

The Family “Diverse” but not Natural: The Case of Albania

Arjan Vasjari PhD

Juelda Lamçe PhD

Doi:10.5901/mjss.2013.v4n10p76

Abstract

The question and mostly the debate on marriage between persons of the same sex touches two fundamental principles: the equal sign of the rights and the rejection of any form of discrimination, in particular, as it pertains to personal identity. The approach to the intolerant phenomenon is of ancient date in the Albanian juridical and social environment. Furthermore, it is an approach that has nothing to do and therefore should not be identified with the political history that has living Albanian society. First, this was intolerance as mentality, as an act, then become legal precept. First, this was intolerance as mentality, as an act, then become a normative rule. Initially, it was homophobia and after the rule of law. In other words, it was a mix of ultra-conservative traditions with orient-atheist foundations and the ius naturalist vision of the rights, which classifies what is natural and non-natural base on legal topics. So there are two questions to be resolved: 1-from a legal standpoint, is it justifiable the rejection of gay marriage?; 2- do homosexual couples , enjoy the right to have a recognized civil family?

Keywords: equality, iuris person, gay marriage, affectio coniugalis

1. I difetti dell' impostazione iusnaturalista e tradizionalista

L'argomento per eccellenza che i rappresentanti della corporazione antiomosessuale articolano ogni volta che sentono parlare di un tale argomento è che si tratta di un rapporto che distrugge l'ordine biologico e minaccia la legalità naturale delle cose. Come tale, non merita attenzione giuridica, perchè non raggiunge il rango di un fenomeno giuridico rilevante.

L'impostazione intollerante nei confronti del fenomeno è vecchia nel ambiente socio-giuridico albanese e quindi, non si può spiegare prendendo in considerazione o trovare qualche relazione con la storia politica che potrebbe aver vissuto la società albanese. Innanzitutto, è stata un'intolleranza come atto per poi codificarsi, il che vuol dire, lo era omofobia per poi diventare una norma positiva. Detta diversamente, è stata un miscuglio tra la tradizione ultraconservatrice con base oriente-atea e la visione iusnaturalistica dei diritti il quale determina aprioristicamente che cos'è naturale o meno, basata su argomenti pregiudiziali.

Riferendosi brevemente al codice penale della monarchia e del regime comunista, è molto facile identificare le analogie nella visione del fenomeno ma anche la similitudine quasi assoluta della natura repressiva delle disposizioni giuridiche che riguardano il fenomeno.

Nel capitolo "Oscenità antinaturali" del codice penale della Monarchia, articolo 377, si stabiliva: "Colui che compie il gesto di oscenità antinaturali...omissis... viene punito con la reclusione da 3 mesi fino a 2 anni, oppure con l'interdizione da 1 a 5 anni e in entrambi i casi si aggiunge una pesante multa e l'interdizione temporanea dagli uffici pubblici. Con le stesse penalità viene condannato anche colui che subisce le oscenità in questo modo...omissis..."

Il codice penale del 1952 del periodo comunista, nel capitolo "Crimini contro la morale sociale" nel articolo 289 (tranne un'incertezza concettuale, perchè metteva sullo stesso piano omosessualità e pedofilia) disciplinava: "Pedofilia, cioè i rapporti sessuali tra maschi, viene condannata: con privazione della libertà fino a 10 anni. Lo stesso atto, compiuto con violenza o contro un minore che non ha raggiunto i 14 anni d'età, viene condannato con privazione della libertà dai 5 ai 15 anni". Pochi anni dopo, si passa in una regressione qualitativa che portò il codice penale del 1977, il quale nel articolo 137 non specificava nè differenziava ma semplicemente sanzionava: "Pederastia viene condannata: con privazione della libertà fino ai 10 anni". Il fatto che i rapporti con i minorenni non venivano nè menzionati nè classificati dimostra che per il legislatore del tempo era importante soltanto la conservazione della salute della famiglia tradizionale, come un'istituzione primariamente ideologica (famiglia socialista) e poi giuridica.

