



Convegno annuale  
Associazione "Gruppo di Pisa"  
7-8 giugno 2013  
*La famiglia davanti ai suoi giudici*

**ANTONIO RUGGERI**

### **“Strane” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale**

SOMMARIO: 1. Alcune “strane” idee sulla famiglia e i rischi per la tenuta della Costituzione che il loro accoglimento comporta: in particolare, l’idea secondo cui la Costituzione non direbbe *nulla* (nella specie, non esprimendo una nozione univoca di “famiglia”) o, all’opposto, direbbe *tutto su tutto*, e la soluzione mediana, favorevole a riconoscere che nella Carta si dica “*qualcosa*”, di cui va riconosciuta ed apprezzata l’essenza. – 2. Altre “strane” idee: in specie, 1) quella per cui la famiglia prevista all’art. 29 non sarebbe la sola specie di “famiglia” immaginabile, aprendosi essa, in particolare, anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso. – 3. *Segue*: 2) l’altra strana idea per cui i rapporti tra i coniugi sarebbero di assoluta eguaglianza e 3) l’altra ancora per cui parimenti in tutto e per tutto eguale sarebbe la condizione dei figli, indipendentemente dal fatto di essere nati dentro o fuori il matrimonio. – 4. L’interpretazione degli enunciati relativi alla famiglia nel loro fare “sistema” con gli enunciati costituzionali restanti e l’orientamento dato ai fatti interpretativi verso le Carte internazionali dei diritti (in particolare, il rilievo assegnato al “preminente interesse dei minori” nella soluzione apprestata per talune delle più spinose questioni di diritto familiare). – 5. *Segue*: il “preminente interesse del minore” quale spia del ravvicinamento tra sistemi di *civil* e di *common law* e della tendenza alla “flessibilizzazione” delle discipline normative, in vista del conseguimento dell’ottimale equilibrio tra legislazione costituzionale e legislazione comune, legislazione e giurisdizione, *regole* e *regolarità*.

1. ALCUNE “STRANE” IDEE SULLA FAMIGLIA E I RISCHI PER LA TENUTA DELLA COSTITUZIONE CHE IL LORO ACCOGLIMENTO COMPORTA: IN PARTICOLARE, L’IDEA SECONDO CUI LA COSTITUZIONE NON DIREBBE *NULLA* (NELLA SPECIE, NON ESPRIMENDO UNA NOZIONE UNIVOCA DI “FAMIGLIA”) O, ALL’OPPOSTO, DIREBBE *TUTTO SU TUTTO*, E LA SOLUZIONE MEDIANA, FAVOREVOLE A RICONOSCERE CHE NELLA CARTA SI DICA “*QUALCOSA*”, DI CUI VA RICONOSCIUTA ED APPREZZATA L’ESSENZA

Vanno sempre di più diffondendosi (e se n’è avuto, da ultimo, ampio riscontro anche in occasione del nostro Convegno) alcune “strane” idee sulla famiglia che qui vorrei rapidamente richiamare non tanto nel merito, a riguardo del quale molto è stato detto e molto ancora invero potrebbe dirsi, quanto per la lezione di metodo e di teoria assieme che da esse può trarsi, siccome indicative – a me pare – di talune generali tendenze di carattere ricostruttivo, che in modo marcato lasciano il segno della loro presenza nei campi più vari di esperienza costituzionalmente rilevante. Ed è proprio su tali tendenze che giova, a mia opinione, fermare l’attenzione, sia pure nei limiti assai ristretti di spazio qui disponibili, dal momento che la loro ulteriore diffusione ed il sempre più saldo radicamento potrebbero, alla lunga, far correre rischi assai seri per la stessa affermazione della Costituzione quale *norma normans* dell’ordinamento, il punto fermo dal quale stabilmente si tengono ed attorno al quale incessantemente ruotano le più rilevanti dinamiche di ordine politico-sociale emergenti in seno alla comunità organizzata.

Sono persuaso che quanti si fanno portatori di queste idee non soltanto non hanno piena consapevolezza dei rischi in parola ma, anzi, reputano di offrire un buon servizio alla Costituzione, proponendone una rilettura *temporis ratione* aggiornata e, a loro dire, adeguata a venire incontro a talune istanze largamente ed intensamente avvertite nel



corpo sociale. Resta poi, ad ogni buon conto, aperta la questione circa il modo con cui apprestare tutela alle istanze stesse, una volta che ne sia provata la meritevolezza; ma di ciò a breve.

La prima (e più gravida di implicazioni) di tali idee è quella secondo cui non si darebbe un concetto costituzionale di “famiglia”, quanto meno uno univocamente e chiaramente risultante dal dettato della Carta. La qual cosa, poi, spianerebbe – com’è chiaro – la via per una possibile, auspicata, nuova disciplina dell’istituto familiare interamente ed esclusivamente rimessa alla legge comune, quando non *omisso medio* alla sua continua ridefinizione ad opera dei giudici e secondo i casi.

È curioso che pure studiosi non sprovveduti diano mostra di pensare che la nostra Carta, per un verso, si distingua da altre sue coetanee (ed anche più giovani) per una significativa articolazione di enunciati dedicati alla famiglia e, però, per un altro verso, allo stesso tempo non ne dia la definizione, la caratterizzazione dei tratti strutturali e funzionali più immediatamente espressivi e significanti: come dire, insomma, che ne parla a lungo senza però... *dire nulla* (o quasi).

