

La non esportabilità del dibattito statunitense sull'abolizione del matrimonio in Europa: note di diritto comparato

di Nausica Palazzo

Abstract: *The non-exportability of the US debate on the abolition of marriage in Europe: comparative law notes* – The debate on the abolition of civil marriage in the United States has not yet died down, although it seems to have reached a new peak of 'popularity' in conjunction with the Supreme Court's decision in Obergefell. After clarifying the contours of the debate and its constitutional implications, the study proposed here examines the exportability of this debate in continental European countries. In summary, after noting the absence of such a debate in the European context, the article traces some of the potential reasons for it and concludes by considering it not exportable in the European context.

1931

Keywords: Marriage; Abolition; Family; United States; Constitution.

1. Introduzione

Un tempo considerata disciplina giuridica “minore” e in sé inadatta alla comparazione, il diritto di famiglia si presenta oggi quale disciplina di importanza crescente anche per il comparatista¹. I sistemi giuridici contemporanei si trovano costretti ad affrontare questioni cruciali che riguardano l'emersione e articolazione giuridica delle relazioni non coniugali, il riconoscimento delle relazioni tra persone dello stesso sesso, la regolamentazione della riproduzione assistita, della contraccezione e dell'aborto.² Tali questioni, col tempo, sono diventate anch'esse materia

¹ La descrizione di “area dormiente del diritto” un tempo avanzata non si confà più, dunque, a tale campo di studio del diritto Young, Alison Harvison, 2001. La famiglia che cambia, il discorso sui diritti e la Corte Suprema del Canada. *Canadian Bar Review*, 80(1-2): 753.

² Harry Krause introduce il suo lavoro sostenendo che "le leggi sulla famiglia si stanno sviluppando in direzioni simili. Con tutte le loro reali differenze, le nazioni di tutto il mondo si trovano ad affrontare questioni e dilemmi fondamentalmente simili nel definire e regolare la famiglia moderna". Krause, Harry D., 2006. *Diritto di famiglia comparato: Tradizioni passate contro tendenze future e viceversa*. In *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 1st edizione, eds. Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann, 1101. Oxford: OUP. Si veda anche Herring, Jonathan, Probert, Rebecca e Gilmore, Stephen 2015. *Great Debates in Family Law*, 2nd edizione. Basingstoke: Palgrave Macmillan (che elenca tra queste importanti questioni la regolamentazione giuridica della genitorialità,

privilegiata di studio del comparatista, nella misura in cui è divenuto cruciale comprendere come altri sistemi giuridici risolvano simili questioni sia dal punto di vista pragmatico che in punto di diritto.

Lo studio che qui si propone analizza un dibattito affascinante e senza dubbio controverso sviluppatosi intorno all'istituto del matrimonio. Il dibattito gravita intorno alla questione dell'abolizione del matrimonio civile e chiede se forse non sia meglio – per le ragioni che si diranno – “semplicemente” abolire il matrimonio civile. La domanda, sebbene possa sembrare bizzarra o esotica, ha attirato un'attenzione relativamente ampia negli Stati Uniti, soprattutto prima della decisione della Corte Suprema in tema di matrimonio *same-sex*.³ In tale occasione ci si è chiesti se non fosse auspicabile aggirare del tutto il problema spinoso dell'estensione del matrimonio civile a coppie non tradizionali, abolendolo e rimpiazzandolo con contratti di diritto privato o unioni registrate. Simili dibattiti, per contro, non hanno mai preso piede nell'Europa continentale.⁴ Un'analisi comparata può fornire le coordinate fondamentali per spiegare l'inadeguatezza del dibattito statunitense rispetto al contesto europeo. Tale analisi, per far ciò, dovrà mettere in luce alcune differenze fondamentali che separano la tradizione costituzionale degli ordinamenti giuridici europei e la tradizione costituzionale degli Stati Uniti. Dovrà poi, in particolar modo, dimostrarsi in grado di rintracciare e mettere a sistema quei valori alla base della regolamentazione della famiglia nei sistemi giuridici contemporanei.

Sono necessarie due precisazioni metodologiche. In primo luogo, lo studio si concentra sul diritto costituzionale quale terreno privilegiato per studiare quei valori di cui si diceva. Se è vero che esiste una concezione specifica del rapporto tra lo Stato e la famiglia alla base della regolamentazione giuridica delle famiglie e che di tale concezione sono infuse tutta una serie di norme giuridiche (si pensi al diritto amministrativo o al campo giuslavoristico, nella misura in cui la disposizione prende in considerazione un certo “tipo” di famiglia per allocare un beneficio sociale), è pur vero che il diritto costituzionale rimane luogo privilegiato di indagine. Ciò per due ragioni. In primo luogo, il diritto costituzionale spesso articola esplicitamente tale concezione, a differenza di altre aree del diritto che potrebbero semplicemente darla per presupposta. In secondo luogo, nei Paesi in cui la Costituzione è posta all'apice della gerarchia delle fonti, le altre fonti giuridiche non possono apertamente contraddire quest'ultima.⁵ Si potrebbe quindi legittimamente ipotizzare, almeno nei sistemi che adottano

i diritti dei bambini, l'adozione, il matrimonio e l'unione civile, la convivenza, il divorzio e la violenza domestica).

³ United States, *Obergefell v Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)

⁴ V. *infra* par. 2.

⁵ Un'avvertenza è d'obbligo. Di seguito sosterrò che tale affermazione è vera se e solo se le costituzioni hanno carattere normativo, ossia presentino due caratteristiche: sono in grado di descrivere il sistema politico e sono percepite come vincolanti e dunque applicate.

una concezione gerarchica delle fonti, che una particolare concezione della famiglia sancita in Costituzione sia rispettata e attuata da fonti di rango inferiore.

