce perché non le viene riconosciuta piena soggettività. Eccola ricacciata con la violenza del diritto penale nella funzione riproduttiva, con una rinnovata alleanza tra diritto e politica che si trascinerà negli anni, ben oltre i tempi fisiologici di un Codice penale che ha rappresentato uno dei risultati massimi della sapienza giuridica autoritaria (il codice di Alfredo Rocco, pur ampiamente riformato, non è stato ancora sostituito da un codice repubblicano). Questa funzione sociale impedisce di riconoscere l'autonomia, e l'esistenza stessa, del suo diritto d'amore.

Spetterà una volta ancora alla Corte costituzionale di misurare la distanza tra quelle norme e i principi costituzionali, ben prima del tardivo risveglio del legislatore. Verranno così significativi riconoscimenti dei diritti della donna, fortemente sottolineati dalla pionieristica sentenza del 1975[4], che anticipa di tre anni la legge sull'aborto. Scrivono i giudici che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora

diventare». La posizione della Corte troverà successivi aggiustamenti per quanto riguarda il bilanciamento dei diritti della madre e dell'embrione, ma il passo compiuto non era più reversibile su un punto essenziale. Il diritto è costretto a riconoscere che la donna non può essere più prigioniera del ruolo obbligato della riproduzione. Non vi è più un destino al quale è impossibile sottrarsi, e compare, sia pure con temperamenti, l'autodeterminazione. Il corpo della donna non è più oggetto del potere pubblico, si apre un cammino di liberazione da vincoli.

Questo cammino era già cominciato nel 1965, quando la Corte aveva affrontato la questione della legittimità costituzionale dell'articolo 533 del Codice penale, che puniva «l'incitamento a pratiche contro la procreazione», sempre nell'ottica della tutela dell'integrità della stirpe. Dopo quella prima sentenza, che salvava ancora l'articolo del Codice, nel 1971 ne veniva dichiarata l'incostituzionalità perché violava il diritto alla libera manifestazione del pensiero riconosciuto dall'articolo 21 della Costituzione[5]. La sentenza assume un particolare significato perché interviene in un tempo in cui le tecniche di contraccezione hanno conosciuto una vera e propria rivoluzione con la commercializzazione della pillola anticoncezionale, cominciata negli Stati Uniti nel 1960. Nel silenzio complice della politica, nella sua perversa alleanza con la regola giuridica, erano stati i giudici a creare le condizioni necessarie per un uso liberatorio del diritto che metteva le donne in condizione di cogliere le opportunità offerte dalla scienza. Non è certo un caso che l'associazione tra pillola, libertà di propaganda contraccettiva – meglio, di educazione alla contraccezione – e riconoscimento dell'interruzione della gravidanza sia stata descritta come un lungo processo di liberazione, con l'assunzione di una effettiva sovranità, anche biologica, sull'uso del proprio corpo, con evidenti effetti per il pensare e il praticare l'amore.

Non più spossessato, sottomesso alla ragion pubblica e alla convenienza privata, quel corpo diviene il luogo della rottura, con l'affermazione orgogliosa, mille volte ripetuta e variamente interpretata, «il corpo è mio e me lo gestisco io». Quello femminile, è ovvio, con una rivendicazione che tuttavia non porta necessariamente a fondare questa nuova situazione, sempre più giuridicamente rilevante, nel solo amore. Ciò che si afferma è l'appartenenza di un potere – quello di governare liberamente il proprio corpo. Si conferma così che stiamo parlando di sovranità, che si distende su tutto l'arco dell'esistenza, dalla decisione sul se, come, quando e quanto procreare all'organizzazione dei rapporti personali, all'accettazione o al rifiuto di cure, al

morire con dignità. Sempre del corpo stiamo parlando, ma ormai del corpo d'ogni persona.

Un esito, questo, che non sarebbe stato possibile, o almeno avrebbe richiesto ben altra fatica e avrebbe assunto ben altro significato, senza la discontinuità radicale imposta dal pensiero delle donne, che non può essere misurata soltanto con riferimento alla acquisita titolarità di diritti prima negati, ma incarna una ridefinizione del rapporto tra i generi, in primo luogo grazie all'impossessarsi di un potere prima negato. Si crea così un ambiente nel quale l'amore può trovare legittimamente le sue diverse declinazioni. Senza il rovesciamento femminista sarebbe stata assai più difficile l'intera discussione che ha portato verso la considerazione di lesbiche e gay, di transessuali e transgender, dov'è primario appunto il ruolo del corpo e, attraverso questo, può essere pronunciata la parola amore.

L'idea stessa di discriminazione viene riformulata. Il linguaggio tradizionale di costituzioni e dichiarazioni dei diritti si fermava alla ricognizione del sesso in senso biologico, con difficoltà interpretative e applicative crescenti di fronte ad un diverso modo d'intendere la stessa corporeità e connetterla con la psiche. Una risposta è venuta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea grazie al modo in cui è stato affrontato il tema della discriminazione. Il suo articolo 21, infatti, contiene un elenco dei casi in cui la discriminazione è vietata, che si apre con l'abituale riferimento al sesso, ma si chiude con l'innovativa rilevanza attribuita all'«orientamento sessuale».

Passo dopo passo si prende atto delle situazioni nelle quali la negazione della libertà, il disprezzo per l'eguaglianza, l'irrilevanza della dignità portano al male di vivere, trasformano l'esistenza in un prolungato soffrire che può avere il suo fondamento proprio nella negazione del diritto d'amore.

Come ogni altro sentimento, e forse più di ogni altro, l'amore può divenire fonte di sofferenza. Ma è assai diversa la sofferenza amorosa, frutto della soggettività del sofferente, da una sofferenza imposta e gestita da un potere esterno, che può graduarne l'intensità e, soprattutto, la durata. Ce lo ricorda Oscar Wilde con le parole iniziali del *De Profundis*: «Suffering is one very long moment».

Ho percepito da vicino quella sofferenza. Nel 1980 Luigi Petroselli, il miglior sindaco che Roma abbia avuto dagli anni del dopoguerra, mi chiamò e mi propose di organizzare un convegno sui diritti degli omosessuali (non si usava ancora la parola gay). Gli risposi che era una bellissima idea, ma che il suo partito, il Pci, sarebbe stato contrario. Replicò: «Vediamo». Mi telefonò

qualche giorno dopo: «Avevi ragione, sono contrari. Ma noi lo facciamo lo stesso». La mattina del convegno arrivai piuttosto presto, la sala della Protomoteca era ancora chiusa e diverse persone erano già lì, in attesa, sedute sulla lunga scalinata a fianco del palazzo del Campidoglio. Cominciai a salire, parlando con qualcuno. Altri mi guardavano, in silenzio, e piangevano. Non l'ho dimenticato.

Si può soffrire, è nella nostra natura, ma a nessuno può essere imposta la sofferenza. In queste materie la regola giuridica ha scelto una sorta di beata inconsapevolezza, accompagnando un costume dove veniva elaborata la regola sociale del «soffrire in silenzio», che incombeva (incombe ancora?) sulle mogli maltrattate, tradite. Se nel caso del divieto di propaganda anticoncezionale il fine era quello di confinare la donna nella funzione riproduttiva, il silenzio sofferente ha come obiettivo la salvaguardia dell'unità della famiglia. All'interno di spazi di vita rigorosamente perimetrati vengono recluse le silenziose «eroine», alle quali vengono negate identità e amore. La storia di questi anni può essere racchiusa non tanto nell'offerta della possibilità di uscire da questi spazi, ma nella loro radicale negazione e cancellazione.

[1] Sul rapporto diritto/corpo in generale P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007.

[2] T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, il Saggiatore, Milano 1998, p. 11.

[3] Codice penale 1930, articoli 545-555.

[4] Corte costituzionale, 18 febbraio 1975, n. 27.

[5] Corte costituzionale, 16 marzo 1971, n. 49.

6.
Corti d'amore

Più si procede nell'indagare gli infiniti modi adoperati dal diritto per incatenare l'amore, e le azioni che vogliono liberarlo, più ci si avvede che ci troviamo nel cuore di una storia lunga e complessa, nella quale la riconquista dell'amore è inscindibile dal riconoscimento di soggettività in cui si manifestano con forza il genere e gli orientamenti sessuali. Per buona sorte, questa partita, essenziale per l'umanità stessa delle persone, non è stata abbandonata nelle mani del diritto, anzi per comprenderla bisognerebbe immergersi completamente nel modo in cui il riferimento all'amore è stato nei tempi declinato dalla letteratura e dalle arti, dalla riflessione filosofica, dall'analisi psicologica e via seguitando nell'attraversare i più diversi campi del sapere[1]. Qui si può soltanto dare atto di questa consapevolezza culturale e cercar di cogliere le connessioni necessarie per comprendere meglio a che cosa ci si riferisce continuando ad usare l'espressione «diritto d'amore», che rinvia evidentemente a un qualche contesto istituzionale. Non è una storia lineare, in essa è possibile rintracciare fratture, contraddizioni, e pesanti continuità.

Chi è competente per giudicare dei fatti d'amore? In quali luoghi e in che modo? Per discorrere di queste domande, soccorre una volta di più il *De Amore* di Andrea Cappellano, soprattutto nella parte dedicata alle «diverse sentenze d'amore»[2], pronunciate da corti dette appunto «d'amore». Espressione che ci dice come pure l'amore debba avere i suoi giudici, che non possono sempre essere quelli che sovrintendono ad altri momenti della vita.

Questo trattato, riscoperto da Stendhal e da lui pubblicato in appendice al suo *De l'amour*[3], ebbe grandissima influenza nel Medioevo, divenendo anche punto di riferimento della poesia, e tornò a destare attenzione nel XIX secolo. «I poeti siciliani e toscani (...) guardano al *De Amore* come a una *summa* sapienziale che coniuga l'autorità delle *Scritture* con la tradizione letteraria latina e cristiana, araba e cortese, mentre nell'Ottocento l'interesse è essenzialmente storico e filologico»[4]. In un momento di rimeditazione dei

rapporti tra diritto e amore, l'attenzione per quel trattato si appunta sulla testimonianza di pratiche specifiche per il giudizio amoroso e per le regole secondo le quali il giudizio veniva pronunciato. Insediate in Francia – tra Provenza e Aquitania –, le corti d'amore erano costituite nella grandissima maggioranza da «grandi dame», regine o gentildonne, alle quali si accompagnava la presenza ridotta di trovatori e cavalieri. È interessante notare che, al di là della loro composizione formale, le decisioni di queste corti potevano essere precedute da una larga consultazione. In una di queste sentenze, pronunciata da Maria di Francia, contessa di Champagne, la più nota tra le presidenti di quelle corti, si dice esplicitamente che, nel corso del giudizio, erano state «convocate sessanta donne»[5]. L'accento sull'esclusività del ruolo femminile non potrebbe essere più netto.

Le corti d'amore ci parlano di un fenomeno che non si consoliderà nel tempo, circoscritto a un periodo che va dall'XI al XIII secolo[6], e tuttavia assai significativo. Le donne si vedevano riconosciuta soggettività attraverso l'attribuzione di un potere che ha come oggetto l'amore, per il quale si prevedeva una giurisdizione specialmente dedicata (anche se si sono avanzati dubbi sulla effettiva corrispondenza alla realtà dei fatti della ricostruzione istituzionale di Cappellano). Le regole da applicare sono sostanzialmente quelle dell'amor cortese, che Cappellano formalizzerà in due gruppi di «comandamenti»[7]. Regole percepite come distinte e lontane dalle leggi, che nelle sentenze delle corti d'amore compaiono solo per casi estremi, dove l'amore è escluso: «siamo tenuti infatti a odiare sempre gli atti incestuosi che *perfino la legge*, si sa, contrasta con pene gravissime»[8]. Per ben valutare questa vicenda, bisogna soprattutto ricordare che lo scopo dell'amore cortese medievale «non era necessariamente quello del matrimonio»[9].

Il secolo è lontano, quella esperienza protomedievale si spegnerà, ma dobbiamo pur ricordare che quello è il tempo che porterà alla Magna Carta, nella quale compare la garanzia del corpo – *habeas corpus*. Il corpo, sempre il corpo, come discrimine, quasi come fonte della regola. «Non metteremo la mano su di te» – promette Giovanni Senza Terra. Non a tutti i cittadini però, ma solo ai contraenti del patto, dunque a nobili, vescovi, abati. Il passo è importante, ma non va subito nella direzione universalistica, così come, per la loro stessa composizione, le corti d'amore non si occupano di qualsiasi questione, ma solo di quelle che appartengono al ceto dal quale vengono estratte le loro componenti, e si teorizzerà che «è la stessa natura che nega ai villani i benefici dell'amore»[10]. Il ceto privilegiato ha pure in esclusiva i

privilegi dell'amore. Di questa necessità di tener conto delle situazioni materiali, del contesto di vita, è bene non perdere memoria, perché la possibilità di esercitare concretamente il diritto all'amore rimane storicamente segnata da discriminazioni legate a quegli «ostacoli di fatto» sottolineati dall'articolo 3 della Costituzione.

La rottura, comunque, è rilevante, ci parla di una possibilità concreta di attribuire all'«intelletto d'amore» delle donne una competenza specifica per risolvere i conflitti che l'amore inevitabilmente fa nascere. E questa competenza viene esercitata molto a ridosso della realtà, di ciò che viene inteso come lo specifico non tanto della condizione femminile, ma dell'essere donna. Nella decisione di un conflitto tra due pretendenti di una stessa donna compare una frase rivelatrice: «bien souvent penser de femme change». «La donna è mobile», si sarebbe detto più tardi. Ma in quell'antica decisione si deve forse ritrovare, più che il riconoscimento di una volubilità ineliminabile, la sottolineatura dell'attitudine delle donne a seguire i fatti nel loro fluire, a non considerare sentimenti e affetti con la fissità d'una astratta coerenza, e di poter così accompagnare il loro mutamento con il mutamento stesso del loro punto di vista.

Il «diritto al cambiamento» come componente essenziale dell'amore? Questo punto di vista, tuttavia, si rovescia nel suo opposto quando la volubilità viene declinata come inaffidabilità, passa dalla sfera privata alla sfera pubblica, alla quale proprio la «debolezza» femminile preclude l'ingresso. Basta richiamare le discussioni che si svolsero nel 1947 all'Assemblea costituente a proposito dell'accesso delle donne alla magistratura, che venne escluso facendo riferimento alla loro inaffidabilità caratteriale, accentuata in alcuni periodi mensili[11]. Ancora il corpo, come fondamento e giustificazione dell'esclusione.

Si comprende, allora, la ragione per la quale le rotture vengono prima o poi ricomposte, le corti d'amore scompaiono, la competenza femminile viene negata. Altre saranno le corti nelle quali si radicherà il potere di decidere, i tribunali ecclesiastici ricondurranno alla matrice religiosa le relazioni tra i coniugi.

È vero che nel Rinascimento compare un'idea soggettiva del legame coniugale. Ma questa viene battuta via via che emerge e si rafforza una ben diversa idea di sovranità. Affermata dallo Stato, la sovranità diviene competenza a regolare tutti quei rapporti tra persone che possono essere ricondotti alla sfera pubblica, e tra questi compare proprio la materia matrimoniale, non a caso e per lungo tempo considerata appartenente non al

diritto privato, ma a quello pubblico. Non v'è dunque una sfera privata da rispettare. Non quando compare la competenza della Chiesa, che amministra un sacramento, e così individua un rapporto con la divinità, sottratto alla volontà delle persone. Tanto meno quando il matrimonio è di competenza esclusiva dello Stato, che trasferisce alla comunità familiare, interna alla comunità statuale, la stessa logica della sovranità. Come lo Stato deve avere un sovrano, così deve averlo la famiglia. Ma non sono due sovranità paritarie, reciprocamente rispettose l'una dell'altra. Quella dello Stato sovrasta e condiziona quella familiare o, per meglio dire, maritale.

È la sovranità compatibile con l'amore? Fino a che punto l'esercizio di un potere sovraordinato, gerarchico, può dargli uno spazio che non sia solo quello concesso dalla benevolenza, dalla generosità, sentimenti sempre revocabili, dunque all'opposto del riconoscimento di un qualsiasi diritto? L'accento posto sui diritti possibili e necessari non ripropone la contraddizione, già ricordata, tra flessibilità dell'amore e rigidità del diritto. Mette piuttosto in evidenza un sedimentarsi profondo quasi di un senso comune, tanto che si può essere sorpresi dal fatto che quell'antico filo tenace avvolga all'Assemblea costituente, come già si è ricordato, anche giuristi di grande e aperta cultura come Piero Calamandrei, Vittorio Emanuele Orlando e Francesco Saverio Nitti. Nelle parole di Calamandrei, che critica il riconoscimento dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, si coglie la preoccupazione che, in questo modo, possano aprirsi le porte all'indissolubilità del matrimonio. Ma l'argomento è forzato, e la sostanza della sua argomentazione è resa esplicita: la «disuguaglianza giuridica dei coniugi nella famiglia è una esigenza di quella unità della famiglia di questa società, che, per poter vivere, ha bisogno di essere rappresentata e diretta da una sola persona». Qui lo spirito rinnovatore si spegne, Calamandrei ricorda che il diritto vigente, il Codice civile ha fatto propria questa impostazione, prevedendo che il marito sia il «capo della famiglia», e aggiunge che questo codice «nessuno, per ora, che io sappia, vuole cambiare». Sfugge così proprio il cambiamento nascente da una nuova Costituzione, che privava il Codice civile del suo essere la «costituzione civile» degli italiani e ne faceva una legge tra le altre, soggetta al principio che esige la conformità delle leggi ordinarie ai principi e alle norme costituzionali. Si esprime una opinione che, nella sostanza, assimila la famiglia a una qualsiasi organizzazione di tipo commerciale, rinunciando a disciplinare la famiglia secondo una diversa logica. Si manifesta, in definitiva, un disagio: «la famiglia democratica non lo convince»[12].

Cogliamo qui un ritardo culturale. Dirà Francesco Saverio Nitti: «Eguaglianza della donna e dell'uomo non so bene cosa significhi». E Vittorio Emanuele Orlando, con l'aria d'impartire una lezione: «ma avete pensato che c'è l'articolo 144 del Codice civile che dice il contrario?»[13]. Ricordare tutto questo aiuta a capire le ragioni della diffusa e lunga resistenza all'attuazione del principio costituzionale di eguaglianza, che arriverà solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975, trascinando nei decenni una situazione di sostanziale discriminazione delle donne[14]. Alla radice di tutto questo non vi è soltanto un problema di cultura civile, ma un vero e proprio errore di grammatica giuridica, che ha fatto delle norme del Codice civile, e non dei principi costituzionali, il riferimento principale, errore che ritroviamo anche in timorose sentenze della Corte costituzionale in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso, di cui si parlerà in seguito. Questo clima di incomprensione era stato spezzato dalle parole già ricordate di Maria Maddalena Rossi, che annunciava lo spirito con il quale le donne avrebbero accompagnato la faticosa azione per vere riforme, e fu proprio questa consapevolezza, con il voto della maggioranza delle donne, che consentì di evitare l'abrogazione con referendum delle leggi sul divorzio e sull'interruzione della gravidanza, quest'ultima giustamente considerata dal punto di vista del legame che veniva stabilito tra eguaglianza e scelte procreative[15].

La logica gerarchica aveva avuto il suo riconoscimento in un testo chiave della modernità giuridica, nel Codice civile francese del 1804, il *Code Napoléon*, che laicizza il matrimonio, ma non si avventura sul terreno dell'eguaglianza. Lì non spira il soffio di Olympe de Gouges – donna battagliera nella difesa dei diritti delle donne, ghigliottinata undici anni prima. Olympe de Gouges aveva scritto parole di grande efficacia: «io parlo in nome del sesso superiore per bellezza e coraggio». La logica gerarchica è ribaltata con parole che mettono in scacco la frigidità del diritto. E chiede che entri nella discussione una Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina, che si apre con le parole: «La donna nasce libera e rimane uguale all'uomo per quanto riguarda i diritti». Non avverrà, perché dopo il 1789 molti rivoluzionari presero pubbliche posizioni a favore dei diritti dei protestanti, degli ebrei, dei neri e anche degli schiavi, ma si opposero alla concessione di diritti alle donne.

