

La famiglia e i suoi diritti nella Costituzione

1. Tanti acronimi

Ubi societas ibi ius, insegnava Santi Romano. Così, di fronte ad un contesto sociale che vede migliaia di persone unite da un legame reciprocamente affettivo e solidaristico non fondato sul matrimonio, la politica è chiamata a dare una risposta legislativa.

Tentativi, in tal senso, non sono mancati nella scorsa Legislatura, con l'elaborazione di proposte miranti ad introdurre istituti regolativi delle coppie di fatto. Ed è stato il tripudio degli acronimi: «*pacs*», «*dico*», «*cus*», come di volta in volta ha inteso chiamarli un legislatore tanto fantasioso nelle denominazioni quanto incapace nella produzione normativa.

L'acronimo, si sa, è quella figura retorica che costruisce un nome attraverso le iniziali di più parole. Così «*pacs*» stava per “*Patto civile di solidarietà*”, «*dico*» per “*Diritti e doveri delle persone conviventi*”, «*cus*» per “*Contratto di unione solidale*”.

L'ultima iniziativa parlamentare in materia non rinuncia all'irresistibile ricerca dell'acronimo originale: «*didore*», cioè “*Diritti e doveri di reciprocità dei conviventi*”. Questo è il titolo della proposta di legge depositata alla Camera l'8 ottobre scorso da cinquantotto deputati di maggioranza, ma in realtà pensata, voluta e strutturata dai ministri Rotondi e Brunetta.

Si tratta di una proposta che mantiene volutamente un profilo basso, come emerge dalla sua relazione illustrativa: essa colloca il rapporto di convivenza esclusivamente all'interno del recinto tracciato dal diritto privato ma ben lontano dal diritto di famiglia; diversamente dai «*dico*» (elaborati dalle allora ministre di centrosinistra Bindi e Pollastrini) non contempla alcun riconoscimento pubblico né alcuna stipula di accordi negoziali capaci di rendere strutturata l'unione di fatto. Lo scopo perseguito è di natura pragmatica: stabilire un minimo di tutela di alcuni diritti individuali dei soggetti conviventi, risolvendo in tal modo specifici problemi concreti, quali l'assistenza nel caso di malattie o ricovero in ospedale, le decisioni in materia di salute e per il

caso di morte (donazione degli organi, modalità delle esequie), il diritto di rimanere nell'abitazione comune in caso di decesso del convivente, il subentro nel contratto di locazione in caso di risoluzione anticipata, il dovere di prestare gli alimenti in caso di cessazione della convivenza. Punto.

Con parole sincere è uno dei suoi architetti, il ministro Rotondi, a definirla una proposta minimalista, «*espressione di carità cristiana (...), un bicchiere che non è manco pieno ma – diciamolo chiaramente - è quasi vuoto*», contro la quale ogni polemica da parte cattolica sarebbe pretestuosa, perché equivarrebbe a «*schierarsi contro un regolamento condominiale*».

I «*didore*», infatti, non introducono alcuna figura concorrenziale alla famiglia tradizionale, che anzi – come si legge nella relazione illustrativa – la proposta intende «*proteggere da tentativi, sia legislativi che giurisprudenziali, volti ad indebolirla mediante una surrettizia parificazione a situazioni che non possono aspirare alla tutela rafforzata che [la famiglia matrimoniale] gode nel nostro ordinamento*».

Non è un caso che l'art. 1 della proposta di legge sia rubricato *Esclusività della famiglia* e reciti così: ai sensi dell'art. 29 della Costituzione «*il riconoscimento della famiglia deve intendersi unicamente indirizzato verso l'unione tra due soggetti legati da vincolo matrimoniale*» e, ai sensi dell'art. 31 della Costituzione, solo alla famiglia matrimoniale «*sono indirizzate, in via esclusiva, le agevolazioni e le provvidenze di natura economica e sociale*» attinte dalla finanza pubblica.

«*Su tale principio non vi possono essere né dubbi né discussioni*», come scrivono perentoriamente i firmatari della proposta. Davvero è così?

2. La cruna dell'ago

In regime di costituzione rigida – quale è il nostro, dove la legge non può disporre *contra constitutionem* – l'art. 29 Cost. è l'evangelica cruna dell'ago attraverso la quale devono passare tutti i tentativi di innovare la disciplina giuridica delle relazioni familiari. In tutti i casi il perimetro delle scelte possibili è tracciato dalla disposizione

costituzionale che qualifica la famiglia come una «*società naturale fondata sul matrimonio*».

Ciò spiega perché l'art. 29 Cost. - assunto nella sua mera testualità - venga adoperato nel discorso pubblico come una fortezza inespugnabile che, cinta d'assedio, riuscirebbe a respingere gli assalti ai caratteri distintivi e fondanti della famiglia. Aprire le porte del matrimonio a coppie dello stesso sesso oppure creare un nuovo istituto che riconosca e tuteli unioni familiari differenti da quella tradizionale sarebbero - in questa prospettiva - operazioni precluse costituzionalmente. "Cammelli" che mai potrebbero passare attraverso una "cruna" così stretta.

Non intendo entrare nell'anamnesi dei singoli disegni di legge prima richiamati che hanno tentato di veicolare simili riforme. Non ne sarei capace: è noto infatti che – diversamente dagli altri giuristi positivi, che sanno *tutto* di *poco* – il costituzionalista è l'unico a sapere *poco* di *tutto*.