Ritornando all'argomento "naturale o antinaturale", è necessario mettere alcuni paletti sulla questione dell'omosessualità in rapporto ai diritti di personalità. Costituisce un'asserzione, accettata quasi ovunque nella letteratura giuridica moderna che "l'essere umano è persona anche nel universo giuridico". Questo vuol dire che, *persona iuris*, non è altro che un complesso di diritti di personalità i quali, visto che sono oltre tutto, anche **a**-essenziali, **b**- assoluti, **c**-

strettamente personali, **d**-imprescrittibili, **e**- non negoziabili, definiscono tutto l'impianto delle prerogative che l'essere umano, in maniera legittima, ha il diritto di pretendere nei rapporti con il terzo ed il corpo sociale. Diritto di personalità è anche il diritto di costruire una struttura di relazioni affettive e sociali incondizionate e in conformità totale con la "natura" o l'essere personale.

Il diritto al nome per esempio, il quale difende il diritto dell'individuo di avere e di usare un elemento distintivo, il quale gli garantisce, appunto, la distinzione e l'identificazione nei rapporti con terzi, viene difeso dall'articolo 5 del codice penale secondo il quale, "ogni persona ha il diritto e il dovere di avere il proprio nome e cognome...omissis...". Derivato di questo diritto è il diritto dell'identità personale il quale, come un prodotto giuridico, difende il diritto dell'individuo di essere quello che è, cioè, di conservare in maniera integrale il suo essere, nel senso della sua orientazione etica, morale, ideologica, sessuale ecc., non condizionata da fattori esterni: il altri termini, non può trovare nessuna giustificazione giuridica, etica, morale, l'approccio omofobico ed il rifiuto di qualunque profilo, anche quello più privato, di un individuo, basta che egli non comporti un pericolo per il corpo sociale e la sicurezza dell'altro.

Arrampicarsi sugli specchi della tradizione e sui "valori morali della nostra società" come ad esempio, l'unità familiare, il rispetto della donna per l'uomo (non tanto vero il contrario), la continuazione della razza o discendenza, in un contesto intollerante e conservatore come il nostro, non produce altro che un positivismo giuridico rigido e angusto, il quale proprio tramite questi paradigmi, limita o esclude a priori quelle prerogative dell'essere umano che, al contrario, meritano garanzia e protezione. E' pienamente ragionevole affermare che, se il diritto è un sistema culturale fondato sulle basi dell'esperienza e convivenza di una certa comunità, è ugualmente ragionevole articolare fortemente che l'interesse giuridico verso l'istituzione della famiglia non deriva dal fatto che essa sia un'unità biologica, ma perchè è un'unità sociale. Questo fa intendere che la sua struttura non è (e la storia è un testimone credibile in questo caso) un *perpetuum* ma cambia e si adegua al costume sociale in diverse epoche storiche. Proprio questa impostazione atipica ci aiuta a capire la necessità della distinzione tra il concetto "famiglia" e il concetto "tradizione" oppure "naturale". Se affermassimo il contrario ci servirebbe rivedere, per così dire, il diritto dell'aborto, il quale non poteva essere concepito dalla nostra tradizione socio-familiare fino a un paio di decenni fa; lo stesso vale anche per l'istituto civile della convivenza tra un uomo e una donna che, giustamente, il legislatore ha accettato come istituzione solo pochi anni fa. E' normale che gli oppositori del matrimonio omosessuale abbiano una posizione tradizionalista, la quale *ratio* viene giustificata, secondo loro, con l'esistenza di norme consuetudinarie, le quali, sempre secondo loro, costituiscono necessariamente una fonte di diritto. Ma, anche se così fosse, nessuno si può "salvare" dal obbligo di trovare a quella fonte, la posizione giuridica nella gerarchia delle fonti. Comunque l'aspetto più importante da sottolineare è che, nessuno deve dimenticare, che la consuetudine può essere legittimata come fonte solo se si sposa completamente con i principi base della costituzione.