È singolare l’idea della Costituzione come fatta da tante “pagine bianche” ovvero, per un’altra sua autorevole rappresentazione (come si sa, di ascendenza romaniana), del libro costituzionale indicativo solo dei titoli dei capitoli, che quindi, pressoché per intero, si rimette alle prassi (in senso lato) per il loro opportuno svolgimento. Singolare per il fatto di riproporre stancamente uno schema che poteva anche andare bene per lo statuto albertino (e Carte ad esso coeve e similari) ma che non va più bene per la Carta repubblicana, della quale si viene dunque ad offrire una riduttiva e complessivamente infedele descrizione. Ugualmente forzosa è, d’altro canto, l’idea opposta, secondo cui la Costituzione stessa sarebbe praticamente in grado di dire *tutto su tutto*.

Si tratta, invero, di due vedute all’apparenza radicalmente inconciliabili, che però, a conti fatti, convergono nell’esito di “denormativizzare” la Costituzione, privata così di un suo complessivo equilibrio, della sua congenita ed indisponibile vocazione a dare un orientamento (se non proprio un ordine) alle più salienti dinamiche politico-sociali, quali si affermano e radicano nell’esperienza. Anche la seconda delle vedute suddette, che parrebbe anzi esaltare oltre misura, irragionevolmente, la portata prescrittiva della Costituzione, nei fatti la svuota, offrendo il destro agli operatori (siano essi gli organi della direzione politica che i giudici e i garanti in genere) per corpose ed incisive manipolazioni della sostanza normativa della Carta che, in tal modo, tramite la loro bocca enuncerebbe le sue incontrovertibili “verità” di diritto costituzionale.

Una soluzione mediana tra le due tesi qui accennate muove piuttosto dall’assunto che, a proposito dell’istituto familiare così come di ogni altro istituto di cui vi sia menzione in Costituzione, quest’ultima abbia fatto luogo alla delimitazione dell’area entro cui condurre la ricerca dei significati possibili degli enunciati, nondimeno poi bisognosi dei loro opportuni svolgimenti al piano della legislazione come pure a quello delle pratiche applicative (e, segnatamente, di quelle giurisprudenziali). Fra il *tutto* e il *niente* v’è insomma il giusto mezzo, quel *qualcosa* di cui si tratta dunque di cogliere l’essenza e di portarla a frutto nella pratica giuridica e per le sue esigenze.

Quanti poi si dichiarano nel senso che una definizione di famiglia vi sia in Costituzione si dividono al loro interno, alcuni di essi facendosi ugualmente portatori di “strane” idee, pur non coincidenti con quelle sopra indicate e però esse pure convergenti nell’esito di alterare la sostanza della disciplina costituzionale e di demandarne il rifacimento alla pratica giuridica a venire ovvero di legittimare alcune diffuse e vigorose espressioni di quest’ultima.

2. ALTRE “STRANE” IDEE: IN ISPECIE, 1) QUELLA PER CUI LA FAMIGLIA PREVISTA ALL’ART. 29 NON SAREBBE LA SOLA SPECIE DI “FAMIGLIA” IMMAGINABILE, APRENDOSI ESSA, IN PARTICOLARE, ANCHE ALLE COPPIE COMPOSTE DA PERSONE DELLO STESSO SESSO

Accenno qui solo ad alcune tra le ricostruzioni a mia opinione maggiormente meritevoli di essere fatte oggetto di critico ripensamento.



La prima è quella per cui, pur convenendo (alle volte, diciamo con franchezza, a denti stretti) che la nozione costituzionale di famiglia è quella che si concreta nella unione di due soggetti di diverso sesso fondata sul matrimonio, si aggiunge subito appresso che questa non è necessariamente la sola e che perciò altre nozioni possono legittimamente aversi, preferibilmente per mano del legislatore e, sussidiariamente, per mano del giudice. È questa, infatti, come si sa, una delle vie maggiormente percorse da quanti si battono appassionatamente per la legalizzazione delle unioni tra soggetti di tendenza omosessuale ovvero per la equiparazione (praticamente senza esclusione alcuna) di regime giuridico tra unioni matrimoniali ed unioni di fatto. Ed è curioso che quanti con vigore insistono sul fatto che il dato letterale non faccia riferimento al sesso dei coniugi non si avvedano della contraddizione cui vanno fatalmente incontro non ammettendo, al contempo, che neppure si ha nella Carta menzione del numero dei coniugi o dei rapporti anche stretti di parentela tra di loro intercorrenti, al punto di risultare in tal modo spianata la via per il riconoscimento delle unioni poligamiche o incestuose (questo appunto critico, già presente in un altro mio scritto, trovasi ora ripreso anche nella relazione introduttiva ai nostri lavori di I. Nicotra).

Quanto ai rapporti tra i coniugi, il raggiungimento della loro piena eguaglianza, con la riforma del '75 e col seguito (specie giurisprudenziale) da essa avuto, non è più rimesso in discussione, così come, sul versante dei rapporti tra genitori e figli (e, più in genere, della condizione di questi ultimi) non v'è – ch'io sappia – studioso alcuno che non abbia salutato con favore, come un'autentica conquista di civiltà giuridica (e non solo...), il superamento della odiosa discriminazione fatta a danno dei figli nati fuori del matrimonio.

Ora, non v'è dubbio che, a riguardo della famiglia così come di ogni altro istituto di cui la Carta faccia parola, attorno ad un "nucleo duro" con sufficiente chiarezza fissato (quel "*qualcosa*", di cui un momento fa si diceva) si disponga una tela di enunciati costituzionali rimasti in penombra, in merito al cui significato dunque si possa (e debba) discutere, alla ricerca delle soluzioni maggiormente idonee a dare appagamento ad istanze sociali esse pure senza dubbio diffusamente avvertite.

Al piano del metodo, di quel metodo che rettamente impostato può agevolare l'affermazione di soluzioni teoriche in esso solidamente poggianti, tuttavia, non si può assentire a proposte ricostruttive che ora ignorano del tutto alcuni enunciati ed ora invece omettono di prendere in considerazione alcuni loro "frammenti", in un caso e nell'altro dandone quindi una deformata o parziale rappresentazione.