Vorrei piuttosto argomentare, attraverso gli strumenti dell'interpretazione giuridica, come l'art. 29 Cost. non produca in alcun modo l'effetto di impedire il riconoscimento dei diritti di formazioni familiari *altre* rispetto a quella fondata sulla differenza di genere e sulla funzione procreativa. E che, se tale riconoscimento (ormai presente nel diritto comparato europeo, e non solo) manca ancora nel nostro ordinamento, l'ostacolo non è affatto di natura costituzionale, semmai è squisitamente politico e attraversa trasversalmente entrambi gli schieramenti parlamentari: in questo senso la vicenda in esame è davvero rappresentazione esemplare di una politica condizionata che rifugge dalle assunzioni di responsabilità, scaricando su presunti vincoli costituzionali i propri limiti e le proprie incapacità.

3. Un ossimoro

Muovendo dal criterio dell'interpretazione letterale, la formulazione dell'art. 29 Cost. presenta i tratti propri di una figura retorica della grammatica italiana: l'ossimoro.

Che cos'è un ossimoro? E' una figura retorica che si ottiene accostando due termini tra loro incompatibili, in modo da creare un

originale contrasto dall'effetto sorprendente: *brivido caldo, urlo silenzioso, disgustoso piacere, copia originale, caos calmo*. Analogamente, la lettera dell'art. 29 Cost., riunendo in sé due affermazioni contraddittorie, introduce un cortocircuito normativo. Per un verso, il riferimento alla società naturale «porta con evidenza a postulare l'esistenza di un qualcosa che precede il diritto». Per altro verso, fondando tale società naturale sul matrimonio (cioè su «un istituto giuridico che non appartiene affatto alle forme “naturali” dell'organizzazione sociale») predica della famiglia una origine interamente artificiale.

L'osservazione non è nuova. Già in Assemblea Costituente Calamandrei fece osservare che «parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè in sostanza da un istituto giuridico, è [...] una contraddizione in termini». Non diversamente un altro costituente, Condorelli, criticò l'uso del vocabolo «*società*» (in luogo di «*comunità*») perché evocativo di una famiglia a base contrattualistica e convenzionale (e non naturale). Nel primo *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* curato nel 1950 da Calamandrei e Levi, già si segnalava il paradosso per il quale l'art. 29 riconoscerebbe come società naturale la famiglia legittima derivante dall'ordinamento positivo, ma non la famiglia semplicemente naturale.

Siamo dunque in presenza di «una proposizione impossibile» perché munita di senso ma priva di significato, «una specie di equivalente legislativo delle scale di Escher» [Roberto Bin].

E poiché lo sforzo dell'interprete deve andare nel senso di restituire coerenza normativa alle disposizioni oggetto d'interpretazione, si sono tentate letture alternative del sintagma «*società naturale*». Riferendolo, ad esempio, al rapporto di filiazione che crea una relazione tra genitore e figlio a prescindere dalla volontà di quest'ultimo; con ciò collegando l'art. 29 Cost. al successivo art. 30, che equipara in linea di principio la condizione dei figli legittimi e dei figli naturali, relegando così nel giuridicamente irrilevante la nascita dentro o fuori dal matrimonio [Maurizio Pedrazza Gorlero]. Oppure riconducendo la dimensione naturale della famiglia al soddisfacimento di un bisogno esistenziale di cura, affetto, riproduzione, riservatezza propria della persona quale essere relazionale; con ciò collegando l'art. 29 Cost. all'art. 2, clausola

generale di salvaguardia di tutte le formazioni sociali intermedie che la Repubblica, non a caso, «riconosce» al pari della famiglia [Roberto Bin].

Ai fini della tesi che intendo dimostrare, non importa assecondare l'una o l'altra interpretazione, o ulteriori possibili letture. Non importa di che colore sia il gatto, l'importante è che prenda il topo. Tutte queste alternative ermeneutiche, infatti, destrutturando il concetto di "famiglia-società naturale" finiscono per negarne la natura di postulato unitario.

4. Un falso alterato

Se dal criterio letterale passiamo all'interpretazione secondo le intenzioni del legislatore storico, egualmente le sorprese non mancano.

La lettura degli atti relativi al dibattito intorno all'art. 29 Cost. è di solito pigramente riassunta nei termini di un compromesso domestico tra la componente cattolica e la componente di sinistra presenti in Assemblea costituente. La discussione, invece, ebbe una sua dinamica più articolata e meno banale, come ha il merito di ricostruire Paolo Veronesi (in un ottimo saggio pubblicato nel fascicolo 3 del 2008 dei *Quaderni costituzionali*).

Non si spiegherebbe, altrimenti, l'inversione di ruoli che si registrò all'epoca. Chi propose l'espressione «società naturale» in riferimento alla famiglia? Non un cattolico, ma Palmiro Togliatti. Chi, replicando alle preoccupazioni per una definizione di famiglia evocativa del diritto naturale e della morale cattolica, osservò invece che quella dell'art. 29 «non è affatto una definizione anche se ne ha la forma esterna»? Non un socialcomunista, ma Aldo Moro.

Non si spiegherebbe neppure perché, sul piano dei possibili esiti interpretativi, le riserve di allora fossero esattamente capovolte rispetto a quelle odierne. Le maggiori perplessità sulla formulazione finale dell'art. 29 Cost., specialmente dopo la soppressione (per soli 3 voti! 194 a 191, e grazie a 170 assenti su un *plenum* assembleare di 555) dell'originario riferimento alla indissolubilità del matrimonio, vennero infatti da alcune componenti cattoliche, giacché il significato autentico del sintagma «società naturale» si chiariva proprio ed

esclusivamente alla luce del divieto di divorzio [Chiara Bergonzini]. Caduto questo divieto, i giochi (interpretativi) – ecco il timore - si riaprivano tutti.

La verità è che in Assemblea Costituente non ci fu alcun compromesso, semmai un accordo preciso. Il cui senso non è in un presunto fondamento della famiglia sul diritto naturale, bensì su una preesistenza della famiglia allo Stato, una sua originarietà declinabile giuridicamente in termini di autonomia. Lo chiarì bene Costantino Mortati alla Costituente: «La definizione della famiglia come società naturale, se se ne analizza il significato, rivela il suo carattere normativo. Con essa si vuole infatti assegnare all'istituto familiare una sua autonomia originaria, destinata a circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione».

