

## Famiglia e Costituzioni: un cambiamento accelerato\*

di Stefano Ceccanti\*\*

(28 ottobre 2015)

1. Il cambiamento e le Costituzioni: perché è marginale la strada delle revisioni costituzionali esplicite?

Non c'è dubbio che il cambiamento in materia di famiglia sia molto accelerato nelle esperienze costituzionali delle democrazie consolidate di questi ultimi anni, in particolare in relazione all'apertura a coppie di persone dello stesso sesso, ma l'aspetto forse meno scontato è che questi cambiamenti siano per lo più avvenuti o tramite leggi ordinarie (Francia, Spagna, alcuni Stati americani) o attraverso decisioni giurisprudenziali a prescindere dal legislatore (Corte suprema Usa, a prescindere dal legislatore federale).

La strada dell'esplicita revisione costituzionale è stata tipica del solo caso irlandese.

Forse questo è il dato principale, in apparenza non scontato, che meriti di essere in qualche modo affrontato e spiegato. A prima vista, infatti, un cambiamento così forte potrebbe essere difficilmente concepibile fuori da un dibattito pubblico che investa una revisione solenne di una Carta costituzionale. In astratto ci si sarebbe insomma potuto attendere che l'Irlanda, compresa l'attivazione del referendum popolare, potesse essere la regola anziché l'eccezione.

Perché altrove, invece, è bastata una decisione di una Corte o la via della legge ordinaria, successivamente ritenuta compatibile con le Costituzioni vigenti dalle Corti?

Questo intervento ruota pertanto intorno a questo interrogativo sulle cause, dato che gli effetti sono ben visibili e incontrovertibili.

2. Il punto di partenza che spiega molto: le Costituzioni vigenti al 1951

Se prendiamo come riferimento la celebre raccolta delle Costituzioni europee vigenti all'1 settembre 1951, curata da Boris Mirkin-Guetzévitch per le Presses Universitaires de France e riproposta nel 1954 dalle Edizioni di Comunità di Adriano Olivetti con traduzione di Sergio Cotta, ci accorgiamo anzitutto che i paletti specifici posti per stabilizzare una certa nozione di famiglia appaiono significativi solo in tre casi, tutti più marcati, sia pure in modo diverso, dalla religione cattolica.

Anzitutto ciò è vero, nella misura massima, per le due esperienze residue di Stato autoritario, quella spagnola e quella portoghese. Il "Fuero degli spagnoli" nel suo articolo 22 "riconosce e protegge la famiglia in quanto istituzione naturale e fondamentale della società avente diritti e doveri anteriori e superiori a qualsiasi legge umana e positiva. Il matrimonio è uno e indissolubile. Lo Stato protegge in particolar modo le famiglie numerose" e, più in generale, l'articolo 33 recisa che "l'esercizio dei diritti riconosciuti nel presente Fuero non dovrà ledere l'unità spirituale, nazionale e sociale della Spagna", Paese in cui, secondo l'art. 6 la religione cattolica "è la religione dello Stato spagnolo",

\* Relazione per il convegno del 9 novembre 2015 "La famiglia e il diritto: 40 anni di trasformazioni" organizzato dall'Università degli Studi Milano-Bicocca.

l'unica a cui sono consentite manifestazioni e cerimonie esteriori. Il richiamo giusnaturalistico non è quindi generico, ma si riferisce al diritto naturale quale è concretamente ricostruito e interpretato dalla Chiesa cattolica in quel dato momento storico.

Per di più, in precedenza, il Fuero del lavoro, emanato nel 1938, aveva chiarito nell'art. 1 del capitolo II che avrebbe liberato "la donna sposata dal lavoro nelle fabbriche", proibendo del resto a tutte le donne, in questo equiparate ai fanciulli, qualsiasi lavoro notturno.

Il livello di compenetrazione tra Chiesa cattolica e regime autoritario era minore nel caso della Costituzione portoghese del 1933 che definiva il cattolicesimo come "religione della Nazione portoghese" (art. 45), proclamava comunque la separazione tra le istituzioni, non vedendola però in contraddizione con l'eventuale stipulazione di Concordati o accordi. Il titolo specifico sulla famiglia (Titolo III) non costituzionalizzava l'indissolubilità (del resto il divorzio era già stato previsto dal 1910), ma per il resto affermava comunque una visione tradizionale secondo cui "la difesa della famiglia" andava vista come "fonte di conservazione e di sviluppo della razza" (art. 12), in cui i coniugi erano visti come uguali in diritti e doveri limitatamente "al sostentamento e all'educazione dei figli legittimi" (art. 13), mentre però era compito dei padri "l'adempimento dell'obbligo dell'istruzione e dell'educazione dei figli" in rapporto al sistema scolastico pubblico e privato (art. 14) e spettava comunque solo ad essi il diritto di voto per le giunte comunali (art. 19). Da rilevare che il Concordato del 1940 stabilì poi che i cittadini che avessero celebrato il matrimonio cattolico si sarebbero preclusi la strada del divorzio di fronte ai tribunali dello Stato (art. XXIV): norma rimasta vigente fino al protocollo addizionale del 1975 durante il periodo di transizione.

