

L'orientamento sessuale colpisce innanzitutto per la forma: una struttura ben delineata che emerge ripetutamente nel dipanarsi degli argomenti, delle narrazioni, delle analisi, restituendo compattezza alla trattazione, ricostruendo e, appunto, dando una forma a un dibattito che, almeno in Italia, si è presentato in modalità frammentate, sfuggenti e confuse, politicamente e ideologicamente connotate. Un contributo utile per orientarsi nelle questioni poste dai diritti di persone omosessuali attraverso analisi filosofiche, vicende giudiziarie, movimenti sociali statunitensi.

Cinque tesi, enunciate con chiarezza all'inizio del volume, si riflettono nell'impianto sistematico, la trattazione è ricca di rimandi interni, divagazioni, citazioni alte e basse, che sempre però si arrestano prima che si perda di vista al percorso di fondo, rendendo così la lettura scorrevole, senza perdere in continuità.¹

Il percorso ricostruito da Zanetti con riferimento al dibattito e alla giurisprudenza statunitense porta dalla criminalizzazione dell'omosessualità all'affermazione dell'eguale valore di diverse forme di orientamento sessuale. L'indice presenta tre capitoli ciascuno dei quali si focalizza su una questione specifica riguardante il trattamento giuridico dell'orientamento sessuale e coincide con una specifica fase: la successione e la concatenazione di tre fasi con caratteri distinti corrisponde alla *seconda tesi* sostenuta dall'autore.

Nel capitolo primo il concetto chiave è *legal*, il passaggio è quella della depenalizzazione dell'omosessualità, dunque direttamente coinvolto è l'ambito del diritto penale e la categoria di riferimento è quella dei "crimes without victims". Ciò che si pone in discussione è la valenza pubblica di un comportamento privato: l'orizzonte fattuale infatti è quello di comportamenti tenuti nelle mura domestiche, mentre l'orizzonte concettuale e etico è, da un lato, quello milliano delle *self regarding actions*, dall'altro, quello del divieto di atti omosessuali fondato sulla tutela di valori condivisi e della coesione sociale.² I casi giudiziari più significativi presi in considerazione sono *Bowers vs. Hardy* (SC1986) che decreta la legittimità dell'ingerenza dello Stato e *Lawrence v. Texas* (SC2003), sentenza con la quale la Corte Suprema inverte la direzione affermando che le leggi degli Stati non possono criminalizzare l'omosessualità, riconducendola alla tutela della privacy, dell'autonomia e della dignità personale.

Nel secondo capitolo il concetto chiave è *valuable* (portatore di valore) che si traduce nella non discriminazione delle persone appartenenti ad un gruppo, solo perché appartenenti a quel gruppo. Il salto è notevole: da comportamento permesso l'omosessualità passa a comportamento tutelato contro le discriminazioni e ciò nel corso

¹ Si tratta di un volume che per la sua chiarezza può avere anche una funzione didattica, rafforzata dal riferimento, a partire da casi concreti, a aspetti peculiari della società e del sistema giudiziario statunitense e a nozioni chiave come quelle di affidavit, seminal, suspect class ecc.

² Il primo passaggio in questo percorso, che è anche una storia di atti normativi, è stato il Wolfenden Committee Report del 1957 e il noto dibattito che ne segue tra Devlin e Hart, efficacemente ripreso nel libro, che fa emergere la distinzione tra comportamenti che se diffusi porterebbero alla disintegrazione della società e altri che porterebbero solo al suo cambiamento "consistent not only with the preservation of a society but with its advance" H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford U.P. 1963.