La seconda precisazione è di carattere geografico. Lo studio si limita ad esaminare gli ordinamenti dell'Europa continentale e del Nord America, con conseguente applicabilità dei risultati della comparazione a queste due aree. Una simile scelta metodologica comporta due vantaggi principali. In primo luogo, consente di partire dal presupposto che le costituzioni esaminate siano percepite come vincolanti dai principali attori del sistema politico e al contempo idonee a descrivere il sistema politico.⁶ Il secondo vantaggio risiede nella reperibilità e accessibilità di studi comparati all'interno di tali aree geografiche. È certamente innegabile che la comparazione continui ad essere esercizio impervio e delicato: crittotipi – ovvero, per dirla con Rodolfo Sacco, le regole implicite che i soggetti del diritto seguono senza rendersene conto⁷ – e *false friends* di vario tipo continuano ad esser presenti.⁸ E tuttavia, di recente il grado di comunicabilità tra i due termini di comparazione è andata rafforzandosi ed ampliandosi, anche grazie alla maggiore intellegibilità dei due sistemi sovranazionali europei (della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'Unione europea) per i giuristi dei sistemi di *common law*.

In sintesi, dopo aver rilevato l'assenza di un dibattito intorno all'abolizione del matrimonio civile in Europa, l'articolo ne traccia alcune delle potenziali ragioni e avanza considerazioni conclusive sulla non esportabilità di tale dibattito nel contesto europeo.

2. Il dibattito statunitense sull'abolizione del matrimonio

Occorre cominciare uno studio comparato intorno al matrimonio descrivendo tale istituto come una sorta di “esperanto” in tema di relazioni interpersonali. Praticamente ovunque, nel corso della storia, gli individui

⁶ Loewenstein, Karl, 1965. *Political Power and the Governmental Process*, 2nd edition, 148-49. Chicago: University of Chicago Press.

⁷ Sacco, Rodolfo, 1991. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II). *American Journal of Comparative Law* 39(2): 343-401, 343.

⁸ La parola “coniugalità” è un esempio emblematico in tal senso. Sembra che nelle giurisdizioni di diritto civile abbia un'accezione più formale, con “non coniugale” che designa le famiglie al di fuori del matrimonio (siveda, ad esempio, Gaudreault-DesBiens, Jean-François. *Le droit constitutionnel comme vecteur de transformation sociale : le cas de la conjugalité au Canada*. In *Conjugalité et discriminations*, eds. Gallus, Nicole, Gaudreault-Desbiens, Jean-François, Hennebel, Ludovic, Lefebvre, Brigitte, Mécary, Caroline et Moore, Benoît. Limal: Anthemis). Nei Paesi di common law, invece, ha un'accezione più funzionale. Indica le unioni che non hanno le caratteristiche tipiche del matrimonio, compresa la componente sessuale (coniugalità), applicandosi così alle unioni di amici e parenti adulti che non hanno tale componente (si veda, ad esempio, Barker, Nicola, 2016. Rethinking Conjugalità as the Basis for Family Recognition: A Feminist Rewriting of the Judgment in *Burden v. United Kingdom*. *Oñati Socio-Legal Series* 6(6): 1249-1275).

hanno contratto matrimonio.⁹ Il lemma “matrimonio civile” si riferisce a un istituto riconosciuto dallo Stato e in grado di produrre effetti giuridici atti a modificare lo stato civile degli individui. Negli Stati Uniti, il compito di definire il concetto di matrimonio ai sensi del diritto privato e del welfare ad esso associato permane in capo agli Stati, che agiscono in virtù del *police power* conferito dal Decimo Emendamento della Costituzione federale. Pertanto, spetta agli Stati stabilire le regole intorno al rilascio delle c.d. licenze di matrimonio¹⁰. Il matrimonio, tuttavia, è stato altresì oggetto di attenzione da parte delle corti federali. Tale attenzione ha raggiunto un nuovo picco di visibilità quando, nella nota sentenza *Obergefell*¹¹, la Corte Suprema degli Stati Uniti si è trovata a decidere la spinosa questione della legittimità costituzionale del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Il coinvolgimento dello Stato ha profonde implicazioni come si è detto sullo stato civile delle persone. Prendendo le mosse da tale considerazione, alcuni studiosi hanno dunque iniziato a mettere in discussione lo status quo e la necessità stessa che debba essere prerogativa dello Stato quella di “autorizzare” o semplicemente “riconoscere” un’unione coniugale. Più in dettaglio, l’idea che il matrimonio civile possa essere abolito come categoria giuridica ha iniziato a emergere negli anni ‘90¹². Martha Fineman, un’influente giurista femminista della Emory Law School, fu tra le prime ad affrontare il tema in modo più compiuto. Le riflessioni della giurista sono in particolare rinvenibili nel libro *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*¹³. In tale opera, Fineman pone in risalto una serie di retaggi patriarcali del matrimonio, finendo col sostenere che l’uguaglianza dei coniugi abbia semplicemente eclissato ma non del tutto superato tale problematico pedigree. Ciò si evincerebbe, a dire della studiosa, dalla disciplina dell’affidamento e del mantenimento. Tali discipline parrebbero esaltare le funzioni legate alla paternità, a scapito del lavoro di

⁹ Bethmann, Dirk e Kvasnicka, Michael, 2011. L’istituzione del matrimonio. *Journal of Population Economics*, 24(3): 1005-1032, 1032-1033.

¹⁰ La procedura più comune per il rilascio della licenza è la seguente: la coppia presenta una richiesta di licenza di matrimonio, previa compilazione di moduli attraverso i quali mostra di soddisfare determinati requisiti (quali i requisiti di età). Successivamente, il matrimonio viene *celebrato* davanti a un officiante civile o religioso e la licenza viene rilasciata.

¹¹ Stati Uniti, *Obergefell v Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

¹² L’idea che il matrimonio possa essere abolito come categoria giuridica è implicita nell’idea che le cerimonie nuziali laiche o religiose possano essere mantenute, per coloro che desiderano impegnarsi “pubblicamente”. Fineman, Martha A., 1995. *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies (La madre castrata, la famiglia sessuale e altre tragedie del XX secolo)*, 229. New York: Routledge.

¹³ *Ibidem*. Si veda anche Fineman, Martha A., 2004. *The autonomy myth: A Theory of Dependency*. New York: The New Press; *Id.*, 2001. Why marriage? *Virginia Journal of Social Policy and the Law* 9(1): 239-272, 240; *Id.*, 2010-2011. The Vulnerable Subject and the Responsive State. *Emory Law Journal*, 60: 251-276.

