

## **Discriminazioni in base all'orientamento sessuale (matrimonio e convivenza).**

Il diritto fondamentale non giustiziabile.

(Valentina Petri)

1. L'unione omosessuale come diritto fondamentale; 2. Argomenti a favore della legittimità di una tutela ampia; 3. Il riconoscimento del diritto di sposarsi nell'ordinamento spagnolo; 4. Sulla legittimità dell'estensione dei singoli effetti del matrimonio; 5. conclusioni

### **1. L'unione omosessuale come diritto fondamentale**

Lo spunto per affrontare questa breve indagine non può che essere identificato nel dibattito scatenatosi attorno alla pronuncia della Corte costituzionale n. 138/2010 con la quale la Consulta ha respinto, per inammissibilità ed infondatezza, le richieste volte alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tutta una serie di norme del codice civile dalle quali discende l'impossibilità, all'interno dell'ordinamento italiano, di contrarre matrimonio tra persone di identico sesso.

Come noto, i giudici *a quibus* avevano sollevato la relativa questione di legittimità costituzionale indicando come parametri asseritamente violati gli art. 2, 3, 29 e 117 primo comma della Costituzione. Ebbene, senza entrare nel merito del ricorso, di cui già troppo si è discusso, non può non rilevarsi ancora una volta la contraddittorietà insita nella pronuncia, che sembra avere due soli pregi: il primo più evidente, ossia quello di affermare – seppur non con la forza che sarebbe stata necessaria (si intende quindi con una sentenza di accoglimento, o almeno con una pronuncia veramente monitoria) – la configurabilità del diritto ad un'unione omosessuale legittima e riconosciuta come un diritto fondamentale, ascrivibile al “catalogo implicito” di cui all'art. 2 della Costituzione; ed il secondo, più mascherato, costituito dal fatto che una pronuncia dotata di tanta ambiguità, non solo riflette il caos di opinioni che investe attualmente l'argomento, ma ha anche il pregio, per quanto paradossale, di essere più facilmente passibile di una sostanziale revisione.

Si tratta di una pronuncia che evidentemente oppone un netto rifiuto a molti dei profili fondanti della questione, ma che tuttavia nasconde alcune crepe del ragionamento. Nel complesso, una decisione forse anche “reazionaria”, soprattutto in quanto assunta nonostante l'evidente mutamento di atteggiamento che il tema suscita tutt'intorno ai nostri confini. Ciò nonostante, non può negarsi che l'argomento, anche grazie ad una pronuncia di tal sorta, resti ancora aperto e oggetto di un'evoluzione futura. Sebbene, infatti, i tentativi d'imporre una posizione di chiusura netta al pieno e totale riconoscimento dell'omosessualità come caratteristica costitutiva dell'individuo siano ancora molti e molto forti, in un'accezione necessariamente prospettica, sembra che anche l'Italia sarà “costretta”, suo malgrado, al riconoscimento giuridico di quello che ormai nemmeno la Consulta riesce a negare essere un diritto fondamentale di chi orienti diversamente dalla maggioranza la propria scelta sessuale.

Partendo, quindi, dal riconoscimento del diritto *fondamentale* a «vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone ... il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (138/2010), si ritiene utile tentare di dimostrare l'assenza di forza della tesi che mira a negare tale diritto, fino a spingersi ad ammettere la piena "cittadinanza costituzionale" finanche dell'estensione dell'istituto matrimoniale alla coppia omosessuale. Del resto se «l'uguaglianza non può avere significato diverso da quello dell'irrilevanza giuridica e dell'indifferenza del sesso» (Corte cost. 422/1995) quest'affermazione dovrebbe essere valida ogni volta che non vi sia una giustificazione razionale a che la differenza di sesso (*rectius* di orientamento sessuale) acquisti valore discriminante per il riconoscimento di un diritto.

## **2. Argomenti a favore della legittimità di una tutela ampia.**

Tanto premesso, sembra innanzi tutto utile e necessario chiarire come il diritto sopramenzionato sia, allo stato dei tempi e della normativa vigente, ormai innegabile.

