

Saggi liberali vecchi e nuovi

Felice Mill Colorni

La Costituzione delle mille famiglie

(Tratto da: *Critica Liberale*, n. 86 , dicembre 2002)

2002

Tempo fa Rai Educational ha trasmesso un incontro fra un gruppo di liceali romani e un illustre costituzionalista, attivo militante della sinistra. A una ragazza che gli chiedeva se non ritenesse opportuno prevedere qualche forma di tutela giuridica delle famiglie di fatto e di quelle omosessuali, il protagonista della trasmissione rispondeva: «Secondo l'articolo 29 della Costituzione, la Repubblica riconosce la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, dunque le famiglie di fatto non possono venire tutelate, perché è assente l'elemento determinante che è il matrimonio», concedendo poi che tuttavia una qualche attenuata forma di riconoscimento sarebbe stata ipotizzabile sulla base dell'art. 2, relativo alle «formazioni sociali ove si svolge la personalità» dell'individuo.

La citazione dell'art. 29 è testualmente sbagliata, ma l'errore è molto significativo, perché rispecchia una convinzione oggi molto diffusa, frutto di un vivacissimo attivismo politico-culturale, che è riuscito a riportare il dibattito diffuso su questi temi indietro di svariati decenni.

Questa storia secondo cui l'articolo 29 primo comma della Costituzione impedirebbe di riconoscere parità di diritti alle famiglie di fatto e a quelle omosessuali (distinte, queste ultime, dalla generalità delle prime, in quanto le coppie gay in Italia non possono scegliere volontariamente se essere o meno "di fatto") è in effetti da qualche anno un Leitmotiv del neoclericalismo italiano che, sempre più minoritario nella società, riesce a guadagnare peso politico grazie ad aggressive strategie di lobbying e all'accondiscendenza dell'intera classe politica: anche di molti "laici", scarsamente interessati a questi argomenti e quindi pronti ad assecondare il punto di vista clericale, ritenuto (a torto) molto popolare fra gli elettori. La storia si ripete: anche alla vigilia del referendum del 1974 i politici "laici" erano convinti che gli elettori avrebbero bocciato la legge sul divorzio.

Da ultimo, si è fatto un largo, aggressivo e apodittico uso di queste tesi sull'art. 29 primo comma in occasione del dibattito parlamentare sulla legge sulla fecondazione assistita.

L'articolo 29 della Costituzione non dice affatto, come una lettura superficiale potrebbe suggerire, che la Repubblica riconosce come famiglia solo quella definita come «società naturale fondata sul matrimonio» - definizione, peraltro, come è evidente, intrinsecamente contraddittoria e comicamente incongrua, dato che è ben arduo sostenere che un negozio giuridico come il matrimonio esista "in natura" o sia sempre esistito ed esista ovunque e fondi un modello di famiglia sostanzialmente identico in tutte le società umane. L'art. 29 dice invece una cosa diversa: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». I costituenti vollero con ciò statuire che lo Stato non avrebbe potuto fare a meno di garantire «i diritti» delle famiglie fondate sul matrimonio, alle quali veniva così assicurata una relativa sfera di autonomia rispetto al potere regolativo dello Stato: di qui l'illegittimità costituzionale una legge ordinaria che mirasse a disconoscere i diritti di tali famiglie.

I cattolici hanno sempre tentato di interpretare questa norma secondo la loro prospettiva giusnaturalistica, affermando che a tali famiglie viene qui piuttosto riconosciuta una priorità e una

Saggi liberali vecchi e nuovi

originalità rispetto all'ordinamento dello Stato. Hanno sempre negato che il riferimento al carattere di «società naturale» della famiglia possa ricavarsi da un concetto sociologicamente determinato e storicamente mutevole di che cosa costituisca “famiglia” ai sensi della Costituzione e che a tale espressione vada quindi riconosciuto un valore puramente recettizio. Questa tesi però non nasce con lo scopo artificioso di fornire oggi una legittimazione costituzionale al riconoscimento delle famiglie di fatto o di quelle omosessuali, ma era già stata sostenuta in epoca non sospetta: per esempio, già nel capitolo del Commentario della Costituzione diretto da Giuseppe Branca dedicato all'art. 29, redatto nel 1976 da Mario Bessone.