“mothering”, ossia esercizio delle funzioni tipicamente materne di cura, di cui si fanno carico le donne madri in maniera preponderante.¹⁴ L’Autrice sostiene pertanto la necessità di sostituire il legame coniugale quale relazione fondante del diritto di famiglia con la relazione madre-figlio/a¹⁵. Questa rivoluzione copernicana del diritto di famiglia consentirebbe al legislatore di concentrarsi sulle relazioni “che contano,” ossia quelle imperniate sulla (co-)dipendenza, e avrebbe ad avviso dell’Autrice l’ulteriore beneficio di risolvere la spinosa controversia intorno all’estensione del matrimonio alle persone dello stesso sesso¹⁶.

Nel 1996, Patricia Cain, teorica femminista ed esperta di diritto tributario si unisce al coro di voci in favore dell’abolizione del matrimonio civile. L’Autrice arriva a una simile conclusione da una prospettiva teorica distinta, inquadrando il tema di cui si discute attraverso il prisma del principio di uguaglianza e di non discriminazione. Cain sostiene che lo Stato non debba porre in essere una gerarchia di relazioni intra-famigliari privilegiandone alcune rispetto ad altre – ad esempio privilegiando relazioni con carattere diadico rispetto alle relazioni poliamorose.¹⁷ Lo Stato, dal punto di vista dell’Autrice, non dovrebbe occuparsi affatto di regolamentazione della sfera affettiva. Nella sua opera *Imagine there’s no marriage* (Immagina che non esista il matrimonio),¹⁸ l’Autrice immagina appunto un mondo in cui non v’è più traccia del matrimonio civile. La sua proposta consiste dunque nel sottrarre allo Stato il potere di celebrare e riconoscere unioni matrimoniali, consegnando il relativo potere alle denominazioni religiose ovvero alle comunità di individui, in grado di celebrarle e riconoscerle in virtù di “regole proprie”. Per lo Stato, dunque, l’età, l’etnia o il numero di contraenti sarebbero del tutto irrilevanti e le coppie che desiderano sigillare la loro unione potranno sì farlo ma creando o cercando altrove il regime giuridico applicabile – senza che vi sia un regime giuridico di default di matrice statale.¹⁹

La tesi abolizionista ha ripreso vigore negli ultimi anni, quando il dibattito sul matrimonio *same-sex* si è intensificato, di pari passo con l’intensificarsi delle *culture wars* di matrice americana.²⁰ Studiosi e attivisti di vario genere hanno in tale occasione iniziato a mettere in discussione l’istituto matrimoniale – incluso il matrimonio tra persone dello stesso sesso – denunciandone alcuni aspetti critici, e in particolare il suo essere

¹⁴ Polikoff, Nancy, 2000. Why Lesbians and Gay Men Should Read Martha Fineman. *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 8: 167-176, 172.

¹⁵ Fineman, Martha A., 1995. *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies* (La madre castrata, la famiglia sessuale e altre tragedie del XX secolo), 234-235. New York: Routledge.

¹⁶ *Ibidem*, 230.

¹⁷ Cain, Patricia. 1996. *Imagine There’s No Marriage*. *Quinnipiac Law Review*, 16: 27.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibid.* at 43.

²⁰ V., Kindregan, Charles P., Jr., 2004. Same-Sex Marriage: The Cultural Wars and the Lessons of Legal History. *Family Law Quarterly* 38(2): 427-447.

strumento attraverso il quale lo Stato impone un particolare *ethos* di vita.²¹ Il matrimonio non produrrebbe infatti soltanto conseguenze giuridiche tangibili (come ad esempio i benefici di carattere giuridico), ma anche benefici di tipo immateriale.²² Tra i principali benefici immateriali, vi sarebbe il beneplacito dello stato – una sorta di approvazione esplicita – del tipo di relazione in questione. Secondo la nota filosofa Martha Nussbaum

La dimensione simbolico-immateriale del matrimonio solleva due questioni distinte. In primo luogo, partendo dal presupposto che la concessione di una licenza di matrimonio esprima un tipo di approvazione pubblica, lo Stato dovrebbe poter esprimere il proprio favore per alcune unioni piuttosto che altre o conferire loro dignità? In altre parole, esiste una ragione valida per cui lo Stato si occupi di matrimonio piuttosto che di unioni civili?²³

Ulteriore esempio in tal senso è il manifesto apparso, nel 2006, sul sito web beyondmarriage.org.²⁴ Attraverso il manifesto per l'abolizione del matrimonio, rinomati studiosi statunitensi, attivisti, artisti, scrittori, avvocati e giornalisti, adottando una posizione c.d. pluralista-radical, avanzavano una nuova "visione strategica per tutte le nostre famiglie e relazioni" che in sostanza comportava l'abolizione del matrimonio civile. A parere dei promotori, le unioni matrimoniali non avrebbero più dovuto essere privilegiate, sia dal punto di vista giuridico che dal punto di vista economico, rispetto ad altre relazioni interpersonali di carattere familiare. L'elenco di relazioni affettive meritevoli di tutela, ad oggi invisibili agli occhi del legislatore, include infatti tutta una gamma di relazioni che si spingono al di là del ben noto modello della coppia coniugale. Tra queste rientrerebbero unioni di mutuo aiuto di persone in età avanzata, figli adulti che vivono con i genitori e si prendono cura di loro, famiglie intergenerazionali con nonni che si prendono cura dei nipoti, famiglie poliamorose, allargate, monoparentali, ecc.

L'idea di abolire il matrimonio cominciò poi ad avere risonanza altrove, e in particolare all'interno di circoli liberali. Pensatori del calibro di David

²¹ V., es., Brake, Elizabeth, 2012. *Minimizing Marriage: Marriage, Morality, and the Law (Studies in Feminist Philosophy)*, 135-139. New York: OUP; Metz, Tamara, 2010. *Untying the Knot: Marriage, the State, and the Case for Their Divorce*. Princeton, NJ: Princeton University Press; Estlund, David M. and Nussbaum, Martha C., eds., 1997. *Sex, Preference, and Family: Essays on Law and Nature*. New York: OUP.