Qui il Costituente ha messo a frutto la dura pedagogia della storia. L'obbligo di improntare l'istruzione e l'educazione familiare al sentimento nazionale fascista; il divieto (per gli ebrei) di sposarsi in terra italiana; il divieto di nozze con stranieri per non contaminare la razza: ammaestrati dalla nostra storia, i Costituenti intesero marcare il confine tra autonomia familiare e sovranità statale. Quel confine è di regola sbarrato nei confronti della potestà normativa, amministrativa, giurisdizionale dello Stato. Il valico di frontiera diventa percorribile solo quando si rende necessario un intervento statale atto a garantire gli interessi costituzionalizzati dell'eguaglianza tra coniugi, dell'unità familiare, del mantenimento istruzione ed educazione dei figli quando non adempiuti dai relativi genitori.

Questa è la *ratio* autentica dell'art. 29 Cost., la cui formulazione quindi «non è una definizione, è una determinazione di limiti»: sono ancora parole di Aldo Moro, il quale si spinse significativamente a puntualizzare sul piano terminologico che «qui “naturale” sta per “razionale” », nel senso - quasi hegeliano - che la conformazione interna alla famiglia sarà rimessa alla razionalità dello sviluppo storico.

Dunque, in Costituzione è scritto società naturale, ma si legge società razionale. Emerge così un'altra peculiare figura della grammatica italiana: se l'interpretazione letterale dell'art. 29 Cost. aveva rivelato la presenza di un ossimoro, ora l'interpretazione originalista porta alla luce un cd. falso alterato. Si tratta di quei nomi

primitivi della lingua italiana che assomigliano a quelli alterati per la forma delle loro sillabe finali ma che, in realtà, hanno un proprio significato completamente diverso: *rapina* non è una piccola rapa, *bottino* non è il diminutivo di botte, *burrone* non è l'accrescitivo di burro. Non del tutto diversamente, l'espressione testuale «società naturale» riferita alla famiglia finisce per falsarne il reale fondamento convenzionale, alterando così l'intenzione propria ed originaria del Costituente.

5. Un cruciverba

Che la nozione costituzionale di famiglia abbia una sua indubbia storicità e relatività, del resto, trova conferma attraverso un'interpretazione sistematica dell'art. 29, comma 1, Cost. che, fuggendo da una sua atomizzazione, lo metta in rete con altre disposizioni costituzionali.

Prime fra tutte, quelle che compongono il regime costituzionale delle altre formazioni sociali egualmente autonome rispetto all'esercizio della sovranità dello Stato: i sindacati (art. 39 Cost.), i partiti politici (art. 49 Cost.) e ogni altra formazione sociale all'interno della quale l'individuo svolge la propria personalità (art. 2 Cost.). La famiglia è inclusa in questo ampio insieme di comunità intermedie: anzi, ad essa va il «riconoscimento *pleno iure* di [...] formazione sociale primaria» (come si legge nella sentenza costituzionale n. 183/1988).

Tale inquadramento ha un evidente corollario. Formazione sociale tra le altre formazioni sociali, anche la famiglia rivela una sua genesi volontaria e consensuale, non già necessaria ed organica. La sua matrice è dunque artificiale.

E' questo un approdo verso il quale convergono altre rotte tracciate nella mappa costituzionale del regime familiare. A cominciare dai numerosi rinvii a quella fonte di regole convenzionali che è la legge ordinaria: dalla riserva assoluta di legge quanto alla disciplina del matrimonio (*ex* art. 29, comma 2, Cost.), inteso non solo come atto ma pure come rapporto tra coniugi; ai limiti sempre affidati

alla legge a garanzia dell'unità familiare (*ex art. 29, comma 2, Cost.*), che ne confermano l'attitudine di formazione sociale in divenire.

Se poi – in asse con i paletti costituzionali - si va a guardare dentro le definizioni legislative di famiglia presenti nel nostro ordinamento, si scopre agevolmente come essa venga declinata al plurale e non staticamente assunta al singolare: volendo esemplificare, il nucleo familiare assume forme e dimensioni differenti quando si parla di matrimonio, di impresa familiare, di cooperativa agricola, di calcolo del reddito familiare per l'accesso ai servizi pubblici, di assegnazione degli alloggi di edilizia pubblica, eccetera.

Il quadro si fa ancora più magmatico spostando lo sguardo sulla legislazione regionale [come ci segnala opportunamente Angela Cossiri]. Nel tentativo di superare il ritardo del legislatore nazionale nell'adeguamento della disciplina alla mutata sensibilità sociale, alcune regioni, nei loro Statuti adottati in seguito alla riforma costituzionale del 1999, hanno proclamato la volontà di perseguire il riconoscimento di forme di convivenza differenti dalla famiglia legittima. Impugnate per violazione della competenza esclusiva statale in materia di «*ordinamento civile*» (art. 117, comma 2, lett. *l*, Cost.), la Corte non ha dichiarato l'illegittimità di siffatte enunciazioni di principio, collocandole sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale ed esplicitanti una funzione di natura culturale o anche politica, ma non normativa (cfr. le sentenze n. 372/2004 sullo Statuto della regione Toscana e n. 378/2004 sullo Statuto della regione Umbria).

L'intersezione orizzontale e verticale tra queste diverse proposizioni, statali e regionali, compongono un cruciverba di impossibile soluzione per chi avesse la pretesa di muovere da un'unica, naturale, immanente definizione di famiglia.