Non sarà lo spirito invocato da Olympe a fondamento del *Code civil* francese del 1804, che in questa materia si allontana dai principi dell'89, non contempla l'eguaglianza, ignora la libertà, non dà spazio alla fraternità. Un'altra idea

percorre quella codificazione. Napoleone frequenta molto le aule del Consiglio di Stato quando si discute del *Code*, è molto attivo, interviene, e in questa materia lo fa con grande determinazione. È stato messo in evidenza come la disciplina della famiglia risentisse delle «turcherie» di Napoleone. Perché questa parola? Napoleone, al tempo della campagna d'Egitto, considerava, com'era solito fare, non solo i profili militari, ma il contesto dove si trovava ad operare, ed era stato colpito dal modo in cui il diritto islamico disciplinava i rapporti tra uomo e donna. Sì che la laicizzazione avviene, matrimonio e famiglia sono sottratti alla religione, ma l'attribuzione allo Stato dell'assoluta competenza in materia porta all'articolo 215 del *Code* dove, senza ambiguità e margini interpretativi, si afferma che «il marito ha il dovere di proteggere la moglie, la moglie di obbedire al marito»[16]. Il peso di questa scelta rimase, tanto che nel 1904, quando venne celebrato il centenario del *Code civil*, a Parigi si ebbero violente manifestazioni femministe antinapoleoniche.

Non furono soltanto le armate di Napoleone a portare con sé nelle terre conquistate anche il *Code*, determinandone la diffusione. Quel documento era visto come il segno d'un tempo nuovo, che affascinava ben al di là del mondo chiuso dei giuristi. Hoelderlin interrompe il suo lavoro di poeta per tradurlo. Sappiamo degli entusiasmi per Napoleone di Humboldt, Goethe, Beethoven. Ed era così forte la convinzione d'essere di fronte ad una novità liberatoria che pure la disciplina della famiglia, soprattutto per la laicità che la contrassegnava, era accolta con quello spirito. Si organizzavano feste per celebrarla. «A Firenze si ebbe per ordine del generale rivoluzionario Gaultier una scenografia in grande, cominciando con diciotto coppie di giovani che si sottraevano così al veto delle famiglie, e vennero dietro un carroccio fino alla Loggia dell'Orcagna fra allegorie di numi ed eroi antichi: di fronte alla statua della Libertà fu piantato l'albero e si scambiarono gli anelli, mentre ogni fanciulla sposa liberava nel cielo una colomba»[17]. Erano «le nozze con l'albero», e agli occhi degli apologeti italiani del *Code* «si dispiegava piuttosto la liberazione della essenza spontanea della famiglia»[18].

La sua influenza approda anche in Italia. Dopo l'unificazione, il nostro paese si dà nel 1865 un Codice civile assai vicino, soprattutto in alcune materie, all'ispirazione di quello francese. Furono immediati gli effetti di quella scelta. Le donne che vivevano nel Lombardo-Veneto avevano beneficiato, fino all'unità d'Italia e all'entrata in vigore del suo codice, dello sguardo più aperto del Codice civile austriaco del 1811, che manteneva alla donna maritata il diritto di amministrare i propri beni. Mentre le donne del *Code*, per poter

amministrare i loro beni, dovevano ottenere l'autorizzazione maritale.

Questa impostazione approfondisce il fossato tra amore e diritto. Il diritto cancella le logiche degli affetti e tutto è ricondotto nell'alveo patrimoniale. Questo non vuol dire che il potere della donna rimanga cancellato all'interno della famiglia. Vi è molta retorica sul potere domestico delle donne, «il potere delle chiavi», peraltro esplicitamente riconosciuto dal codice prussiano del 1794, l'*Allgemeines Landrecht*. Alla donna, in famiglia, viene riconosciuto un potere di fatto, naturalmente a condizione che rimanga nel quadro di quello che i tedeschi hanno chiamato il triangolo *Kindern-Küche-Kirche*: bambini-cucina-chiesa. Qui è il suo potere, la sua competenza. Anzi, in un incontro con alcune suffragette americane avvenuto nel 1890, l'imperatore Guglielmo II, nel modo molto sbrigativo e tutt'altro che elegante, forse anche poco educato, che lo caratterizzava, disse: «io sono dell'opinione di mia moglie, le tre K debbono valere, anzi, mia moglie ne aggiunge una quarta, *Kleid*, l'abbigliamento». La determinazione di queste competenze personali e familiari definisce un ruolo sostanzialmente di servizio, di obbedienza[19], legittimato dall'ossequio alla religione, con l'indicazione puntuale di campi d'intervento che escludono ogni altro possibile suo potere. Dopo il breve «trionfo pubblico» del matrimonio, la moglie conosceva «la reclusione coniugale» che «ne avrebbe consacrato in seguito la discrezione, l'obbedienza, la dedizione»[20]. Si delimita un perimetro, dove amore e affetti non trovano posto. Le concessioni possibili riguardano l'apparire, con il diritto di scegliere l'abbigliamento proclamato per bocca di una imperatrice.

Un dettaglio secondario, considerando le opportunità concretamente assai diverse offerte a chi non ha rango né risorse regali. Ma che può divenire riferimento significativo per affermare l'autonomia femminile, tanto da trasformarsi in rivendicazione politica, come sta accadendo in Africa, dove le donne si sono mobilitate per esigere appunto la libertà di scegliere il modo di vestire, sfidando la sanzione delle frustate. Il diritto fondamentale all'autodeterminazione passa attraverso i fatti della vita quotidiana, dall'abbigliamento alla possibilità di guidare l'automobile, rivendicato in paesi arabi.

Questo portare alla luce la struttura delle relazioni personali e sociali mette in evidenza la volontà di sottrarsi al consolidato luogo comune dell'enorme potere delle donne, di alcune donne in particolare, di influenzare le decisioni, esercitando quell'influenza che Olympe de Gouges ha definito «l'administration nocturne des femmes», che può non essere ridotta soltanto al

sesso, ma dove l'amore rischia d'essere percepito in maniera strumentale, come qualcosa che non dà pienezza alla relazione tra persone, ma si fa mezzo per raggiungere scopi altrimenti negati socialmente e giuridicamente. Quindi obbedienza e subordinazione, logica autoritaria e patrimonialistica, un blocco compatto nel quale l'amore riesce con fatica ad aprire qualche breccia.

Per comprendere meglio queste dinamiche, bisogna gettare uno sguardo oltre le turcherie di Napoleone e le aperture dei successori di Maria Teresa. Spie del reale, ma che rinviano ad un quadro più ampio, al fatto che la nuova concezione di matrimonio e famiglia è il prodotto dello Stato moderno, del modo in cui esso ha tracciato i nuovi confini tra pubblico e privato, della sua attenzione penetrante per l'organizzazione della società. Proprietà e famiglia sono le salde istituzioni della stabilità, e quest'ultima è pensata pure con il fine, l'ambizione, la pretesa di dare stabilità all'amore. Se il *Code* francese impersona la gerarchia e la predominanza maschile, il codice austriaco regola con minuzia, con attenzione per i dettagli, ogni aspetto delle relazioni familiari, dando quasi visivamente, con il numero degli articoli che le riguardano, l'immagine esemplare della presa totalizzante dello Stato su questi momenti della vita[21]. Laicizzato, ma autoritario, il Codice civile francese circoscrive gli spazi di azione autonoma della moglie, alla quale – è sempre Napoleone che parla – il marito poteva impedire pure di uscire di casa. «Con Giuseppe II [d'Austria], lo Stato irrompe nella famiglia, la commissaria, mettendo, anche dal basso, un ordine nella società»[22]. Nessuna traccia si rinviene ormai in questi testi, che pure avevano avuto nell'Illuminismo la loro origine, di quella discussione sulla famiglia che aveva indotto a chiamare il Settecento «il secolo dell'amore».

Qui ha le sue radici il modello messo radicalmente in discussione negli ultimi decenni, che aveva forgiato una cultura che, con la sua potenza, ostacola ancor oggi la comprensione dell'evidente destatualizzazione della disciplina delle relazioni personali. Si registra quasi con sgomento, e con palesi cadute nostalgiche per un perduto ordine sociale[23], una trasformazione dello Stato che, tra i suoi inevitabili effetti, ha riconosciuto spazi all'autonomia delle persone. Abbandonata definitivamente la concezione del matrimonio come contratto di diritto pubblico, e con essa la base patrimoniale delle relazioni familiari, non era più possibile lasciare intatta la funzione «protettiva» delle istituzioni pubbliche, trasferendo così poteri che aprivano nuovi spazi per la libertà delle scelte e la costruzione di modelli di regolazione.

Cadute individualistiche, fine di ogni responsabilità sociale? Quel che si

palesa, dietro queste semplicistiche ricostruzioni, è appunto la permanenza di una concezione del matrimonio come istituzione alla quale, una volta assegnate funzioni di stabilità e disciplinamento, spetta la realizzazione di questi obiettivi, e così giustifica il sacrificio di diritti fondamentali delle persone. L'abbandono di vincoli, con i quali lo Stato avvolgeva libertà e amore, viene oggi condannato con un argomento ingannevole, secondo il quale la coppia sarebbe abbandonata a sé stessa, e quindi regolata dalla legge del più forte. La realtà ci narra una storia diversa, quella di un sistema matrimoniale che istituzionalizzava disparità di diritti e subordinazione. Così la legge era davvero solo quella del più forte, il diritto non era «per due»[24].

[1] Con larghi riferimenti F. Gazzoni, *Amore e diritto*, cit. E il già citato C. Puigelier-F. Terré (a cura di), *L'amour selon la loi*, cit.

[2] A. Cappellano, *De Amore*, cit., pp. 139-150.

[3] Stendhal, *De l'amour*, Garnier, Paris 1822.

[4] Così J. Insana, *Nota*, in A. Cappellano, *De Amore*, cit., p. 183. Qui viene assai ben ricostruita la complessità e ambiguità della figura di Andrea Cappellano, con esplicito riferimento al libro III del trattato che propone una «puntigliosa ritrattazione di quell'amore prima presentato così libero e potente», una sorta di «autocensura» per evitare una condanna d'eresia, condanna successivamente pronunciata nel 1277 (p. 185). Il libro III, infatti, è intitolato *De reprobatione amoris*, il rifiuto dell'amore. Su aspetti essenziali del suo pensiero il bel saggio di D'Arco Silvio Avalle, *Due tesi sui limiti di Amore*, ivi, pp. 186-220. Ancora più critico il giudizio di A. Viscardi, *Andrea Cappellano*, *ad vocem*, in *Enciclopedia Dantesca*, Treccani, Roma 1970. E si veda F. Gazzoni, *Amore e diritto*, cit., pp. 6-7, 35-38.

[5] A. Cappellano, *De Amore*, cit., p. 147.

[6] Non può essere attribuita particolare rilevanza al tentativo fatto nel 1401 dal duca di Borgogna, Filippo l'Ardito, di costituire alla corte di Carlo VI una *Cour amoureuse*.

[7] A. Cappellano, *De Amore*, cit., pp. 60-61, 157-158. A. Viscardi, *Andrea Cappellano*, cit., mette in evidenza la sostanziale distanza dalla dottrina cortese dell'amore, alla quale si riferisce solo là dove si fa riferimento alla casistica e alle regole delle corti d'amore, tuttavia «in formule rigide e piatte», non corrispondenti alla definizione «fisiopsicologica» che apre il trattato, con l'accento posto sulla passione, per cui «si desidera soprattutto godere dell'amplesso dell'altro» (p. 14).

[8] A. Cappellano, *De Amore*, cit., p. 143 (corsivo mio).

[9] Così, con riferimento alle ricerche di Georges Duby, Ch. Klapisch-Zuber, *Introduzione*, in M. Di Giorgio-Ch. Klapisch-Zuber (a cura di), *Storia del matrimonio*, Laterza, Roma-Bari 1996, p. XII.

[10] Così riassume la questione D'Arco Silvio Avalle, *Due tesi*, cit., p. 190.

[11] All'Assemblea costituente Giovanni Leone sostenne la necessità di escludere le donne dagli alti gradi della magistratura perché «è da ritenere che solo gli uomini possano mantenere quell'equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni» (Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica*, cit., VI, p. 262). Aggiunse Giuseppe Cappi, poi divenuto presidente della Corte costituzionale, che «nella donna prevale il sentimento al raziocinio, mentre nella funzione del

giudice deve prevalere il raziocinio al sentimento» (ivi, p. 263).

[12] P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, cit., p. 525.

[13] Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica*, cit., II, rispettivamente pp. 963 per Calamandrei, 1034 per Nitti, 1161 per Orlando.

[14] Si veda A.M. Galoppini, *Il lungo viaggio verso la parità. I diritti politici e civili delle donne dall'Unità ad oggi*, Ets, Pisa 1992.

[15] P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, cit., p. 634.

[16] In generale, J. Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille: ses destinées dans le droit civil contemporain*, de Boccard, Paris 1928.

[17] P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 93.

[18] Ivi, p. 109. E si veda D. Vincenzi Amato, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 629.

[19] Si leggano molte pagine illuminanti di L. Guerci, *La sposa obbediente. Donna e matrimonio nella discussione dell'Italia del Settecento*, Tirrenia-Stampatori, Torino 1988.

[20] Ch. Klapisch-Zuber, *Introduzione*, cit., p. XV.

[21] Su questo carattere della codificazione austriaca, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 250, 257.

[22] P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, cit., p. 94.

[23] Un compendio si può trovare in A. Bethery de la Brosse, *Entre amour et droit*, cit.

[24] È la felice espressione che dà il titolo al libro di T. Pitch, *Un diritto per due*, cit., che ben ricostruisce il contesto dei rapporti tra femminile e maschile.

7.
Un tempo di riforme

Questa è la condizione che ci consegna una modernità giuridica durata per l'Italia fino al 1975, anno in cui viene approvata la riforma del diritto di famiglia. Finisce così un «mezzo secolo senza riforme»[1], si registra anzi «la fine del lunghissimo Ottocento del diritto di famiglia»[2]. Fino a quell'anno ai novelli sposi, nelle cerimonie civili come in quelle concordatarie, venivano letti alcuni articoli del Codice civile che vale la pena di riprodurre integralmente. Articolo 144: «il marito è il capo della famiglia, la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome, ed è obbligata ad accompagnarlo ovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza». Articolo 145: «il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé, di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze». È un assai singolare modo di fare gli auguri a una coppia. Ad una delle due parti, alla donna, si dice che da quel momento in poi sarebbe stata avvinta da un legame caratterizzato dalla gerarchia e dalla subordinazione, e tutto ciò che poteva attendersi era benevolenza dall'altra parte, peraltro autorizzata ad interferire pesantemente nella sua sfera privata, tanto che al marito, ad esempio, era riconosciuto il diritto di aprire la sua corrispondenza. Non si negava esplicitamente l'importanza dell'amore, ma se ne sanciva l'irrilevanza. Questo era il messaggio formalizzato dello Stato, di cui la Chiesa cattolica si faceva tramite, confermando così quale fosse il suo modo d'intendere la relazione coniugale, assai lontano non tanto dall'insegnamento paolino, ma da una sua più complessa storia[3].

Con la riforma del 1975 il cambiamento è profondo, anche se essa non riesce ancora a cogliere tutti i mutamenti già intervenuti nel costume sociale. Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti, assumono i medesimi doveri, concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare, fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa, e ciascuno dei coniugi ha il potere di attuare l'indirizzo

concordato. Cade la discriminazione contro i figli «naturali», nati fuori del matrimonio, sì che la filiazione non è più legittimata dalla presenza di requisiti formali, ma dal rapporto tra due persone che si amano o che, comunque, decidono liberamente di avere una relazione sessuale. La logica della libertà e degli affetti prevale sulle chiusure gerarchiche e autoritarie.

Bisogna tuttavia ricordare che le resistenze a quella riforma, particolarmente forti proprio nella materia dell'eguaglianza dei coniugi e dei figli nati fuori dal matrimonio, furono superate dopo che, nel 1974, un referendum popolare aveva confermato la legge del 1970 che aveva introdotto il divorzio. Legge, questa, che aveva cancellato l'indissolubilità del matrimonio e, con essa, l'irrilevanza o l'illegittimità delle relazioni amorose che le persone sposate avevano con persone diverse dal coniuge. Continuava così un lento cammino di liberazione, al quale aveva dato un contributo importante la Corte costituzionale, eliminando nel 1965 il divieto di propaganda anticoncezionale e aprendo in modo significativo, nel 1975, alla legittimità dell'aborto, che troverà poi riconoscimento formale nella legge del 1978.

Si allarga così il perimetro costituzionale all'interno del quale collocare l'amore. Ed è un perimetro non più solo costrittivo, delimitato da confini invalicabili. È piuttosto un insieme di punti di riferimento, che progressivamente convergono verso il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione della persona, del suo diritto a governare liberamente la propria vita e il proprio corpo. La logica della sovranità viene rovesciata. Sovrana diviene la stessa persona.

Possiamo dire che ci congediamo, almeno in via di principio, da un amore fuori legge. Non è una espressione eccessiva per descrivere la condizione del nostro paese. Prima delle innovazioni appena ricordate, i figli nati fuori dal matrimonio non erano i figli dell'amore, ma erano «i figli della colpa». La sessualità femminile era repressa. Il Codice penale del 1930 collocava le questioni della procreazione tra i «delitti contro la integrità e la sanità della stirpe». L'identità sessuale era negata. Le unioni di fatto erano consegnate all'irrilevanza. Socialmente vi era un rifiuto dello stesso matrimonio civile, e chi lo contraeva poteva essere soggetto a una stigmatizzazione sociale molto forte.

Il clima di quegli anni può essere ben descritto ricordando qual che avvenne a Prato nel 1956, quando due persone decisero non di convivere, non di scegliere l'unione di fatto, ma di sposarsi in comune, dunque con il matrimonio civile. Il vescovo di Prato, monsignor Fiordelli, mandò una lettera

al parroco con queste parole: «oggi 12 agosto due suoi parrocchiani celebrano le nozze in Comune rifiutando il matrimonio religioso. Questo gesto di aperto sprezzante ripudio della religione è motivo di immenso dolore per i sacerdoti e i fedeli. Pertanto lei, signor preposto, alla luce della morale cristiana, classificherà i due tra i pubblici concubini e considererà il signor Tizio come pubblico peccatore e la signorina – non la considera signora – come pubblica peccatrice. Saranno loro negati i sacramenti, non sarà benedetta la loro casa, sarà loro negato il funerale religioso». Vi furono ovviamente reazioni polemiche, ma quella violenta presa di posizione nasceva in una situazione in cui il matrimonio civile era statisticamente una eccezione, non rappresentava un dato socialmente tale da poter costituire una barriera contro stigmatizzazioni che, senza assumere le caratteristiche violente della lettera del vescovo di Prato, tuttavia operavano nel profondo, strutturavano il costume, sì che matrimonio concordatario diveniva segno di normalità sociale. Nel 1961, infatti, la percentuale dei matrimoni civili era dell'1,2% (42,5% nel 2013).

Il perimetro delle scelte si rivelava così sempre più stretto, le sue frontiere venivano presidiate da una molteplicità di soggetti che si impadronivano della vita delle persone e ribadivano con durezza l'impossibilità che in esso penetrassero le ragioni dell'amore. Sono dinamiche complesse, che hanno radici lontane e profonde, che non possono mai essere ignorate o sottovalutate. Nel 1934, in Italia, Mura – scrittrice molto nota di romanzi rosa – pubblicò un libro dal titolo *Sambadù, amore negro*. Fece scandalo il titolo e fece scandalo ancora di più la copertina, disegnata da uno degli illustratori più noti di allora, Marcello Dudovich, in cui si vedeva una donna bianca tra le braccia di un uomo nero, tra l'altro molto elegantemente vestito. Questo libro provocò l'ira furibonda di Mussolini, che ne chiese immediatamente non solo la censura, ma la distruzione[4].

Ripulse, discriminazioni, stigmatizzazioni possono essere comprese solo andando oltre le frontiere del diritto. Sappiamo, tra le molte cose da ricordare, quanto fosse difficile per gli schiavi nelle piantagioni americane riuscire effettivamente a sposarsi. La formula classica del matrimonio in quel paese è «finché morte non ci divida». Gli schiavi invece pronunciavano una clausola terribile: «finché la distanza non ci divida», perché si metteva in conto che la schiava potesse essere venduta e quindi allontanata definitivamente dal coniuge. Senza voler nulla togliere alla drammaticità di questa condizione, riproposta all'attenzione da film come *Django Unchained*, girato nel 2012 da Quentin Tarantino, il tema della distanza coglie bene la condizione delle

«vedove bianche», delle mogli italiane che perdevano ogni traccia e contatto con i mariti emigrati, condizione che ritroviamo oggi tra gli effetti delle ondate migratorie.