²² Shakargy, Sharon, 2021. Plus One: Who Decides Who is One's Significant Other? *International Journal of Law, Policy and The Family* 35(1): 2-8.

²³ Nussbaum, Martha C., 2010. A Right to Marry? *California Law Review* 98: 667-696, 671-672.

²⁴ Il sito web www.beyondmarriage.org non è più disponibile.

Friedman²⁵, Cass Sunstein e David Boaz²⁶, appartenenti alla corrente del “libertarianismo” – una filosofia politica tesa a massimizzare la libertà e autonomia personale – cominciarono ad accarezzare l’idea ponendola in termini di “privatizzazione” del matrimonio. In tali circoli, una proposta ricorrente mirerebbe a trasformare il matrimonio in un contratto di diritto privato in tutto simile agli altri contratti di diritto privato. Attraverso un simile contratto, le parti disciplinerebbero tutti gli aspetti rilevanti della loro relazione, quale il regime applicabile per la suddivisione dei beni, la ripartizione dell’onere fiscale, le conseguenze giuridiche in caso di divorzio, ecc. La proposta di Sunstein e Thaler, formulata nel volume *Nudge*²⁷, in armonia con i capisaldi della filosofia politica libertaria, si prefigge l’obiettivo di proteggere la libertà individuale e religiosa. In base alla proposta formulata, due persone, indipendentemente dal genere e dal tipo di relazione tra essi intercorrente, sarebbero in grado di creare un’unione giuridicamente rilevante stipulando un “domestic partnership agreement”.²⁸ Le organizzazioni religiose e private sarebbero poi per parte loro libere di officiare matrimoni secondo proprie regole e condizioni. Lo Stato, per contro, si limiterebbe a consentire la creazione di accordi privati e fornirebbe regole specifiche applicabili di default nel caso in cui le parti non abbiano regolato aspetti specifici della loro relazione, quale ad esempio il regime patrimoniale applicabile²⁹.

Un recente “colpo di scena”, se si vuole, riguarda l’appropriazione (indebita) della causa dell’abolizione del matrimonio da parte di movimenti ultra-conservatori e parlamenti statali situati in roccaforti conservatrici quali il Missouri, l’Oklahoma e l’Alabama³⁰. Il riferimento è alle proposte di legge presentate nei parlamenti di questi Stati, con cui si è cercato di abolire la procedura relativa al rilascio delle licenze di matrimonio, sostituendo tali licenze con dichiarazioni giurate ovvero con unioni civili in cui il genere delle

²⁵ Friedman, David, 2013. Gay Marriage: Both Sides are Wrong. *Ideas blog*, 12 settembre 2013, <http://davidfriedman.blogspot.it/2005/12/gay-marriage-both-sides-are-wrong.html> (ultimo accesso: 2 agosto 2022).

²⁶ Boaz, David, 2013. Privatize Marriage. A simple solution to the gay-marriage debate. *Slate*, 25 aprile 1997, www.slate.com/articles/briefing/articles/1997/04/privatize_marriage.html (ultimo accesso: 6 agosto 2022).

²⁷ Thaler, Richard and Sunstein, Cass, 2009. *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*. London: Penguin.

²⁸ *Ibid.*, p. 111.

²⁹ Un nudge è infatti una regola predefinita che le parti non sono tenute a seguire, ma che esercita una sorta di forza attrattiva tale che il soggetto finirà probabilmente col seguirla.

³⁰ Palazzo, Nausica, 2018. The Strange Pairing: Building Alliances Between Queer Activists and Conservative Groups to Recognize New Families 25(2): 161-237, 210-215 [The Strange Pairing]; ead., 2022. Queer and Religious Convergences Around Non-Conjugal Couples: ‘What Could Possibly Go Wrong?’. In *Queer and Religious Alliances in Family Law Politics and Beyond*, eds. Palazzo, Nausica and Redding, Jeffrey A. New York: Anthem Press, 2022.

parti non rileva³¹. Sebbene l'obiettivo delle riforme sia stato variamente articolato in termini liberali, ponendo l'accento sul principio di autonomia e la libertà di religione, si è trattato di semplici espedienti creativi per impedire la celebrazione di matrimoni *same-sex*, all'indomani della sentenza *Obergefell*³² che tale celebrazione rendeva obbligatoria a livello federale.

Pertanto, nel riferirsi al “dibattito sull'abolizione del matrimonio”, ci si riferisce in realtà un dibattito composito, in cui voci provenienti da schieramenti assai diversi hanno cercato di perseguire obiettivi assai eterogenei. I conservatori avrebbero puntato ad aggirare l'obbligo di officiare matrimoni tra persone dello stesso sesso. I teorici femministi e queer avrebbero tentato di trovare una soluzione ai danni simbolici e materiali inferti dal mancato riconoscimento giuridico delle relazioni familiari non tradizionali. Pensatori di tradizione libertaria avrebbero inteso infine “privatizzare” l'istituto matrimoniale per meglio tutelare le libertà individuali. Ciò che in ultimo accomunava tali correnti assai diverse di pensiero era dunque l'idea che il matrimonio civile potesse e dovesse essere rimpiazzato da altri strumenti giuridici.

3. Le ricadute costituzionali dell'abolizione del matrimonio

In parallelo al dibattito teorico circa la necessità e desiderabilità dell'abolizione del matrimonio si è sviluppato un filone di ricerca con cui si è indagata la compatibilità costituzionale dell'abolizione (in verità, deregolamentazione) dell'istituto. Prima che la sentenza *Obergefell* articolasse esplicitamente un diritto fondamentale al matrimonio ai sensi della Costituzione – ancorando saldamente l'istituto del matrimonio civile nella Costituzione federale – vi erano margini (sebbene ridotti) per sostenere la compatibilità a Costituzione di una tale riforma. I confini del diritto costituzionale al matrimonio parevano essere, infatti, poco chiari o quantomeno ambigui, per le ragioni che qui si diranno.