6. Un palindromo

Fermiamoci qui. E tiriamo il fiato. La lettura giusnaturalistica dell'art. 29 Cost. non trova affatto conferma nei criteri ermeneutici dell'interpretazione letterale, dell'interpretazione storica e dell'interpretazione sistematica. Lettura infondata, dunque?

In un recente saggio pubblicato sul fascicolo 3 del 2007 della rivista *Quaderni costituzionali*, Antonio Ruggeri ha proposto – con la consueta finezza argomentativa – un’interpretazione dell’art. 29 Cost. che sembra superare le aporie fin qui imputabili alle letture giusnaturalistiche della formula costituzionale in esame.

A suo avviso la naturalità della famiglia, predicata in Costituzione, andrebbe riferita «alla sua conformazione tipica affermatasi nella nostra tradizione e costitutiva del cuore della nostra cultura». La famiglia costituzionalmente riconosciuta e protetta avrebbe dunque una sua «oggettiva estensione» inalterata ed inalterabile, frutto di una «meta-norma consuetudinaria di riconoscimento».

Così impostato il problema, la formulazione dell’art. 29 Cost. avrebbe una sua intima coerenza, giacché matrimonio e famiglia - per così dire - *simul stabunt aut simul cadent*. Infatti, dato che se non esistesse la famiglia il matrimonio non servirebbe, esso «*costituisce* e, allo stesso tempo, *serve* la famiglia: la *fonda* ma la *riconosce*, e non potrebbe anzi fondarla senza riconoscerla» [i corsivi sono testuali].

In questo modo si centrano due bersagli con un colpo solo. Per un verso, il legame strumentale matrimonio-famiglia viene talmente annodato da impedire che il legislatore, conformando diversamente il primo, possa finire per riplasmare la seconda: il matrimonio «non è, insomma, un “contenitore” che la legge può riempire a piacimento». Per altro verso, «l’idea di famiglia, gli scopi che ne connotano la esistenza, il suo modo complessivo di essere e di divenire» *preesistono* al matrimonio, benché prendano forma *attraverso* il matrimonio.

Anche questa interpretazione dell’art. 29 Cost. è sussumibile in una ennesima figura della grammatica italiana: il palindromo. Si tratta di nomi (*Anna, Otto*), parole (*osso, acca, inni*), intere frasi (*i topi non avevano nipoti, i treni inerti, sa i guai Augias*) che si possono leggere indifferentemente sia da sinistra che da destra. Dire che la famiglia è una società naturale in quanto fondata sul matrimonio e che il matrimonio fonda la famiglia in quanto società naturale, equivale – a me pare – ad iscrivere la formula normativa adoperata dai Costituenti nel novero delle frasi palindrome: come queste, sorprendente e suggestiva ma priva di significato (normativo).

Quale sia poi questa «oggettiva estensione» di famiglia radicatasi nella nostra tradizione, in quali caratteristiche essa si estrinsechi, non è difficile capire: «esse sono, come è noto, la monogamia, l'esogamia e la eterosessualità: se se ne tocca una, si mina alla radice l'intangibilità dell'istituto matrimoniale e nulla può garantire che in futuro anche le altre siano soggette a modificazione» [Lorenza Violini]. Anche qui, di nuovo, *simul stabunt aut simul cadent*. Viene così aggiornata la tesi, già rintracciabile nelle *Istituzioni di diritto pubblico* di Costantino Mortati, che legge il riferimento dell'art. 29 Cost. alla naturalità della famiglia come un limite alla stessa revisione costituzionale, «la quale non potrà alterare la struttura fondamentale dell'istituto familiare».

Si badi. Anche i fautori di questa tesi non negano la storicità e relatività dell'accezione costituzionale di famiglia, ma la incapsulano all'interno di una specifica – e storicamente determinata – tradizione culturale. La quale certamente si è rivelata permeabile a mutamenti sociali capaci di ripercuotersi sul regime giuridico familiare, ma solo nei suoi profili accessori: il nucleo duro della famiglia matrimoniale sarebbe viceversa rimasto, comunque e sempre, uguale a sé medesimo.

Non è dunque sufficiente né decisivo contestare una simile strategia argomentativa ricorrendo al dato sociologico di un'aggregazione familiare che è costantemente cambiata nel tempo e nelle varie latitudini. Né segnalare la profondità di simili mutamenti, a tal punto che ancora faticiamo a trovare le parole adeguate per designare inediti rapporti “familiari” capaci di costruire altrettanto inedite relazioni di solidarietà: famiglie *di fatto*, famiglie *monoparentali*, famiglie *ricomposte*, famiglie *unipersonali* (altro ossimoro....), famiglie *miste*.

Se la famiglia «nella nostra cultura evoca l'immagine di un'unione stabile tra un uomo e una donna, con i figli da loro generati» [Anna Laura Zanatta], è la tenuta di questa rappresentazione che va giuridicamente testata.

7. Cardini scardinati

Cominciamo col dire che la scelta di individuare, all'interno del concetto di famiglia costituzionale, alcuni pochi irriducibili elementi denotativi facendo leva sulla *nostra* tradizione, si rivela una strategia argomentativa doppiamente fallace.

E' fallace, innanzitutto, nella sua premessa. Se c'è, infatti, una categoria che si usura col tempo, mutando di connotati anche all'interno di uno stesso ordinamento, questa è esattamente la tradizione.

Non fa eccezione la tradizione nell'ambito familiare, dove caratteri un tempo considerati irrinunciabili si rivelano, oggi, regressivi quando non addirittura ripugnanti ed intollerabili. La narrazione della italica famiglia tradizionale ci ha per lunghissimo tempo raccontato di un matrimonio *indissolubile* e di una struttura gerarchica a *subordinazione femminile*, tradotta in norme giuridiche da un diritto di famiglia che – prima della riforma del 1975 – recepiva consuetudini tradizionali quali: il delitto d'onore, l'estinzione del reato di violenza carnale a mezzo del matrimonio riparatore, la responsabilità penale del marito solamente per “abuso” dei mezzi di correzione nei confronti della moglie, la punizione penale del solo adulterio femminile (che la sentenza n. 64/1961 della Corte costituzionale faceva salva proprio richiamandosi espressamente al «*tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo*», tranne poi mutare di segno il suo precedente con la successiva sentenza n. 126/1968). Indissolubilità e subordinazione femminile: fino a ieri erano due cardini della *nostra* tradizionale organizzazione familiare. Oggi sono entrambi scardinati.