Tra le Costituzioni democratiche vigenti nel 1951 quella Irlandese del 1937 prevedeva un livello di confessionalismo analogo a quello spagnolo dal preambolo fondato sulla Santissima Trinità fino all'articolo 44 che riconosceva una "posizione speciale della Santa Chiesa Apostolica Romana in quanto custode della fede professata dalla grande maggioranza dei cittadini". Di conseguenza lo specifico articolo dedicato alla famiglia, il 41, la definiva "come un'istituzione morale investita di diritti inalienabili e imprescrittibili, anteriori e superiori ad ogni legge positiva". In ultima analisi questo richiamo al diritto naturale significava delegare per intero la concezione di famiglia alla dottrina allora vigente nella Chiesa cattolica precisando nell'ordine che lo Stato doveva operare di modo che "le necessità economiche" non costringessero "le madri di famiglia a lavori che possono far trascurare loro i doveri domestici" e a non prevedere "nessuna legge che consenta lo scioglimento del matrimonio". Com'è noto, per quanto il Preambolo sia rimasto inalterato, il confessionalismo è stato progressivamente eroso: il quinto emendamento del 1973 ha rimosso dall'art. 44 la posizione privilegiata della Chiesa cattolica, il quindicesimo del 1996 ha consentito il divorzio in determinate circostanze; infine il trentaquattresimo approvato a maggio con referendum ha posto le basi per il matrimonio omosessuale.

Di conseguenza troviamo qui una risposta all'eccezione irlandese di oggi: scomparsi gli Stati autoritari, solo quella Costituzione aveva un imprinting originario tale per cui, nonostante la progressiva deconfessionalizzazione, si è preferita la strada della revisione costituzionale esplicita per espandere la nozione di matrimonio e, del resto, ci si è mossi

sulla base della precedente revisione sul divorzio, che in quel caso era però strettamente necessaria visto il vincolo testuale.

Negli altri casi le Costituzioni erano state estremamente parche di parole e quindi di limiti al legislatore e all'attività interpretativa dei giudici in materia di famiglia. Ciò spiega perché non vi siano state revisioni

### 3. Il caso specifico della Costituzione italiana e il tentativo di un punto di equilibrio da parte del legislatore

Se affrontiamo quindi il testo della Costituzione italiana a partire da queste consapevolezze comparatistiche ci accorgiamo che, in realtà, neanche essa ha seguito le strade sin qui descritte nelle tre Costituzioni citate in precedenza, spostate su un asse tradizionalistico di visione della famiglia.

Indubbiamente il contesto del 1948 fino alla revisione concordataria di metà anni Ottanta era fortemente impregnato di confessionalismo, tuttavia l'art. 7 si limita a costituzionalizzare il metodo pattizio più che i contenuti concreti del metodo del 1929, come avrebbe poi fatto valere la Corte grazie alla dottrina dei super-principi; inoltre l'articolo 29 non prevede la costituzionalizzazione dell'indissolubilità rigettandola esplicitamente, sia pure per pochi voti, consentendo quindi di procedere poi nel 1970 all'introduzione del divorzio per via di legge ordinaria ed anche la natura gerarchica del rapporto uomo-donna nel matrimonio (pur sopravvissuta nella legislazione ordinaria fino al 1975) fu nettamente incrinata dall'affermazione dell' "uguaglianza morale e giuridica dei coniugi" dell'art. 29.2 rispetto alla quale "i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare" potevano costituire solo una ben limitata eccezione alla regola, come ben dimostrò l'overruling del 1968 con la sentenza n. 126 in materia di illegittimità dell'adulterio solo della donna quale reato penale, dopo una prima sentenza in senso opposto alla sentenza 64/1961.