Non era chiaro, ad esempio, se tale diritto discendesse dal principio di uguaglianza (*Equal Protection*) ovvero dal principio del giusto processo (*Substantive Due Process*). Nel corso dei decenni, entrambe le “egide” erano state invocate. Un primo gruppo di decisioni giurisprudenziali assai note davano, ad esempio, sostegno alla tesi che intendeva ricondurre il diritto al matrimonio nell'ambito del principio di uguaglianza e non discriminazione. Tra tali decisioni rientrano *Loving c. Virginia*, con cui si dichiarava l'incostituzionalità del divieto di matrimonio interrazziale³³, *Zablocki c. Redhail*, con cui si dichiarava l'incostituzionalità del divieto di matrimonio

³¹ Palazzo, *The Strange Pairing*, *op. cit.*, 211; Dorf, Michael C., 2018. Does the Constitution Permit a State to Abolish Marriage?, *Verdict*, Mar. 21, 2018, <https://verdict.justia.com/2018/03/21/constitution-permit-state-abolish-marriage> (ultimo accesso: 2 agosto 2022).

³² Palazzo, *The Strange Pairing*, *op. cit.*, pp. 210-215.

³³ Stati Uniti, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

per i genitori incapaci di far fronte agli obblighi di mantenimento dei figli³⁴ e, infine, le decisioni dei tribunali statali sancenti il diritto costituzionale al matrimonio tra persone dello stesso sesso – prima di *Obergefell*³⁵. Un secondo filone giurisprudenziale inquadrava il diritto al matrimonio quale diritto fondamentale implicito ai sensi del Quattordicesimo Emendamento,³⁶ adottando, tuttavia, giustificazioni “composite” imperniate tanto sull'*Equal Protection clause* che sul *Due Process*, come farà la Corte Suprema più tardi in *Obergefell*³⁷. Il principio di uguaglianza, anche in questi casi, ha dunque continuato a plasmare e fornire un importante appiglio normativo per la giurisprudenza costituzionale in tema di matrimonio.

A ciò si aggiunga che la natura stessa del “diritto al matrimonio” sembrava essere ambivalente, non solo il suo fondamento giuridico. In prima battuta, tale diritto parrebbe essere riconducibile alle libertà negative, nella misura in cui richiede che lo Stato non intervenga nell’ambito della formazione e dello sviluppo dei legami affettivi. Tuttavia, tale lettura non sembra essere pienamente soddisfacente. Esso parrebbe distinguersi dalle tipiche libertà negative in ambito familiare che la Corte Suprema ha enunciato nel corso degli anni: il riferimento è qui in particolare alla ricca giurisprudenza in tema di diritto alla *privacy*, diritto atto a proteggere le decisioni afferenti alla sfera personale e familiare, incluse le decisioni intorno alla riproduzione, contraccezione o educazione dei figli³⁸. In altre parole, il diritto al matrimonio non può essere interpretato semplicemente come una richiesta di non intervento da parte dello Stato. Esso sembrerebbe richiedere un *quid pluris*. In primo luogo, richiede la creazione dello stato civile ad esso connesso, che non esisterebbe senza l’intervento dello Stato³⁹. In secondo luogo, richiederebbe che tale stato civile sia accompagnato da una serie di diritti, obblighi e benefici giuridici, ossia sia riempito di contenuto. Questo inquadramento teorico-concettuale è stato “sfruttato” proprio per sostenere la tesi della desiderabilità e compatibilità costituzionale dell’abolizione, sostenendo che il governo non abbia alcun dovere di continuare a garantire il matrimonio civile, così come non ha il dovere di

³⁴ Stati Uniti, *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384, 386 (1978).

³⁵ Ad esempio, Connecticut (USA), *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 432-481 (Conn. 2008); California (USA), *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 442-44, 446-52 (Cal. 2008); New Jersey (USA), *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196, 217-21 (N.J. 2006); Vermont (USA), *Baker v. State*, 744 A.2d 864, 884-86 (Vt. 1999).

³⁶ Cain, *op. cit.*, p. 31.

³⁷ *Si veda, ad esempio*, *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. a 386 (ritenendo che sarebbe contraddittorio "riconoscere un diritto alla privacy rispetto ad altre questioni della vita familiare e non rispetto alla decisione di intraprendere la relazione che è il fondamento della famiglia nella nostra società") (traduzione dell'Autrice).

³⁸ Tebbe, Nelson e Widiss, Debora A., 2010. Parità di accesso al diritto di sposarsi. *University of Pennsylvania Law Review* 158: 1378.

³⁹ Stati Uniti, *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941, 954 (Mass. 2003) (secondo cui "ci sono tre partner in ogni matrimonio civile: due coniugi consenzienti e uno Stato che approva").

riconoscere diritti positivi richiedenti prestazioni da parte dello Stato ai sensi della giurisprudenza consolidata della Corte suprema.

A complicare ulteriormente il quadro è poi l'intervento di alcuni esponenti della dottrina con cui si inquadrava il diritto costituzionale al matrimonio come (mero) diritto di accesso in condizioni di equità. Martha Nussbaum, ad esempio, proponeva una “concezione minimalista” del diritto al matrimonio, secondo la quale *una volta che* lo Stato ha riconnesso un pacchetto di benefici materiali e immateriali all'istituto matrimoniale, non potrebbe poi semplicemente negarli su basi discriminatorie⁴⁰. In senso analogo, Nelson Tebbe e Deborah Widiss sostenevano che, in assenza di intento discriminatorio, l'abolizione non si porrebbe in contrasto con la Costituzione “fintanto che [lo Stato] neghi l'accesso al matrimonio a tutti”⁴¹. Cass Sunstein ha parimenti sostenuto che il diritto deve essere inquadrato quale semplice “diritto individuale di accesso all'istituzione del matrimonio fintanto che lo Stato decide di riconoscerla”⁴². In sintesi, la tesi del mero diritto di accesso in condizioni di equità non richiede che lo Stato sancisca ufficialmente il matrimonio. Né impedisce allo Stato di smantellare l'attuale apparato amministrativo che lo circonda. Richiede semplicemente che il governo gestisca il tutto in modo “equo”⁴³, confacendosi ai dettami del principio di non discriminazione.