In ogni caso, rispondendo alle critiche dei parlamentari laici contro il carattere ideologico che altri democristiani, come La Pira, intendevano attribuirle, lo stesso Aldo Moro, in sede di Assemblea costituente, dichiarò che quella dell'art. 29 «non è una definizione, è una determinazione di limiti». E Mortati ribadì che essa aveva lo scopo di «circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua [della famiglia] regolamentazione». L'autonomia della famiglia fondata sul matrimonio, come “formazione sociale intermedia”, non avrebbe potuto essere invasa da interventi autoritari, come quelli messi in atto dai regimi fascisti appena tramontati o da quelli comunisti, volti a soppiarla a vantaggio di regolamentazioni autoritative di taglio statalista o collettivista e di modelli organizzativi o fini contrastanti con quello di sede del libero e autonomo svolgimento della personalità dei suoi singoli componenti e di tutela dei loro «diritti inviolabili» (così definiti dall'art. 2). Punto.

L'art. 29 non prende neppure in considerazione modelli familiari alternativi a quello della famiglia fondata sul matrimonio, modelli che certo non tutela, ma dei quali anche si disinteressa totalmente, e quindi non gli si può far dire che diritti analoghi o uguali a quelli riconosciuti alla famiglia tradizionale devono essere sempre negati alle famiglie non tradizionali e non fondate sul matrimonio. Un tale riconoscimento da parte della legge ordinaria, infatti, non riguarderebbe minimamente la materia regolata dall'art. 29, e non avrebbe nessuna incidenza su quel che l'art. 29 dispone, dato che non sarebbe suscettibile di modificare, limitare, compromettere o intaccare in nessun modo e in nessuna misura i diritti o la sfera di autonomia delle famiglie tradizionali, che non ne sarebbero neppure sfiorati.

Al contrario, è la Costituzione, all'art. 30, che richiede esplicitamente, almeno ai fini della tutela dei figli naturali, l'eliminazione delle leggi ordinarie emanate al solo fine di punire le famiglie diverse da quelle tradizionali (obiettivo che, realizzato in buona misura dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, viene oggi apertamente contraddetto da leggi regionali - come quella del Friuli-Venezia Giulia - che discriminano apertamente i figli naturali per colpire le scelte di vita dei genitori, leggi che non sono ancora state dichiarate illegittime, e che sono state approvate grazie al nuovo clima e ai nuovi poteri ottenuti con l'improvvida riforma sul federalismo interno, oltre che grazie al lobbismo neoclericale e all'assenza di quel controllo democratico diffuso e competente che circonda pur sempre l'attività delle Camere ma non quella dei Consigli regionali).

Del resto, all'epoca dell'approvazione della Costituzione, le famiglie non tradizionali non costituivano certo quel fenomeno sociale diffuso ed emergente che ne fa oggi un problema politico di tutto rilievo nelle nostre società; o meglio, esistevano come mera conseguenza dell'impossibilità di scioglimento del matrimonio, ma non costituivano in genere una scelta di vita volontaria, bensì un mero ripiego cui gli interessati avrebbero ben volentieri rinunciato se avessero potuto risposarsi. Tanto meno era pensabile che si potesse mai porre in termini legislativi il problema del riconoscimento delle famiglie omosessuali. Nessuna sorpresa quindi che la materia non fosse ritenuta di rilevanza (addirittura) costituzionale.