Ma il peso della logica patrimoniale non determina soltanto le relazioni all'interno del matrimonio. Quando le condizioni economiche si fanno difficili, ecco un vero impedimento all'amore. Vi è una bellissima canzone, scritta nel 1966 da Gualtiero Bertelli e splendidamente cantata da Giovanna Marini e Francesco De Gregori, *Nina ti te ricordi*, di cui bisogna citare almeno due versi: «Amarse no xe no un pecato/ ma ancuo el xe un luso de pochi». Chi canta è un disoccupato che ricorda con parole piane quali siano le condizioni materiali dell'amore, senza le quali diventa privilegio, appunto lusso di pochi. I versi precedenti raccontano che il parroco e la madre della futura sposa li esortavano a sposarsi, per non commettere peccato, con un condizionamento sociale così forte che, una volta sposati, facendo l'amore avevano ancora la sensazione di peccare. Tuttavia, nel momento in cui si libera da questo condizionamento, il marito scopre che l'amore deve fare i conti con un ostacolo «di fatto», uno di quelli che la Costituzione obbligherebbe a «rimuovere». Un ostacolo che nasce dalle sue difficoltà economiche di disoccupato, che inquietano anche perché Nina aspetta un figlio. L'amore è brutalmente intercettato dal bisogno, la decantata funzione riproduttiva della famiglia si fa preoccupazione esistenziale.

Non siamo di fronte a vicende marginali. Prima della legge sul divorzio, questo era davvero «un lusso di pochi», di quelli che avevano denaro sufficiente per comprare il sapere giuridico che conduceva, a seconda delle stagioni, verso i divorzi sanmarinesi, ungheresi, americani. Allo stesso modo, prima dell'approvazione nel 1978 della legge sull'interruzione di gravidanza, l'aborto era un diritto solo per le donne che, sfuggendo anche al rischio mortale di tanti aborti clandestini, avevano i mezzi economici per andare a praticarlo in paesi stranieri. Ed è stato ancora così con il costoso «turismo procreativo» al quale sono state obbligate le donne italiane dall'incivile e incostituzionale legge sulla procreazione assistita del 19 febbraio 2004, n. 40, la più ideologica tra le leggi repubblicane, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale nelle sue parti più aggressive. Amore e autodeterminazione come merce da comprare sul mercato, esclusi dal quadro dei diritti.

Non sono storie vecchie, cancellate dal mutare dei tempi e dall'incivilimento delle legislazioni. Proprio il riferimento all'amore, come segno della libertà del vivere, ci riporta alla condizione del disoccupato della canzone, incarnata oggi

dal precario che non può costruire la sua vita, non può decidere di sposarsi, non può abbandonare la casa dei genitori, non può decidere di avere figli. Per tutti loro, disoccupati e precari, immigrati sfruttati e cassintegrati, le condizioni materiali, oltre che una privazione di cittadinanza, divengono un impedimento all'amore. E così la parola amore entra nelle canzoni violando la regola cuore-amore, i drammi dell'amore tradito o infelice e pure l'ottimismo che, nel film *Polvere di stelle* del 1973 con Alberto Sordi e Monica Vitti, ci presenta l'amore come «un treno che fila sereno/ per monti e vallate fermate non ha/ e fila dritto che pare un diretto/ e ci porterà verso la felicità».

Il tono leggero insinua un dubbio, e fa nascere una domanda. È possibile la felicità senza amore? Questione che può apparire stravagante, la cui risposta può finire nelle maglie delle peggiori banalizzazioni, ma che per il diritto può divenire persino ineludibile. Nella Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti del 1776 è scritto che tutti gli uomini sono dotati di alcuni inalienabili diritti, e tra questi «la vita, la libertà e la ricerca della felicità». Se questa ricerca è resa più difficile, o addirittura impossibile, da ostacoli normativi al dispiegarsi dell'amore, non vi è forse un obbligo di cancellarli? È assai significativo che Thomas Jefferson, commentando tra il 1771 e il 1772 un calo di divorzi, sottolineasse come il riconoscimento del divorzio fosse essenziale per «la libertà affettiva», indispensabile per la felicità[5].

Nelle nostre costituzioni la felicità non compare, ma si ritrova una espressione comunque assai impegnativa. Nell'articolo 3 della Costituzione italiana e nell'articolo 2 di quella tedesca compare il diritto al libero sviluppo della personalità, che evidentemente pone il problema della legittimità di tutte quelle regole che possono impedirlo o intralciarlo, e tra queste compaiono certamente quelle che fanno riferimento diretto o indiretto alla dimensione dell'amore, alla libertà affettiva di Jefferson.

Sono i diritti fondamentali, allora, a dare il tono al discorso, mostrando come la riflessione sull'amore non appartenga soltanto alle altre scienze dell'uomo, alle sottigliezze della psicologia, alle illuminazioni della letteratura. Ma questa dinamica è esattamente opposta a quella che aveva trasformato il diritto in strumento per impadronirsi autoritariamente dell'amore o di consegnarlo all'insignificanza. La linea è ormai quella di un uso del diritto che consenta di eliminare la catena di vincoli esterni, approdando così ad un amore istituzionalmente «liberato». In questo modo peso e presenza del diritto beneficamente decrescono.

Si possono sinteticamente riassumere alcuni passaggi. Viene meno

l'equazione peccato-reato e, con essa, le conseguenze giuridiche fondate sulla riprovazione sociale e non soltanto sulla violazione di un precetto religioso. Scompare la morale di Stato come criterio guida. La famiglia non è più considerata come appartenente al diritto pubblico. Compiti e responsabilità dei coniugi sono esclusivamente quelli indicati dalla legge, da interpretare in maniera restrittiva, dunque senza la possibilità di dare rilievo a finalità come la stabilità sociale e la garanzia della procreazione. Abbiamo di fronte a noi un corpo di cui la persona si riappropria integralmente. I protagonisti della vicenda matrimoniale non possono essere considerati come quelli che stipulano un contratto dietro il quale la corporeità scompare e per il quale la dinamica degli affetti è irrilevante.

Mutando il paradigma di riferimento, la dimensione dei diritti fondamentali porta con sé la necessità di collegare i diritti dell'amore con il principio di eguaglianza e con l'integrale rispetto della dignità della persona, che non può prescindere dalla rilevanza della sua volontà. L'autonomia delle persone si espande, consente la costruzione di diversi modelli di convivenza, non più considerata dal diritto come uno stato transitorio, una sorta di preparazione più o meno lunga al matrimonio, nel quale la convivenza deve necessariamente sfociare.

Si pensi al mutamento di significato della parola fidanzata/o. Storicamente il fidanzamento rinviava ad una fase appunto transitoria, nel corso della quale crescevano gli impegni reciproci, attribuendo un ruolo rilevante alla promessa di matrimonio[6]. Comportamenti sociali come il dono dell'anello alla futura sposa ne costituivano in qualche modo la formalizzazione sociale, di fronte alla quale, tuttavia, il Codice civile, all'articolo 79, si preoccupa di tutelare la libertà matrimoniale stabilendo che «la promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento». Un risarcimento del danno per rottura della promessa è previsto nel caso che questa sia stata formalizzata in un atto pubblico e per la seduzione con promessa di matrimonio.

Oggi prevale un uso che rinvia ad una relazione personale e sociale non necessariamente transitoria o precaria, comunque svincolata dai canoni tipici della relazione matrimoniale. E non è opportuno usare la locuzione corrente che qualifica queste come unioni «di fatto», in tal modo ricorrendo una volta ancora ad una formula che vuole respingere la relazione d'amore in un ambito irrilevante per il diritto. Siamo di fronte a fenomeni che si manifestano in un ambito appunto «liberato», non negli interstizi faticosamente scoperti in un

diritto ostile.

La possibilità di ricorrere ad una molteplicità di modelli ai quali affidare la dinamica degli affetti, modelli sempre più spesso creati dall'esperienza sociale, impedisce una loro considerazione in un ambito dove le ragioni dei diritti non possono comparire. Ne è prova il modo in cui la giurisprudenza ha affrontato il tema delle coppie omosessuali, deducendo la loro rilevanza giuridica dal dato rappresentato dal loro essere una di quelle «formazioni sociali» di cui parla l'articolo 2 della Costituzione, che garantisce il rispetto del diritto fondamentale alla libera costruzione della personalità. Parlare di «coppia», peraltro, rinvia alla realtà delle persone assai più dell'astrazione che si ritrova nel termine «unione», per l'evidenza che attribuisce ad un comune progetto di vita.

Questi complessi e contrastati mutamenti hanno trovato un approdo significativo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con una netta discontinuità rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950. Nell'articolo 21 della Carta si vieta ogni discriminazione basata sulle tendenze sessuali. E, soprattutto, nell'articolo 9 si stabilisce che «il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». La distinzione tra «il diritto di sposarsi» e quello «di costituire una famiglia» è stata introdotta proprio per legittimare pienamente la costituzione legale di unioni in forme diverse da quella matrimoniale, ampliando così le possibilità di scelta e, soprattutto, svincolando ogni tipo di unione, matrimoniale o no, dalla diversità di sesso. L'innovazione introdotta dalla Carta si coglie con nettezza proprio attraverso il confronto con quanto è scritto nell'articolo 12 della Convenzione europea: «uomini e donne hanno diritto di sposarsi e di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali che disciplinano l'esercizio di tale diritto». Sono immediatamente evidenti le differenze sostanziali tra questo articolo e quello della Carta, dove scompare il riferimento a «uomini e donne». Non si parla di un unico «diritto di sposarsi e di costituire una famiglia», ma si riconoscono due diritti distinti, quello di sposarsi e quello di costituire una famiglia.

La conclusione è evidente. Nel quadro costituzionale europeo esistono ormai due modelli per regolare i rapporti di vita tra le persone, con identica rilevanza giuridica, e dunque medesima dignità. Non è più possibile sostenere che esiste un principio riconosciuto – quello del tradizionale matrimonio tra eterosessuali – e una eccezione (eventualmente) tollerata – quella delle unioni civili, cui potrebbero avere accesso anche persone dello stesso sesso. E

nell'orizzonte disegnato dalla Carta europea dei diritti fondamentali la diversità di sesso non è più un connotato di alcuna forma di organizzazione dei rapporti interpersonali, sia che si voglia far riferimento al matrimonio, che tuttavia è strutturalmente modificato in una delle sue storiche componenti; sia che si voglia ricorrere a modelli diversi che tuttavia, se non si vuole violare proprio la logica antidiscriminatoria dell'articolo 21, non possono essere previsti come alternativa insuperabile per l'accesso a un matrimonio ormai divenuto formalmente egualitario.

Questo riconoscimento e l'esistenza di una molteplicità di modelli non hanno tuttavia indebolito la richiesta di accesso al matrimonio delle coppie di persone dello stesso sesso al pari di quelle di persone di sesso diverso, le cui ragioni profonde sono già state sottolineate. Al contrario, la caduta dei vincoli giuridici, determinata anche da un mutamento culturale sempre più diffuso, ha rafforzato e reso ancor più perentoria quella richiesta, assistita ormai da una forte legittimazione sociale e politica. Si sono così moltiplicate negli anni le legislazioni nazionali che hanno riconosciuto i matrimoni tra le persone dello stesso sesso, e nella stessa direzione si sono mossi con decisione alcuni parlamenti e, soprattutto, le corti costituzionali.

Non siamo entrati, però, in un mondo pacificato. Numerosi sono i paesi dove l'omosessualità continua ad essere punita come reato, addirittura con la pena di morte, e la stigmatizzazione sociale è intensa anche in Stati membri dell'Unione europea, come l'Ungheria, o con i quali intratteniamo rapporti fittissimi, come la Russia, con pubbliche aggressioni in occasione delle manifestazioni del gay pride, com'è avvenuto in Israele con l'assassinio di una ragazza. Il diritto d'amore, via via che molte resistenze vengono superate proprio attraverso leggi e sentenze, non può essere più negato con argomenti giuridici, eppure vi è ancora un'opposizione che si esprime in aggressioni e delitti, con la nascita di quella che è stata giustamente definita come una nuova forma di razzismo. Un razzismo tutto particolare che, quando si riflette sull'amore in sé, può manifestarsi anche in quello che è stato giustamente definito il «razzismo della bellezza»[7].

Dobbiamo tener conto dei tempi e dei contesti, per non appiattire l'analisi in un'unica dimensione. Al senso del tempo appartiene certamente il retaggio del passato, dunque la storia, ma anche l'indicazione che viene dalle dinamiche del presente. Nel riconoscimento delle coppie di persone dello stesso sesso il filo del diritto si fa sempre più tenace, diventa sempre più difficile tagliarlo, la parola libertà viene pronunciata e, con essa, si indica una strada senza ritorno.

Nel 2015, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconosciuto il diritto al matrimonio delle coppie di persone dello stesso sesso[8] con una decisione che si apre appunto con una sottolineatura eloquente: «la Costituzione promette a tutti una libertà che, nei suoi obiettivi, include alcuni specifici diritti che consentano alle persone di definire e manifestare nella dimensione giuridica la loro identità». Identità è parola impegnativa, riguarda l'essere nel mondo, la rappresentazione del sé di cui nessuno può essere espropriato, la cui costruzione ha un incancellabile carattere soggettivo, poiché il potere di definirla e manifestarla è affidato alla persona stessa. La sentenza prosegue con toni che non lasciano dubbi. Non vi è nessuna «danza sulle uova» per conciliare l'inconciliabile, il discorso è netto, esemplare. «Molti, che ritengono sbagliato il matrimonio tra persone dello stesso sesso, giungono a questa conclusione in base a rispettabili premesse religiose e filosofiche, che qui non vengono screditate. Ma quando quella sincera, personale opposizione diventa legge o politica pubblica, la conseguenza inevitabile è dare legittimità da parte dello Stato ad una esclusione che immediatamente svaluta e discrimina quelli che vedono negata la loro libertà. In base alla Costituzione, le coppie formate da persone dello stesso sesso chiedono, per quanto riguarda il matrimonio, lo stesso trattamento delle coppie eterosessuali, e negare loro questo diritto porterebbe a screditare o sminuire le loro scelte». Questa negazione, inoltre, violerebbe il principio di eguaglianza e assumerebbe un significato particolarmente grave perché «perpetuerebbe un danno dopo una lunga storia di discriminazioni». Siamo di fronte ad un «diritto fondamentale». Quindi, «ogni persona può invocare la garanzia costituzionale anche se larga parte dell'opinione pubblica non è d'accordo e il potere legislativo rifiuta di intervenire», perché bisogna «sottrarre le persone alle vicissitudini legate alle controversie politiche».

Molte sono le questioni affrontate, in una sentenza peraltro assai analitica, delineando così un terreno della discussione che va oltre la specificità della situazione americana. Che sia in atto una sorta di dialogo planetario, lo conferma una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo pubblicata pochi giorni dopo[9], che ha condannato l'Italia per non aver assicurato uno specifico riconoscimento giuridico ai diritti delle coppie tra persone dello stesso sesso. È stato così violato l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, imponendo il rispetto della vita privata e familiare, si riferisce evidentemente anche alla situazione delle coppie. Si sottolinea che siamo di fronte a diritti dal cui effettivo riconoscimento dipendono l'identità,

la dignità sociale, la vita stessa delle persone. In questi casi, la Corte lo sottolinea più volte, il margine di discrezionalità del legislatore è ristretto, pur distinguendo tra riconoscimento delle unioni e accesso al matrimonio: non si può continuare a marginalizzare e stigmatizzare una minoranza privilegiando gli orientamenti discriminatori di una eventuale maggioranza. Situazione, questa, che deve essere rimossa, per sottrarre le unioni stabili e responsabili alla casualità e alla inaffidabilità che caratterizzano oggi la situazione italiana. L'esistenza non può essere affidata all'incertezza o a semplici patti privati o a regole limitate agli aspetti patrimoniali del rapporto. Siamo di fronte ad un «dovere positivo», che lo Stato deve rispettare, soprattutto perché solo così può essere cancellata una inammissibile discriminazione, fondata com'è solo sull'orientamento sessuale. Nelle argomentazioni dei giudici di Strasburgo si coglie una particolare attenzione per lo scarto crescente, e sempre più evidente, tra dinamiche della realtà sociale e immobilità del diritto, sì che un intervento legislativo adempirebbe anche alla funzione di dare pubblica legittimazione alle coppie tra persone dello stesso sesso.

Questo itinerario ci conduce verso altre sentenze, di cui vale la pena di segnalare i punti più rilevanti per una discussione di carattere generale. Il 9 luglio 2009, con la sentenza n. 359, il Tribunale costituzionale del Portogallo ha riconosciuto la legittimità del matrimonio delle coppie di persone dello stesso sesso, escludendo che fosse in contrasto con le norme costituzionali in materia familiare. Il 6 novembre 2012, con la sentenza n. 198, il Tribunale costituzionale spagnolo ha respinto un ricorso contro la legge del 2005 sul matrimonio delle coppie di persone dello stesso sesso, affermandone la piena legittimità[10]. La definizione di matrimonio adottata dai giudici parla di una «comunità di affetto che genera un vincolo, o una società di mutuo aiuto tra due persone che possiedono un'identica posizione nel seno di questo istituto, e che volontariamente decidono di unirsi in un progetto di vita familiare comune». Una definizione, come si è detto, «gender-neutral», che svuota il matrimonio da specifiche connotazioni sessuali[11].

Si può aggiungere un riferimento a quanto si legge nella sentenza n. 2013-669 del 17 maggio 2013 del *Conseil constitutionnel* francese che, chiamato a valutare la legge del 2013 sul diritto al matrimonio delle coppie di persone dello stesso sesso, ne ha riconosciuto la costituzionalità. In particolare, i giudici hanno osservato che l'esistenza di riferimenti al marito e alla moglie in varie leggi non consente di concludere che questo sia «un principio riconosciuto dalle leggi della Repubblica», con una analisi che investe diversi aspetti del

Codice civile. E conclude, quindi, che «deve essere respinta l'eccezione secondo la quale il matrimonio sarebbe 'naturalmente' fondato sull'unione di un uomo e di una donna». Questo comune orientamento si diffonde e si consolida, come dimostrano le leggi di Belgio e Olanda e, con particolare evidenza, il referendum irlandese del 22 maggio 2015, con il quale il 62,1% degli elettori ha approvato un emendamento all'articolo 41 della Costituzione che riconosce il diritto al matrimonio «senza distinzione di sesso».

In un contesto così eloquente colpisce la minore apertura della Corte costituzionale italiana, che pure ha riconosciuto con la sentenza n. 138 del 2010 la rilevanza costituzionale delle unioni omosessuali, poiché siamo di fronte ad una delle «formazioni sociali» di cui parla l'articolo 2 della Costituzione. Da questa constatazione la Corte trae una conclusione importante: alle persone dello stesso sesso unite da una convivenza stabile «spetta *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». E ha aggiunto: «può accadere che, in relazione a ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale». Ma, come si dirà più analiticamente in seguito, si propone poi una lettura dell'articolo 29 che ha dato lo spunto per conclusioni negative sulla possibilità di riconoscere anche alle coppie di persone dello stesso sesso il diritto al matrimonio. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4184 del 2012, ha allargato l'orizzonte dell'analisi; ha comunque sottolineato l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha registrato il venir meno della rilevanza della diversità di sesso ai fini matrimoniali; ha così ampliato la tutela riconosciuta alle coppie formate da persone dello stesso sesso, che possono rivolgersi ai giudici «per far valere, in presenza appunto di 'specifiche situazioni', il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata». Qui, tuttavia, si è fermata, rimettendosi alla discrezionalità del legislatore.

Queste indicazioni, tratte dall'accumulo di materiali legislativi e giurisprudenziali, consentono di trarre alcune conclusioni d'ordine generale nella direzione del possibile e necessario riconoscimento del matrimonio egualitario anche nell'ordinamento italiano. Dovrebbe essere ormai evidente come abbia perduto valore fondante l'argomento della «consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio», che si ritrova nella sentenza della Corte italiana. Un minimo di cultura antropologica e sociologica, che ha da

tempo messo in evidenza la diversità profonda delle forme matrimoniali, dovrebbe ormai consigliare di evitare questo argomento, come peraltro accade in tutte le altre decisioni ricordate. L'uso di quella espressione, in realtà, altro non è che una versione enfatica di una specifica tradizione occidentale[12], che ha peraltro perduto nella fase più recente la sua interna compattezza. Lo testimonia l'abbandono del riferimento alla diversità di sesso, che non può essere più considerato come una forzatura in casi particolari, ma esprime dinamiche che si presentano come maggioritarie e, soprattutto, costituzionalmente riconosciute.

In un contesto tanto mutato, si comprende l'abbandono ormai generalizzato del richiamarsi ad una «natura» nella quale famiglia e matrimonio troverebbero fondamento. Il riferimento è ormai alla vita familiare come costruzione sociale legata al vissuto delle persone, che ha valore unificante, tanto che la Corte europea dei diritti dell'uomo, fin dal 2010, ha operato un progressivo avvicinamento tra diritti della coppia coniugata e diritti delle coppie di persone dello stesso sesso, ritenute entrambe meritevoli della tutela accordata alla «vita familiare» dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Si può meglio comprendere, a questo punto, come l'aver parlato di un «diritto» per l'amore non sia un vezzo linguistico, un'abitudine della quale non ci si riesce a liberare malgrado la contraddizione tra i termini di cui si è parlato fin dall'inizio. Di un diritto, anzi, «fondamentale», come fanno tante sentenze appena ricordate. E da questa qualificazione è la sentenza della Corte Suprema americana a trarre la conclusione più impegnativa. La garanzia di un diritto fondamentale non può essere subordinata alle resistenze ideologiche di una società sostanzialmente ostile, all'indifferenza magari ostentata del legislatore. I diritti fondamentali delle persone, si legge nell'opinione di maggioranza della sentenza statunitense, devono essere sottratti alle «vicissitudini» della politica.