2. La violazione del principio costituzionale dell'uguaglianza

Il dibattito sulla famiglia omosessuale sarebbe completamente senza senso se si tenesse al di fuori dal perimetro dei principi costituzionali. Bisogna ammettere che, in un'interpretazione evolutiva, la nostra costituzione non manifesta nessuna rigidità estrema normativa quando si parla di matrimonio e famiglia. Essa, semplicemente, deve essere contestualizzata. Nel articolo 53 si recita: "1-Chiunque ha il diritto di sposarsi ed avere una famiglia. 2-Il matrimonio e la famiglia godono della protezione speciale dello Stato...omissis..."

Letta in combinazione con l'art. 18, secondo il quale "1-Tutti sono uguali davanti alla legge. 2-Nessuno può essere discriminato ingiustamente per cause come sesso, razza, etnia...omissis.." essa produce una giustificazione, relativamente stabile, per riconsiderare l'istituzione del matrimonio, oramai, fuori da quei paradigmi citati prima.

A sostegno di questa visione si esprime anche il diritto comunitario che ha incoraggiato l'approvazione degli strumenti giuridici per l'eliminazione della discriminazione che sono costretti a sopportare le coppie di diverso orientamento sessuale. E' emblematico in un questo contesto, il nuovo orientamento storico che ha portato la Carta Europea dei Diritti Fondamentali nel suo art. 9: "il diritto di sposarsi e il diritto di creare una famiglia sono garantite...omissis.." (nonostante delegava la materia concreta alle legislazioni nazionali), senza imporre formule che prevedano esclusioni a causa del sesso o del orientamento sessuale. Senza nessuna esitazione l'approccio era storico visto che, oltrepassava le cornici della Convenzione Europea del 1950 la quale nel articolo 12 disciplinava che "gli uomini e le donne nell'età giusta hanno il diritto di sposarsi". E' stato lo stesso spirito antidiscriminante che si è manifestato dopo, nella lettera della risoluzione del Parlamento Europeo del 8 febbraio 1994 "Sull'uguaglianza dei diritti degli omosessuali nell'Unione Europea", la quale chiaramente richiedeva " la cancellazione di tutte le barriere contro il matrimonio omosessuale... garantendo pienamente il diritto al matrimonio...". La stessa cosa si può dire anche della Raccomandazione del Consiglio d'Europa 1474/2000 "Sulla situazione degli omosessuali nei paesi membri del Consiglio

d'Europa". Nella stessa linea è stata anche la risoluzione del Parlamento Europeo del 2006 sull'omofobia e i deficit legislativi nella difesa dei diritti degli omosessuali, risoluzione che, tra l'altro, fu proposta dal Partito Popolare Europeo (membro del quale è il partito al potere in Albania) la quale nella sua essenza sottolineava che "se si impedisce il matrimonio tra le coppie omosessuali, questo comporta una forma di discriminazione". La stessa risoluzione definiva l'omofobia come "una paura irrazionale contro gli omosessuali"... "simile all'antisemitismo". Anche la giurisprudenza del Tribunale Europea dei Diritti dell'Uomo ha sostenuto questa tesi quando, nel caso *Goodwin c. Regno Unito*, precisa che "la garanzia del diritto di sposarsi tra un'uomo e una donna non va sottinteso nel senso che, il sesso si deve stabilire semplicemente sulla base dei criteri biologici". La stessa identica impostazione vale anche nel caso *Schalk & Kopf c. Austria*, quando questo Tribunale stabilì chiaramente che "la possibilità di riprodurre non è condizione necessaria per incontrare un matrimonio civile".

La questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, chiama in causa due principi fondamentali: l'uguaglianza nel trattamento dei diritti fondamentali ed il rifiuto contro ogni discriminazione che ha a che fare con l'identità personale.

La riflessione sulla esclusione arbitraria dei matrimoni omosessuali propone alcuni punti interrogativi seri sul valore reale del principio costituzionale di uguaglianza e della garanzia dei diritti fondamentali. Analizzando strettamente in termini iusnaturalisti, i matrimoni dello stesso sesso non meritano una copertura normativa. Ma, visto che presumiamo il superamento di un tale stadio dottrinale, allora è pienamente giustificabile integrare questo "istituto illegale" nei diritti fondamentali.