di pochi anni. Il percorso tracciato nel libro ci mostra infatti con immediatezza la velocità del cambiamento storico: come opinioni, consuetudini, norme secolari possano modificarsi radicalmente nel corso di due decenni. Qui è in gioco la protezione in ambito pubblico: la richiesta di non discriminazione proviene da persone che si fanno riconoscere pubblicamente in quanto appartenenti ad un gruppo, persone che “*non avevano alcuna intenzione di nascondersi*” (p. 77). Non si tratta più di diritto penale, ma di diritto civile e amministrativo: la vicenda considerata è quella che porta dall’esclusione all’inclusione dei gay nell’esercito statunitense, ricostruita attraverso due fondamentali atti giuridici e le loro ripercussioni sociali: il caso *Steffan v. Cheney* e la direttiva *Don't ask don't tell*. Una vicenda segnata da un carattere peculiare del diritto contemporaneo: l’irruzione e il ruolo sempre più rilevante di saperi esterni nei processi. I giudici statunitensi non sono più soli a giudicare le implicazioni dell’orientamento sessuale, altri esperti ne condizionano il giudizio, sia partecipando al processo, sia influenzando l’opinione pubblica. Risultati di ricerche, pareri, argomenti fondati su una di razionalità “scientifica” e empirica, diventano elementi essenziali del diritto.

Il terzo capitolo richiama un ulteriore passaggio concettuale: il riconoscimento di *eguale valore* dell’omosessualità rispetto ad altre forme di orientamento sessuale. Chiamato in causa è il principio di eguaglianza e non discriminazione tra persone e coppie eterosessuali e omosessuali. La vicenda narrata è quella dell’estensione della validità del matrimonio *same sex* a tutto il territorio statunitense, vicenda in cui giocano un ruolo importante movimenti sociali e associazioni, facendo emergere profonde differenze all’interno delle posizioni cattoliche. Dopo la legge di Difesa del Matrimonio firmata da Clinton nel 1996 che permetteva a uno Stato di non riconoscere il matrimonio avvenuto in altro Stato, si susseguono una lunga serie di decisioni giudiziarie fino a quella del 2015 con la quale la Corte Suprema sancisce l’incostituzionalità di divieti e limitazioni a livello statale e impone dunque l’eguaglianza matrimoniale in tutti gli Stati. Nella vicenda dei matrimoni *same-sex* emerge come tema centrale il rapporto tra giudiziario e legislativo, tra sapere giuridico e volontà politica e la loro fondamentale funzione di reciproca limitazione, particolarmente accentuata nei sistemi di *common law*, e la preminenza, già emersa nella fase precedente, del primo sul secondo. I classici argomenti filosofici, fondati sull’antropologia, sulla religione e sulla tradizione “non giocano ivi affatto un ruolo decisivo. Essi fanno già polvere” (p. 96). Ad un’analisi di questi argomenti Zanetti dedica comunque diverse pagine per concludere il capitolo con una riflessione sulla nozione di eguaglianza.

Nel percorso ricostruito appaiono temi fondamentali di filosofia del diritto confermando sia la *prima tesi* dell’autore, cioè che la riflessione sui problemi posti dall’orientamento sessuale e dal suo trattamento giuridico ha avuto un ruolo rilevante nell’elaborazione di paradigmi generali del liberalismo giuridico, sia la *terza tesi*, cioè che temi essenziali della riflessione filosofico giuridica possono sorgere dal basso, da questioni specifiche e particolarmente dalla giurisprudenza.

Come appare già da questa più che sommaria sintesi, la lettura di questo libro sollecita numerose questioni di diversa natura: riprendo qui solo alcuni spunti riconducibili al rapporto tra mutamento giuridico e mutamento sociale, uno dei grandi temi che lo percorre e ne incrementa l’interesse, anche a prescindere dalle specifiche questioni legate all’orientamento sessuale. Le influenze reciproche tra dibattito

filosofico, legislazione, sentenze e movimenti sociali messe in evidenza nelle diverse fasi mostrano non soltanto che la morale sociale - come ha sostenuto Hart nel noto intervento più volte citato - non è un *ethos* compatto e statico ma anche che il diritto può incidere su di essa modificandone tratti significativi.