L'affermazione è importante, evoca il dubbio che i diritti fondamentali siano diventati essi stessi una ideologia, che in definitiva siano «insaziabili»[13], divorando la sovranità popolare, e così attentando alla stessa democrazia. Sottratti alla politica, affidati all'intervento giudiziario, finiscono con il dare origine ad una politica costituzionale «infondata» o, per meglio dire, «autofondata», che solo in sé stessa trova la sua ragione.

Proviamo a ragionare altrimenti, muovendo dal modo in cui assume rilevanza il riferimento ai principi e alle norme costituzionali. Le sentenze citate sono tutt'altro che autofondate, argomentano con dovizia di riferimenti a norme e principi e riflettono la logica propria di sistemi politico-istituzionali

che si sono venuti evolvendo intorno all'assunzione dei diritti fondamentali come loro elementi costitutivi, assistiti dalla garanzia offerta in primo luogo dal controllo di costituzionalità. Controllo che non è limitato esclusivamente all'eliminazione delle norme costituzionali, sanzionando così un comportamento attivo del legislatore, ma si è esteso anche ai suoi comportamenti omissivi, ad un silenzio ritenuto censurabile in specie quando pregiudica diritti fondamentali. La formula che meglio coglie questa trasformazione è quella che, al posto del tradizionale riferimento allo «Stato di diritto», parla di «Stato *costituzionale* di diritto». Tutto questo evidentemente amplia lo spazio dell'intervento giudiziario, in particolare delle corti costituzionali, incanalato tuttavia nell'alveo segnato dal legislatore costituzionale.

Questo rinnovamento profondo delle categorie politiche e giuridiche autorizza poi qualsiasi inflazione, anche legislativa, dei diritti fondamentali, fino a un loro riconoscimento (creazione?) ad opera delle corti? Vi è una soglia oltre la quale i diritti fondamentali incidono in maniera distruttiva sul nucleo stesso della democrazia, la sovranità popolare, e contraddicono, per una proclamata loro immodificabilità, l'esigenza di mantenere fluidi i rapporti tra ordine sociale e ordine giuridico? Qual è la soglia di sopportabilità per una democrazia di una quota crescente di diritti fondamentali che trascina con sé una più forte presenza, fino al sopravvento, del sistema giudiziario?[14]

Se qui è il nucleo della controversia, bisogna tornare al rapporto tra legislazione e giurisdizione. Scrive Maurizio Fioravanti, analizzando il ruolo proprio della Corte costituzionale: «la configurazione e l'estensione del suo ruolo non deve (...) essere considerata come il frutto della volontà di un potere di esorbitare a danno di un altro, ma come il risultato di una tendenza obbiettiva, che ha progressivamente condotto ad esaurimento l'esperienza dello Stato liberale di diritto del XIX secolo sostituendovi lo *Stato costituzionale*, che come nuova forma di Stato è caratterizzata proprio dalla *pari dignità costituzionale* di legislazione e giurisdizione, entrambe direttamente riconnesse, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione»[15].

Ancora una volta, l'evidenza empirica conferma impostazioni come questa. La Corte di Giustizia delle Comunità europee ha sicuramente innovato il sistema dal momento in cui si è attribuita la competenza in materia di diritti fondamentali, accrescendo così il complessivo tasso di democraticità del sistema proprio perché, in questo modo, ha reso possibili limitazioni e forme di controllo del potere normativo[16]. Si deve poi considerare che «la pressione

del diritto giurisprudenziale è sintomo non solo di fiacchezza o di indifferenza del potere legislativo, ma del fatto che i conflitti 'tragici' sono tali proprio perché nascono sui confini del compromesso costituzionale tra i principi posti e quelli 'taciuti' (o sconosciuti). È ovvio che l'interpretazione di tutti i principi costituzionali genera 'una lotta sulla costituzione'. Ma i conflitti 'tragici' sono quelli che appaiono – allo stato – non risolubili attraverso il conflitto politico, e che, proprio perché tali, vengono consegnati alla soluzione giudiziaria»[17].

Si deve peraltro aggiungere che il ricorso alla legislazione per principi determina un ampliamento della discrezionalità giudiziaria, spettando appunto ai giudici la determinazione della portata e del contenuto dei principi nel momento della loro concretizzazione, della loro applicazione ad uno specifico caso. Di fronte all'«elasticità» della norma, voluta dal legislatore proprio per resistere all'usura del tempo e per tener conto della compresenza di culture diverse, il giudice deve sottrarsi alla tentazione «originalista», interpretando il principio o la norma unicamente secondo il sentire del tempo in cui vennero approvati, tenendo invece nel giusto conto i mutamenti istituzionali, culturali e sociali nel frattempo intervenuti. Tutte le sentenze prima ricordate obbediscono a questo criterio, esplicitamente e ripetutamente richiamato.

Delineato questo diverso contesto, non si devono sottovalutare le differenze, le diverse dinamiche. Forte della sua particolare posizione in uno Stato nazionale, la Corte Suprema degli Stati Uniti sottolinea nella sua sentenza una esplicita autonomia rispetto alla formazione del consenso sulle questioni sulle quali deve decidere. Diversa la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale fanno riferimento i quarantasette Stati aderenti alla Convenzione europea del 1950, che prende atto delle trasformazioni, ma ne misura l'incidenza anche in termini quantitativi, per stabilire se le sue decisioni possono essere fondate su un sufficiente consenso. Nella sentenza sul caso Oliari, infatti, si mette in evidenza che ormai la maggioranza degli Stati aderenti, ventiquattro su quarantasette, ha riconosciuto e garantito le unioni tra persone dello stesso sesso: un dato, questo, che riduce il margine di discrezionalità dei singoli Stati, tenuti al «dovere positivo» di assicurare a quelle unioni una adeguata tutela. Maggiore, invece, è la discrezionalità per quanto riguarda l'estensione del matrimonio, ancora riconosciuto solo in nove Stati[18]. La Corte, in questo modo, registra e incentiva le dinamiche sociali, aprendo loro le porte per quanto riguarda il riconoscimento giuridico[19]. Il ricorso al criterio statistico, la rilevanza attribuita alla misurazione quantitativa dell'innovazione legislativa mostrano con chiarezza come non si sia di fronte a

principi immutabili, ma ad una loro ricostruzione che deve registrare il mutamento determinato dalla forza delle cose che individua le modalità che il diritto deve assumere.

Vi è, tuttavia, un punto comune che spiega l'energia sprigionata da queste decisioni. È la consapevolezza che non si è di fronte ad un diritto fondamentale come tutti gli altri, perché coglie nel profondo la vita delle persone. E, nel momento in cui il diritto comincia a rinunciare alla sua forza costrittiva, scopre anch'esso una sua intima profondità e qui, nel rispetto delle persone e dell'amore che le unisce, trova una inedita legittimità.

In qualche modo, il diritto conosce sé stesso, il proprio limite, l'illegittimità di ogni sua pretesa di impadronirsi della vita, l'esistenza di uno spazio di non diritto nel quale non può entrare e di cui, se necessario, deve farsi tutore, pronto a scomparire quando le condizioni culturali e sociali del vivere abbiano assunto la loro pienezza. Non un ruolo paternalistico, ma di distanza e rispetto.

Dunque, una assenza necessaria e consapevole. Che per un verso conferma, e per un altro smentisce, la convinzione secondo la quale l'amore sarebbe a suo agio solo nel non detto giuridico: «A entendre les poètes, la loi serait à l'amour, ce que l'eau est au feu»[20].

[1] Così P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., pp. 177 ss.

[2] P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 630-634.

[3] Si veda in vari luoghi A. Melloni, *Amore senza fine*, cit.

[4] G. Bonsaver, *Mussolini il censore. Storie di letteratura, dissenso e ipocrisia*, Laterza, Roma-Bari 2013, pp. 68-77.

[5] L. Hunt, *La forza dell'empatia*, cit., p. 45.

[6] Si veda, in chiave storica, M. Pelaja, *La promessa*, in M. Di Giorgio-Ch. Klapisch-Zuber (a cura di), *Storia del matrimonio*, cit., pp. 391-416.

[7] Così P. Paterlini, *I brutti anatroccoli. Dieci storie vere*, Einaudi, Torino 2014, p. v.

[8] Corte Suprema degli Stati Uniti, Obergefell v. Hodges, cit.

[9] Corte europea dei diritti dell'uomo, Oliari e altri c. Italia, cit.

[10] L'iter seguito dai giudici spagnoli è ben ricostruito da F. Mastromartino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli 2013, pp. 38-74.

[11] Così ivi, p. 46.

[12] Coglie questo punto la Corte europea dei diritti dell'uomo, I sez., 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria.

[13] A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 179-200. Una critica all'ideologia dei diritti dell'uomo a proposito del

matrimonio è condotta, con approssimazione e contraddizioni, da A. Bethery de la Brosse, *Entre amour et droit*, cit., pp. 372 ss. Sul punto alcuni miei rilievi generali in *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 49-50.

[14] Si vedano, tra i tanti, i rilievi di L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Diritti fondamentali*, cit., pp. 5-40; M. Delmas-Marty, *La réfondation des pouvoirs*, Seuil, Paris 2007, pp. 61-67.

[15] M. Fioravanti, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 32.

[16] Si veda quel che scrivevo più ampiamente in *Il diritto di avere diritti*, cit.

[17] M. Dogliani, *Introduzione* a M. Cavino-C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Giuffrè, Milano 2012, p. 2.

[18] Così nella sentenza. Ma gli Stati sono ormai quattordici.

[19] Vale la pena di ricordare che il cammino verso l'ampliarsi del consenso a favore del riconoscimento del matrimonio tra coppie dello stesso sesso è documentato dalle stesse decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nella sentenza Schalk e Knopf c. Austria del 24 giugno 2010, contava solo sei Stati favorevoli.

[20] J. Carbonnier, *L'amour sans la loi*, cit., p. 129.

8.
Definire l'amore?

Nelle pagine precedenti non compare alcuna definizione dell'amore, né comparirà in quelle successive. La ragione è presto detta. L'amore e le sue definizioni costituiscono da sempre un gigantesco *corpus*, infinitamente costruito dalle riflessioni più diverse. Qui la riflessione è stata tutta indirizzata verso l'individuazione delle condizioni, istituzionali ma non solo, che consentono la libera costruzione delle relazioni affettive tra due persone, dunque del rapporto amoroso. A questo punto, per chi volesse cercarla, una definizione può essere considerata implicita o deducibile dall'ordine del discorso. A meno che non ci si voglia affidare alla semplificazione di Roland Barthes, e fermarsi qui: «Amo indica un semantema nel quale il soggetto è immediatamente preso»[1].

Si potrebbe, comunque, riproporre il tema, sempre ricorrente, di quale sia il fondamento che legittima il rapporto amoroso. Di nuovo una questione apertissima, alla quale si sta qui cercando di dare una risposta non legata ad una preferenza etica, ma tutt'altro che indifferente al quadro dei principi all'interno del quale deve essere collocato il diritto d'amore. Ecco la ragione della continua, e in definitiva obbligata, insistenza su eguaglianza e libertà, solidarietà e dignità, che insieme concorrono a definire la portata dell'autodeterminazione e richiamano la necessità del reciproco rispetto come componente del diritto d'amore, facendo così emergere nitidamente il suo ovvio carattere relazionale.

Il termine con il quale si descrive ormai il rapporto amoroso è «coppia». L'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea indica con chiarezza questa prospettiva: «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Si riconosce evidentemente il diritto di una coppia, senza specificazioni e limiti imposti dal sesso degli interessati, di scegliere liberamente nell'ambito delle soluzioni previste, in una logica pluralista che ha

fatto venir meno l'esclusività dell'istituto matrimoniale, riducendo così, almeno in via di principio, il potere pubblico di impadronirsi della vita delle persone.

Sottolineando il progressivo imporsi del riferimento alla coppia, non si vuol certo dire che l'uso di quel termine fosse marginale nel discutere di famiglia e matrimonio. Lo attesta il linguaggio comune. «Che bella coppia!» è una espressione che continua ad essere pronunciata per certificare in pubblico non solo l'apprezzamento di una evidente bellezza fisica, ma di un modo di vivere che sollecita l'accettazione sociale. Coppia e famiglia non sono però termini sovrapponibili, rinviano a vicende storiche che hanno visto il mutare del significato di entrambi e il progressivo dilatarsi del riferimento alla coppia anche nel linguaggio istituzionale, per assicurare ad essa garanzie che non potevano derivare dalla disciplina della famiglia.

L'autonomia sociale e concettuale della coppia è il risultato dell'affermarsi del modello della famiglia nucleare, «della famiglia coniugale intima»[2], che ha costituito il riferimento della legislazione familiare dell'intera ultima fase, compresa la riforma italiana del 1975. Risultato preparato da una molteplicità di fattori, da un insieme di mutamenti, che hanno ristretto l'area di una società coniugale che aveva trovato concreta collocazione in un contesto familiare allargato, dove la convivenza, o comunque una rete strettissima di relazioni, vedeva presenti legami parentali verticali, tra la coppia e ascendenti e discendenti, e orizzontali, tra coppie diverse. Tutto questo è avvenuto anche perché si è abbandonato un modo di concepire e praticare la famiglia per cui «la forza della coppia, e ciò che ne garantiva la durata, non stava nell'investimento emotivo reciproco dei partner, ma nella forza delle convenienze sociali ed economiche che l'hanno originata»[3]. L'emergere progressivo di questa novità, mettendo al centro la qualità della relazione tra i coniugi, apriva una strada per una complessiva considerazione giuridica anche là dove la relazione di coppia non è fondata sul matrimonio. E proprio quest'insieme di novità dà cittadinanza alla nozione di diritto d'amore, e alla sua possibile generalizzazione.

Il raggiungimento di questo risultato richiede anche la presenza di specifiche condizioni materiali. L'amore della coppia si manifesta in un ambiente in cui essa si separa da tutta una serie di altri legami che definivano una famiglia estesa, fa parte a sé, si incarna in un bisogno di intimità che non si esaurisce nell'attesa che fattori esterni la rendano possibile. La scelta e il bisogno dell'intimità divengono motore del cambiamento del contesto circostante. «Il

primo mutamento radicale (...) destinato ad infrangere la forma della casa di abitazione medievale fu lo sviluppo del senso di intimità. Questo, infatti, significava la possibilità di appartarsi a volontà dalla vita e dalle occupazioni in comune con i propri associati. Intimità durante il sonno; intimità durante i pasti; intimità nel rituale religioso e sociale; finalmente, intimità nel pensiero»[4].

Questa riflessione di Lewis Mumford coglie il passaggio da un Medioevo dove intimità e solitudine erano appannaggio dei pochi che decidevano di farsi mistici o monaci, pastori o banditi[5], ad una incipiente modernità nella quale proprio il bisogno di intimità diviene elemento costitutivo del sistema delle relazioni sociali[6]. La struttura delle città ne viene influenzata, le tipologie abitative la riflettono. La famiglia nucleare creerà un mercato edilizio a sua misura. L'offerta si specializza in abitazioni piccole e medie, la grande casa dove convivevano generazioni diverse cerca nuove destinazioni. E lì, in quei nuovi luoghi, può svilupparsi un'altra grammatica dell'amore.

Queste considerazioni confermano la necessità del tener insieme l'aspetto rappresentato dalla vita personale delle persone nella costruzione della loro identità sociale e sessuale, nella loro intimità affettiva ed emozionale, e il ruolo che questo modo d'essere gioca nel funzionamento dei vari tipi di società, nello strutturare i sistemi della parentela[7]. Non ci si può limitare a registrare il fatto che il matrimonio non è più l'atto fondativo della coppia e che si sono fatte intense le dinamiche di composizione e scomposizione delle famiglie. L'orizzonte da contemplare, e da analizzare, è quello di metamorfosi, di un continuo divenire che struttura, anche dal punto di vista simbolico, relazioni personali e connessi sistemi di parentela, che nessuna mossa autoritaria può chiudere nella imposizione o nella restaurazione di un unico modello, anche se tutto questo si colloca in una dimensione che non può pretendere di far tabula rasa del passato[8].

La coppia è testimonianza immediata, nelle sue transizioni e variazioni, delle metamorfosi che stiamo vivendo. La loro descrizione e la loro analisi mettono in chiara evidenza che siamo in presenza di una molteplicità di modelli, di un differenziarsi che non si coglie solo nella dimensione diacronica, nella successione nel tempo. Emerge con nettezza anche in quella sincronica, con la compresenza e la convivenza di modelli diversi, sia in contesti differenziati dal punto di vista territoriale e culturale, sia in uno stesso specifico contesto. Si potrebbe dire che basta guardarsi intorno, interrogare la vita quotidiana, perché ciascuno di noi riesca a registrare il suo vivere in presenza di un

universo multiforme di coppie, che l'attenzione sociologica registra, analizza e in qualche misura ordina[9], ma che assume pure un indubbio significato antropologico. Di fronte a questo movimento incessante il versante istituzionale appare troppo spesso sfasato, per ritardi o parzialità di visione, rendendo così precaria la rilevanza della regola giuridica.

Di questa precarietà è buona testimonianza il diffondersi dell'espressione «coppia di fatto», espressione non felice e riduttiva, ma che nasce proprio per individuare una forma di convivenza comunque differenziata dalla «coppia di diritto», all'origine identificata solo con quella fondata sul matrimonio. Singolare espressione, quella di coppia di fatto, che può alludere ad una coppia in ansiosa attesa d'essere ammessa nel territorio del diritto. O nella quale, all'opposto, si manifesta l'orgogliosa contrapposizione tra il fatto e il diritto, tra la vita e la regola giuridica, dove proprio l'assenza di qualsiasi riconoscimento formale costituisce la prova di un modo d'essere tutto fondato sull'affetto.

Si perde questa peculiarità, e così in qualche modo si assiste a un deperimento dell'amore, quando alla coppia di fatto si attribuiscono alcuni requisiti necessari per poter godere di un riconoscimento giuridicamente significativo? Nel comune sentire istituzionale avviene proprio questo, poiché la rilevanza giuridica della coppia di fatto esige che si tratti di «una relazione stabile e responsabile»[10].

Qui l'intreccio tra amore e diritto si fa stretto, perché la domanda sulla stabilità riguarda l'amore stesso. Non si può certo sostenere che l'amore tra due persone sia solo quello capace di reggere nel tempo. Questo aspetto dell'amore è messo in particolare evidenza da Stendhal che, come sottolinea Remo Bodei, ci ricorda che «la sua instabilità e incostanza sono e devono essere massime, così da potersi superare e da rendere l'amore sempre uguale e sempre diverso»[11]. Si potrebbe concludere che al diritto si chiede di garantire sia la stabilità che l'instabilità. Vi sono, infatti, situazioni nelle quali l'amore di coppia deve essere garantito contro discriminazioni, stigmatizzazione, disgusto, e qui il compito del diritto può arrestarsi, poiché ad esso non si chiede interferenza, ma semplicemente garanzia per il libero dispiegarsi delle relazioni personali. Il caso più noto, e storicamente e socialmente più rilevante, è quello che riguarda i rapporti tra persone dello stesso sesso, e la faticosa e ancora non interamente compiuta rimozione degli ostacoli rappresentati in primo luogo dalla loro collocazione in un'area di illegalità più o meno intensa, fino alla loro qualificazione come reato. Ma la penalizzazione dell'instabilità si può ritrovare altrove, come accade con la disciplina della

rottura della promessa di matrimonio, spinta al di là degli aspetti patrimoniali per garantire alla persona abbandonata un risarcimento per il danno «morale» subito.

In definitiva la garanzia dell'instabilità, della legittima fine di un amore, è affidata ad una assenza di regole che altrimenti limiterebbero l'autodeterminazione, riconosciuta esplicitamente dal Codice civile che, nell'articolo 144, afferma che «i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare», formula evidentemente generalizzabile per tutte le situazioni affettive. Può accadere, tuttavia, che pure un rapporto di breve durata meriti di essere considerato dal punto di vista della regola giuridica quando vi siano stati impegni reciproci che non possono essere abbandonati all'arbitrio di uno dei partner. Si è ironicamente, ma realisticamente, definito «lavoro dell'amore»[12] quell'insieme di situazioni nelle quali uno dei partner ha fornito il suo contributo, che viene poi disconosciuto con l'argomento che esso altro non era che la conseguenza implicita della relazione affettiva. Il riconoscimento sul terreno economico si presenta come una necessità di fronte al rischio di prevaricazioni, all'esistenza di asimmetrie di potere.