Su quale principio razionale dobbiamo accettare un modello familiare, normativamente predefinito, tra un uomo e una donna ed escludere un nuovo modello (neanche tanto nuovo in verità) tra due femmine e due maschi? Non suona come una pura aberazione logica, (ma anche giuridica), applicare il principio della parità tra uomo e donna da una parte e la disuguaglianza tra la famiglia "normale" uomo-donna e la famiglia "anormale" o meglio diversamente normale omosessuale? Perché "noi" abbiamo il diritto di autocategorizzarci come "normali" e "loro" categorizzarli come "anormali"? Quindi, c'è (esiste) qualche base teorica o dottrinale in questa asimmetria dell'interpretazione giuridica?

I nostri costituenti, se non visionari (non hanno specificato l'appartenenza al genere che avrebbe condizionato il valore giuridico del matrimonio) sono stati, almeno, (forse casualmente) attenti quando si sono esposti nel articolo 53 comma 1 della costituzione che, " Chiunque ha il diritto di sposarsi ed avere una famiglia...". Ogni altra definizione avrebbe prodotto un disposizione liberticida.

Quindi, la Costituzione di oggi (che avrebbe prodotto una situazione estremamente complessa, una diversa Costituzione chéad esempio, disciplinasse le appartenenze al genere dei coniugi) facilita il problema visto che la formulazione sopra menzionata vuol dire che lo Stato non ha intenzione di imporre la sua "formula" o suoi concetti ideomoralisti nella creazione ed esistenza dell'istituzione del matrimonio e della famiglia. La nostra costituzione, contrariamente rispetto a molte omologhe, non ha dentro di sé contraddizioni del tipo, " non è permessa la discriminazione per motivi di sesso" ed "il matrimonio ci può essere solo tra un'uomo e una donna". Sempre in questa linea, sarebbe inconcepibile dal legislatore, e di conseguenza la norma, di determinare o prestabilire a qualcuno il suo partner affettivo. Siccome in questo momento interpretativo non siamo condizionati dallo spirito, bensì dalla lettera della norma, allora siamo giustificati di presumere che, per gli autori dell'atto fondamentale dello Stato, l'unico elemento condizionante per l'esistenza giuridica dell'istituto del matrimonio è il cosiddetto *affectio coniugalis* della coppia e non la loro orientazione sessuale. Conclusione: allorché la Costituzione non predetermina nessun modello familiare, vuol dire che include tutti i modelli familiari o almeno, anche modelli che oltrepassano quello tra un uomo ed una donna.

Le difficoltà che, in apparenza, possono provocare gli oppositori di questo "nuovo" modello familiare (lo ripeto, neanche tanto nuovo, anzi coetaneo con il modello tradizionale), sono facilmente superabili. In che modo?

Prima di tutto, appellandoci sull'infondatezza della tesi arcaica che l'omosessualità è una deviazione, che è fuori dal "normale" nel senso biologico, scientifico, antropologico e così via. In una sua presa di posizione nel 17 maggio 1990, l'Organizzazione Mondiale della Sanità, ha chiarito ogni equivoco riguardante lo status biologico-anatomico degli omosessuali giudicando l'omosessualità come "una variazione naturale del comportamento sessuale dell'individuo". Inoltre, sempre secondo l'OMS, almeno il 5% della popolazione ha un orientamento sessuale diverso. La percentuale si commenta da sola. Da questo, per analogia, potrebbe nascere la domanda: sarebbe giustificabile uno stato, abbastanza liberale, che viola i diritti fondamentali del 5% della sua popolazione?

Il secondo, distinguendo una volta per tutte il concetto "famiglia" dal progetto "riprodurre".

Non c'è e non potrebbe esistere nessuna disposizione che potrebbe condizionare l'esistenza della famiglia con la nascita dei figli. Perché, cosa faremmo con le coppie sterili? O con quelli che decidono di sposarsi a un'età in cui la fertilità è compromessa? Oppure con quelle donne in menopausa che decidono di iniziare una nuova vita in coppia? Per

caso, gli dobbiamo negare il diritto fondamentale di sposarsi? Come ci comporteremmo con quei genitori che durante la loro vita nella famiglia tradizionale, con figli, scoprono un comportamento sessuale diverso da quello precedente?