Saggi liberali vecchi e nuovi

Anche in linea più generale, d'altra parte, è del tutto illogico pretendere che la particolare o rinforzata tutela esplicitamente garantita dalla Costituzione a una specifica situazione obblighi positivamente anche a denegare lo stesso trattamento ad altre situazioni socialmente analoghe o identiche: la garanzia costituzionale rinforzata di un diritto non implica di per sé anche l'obbligo costituzionale di negare la parità di trattamento ai casi in cui, pure, essa non sia costituzionalmente dovuta. Gli articoli 33 primo comma e 19 tutelano in modo particolare, rispettivamente, la libertà di insegnamento e la libertà di culto, ma nessuno si sogna di trarne la conseguenza che la libertà di espressione del pensiero in altri campi, garantita in modo meno incondizionato dall'art. 21, debba essere obbligatoriamente limitata al solo fine di sottolinearne un presunto minor valore o una minore dignità nei casi che non sono oggetto della tutela rinforzata prevista dagli artt. 33 e 19. Affermare in modo particolarmente solenne e impegnativo i diritti di qualcuno (perché sono la storia recente e gli avvenimenti altrove in corso a consigliare di farlo) non equivale a vietare qualunque minimo riconoscimento dei diritti di qualcun altro; e comunque una così rilevante denegazione di diritti, per essere obbligatoria benché derogatoria rispetto a principi fondamentali della Costituzione, dovrebbe almeno essere stata formulata in modo espresso.

Il problema dei limiti costituzionali all'intervento legislativo sulla famiglia ha semmai posto delicati problemi nel passato: quando si è a lungo e animatamente discusso se e fino a che punto proprio la disciplina legislativa della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio potesse essere oggetto di incisive riforme, in particolare in relazione ad un preteso obbligo di garantirne l'indissolubilità (nonostante la Costituente avesse approvato, per soli tre voti, un emendamento soppressivo della costituzionalizzazione dell'indissolubilità) e più in generale in relazione ad un presunto obbligo di preservarne i caratteri tramandati dalla tradizione e ritenuti da politici e giuristi clericali intrinseci ad un astorico modello proprio della «famiglia come società naturale»: e ciò, nonostante che lo stesso art. 29, al secondo comma, e l'art. 30, non solo autorizzassero, ma addirittura imponessero incisive riforme, con ciò smentendo la fondatezza dell'interpretazione «tradizionalista». Ma questi problemi, risolti con la legge sul divorzio e con la riforma del '75, non hanno comunque alcuna attinenza con l'introduzione e il riconoscimento di nuovi istituti giuridici, relativi a modelli di famiglia non tradizionali e diversi da quello di cui si occupa l'art. 29.

Va tra l'altro rilevato che l'interpretazione qui proposta dell'art. 29 primo comma, perfino banale oltre che strettamente letterale, dovrebbe in teoria essere tutt'altro che sgradita a giuristi di orientamento conservatore, se non portasse a sgradite conseguenze politiche. Essa è infatti perfino coerente con una assai sobria concezione positiva della Costituzione, intesa come mero limite all'attività del legislatore ordinario, concezione abitualmente preferita dai giuristi conservatori, o anche liberalconservatori, a quella di chi nella sinistra italiana ha considerato per anni la Costituzione del '48 come la traccia di un «programma» di mutamento sociale cui il legislatore ordinario avrebbe dovuto attenersi per realizzarne gli obiettivi di riforma sociale e attuare i valori etico-politici in essa racchiusi (Tarello).

Negli ultimi anni si è tentato in realtà di leggere l'articolo 29 primo comma come se esso riproducesse in Italia l'art. 6.1 della Costituzione tedesca, secondo il quale «il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale» [Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung]. Tale formulazione avrebbe potuto in teoria, con qualche forzatura, autorizzare interpretazioni restrittive come quelle auspiccate in Italia dagli esegeti neoclericali dell'art. 29, dato che l'aggettivo *besonder-*, qui reso in italiano con «particolare», copre anche un campo semantico più ampio, che include significati come «speciale» o «über das Normale» (Duden), cioè «superiore al consueto»: se ne potrebbe in teoria dedurre non solo