Obergefell sembra ora mettere al riparo il matrimonio dalla deregolamentazione, sebbene *Obergefell* stesso non sia ora al riparo da un *overruling* della Corte Suprema. Il matrimonio esce assai rafforzato dalla sentenza *Obergefell*, descritto com'è in termini libertà da riconnettere agli istinti più profondi degli uomini⁴⁴. Ben lontana dall'essere un'istituzione contingente, essa gode piuttosto di una posizione centrale tra quelle libertà fundamentalissime individuate dalla Corte. Di conseguenza, dopo la sentenza *Obergefell*, le tesi abolizioniste sono divenute più difficili da sostenere e il vivo del dibattito si è gradualmente ma inesorabilmente sopito.

4. Abolire il matrimonio in Europa? La non esportabilità del dibattito statunitense

I paragrafi precedenti dimostrano come voci appartenenti a correnti politiche e scuole di pensiero assai diverse abbiano fatto perno su una serie di ambiguità della giurisprudenza costituzionale per sostenere la tesi abolizionista. Volgendo lo sguardo all'Europa, ci si può chiedere se un

⁴⁰ Nussbaum, op. cit., p. 688.

⁴¹ Tebbe & Widiss, op. cit., p. 1406 (enfasi omessa).

⁴² Sunstein, Cass, 2004. The Right to Marry. *Cardozo Law Review* 26: 2081-2120, 2096 (enfasi omessa) (traduzione dell'Autrice).

⁴³ Tebbe & Widiss, op. cit., p. 1414.

⁴⁴ Holmes, Oliver Wendell, Jr, 1897. The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10(8): 457-478, 477.

dibattito simile abbia mai preso piede. Si tratta in effetti di una tesi affascinante e di un tema che merita senz'altro contemplazione critica, sebbene, in quanto “esperanto” delle relazioni famigliari, l'esistenza del matrimonio civile pare darsi per scontata. La risposta è relativamente semplice: non si registrano dibattiti in tema di abolizione/deregolamentazione del matrimonio, quantomeno in ambito giuridico. Voci isolate provenienti dalla società civile hanno avanzato proposte in tal senso. In Francia, ad esempio, un gruppo anarchico con sede a Lille⁴⁵, e un blogger seguace del pensiero libertario – facendo eco alla proposta dei ricercatori del Cato Institute statunitense – discutono della desiderabilità di una simile riforma⁴⁶. Eppure, una rondine, come noto, non fa primavera. La mancanza di un dibattito accademico in tema è significativo, ad avviso di chi scrive, perché, come spesso accade, le omissioni sono più eloquenti delle azioni. L'assenza del dibattito riflette una diversa concezione pubblicistica del matrimonio e della famiglia nei due contesti e lascia intravedere un *cleavage* che separa la cultura costituzionale europea e da quella degli Stati Uniti. Volendone tracciare le linee essenziali, è possibile mettere in luce una serie di differenze.

La prima riguarda l'interesse mostrato dalla maggior parte delle costituzioni europee a disciplinare la famiglia e il matrimonio⁴⁷ – ciò a differenza della costituzione statunitense. In Europa, si assiste a una iper-costituzionalizzazione della famiglia⁴⁸, pur nella varietà di approcci attraverso i quali la famiglia fa il suo ingresso in costituzione⁴⁹. Tali approcci si possono categorizzare delineando tre modelli principali: il primo comprende quei Paesi ove si omette qualsiasi riferimento alla famiglia in costituzione, il secondo include quei Paesi che riconoscono le famiglie quali destinatarie di speciale attenzione da parte dello Stato e degne di protezione sociale, e infine un terzo modello radunerebbe costituzioni che ergono la

⁴⁵ <http://lille.cybertaria.org/spip.php?article2257> (ultimo accesso: 4 agosto 2022).

⁴⁶ Delhommais, Pierre-Antoine, 2013. Et si on privatisait le mariage? *Le Point*, 10 gennaio 2013, www.lepoint.fr/editos-du-point/pierre-antoine-delhommais/et-si-on-privatisait-le-mariage-10-01-2013-1611845_493.php (ultimo accesso: 4 agosto 2022).

⁴⁷ Ciò avviene adottando una concezione di famiglia sempre meno di stampo utilitarista e sempre più imperniata sull'affectio delle parti. V. M. D'Amico, I diritti contesi, Milano 2008, 87; G. Brunelli, Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire, in *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, a cura di C. Mancina e M. Ricciardi, Donzelli 2012, 69-74; G. Cerrina Ferroni – T.E. Frosini, Presentazione alla Sezione monografica La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo, in DPCE 2010, 392.

⁴⁸ Pérez Serrano, Nicolás, 1984. *Tratado de Derecho Político*, 2 ed., 687. Madrid: Civitas. See Villabella-Armengol, Carlos Manuel, 2016. *Constitución y familia. Un estudio comparado*. *Díkaion* 25(1): 100-31; Palazzo, Nausica, 2021. *Legal Recognition of Non-Conjugal Families: New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe*. Oxford: Hart Publishing, 139.

⁴⁹ Millard, Eric, 2005. Il diritto costituzionale della famiglia. In *Code civil et constitution*, Verpeaux. Michel, 66-67. Parigi: Economica.

famiglia a pilastro della nazione⁵⁰. Pur nella varietà di approcci, come si diceva, si registra un interesse evidente nei confronti della famiglia quale oggetto di regolamentazione costituzionale. Registrandosi talora approcci ibridi e non chiaramente categorizzabili, la scelta è stata quella di disporli lungo un *continuum* che si estende da un grado minore a un grado maggiore di costituzionalizzazione, nei termini di cui ora si dirà⁵¹.