Il richiamo alla tradizione – questa è la seconda obiezione – è inoltre privo di consistenza logica, prima ancora che giuridica, perché «servire la tradizione per mero riguardo verso la tradizione stessa non rientra certamente tra gli scopi del diritto» [Marco Gattuso].

A fortiori quando quella tradizione, per quanto profondamente radicata, finisce per essere all'origine di vere e proprie discriminazioni costituzionali che, dunque, vanno rimosse dall'ordinamento. E' accaduto altrove, a proposito del *divieto di matrimonio tra bianchi e neri* negli Stati Uniti, rimosso dalla Corte Suprema. O più

recentemente - in Olanda, Belgio, Spagna, Massachusetts, California (dove però la legge è stata abrogata nel novembre scorso per via referendaria), Canada, Sudafrica - con la rimozione del *divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Anche qui, si trattava di due robustissimi cardini della famiglia di quelle tradizioni: ciò non di meno entrambi scardinati.

Parafrasando la sentenza della Corte costituzionale sudafricana, l'antichità di una tradizione (ma la sentenza preferisce parlare di «*pregiudizio*») non è una buona ragione per la sua sopravvivenza.

8. Cardini rimodellati: la monogamia

Ma rientriamo nel cortile di casa nostra. E andiamo a vedere quanto, sul piano giuridico, reggano gli altri cardini della famiglia tradizionale italiana: cominciando dal tratto distintivo della monogamia.

Metto in fila indiana alcuni dati giuridici. La mancata costituzionalizzazione della indissolubilità del matrimonio. L'introduzione del divorzio per scelta legislativa, poi confermata da un referendum popolare. La conseguente possibilità di creare nuove famiglie – anche legittime – senza il passaggio obbligato della vedovanza. La circostanza che i doveri dei genitori nei confronti dei figli non vengano meno anche se nati fuori dal matrimonio, secondo il principio costituzionale di tendenziale eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali. L'intervenuta depenalizzazione dell'adulterio (anche) femminile.

Sono tutti tasselli che ridefiniscono il modello matrimoniale monogamico della tradizione. Per un verso, oggi la monogamia mantiene un suo significato giuridico solo in senso *sincronico* ma non anche *diacronico*: essa, infatti, «vale solo nel senso che non si può avere più di un coniuge per volta, ma se ne possono avere più di uno in sequenza» [Chiara Saraceno]. Per altro verso, non solo si consente ma addirittura si riconosce l'esistenza di rapporti poligamici di fatto, come anche i loro effetti giuridici sul piano dei rapporti tra le generazioni.

Non vorrei essere frainteso. Qui non si sta sostenendo che la trama costituzionale sia aperta alla legittimazione del matrimonio poligamico. E' vero semmai il contrario.

Ma la ragione ostativa ad una simile torsione *non* è l'argomento culturale e tradizionale che accredita la monogamia di una funzione ordinatrice (sul piano mentale e psichico, sessuale e affettivo) perché induce alla selezione delle proprie pulsioni [Carlo Cardia]. Né è necessario scomodare il valore della dignità umana quale meta-principio costituzionale [Antonio Ruggeri] per escludere la legittimità di un matrimonio poligamico.

Più pianamente, la poligamia sembra introdurre una relazione asimmetrica tra marito e mogli, di difficile compatibilità con i principi costituzionali della eguaglianza tra i generi (art. 3 Cost.) e della parità coniugale (art. 29 Cost.).

Non è dunque la tradizione a difendere costituzionalmente sé stessa. Semmai a garantire in futuro la tenuta del modello monogamico è la titolarità di diritti inviolabili dei *singoli* all'interno della famiglia, formazione sociale che si mostra profondamente permeata dai risultati della ridefinizione e rinegoziazione delle relazioni tra i sessi: su tutti, il rifiuto della donna di subire rapporti privi di reciprocità.

9. Segue: la funzione procreativa

Il quadro di riferimento è mutato anche in relazione ad altro connotato tradizionalmente proprio della famiglia: la sua funzione procreativa.

Attenzione: non sto pensando ad unioni familiari, consacrate o comunque certificate dal matrimonio, benché certamente destinate a non avere *naturalmente* figli: la coppia di anziani, la coppia sterile, le nozze celebrate in punto di morte, l'uomo che si unisce in matrimonio con una donna in menopausa (tutti esempi che smentiscono l'astratta tesi – vagamente aristotelica - secondo cui il matrimonio sarebbe se non *in atto*, almeno *in potenza* aperto alla vita). Intendo riferirmi invece a mutamenti profondi intervenuti, sotto questo aspetto, all'interno del regime giuridico familiare.