La coppia instabile lascia una scia socialmente rilevante, che può richiedere un intervento del diritto per evitare discriminazioni. Dobbiamo dire che l'amore non è mai a costo zero?

Questo sguardo sull'amore, che lo riconduce a quella realtà della vita quotidiana nella quale si manifesta e vive e finisce, sicuramente lo spoglia di alone romantico, ma consente di coglierne la variabilità, i diversi modi in cui le coppie si strutturano, al di là e indipendentemente dalle forme giuridiche eventualmente prescelte. L'amore entra nella società, può sconvolgerla, ma in essa si insedia incidendo sulle sue dinamiche con modalità difficilmente riconducibili a quel denominatore comune che storicamente si era voluto creare attraverso il matrimonio monogamico, indissolubile, eterosessuale. Non è un fattore di disordine nell'ordinamento costituito. È l'effetto della impossibilità di costringere la vita in schemi che finirebbero con il negarne la ricchezza, e per ciò destinati ad essere travolti.

Ma sappiamo pure che l'amore non è mai eguale a sé stesso, trova infinite manifestazioni, non è riducibile al momento in cui «la freccia di Eros ti trafisse per la prima volta»[13]. Può essere sempre nutrito da forti passioni, che tuttavia possono lasciare il posto ad affetti non meno intensi. Coltivando un dialogo a distanza tra Stendhal e Spinoza, Remo Bodei mette in evidenza che «anche la trasformazione delle passioni in affetti, tramite lo strumento intermedio della

ragione, si mostra analoga all'imposizione di regole universali e astratte di una lingua in fondo sconosciuta nel suo funzionamento a un parlante che dapprima le subisce e solo più tardi apprende non solo a farne uso in maniera passiva, ma a creare con esse nuove, infinite frasi, la cui pienezza di senso dipende dalle sue capacità»[14]. Compare così la ragione, non più contrapposta all'amore in una reciproca inconoscibilità, obbligandoci a ritornare con rigore sul fin troppo inflazionato riferimento alla riflessione di Pascal – «il cuore ha le sue ragioni, che la ragione non conosce»[15] – che indica la diversa razionalità che deve presiedere alle relazioni d'amore, quali che esse siano.

Da qui, da questi molteplici intrecci, deve sempre ripartire l'analisi dei faticosi rapporti tra amore e diritto, e dunque dei modi in cui si genera il diritto d'amore. Senza mai dimenticare che quei rapporti sono stati troppe volte amputati, e continuano sovente ad esserlo, dell'essenziale relazione con l'eros, con la sessualità. Un non detto, una parola non pronunciabile in pubblico, troppe volte ipocritamente avvolta dal pudore, che richiama irresistibilmente quel che scriveva Anatole France. «Così nacque il pudore, che regna su tutti gli uomini, e in particolare sui popoli lascivi»[16]. Inconcepibile ormai il tacerne, poiché ben sappiamo che l'omissione non è possibile, non solo perché preclude la stessa conoscenza del sé, ma perché finirebbe con l'essere preclusa la possibilità di una analisi realistica di che cosa sia oggi la coppia e quale il contesto sociale e culturale in cui è immersa[17].

L'attenzione per la coppia è stata imposta dalla forza delle cose via via che il «fatto» sfidava il «diritto», ne mostrava i limiti, l'incapacità di cogliere la vita delle persone. Non deperivano tanto l'attrazione e la rilevanza sociale del matrimonio, quanto piuttosto la sua considerazione come cammino obbligato. E, quando questa percezione si è insediata nella società, si è potuto assistere ad un recupero dell'interesse per il matrimonio, non più legato ad una coazione sociale e legittimamente affiancato/sostituito da altre modalità di costruzione delle relazioni affettive tra le persone. Può apparire come un paradosso il fatto che tutto ciò sia stato reso possibile dal parallelo processo di individualizzazione, destinato a mettere in evidenza il momento dei diritti, non più soltanto quello dei vincoli, consentendo così anche una diversa lettura di parole che, come la «fedeltà», rimangono immutate nei testi legislativi.

L'attenzione per la coppia svela le dinamiche effettive tra i partner, la «conversazione» accanto alla «fusione»[18]. L'aspetto discorsivo non è secondario, poiché mette in evidenza una modalità dello stare insieme dalla quale dipende la permanenza stessa della coppia. Il discorso al posto dell'amore? O piuttosto

la constatazione del fatto che il continuare a pronunciare la parola «amore» – al posto di altre: convenienza, interesse, sottomissione – indica una qualità della relazione che consente di declinarla in termini di diritto, al posto di altre possibili qualificazioni giuridiche? Quelle altre parole, riferite alla relazione di coppia, infatti, individuano un fondamento che risponde alla logica individualistica (egoistica?) di ciascun partner. Si perde così quel carattere relazionale che, come si è detto, caratterizza il diritto d'amore, evocando altri strumenti giuridici di tutela. Se si vuol tornare ai principi, la coppia non ha bisogno soltanto di eguaglianza: esige solidarietà, non dirò fraternità vista la matrice di questo termine, e dunque rispetto reciproco, comprensione e considerazione dell'altro. Che non sono in sé nozioni giuridiche, ma guida per la costruzione della stessa dimensione propriamente giuridica.

Questa attenzione per la coppia, né forzata né pretestuosa, ci consegna una dimensione larga, nella quale si colloca il necessario ripensamento dell'istituto matrimoniale, anch'esso investito e conformato dalla logica degli affetti, per non dire delle passioni. Si è già ricordato come questa logica abbia trovato accoglienza nell'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con la sua sostanziale parificazione delle diverse forme di costituzione di una famiglia, allontanata dalla sua matrice storica e qui intesa appunto come relazione formalizzata tra due persone, frutto di una loro libera scelta.

Il problema, o l'inciampo, diviene allora quello dell'estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso.

[1] R. Barthes, *Il discorso amoroso. Seminario à l'École pratique des Hautes Études 1974-1976*, tr. it. di A. Ponzio, Mimesis, Milano-Udine 2015, p. 370.

[2] C. Saraceno, *Coppie e famiglie*, cit., p. 47. E, per una riflessione interdisciplinare, C. Brunetti-Pons (a cura di), *La notion juridique de couple*, Economica, Paris 1998, in particolare J. Commaille, *La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique*, pp. 14 ss.; C. Brunetti-Pons, *L'emergence d'une notion de couple en droit civil*, in «Revue trimestrielle de droit civil», 1999, pp. 27-49.

[3] C. Saraceno, *Coppie e famiglie*, cit., p. 47.

[4] L. Mumford, *La cultura delle città* (1938), tr. it. di E. e M. Labò, Comunità, Milano 1953, p. 29.

[5] M. Bloch, *La società feudale* (1939), tr. it. di B.M. Cremonesi, Einaudi, Torino 1962.

[6] Si veda M. Casciato, *L'abitazione e gli spazi domestici*, in P. Melograni (a cura di), *La famiglia italiana*, cit., pp. 525-587.

[7] Intorno a questo tipo di relazioni è costruita la grande ricerca di M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, Paris 2004.

[8] Ivi, pp. 512-588.

[9] Con la sua abituale chiarezza lo fa C. Saraceno, *Coppie e famiglie*, cit., in particolare pp. 46-62.

[10] Così, riprendendo una terminologia ormai corrente, la recente sentenza sul diritto delle coppie dello stesso sesso ad adeguata tutela giuridica: Corte europea dei diritti dell'uomo, Oliari e altri c. Italia, cit. Di «stabile convivenza» parla la Corte costituzionale nella sentenza 14 aprile 2010, n. 138 (sulla discussione su questa sentenza S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna 2015, p. 139) e di soggetti «stabilmente conviventi» la Corte di Cassazione, 15 marzo 2012, n. 4184.

[11] R. Bodei, *Geometria delle passioni*, cit., p. 357.

[12] Si veda C. Saraceno, *Coppie e famiglie*, cit., p. 53.

[13] Comincia così il racconto di V. Mancuso, *Io amo*, cit., p. 11.

[14] R. Bodei, *Geometria delle passioni*, cit., p. 359.

[15] B. Pascal, *Pensées* (1669), n. 277.

[16] A. France, *Il manichino di vimini* (1897), tr. it. di U. Dettore, Rizzoli, Milano 1953, p. 70.

[17] C. Saraceno, *Coppie e famiglie*, cit., in particolare pp. 50-51.

[18] Per riferimenti puntuali sempre ivi, pp. 51-56.

9.
Giudici attenti, legislatori impotenti

Permane in Italia un grumo difficile da rimuovere che, negando alle coppie di persone dello stesso sesso l'eguaglianza e la pari dignità rispetto a quelle eterosessuali, impedisce loro di seguire quelle vie dell'amore che altri paesi sempre più aprono. Attraverso una lettura chiusa dell'articolo 29 della Costituzione sul matrimonio, nel 2010 la Corte costituzionale ha accumulato argomenti per cercar di fondare, peraltro in maniera non persuasiva, una costituzionalizzazione del matrimonio eterosessuale, indicando alle altre coppie soluzioni residuali, che rendono ancora più visibile la discriminazione e negano loro diritti fondamentali. Riletta oggi, quella sentenza ci dice che la Corte ha perduto una buona occasione, ha peccato per eccesso di zelo, ha adottato argomenti non convincenti.

Di fronte alla gravità ormai evidente delle discriminazioni nei confronti delle persone omosessuali, ma soprattutto dopo aver riconosciuto loro il diritto fondamentale a vivere liberamente una relazione di coppia, la Corte avrebbe potuto (dovuto?) far uso di una tecnica da essa largamente utilizzata e pronunciare una sentenza «additiva di principio», integrando l'ordinamento con la previsione dell'accesso al matrimonio delle coppie dello stesso sesso, eliminando così una lacuna legislativa incostituzionale. Questa non sarebbe stata la creazione di un nuovo diritto, ma più semplicemente la rimozione di un ostacolo che negava ad una categoria di persone l'esercizio di un diritto riconosciuto ad altre. Se la Corte avesse voluto piuttosto tener ferma la competenza del legislatore in materia, avrebbe potuto ricorrere ad un'altra sua abituale, e non sempre felicissima, tecnica, invitando il legislatore a provvedere, eventualmente mettendolo di fronte ad una vera e propria moratoria. E fermarsi qui. Invece ha cercato di ipotecare la futura decisione del Parlamento, piantando un paletto che vuole escludere la possibilità di riconoscere anche in via legislativa l'accesso al matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso. Da qui è nata una gran discussione, che bisogna

mettere a frutto, senza ipoteche o pregiudiziali ideologiche e avendo sempre ben presente che siamo di fronte ad una discussione intensissima nei paesi più diversi.

Per tener ferma una posizione che si rivela sempre meno sostenibile, la Corte paga un prezzo alto per il modo in cui affronta il rapporto tra la Costituzione e il Codice civile e gli stessi rapporti interni tra principi e norme costituzionali. Sembra quasi che sul lavoro dei giudici costituzionali continui ad allungarsi l'ombra dell'inversione metodologica che si ebbe nelle discussioni dell'Assemblea costituente, quando nelle tesi di alcuni le norme del Codice civile vennero anteposte a quelle costituzionali, con una evidente incapacità di cogliere la nuova gerarchia delle fonti che dava alla Costituzione un rango superiore a quello di ogni legge ordinaria. Certo, lo schema argomentativo è cambiato, non è così approssimativo, ma di quel vizio non ci si è davvero liberati. I riferimenti della sentenza della Corte al Codice civile, e ad altre norme della legislazione in materia familiare, sembrano non tener conto dell'ammonimento di Maria Maddalena Rossi sulla volontà delle donne italiane di cambiare il Codice civile. Quella riforma è venuta, sia pure tra molte resistenze e grandi ritardi, e quel modello codicistico è stato del tutto abbandonato. La Corte ha così fatto una operazione opposta a quella del *Conseil constitutionnel* francese, che ha mostrato come non sia corretto dedurre un principio generale dalle reliquie di un sistema già profondamente mutato.

La ricostruzione del contesto, all'interno del quale deve essere valutata la tenuta del paradigma matrimonialistico tradizionale, esige in primo luogo la constatazione del dato istituzionale rappresentato dai principi costituzionali e dal rilievo attribuito ai diritti fondamentali[1]. In questo nuovo contesto, di cui non è facoltativa la considerazione, «il paradigma eterosessuale del matrimonio crea incostituzionalità, perché oppone resistenza non a un capriccio, né a un desiderio, né ad una '(innaturale) pretesa', ma al diritto individuale alla propria identità personale»[2].

Non basta, allora, che i giudici costituzionali dicano che i concetti di famiglia e matrimonio non possono ritenersi «cristallizzati» rispetto al momento in cui la Costituzione entrò in vigore. In realtà il loro ragionare muove proprio da un congelamento del paradigma matrimoniale secondo le norme del Codice civile del 1942 (anzi, per questa parte, del 1939), del tutto estranee, anzi profondamente contraddittorie rispetto alla fondazione dei diritti della persona sulla dignità e l'eguaglianza, sul riconoscimento della libera costruzione della personalità. Il Codice civile ignora tutto questo, e la riforma del diritto di

famiglia del 1975, insieme all'introduzione del divorzio nel 1970, costituisce la contestazione normativa di quell'assetto, che la forza delle cose aveva mostrato ormai insostenibile. Bisogna tener presente che il mutamento della disciplina della famiglia ha sempre costituito il primo passo, l'anticipazione di più generali riforme del sistema del diritto privato, perché lì, nel modo d'intendere e praticare le relazioni personali, le trasformazioni sociali divengono più chiare e impongono il cambiamento giuridico grazie a un'evidenza altrove non percepibile con altrettanta immediatezza.

Di questo la Corte costituzionale non ha voluto tenere conto, si è chiusa di fronte a questa evidenza divenuta ormai anche giuridica. Si è data una lettura essenzialistica della famiglia, della sua fondazione su diritti originari preesistenti allo Stato, di cui l'eterosessualità costituirebbe un carattere permanente. E ricorrendo, subito dopo, ad un altro argomento, quello del silenzio sul tema dell'omosessualità nella discussione dell'Assemblea costituente. Questo può voler dire che, se in quella sede si fosse fatto, ad esempio, un rinvio ad una futura, possibile considerazione dei diritti degli omosessuali, non sarebbe più stato possibile invocare quei diritti originari?

Una bella contraddizione argomentativa, che si ripete quando la sentenza affronta la rilevanza, per la decisione, dei riferimenti all'articolo 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Qui si decide di ignorare il fatto che non è più possibile fondare l'argomentazione sulla diversità di sesso presente nella Convenzione ed esplicitamente abbandonata dalla Carta, tanto che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha registrato la rilevanza del mutamento. Si insiste sul fatto che la norma della Carta dei diritti fondamentali non impone ai legislatori nazionali di aprire l'accesso al matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso, rispettando la loro discrezionalità. Ma così, di nuovo, siamo fuori da ogni essenzialismo, la questione riguarda la discrezionalità politica, non la custodia di qualcosa di intangibile per sua propria natura.

Rimane l'argomento del silenzio, della impossibilità di dare una diversa lettura dell'articolo 29, di incidere sul «nucleo» della norma, «modificandola in modo da includere in essa fenomeni e problematiche non considerate in alcun modo quando fu emanata». Argomento sempre difficile, quello del silenzio, come ben sanno tutti gli studiosi di teoria dell'interpretazione, e non soltanto di quella giuridica, quando si tratta di individuare una «intenzione»[3]. Molte sono le possibili ragioni di un silenzio, difficilmente individuabili con

sicurezza, potendo trovare fondamento in un assenso o in una indifferenza o in una mancata percezione. Di fronte a questa variabilità, è facile cadere in argomentazioni in definitiva più psicologiche che altro, di cui è stata messa in evidenza la debolezza[4].

Bisognerà pur ricordare, scontata l'ambivalenza di ogni riferimento al silenzio, che il tema dell'omosessualità non trovava in quegli anni una sua immediata rilevanza nella discussione pubblica, o era comunque taciuto, sì che si comprende il perché i costituenti non ne tennero conto nelle loro discussioni. E bisogna pure aggiungere che l'assenza di ogni riferimento all'omosessualità si spiega anche con la stigmatizzazione che allora accompagnava questo tema[5], facendo sì che la stessa parola quasi non fosse pronunciabile in pubblico, quell'amore-che-non-osa-dire-il-suo-nome, come amaramente Oscar Wilde descrisse davanti ai giudici la sua relazione con Alfred Douglas[6]. Ma un eventuale silenzio complice di una stigmatizzazione non può in alcun modo essere la base legale per negare alle persone diritti e dignità. Significa una sola cosa. Che i costituenti non parlarono di quel tema, sì che l'unica conclusione corretta è che il silenzio lascia al legislatore uno spazio libero.

Costruendo un mondo chiuso intorno all'articolo 29, i giudici costituzionali si sono chiusi essi stessi al mondo dove la persona dev'essere considerata con il massimo rispetto e dove le parole giuridiche devono pur avere un significato. L'aver parlato di un diritto fondamentale non è affermazione di poco peso, non può poi essere ridimensionata in modo incompatibile con la logica propria dei diritti fondamentali e introducendo addirittura una discriminazione incompatibile con il divieto di negare l'eguaglianza alle persone in base alle loro «condizioni personali» (articolo 3 della Costituzione).

Né la diversità di orientamento sessuale può fondare una diversità di trattamento giuridico, come pure si sostiene, poiché le discriminazioni su questa base sono ormai ritenute giuridicamente improponibili, come risulta esplicitamente dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Di questa, come di altre innovazioni, si deve prendere atto proprio quando si vuole ricostruire il sistema dei principi, come ha fatto in più occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo anche in decisioni riguardanti l'Italia. Questo sguardo non regressivo sull'ordinamento nel suo insieme avrebbe dovuto capovolgere il modo in cui si estraggono dal sistema i principi regolativi dell'istituto matrimoniale.

Siamo di fronte ad un tema che, nel linguaggio diffuso, si articola con i

riferimenti al «diritto al matrimonio» e al «diritto alla vita familiare» – specificato come quello spettante alle coppie di persone dello stesso sesso –, come sviluppo del riferimento al «diritto alla vita privata», intesa come «vita familiare», dalla sentenza del 2015 della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il diritto al matrimonio non è più inteso nella logica contrattuale, sia pure del «contratto sentimentale»[7], ma come strumento liberamente scelto per costruire vita e personalità. È evidente, allora, che l'apertura alle coppie di persone dello stesso sesso non riguarda una sorta di rivendicazione corporativa, l'esito finale del «lobbismo gay», ma fa emergere in tutta la sua difficoltà e complessità la riflessione d'insieme sul matrimonio in quanto tale, che nell'ultima fase ha conosciuto dinamiche sociali e legislative di grandissima portata, alimentate anche da una consapevole riflessione storica[8]. Proprio queste dinamiche fanno emergere una tensione tra amore e diritto che diventa massima nel momento in cui disvelano discriminazioni non più accettabili, perché vogliono restituire all'orientamento sessuale la funzione di limite all'eguaglianza.

L'incertezza che domina la situazione italiana, quella ritenuta inammissibile dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si coglie nel faticoso tracciato giurisprudenziale, con sentenze che aprono e chiudono spiragli, che faticano a strutturare le garanzie che esse stesse ritengono necessarie per tutte le coppie. Una disciplina per frammenti non può reggere a lungo, riflette piuttosto la mancanza di «una semantica comune dei legami d'amore»[9]. Come costruirla? Sollecitare un troncare e sopire che conduce all'impotenza del legislatore, cedere alla tentazione di uno *spoil system* etico, debolmente fondato, e quindi sempre esposto alle polemiche e pericolosamente destinato alla reversibilità?[10]

Interrogativi che sono nelle cose, che tuttavia non possono interrompere la riflessione e che, per molti versi, rivelano un modo d'intendere la regola giuridica e il suo rapporto con l'amore che non tiene nel giusto conto la configurazione che tale regola deve assumere in questo caso, accompagnando la vita e non proponendole modelli obbliganti. Un diritto consapevole del fatto che il diritto d'amore è un diritto di libertà, e non l'esito di una concessione. Riconoscere una libertà è sempre difficile, sicuramente traumatico quando la realtà si sottrae alla pretesa di incarnare valori da tutti condivisi. Questa è la situazione che dobbiamo fronteggiare, per non cadere nella trappola dei «valori non negoziabili» e non esercitare una fastidiosa pedagogia giuridica, ma per costruire il quadro giuridico per il molteplice e il diverso, mostrando come sia possibile andare oltre la logica della contrapposizione e gettare il seme della convivenza. Viviamo certo un tempo

difficile, dove il riconoscimento di qualsiasi diritto viene troppo spesso vissuto come una sfida o una negazione delle altrui convinzioni. E tuttavia, obbedendo a un inaccettabile quieto vivere sociale e politico, non si possono lasciare i temi scottanti in una sorta di limbo giuridico, praticando una ambigua deresponsabilizzazione.