Sebbene sia stata la stessa Corte costituzionale ad aver respinto l'idea, almeno per il momento, che la tutela delle unioni tra soggetti del medesimo sesso possa ritrovarsi nell'art. 29 della Carta costituzionale (nemmeno se combinato col il principio di uguaglianza), riteniamo che tale negazione non derivi effettivamente dall'esistenza di limiti invalicabili contenuti nella disposizione citata e possa perciò superarsi con facilità. Allo scopo potrebbe già bastare l'affermazione con cui il giudice delle leggi ha escluso la possibilità interpretativa di cui si discute: secondo questa visione, infatti, se «è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "crystallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione (...) non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata» (C.cost. 138/2010). Quel che sfugge è, infatti, proprio la possibilità di ritrovare nell'eterosessualità l'immodificabile nucleo normativo.

Come noto, benché la disposizione citata parli di «società naturale fondata sul matrimonio» è opinione diffusa che quel "*società naturale*" rappresenti una contraddizione in termini, una preposizione impossibile, un ossimoro giuridico insomma. Letteralmente, infatti, parlare di una società naturale («intrinseca alla natura umana e indipendente dalle norme del diritto positivo» – Dizionario della lingua italiana Garzanti) che nasce in forza di una convenzione giuridica – di un contratto in ultima analisi – non pare voler dire molto. Il significato che si è cercato di attribuire al sintagma è stato variegatissimo e questo assunto, già da solo, potrebbe dimostrare la carenza di

univocità della definizione, che si presta ad un'interpretazione in rapporto con i tempi, la società e le loro evoluzioni.

A ciò si aggiunga che, per quanto la famiglia omosessuale non fu di certo – per ragioni di epoca, se non altro – nemmeno implicitamente considerata dal dibattito costituente, nemmeno allora mancarono interpretazioni dell'aggettivo “*naturale*” tali da permettere, oggi, l'inclusione della famiglia omosessuale in quella menzionata in Costituzione. Così, per tutti, per il democristiano Aldo Moro quella “società naturale” avrebbe invero dovuto intendersi come «razionale», ossia rimessa alla razionalità dello sviluppo storico. Inoltre l'affermazione secondo cui la disposizione costituzionale andrebbe interpretata alla luce della disciplina civilistica all'epoca vigente – che sembra ricavarsi dalle parole della Corte nella citata sentenza 138 – pare escludere la possibilità di evoluzione anche minima dell'istituto. Se davvero dovesse darsi sempre tanto peso all'intento originalista, forse allora potrebbe addirittura porsi in discussione la costituzionalità del divorzio. Sebbene l'indissolubilità del vincolo non sia stata costituzionalizzata *in extremis* (e per soli 3 voti), infatti, la sua eliminazione per atto volontario dei coniugi non era certo contemplata nell'ordinamento vigente, per cui potrebbe provocatoriamente sostenersi che la l'assenza di menzione della possibilità di scioglimento avrebbe avuto bisogno di un esplicito riconoscimento per essere considerata legittima. A ciò si aggiunga che la giurisprudenza costituzionale ha, per lo più, sempre negato valore interpretativo ai lavori dell'Assemblea Costituente, per cui si fatica a capire il perché di una differenziazione in rapporto alla materia matrimoniale.

Quanto detto, seppur brevemente, potrebbe essere sufficiente a contraddire il discorso portato avanti da chi, per osteggiare la legittimazione del matrimonio omosessuale, si aggrappa ad dato normativo costituzionale. Eppure, utile al medesimo scopo potrebbe apparire anche quanto già efficacemente affermato con riguardo al fattore procreativo, assunto quale elemento fondante, almeno al livello potenziale, del concetto di famiglia. Se l'assenza di tale elemento non è capace di impedire la formazione di una famiglia, qualora questa sia composta da due soggetti appartenenti a sessi diversi (si pensi solo alla validità del matrimonio tra sterili, alla legittimità come motivo di divorzio del rifiuto di un'unione sessuale non diretta alla procreazione - Cass. 21099/2007 - o alle sentenze di Strasburgo e Lussemburgo sulla legittimità del matrimonio di transessuali che abbiano cambiato di sesso, Cedu, Goodwin c. Regno Unito, 11 luglio 2002 e C.G.C.E., K.B. c. Regno Unito, 7 gennaio 2004), non si vede quale sia il discrimine sufficiente a giustificare l'impossibilità di qualificare come famiglia anche l'unione di due soggetti incapaci di procreare naturalmente perché appartenenti al medesimo sesso. Del resto, se ci si vuol spingere un po' oltre, la biotecnologia già permetterebbe il concepimento della coppia omosessuale, ove la legge ovviamente lo consentisse. Laddove fosse permessa l'inseminazione eterologa o il ricorso alla c.d. maternità surrogata, ogni