Anche qui attingo a dati ottimamente ricomposti in un quadro unitario in altro lavoro monografico di Paolo Veronesi, pubblicato nel 2007. L'abrogazione del reato di sterilizzazione volontaria (art. 552 c.p.). La conseguente *abolitio criminis* che - secondo la Cassazione penale (sez. V, 18 marzo 1987, n. 438) - ne sarebbe derivata anche del reato di lesioni personali gravissime (*ex art.* 583, n. 3, c.p.) se riferite alla procurata perdita della capacità di procreare. La dichiarata incostituzionalità del divieto, un tempo penalmente perseguito, di propaganda delle pratiche contraccettive (sentenza n. 49/1971). L'affermazione di un diritto soggettivo ad una procreazione cosciente e responsabile (affermato nella legge n. 194 del 1978). Il diritto vivente giurisprudenziale della Cassazione civile che riconosce, tra i motivi che legittimano la richiesta di divorzio, il fatto che l'altro coniuge si sia «mostrato contrario a rapporti sessuali non finalizzati alla procreazione» (Cass. Civ., sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21099). La circostanza che lo scioglimento del vincolo matrimoniale, nel caso in cui il *partner* abbia nel frattempo mutato il proprio sesso originario, presupponga il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione e la domanda di divorzio da parte del coniuge (*ex art.* 3, legge n. 898 del 1970, come modificato dalla legge n. 74 del 1987).

«Potrà non piacere ma la Costituzione e le leggi sopportano benissimo simili interpretazioni “personalistiche”», le quali dimostrano come «l'idea di famiglia che l'ordinamento, anche nei suoi principi costituzionali, garantisce e tutela non risulta necessariamente collegata a una sorta di dovere civico di procreare» [Paolo Veronesi].

Non si tratta di un eccesso di costruttivismo giurisprudenziale o dottrinale. Anche la Corte di Strasburgo (nel caso *Goodwin v. Regno Unito*, 17 luglio 2002) ha dichiarato contrario all'art. 8 della CEDU il divieto di matrimonio del transessuale con persona del suo stesso sesso originario, per violazione del rispetto della vita privata. Anche la Corte di Lussemburgo (nel caso *K.B. v. Regno Unito*, 7 gennaio 2004) ha egualmente sanzionato la medesima normativa inglese sull'incapacità del transessuale a contrarre matrimonio, perché ostativa all'acquisizione di un requisito necessario alla riscossione della pensione di reversibilità. Sono “casi” giurisprudenziali che confermano, anche sul piano transnazionale, la tendenza a tagliare giuridicamente il cordone ombelicale che tradizionalmente legava famiglia e funzione procreativa.

Così come – in una prospettiva esattamente capovolta – gli ostacoli biologici alla funzione procreativa possono essere oggi in larga parte superati attraverso le varie tecniche di procreazione assistita: semmai, pensando alla legge n. 40 del 2004, per molte coppie l'inabilità ad avere figli si rivela sempre meno biologica e sempre più giuridica, in ragione dei limiti e delle restrizioni introdotte dal legislatore italiano (oggi nuovamente *sub iudice*: il 31 marzo prossimo, infatti, è attesa la sentenza della Corte costituzionale sulla legittimità di alcune norme chiave dell'attuale normativa sulla procreazione assistita).

10. *Segue: l'eterosessualità*

Quanto al requisito della differenza di genere tra coniugi, anche questo elemento – per quanto ancestrale – ha raggiunto già il suo punto di crisi giuridica, come si ricava dalla documentata indagine comparata sulla tutela del diritto fondamentale all'orientamento sessuale, condotta da Morris Montalti e pubblicata nel 2008.

In ambito continentale, le sollecitazioni più innovative sono venute dal diritto costituzionale transnazionale. Dichiarando che «*Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto*», l'art. 12 CEDU si rivela poco utile a motivo del suo rinvio alle legislazioni interne. Più significativo è invece l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, a tenore del quale «*Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*»: infatti tale disposizione – innovando rispetto alla previsione CEDU - non fa più riferimento al genere maschile e femminile dei due coniugi. Quanto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti, già ho detto in precedenza, citando i due “casi” che hanno visto soccombere il Regno Unito.

Del resto, il Parlamento europeo – con almeno tre risoluzioni nel 1994, nel 2000 e nel 2006 – ha da tempo invitato gli stati europei a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero ad introdurre nella loro legislazione un istituto giuridico equivalente. Ed in tal senso si sono già mossi diversi paesi

europei: taluni riconoscendo la legittimità del *same sex marriage* (Olanda, Belgio, Spagna), altri introducendo un particolare regime per le unioni di fatto anche omosessuali (Francia, Germania, Regno Unito, Lussemburgo, Repubblica Ceca, Svizzera, Danimarca).

Ciò che è stato possibile in queste nazioni, si rivela invece ancora chimerico in Italia.

Si tratta di un'omissione legislativa che resiste, per quanto significativamente incrinata dalla legge n.164 del 1982 in materia di rettificazione di attribuzione di sesso che – come già ricordato - non comportando l'immediato ed automatico scioglimento del vincolo matrimoniale in caso di cambiamento dell'identità sessuale originaria, già relativizza la differenza di genere quale carattere ontologico del matrimonio.

Ricordo altresì che i dati normativi del diritto costituzionale transnazionale, prima ricordati, hanno ricadute all'interno del nostro ordinamento. Quanto alle disposizioni CEDU - benché non acquistino la forza di norme costituzionali né siano immuni dal controllo di legittimità costituzionale - integrano quali norme interposte il parametro di costituzionalità *ex art. 117, comma 1, Cost.* nella parte in cui vincola la legislazione statale e regionale al rispetto degli obblighi internazionali (anche) pattizi [cfr. le sentenze costituzionali nn. 348/2007 e n. 349/2007]. Quanto alla Carta di Nizza (il cui art. 9 è già stato significativamente richiamato, proprio in materia di libertà matrimoniale, nella sentenza costituzionale n. 445/2002), il recente Trattato di Lisbona - mediante richiamo - le riconosce giuridicamente il rango proprio dei Trattati istitutivi delle comunità europee.