Nelle vicende trattate emerge infatti come il diritto non solo rifletta e tuteli valori e interessi, ma contribuisca a costituirli e modificarli. Come leggi, sentenze, provvedimenti giuridici possano dar forma a specifiche visioni dei rapporti sociali, influire sulla rappresentazione sociale degli omosessuali e dunque sulla realtà delle loro vite. I casi narrati mostrano in che modo la costruzione operata dal diritto produca effetti al di là del mondo del diritto: come agisca influenzando la percezione sociale e producendo soggetti rispondenti alla loro rappresentazione giuridica. Così la direttiva DADT spinge all'ambiguità: imponendo agli omosessuali di tacere il proprio orientamento sessuale "proibisce la pratica di una virtù morale ad una minoranza" (p. 69), tentando di renderli moralmente inferiori. Così l'esclusione dal matrimonio, che implica il non riconoscimento attraverso il diritto di caratteri di stabilità, cura, affidabilità delle unioni omosessuali, "significa renderli promiscui, disordinati, edonistici, narcisisti, e così via, *per legge*" (p.111).

Zanetti richiama inoltre l'attenzione sulla capacità del diritto di far discendere conseguenze normative da una situazione, una realtà, che esso stesso contribuisce a creare. Dunque norme che si legittimano attraverso altre norme, si fondano su di esse e al contempo le rafforzano. Questo tipo d'azione è d'altronde quello sperimentata per secoli nei confronti delle donne: norme che sancivano la discriminazione e l'oppressione femminile erano fondate su caratteri attribuiti loro normativamente e corrispondenti alla loro rappresentazione diffusa: instabilità, emotività, irrazionalità, dipendenza morale e economica ecc. Costrizione giuridica e rappresentazione normativa diffusa che hanno avuto anche l'effetto di spingere le donne ad assumere *quei* caratteri.³ Come scrive De Beauvoir "quando un individuo o un gruppo d'individui è tenuto in situazione d'inferiorità, esso è di fatto inferiore, ma bisognerebbe intendersi sul valore del verbo "essere"".

Non solo un comportamento assume senso anche grazie all'orizzonte normativo in cui è inquadrato, ma, nota Zanetti sollevando una questione che meriterebbe maggiori approfondimenti, anche i caratteri di un'istituzione possono cambiare socialmente attraverso il cambiamento giuridico: il *same sex marriage* modifica l'istituto del matrimonio, anche del matrimonio eterosessuale che "non è già più la stessa cosa".

Nel quadro del rapporto tra mutamento giuridico e mutamento sociale si può collocare anche la *quarta tesi* dell'autore: l'affermazione dell'esistenza di un collegamento genetico, non *assolutamente* cronologico, tra le tre fasi individuate ciascuna delle quali costituisce una condizione necessaria, benché non sufficiente, per l'attivazione della

³ Simone De Beauvoir, *Il secondo sesso*, Il Saggiatore, Milano 2008. p. 27. Non è qui possibile addentrarmi nella questione, ricordo solo un'osservazione di Bentham, che mi ha colpito per la sua consueta lucidità "la supposta inferiorità intellettuale del sesso femminile" è un sofisma attraverso il quale si giustifica la segregazione femminile: è un caso in cui il potere si giustifica attraverso "una deficienza che, nel limite in cui è effettivamente riscontrabile, è stata prodotta proprio dall'abuso di quel potere che la deficienza stessa dovrebbe giustificare", *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, in *The Collected Works of Jeremy Bentham*, London, Athlone Press, 1970, p. 245n.

successiva, senza tuttavia che sussista tra di esse un rapporto di causa-effetto. Una tesi importante che potrebbe essere testata in altri casi. Ad esempio ci si può chiedere se nel percorso giuridico dei diritti delle donne l'eguaglianza giuridica formale tra persone di diverso sesso non sia stata un passo necessario per la valorizzazione delle differenze tra loro (sempre ovviamente in una cornice di preminente riconoscimento delle libertà fondamentali). In questa prospettiva non solo l'abolizione di discriminazioni giuridiche costituisce un precedente necessario rispetto alle politiche di pari opportunità, ma entrambe sono precedenti necessari rispetto a politiche della differenza che non si traducano in diseguaglianza, discriminazione, esclusione. Un argomento che contribuirebbe a mettere in discussione, in un regime liberale, norme giuridiche che assumono di valorizzare la dignità e la specificità femminile senza aver prima rimosso le discriminazioni formali tra i sessi.