La più discutibile (e, a dirla tutta, francamente scorretta) è la prima delle tesi adesso indicate (a riguardo della quale maggiori ragguagli possono aversi dalla documentata relazione di F. Biondi, nonché dalla relazione conclusiva dei nostri lavori di T. Auletta), secondo cui quella legittima ed eterosessuale sarebbe solo una delle specie astrattamente possibile di famiglia. Si trascura, in tal modo, di considerare che ogni definizione è, per sua natura, esclusiva, per il solo fatto di cogliere l'essenza identificante dell'istituto cui si riferisce. Sarebbe ben strano che qualcuno potesse anche solo lontanamente pensare che, data una certa definizione di "Parlamento", quale composto dalle due Camere (a loro volta composte in un certo modo), possano darsi altri "Parlamenti" altrimenti composti; e così via per ogni altro caso di definizione costituzionale.

La tesi, pure – come si sa – assai accreditata, secondo cui quello familiare sarebbe un "arcipelago" o, secondo un'altra sua immagine ad effetto, una "galassia" e che, pertanto, piuttosto che di discorrere della "famiglia" al singolare si dovrebbe ormai trattarne al plurale, porta ad una abnorme dilatazione dell'area materiale entro cui l'istituto familiare, nella sua ristretta e costituzionalmente propria accezione, si situa e, a conti fatti, alla sua strutturale alterazione. Espressioni, pure – come si sa – d'uso comune, quale quella di "famiglia di fatto", etero- o omosessuale che sia, costituiscono – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – un autentico ossimoro, ove si assuma – come devesi – che l'unica specie di famiglia costituzionalmente conosciuta (e, perciò, partecipe del regime suo proprio, di cui agli artt. 29 ss. della Carta) è quella, e solo quella, che possiede la qualità di "società naturale fondata sul matrimonio". Espressione con la quale si è inteso fare richiamo ad una millenaria tradizione che ammette il legale riconoscimento delle sole unioni composte da due soggetti di sesso diverso. Contrariamente a ciò che una pur sensibile dottrina ritiene essere (tra gli altri, M. Manetti), nessuna contraddizione è poi dato di vedere tra la ricezione della tradizione stessa, per un verso, e, per un altro verso, il netto rifiuto di altra tradizione caratterizzata dallo squilibrio nei rapporti in seno alla coppia a tutto



vantaggio della persona di sesso maschile: una cosa è, infatti, la presa d'atto di ciò che è, *in sé e per sé*, la famiglia, *ogni* famiglia, ed altra cosa come possano o debbano atteggiarsi le relazioni tra i soggetti che la compongono.

Singolare appare poi il ragionamento da molti fatto, secondo cui inibire a persone dello stesso sesso l'accesso al matrimonio equivarrebbe a consumare una palese ingiustizia, in dispregio del principio di eguaglianza. Una tesi, questa, che si presenta – se così può dirsi – in due varianti: per la prima, rimanendo la Costituzione – a dire dei sostenitori di questa opinione – muta a riguardo del sesso dei coniugi, non acconsentire al matrimonio tra persone dello stesso sesso equivarrebbe, a un tempo, a non sfruttare una risorsa implicitamente offerta dall'art. 29 e, appunto, a violare senza riparo il principio di cui all'art. 3; per la seconda, si darebbe una sorta di precedenza logica ed assiologica del secondo rispetto al primo degli enunciati costituzionali ora richiamati, che nuovamente obbligherebbe gli operatori in genere (legislatore e giudici) a dare accoglienza ad istanze che appunto si fondano sull'eguaglianza, in vista del suo compiuto, effettivo appagamento.

Un ragionamento – si diceva – singolare, sotto un duplice punto di vista: una prima volta, per il fatto che, ammesso (ma, come subito si dirà, non concesso) che si dia contrasto tra i disposti costituzionali suddetti, nell'assunto che la norma sulla famiglia “chiuda” il matrimonio alle sole persone di sesso diverso, non la norma stessa dovrebbe recedere davanti all'eguaglianza bensì questa davanti a quella. Si sarebbe infatti in presenza di una di quelle “rotture” della Costituzione, di cui – com'è assai noto – si ha più di un riscontro nella Carta, quali appunto si hanno laddove, enunciato un principio (guarda caso, quasi sempre proprio quello di eguaglianza...), si stabilisce quindi una deroga nei suoi riguardi, in nome di peculiari esigenze ritenute meritevoli di una speciale tutela. In quest'ordine di idee, dunque, la preclusione fatta ai matrimoni tra omosessuali non è, in tesi, *violazione* dell'eguaglianza, la quale può aversi unicamente a mezzo di atti espressivi di *potere costituente* (di norma leggi comuni, ma anche leggi di forma costituzionale), bensì *deroga* alla stessa frutto di *potere costituzionale*, una deroga – sembra banale dover qui rammentare – che può pertanto essere superata unicamente a mezzo di una nuova disciplina di rango costituzionale (sempre che, nella specie, si reputi che essa non confligga con principi indisponibili dell'ordine costituzionale, sulla qual cosa nondimeno non reputo qui di dovermi nuovamente intrattenere, avendone già trattato altrove). Altrimenti opinando, a stare cioè all'idea della violazione, dovremmo assurdamente concludere nel senso della *incostituzionalità della Costituzione*, una incostituzionalità nondimeno non rilevabile, non potendo la Corte – com'è stato fatto notare – segare il ramo sul quale sta seduta, innaturalmente commutandosi da serva in padrona della Costituzione.