Questo stato delle cose esprime piuttosto la difficoltà della mediazione politica di fronte a processi sociali complessi e spesso inediti[11], che dovrebbero essere compresi e accompagnati non solo con interventi legislativi tempestivi, quando se ne ravvisi davvero la necessità. Servono politiche che, di fronte a decisioni difficili o impopolari, abbandonino l'apparente tranquillità garantita dal mantenimento di uno *status quo* che serve solo a rassicurare coscienze deboli con fughe dalla responsabilità. Ingannevole rassicurazione perché, quando si custodiscono discriminazione e negazione della dignità, l'esito è piuttosto quello dell'esasperarsi dei conflitti, per il disagio delle persone e il malessere sociale che così vengono prodotti. E, conseguenza ancor più grave, la politica stessa viene delegittimata per l'evidente incapacità di affrontare i problemi del suo tempo, si chiude in un silenzio aggressivo, e così legittima l'affermazione radicale della necessità di sottrarre alle «vicissitudini della politica» non un qualsiasi diritto fondamentale, ma l'umanità stessa delle persone.

Non può sorprendere, allora, che di fronte all'inerzia dei parlamenti si manifesti un'altra forma di mediazione giuridica, affidata ai giudici. Che non è soltanto una supplenza, un colmare un vuoto. È il segno che esiste una sede istituzionale dove il dibattito pubblico può essere incanalato, giungere a soluzioni che rispondono a situazioni e casi concreti, approdare ad un quadro istituzionale dove trovano rilevanza e rispetto i principi fondativi dei diritti delle persone.

Questo procedere muovendo da casi concreti, questo continuo mettere alla prova la tenuta del sistema giuridico di fronte alla realtà, è ciò che spiega come sia poi possibile giungere a scelte d'ordine generale, ben illustrate dal modo in cui sono si sono mossi la Corte Suprema degli Stati Uniti, il Tribunale costituzionale spagnolo e il Tribunale costituzionale portoghese, risolvendo in sede giurisprudenziale il problema riguardante la generalizzazione dell'accesso al matrimonio. Poiché anche nelle sentenze italiane più aperte questa strada viene ancora ritenuta impraticabile, servono un'azione culturale e una politica dei diritti che non si stanchino di continuare ad affrontare il problema del «nucleo», del «contenuto essenziale minimo» del matrimonio. Si tratta di un

problema che proprio il processo di mutamento del diritto, al quale si vorrebbe sottrarre l'Italia, impone di riconsiderare, soprattutto perché la sentenza della Corte costituzionale, rivelandosi storicamente datata, mostra in modo chiaro la necessità di un ripensamento.

Si è già sottolineata l'improprietà del modo in cui la Corte argomenta la tesi secondo la quale quel contenuto si porrebbe come limite agli interventi non solo del giudice, ma dello stesso legislatore ordinario, perché costituzionalizzato. I riferimenti sono ad una definizione della famiglia dedotta dal Codice civile, già per sé contestabile, che rinvierebbe ad un dato di realtà immodificabile dalla regola giuridica. Ma le distorsioni del ragionamento, come già si è rilevato, si trasferiscono dall'improprio rapporto tra Costituzione e Codice civile allo stesso modo in cui vengono utilizzate le norme costituzionali. Invece di ricostruire la portata dell'articolo 29 secondo quanto è previsto dall'articolo 3, dunque dal principio di eguaglianza, si segue l'itinerario opposto, sostanzialmente negando il valore conformativo dell'intero sistema costituzionale ad uno dei suoi principi fondativi. Un'inversione logica che depotenzia la portata dell'articolo 3 e apre le porte ad una sommaria dichiarazione di ragionevolezza della discriminazione nei confronti delle coppie di persone dello stesso sesso. Il principio d'eguaglianza compare formalmente e scompare sostanzialmente, con una sbrigativa valutazione della diversità tra i vari tipi di coppie che legittimerebbe il trattamento differenziato. Neppure una parola è spesa sui veri punti chiave, che sono i divieti di discriminazione legati alle «condizioni personali» e, più specificamente, all'«orientamento sessuale».

L'articolo 3 è stato fortemente sottovalutato. Si può ritenere che tutto ciò non sia casuale, non sia il frutto d'una disattenzione, ma della consapevolezza del fatto che, se si fossero prese le mosse, come si doveva, da questo articolo, sarebbe stato poi assai difficile non fare i conti seriamente, e non in modo strumentale, con il clamoroso silenzio del legislatore e rimuovere l'ostacolo così opposto alle coppie di persone dello stesso sesso con la già ricordata tecnica di una sentenza «additiva di principio». Tecnica, peraltro, alla quale la Corte ha fatto ricorso nella sentenza del 2014 sul cosiddetto «divorzio imposto» per evitare che lo scioglimento del matrimonio, previsto dalla legge nel caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi, facesse passare la coppia da un massimo di protezione a un massimo di indeterminatezza. I giudici costituzionali hanno inventato addirittura un nuovo e singolare istituto, il «matrimonio a tempo e sotto condizione»[12] che rimane in piedi fino all'entrata

in vigore di una nuova legge.

La diversa insistenza sull'articolo 2, e l'ovvio riconoscimento tra le «formazioni sociali» delle coppie di persone dello stesso sesso per ciò titolari del diritto fondamentale di vivere liberamente la condizione di coppia, sono sicuramente significativi se si considera la perdurante arretratezza in specie della cultura politica. L'apertura in questa direzione della Corte costituzionale era davvero obbligata, il minimo che si potesse fare. Ma qui ci si ferma, senza considerare che da lì bisognava muovere verso una analisi delle dinamiche complessive delle diverse formazioni sociali, invece di utilizzare sparsi riferimenti alle coppie eterosessuali, presenti nella legislazione ordinaria, come un riferimento forte e non, come invece sono, sopravvivenze in un sistema che si è mosso in una diversa direzione.

Proprio le trasformazioni del diritto di famiglia suggeriscono una direzione opposta, mostrando con chiarezza che siamo di fronte ad un progressivo distacco da quel modello del Codice civile al quale la Corte continua a riferirsi. La centralità degli affetti, tratto distintivo della riforma del 1975, dissolve l'antico modello gerarchico e discriminatorio, adottando la giusta lettura dei principi costituzionali. Siamo di fronte ad una forte discontinuità, davvero ad un cambio di paradigma. Si dà soprattutto cittadinanza ad una pluralità di modelli, restituendo alle coppie quel potere di organizzazione della vita familiare del quale era stato espropriato dal riduzionismo ad un unico modello, gerarchico e eterosessuale. Il modello del Codice civile del 1942 è ormai relativizzato, uno tra gli altri. Il sopravvivere in diverse norme del riferimento a *moglie* e *marito* è il semplice riflesso di un sistema non ancora integralmente modificato in coerenza con la sua propria logica, non la conferma del vecchio modello.

È giunto a conclusione un tragitto che rinvia alle dinamiche paritarie della coppia («i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare»: articolo 144 del Codice civile nella versione riformata del 1975). E non mi pare che questo rinvio ad una molteplicità di modelli sia l'espressione di una legislazione «scettica» – «à chacun sa famille, à chacun son droit»[13]. Siamo piuttosto di fronte alla presa d'atto di un mutamento che il diritto registra non in maniera rassegnata o passiva, bensì consapevole di un proprio limite, sorpassato il quale perde la sua legittimazione, diviene fonte di conflitti, invece di realizzare le condizioni propizie al libero sviluppo della vita familiare.

Né siamo di fronte ad una attenzione per i diritti che trascura il momento dei doveri, secondo una vulgata semplicistica che si va diffondendo[14]. L'abbandono

di una visione costrittiva ha spostato l'accento sulla reciprocità, sulla solidarietà necessaria perché la convivenza non divenga «intollerabile» (articolo 151 del Codice civile), parola nuova in una disciplina giuridica che si affranca da un groviglio di obblighi che sancivano diseguaglianza e discriminazione, imponendo di considerare «tollerabile» anche quello che più non lo era. «Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri» (articolo 143): e questi consistono nell'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione, oltre che alla contribuzione con la propria capacità di lavoro ai bisogni della famiglia. È l'indicazione (anche se prolissa e inadeguata, come già si è detto) di una modalità del vivere che tiene conto delle situazioni concrete. Gli stessi doveri sono «asciugati» da pretese che, in una cieca e formalistica interpretazione, possono addirittura complicare i rapporti di coppia, e viene così resa possibile una loro flessibilità, come accade per l'obbligo di coabitazione.

È nata la «famiglia democratica»[15] o questa aggettivazione rischia di spingerci verso una falsa pista? La logica paritaria e il diritto di parola di tutti i componenti della famiglia giustificano l'uso di quel termine. L'originario modello del Codice civile è stato del tutto capovolto, sì che la sua presunta costituzionalizzazione riguarderebbe oggi una normativa lontanissima, addirittura opposta, nei suoi fondamenti e nella sua struttura, a quella alla quale si sostiene che intendevano fare riferimento i costituenti. Sottratto alla variabilità, in quel contenuto «minimo», sarebbe soltanto il paradigma eterosessuale, legittimato non da una scelta, ma da un silenzio dei costituenti. In realtà, proprio il succedersi di riforme maggiori o minori – traumatiche come il divorzio o evolutive come la riforma del 1975, attributive di autonomia all'interno stesso della famiglia come quella riguardante la decisione di interrompere la gravidanza sottratta al consenso del marito e riconosciuta alle ragazze che abbiano compiuto i sedici anni, tutte nella linea dell'attuazione della Costituzione – è di una tale eloquenza che sconfigge ogni pretesa di erigere con il silenzio una barriera contro il mutamento, culturale e sociale, prima che politico.

Dell'inconsistenza, e anche della pericolosità, del riferimento al silenzio, si è già parlato. Vale la pena di aggiungere che viene così mostrata anche la non plausibilità di una lettura originalista che, in realtà, falsifica proprio l'origine della disciplina costituzionale, perché nell'Assemblea costituente nessuno disse quello che oggi si vorrebbe che la Costituzione abbia detto. Ma pure la ricerca

di un'essenza diviene sempre meno proponibile, sia per consistenti ragioni teoriche, sia perché siamo in presenza di dinamiche che ne revocano in dubbio la stessa fondatezza giuridica. Lo dimostra il crescente, e ormai tendenzialmente maggioritario, orientamento di dichiarazioni dei diritti, costituzioni, leggi ordinarie e sentenze. A tutto questo il sistema giuridico italiano non può dichiararsi estraneo con una mossa volontaristica, poiché esso partecipa a pieno titolo a questa trasformazione, visto che ormai i diritti fondamentali hanno una struttura e una dimensione nazionale e sovranazionale che ne garantisce la tutela[16]. A fondamento di tutto questo vi è una forza delle cose che è giusto chiamare la forza dell'amore, che dispiega una sua virtù egualitaria, assume le sembianze del diritto.

Né la logica originalista, né quella essenzialista possono essere recuperate per una rinnovata chiusura dell'amore in un perimetro matrimoniale sempre più angusto. È da tempo fallito anche il tentativo di trovare un appiglio nella considerazione della famiglia come «società naturale» che compare in apertura dell'articolo 29 della Costituzione[17]. Non si voleva evocare una essenza, si affrontava un problema politico. Si voleva mettere la famiglia al riparo da storiche e pesanti invasioni, dalle pretese di impadronirsene, che hanno sempre accompagnato i regimi totalitari, con modalità diverse, ma sempre aggressive[18]. Con l'abituale sua penetrazione, era stato George Orwell, nella sua grande distopia *1984*, a cogliere la sostanza vera dell'intervento di quei regimi, non parlando genericamente di famiglia, ma di un «Ministero dell'*amore*»[19]. Proprio di questo si voleva davvero impossessarsi.

L'esperienza del fascismo era ben presente ai costituenti, che più volte si riferirono ad essa nel corso delle discussioni. Ma non era tanto quella affidata alla legislazione di carattere generale, sì che alcuni di essi continuarono a fare tranquillo riferimento al Codice civile del 1942[20]. Erano i diversi condizionamenti e le invasioni puntuali affidati ad una variegata serie di interventi di cui avevano diretta memoria, non meno pericolosi perché sostanzialmente caratterizzati da «un misto di attivismo febbrile e mancanza di un disegno globale»[21], e che avevano inciso sulla quotidianità della vita familiare, con un intenso inserimento della famiglia nella logica del regime[22].

Quell'attivismo ebbe il suo punto terminale nel terribile decreto legge 17 novembre 1938, n. 1728, del quale bisogna trascrivere le parole fin troppo eloquenti[23]. «Il matrimonio del cittadino italiano di razza ariana con persona appartenente ad altra razza è proibito. Il matrimonio celebrato in contrasto con tale divieto è nullo (...) Il matrimonio del cittadino italiano con persona di

nazionalità straniera è subordinato al preventivo consenso del Ministero per l'interno. I trasgressori sono puniti con l'arresto fino a tre mesi e con l'ammenda fino a lire diecimila». Ma il consenso ministeriale non valeva per tutti i dipendenti pubblici. Per i dipendenti del Partito fascista e delle associazioni sindacali il divieto di sposare lo straniero era assoluto, pena «la perdita dell'impiego e del grado». Lo Stato fascista s'impadronisce così, violentemente, della vita e dell'amore delle persone.

Si spiega così, e non solo come strategia parlamentare volta a consentire l'approvazione di quella formula, il fatto che Aldo Moro abbia esplicitamente circoscritto la portata del riferimento alla società naturale, sottolineando che non si era di fronte ad una definizione, malgrado l'apparenza, ma si trattava «di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita»[24]. Questa consapevolezza della necessità che il legislatore si fermi, quando incontra gli aspetti più delicati della vita, Aldo Moro tornò a manifestarla, in forma ancor più radicale, a proposito del diritto alla salute, con una proposta che è all'origine delle ultime parole dell'articolo 32 della Costituzione: «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Qui, come a proposito della famiglia, vi è una ingerenza da respingere, non una natura da rivendicare.

Bisogna, tuttavia, tener presente che il riferimento naturalistico, come base di una fondazione essenzialistica del matrimonio, continua ad essere presente nella discussione pubblica, dove compaiono altre versioni dell'esistenza di un nucleo inscalfibile. Ancora Jemolo ci offre un riferimento per la discussione: «all'infuori del diritto naturale e della rivelazione religiosa, è estremamente arduo forgiare una nozione universale di matrimonio che vada oltre all'unico presupposto veramente costante della diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo, ed altresì alla normalità di una base sessuale del vincolo stesso»[25].

Né natura, né religione, dunque, ma storia e antropologia. Ma proprio la riflessione storica e quella antropologica parlano di variabilità e di metamorfosi, e così ci dicono, con dovizia di argomenti, come non sia possibile una fondazione universalistica del matrimonio sulla diversità di sesso e sulla «normalità» sessuale, riferimento quest'ultimo sempre foriero di discriminazioni. In realtà, quello che Jemolo generalizza, e con lui tanti interpreti come già si è ricordato, è la tradizione occidentale, i cui connotati sono stati profondamente modificati in tutta la fase più recente, sì che si rivela

una inammissibile forzatura appellarsi ad una inscalfibile tradizione «ultramillenaria». Scarnificando il percorso argomentativo della sentenza del 2010, si è giunti alla conclusione che proprio la fondazione nella tradizione è il vero, anzi l'unico, appiglio per rilevare che neppure il legislatore potrebbe aprire le porte al matrimonio egualitario. Si giunge così non ad una descrizione di un lunghissimo percorso storico, ma ad una «concezione prescrittiva della tradizione immemorabile»[26].

La tradizione ultramillenaria finisce così con l'essere non tanto una falsificazione, quanto piuttosto una invenzione dei giudici costituzionali, con il sostegno dello sbrigativo argomento «è sempre stato così». È giusto osservare, allora, che l'attività della Corte non è stata affatto interpretazione, ma produzione normativa, che vorrebbe imporre un divieto di «rimuovere artificialmente tabù sedimentati»[27]. Non l'artificio, ma la storia si è incaricata di dare un nuovo corso a quella tradizione, che è legittimo continuare a guardare con personale o culturale nostalgia, ma che non può costituire un fondamento normativo.

In quel modo di argomentare non è difficile cogliere una difficoltà culturale, che riguarda la fondazione del matrimonio, che proprio la storia ha messo in discussione. Da qui la pretesa di una autofondazione nell'immemorabile. Che è cosa singolare, perché proprio i giuristi avrebbero nelle mani gli strumenti per uscire da questa difficoltà.

Essi appartengono ad un mestiere che si pratica nella dimensione dell'artificiale, e dovrebbero essere i più attrezzati proprio per distinguere tra natura e artificio, cogliendo così anche il fluire della storia. Vero è che hanno pure sviluppato una attitudine conservatrice, che troppe volte ha loro impedito di cogliere il mutamento o li ha indotti a cercare di opporgli le loro categorie. Ma essi sono pure parte di un'altra tradizione, quella radicata in una Europa che ha come suo tratto caratteristico quello d'essere «un pensiero che mai si accontenta»[28]. Questa irrequietezza creativa è quella che ha portato ad un ripensamento dei fondamenti, alla scoperta di libertà, eguaglianza, fraternità, poi integrate con la forza della dignità e articolate nei diritti fondamentali, con l'invenzione di una nuova forma di Stato, che oggi proprio sul terreno dei diritti fronteggia la sfida del mondo globale, dunque di un nuovo cambiamento.

Qui è il riferimento fondativo anche per l'istituzione matrimoniale. Non basta allontanarla dal totalitarismo per consegnarla, poi, alle ideologie le più varie, al vincolo naturalistico[29]. Nell'emergere del diritto d'amore si trova una

sua ragion d'essere tutt'altro che contingente. Grazie ad esso si coglie il proprio del diritto e quel che il diritto non deve essere, non può pretendere di essere. La sua specialità, il non essere un diritto tra gli altri, consiste nel produrre un legame immediato tra diritto e vita, tra progetto e realizzazione, dunque fondato sulle persone che decidono di riconoscerlo. Non è il diritto che riconosce il matrimonio, si potrebbe dire, sono piuttosto le persone che, grazie al diritto d'amore, riconoscono il diritto. Un processo di riconoscimento più profondo di qualsiasi formalismo.

Ma tutto questo rimarrebbe irrealizzabile speranza se davvero fossimo obbligati a concludere che la sentenza del 2010 della Corte costituzionale, qui così ampiamente percorsa, avesse elevato un muro giuridicamente insuperabile[30], rendendo «impotente» il legislatore, come sempre accade quando si muove da presupposti naturalistici[31]. Vi è una critica di questa sentenza, forse la più radicale e argomentata, che assume quasi un andamento da orazione di Bruto, e così può arrivare non ad un *escamotage*, ma ad un altrettanto radicale rovesciamento della conclusione alla quale la sentenza vorrebbe obbligare. Torna qui l'argomento del silenzio ma, giustamente, a parti invertite. «Poiché l'art. 29 non dice nulla sul matrimonio omosessuale, *non si può affermare che vieti* di includere la coppia omosessuale sotto la tutela giuridica del matrimonio: di conseguenza non è possibile affermare che sia incostituzionale l'eventuale *scelta discrezionale del legislatore di dare riconoscimento anche al matrimonio omosessuale*»[32]. Non vi sarebbe dunque alcun divieto assoluto, alcun ostacolo insuperabile, ma solo «un divieto di natura *modale*, non di *merito*»[33], che bloccherebbe l'intervento giudiziario, non quello legislativo.

Questa strada verso il recupero almeno della discrezionalità del legislatore può essere proseguita[34]. Da una parte la debolezza delle argomentazioni della sentenza della Corte, dall'altra il fatto che, comunque, ha dovuto prendere atto dell'esistenza di un diritto fondamentale. Questo ha reso assai fragile un tessuto normativo che dovrebbe sorreggere una conclusione così impegnativa quale sarebbe l'esclusione definitiva del matrimonio egualitario. Esclusione che contrasta con la necessità di dare il giusto ruolo prioritario al principio di eguaglianza, sottovalutato dai giudici costituzionali, pur trovandosi di fronte alla legittima pretesa del soggetto di veder riconosciuto un diritto del massimo rilievo per la sua esistenza. Forse bisogna essere consapevoli di che cosa significhi l'aver parlato, come ha fatto la Corte, di «vita» in un contesto che rinvia immediatamente alla costruzione del rapporto amoroso.