Nel corso della trattazione tuttavia mi pare che si suggerisca qualcosa in più rispetto a quanto enunciato nella quarta tesi: quasi una tendenza interna al diritto, tale per cui non soltanto un passaggio, la legalizzazione dei comportamenti omosessuali, è un necessario precedente dei successivi, ma in qualche modo spinge verso di essi. La successione storica/concettuale/giuridica tra le diverse fasi che conferiscono all'omosessualità le qualificazioni di comportamento lecito, di valore, di eguale valore, sembrerebbe dunque implicare che: 1. per l'avviarsi di una fase b. sia necessaria l'avvio – non la conclusione – della precedente fase a.; 2. una volta avviata a. la razionalità interna al diritto orienti verso b.

Dalla legalizzazione alla non discriminazione e da questa al riconoscimento del matrimonio omosessuale la strada appare tracciata: fatto il primo passo si imbecca una direzione difficile da invertire. Una strada tracciata già individuata nel 2003 dal giudice Scalia nella sua *dissenting opinion* nel caso *Lawrence v. Texas* “se la disapprovazione morale della condotta omosessuale non costituisce alcun legittimo interesse dello Stato” ai fini di *proibire* tale condotta (...) che giustificazione ci potrà mai essere per *negare* alle coppie omosessuali i benefici del matrimonio?”.⁴ Si configura una concatenazione di passaggi da ricondursi ad una logica, ad una sorta di necessità - non certo della Storia - ma della razionalità giuridica nel quadro di uno Stato costituzionale di diritto. La ricostruzione formulata in questo volume sembra dunque confermare come, in un quadro giuridico liberale, il diritto abbia una “specifica interna razionalità istituzionale”, una logica che spinge in determinate direzioni, anche indipendentemente dalle opzioni dei giudici.⁵

Per concludere: in questo lavoro Zanetti mette in evidenza il ruolo che il diritto, pur nelle sue complesse modalità d'azione, può assumere in un percorso di civilizzazione e di realizzazione dell'eguaglianza morale di tutti gli esseri umani. Le vicende giuridiche

⁴ Citata e tradotta da Zanetti (p. 103, corsivi suoi) che riporta in nota il testo originale.

⁵ Ciò potrebbe mettere in discussione, limitatamente all'ambito giuridico, la quinta tesi cioè l'affermazione della relativa autonomia delle singole fasi, tale per cui è possibile, assumere posizioni diverse sulle macroquestioni che soggiacciono alle tre fasi (p.131). Questa possibilità, peraltro empiricamente accertata, sarebbe però in contrasto con la razionalità giuridica, riprendendo le parole di Scalia a proposito della depenalizzazione dell'omosessualità: “This case “does not involve” the issue of homosexual marriage only if one entertains the belief that principle and logic have nothing to do with the decisions of this Court” (p. 103).

dell'orientamento sessuale negli Stati Uniti sono un caso in cui principi e norme che costituiscono la razionalità interna al diritto hanno influito in modo determinante sul cambiamento sociale. Anche le posizioni di giudici cattolici mostrano come un patrimonio comune di cultura politica e giuridica si possa affermare sulle opzioni religiose spingendo in una direzione che, almeno *prima facie*, appare in contrasto con esse. Non sarebbe d'altronde il primo caso in cui principi e istituzioni giuridiche hanno imposto un cambiamento guidato da valori che non riflettono il diffuso sentire sociale, né la convenienza politica.

Alessandra Facchi