Una seconda volta, poi, il ragionamento sopra fatto appare singolare o, diciamo pure, eccentrico (nella sua propria accezione, di fuori centro), sol che si pensi che il principio di eguaglianza non va mai visto *in astratto* bensì richiede sempre di essere contestualizzato: è, cioè, un principio che si alimenta culturalmente e positivamente delle indicazioni che vengono da altri enunciati, che si riferiscono agli specifici ambiti materiali ai quali l'eguaglianza stessa va di volta in volta applicata.

Ora, se si assume in tesi (una tesi che ci si è sforzati in studi precedenti di argomentare) che la sola famiglia in senso proprio è, per Costituzione, quella composta da due soli soggetti di sesso diverso, viene meno in radice la possibilità di poter invocare la lesione dell'eguaglianza a causa del divieto fatto agli omosessuali di accedere al matrimonio, fermo restando il bisogno indisponibile di assicurare un'adeguata tutela alla formazione sociale (“parafamiliare”) cui tali soggetti danno vita, nondimeno distinta da quella che è esclusivamente propria della unione familiare. Non posso qui tacere come quest'argomento, da me affacciato pendente la questione di legittimità costituzionale poi decisa dalla famigerata sent. n. 138 del 2010, sia stato – come si sa – quindi da questa fatto proprio; e di ciò – piaccia o no – credo che si debba comunque tener conto.

3. *SEGUE*: 2) L'ALTRA STRANA IDEA PER CUI I RAPPORTI TRA I CONIUGI SAREBBERO DI ASSOLUTA EGUAGLIANZA E 3) L'ALTRA ANCORA, PER CUI PARIMENTI IN TUTTO E PER TUTTO EGUALE SAREBBE LA CONDIZIONE DEI FIGLI, INDIPENDENTEMENTE DAL FATTO DI ESSERE NATI DENTRO O FUORI IL MATRIMONIO



Dell'eguaglianza, a riguardo delle vicende dell'istituto familiare, si è fatto uno strano uso: ora, come si è appena veduto, essendo essa stata invocata a sproposito in merito alla natura della coppia ed ora invece essendosi dimenticati i puntuali riferimenti ad essa fatti nella Carta, a riguardo dei rapporti sia tra i coniugi che di questi ultimi coi figli (e degli stessi figli *inter se*).

I primi si vorrebbero sempre, in modo categorico, informati all'eguaglianza, trascurandosi però il dato letterale che espressamente la limita in nome dell'unità; anche i rapporti coi figli (e di questi ultimi tra di loro) si vorrebbero sempre e comunque rispettosi dell'eguaglianza, malgrado nella Carta si affermi che la tutela dei figli nati fuori del matrimonio è assicurata "compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima".

Non discuto qui della bontà della scelta a suo tempo fatta dal Costituente, una scelta sicuramente sofferta, frutto di un compromesso "alto" fra una tradizione al tempo ancora molto radicata ed assai dura da rimuovere ed un nuovo modello di famiglia che si andava faticosamente delineando, di rottura rispetto a quello patriarcale che aveva dominato *ab immemorabili*.

È vero che il limite dell'unità non necessariamente gioca nel senso di perpetuare antichi ed ormai palesemente ingiustificati privilegi del coniuge di sesso maschile, secondo quanto peraltro ha quindi confermato la disciplina codicistica "novellata" nel '75 (ad es., per ciò che riguarda la messa a punto dell'indirizzo familiare). È, tuttavia, pur vero che facendo leva sul limite stesso alcune posizioni di vantaggio usualmente riconosciute a tale coniuge hanno modo di essere ulteriormente consolidate e perpetuate. Sta di fatto che il limite in parola, *proprio perché tale*, non può che valere per lo stretto necessario, la regola essendo piuttosto quella della eguaglianza (soggetto ad interpretazione restrittiva – come ci rammenta ancora F. Biondi – era già qualificato da Corte cost. n. 64 del 1961): una eguaglianza che è *morale*, prima ancora che *giuridica*, secondo la coraggiosa ed ispirata indicazione costituzionale che, opportunamente messa a frutto (e sembra che ancora oggi vi siano margini ampi per un suo innovativo e fecondo utilizzo), può concorrere ad un'autentica palingenesi culturale, eticamente orientata appunto, dell'istituto familiare.

Il *punctum crucis*, al quale – come si viene dicendo – si misura la capacità di tenuta di talune diffuse teorie costituzionali, è però quello relativo alla condizione dei figli nati al di fuori del matrimonio.

Ha perfettamente ragione E. Lamarque nel far notare che qui si è assistito ad un vero e proprio stravolgimento del dettato costituzionale, non già ad una sua illuminata e lungimirante attuazione per via legislativa. Uno stravolgimento che però – qui è il nodo della questione – è stato operato col dichiarato, entusiasta appoggio dell'intera cultura giuridica (studiosi ed operatori), senza tuttavia porre mente alle implicazioni di ordine metodico-teorico discendenti da una siffatta opzione volta a mettere puramente e semplicemente da canto un dettato costituzionale ingiusto (anzi, sommamente ingiusto), anziché battere la sola via consentita, pianamente percorribile, quella della revisione costituzionale.

Oggi quest'auspicio è stato rinnovato da I. Nicotra, nella sua introduzione già richiamata. Ci si deve però chiedere a cosa possa in concreto servire darvi seguito, una volta che vi sia unanime consenso a riguardo del fatto che i figli sono sempre e solo, appunto, figli, senza aggettivi (indimenticabile la lezione morale impartita dalla Filumena di Eduardo). Certo, a voler discettare – come, ahimè, non di rado siamo soliti fare noi giuristi – in astratto, una qualche utilità una razionalizzazione siffatta comunque l'avrebbe, ove si convenga a riguardo del fatto che, rimossa la possibile distinzione insita nell'avverbio "compatibilmente", non sarebbe comunque consentito al legislatore di far luogo alla eventuale "restaurazione" del regime discriminatorio, una "restaurazione" che invece oggi potrebbe appoggiarsi proprio al dettato costituzionale così com'è. Non è tuttavia chi non veda il carattere appunto astratto dell'ipotesi ora ragionata, alla cui realizzazione frontalmente si oppone una cultura giuridica egalaritaria ormai profondamente radicata nel tessuto sociale.