Il giurista avrebbe così fatto la sua parte, liberando il legislatore dalla sua

«impotenza», restituendogli una palla di nuovo giocabile e facendo venir meno ogni alibi ad una politica che non potrebbe più trincerarsi dietro il dettato dei giudici costituzionali. Ma qui la politica non è solo quella spaesata e in fondo irresponsabile che, in Italia, abbiamo conosciuto in questi lunghi anni. È quella auspicata alla fine del suo libro da Judith Butler come mobilitazione di minoranze. Questa ha quasi smosso le montagne, da lì sono nate le decisioni che hanno riconosciuto nella sua pienezza e universalità il diritto al matrimonio.

Proprio il realismo politico suggerisce cautela, se non scetticismo, intorno alla capacità del legislatore italiano di cogliere l'opportunità che gli viene offerta non per essere genericamente all'altezza dei tempi, ma per dare ad un diritto davvero fondamentale il riconoscimento che gli è dovuto. Così sta accadendo in diversi luoghi del mondo, dove si è ascoltata la voce di minoranze organizzate che hanno dato evidenza pubblica al problema, non muovendosi secondo logiche agitatorie, ma operando con rigore culturale e giuridico. Grazie alla loro azione molti impedimenti sono stati rimossi, e questo esempio deve continuare ad ispirare l'opera della cultura giuridica nell'indicare e nel progettare gli strumenti necessari perché la vita delle persone venga sottratta non tanto alle vicissitudini, ma alle insensibilità della politica, allargando anche le possibilità di intervento giudiziario, secondo una indicazione che si va diffondendo.

Si dovrebbe legittimamente pensare che la Corte, come le è accaduto in altre occasioni, trovi la strada del ripensamento dopo aver letto i dati e gli argomenti dispensati con dovizia dalla sentenza del 2015 della Corte europea dei diritti dell'uomo. In questa sentenza, riconosciuta la discrezionalità del legislatore nazionale, si dà grande rilievo all'argomento quantitativo, sottolineando come essa diminuisca via via che cresce il numero dei paesi del Consiglio d'Europa che allargano la tutela garantita alle coppie di persone dello stesso sesso (già passati in cinque anni da sei a quattordici), in una prospettiva che tende a far diventare un vero e proprio «dovere positivo» quello del legislatore nazionale di garantire il matrimonio egualitario, già oggi spogliato da una sua immutabile naturalità. L'invito della Corte europea a prendere atto dei cambiamenti sociali trova per questa via non solo una conferma, ma una sua innegabile formalizzazione.

Come può una società continuare a contemplare sé stessa come se fosse accettabile una discriminazione permanente, una esclusione istituzionalizzata di tante persone da diritti fondamentali che dovrebbero essere universalmente

riconosciuti, come in diversi luoghi della stessa Europa si sta facendo? Qui siamo di fronte ad un vero problema di cittadinanza, che non può essere amputata di suoi elementi fondamentali senza porre un problema di legittimazione sociale e, in definitiva, di democrazia.

Ancora uno sforzo, in nome dell'amore.

[1] Sintetizza la discussione A. Schillaci, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in Id. (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Roma 2014, pp. 195-202.

[2] Così, con la consueta nitidezza, A. Pugiotto, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in www.forumcostituzionale.it.

[3] In generale E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano 1949, pp. 163 ss.; Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Giuffrè, Milano 1955, pp. 292 ss.

[4] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 354-356.

[5] Si vedano i rilievi di A. Schillaci, *Costruire il futuro*, cit., p. 198.

[6] Si veda A. Melloni, *Amore senza fine*, cit., p. 9.

[7] F. Ronsin, *Le contrat sentimental. Débats sur le mariage, l'amour, le divorce, de l'Ancien Régime à la Restauration*, Aubier, Paris 1990, che va letto tenendo conto della palese adesione dell'autore alla visione del matrimonio propria della Rivoluzione francese.

[8] A. Melloni, *Amore senza fine*, cit.

[9] Ivi, p. 12.

[10] Ivi, p. 14.

[11] Di «spaesamento della politica» parla A. Melloni, ivi, p. 66.

[12] Così B. Pezzini, *Oltre il caso «Bernaroli»: tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in «GenIUS», 2015, n. 1.

[13] J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, Paris 1994.

[14] Rinvio a quanto ho scritto in *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014.

[15] P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 625-630.

[16] Così tra gli altri, con particolare chiarezza, G. Brunelli, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in «GenIUS», 2014, n. 2.

[17] Si vedano i saggi variamente orientati nel volume curato da M. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotto-P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino 2010.

[18] Disponiamo ora della grande ricerca di P. Ginsborg, *Famiglia Novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature. 1900-1950*, Einaudi, Torino 2013.

[19] G. Orwell, *1984* (1949), tr. it. di G. Baldini, Mondadori, Milano 1950.

[20] Si veda quanto è detto alle pp. 9-10, 61-62.

[21] P. Ginsborg, *Famiglia Novecento*, cit., p. 245.

[22] P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 393-500.

[23] Tra gli altri, S. Gentile, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva*

storico-giuridica (1938-1945), Giappichelli, Torino 2013. E si veda P. Ginsborg, *Famiglia Novecento*, cit., pp. 308-312.

[24] Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica*, cit., VI, p. 102.

[25] A.C. Jemolo, *Il matrimonio*, Utet, Torino 1961, p. 3. Sul punto G. Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in «Politica del diritto», 2014, pp. 359-373.

[26] Si veda I. Massa Pinto-C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it.

[27] Ivi, pp. 18, 15.

[28] Così P. Hazard, *La crise de la conscience européenne. 1680-1715* (1935), Fayard, Paris 1961, p. 414.

[29] Per una critica puntuale, da ultimo, C. Saraceno, *Coppie e famiglie*, cit.; e N. Vassallo, *Il matrimonio omosessuale è contro natura. Falso!*, Laterza, Roma-Bari 2015. E si veda E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Editori Riuniti, Roma 1988.

[30] A. Pugiotto, *Una lettura non reticente*, cit.

[31] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 378-380, che esamina appunto «l'argomento naturalistico (o della natura delle cose, o ipotesi del legislatore impotente)». Il tema è ripreso da I. Massa Pinto-C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale*, cit., p. 15.

[32] I. Massa Pinto-C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale*, cit., p. 8.

[33] Così A. Pugiotto, *Una lettura non reticente*, cit., p. 21.

[34] Si veda in particolare B. Pezzini, *Il matrimonio* same-sex *si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, pp. 2715 sgg. E G. Ferrando, *Il diritto al matrimonio*, cit.

10.
Identità e genere

Attraverso il rapporto amoroso si riconosce una identità e si attribuisce una cittadinanza. Si definiscono così in maniera sempre più diretta l'orizzonte e i caratteri del diritto d'amore. L'identità è esplicitamente evocata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella decisione sul caso Obergefell del 2015, che si fonda sul riconoscimento a tutti dei diritti necessari perché ciascuno possa definire e manifestare nella dimensione giuridica la propria identità, e di essa parlano anche le sentenze italiane (Corte costituzionale 2010, Corte di Cassazione 2012), della Corte europea dei diritti dell'uomo e di diverse corti nazionali. Non si tratta, dunque, di una questione che riguarda soltanto l'uscita dalla identità negata, di un affare di competenza del solo «citizen gay»[1], di un problema legato al transessualismo. La costruzione dell'identità sessuale è per tutti un procedere complesso, include componenti diverse, non si risolve nell'attribuzione alla persona di una appartenenza biologica, ma include la sessualità nel suo insieme[2], per la quale bisogna tuttavia tener conto del fatto che essa è stata storicamente vigilata in vario modo da leggi e costumi, affidata alla pubblicità o al pudore, dove emergono «il ritegno e la dissimulazione della vita degli istinti» e «il codice sociale di comportamento si imprime nell'uomo in una forma o nell'altra al punto di diventare, per così dire, un elemento costitutivo dell'Io individuale»[3].

«On n'est jamais soi à soi tout seul»[4]. È necessario uno spazio affettivo, morale, addirittura politico, dove diventarlo. Qui identità e amore trovano un incrocio significativo, l'identità non è soltanto una narrazione del sé. Assume anche un carattere relazionale, come sanno bene coloro i quali hanno indagato la questione del transessualismo quando, ad esempio, il cambiamento di sesso interviene all'interno di una coppia sposata. Nell'assai discutibile, e discussa, sentenza della Corte costituzionale del 2014 sul cosiddetto «divorzio imposto», cioè l'automatico scioglimento del matrimonio nel caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi, la scelta fatta da quest'ultimo viene qualificata come un

«significativo aspetto dell'identità personale»[5].

«L'identità è entrata in un tempo di straordinario tumulto»[6] e conosciamo «la sovversione dell'identità» determinata dal femminismo[7]. Si constata una moltiplicazione delle identità, che convivono e si sovrappongono, ponendo così l'interrogativo radicale di quale sia l'identità «vera». Domanda nella quale si riflette l'idea che sia necessario giungere alla individuazione di una identità «ben rotonda», come la verità di Parmenide, definita una volta per tutte e che si impone a tutte le altre. Un modo d'intenderla, questo, di cui già era stata sottolineata l'intima debolezza[8], e che diviene sempre meno sostenibile di fronte ad una realtà che conferma come carattere costitutivo dell'identità sia il mutamento, la sua costruzione continua, la compresenza di identità molteplici. Nella costruzione dell'identità possono intervenire soggetti diversi, che le danno forma, e persino la impongono, con utilizzazioni diversificate che rendono possibile anche la negoziazione dell'identità nelle sue molteplici componenti.

L'intera questione dell'identità personale è oggi aperta. L'identità sessuale si colloca tra il diritto alla libertà sessuale, che appartiene piuttosto alla libertà delle scelte, all'autodeterminazione[9], e il riconoscimento dell'orientamento sessuale, come «ricerca di identità ed espressione di sé»[10], come «manifestazione dell'identità personale e modalità di esplicazione di fondamentali interessi e bisogni della persona»[11]. Pur ipotecata fortemente dal tema del transessualismo, la discussione sull'identità sessuale è andata oltre questa specifica questione, ha potuto far emergere la relazione tra corporeità e intenzionalità, dunque la dimensione dove si colloca la sfera degli affetti e si definiscono le condizioni dell'amore. Intesa come diritto di essere sé stessi, l'identità sessuale non può essere descritta come il semplice portato di una logica individualistica o l'effetto della pretesa di autorappresentarsi, ma si colloca nella dimensione della soggettività. Forse una espressione che coglie bene questo tempo è «età dell'autenticità», alla quale si riferisce Marco Marzano[12].

Una questione di frontiere, di confini, tra diversi modi di essere nel mondo, di stabilire le relazioni tra sé e gli altri attraverso il corpo che ci appartiene e il genere al quale apparteniamo (o vogliamo appartenere). Confini invalicabili per chi vuole costruire autoritativamente l'identità altrui, soggetti pubblici o privati che siano, potere formale o informale che sia. L'accenno al genere e il riferimento all'appartenenza ad esso sono particolarmente impegnativi, se appena si tien conto di quanto intensa sia la discussione su questo aspetto

dell'identità, con differenze profonde nelle definizioni e persino strumentalizzazioni polemiche e intenzionali fraintendimenti[13]. Torna ad assumere rilievo, peraltro, il riferimento al transessualismo, come risulta, ad esempio, dalla posizione estrema di chi sostiene che «una persona transessuale non può essere descritta con il sostantivo 'donna' o 'uomo', ma che ci si deve rapportare usando verbi attivi che attestino quella trasformazione costante che 'è' la nuova identità o, in realtà, la condizione di 'inbetween' che mette in discussione l'essere dell'identità di genere»[14].

Qui non possono certo essere affrontati i molti e aperti problemi della teoria del genere, in particolare per gli aspetti riguardanti la relazione tra sessualità e amore. Quel che si può e si deve sottolineare è la considerazione del genere come costruzione storico-sociale che, al di là delle divergenze teoriche, mantiene aperto il tema delle condizioni istituzionali che devono accompagnare questa costruzione. Reclamare l'assenza della regola giuridica, accentuare la distanza da essa, è sicuramente possibile, e continua ad accadere. Ma le dinamiche culturali e sociali hanno aperto fronti che sollecitano l'azione politica, con evidenza particolare proprio quando il rapporto tra genere e amore forza schemi culturalmente consolidati. Un'azione che produce un mutamento di paradigmi che investe pure quelli giuridici, ma che non nascono come nuovo tentativo di impadronirsi della libertà sessuale, bensì come riconoscimento/costruzione di sé stesso. A suo modo, la rilevanza attribuita al genere torna a porre il tema dell'amore «liberato» e dei diritti dei suoi protagonisti.

Il diritto non è rimasto estraneo alla discussione sul genere, e lo ha fatto sulla spinta di casi concreti. Fin dal 2002, con la sentenza nel caso Christine Goodwin v. United Kingdom, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha «richiesto agli Stati membri del Consiglio d'Europa di dare riconoscimento giuridico alla ridefinizione del genere». D'altra parte, l'oggetto delle sentenze in materia di omosessualità e transessualismo è precisamente il genere. Quando affronta il problema della scelta di un partner dello stesso sesso, il ruolo del «diritto nel costruire il genere, penetrando entro la sfera più intima della sessualità e delle relazioni affettive e sessuali, si manifesta con piena evidenza. È l'ordinamento giuridico che viene chiamato a conformare la regola di genere, sia quando riconosce e legittima, sia, al contrario, quando nega rilevanza alle unioni omosessuali»[15]. In una recentissima sentenza, con la quale ha escluso che per la rettificazione del sesso negli atti dello stato civile sia indispensabile l'intervento chirurgico, la Corte di Cassazione si è espressa

senza ambiguità: «L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi (...) non richiede il sacrificio della propria identità psico-fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche. L'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità»[16]. Viene così confermato che il genere è una costruzione, per la quale il diritto deve apprestare i mezzi.

Judith Butler ricorre al concetto di «performatività», assai discusso, ma che mette in evidenza come il genere non sia «un'essenza interiore», ma «qualcosa che viene fabbricato attraverso una serie costante di atti, postulati attraverso la stilizzazione di genere del corpo»[17]. Richiamando questa impostazione, indirettamente si ricorda come la congiunzione tra amore e diritto, nella sua declinazione come diritto d'amore, va ricondotta a dinamiche storiche e sociali, come si è cercato di fare finora. È un processo di denaturalizzazione, che ha come obiettivo quello di «sradicare l'assunto pervasivo, che si forma nei discorsi comuni e in quelli accademici sulla sessualità, che l'eterosessualità sia un presupposto naturale»[18]. Si può aggiungere che quell'assunto pervade ancora il discorso giuridico, come accade con l'insistito riferimento al carattere «naturale» della famiglia, utilizzato al fine di ribadire proprio l'impossibilità di uscire dal paradigma eterosessuale. Siamo così di fronte non solo ad un vincolo riguardante l'utilizzabilità dell'istituto matrimoniale, ma ad una di quelle radicali contrapposizioni del diritto all'amore, alla sostanziale negazione della libera costruzione della personalità, questioni sulle quali si continua ad insistere fin dall'inizio.

L'identità – quella di genere certamente, ma pure nelle altre sue declinazioni – non può essere intesa come una gabbia costrittiva, come uno strumento grazie al quale si esercita potere sull'altro, dopo aver stabilito quale debba essere la sua identità. Il rapporto tra identità e persona – l'espressione più comprensiva, infatti, è identità *personale* – vale per rendere la persona intelligibile, non legando però l'intelligibilità alla corrispondenza a schemi di normalità e accettabilità, che amputerebbero la vita delle più significative tra le sue variabili, dunque proprio quelle che conducono ai sentimenti, all'affettività, all'amore.

Tuttavia la categoria della performatività, alla quale ho fatto ricorso con largo margine di arbitrio per ribadire che l'identità di genere è una costruzione storica e sociale, pagherebbe, a giudizio di alcuni, un prezzo troppo alto all'apparenza, segnerebbe un distacco dal nocciolo irriducibile del vissuto[19]. In

particolare per il transessualismo, dunque proprio per il riferimento che viene costantemente richiamato per la definizione dell'identità sessuale, si sottolinea che, in definitiva, i transessuali pongono una questione di principio, che riguarda la «manipolazione deliberata dell'umanità da parte degli individui che la compongono»[20].

L'umanità, non soltanto nelle parole appena citate, torna così ad essere presentata come un dato sostanzialmente naturalistico, dal quale non ci si dovrebbe allontanare. Si guardano quindi con sospetto le diverse declinazioni dell'identità, l'emersione di molteplici soggettività, l'articolazione delle condizioni personali, sintetizzata ad esempio nell'acronimo Lgbt o Lgbti (lesbiche, gay, bisessuali, transessuali/transgender, intersessuali).

L'ultimo riferimento mette in evidenza una questione politica, perché non siamo di fronte ad una tassonomia teorica, ma all'indicazione di minoranze che si coalizzano per poter ottenere riconoscimenti sociali e, soprattutto, istituzionali. Una vera lotta per i diritti accompagna e caratterizza l'azione organizzata di quei gruppi. Parlare di minoranze, tuttavia, può essere fonte di qualche ambiguità. Nella selezione delle domande politiche, infatti, può accadere che il criterio sia quello del *trade-off*, del maggiore o minore consenso, anche in termini elettorali, di una scelta a favore di gruppi per definizione minoritari. Questo criterio è una delle cause della già ricordata e diffusa disattenzione parlamentare. Dove, invece, il problema del *trade-off* non esiste, o non dovrebbe esistere, la voce delle minoranze trova echi maggiori, come accade con l'intervento delle corti. Si è sottolineato, anzi, che un intervento della Corte costituzionale per riconoscere a tutti il diritto fondamentale al matrimonio sarebbe dovuto proprio in base al principio della tutela delle minoranze[21].

Esaminando il modo in cui questo intervento può concretarsi, è sempre più evidente che la tutela dei diritti di appartenenti a quelle minoranze è basata sulla corrispondenza tra le loro richieste e i principi fondativi dell'ordine giuridico che devono, o dovrebbero, trovare applicazione quale che sia la singola situazione. Si opera così una ricomposizione non naturalistica dell'idea di umanità, che ha la sua fondazione nel comune riconoscimento di diritti per tutti i suoi componenti.

Non sarebbe la prima volta che la conquista di spazio e cittadinanza da parte di minoranze ha come conseguenza l'arricchimento e la ridefinizione di libertà e diritti per tutti. E poiché le minoranze prima ricordate muovono anche da una forte richiesta di riconoscimento per quanto riguarda non solo la

condizione personale, ma lo stabilirsi delle relazioni con gli altri e il manifestarsi dell'affettività, è qui che il comune diritto d'amore trova un suo più largo insediamento. E «l'amore diviene così una manifestazione della spiritualità che consente all'uomo di cogliere intuitivamente il valore di un altro essere»[22].

[1] Si veda il bel libro di V. Lingiardi (con la collaborazione di N. Nardelli), *Citizen gay. Affetti e diritti*, il Saggiatore, Milano 2012.

[2] I diversi e difficili nessi dell'identità in questa materia sono esaminati, sia pure da una angolazione tutta particolare, nella fluviale ricerca di P.-H. Castel, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, Gallimard, Paris 2003.

[3] Sono sempre una guida preziosa le pagine di N. Elias, *La civiltà delle buone maniere*, tr. it. di G. Panzieri, il Mulino, Bologna 1982, pp. 311-344, in particolare 338 e 340. Una visione d'insieme è delineata da J.-L. Flandrin, *Le sexe et l'Occident. Evolution des attitudes et des comportements*, Seuil, Paris 1981.

[4] P. Ricoeur, *Soi-meme comme un autre*, Seuil, Paris 1990. Sulla posizione di Ricoeur, P.-H. Castel, *La métamorphose impensable*, cit., pp. 256-261.

[5] Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170.

[6] J.D. Lasica, *Identity in the Age of Cloud Computing*, Aspen Institute, Washington D.C. 2009, p. 1. Alcune considerazioni generali nel mio *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 298-310.

[7] J. Butler, *Questione di genere*, cit. So bene che la posizione di questa studiosa non è l'unica rilevante nella discussione femminista. Ho scelto di riferirmi ad essa per la sua forza argomentativa e analitica, che consente di cogliere meglio alcuni tratti dell'identità qui particolarmente significativi.

[8] F. Remotti, *Contro l'identità*, Laterza, Roma-Bari 1996.

[9] Si veda L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 191-203.

[10] A. Ratti, *Essere se stessi. La protezione dell'identità sessuale nello Stato costituzionale*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità*, cit., p. 28.

[11] Così M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis, Milano-Udine 2009.

[12] M. Marzano, *Quel che resta dei cattolici. Inchiesta sulla crisi della Chiesa in Italia*, Feltrinelli, Milano 2012.