Ad oggi – che io sappia - in un solo caso il matrimonio omosessuale è approdato in tribunale, attraverso la richiesta di due cittadini italiani gay di ottenere il riconoscimento delle proprie nozze celebrate in Olanda: ed è significativo che la Corte di appello di Roma, nel riconoscere la necessità di una interposizione legislativa che colmi l'attuale vuoto normativo dando così seguito alle citate raccomandazioni parlamentari europee in tema, è altresì esplicita nell'affermare che il nostro dettato costituzionale non osta «alla ricezione in ambito giuridico di nuove figure alle quali sia la società ad attribuire il senso ed il valore della esperienza “famiglia” » [decreto Corte di appello di Roma, 13 luglio 2006].

Del resto nemmeno l'art. 32 della Costituzione spagnola, che pure è a maglie ben più strette del nostro art. 29 («*L'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio su basi di piena uguaglianza giuridica*»), ha impedito l'introduzione per via legislativa delle nozze tra persone dello stesso sesso. La relativa legge 1 luglio 2005 è stata fatta subito oggetto di *recurso de amparo* da parte di 50 deputati dell'opposizione parlamentare: la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo - ad oggi non ancora pronunciata - sarà importante anche *extra moenia*, in considerazione del dialogo circolare oramai instauratosi, sui temi dei diritti e delle libertà, tra Corti costituzionali nazionali, Corte di Giustizia, Corte EDU nella logica del consolidamento di un patrimonio costituzionale comune.

E', quella scattata, un'istantanea che rischia dunque di ingiallire molto presto e che il richiamo alla tradizione fatica a conservare nella sua originaria nitidezza.

Nel frattempo, però, alle coppie omosessuali è negato non solo il matrimonio ma anche un qualsiasi altro istituto giuridico equivalente, in assenza del quale, oggi, l'omosessuale convivente è palesemente discriminato.

Mi limito ad una breve ed incompleta antologia di tali discriminazioni: l'omosessuale convivente gode di una ridotta tutela nel subentro dei contratti di locazione; non ha diritto alla pensione di reversibilità; gli è precluso il riavvicinamento al nucleo familiare per ragioni di lavoro come pure il ricongiungimento con il partner straniero; non può ereditare se non per testamento; non partecipa agli utili nell'impresa familiare; non ha diritto al mantenimento quando la sua unione va in frantumi; non può assistere il *partner* ricoverato in ospedale senza il permesso dei parenti, non può intervenire nelle scelte mediche in caso di incoscienza né partecipare alle decisioni relative alle esequie. (Si tratta di situazioni ben rappresentate nell'ultimo film girato da Ferzan Ozpetek, *Saturno contro*).

C'è dell'altro. Come è stato rilevato, «il pregiudizio nei confronti della coppia omosessuale finisce tragicamente per ripercuotersi sul minore». Si pensi al caso della morte del genitore naturale: «il minore viene strappato alle cure dell'altra figura genitoriale, con la quale ha magari convissuto sin dalla nascita, ma che gli è giuridicamente totalmente estraneo» [GATTUSO].

11. Una discriminazione incostituzionale

Qui sta il punto dirimente: è legittima costituzionalmente tale situazione normativa?

Essa va infatti scrutinata in termini di ragionevolezza costituzionale, per verificare se sussistano argomenti razionali (e non morali né attinti dalla tradizione) che giustifichino l'attuale situazione normativa che nega ad una coppia omosessuale non solo il matrimonio (e dunque la conseguente possibilità di beneficiare del regime giuridico tipico della famiglia) ma anche un istituto giuridico equivalente (di cui si consenta la registrazione e che garantisca pienamente i diritti e i doveri del matrimonio).

Quali siano questi argomenti razionali, veramente non saprei dire.

Per un verso, l'omissione normativa attuale configura una discriminazione incostituzionale perché fondata sull'orientamento sessuale, entrando così in rotta di collisione con il nucleo duro del principio di eguaglianza formale («*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso*» recita l'art. 3, comma 1, Cost.). Vorrei infatti ricordare come sia ormai assodato in campo medico-scientifico che l'omosessualità è una «variante del comportamento sessuale umano» [decisione OMS del 17 maggio 1990]. Magari Povia non sarà d'accordo, ma la realtà delle cose è ben diversa da quanto racconta la sua canzone sanremese, perché non si cambia orientamento sessuale come si cambia un abito. Personalmente non ho mai incontrato gay poi diventati "etero"; semmai conosco diversi *Luca* che pensavano di essere "etero" ma che poi, con la consapevolezza acquisita nel tempo, hanno deciso di non forzare più la loro autentica natura.

Per altro verso, è davvero difficile sostenere che l'estensione del matrimonio alle coppie gay pregiudichi i diritti di qualcuno (in particolare, delle coppie eterosessuali che hanno contratto regolare matrimonio): i diritti che l'art. 29 Cost. «riconosce» alla famiglia legittima, infatti, creano pretese (di astensione o di azione) verso lo Stato, non certo nei confronti di altre formazioni sociali fondate su un identico *affectio coniugalis* e che aspirano agli stessi caratteri di

certezza e stabilità, di reciprocità e corrispettività di diritti e doveri derivanti unicamente dal matrimonio.

Semmai, a rigore, potrebbe ritenersi discriminatoria l'introduzione di un istituto differente dal matrimonio a tutela delle coppie di fatto (anche omosessuali): si tratterebbe infatti di un doppio binario che in realtà equiparerebbe situazioni incommensurabili, «quella della coppia eterosessuale che *decide* di non sposarsi e quella della coppia omosessuale cui è *vietato* sposarsi» [Marco Gattuso] .

12. Un chiasmo

Alla fine della fiera, la contrarietà al matrimonio omosessuale, *ma anche* ad una legalizzazione delle unioni di persone dello stesso sesso, *ma anche* ad una legalizzazione delle unioni di fatto eterosessuali, nasce da una preoccupazione egemonica, apertamente dichiarata nella «Nota a riguardo della famiglia fondata sul matrimonio ed iniziative legislative in materia di unioni di fatto», approvata dalla CEI, in data 28 marzo 2007: la consapevolezza, cioè, che «ogni legge crea mentalità e costume». Essa va dunque osteggiata ad ogni costo, se del caso richiamando all'ordine lo stesso Legislatore statale al rispetto di un (presunto) modello “naturale” o “tradizionale” di famiglia.