Ora, che cosa osta a che lo stesso percorso si compia al fine di vedere finalmente riconosciuto, *malgrado la Costituzione*, il matrimonio tra omosessuali? Osta proprio quella *forza irresistibile del fatto* che è in grado di farsi diritto; osta, cioè, la circostanza per cui – piaccia o no – non è dato riscontrare analoga unanimità di vedute favorevoli alla legalizzazione di siffatta specie di "matrimonio" che, nella cultura giuridica del tempo presente, invece si ha per ciò che concerne il pieno riconoscimento dell'eguaglianza dei figli.



Non m'intendo di statistiche e non sono comunque solito farne uso nel campo costituzionale. Confesso dunque di non sapere quanta sia la percentuale di coloro che si dichiarano favorevoli (senza "se" e senza "ma") all'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso; non ho tuttavia difficoltà ad ammettere che i fautori del matrimonio stesso vanno facendo sempre nuovi proseliti. E, tuttavia, sarebbe palesemente forzosa una rappresentazione della realtà nel senso che sarebbe ormai venuta a maturazione una *consuetudine culturale* profondamente radicata nel tessuto sociale e pressoché universalmente accreditata, nel senso appunto del riconoscimento pieno della eguale natura "matrimoniale" delle unioni costituite da soggetti dello stesso sesso rispetto alle unioni eterosessuali legalizzate.

È qui il punto cruciale della questione oggi nuovamente discussa; ogni altro ragionamento, fondato su presunte aperture della lettera dell'enunciato costituzionale che dà la definizione di famiglia o su altri argomenti ancora, a conti fatti, non coglie nel segno e finisce anzi col ritorcersi a mo' di *boomerang* contro chi ne fa un uso maldestro.

Se e quando una consuetudine siffatta dovesse quindi venire a formazione, allora potrebbe assistersi alla ennesima *modifica tacita* subita dal dettato costituzionale in tema di famiglia, al pari di quella ormai consumatasi con successo per ciò che concerne la condizione dei figli.

La domanda, inquietante, però che ci si deve a questo punto porre è se un siffatto modo di procedere, innovando alla Costituzione per via... *interpretativa*, giovi alla Costituzione stessa, alla salvaguardia della sua identità, della sua forza. Siamo cioè sicuri che il mutamento costituzionale *per vie di fatto* sia il modo giusto per far stare la Costituzione stessa al passo coi tempi (sempre che questi ultimi siano davvero cambiati)?

4. L'INTERPRETAZIONE DEGLI ENUNCIATI RELATIVI ALLA FAMIGLIA NEL LORO FARE "SISTEMA" CON GLI ENUNCIATI COSTITUZIONALI RESTANTI E L'ORIENTAMENTO DATO AI FATTI INTERPRETATIVI VERSO LE CARTE INTERNAZIONALI DEI DIRITTI (IN PARTICOLARE, IL RILIEVO ASSEGNATO AL "PREMINENTE INTERESSE DEI MINORI" NELLA SOLUZIONE APPRESTATA PER TALUNE DELLE PIÙ SPINOSE QUESTIONI DI DIRITTO FAMILIARE)

La risposta al quesito da ultimo posto credo che sia già implicita in quanto si è venuti man mano dicendo. Mi corre però l'obbligo di argomentare ulteriormente la tesi nella quale da tempo mi riconosco ed alla quale rinnovo qui la mia convinta e ferma adesione.

Muovo da una premessa che non reputo in questa sede bisognosa di alcun discorso a suo sostegno; ed è che la Costituzione, nella sua retta e propria accezione (e funzione), si ponga a *limite del potere, al servizio di valori fondamentali positivizzati*, di quei valori in nome dei quali è stata condotta la battaglia vittoriosa per la edificazione dell'ordine repubblicano, valori nei quali si riconosce la comunità politicamente organizzata siccome espressivi di un'*etica pubblica* omnicondivisa (è chiaro che la mancata adesione ad essa da parte di frange assolutamente minoritarie del corpo sociale, qual è ad es. quella che vorrebbe sovvertito in modo forzoso, terroristicamente, l'ordine costituzionale, non solo non ha in sé la forza per confutare l'esistenza dell'etica stessa ma, anzi, ne dà ulteriore testimonianza e conferma).

La Costituzione, dunque, c'è sino a quando essa è in grado di resistere al tentativo del suo forzoso accantonamento e della sua parimenti forzosa sostituzione a mezzo di nuovi canoni frutto di una malaccorta attività di produzione normativa a mezzo di leggi non costituzionali per forma ovvero di una deviante giurisprudenza (comune o costituzionale che sia).

A che serve allora una Costituzione "riscritta" a colpi di leggi comuni o di sentenze? I riflessi di questo stato patologico di cose, proprio perché *in nuce* coinvolgente la Costituzione come norma o sistema di norme, si irradiano per l'intero ordinamento, non lasciandone indenne alcuna sua parte.

Si assiste così ad un complessivo squilibrio di carattere istituzionale dalle implicazioni forse ad oggi non avvertite in ogni loro aspetto e manifestazione.