coppia potrebbe concepire un figlio che sia biologicamente di uno dei due componenti. E tutto ciò senza nemmeno considerare la possibilità di adozione, la quale, con riguardo alla famiglia *tradizionale*, è senza dubbio una delle possibilità che permette per aggirare l'incapacità riproduttiva. Quest'ultimo argomento sembra utile a svelare anche la contraddizione che si cela nell'affermare la necessaria potenzialità procreativa di una coppia perché questa possa costituire una famiglia. Allo stato attuale in Italia, la coppia sterile, non coniugata e con aspirazione alla paternità è costretta ad optare per il matrimonio proprio al fine di poter adottare. In tale ipotesi, infatti, quella *società naturale*, la cui potenziale capacità procreativa è considerata un carattere necessario, ha bisogno del "rivestimento giuridico" matrimoniale per poter effettivamente acquisire l'elemento che dovrebbe, invece, essere il presupposto del matrimonio stesso. Del resto l'affermazione dell'insita capacità procreativa alla coppia coniugata appare smentita sia dal nostro testo costituzionale, che in nessuna sua parte collega la filiazione al matrimonio, sia dalla più che consolidata giurisprudenza anche costituzionale, che negli anni ha sempre ribadito la necessità di una piena tutela alla c.d. famiglia di fatto con figli.

In realtà il problema che ancora sembra frapporsi al pieno riconoscimento della scelta omosessuale potrebbe essere probabilmente più di natura concettuale che giuridica. Si tratta di un'impostazione determinata forse più dalle visioni "etiche" dominanti che cercano l'appiglio per poter negare il riconoscimento di un diritto invero fondamentale e che arrivano, alle volte, ad utilizzare paragoni abnormi come quello tra l'unione omosessuale e quelle incestuose, poligamiche o tra bambini, nonostante l'assurdità di raffronti tal sorta. È ovvio che nei casi presi ad esempio entrano in gioco altri diritti e beni oggetto di tutela, anche di terzi; cosa che invece non pare proprio accadere nel caso della coppia gay.

### **3. Il riconoscimento del diritto di sposarsi nell'ordinamento spagnolo.**

A sostegno dell'affermazione delle ragioni solo "politiche" di un'interpretazione quale quella ancora dominante nel nostro ordinamento, sembra interessante utilizzare l'espedito comparatistico. A tal fine, prescindendo dal vasto panorama di possibilità che il continente europeo ormai offre, si è scelto di indagare quanto avvenuto in un paese che per tradizione, costumi e cultura appare in tutto simile al nostro e che negli ultimi anni ha deciso di optare per la scelta sicuramente più ardua e *tranchante*: l'equiparazione della coppia omosessuale a quella etero. In tale ordinamento, infatti, il riconoscimento ha riguardato sia l'unione matrimoniale che addirittura l'adozione (l. 13/2005). E tale riconoscimento è sembrato possibile nonostante la presenza di un parametro costituzionale senz'altro più stringente di quello di cui alla nostra Carta.

La Costituzione spagnola del '78, disciplinando il matrimonio, menziona, infatti, i due sessi e stabilisce che *«l'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica»* (art. 32.1 CE). Ebbene, questa disposizione non ha impedito al Congresso, nonostante il voto contrario del Senato, di adottare una disciplina di equiordinazione della coppia omosessuale. Non può non rilevarsi, in merito, che innanzi al Tribunal Constitucional pende ancora il ricorso volto alla dichiarazione di incostituzionalità della legge, per cui senz'altro la questione può dirsi tuttora aperta; ma ciò non toglie che, allo stato dei fatti, le coppie gay godono dei medesimi diritti delle coppie eterosessuali. Il riconoscimento del matrimonio tra persone del medesimo sesso è avvenuto mediante la semplice modifica dell'art. 44 del codice civile spagnolo. A quanto già disposto dal primo paragrafo (*«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a la disposiciones de este Código»*) è stata aggiunta un'ulteriore disposizione secondo la quale *«il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando i due contraenti siano dello stesso o di differente sesso»*. Alcune piccole modifiche hanno poi riguardato la sostituzione delle parole "uomo" e "donna", con la parola coniugi e dei termini "padre" e "madre" con "genitori".