Terzo, liberando dalla paura quelli che vedono una conseguenza inevitabile tra la famiglia omosessuale e adozione di bambini. Il matrimonio omosessuale e il figlio sono due realtà socio-giuridiche che non necessariamente sono correlate tra loro. Questo vuol dire che loro possono vivere in maniera autonoma, senza esserci un rapporto causa-effetto. Noi possiamo accettare il matrimonio omosessuale con tutti i suoi effetti civili però, non siamo obbligati di accettare l'adozione da parte di essa dei bambini.

Quarto, spogliando la famiglia tradizionale dal suo *status* di un istituto giuridico privilegiato. Assicurando, in termini normativi, uno *status* uguale ed alternativo tra la famiglia eterosessuale e quella omosessuale, non facciamo altro che rispettare il principio costituzionale dell'uguaglianza. In quest'ottica è paradigmatico quello che Nicholas Sarkozy avrebbe dichiarato nel 2007: "L'amore etero non è superiore a quello omo. L' unica vera distinzione tra amore e semplice passione sessuale sta nel fatto che l'amore necessita sempre il riconoscimento sociale... L'amore omosessuale deve essere riconosciuto, dobbiamo darle un quadro normativo che li permetterebbe di esprimersi..."

3. L' antidiscriminazione che discrimina

Sarebbe completamente razionale che in appoggio a questa posizione, la quale favorisce chiaramente la libertà dell'individuo in piena conformità con il principio fondamentale dell'uguaglianza, rivolgersi alla giurisprudenza oppure i modelli sociogiuridici di molte società a cui cerchiamo di assomigliare. Anche se va sottolineato, nonostante tutti questi esempi, la corporazione dei tradizionalisti avrebbe pronto il controargomento "a noi ci serve tempo per diventare come loro". Preferisco evitare una tale tipologia di confronto anche per il fatto che, la politica albanese che durante questi anni si è fatta carico dell'obiettivo di fare una legge per i diritti e le libertà della comunità omosessuale, ci sta "ripensando", riducendo quello in una di semplice norma antidiscriminazione. Una legge non semplicemente ritardata ma terribilmente superata, la quale in realtà, attraverso "l'antidiscriminazione", nasconde una discriminazione. La stessa impostazione del problema ci crea l'impressione che, per il legislatore, questo è un quadro normativo necessario, visto che abbiamo a che fare con una comunità sfortunata (non sono propenso a credere che si tratti di una questione importante da risolvere in quanto richiesto da i nostri partner europei). Però, sfortunatamente, il tempo ha dato ragione ai sospetti di molti su questo. In un contesto globale così delicato nei confronti dei diritti e delle libertà in generale, fare una semplice legge antidiscriminazione nei confronti degli omosessuali è lo stesso, per dire, come parlare agli americani del 2013 che hanno rivoltato un presidente di colore, di Rosa Parks che nel 1954 chiedeva di sedersi nel autobus dei bianchi per protesta contro la discriminazione.

Comunque, la libertà di scegliere il partner in generale e i matrimoni omosessuali in particolare, non possono restare ancora per molto tempo al di fuori dall'orizzonte normativo ed istituzionale. Questo, per la semplice ragione, che, in un paese libero e democratico non si possono permettere infinitamente terreni giuridici abbandonati sopra i quali vengono costruiti ghetti per le libertà e i diritti dell'individuo.

References

- A.De Cupis, La persona umana nel diritto privato, in Foro Italiano, 1956
- Il Giornale Koha Jone, 30 luglio 2009, 1 agosto 2009
- Nicolas Sarkozy, Tetu, 10 aprile 2007
- Codice penale della Monarchia albanese, 1927
- Codice Penale R.P.A, 1952
- Codice Penale R.P.A 1977
- Codice Civile R.A. 1994
- Costituzione Albanese, 1998
- Carta dei Diritti Fondamentali UE, 2000
- La Convenzione Europea dei diritti e le libertà fondamentali, 1950
- La Risoluzione del Parlamento Europeo, 8 febbraio 1994
- La Risoluzione del Parlamento Europeo, 18 gennaio 2006