Il primo riflesso negativo – come s'è veduto – si ha congiuntamente al piano della *teoria della Costituzione* ed al piano della *teoria della interpretazione costituzionale*. I due piani, in realtà, per ragioni che ci si è sforzati di rappresentare altrove, non sono separabili in modo netto o, per dir meglio, sono distinguibili solo fino ad un certo punto, oltrepassato il



quale si sovrappongono e finiscono col coincidere interamente. Le torsioni della Costituzione, di cui si faceva poc'anzi parola, infatti, si realizzano per il tramite di un uso distorto degli strumenti interpretativi che, lungi dal porsi al servizio della Costituzione, piuttosto se ne servono per dar modo a quelle strane idee della famiglia sopra accennate di affermarsi, senza incontrare ostacolo alcuno: *malgrado la Costituzione*, appunto.

Ho constatato con una certa sorpresa, seguendo l'andamento dei dibattiti del nostro incontro, come persino studiosi di provata esperienza e sensibilità si siano fatti portatori di ricostruzioni del modello costituzionale di famiglia non sempre lineari e pienamente appaganti per il percorso interpretativo compiuto.

Faccio un solo esempio al riguardo, riferendomi ad una questione di cui si è a lungo discusso, dietro una salutare sollecitazione di Giacomelli, in seno all'*atelier* ai cui lavori ho preso parte, coordinati con mano sicura da E. Lamarque. Ebbene proprio quest'ultima ha tenuto a far notare, in merito all'interesse preminente del minore quale criterio posto a base della soluzione di alcune tra le più spinose questioni di diritto familiare, come di esso non si abbia traccia alcuna nell'articolato costituzionale, malgrado il suo ricorrente utilizzo nella pratiche giudiziali, al punto di potersi senza ombra di smentita affermare che esso possiede ormai dignità di "diritto vivente".

In disparte però la circostanza per cui l'interesse in parola può desumersi, oltre che dalle indicazioni offerte dall'art. 30 a riguardo dei doveri dei genitori verso i figli (e dagli artt. 31, II c., e 37, I c.), dai principi di cui agli artt. 2 e 3 nel loro fare "sistema" coi principi fondamentali restanti, è ormai provato che l'interpretazione costituzionale richieda costantemente di alimentarsi dalle espressioni contenute in altri documenti *materialmente* (pur se non *formalmente*) costituzionali, siccome essi pure relativi ai diritti fondamentali, di cui concorrono a dare il riconoscimento e la tutela.

Ora, come tutti sanno, la Carta di Nizza-Strasburgo (che – non si dimentichi – in virtù del richiamo fattovi dal trattato di Lisbona possiede rango "paracostituzionale") contiene un esplicito riferimento all'interesse in parola (art. 24, II c.), mentre, dal suo canto, la CEDU, pur non facendovi menzione, è stata fatta oggetto di un'interpretazione orientata verso la Carta suddetta, oltre che verso quelle "tradizioni costituzionali comuni", dalle quali parimenti si traggono indicazioni atte a comporre lo *ius publicum* europeo in via di progressiva maturazione in fatto di tutela dei diritti.

La Corte di Strasburgo, in particolare, ha dato vita ad una ormai copiosa giurisprudenza (fatta di recente oggetto di attento studio da parte di R. Conti e, da ultimo, F. Paterniti) nella quale l'interesse suddetto occupa un posto di centrale rilievo, una giurisprudenza che non può essere ignorata al momento in cui ci si accinge a rileggere la nostra al pari delle altre Carte costituzionali e che, anzi, appare per certi versi ancora più significativa rispetto alla giurisprudenza della Corte dell'Unione, non andando incontro alla limitazione di ambiti materiali e di competenze cui va incontro, in generale, il diritto dell'Unione stessa (e, per ciò pure, la Carta di Nizza-Strasburgo).

Affermare dunque in modo secco che la nostra Costituzione non fa menzione dell'interesse preminente del minore sembra voler riproporre la vetusta, strana idea che la Costituzione e le altre Carte dei diritti di origine esterna costituiscono due "universi" linguistico-normativi incomunicabili tra di loro, mentre così non è, non può ormai più essere.

Non importa, dalla prospettiva ora adottata, tornare ad interrogarsi circa il posto detenuto nel sistema interno delle fonti dalle Carte in discorso, in particolare dalla CEDU. Anche a stare all'ordine di idee, a mia opinione fortemente discutibile (già nelle premesse metodiche, ancora prima che negli esiti teorico-ricostruttivi sulla loro base conseguibili), secondo cui le Carte stesse sono fonti "subcostituzionali", così come dichiarato dalla Consulta a partire dalle sentenze "gemelle" del 2007, ugualmente innegabile è il concorso che tali fonti possono dare, ove se ne faccia un utilizzo appropriato, alla rigenerazione semantica degli enunciati costituzionali (e non occorre qui scomodare la *durchgehende Korrelation* di rossiana memoria per averne sicura conferma).

È strano che si resti così strettamente legati al mero dato testuale (nella specie, privo di esplicita indicazione in merito all'interesse suddetto), quando poi alla lettera non si riconosca uguale rilievo per ciò che concerne: *a*) la nozione costituzionale di famiglia (ristretta, come si è veduto, alla sola unione che dia vita ad una "società naturale fondata sul matrimonio"), *b*) il limite all'eguaglianza tra i coniugi (alla sola eguaglianza *giuridica*, non pure a quella *morale*, la quale



ultima da se medesima si sottrae a limite di sorta, a pena di un impossibile sacrificio della dignità di cui ciascun essere umano è provvisto), c) la diversa condizione dei figli, rispettivamente, nati dentro e fuori il matrimonio.