Saggi liberali vecchi e nuovi

una particolare tutela da regolamentazioni invasive, ma anche l'imposizione di un regime "di privilegio", derogatorio rispetto al principio di uguaglianza formale. È molto verosimile che all'origine o a sostegno della nuova vulgata interpretativa dell'articolo 29, incentrata non più sui limiti alla regolamentazione legislativa della famiglia fondata sul matrimonio ma sull'asserito divieto di parità di trattamento per le famiglie non tradizionali, ci sia stato, a suo tempo, il più sofisticato e ambizioso intento di proporre in Italia interpretazioni dottrinali restrittive elaborate dai giuristi conservatori tedeschi. In realtà, se tale fosse stato l'obiettivo, va detto che lo sforzo era mal indirizzato: contro la legge tedesca sul "matrimonio gay", la Lebenspartnerschaftsgesetz, analoga alle leggi "matrimoniali" scandinave, approvata due anni fa dalla coalizione "rosso-verde", avevano fatto ricorso alla Corte costituzionale i Länder governati da Cdu e Csu, ma la Corte ha recentemente respinto la tesi dell'incostituzionalità (anche se, significativamente, sulla base dell'argomento che tale legge non equipara proprio interamente al matrimonio tradizionale le unioni omosessuali).

In ogni caso, in Italia l'art. 29 primo comma stabilisce soltanto che la legge non può denegare i diritti o ledere la sfera di autonomia delle famiglie fondate sul matrimonio, e non tutela, ma neppure regola in alcun modo, le famiglie alternative. Non fissa nessuna scala gerarchica di dignità delle scelte individuali, e non esprime neppure indicazioni o "preferenze" sulle libere scelte che i cittadini compiono riguardo alle loro vite. Questo però non significa che altre indicazioni, anche cogenti, non siano desumibili da altre disposizioni costituzionali. Una norma cardine dell'intero ordinamento costituzionale italiano, come l'articolo 3 primo comma, che impone l'uguaglianza formale fra i cittadini come parametro fondamentale di legittimità della legge ordinaria, impone che situazioni giuridiche uguali siano trattate in modo uguale. Nella misura in cui situazioni giuridiche attinenti alle famiglie tradizionali siano identiche a quelle attinenti a famiglie non tradizionali, queste ultime devono essere trattate in modo identico. Non solo quindi l'art. 29 primo comma non impone un trattamento differenziato, ma la Costituzione vigente nel suo complesso - e in alcuni casi gli impegni internazionali dell'Italia - impongono al contrario parità di trattamento e parità di diritti.

E ancora: si è detto che l'art. 29 primo comma colloca la tutela della famiglia nel quadro del sistema delle autonomie riconosciute alle "formazioni sociali intermedie". Tali «formazioni sociali», che dunque ricomprendono anche la famiglia (tradizionale e matrimoniale) come caso speciale, rivestono il ruolo essenziale di luoghi «ove si svolge la personalità» del singolo individuo, come recita l'art. 2. Come tali esse sono i luoghi all'interno dei quali «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Che fra tali «formazioni sociali» possano riconoscersi anche le "famiglie di fatto" comincia ad essere abbastanza pacificamente riconosciuto da dottrina e giurisprudenza. Ed è altrettanto chiaro dalla lettura complessiva delle disposizioni costituzionali riguardanti le «formazioni sociali» e la famiglia che il loro fine comune è il pieno e libero sviluppo della personalità e dei diritti umani fondamentali degli individui che le compongono (tanto che non ha mai avuto successo il tentativo di attribuire alla famiglia - neppure alla famiglia tradizionale e matrimoniale - il carattere di persona giuridica, titolare di situazioni giuridiche soggettive distinte e sovraordinate rispetto a quelle dei singoli componenti): è evidente che, a questi effetti, qualunque discriminazione non potrebbe che ritenersi del tutto illegittima.

Né si pensi che la stessa qualificazione di "famiglia" qui attribuita alle famiglie non tradizionali e non fondate sul matrimonio sia irrilevante o meramente ideologica. Anche a prescindere dall'evidente rilievo assiologico della questione - che pure è costituzionalmente rilevante, trattandosi di riconoscere ai cittadini la «pari dignità sociale» assicurata dall'art. 3 primo comma - sono numerose le norme di vario rango, a cominciare dall'art. 31 primo comma della stessa Costituzione, che attribuiscono alle "famiglie" (non sempre solo alle famiglie con figli)

Saggi liberali vecchi e nuovi

determinati benefici o agevolazioni economici o sociali: la mancata attribuzione della qualificazione di “famiglie” a quelle non tradizionali non potrebbe che comportare pesanti e illegittime discriminazioni, spesso a carico degli individui che le compongono.