I Paesi Bassi e la Danimarca sono gli unici due Paesi che non menzionano esplicitamente il matrimonio o la famiglia in costituzione, sebbene la prima adotti un approccio monista alla ricezione del diritto internazionale e applichi direttamente gli obblighi discendenti dai trattati internazionali in materia di famiglia⁵². Il secondo gruppo di Stati raduna le costituzioni di Austria e Svezia, ove ci si limita a delineare il riparto di competenze in materia di diritto famiglia, come ad esempio accade anche in Canada. Tuttavia, si tratta di eccezioni alla regola (dell'iper-costituzionalizzazione in Europa della famiglia).

Un terzo gruppo, composto da quindici Stati, si preoccupa di tutelare la c.d. privacy familiare, ossia una sfera privata di affetti e relazioni libera da interferenze indebite da parte dello Stato o di terzi. Si tratta, tuttavia, di ordinamenti che non si limitano a tutelare il diritto alla privacy familiare, ma includono altresì una serie di disposizioni ulteriori che regolano le condizioni sostanziali o procedurali per contrarre matrimonio e/o di disposizioni che conferiscono una “protezione speciale” alla famiglia⁵³. Quanto alle disposizioni di carattere procedurale, queste stabiliscono che il matrimonio civile debba precedere il matrimonio religioso⁵⁴, l'ammissibilità del solo matrimonio civile⁵⁵, la necessità di una riserva di legge in materia questioni riguardanti il matrimonio⁵⁶, o ancora disposizioni in materia di divorzio, separazione e successione⁵⁷. Un ulteriore gruppo comprende quei Paesi che si preoccupano di definire i requisiti sostanziali per contrarre matrimonio e determinare la validità del consenso delle parti⁵⁸. Alcune costituzioni definiscono il matrimonio quale unione di due persone che prescinde dal sesso delle parti; altre, invece, per lo più situate nell'Europa

⁵⁰ Marella, Maria Rosaria e Marini, Giovanni, 2014. *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, 56-57. Bari: Editori Laterza.

⁵¹ Palazzo, op. cit., p. 133-42, tabella 5.1.

⁵² *Ibid.* a 134, figura 5.1.

⁵³ *Ibid.* a 139.

⁵⁴ Costituzione del Belgio, Art. 21; Costituzione del Lussemburgo, art. 21; Costituzione della Romania, art. 48, par. 2.

⁵⁵ Costituzione della Bulgaria, art. 46, par. 1; Costituzione della Slovenia, art. 53.

⁵⁶ Costituzione della Slovenia, Art. 53 (includente nell'elenco delle materie coperte da riserva di legge anche la regolamentazione delle unioni extraconiugali); Costituzione della Spagna, art. 32; Costituzione della Croazia, art. 61 (includente nell'elenco delle materie coperte da riserva di legge anche la regolamentazione delle unioni extraconiugali).

⁵⁷ *Es.*, v. Costituzione dell'Irlanda, art. 4, comma 1. 4, par. 3.

⁵⁸ *Es.*, v. Costituzione di Cipro, art. 22 (una persona in età nubile è libera di sposarsi e di fondare una famiglia).

centrale e orientale, descrivono il matrimonio come un'unione tra un uomo e una donna⁵⁹. Le costituzioni di Bulgaria, Italia, Lituania, Malta, Polonia, Portogallo, Romania e Slovenia adottano un approccio ancora più "audace" e si spingono a definire il ruolo dei coniugi all'interno del matrimonio. Sebbene in genere tendano a sancire l'uguaglianza dei coniugi, la Costituzione italiana presenta la nota peculiarità in base alla quale l'uguaglianza "morale e giuridica" dei coniugi incontra il limite dell'"unità familiare"⁶⁰.

Un folto gruppo di quattordici Stati garantisce una "protezione speciale" alle formazioni familiari o al matrimonio⁶¹. Trattasi di gruppo eterogeneo che racchiude al proprio interno tanto disposizioni che riconoscono la necessità una protezione speciale da parte dello Stato e della società⁶², quanto disposizioni che proteggono la genitorialità⁶³, o il matrimonio⁶⁴. Adottando un approccio più radicale, alcune costituzioni – non si limitano a riconoscere una protezione speciale bensì – inquadrano la

⁵⁹ Questi Paesi sono Bulgaria, Croazia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia e Slovacchia. L'Ungheria e la Croazia consentono tuttavia le unioni registrate tra persone dello stesso sesso.

⁶⁰ Costituzione italiana, art. 29 ("La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge e garanzia dell'unità familiare."). Secondo una prima interpretazione, tale limite avrebbe dovuto tutelare "l'unità esterna dell'organismo familiare, attribuendo ad esempio ad uno solo dei due coniugi il potere di dichiarare la volontà della "famiglia", formatasi collegialmente all'interno dell'organismo col concorso paritario di entrambi i coniugi, e questo per un'esigenza di certezza a tutela dell'affidamento di terzi". C. Mirabelli, Uguaglianza dei coniugi, unità della famiglia e art. 145 cod. civ., in *Giur. cost.* 1966, II, 784. E tuttavia, come ribadito dalla Corte a più riprese, il limite dell'unità familiare, "rivestendo carattere di eccezione al principio generale che l'articolo stesso formula, della piena eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, dov'essere interpretato restrittivamente" (già dalla sentenza n. 64 del 1961). Come ben descrive Francesca Biondi, il potenziale conflitto è stato ricomposto e sdrammatizzato dalla Corte: "più volte la Corte ha sottolineato come raramente i due principi, quello della parità e quello dell'unità, si pongano in conflitto e come, al contrario, l'uguaglianza dei coniugi costituisca un presupposto per il mantenimento dell'unità familiare (si veda, in questo senso, già la decisione in cui fu dichiarato incostituzionale il reato di adulterio). In tal modo, essa ha fortemente ridimensionato il problema della composizione della regola con la sua eccezione". F. Biondi, *Famiglia e matrimonio: Quale modello costituzionale*, in Gruppo di Pisa, n. 2, 2013, 19.

⁶¹ Questi Paesi sono Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Germania, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Polonia, Portogallo, Slovacchia e Spagna. L'ideologia alla base di questa protezione speciale è diversa. Come giustamente sottolineato da Maria Rosaria Marella e Giovanni Marini, se alcuni di questi Paesi si limitano a riconoscere le famiglie come meritevoli di protezione sociale e assistenziale, altri conferiscono una protezione speciale alla luce del fatto che la famiglia è un pilastro della nazione e che questa centralità della famiglia è fortemente radicata nella tradizione giuridica e culturale. Marella & Marini, *op. cit.*, p. 57.