Il testo esprime sempre, innegabilmente, una sua carica prescrittiva, secondo quanto peraltro ancora di recente opportunamente evidenziato da una sensibile dottrina: una carica ora più ed ora meno rilevante ed apprezzabile a seconda della trama linguistica degli enunciati, dei contesti in cui prendono forma i fatti interpretativi, degli operatori che vi fanno luogo. Gli elementi offerti dai testi, tuttavia, non possono prestarsi ad usi oscillanti e persino alternativi, secondo occasionali convenienze, ora reputandosi che la carica suddetta vi sia, quanto meno in una certa, non secondaria misura, ed ora invece negandosene in radice l'esistenza (come, ad es., suole fare quella dottrina, cui si è fatto cenno all'inizio di questa riflessione, che si dichiara dell'idea che un modello di famiglia, a conti fatti, non vi sia e che perciò il legislatore e – come si dirà a momenti – gli stessi giudici dispongano di campo libero per continue ridefinizioni della famiglia, della sua struttura, delle sue dinamiche interne).

5. *SEGUE: IL “PREMINENTE INTERESSE DEL MINORE” QUALE SPIA DEL RAVVICINAMENTO TRA SISTEMI DI CIVIL E DI COMMON LAW E DELLA TENDENZA ALLA “FLESSIBILIZZAZIONE” DELLE DISCIPLINE NORMATIVE, IN VISTA DEL CONSEGUIMENTO DELL’OTTIMALE EQUILIBRIO TRA LEGISLAZIONE COSTITUZIONALE E LEGISLAZIONE COMUNE, LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE, REGOLE E REGOLARITÀ*

L'interesse preminente dei figli costituisce, poi, uno degli indici maggiormente attendibili di quella comunicazione tra sistemi positivi di cui si hanno sempre più vistose e significative testimonianze. Come ci ha rammentato Giacomelli nel suo intervento ai nostri lavori, originato in ordinamenti di *common law* in funzione dell'appagamento del bisogno di dare ai minori un'adeguata sistemazione familiare, il principio in parola è quindi trapassato in quelli di *civil law* (e, tra questi, il nostro), commutandosi in un canone di carattere generale ed astratto, siccome preposto alla salvaguardia della categoria dei minori stessi *ut sic*.

In realtà, ferma restando la vicenda storica per come si è concretamente svolta, seguire oggi a tenere nettamente distinta una tutela casistica da una astratta, di ordine normativo, appare almeno in una certa misura forzoso, a fronte della tendenza vigorosamente espressa sia dagli uni che dagli altri ordinamenti al reciproco ravvicinamento (con una qualche maggiore propensione, invero, per quelli di *civil law* a fare propri alcuni dei modelli affermatasi dietro una lunga sperimentazione nei contesti di *common law*).

Riconsiderata questa vicenda in prospettiva assiologicamente orientata, una volta cioè che essa sia ambientata al piano dei valori e delle loro mutue ed incessanti combinazioni, se ne ha la ormai provata impossibilità di contrapporre *per sistema* certezza del diritto a giustizia. Senza che se ne possa ora dire con la dovuta estensione, è sufficiente qui rammentare un dato di comune acquisizione, vale a dire che i valori in parola non stanno sempre e solo ora da questa ed ora da quella parte: come se negli ordinamenti di *civil law*, retti sul dominio della legge fatta di canoni di comportamento generali ed astratti, la certezza abbia in tesi (una tesi che non ammetta di essere sottoposta a verifica alcuna della sua fondatezza) la sua ottimale garanzia, mentre negli ordinamenti di *common law* la giustizia riceva il suo ottimale appagamento.

Di contro, la certezza del diritto (che ha la sua più elevata, emblematica manifestazione nel suo farsi *certezza di diritto costituzionale*), in tanto ha teorico e pratico senso, in quanto si commuti ed interamente risolva in *certezza dei diritti* (segnatamente, costituzionali). La certezza, insomma, ha un doppio volto, *oggettivo* e *soggettivo*, l'uno inautonomo, inespessivo, se tenuto innaturalmente disgiunto dall'altro ed, anzi, ad esso frontalmente contrapposto.

Ce ne ha dato, ancora non molto tempo addietro, palmare riprova Corte cost. n. 113 del 2011, col fatto stesso di considerare recessivo il giudicato penale, col ruolo servente la certezza (in senso oggettivo) che gli è proprio, in nome del bisogno di dare la massima tutela possibile, effettiva, ai diritti, ogni qual volta se ne abbia la lesione nel corso di una vicenda processuale irrispettosa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Forse, però, un'ancora più significativa testimonianza è al riguardo offerta da Corte cost. n. 317 del 2009, che – come si sa – ammette il possibile ribaltamento





dell'ordine stabilito tra le fonti (segnatamente, nei rapporti tra leggi nazionali e CEDU, ma con evidente, possibile estensione ad altri documenti normativi), ancora una volta, in nome della salvaguardia – la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto – dei diritti fondamentali e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema” (su ciò, v., inoltre, Corte cost. nn. 264 del 2012 e, ora, 170 e 202 del 2013).

Insomma, la certezza ha senso solo se si fa, nel “diritto vivente”, giustizia, l'ordine positivo – come mi sono sforzato, ormai da tempo e in molti luoghi, di mostrare – essendo dunque fatto e incessantemente rifatto in ragione delle *norme*, non già delle *fonti*, per il modo con cui si dimostrino effettivamente in grado di servire i valori.

Questa conclusione, che invero meriterebbe ben altri svolgimenti argomentativi di quelli che è qui possibile darvi, è di cruciale, immediato rilievo per ciò che riguarda le vicende dell'istituto familiare in genere (e, in particolare, in esso la condizione dei minori).

Esattamente così come ci viene insegnato dalla sopracit. sent. n. 317 del 2009, in ordinamenti di *civil law*, quale il nostro, la regola (generale ed astratta) richiede comunque di essere sottoposta nei singoli casi a verifica della sua validità, in prospettiva assiologicamente orientata, potendosi dunque talora commutare nel suo opposto, ribaltandosi su se stessa e cedendo pertanto il passo alla sua eccezione.