Con ciò dimenticandosi che l'adesione al precetto morale predicato dall'altare non va perseguito attraverso il trono e la sua spada, ma mediante l'adesione interiore delle coscienze. E che, in una società pluralista, il principio di maggioranza ed il criterio quantitativo in materia di diritti di libertà devono lasciare il posto alle richieste della minoranza, se costituzionalmente fondate.

Né le nostre resistenze culturali – talvolta inesprese ma ben presenti e inibenti – possono giocare un ruolo di freno, quando sono in gioco diritti di minoranze.

Ci metteva già sull'avviso, a proposito del nostro tema, Giorgio Gaber negli anni settanta, inchiodandoci alla difficile coerenza tra pensiero e comportamento: «*In Virginia il Signor Brown era l'uomo più antirazzista/Un giorno sua figlia sposò un uomo di colore/Lui disse: “Bene”/ ma non era di buon umore*».

Anche qui ci viene in aiuto la lingua italiana, che conosce una figura retorica dove, per rafforzare un concetto, si ricorre all'incrocio immaginario tra due coppie di parole: il chiasmo. Ebbene, se costituzionalmente fondati ed anche se non ci piacciono, *certi diritti* hanno diritto a diventare *diritti certi*.

Nota bibliografica

Il presente testo ricalca i contenuti della lezione magistrale tenuta dal Prof. Andrea Pugiotto, Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara, il 13 marzo 2009 nell'ambito della *Scuola di formazione per una consapevole cultura costituzionale*, promosso dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Ferrara, in collaborazione con la Provincia di Rovigo, l'Associazione polesana "Viva la Costituzione", l'Accademia dei Concordi di Rovigo ed il sostegno della Fondazione Ca.Ri.Pa.Ro.

Di seguito, vengono indicati i principali riferimenti cui rimandano le citazioni del testo o alcuni suoi passaggi argomentativi.

[§ 1] La proposta di legge cui ci si riferisce è AC n. 1756, Barani e altri, presentata l'8 ottobre 2008. Le citazioni del Ministro Rotondi sono tratte dalla sua intervista concessa a Radio Radicale il 6 gennaio 2009, *Unioni civili: intervista a Gianfranco Rotondi sul futuro dei "DiDoRe"*, in www.radioradicale.it, nonché dal suo articolo *Coppie di fatto, serve una disciplina per chi divide una casa*, ne *Il Tempo*, 6 gennaio 2009, p. 10.

[§ 3] Gli esempi di possibili interpretazione del sintagma "naturale" riferito alla famiglia sono tratte da P. CAVALERI, M. PEDRAZZA GORLERO, G. SCIULLO, *Libertà politiche dei minori e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristofaro e A. Belvedere, Milano, Giuffrè, 1980, 94 ss. e da R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss. (dove si legge anche la metafora delle scale di Escher).

[§ 4] Il saggio citato di P. VERONESI si intitola *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quad. cost.* 2008, 577 ss.

Evidenza l'importanza "ermeneutica" della mancata costituzionalizzazione del divieto di divorzio C. BERGONZINI, *Art. 29*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, Cedam, 2008, 303.

[§ 5] Il riferimento agli statuti regionali toscano e umbro ed alle relative sentenze costituzionali nn. 372 e 378/2004 è in A. COSSIRI, *Art. 29*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di A. Zaccaria, Padova, Cedam, 2008, 19.

[§ 6] Il saggio citato di A. RUGGERI si intitola *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 751 ss. La citazione di Lorenza Violini si legge in ID., *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, 395; quella di Costantino Mortati in ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, Cedam, 1976, II, 1165.; quella di Anna Laura Zanatta in ID., *Le nuove famiglie*, Bologna, il Mulino, 2003, 47.

[§ 7] La citazione è di M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *il Mulino*, 2007, 457, anche per i riferimenti comparati.

[§ 8] C. SARACENO, *Famiglie, una vicenda plurale*, in *Memoria o futuro della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2000, 125; C. CARDIA, *Memoria, possibilità, futuro*, in *Memoria o futuro della famiglia*, cit., 17; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia*, cit., 759.

[§ 9] Il riferimento monografico è a P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 81-89. La citazione successiva è tratta da P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie"*, cit., 593. Sui limiti introdotti dalla legge n. 40 del 2004 che ridondano in suoi profili di incostituzionalità cfr. *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, a cura di R. Bin- G. Brunelli – A. Guazzarotti – A. Pugiotto – P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2008 (e-book).

[§ 10] Il riferimento monografico è a M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto*

fondamentale, Bologna, Bononia University Press, 2007, che contiene un capitolo (il III della Parte Seconda) interamente dedicato al diritto al matrimonio e alla libera scelta del (sesso del) coniuge. L'antologia delle discriminazioni a danno della coppia omosessuale mette a valore indicazioni tratte da M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano, Rizzoli, 2004, 191-192, e da M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza. (A proposito della questione omosessuale)*, in *Quest. giust.*, 2007, 273, nota 26.

[§ 11] Come (ahimè) noto, la canzone sanremese di Povia è intitolata *Luca era gay*. La dirimente osservazione sull'incostituzionalità di un "doppio binario" è di M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio*, cit., 460 (corsivi testuali).

[§ 12] La Nota della CEI ripresa nel testo si può reperire in www.chiesacattolica.it. La canzone di Giorgio Gaber è, ovviamente, *Un'idea*, pubblicata nell'album *Dialogo tra un impegnato e un non so* (1972).