Ovviamente, soprattutto in un paese marcatamente cattolico, non potevano mancare coloro che hanno contestato fortemente la legittimità della nuova legge.

I sostenitori dell'incostituzionalità della l. 13/2005 basano tale convinzione su un doppio postulato. Per un verso, sulla menzione in Costituzione del matrimonio come diritto riconosciuto all'uomo e alla donna – seppur non fra loro, almeno esplicitamente –; per altro verso, sul collegamento tra matrimonio e famiglia, il quale impedirebbe il riconoscimento del matrimonio gay proprio a tutela dell'unità familiare. Secondo tale visione, infatti, posto che l'art. 39 CE tutela la famiglia e parla poi anche di filiazione, ciò comporterebbe l'implicito inserimento dell'elemento procreativo nel concetto di famiglia, che a sua volta, derivando dall'unità matrimoniale, richiederebbe la necessità di presupporre un'unione eterosessuale; la sola, quindi, tutelata, ma soprattutto consentita, dalla Costituzione.

Ad onor del vero, però, anche la Costituzione spagnola si presta a differenti interpretazioni. Se non può certo dubitarsi che nell'idea dei costituenti non vi fosse altro che il matrimonio tra uomo e donna, anche in Spagna come in Italia, il riconoscimento del diritto al matrimonio in condizioni di parità tra i coniugi non aveva altro scopo che quello di contrastare la presenza di un forte sentimento maschilista e di una cultura familiare spesso improntata all'inferiorità della donna. Inoltre, a parte il fatto che il testo costituzionale non sembra effettuare alcun collegamento diretto tra l'istituto matrimoniale e la famiglia, che sono addirittura contemplati da due articoli distinti, in ogni caso una lettura differente e maggiormente "evolutiva" della disposizione costituzionale, ancor più se combinata con principio di uguaglianza, potrebbe dimostrare come la famiglia che gode della

tutela costituzionale non sia solo quella discendente dal vincolo matrimoniale. E ciò anche in considerazione del fatto che il medesimo art. 39 CE, dopo aver assicurato la protezione sociale, economica e giuridica alla famiglia, menziona e tutela altresì i figli naturali, le madri single.

In altre parole, in Spagna come da noi, il dato strettamente letterale sembra poter condurre ad ogni genere di interpretazione, per cui ciò che rileva, in verità, pare sia principalmente la concezione dell'interprete. Anche l'argomento relativo all'art. 53 CE sembra, infatti, poter essere messo in discussione con facilità. Secondo questa disposizione «*i diritti e le libertà*» di cui agli articoli da 14 a 38 CE «*vincolano ogni potere pubblico*». Il loro esercizio potrà essere regolato solo per legge, «*che comunque dovrà rispettarne il contenuto essenziale*». Ebbene, la forza tale ragionamento dipende in tutto e per tutto dall'interpretazione che si dia del sopra richiamato art. 32.1 della Costituzione spagnola. Laddove s'intenda l'eterosessualità come una caratteristica ineludibile del matrimonio, il legislatore ordinario non potrà ignorare la necessità che tale situazione si qualifichi come un presupposto dell'istituto, in quanto diversamente violerebbe, non solo l'art. 32 CE, ma anche il richiamato articolo 53.1 CE. Qualora, invece, si ritenga che l'eterosessualità non rappresenti un elemento essenziale del contratto, allora, però, nemmeno potrà ritenersi che con l'estensione dello *ius connubii* alle coppie dello stesso sesso si vulneri il contenuto essenziale del diritto. Del resto è stato lo stesso TC ad affermare che «costituiscono il contenuto essenziale di un diritto soggettivo quelle facoltà o possibilità di attuazione necessarie a che il diritto sia riconoscibile come pertinente al tipo descritto e senza le quali tale diritto smette di appartenergli e diventa invece ascrivibile ad un altro, snaturalizzandolo». Tutto ciò, ha aggiunto il Tribunal, però, in relazione «al momento storico di cui si tratta e alle condizioni relative alla società democratica, quando si parli di diritti fondamentali» (così la STC 11/1981). In altre parole, ha affermato ancora il TC, «si tratta di cercare quello che un'importante tradizione ha chiamato gli interessi giuridicamente protetti come nucleo e midollo dei diritti soggettivi. Si può dunque parlare di un'essenzialità del contenuto del diritto per riferirsi a quella parte del contenuto del diritto che è assolutamente necessaria per far sì che gli interessi giuridicamente tutelabili, che danno vita al diritto, risultino reali, concreti ed effettivamente protetti. In questa maniera si oltrepassa o si disconosce il contenuto essenziale quando il diritto venga assoggettato a limitazioni che lo fanno divenire impraticabile, ne rendono il godimento più difficile di quanto sia ragionevole o lo spogliano della necessaria protezione».