L'unica possibilità di un ostacolo a visioni espansive, in particolare verso il superamento della differenza sessuale quale elemento insuperabile, sta in fondo nella definizione di "società naturale", anche se essa nel caso italiano, posti gli elementi precedenti, non è interpretabile nel senso di una devoluzione alla Chiesa cattolica della definizione del diritto naturale. E' vero che il primo comma dell'art. 34 del Concordato del 1929, in vigore fino al 1984 sulla base dell'apertura dell'art. 7, recitava: "*Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo* (corsivo mio - NdA), riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili." Tuttavia fu chiarito dai lavori preparatori che il richiamo era inteso come "una determinazione di limiti" (Moro, seduta del 18 aprile 1947, p. 3049) rispetto al legislatore e che l'apertura dell'art. 7 al metodo concordatario non vincolava il legislatore statale a costituzionalizzare e quindi a far proprie tutte le caratteristiche del matrimonio canonico a cominciare dall'indissolubilità. Infatti, com'è noto, in origine subito dopo il richiamo alla società naturale nel progetto di Costituzione era stata inserita la costituzionalizzazione dell'indissolubilità, bocciata poi nel voto segreto: la prima richiesta in tal senso, su una parte di un progetto di legge (e non sul voto finale) non

solo nei lavori della Costituente ma anche addirittura dal 1881 (si veda il dibattito in merito nella seduta del 23 aprile da pag. 3284 a pag. 3286). Del resto la votazione poté svolgersi su questo tema proprio perché l'apertura dell'art. 7 al Concordato non aveva affatto risolto quella questione: nessuno infatti invocò il principio del "ne bis in idem" per precludere la votazione.

In ultimo la sentenza 138/2010 della Corte costituzionale ha escluso qualsivoglia interpretazione giusnaturalistica del matrimonio, adottando quella storica (il significato tradizionale dell'istituto) e sistematica (il codice civile, tenuto presente dai costituenti). Pur ammettendola, ha escluso l'interpretazione evolutiva della norma (non per supposte implicazioni di diritto naturale, ma) proprio perché essa avrebbe portato ad includervi "fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata". In ogni caso l'Accordo Stato-chiesa del 1985 non ha riprodotto nell'art. 8 relativo al matrimonio una norma analoga. Al suo posto sta al comma 3 una dichiarazione unilaterale di ben altro tenore, che fa ben capire la discontinuità: "Nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale la Santa Sede sente l'esigenza di riaffermare il valore immutato della dottrina cattolica sul matrimonio e la sollecitudine della Chiesa per la dignità ed i valori della famiglia, fondamento della società."

E' solo da dentro l'ordinamento che è possibile argomentare nell'uno o nell'altro senso, ma, ovviamente, proprio per questo, è inevitabile un conflitto di interpretazioni. La Corte costituzionale, nella già citata sentenza 138/2010, che ha escluso l'interpretazione espansiva ma che, con pari forza, ha insistito per una legislazione sulle unioni civili tra coppie di persone omosessuali, ha in fondo adottato una via media, accogliendo la logica gradualistica dell'evoluzione della legislazione negli altri Stati di democrazia pluralistica. In nessuno di essi si è slittati direttamente dall'irrelevanza giuridica al matrimonio omosessuale. Ovviamente, però, il conflitto tende a riproporsi sul contenuto differenziale tra matrimonio e unione civile. Per gli oppositori del same sex marriage, proprio perché l'unione civile non può aprire la strada ad esso, più le due realtà si differenziano e meglio è: quindi propongono una lettura minimalista della sentenza, anche nella speranza che la Corte non cambi giurisprudenza anche in questo caso come accaduto tra 1961 e 1968 sull'adulterio femminile. All'opposto coloro che vedono nell'unione civile solo come un precedente di passaggio, l'unione è intesa solo come nominalmente diversificata rispetto al matrimonio, anche nella speranza che la Corte possa invece operare un overruling.

Il conflitto sulla cosiddetta stepchild adoption (adozione interna del figlio di uno dei due componenti della coppia) è in effetti il punto di caduta sintomatico di questa differenza. Viceversa il conflitto sul tema dell'utero in affitto non ha obiettivamente niente a che vedere con la legge in questione dato che esso in Italia è vietato con serie sanzioni penali, mentre non sarebbe comunque sanzionabile in modo efficace all'estero, dove è peraltro utilizzato in stragrande maggioranze da coppie eterosessuali.

Al legislatore italiano in queste settimane spetta quindi l'onere di trovare una posizione intermedia, tale da lasciare impregiudicata la questione se debba o meno trattarsi di un primo passo verso il same sex marriage. In ogni caso, una volta operata la scelta delle unioni civili, laddove sia stato previsto una distinzione nel trattamento giuridico riservato a queste unioni rispetto alle coppie sposate di sesso differente, i legislatori dovranno

comunque prendere atto del controllo di ragionevolezza dei giudici, a partire da quelli costituzionali.

Se il punto di partenza comparatistico ed italiano era relativamente chiaro (gli scarsi limiti), come pure quello di arrivo prossimo dopo la sentenza 138/2010 (unioni civili relativamente distinte dal matrimonio), sul medio-lungo termine non sappiamo se questa accelerazione avrà esiti ulteriori o meno, specialmente rispetto al lavoro dei giudici, in primis costituzionali.

\*\* Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università "La Sapienza" di Roma.