Quel che può essere oggetto di dibattito è quanto penetrante possa essere la parificazione dei diritti: l'articolo 3 primo comma impone di trattare in modo identico situazioni giuridiche identiche, ma, si argomenta, le situazioni configurabili per le famiglie di fatto non sono mai identiche a quelle delle famiglie fondate sul matrimonio, dato che i partner che hanno dato vita alle prime hanno pur volontariamente scelto di non sposarsi. Ed è evidente che, come ha anche sottolineato la Corte costituzionale, si frustrerebbe tale libertà di scelta, se si volesse imporre loro autoritativamente lo stesso regolamento giuridico delle famiglie tradizionali. Tale argomento è ben fondato nel caso di conviventi di sesso diverso - ma non certo fino al punto di ritenere necessariamente del tutto irrilevante ogni e qualunque conseguenza economica, sociale e giuridica dell'unione di fatto e comunque non mai, come ha anche riconosciuto la stessa Corte, per quel che riguarda i diritti dei figli, che non hanno potuto scegliere proprio nulla. Ma non lo è nel caso delle famiglie di fatto omosessuali, dato che i loro componenti, a differenza dei primi, non hanno potuto affatto liberamente scegliere, in Italia, se sposarsi o meno. E, come tutti gli esseri umani, non hanno neppure scelto il proprio orientamento sessuale, e quindi affettivo, che costituisce così una «condizione personale» ascritta, sulla base della quale ogni discriminazione legislativa dovrebbe ritenersi espressamente vietata dall'art. 3 primo comma della Costituzione. Né d'altra parte si vede in che cosa la condizione giuridica di una coppia omosessuale convivente si possa distinguere rispetto a quella di una coppia di coniugi eterosessuali che non possano o non intendano avere figli.

Una soddisfacente soluzione di questo aspetto del problema potrà aversi solo quando anche in Italia sarà consentito agli omosessuali di contrarre matrimonio (come al momento può avvenire solo in Olanda) o almeno di fare ricorso ad un istituto corrispondente che, magari senza assumere il nomen juris di matrimonio, e magari limitandosi a regolamentare soltanto i rapporti fra i partner (senza cioè estendervi l'applicabilità delle norme sulla filiazione), consenta però a due persone dello stesso sesso di scegliere di regolare i loro propri rapporti giuridici e patrimoniali ricorrendo alle stesse possibili alternative fra cui possono scegliere due partner di sesso diverso, senza alcuna discriminazione o differenziazione. Tali istituti sono ormai vigenti in quasi tutti i paesi dell'Europa occidentale, e un progetto in tal senso (mirante a istituire le «unioni domestiche registrate») è stato da qualche mese presentato anche al Parlamento italiano dal deputato Grillini e altri.

Anche una volta che un tale istituto fosse introdotto nell'ordinamento italiano, resterebbe comunque il problema delle famiglie di fatto (eterosessuali o omosessuali), non intenzionate a ricorrere al matrimonio o alla corrispondente “unione registrata”. La predisposizione di nuovi istituti giuridici ad esse riservati appare necessaria, di fronte alla molteplicità dei legami famigliari e affettivi prodotti dal pluralismo sociale, e può essere prevista sia introducendo la possibilità, per chi lo preferisca, di adottare regolamentazioni pattizie più leggere ed elastiche del matrimonio e dell’“unione registrata” (come il Pacs francese, di cui lo stesso deputato diessino ha appena presentato una versione italiana), sia prevedendo una qualche minimale forma di tutela almeno del partner economicamente molto svantaggiato in caso di scioglimento di convivenze more uxorio anche non formalizzate in alcun modo ma protrattesi a lungo nel tempo.

Che la Costituzione italiana vieti tutto questo è un'emerita sciocchezza. Ripetuta ossessivamente da zelanti parlamentari, giornalisti e giuristi neoclericali potrà anche diventare senso comune, come sempre più spesso capita che avvenga alle sciocchezze ossessivamente ripetute dai media. Ma resterà pur sempre un'emerita sciocchezza.