Essendo questo il senso che va dato al sintagma “contenuto essenziale” non sembra semplice sostenere che l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali possa ritenersi trasformare il diritto in qualcosa di irriconoscibile, né spogliarlo della protezione o limitarlo irragionevolmente.

In ogni modo, la situazione spagnola, in maniera uguale e contraria a quella italiana, sembra rappresentare il semplice frutto della prevalenza di una concezione dell'unione omosessuale

sull'altra. Non crediamo, infatti, che sia possibile trovare nel testo costituzionale un impedimento obiettivo ed ineludibile alla legittimità del matrimonio omosessuale. La differenza sostanziale, lì come qui, sembra determinata dalla visione sociale (e politica) dell'omosessualità, la quale porta alla predisposizione o meno di una tutela, finanche matrimoniale.

E tale considerazione, ci si rende conto, più sociologica che giuridica (ma del resto come si dice «*le leggi esistono per gli uomini e non già gli uomini per le leggi*» Jean-Etienne-Marie Portalis), sembra suffragata da quanto avvenuto appunto nell'ordinamento spagnolo con riferimento all'estensione del diritto di sposarsi.

L'intervento legislativo statale non è certamente arrivato all'improvviso, ma si è inserito in un contesto in cui, seppur frammentate e non univoche, esistevano molte forme locali di tutela delle coppie omosessuali, che già in alcuni casi permettevano una sostanziale equiparazione dei diritti della coppia gay a quelli dei coniugi (così la legge catalana 10/1998 – rubricata delle “unioni di coppie stabili”, seguita poi dalla legge Aragonese 6/1999, dalla legge della Comunità della Navarra 6/2000, da quella delle Baleari 18/2001 e dei Paesi Baschi 2/2003). Inoltre, poi, una serie di interventi statali, benché non organici, avevano già avuto come obiettivo quello di tutelare le coppie di fatto, omosessuali e non (si pensi alla disposizione che ha permesso al convivente di iniziare il procedimento per il riconoscimento dell'incapacità – *ley de Enjuiciamiento*, art. 757.1 – o alle norme finalizzate a regolare l'autonomia dei pazienti – *ley* 41/2002) – o ancora a quelle relative ai meccanismi di protezione delle vittime di violenza domestica – *ley* 27/2003) e, in ultimo luogo, non erano neppure mancata una serie di pronunce giurisprudenziali volte al riconoscimento in capo alle coppie omosessuali della possibilità di adottare (così il *Juzgado de Primera instancia n. 3 de Pamplona* del 22 gennaio 2004, *n. 1 de Pamplona* del 26 gennaio 2005 e *n. 2 de Gernika-Lumo* del 21 febbraio 2005).

#### **4. Sulla legittimità dell'estensione dei singoli effetti del matrimonio**

Tanto premesso, un'ultima considerazione potrebbe apparire ancora interessante.

Chiunque abbia affrontato l'argomento per schierarsi contro il riconoscimento e l'estensione dell'istituto matrimoniale alla coppia omosessuale sembra comunque avere ammesso ed invocato altre forme di tutela dell'unione tra soggetti appartenenti allo stesso genere. Ebbene, tale discorso non viene, però, normalmente spinto tanto in là da permettere di capire fino a che punto, nella concezione proposta, sia possibile che la tutela del diritto comporti un'equiparazione di effetti giuridici in capo alle coppie omosessuali non sposate, ma riconosciute e tutelate, e quali sarebbero invece le differenze.

Ci si chiede, allora, se sia pensabile una tutela dell'unione omosessuale, che certo non potrebbe pensarsi incostituzionale, e quali siano invece i limiti che si ritiene non potrebbero essere valicati. In altre parole ancora, è possibile che il contrasto manifestato all'estensione dell'istituto matrimoniale sia determinato dal mero utilizzo del *nomen iuris*?

Onestamente, ci sembra di poter dubitare di un tale assunto. Appare ovvio, infatti, che estendere i medesimi diritti e doveri già previsti in capo ai coniugi eterosessuali, alle coppie omosessuali, chiamando l'istituto DICO, PACS o in qualunque altra maniera, invece che matrimonio, sarebbe un espediente quanto meno bizzarro.