Molti esempi potrebbero essere al riguardo addotti. Mi limito qui a farne uno soltanto, quello assai noto del possibile superamento del limite, legislativamente fissato, per l'adozione, in ragione della differenza di età intercorrente tra adottante ed adottato, in funzione della salvaguardia dell'interesse preminente del minore (o dei minori, trattandosi di due o più fratelli congiuntamente adottati dalla stessa persona).

Molte delle vicende familiari danno testimonianza di quella che ormai può, senza ombra di smentita alcuna, considerarsi una generale tendenza ordinamentale (appunto, nel senso del ravvicinamento rispetto ai sistemi di *common law*), vale a dire la flessibilizzazione dei canoni normativi, un tempo considerati provvisti di una intrinseca rigidità, e, con essa, la loro esposizione a temperamento e verifica in sede giudiziale, in ragione dei casi.

Si può poi discutere circa la “morale” sottesa a siffatta tendenza, che rimane ad ogni buon conto un *fatto*: un fatto che, nondimeno, richiede di essere costantemente orientato verso i valori e che, perciò, da questi ha bisogno di trarre costantemente luce e giustificazione.

Alcuni guardano con non celata preoccupazione alla circostanza per cui il diritto legislativo può in ogni tempo essere soppiantato dal diritto giurisprudenziale; altri, di contro, considerano con favore questa evenienza, giudicando salutare l'avvento di uno “Stato giurisdizionale” – come usa chiamarlo –, in vista dell'ottimale soddisfazione di bisogni elementari dell'uomo non altrimenti appagabili, che anzi risulterebbero senza riparo sacrificati ove dovesse farsi una rigida, meccanica applicazione dei precetti legislativi.

Per mio conto, non mi riconosco appieno in nessuna delle posizioni suddette, ritenendo piuttosto che il sistema abbia bisogno di un suo complessivo equilibrio che richieda di essere in ogni tempo salvaguardato.

Un equilibrio, innanzi tutto, al piano della normazione, ciascuna fonte assolvendo ad un proprio ruolo non fungibile ad opera delle altre fonti. È per ciò che, restando all'ambito tematico qui specificamente interessante, la normazione costituzionale sulla famiglia non può essere surrettiziamente riscritta (e, dunque, alterata) dalla legge comune, così come invece vorrebbero quanti patrocinano la legalizzazione di modelli di famiglia diversi da quello che ha la sua propria espressione nella “società naturale fondata sul matrimonio” o giudicano appieno rispettosa del disegno costituzionale la piena parificazione della condizione dei figli, indipendentemente dal fatto che siano nati dentro o fuori del matrimonio.

Un equilibrio, in secondo luogo, al piano dei rapporti tra legislazione e giurisdizione, all'una spettando di porre una disciplina *per essentialia*, strutturalmente flessibile ed idonea dunque a concedere gli spazi opportuni alla seconda, in modi tali da conciliare, a un tempo, certezza e giustizia, ovverosia – come si è venuti dicendo – di far sì che la prima si traduca e risolva costantemente ed interamente nella seconda.

Inaccettabile è, ad ogni buon conto, in via generale, l'idea della fungibilità dei ruoli, ammettendosi da una consistente schiera di studiosi che la giurisdizione possa, in tutto e per tutto, sostituirsi ad una legislazione mancante o, come che sia, complessivamente carente. Una tesi, questa, che, specie nel campo delle questioni di carattere bioetico, va



facendo molti proseliti, assumendosi, ad es., che le vicende d’inizio o fine-vita possano essere “regolate” per via giudiziaria, in difetto delle opportune soluzioni ad esse apprestate dal legislatore (il caso Englaro *docet*; ma, su ciò, v., ora, organicamente, gli accurati studi di respiro monografico di S. Agosta e, limitatamente alla vicende d’inizio-vita, la relazione di G. Famiglietti). E così pure, restando al nostro tema, ad es., per ciò che concerne il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, a dire di molti “legittimabile” *ope juris prudentiae*.

Un equilibrio, in terzo luogo (ma, in realtà, dovrebbe piuttosto considerarsi il primo di tutti), al piano dei rapporti tra *regole* (costituzionali e non) e *regolarità*, quali si affermano nelle relazioni sociali, in ambito politico, nelle pratiche in genere in seno alla comunità organizzata. Ed è proprio quest’ultimo l’equilibrio più difficile da salvaguardare e trasmettere, ove si convenga a riguardo del fatto che nessuna norma giuridica (foss’anche costituzionale) può richiedere di essere scrupolosamente osservata ove ad essa si oppongano tendenze fortemente radicate nel tessuto sociale ed espressive – come si faceva poc’anzi notare – di autentiche *consuetudini culturali* omnicondivise o, come che sia, sorrette dai più larghi e convinti consensi. Allo stesso tempo, però, non può non convenirsi in merito al fatto che nessuna *regolarità* o *consuetudine culturale* che dir si voglia può pretendere di essere seguita laddove ne sia provata l’incompatibilità rispetto ai valori fondamentali dell’ordinamento, salvo naturalmente il caso che trovi in sé la forza per affermarsi, legittimandosi da se medesima *ex post*, quale espressione emblematica dell’avvento forzoso di un nuovo ordine costituzionale che in essa abbia appunto il fondamento o il titolo della propria esistenza.

Le vicende riguardanti la famiglia, a conti fatti, hanno proprio qui il terreno elettivo sul quale possono avere la più attendibile verifica della loro validità; ed a fronte di talune corpose manipolazioni del dettato costituzionale, alle quali qui si è fatto cenno e delle quali si dispone di sicuro riscontro, si tratta, alla fin fine, di chiedersi se l’ordine costituzionale abbia ancora in sé la forza per reagire e riaffermarsi in tutto il proprio vigore ovvero se sia destinato a soccombere, in un tempo più o meno breve, davanti a talune vigorose tendenze da esso vistosamente devianti.