[13] Riporto qui per comodità di discussione, ma anche per il suo piglio analitico, quel che scrive J. Butler, *Questione di genere*, cit., p. 28: identità di genere «costruita come relazione tra sesso, genere, pratica sessuale e desiderio». Di un «insieme che definisce i ruoli sociali, la posizione, le opportunità, le aspettative socialmente associate e connesse all'appartenenza all'uno o all'altro sesso» parlano S. Piccone Stella-C. Saraceno, *Introduzione. Storia di un concetto e di un dibattito*, in Eadd. (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, il Mulino, Bologna 1996. Si vedano anche A. Loretoni, *Stato di diritto e differenza di genere*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002, pp. 406-423; S. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere: analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova 2014; L. Morra-B. Pasa, *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Giappichelli, Torino 2015.

[14] Così J. Butler, *Questione di genere*, cit., p. x, discutendo la tesi di K. Bornstein.

[15] B. Pezzini, *Il matrimonio* same-sex *si potrà fare*, cit., p. 2715.

[16] Corte di Cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138.

[17] J. Butler, *Questione di genere*, cit., p. xiv.

[18] Ancora ivi, p. xx.

[19] P.-H. Castel, *La métamorphose impensable*, cit., p. 264 e, per la complessiva articolazione di questa critica radicale, pp. 262-271.

[20] Ivi, p. 271.

[21] G. Brunelli, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in «GenIUS», 2014, n. 2.

[22] M. Canto-Sperber, *Sans foi ni loi. Amour, amitié, séduction*, Plon, Paris 2015, p. 112.

11.
Amore «a bassa istituzionalizzazione»

Quando le parole esprimono un conflitto, non si può cercare una parola terza, o la parola di un terzo, che d'incanto faccia nascere una pacificazione. Il diritto deve trovare la sua distanza, l'amore la sua irriducibilità a null'altro che non sia sé stesso. «Al 'cogito ergo sum' di Cartesio aggiungerei la più impegnativa dichiarazione 'amo ergo sum': sono la forza dei miei sentimenti»[1].

Vi sono incontri, necessitati o casuali, nei quali si manifesta sempre una tensione. L'amore vuol farsi diritto non per mutare la sua natura, ma per dotarsi di un mezzo che gli consenta di realizzare una sua pienezza. Per questo, nelle pagine precedenti, si è voluto concentrare tutta l'attenzione sul rapporto amoroso, collocando sullo sfondo le molte altre situazioni che lo accompagnano o possono accompagnarlo – la famiglia e i figli, in primo luogo, tutti portatori di altri, e talora confliggenti, diritti. In questo isolamento, che può apparire forzato e ingiustificato, si coglie un punto ineludibile: la necessità di individuare il punto costitutivo dell'amore nel momento in cui si presenta all'esterno, trovando i diversi e tortuosi sentieri che sono stati fino a qui seguiti. È un incessante inseguimento del proprio dell'umano che giustifica la richiesta di una «politica dell'umanità»[2].

Qui s'innesta un'altra possibile contraddizione. Se il diritto d'amore assume connotati escludenti, perché definisce un suo perimetro nel quale altri non possono penetrare, come può poi proiettarsi verso un esterno sconfinato, appunto quell'umanità di cui aiuta a scoprire il senso più profondo? Non v'è artificio, giuridico o altro, che possa aiutare a sciogliere questa contraddizione, fissando confini, enumerando criteri. Scopriamo, invece, che l'amore è una ricerca, e il diritto d'amore è l'individuazione di uno strumento grazie al quale la ricerca può concretamente svolgersi.

Parlare di diritto d'amore non serve per attribuirgli una legittimazione, di cui non ha bisogno e che ritrova in sé stesso. Significa scoprire un modo per individuare il proprio dell'amore, mettendolo continuamente a confronto con

altre parole che esprimono una opposizione o una negazione: discriminazione, diseguaglianza, sopraffazione, disprezzo e, infine, egoismo individuale e sociale. Perché l'amore evoca altre parole – reciprocità, eguaglianza, dignità, rispetto, solidarietà[3] –, che avvicinano e non allontanano, che non scavano fossati. E sono parole che, grazie anche al diritto d'amore, invadono le istituzioni, ne divengono una componente ineliminabile.

Scopriamo così che nemica dell'amore non è in primo luogo la «politica del disgusto», perché una inimicizia ancora più forte viene dall'indifferenza, che produce una coltre sociale ancor più difficile da debellare della brama di impadronirsene e di negarlo. Non si isola la riflessione sull'amore quando si concentra l'attenzione primaria sul rapporto amoroso, ma quando culturalmente, socialmente, politicamente lo si svaluta, lo si sottomette a convenienze, lo si subordina ad altri diritti.

Uscire dalla politica del disgusto, comunque, è condizione essenziale. È proprio da questo momento che il diritto d'amore comincia a dover essere preso sul serio, come accade per tutti i diritti, altrimenti degradati a finzione, ad inganno sociale. Non è impresa facile, com'è evidente da sgraziate mosse di iperprotezione che rivelano, sia pure con opposte intenzioni, un nuovo modo di impadronirsene, e pongono così, di nuovo, una questione di misura e di giusta distanza[4].

Ignorando o penalizzando l'amore si sopprime un tratto dell'umano. Parlare di rapporto d'amore indica un giusto orizzonte. L'idea di rapporto non ci conduce solo verso lo stabilirsi di una relazione, ma individua una dimensione dinamica. Non siamo tanto di fronte ad un punto fermo, quanto ad un inizio, di cui dobbiamo scontare l'incertezza dello svolgimento e dell'esito. Il fallimento dell'affidarsi alla coazione è ormai certificato, mostra l'inaffidabilità della regola giuridica costrittiva. La presenza discreta del diritto deve muovere dalla constatazione che l'amore è sempre un mettere la propria vita nelle mani di un altro, correndo i rischi di questa condivisione.

Di stabilità della relazione parlano leggi e sentenze, per indicare una soglia necessaria per ottenere determinate garanzie giuridiche. Ma la relazione amorosa può volersi svincolare dalla legge, affidarsi all'istante. E qui il diritto deve sapere che siamo di fronte ad un momento di libertà, che si fonda su un amore che né cerca, né può trovare collocazione anche nel più aperto tra i paradigmi giuridici, che trova legittimità senza bisogno di formalizzazioni.

Il rapporto ci parla di una più lunga durata dell'amore, che va al di là dell'«incendio» e del «colpo di fulmine» che lo determina. In questo tragitto

comune l'amore conosce le sue metamorfosi, l'*amour-passion* può cedere il passo alla forza degli affetti, che non sono una forma ridotta d'amore, ma una delle sue possibili manifestazioni, una delle (infinite?) frasi attraverso le quali si manifesta il discorso d'amore[5].

L'amore rivela così di esser fatto di «eccedenze». Possono essere tutte ricondotte nell'alveo del diritto d'amore o dobbiamo essere consapevoli del fatto che vi sono sfaccettature dell'amore che devono rimanere nell'area del non diritto? Vi sono parole che illustrano questo punto: una di queste è «tradimento», l'altra la vecchia espressione *ménage à trois*, con la quale si può simbolicamente alludere a tutte le forme di relazione che varcano i confini della coppia. Proprio le dinamiche verso il matrimonio egualitario potrebbero indurre a ritenere che la generalizzazione dell'obbligo di fedeltà imponga reazioni giuridiche di fronte all'infedeltà, forma linguisticamente più blanda rispetto al tradimento, che accomunava il tradimento del coniuge a quello della patria. Non è più così: il rapporto di coppia può non essere affatto inciso, permanere per convinzione o per convenienza, anche accompagnato dal dubbio se possa ancora parlarsi di rapporto amoroso. Ma questo è affare degli interessati, che si muovono nell'area del non diritto, salvo il caso in cui essi, o uno di essi, decidano di dare a quella rottura una rilevanza esterna, come accade soprattutto per motivi patrimoniali. E non si può certo pretendere che il rapporto a tre possa ottenere garanzie giuridiche, anche quando è narrato con l'impareggiabile finezza di cui diede prova, nel 1962, François Truffaut nel film *Jules e Jim*. Vi è un governo dei rapporti personali che appartiene solo alle determinazioni di chi vi partecipa.

Ogni eccedenza può trovare legittima collocazione nel non diritto? La Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata nel 2005 di un caso riguardante il diritto di disporre del corpo come parte integrante dell'autonomia personale[6]. Il clamore, persino lo scandalo, suscitati da questa decisione derivano dal suo oggetto: una donna era stata sottoposta da due uomini, uno dei quali il marito, a pratiche sadiche di assoluta violenza. La sentenza è stata letta da più d'uno addirittura come legittimazione del sadismo come diritto dell'uomo avendo la sentenza sottolineato l'assenza di volontà della donna. Conclusione forzata, perché la Corte era partita dalla premessa che i due uomini erano stati già condannati in Belgio, sì che il riferimento alla mancanza di volontà della donna, testimoniata peraltro dalle ripetute e drammatiche invocazioni di cessare la violenza, non può essere letto nel senso che, se la donna avesse consentito, quegli atti sarebbero stati legittimi. In questo caso, infatti, la Corte

europea avrebbe richiamato l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dichiarato l'assoluta illegittimità di quelle pratiche: «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» (le stesse parole si trovano nell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)[7]. E, più ancora, avrebbe avuto immediata rilevanza la violazione della dignità umana, che si presenta come un limite alla costruzione di uno statuto della sessualità che la volontà della coppia non può sottrarre ad ogni rilevanza per il diritto, innescando conflitti tra «l'intensità dei piaceri e l'ostinazione dei poteri»[8].

L'esistenza della coppia si distende su una lunghissima frontiera, incorpora continuamente suggestioni e spinte diverse, e da qui nascono la difficoltà del vivere e la fatica dell'amore. È bene aggiungere che i discorsi qui condotti hanno un evidente riferimento nella coppia comunque monogama, rappresentata anche come la forma più razionale di organizzazione familiare[9]. Al tempo stesso, però, la ricerca antropologica ha accertato l'esistenza di altre forme di organizzazione familiare, portatrici di una diversa razionalità, che configura secondo i propri canoni anche l'amore. Questo dato di realtà è già stato sottolineato. Ed è chiara l'impossibilità di tener ferma una versione essenzialista dello stesso modello occidentale, una sua rispondenza ad una qualche «natura».

Non di sola antropologia, però, si nutre questa discussione. La ragione occidentale è pure quella di una storia che ha costruito un sistema costituzionale di libertà e diritti fondamentali, che costituisce ormai un saldo, anche se troppe volte negato, riferimento. Proprio questo ci consente oggi di chiedere rispetto pieno della persona umana, e quindi di istituire su nuove basi il rapporto tra amore e diritto. Questa tradizione, allora, non può essere sbrigativamente letta come lo strumento con il quale l'Occidente ha voluto imporre la propria egemonia su altri popoli e altre culture. Se così è stato, e talvolta continua ad essere quando il riferimento ai diritti è solo il pretesto per l'uso delle armi, dobbiamo comunque guardare ad un mondo dove si diffonde e si radica sempre più profondamente la consapevolezza della rilevanza dei diritti fondamentali come strumenti essenziali per la liberazione della persona. Il mondo, oggi, è certamente percorso da violazioni e repressioni, che tuttavia non spengono la forza delle rivendicazioni dei diritti, dai quali le persone sentono di non potersi più separare. Le stesse rappresentazioni astratte del potere devono fare i conti con queste dinamiche sociali e culturali.

Anche i mondi più chiusi sono spinti a spalancare gli occhi. Lo dimostra,

tanto per fare un unico esempio, la riflessione all'interno della Chiesa cattolica sul matrimonio dei preti, superando, tra i tanti argomenti, anche quello che chiamava «rivale di Dio» la donna in relazione d'amore con un sacerdote. Una vicenda come questa ci indica l'esistenza di forme d'amore che, per le loro caratteristiche, possono entrare in conflitto tra loro. Conflitti, però, che non possono essere risolti in maniera autoritaria, ma che devono essere anch'essi affidati alla libertà di scelta e di coscienza delle persone.

Se rivolgiamo lo sguardo alla società italiana, cogliamo senza fatica fin troppe tracce di una «politica del disgusto»[10] che va ben oltre il rifiuto del matrimonio tra persone dello stesso sesso, e che continua a ritenere inaccettabili i diritti dell'amore. Una politica che si nutre di pregiudizi, che si è cercato di giustificare affermando inviolabili i precetti della Chiesa, determinando in Italia una regressione culturale dalla quale è poi discesa la negazione alle persone di diritti fondamentali. È impietoso il confronto con la civile legislazione italiana degli anni Settanta, nella quale si manifestava una sensibilità che oggi appare perduta.

Di nuovo non si dà la giusta rilevanza alle indicazioni provenienti dalle dinamiche sociali, che mostrano come soggetti privati e anche istituzioni pubbliche riconoscano sempre più spesso parità di diritti ai conviventi, eterosessuali o omosessuali che siano. Sono in particolare molte imprese, più lungimiranti o con uno spiccato senso della comunicazione sociale, a riconoscere ai partner dei loro dipendenti gli stessi diritti che si riconoscono al coniuge, come i congedi parentali o forme di sostegno economico. Non c'è bisogno di aver letto il libro di Naomi Klein, *No logo*[11], per sapere che l'accettazione sociale è un importante strumento di mercato, come dimostrano le precipitose smentite da parte di imprese che avevano avventatamente fatto dichiarazioni giudicate omofobe. La cultura del rispetto, se non dell'amore, trova terreno più fertile nelle dinamiche di mercato che nelle riflessioni del ceto politico?

Come esito provvisorio delle complesse vicende via via richiamate, di questa scalata delle alte mura che erano state erette intorno all'amore, di una ritirata del diritto che ha rinunciato, giustamente, a impadronirsi dell'amore, possiamo dire di trovarci di fronte a quello che può essere definito un «amore a bassa istituzionalizzazione». Per fortuna, perché questo vuol dire che tra mille difficoltà e resistenze si è creato un contesto propizio alla libertà, non al controllo. Ma questa restituzione all'amore di fondamentali scelte di vita non può essere considerata sostenendo soltanto che qui si radicano, insieme,

individualismo e logiche competitive tra diversi modi di concepire e praticare l'amore di coppia, le cui dinamiche lo avvicinerebbero ormai al mercato e alla sua sfrenata competitività. Si comprende il modo in cui ne ha parlato Walter Siti: «L'umanità non vuole accettare quello che essa stessa ha scoperto: che la vita non dipende dall'amore, che i sentimenti sono essudati della biologia, che l'individuo non è più laboratorio di nulla e che il mercato è in grado di fornire l'intero kit per una individualità fai-da-te»[12].

Non servirebbe a nulla, dunque, parlare dell'amore? Eppure la parola continua ad essere pronunciata proprio per affrancare la persona da una dipendenza che un'opposta forza delle cose vuole imporre, mutando il senso delle relazioni tra le persone, dando spazio all'esercizio di poteri e aprendo la via ad un uso narcisistico e aggressivo del riferimento all'amore. Siamo obbligati a prenderla sul serio anche per non trascurare fenomeni sinteticamente indicati con una parola non felice, anche se entrata nell'uso, come femminicidio, per dare il giusto rilievo al reato di stalking, alle aggressioni alle donne fino a sfigurarle con l'acido. Fenomeni, tutti questi, che sono esattamente il residuo, il grumo duro e ancora non sciolto, dell'idea di un corpo della donna proprietà di un maschio che ha avuto un qualche rapporto con essa.

Proprio per debellare questa pulsione profonda, il ricorso misurato al diritto trova una sua giustificazione, assume un forte valore simbolico, a condizione però che non diventi un nuovo pretesto per impadronirsi, con motivazioni protettive, del corpo delle donne, per tornare a controllarlo, trasferendolo ancora una volta in una sfera tutta dominata dalla ragion pubblica, com'era avvenuto con l'incivile legge sulla procreazione assistita. Le mosse giuridiche legittime sono quelle che conducono ad un contesto caratterizzato da una loro presenza non invasiva, dunque da una permanente bassa istituzionalizzazione.

La constatazione del permanere di politiche del disgusto è ciò che meglio evoca la necessità di un riconoscimento del diritto d'amore come espressione dell'opposta politica dell'umanità. L'umanità, bisogna ripeterlo, è ciò che contraddistingue il rapporto amoroso. È un rapporto di reciprocità, che spiega anche la ragione di una incompatibilità tra amore e violenza, proprio perché amputa il rapporto della presenza paritaria di uno dei suoi componenti. Ma questa riduzione del rapporto amoroso da due a uno, dunque la sua negazione, può avvenire in altre forme, come ben sa chi conosce il narcisismo.

Considerato in questa dimensione, il rapporto amoroso si presenta come un modello sociale, segnato com'è dalla ineliminabile apertura verso l'altro.

Esattamente l'opposto di una sua rappresentazione come esito estremo dell'individualismo, perché l'amore introduce nella dimensione sociale il momento costitutivo del riconoscimento, revocando in dubbio l'assolutezza di tutto quel che si presenta come autoreferenzialità. Nel momento in cui esercito il mio personalissimo diritto d'amore riconfermo continuamente l'apertura verso l'altro.

Il riferimento all'altro perde così lo stigma che tanto spesso accompagna questa parola e recupera compiutamente il senso di una umanità che, appunto, è fatta solo di «altri». Da qui si avvia una diversa riflessione, che approda ad altre parole – solidarietà, reciprocità – variamente espressione del modo in cui si articolano i legami sociali, che trovano l'espressione più intensa nel rapporto che possiamo chiamare amoroso, in un diritto che possiamo chiamare d'amore.

Tutto questo può ben presentarsi in contraddizione con una realtà in cui sembrano prendere il sopravvento aggressioni e negazioni dell'altro, in cui sono divenute sempre più prepotenti le pulsioni verso la cancellazione dei legami sociali, sfondo sul quale si proiettano vecchi e nuovi disconoscimenti dell'amore e dei suoi diritti, e non soltanto di questi. Ma proprio i sommovimenti regressivi dell'oggi mostrano come la strada verso il riconoscimento del diritto d'amore rappresenti un tratto di strada che non può essere impunemente abbandonato, anche se in vari modi si cerca di impedirne la percorribilità.

Sarebbe segno di debolezza di pensiero concludere che, in qualche modo, ci stiamo avviando verso un compimento. Ma il panorama è mutato, soggettività vengono riconosciute e su di esse si costruiscono diritti. Sarebbe sbagliato rifugiarsi nel riferimento alla comoda categoria della «transizione», mentre è più corretto interrogarsi continuamente su quali certezze possiamo contare, e come possiamo ricercarle e consolidarle. Ha ben ragione Silvia Vegetti Finzi nel dire che «in un mondo incerto, manca all'amore una cornice sociale che lo confermi e lo stabilizzi»[13]. Una cornice sociale costruita, però, senza nostalgie o ritorni a un passato costrittivo, senza chiedere di nuovo al diritto rassicurazioni che, inevitabilmente, potrebbero portare a strumenti e regole attraverso le quali qualcun altro tornerebbe ad impadronirsi dei nostri affetti, dunque della nostra stessa vita. Seguiamo una volta di più l'incitamento di W.H. Auden: «la verità, vi prego, sull'amore»[14].

[1] S. Vegetti Finzi, *Il paradosso del porcospino*, in «La Lettura», suppl. del «Corriere della Sera», 8 settembre 2013.

[2] M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, tr. it. di S. De Petris, il Saggiatore, Milano 2011.

[3] Sul rapporto tra amore e solidarietà, L. Ferrajoli, *Diritto e amore*, cit., pp. 96-99.

[4] Alle opportunità e ai limiti di un intervento penale in materia di omofobia è dedicata la prima parte della rivista «GenIUS», 2015, n. 1, che si apre con un saggio di A. Pugiotto, *Aporie, paradossi e eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, pp. 6-13.

[5] Sul punto R. Bodei, *Geometria delle passioni*, cit., p. 359.

[6] Corte europea dei diritti dell'uomo, K.A. e A.D. c. Belgio, 17 febbraio 2005.

[7] Obbligato il riferimento a M. Foucault, *Storia della sessualità*, I. *La volontà di sapere*, tr. it. di P. Pasquino e G. Procacci, Feltrinelli, Milano 1978, in particolare pp. 36-48. Da ultimo, A. Palazzo, *Eros e Jus*, Mimesis, Milano-Udine 2015.

[8] M. Foucault, *Storia della sessualità*, cit., p. 48.

[9] Ampiamente, in vari luoghi, M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, cit.

[10] M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, cit.

[11] N. Klein, *No logo*, tr. it. di E. Trading e S. Borgo, Baldini Castoldi Dalai, Milano 2000.

[12] W. Siti, *Resistere non serve a niente*, Rizzoli, Milano 2012, p. 282.

[13] S. Vegetti Finzi, *Il paradosso del porcospino*, cit.

[14] W.H. Auden, *La verità, vi prego, sull'amore*, tr. it. di G. Forti, Adelphi, Milano 2013, pp. 16-21.