Ma il discorso invece pare proprio essere questo. Affermare che l'estensione dello *ius connubii* alla coppia gay sarebbe incostituzionale sembra significare, in ultima analisi, che la totalità degli effetti discendenti dall'istituto matrimoniale non sia estensibile alla coppia omosessuale. Per ragionare *a contrario* ci si chiede allora quale sia l'effetto conseguente al matrimonio che la nostra Costituzione non permette di far discendere anche dal riconoscimento di un'unione gay.

Solo per esemplificare, e senza ovviamente alcuna pretesa di esaustività, pare interessante provare a ragionare su alcuni singoli effetti, invece che sull'istituto intero. Così facendo, ci si domanda quindi quale sarebbe la norma costituzionale che impedisce di ritenere legittimo il riconoscimento dell'obbligo di assistenza reciproca, morale e materiale o dell'obbligo di contribuire ai bisogni della vita comune (della famiglia, secondo quanto afferma il codice civile), di cui all'art. 143 e ss. del c.c.; e quale ancora quella che determinerebbe l'illegittimità del riconoscimento di una pensione di reversibilità in capo al compagno omosessuale (di cui alla l. 898/1970 sullo scioglimento del matrimonio) o della comunione dei beni, dell'estensione della disciplina dell'impresa familiare ad una coppia non eterosessuale. Ed infine – per toccare forse il tasto più dolente del discorso – dove stia la norma costituzionale che proibisce l'adozione ad una coppia omosessuale.

Anche la risposta quest'ultima domanda, forse più problematica delle altre, pare basata invero su di una concezione prima sociologica e psicologica, che giuridica. L'argomento maggiormente utilizzato per sostenere l'inopportunità di un'adozione fatta da due soggetti del medesimo sesso sta nel principio generale (e correttissimo) per il quale l'adozione è prevista, prima e soprattutto, nell'interesse del minore e non degli adottanti. Da questo, secondo tale concezione, deriverebbe l'ovvia considerazione che l'aspirazione a ricreare per il minore una situazione familiare, stabile e sicura, comporta l'impossibilità di riconoscere la capacità di adozione ad una coppia non composta da un uomo e una donna, in quanto il bambino ha bisogno di una figura materna ed una paterna. Ma anche questa considerazione deve ancora essere provata. Gli studi di psicologia che hanno affrontato la questione affermano tutto e il contrario di tutto e non mancano di certo quelli che nel settore ritengono che una famiglia di due genitori del medesimo sesso sia altrettanto in grado di



crescere un bambino sano, equilibrato e sicuro, perché ciò che determina il verificarsi di tali condizioni non è tanto la presenza di due figure genitoriali di sessi distinti, quanto la capacità di costoro di amare, curare, prestare attenzione e interesse, ascoltare, educare, ecc... il bambino. Ebbene, ove si sposasse la concezione che si è sopra riferita, verrebbe a cadere anche la principale motivazione che impedisce il riconoscimento della facoltà di adottare in capo alla coppia gay. Se l'interesse del minore ad una crescita sana ed equilibrata potesse ritenersi perseguito anche con l'affidamento del bambino a due genitori del medesimo sesso, nulla più potrebbe pensarsi d'ostacolo alla non incostituzionalità di una disciplina di tal sorta.

Il che, a nostro avviso, pare dimostrare l'assenza di un reale appiglio argomentativo di carattere giuridico che determini "l'impossibilità costituzionale" di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali.

## **5. conclusioni**

A prescindere dalle considerazioni "personali" circa le possibilità interpretative del matrimonio disciplinato in Costituzione, il discorso fin qui portato avanti non mira a sostenere la necessità di un'estensione del matrimonio, ma la doverosità di un intervento forte e strutturato.

Se il diritto è fondamentale, come tale deve essere trattato. Un diritto non è tale fino a che non diventi azionabile se negato; fino a che non possa essere oggetto di pretesa giurisdizionale.

Ebbene, il diritto di cui si discute, quello a vivere liberamente la condizione di coppia omosessuale, resta finora privo di una qualunque protezione, per cui, al di là della forma con cui lo si voglia rivestire, sembra sempre più necessario trovare un meccanismo in grado di garantirne la tutela e quindi la necessaria effettività.