⁶² *Es.*, Costituzione della Bulgaria, Art. 14.

⁶³ *Es.*, Carta ceca dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali, art. 32, par. 32, par. 1; Costituzione della Polonia, Art. 18.

⁶⁴ *Es.*, Legge fondamentale tedesca, art. 6.

famiglia quale “pietra angolare della nazione”⁶⁵, nucleo essenziale per la sopravvivenza della nazione⁶⁶, “base necessaria dell’ordine sociale e indispensabile al benessere della nazione e dello Stato”⁶⁷, elemento fondamentale della società⁶⁸, o “fondamento di una società coesa”⁶⁹. Altri Paesi ancora inquadrano la famiglia come istituzione antecedente allo Stato in quanto società “naturale”, creando non poche controversie interpretative attorno al concetto di naturalità⁷⁰.

Questa sorta di iper-costituzionalizzazione della famiglia rinvenibile nel contesto europeo è ben coerente con la fase del costituzionalismo cui appartengono le costituzioni europee, diffuse all’indomani del consolidamento delle democrazie pluraliste e dello Stato sociale. La tradizione costituzionale dell’Europa continentale, come nota Cesare Pinelli, promuove una visione olistica della società, nella misura in cui i documenti costituzionali aspirano a regolare la società nel suo complesso⁷¹. Le costituzioni sono strutturate in modo tale da guidare e accompagnare il cambiamento sociale. Tale visione è in parte legata all’influenza esercitata dalla corrente filosofica del neocostituzionalismo⁷²: la costituzione assurge a documento onnisciente, nel senso che non v’è domanda che non trovi una risposta o per lo meno un orientamento in costituzione⁷³. A differenza degli Stati Uniti, gli ordinamenti costituzionali europei *non* adottano una visione neutrale della società⁷⁴:

⁶⁵ Costituzione greca, art. 21.

⁶⁶ Costituzione ungherese, art. L.

⁶⁷ Costituzione irlandese, art. 41, par. 2.

⁶⁸ Costituzione del Portogallo, art. 67.

⁶⁹ Preambolo della Costituzione della Lettonia.

⁷⁰ Costituzione irlandese, art. 41, par. 1; Costituzione dell’Italia, Art. 29; Costituzione del Lussemburgo, art. 11. Su come questo inquadramento sia stato interpretato nel senso di non ossificare la famiglia ma di accoglierne l’evoluzione alla luce dei nuovi sviluppi sociali si veda Rodotà, Stefano, 1975. La riforma del diritto di famiglia alla prova. *Politica del diritto* n. 5-6: 661-683; Pinelli, Cesare, 2008. Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale. *Diritto Pubblico*, 703 ss.

⁷¹ Pinelli, Cesare, 2011. La combinazione di costituzionalismo negativo e positivo in Europa. *European Journal of Law Reform* 13: 31, 37. Per quanto riguarda l’attitudine delle costituzioni dell’Europa continentale a produrre effetti orizzontali, si veda Kumm, Mathias, 2016. Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*, 7: 341, 344. Per quanto riguarda il dibattito nel diritto costituzionale comparato sul fatto che le costituzioni e in particolare i diritti individuali debbano essere in grado di produrre effetti orizzontali, si veda Garbbaum, Stephen, 2003. The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights. *Michigan Law Review* 102(3): 387-459.

⁷² Sui compositi obiettivi della filosofia giuridica del neocostituzionalismo, si veda Pino, Giorgio, 2011. Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici. *Giurisprudenza costituzionale* 56: 965-997.

⁷³ Prieto Sanchis, Luis, 2009. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En *Neoconstitucionalismo(s)*, coord., Carbonell Sánchez, Miguel, 216. Madrid: Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

⁷⁴ Per quanto riguarda la differenza tra la nozione di Stato di diritto di common law e la nozione tedesca di *Rechtstaat* (che ha il suo equivalente in altre giurisdizioni europee continentali) si veda Kommers, Donald P., 1997. *The Constitutional Jurisprudence of the*

Secondo questa tradizione, lo Stato non è concepito come un semplice aggregato di individui che vivono in un determinato territorio e ne coordinano le attività, ma come un'unione di persone che condividono un comune sistema di valori e cercano di promuovere tali valori (citazione omessa)⁷⁵.

Conseguenza dell'adozione da parte dei Paesi continentali europei di tale "comune sistema di valori" è la marcata e conseguente attenzione nei confronti del tema dei diritti sociali. Tali costituzioni vanno oltre la semplice non ingerenza, assumendo una serie di doveri nei confronti dei cittadini volti a combattere le disuguaglianze sociali. L'elemento sociale si fa dunque strada nei documenti costituzionali nel XX secolo, non sostituendone l'impianto liberale, ma a completamento di quest'ultimo. Consci del fatto che l'uguaglianza formale di matrice liberale si applicava a condizioni diseguali, impedendo di portare a compimento il principio di uguaglianza⁷⁶, e in conseguenza del "venir meno della fiducia nella capacità di autoregolazione della società"⁷⁷, i costituenti del XX secolo fanno sì che i diritti sociali ed economici vadano ad aggiungersi ai precedenti diritti di matrice liberale.

Le caratteristiche peculiare del modello americano contribuiscono a spiegare perché il dibattito sull'abolizione del matrimonio civile abbia al contrario preso piede negli Stati Uniti. In primo luogo, a differenza della quasi totalità degli ordinamenti europei, ove si adotta quello che alcuni studiosi hanno definito modello familiare "comunitario"⁷⁸, gli Stati Uniti adottano un modello individualistico imperniato sulla *privacy* (familiare)⁷⁹. Quest'ultimo si occupa principalmente di proteggere i componenti della famiglia da indebite intrusioni dello Stato nella vita familiare, anche nei casi in cui tale intrusione si traduca in una regolamentazione eccessiva o

Federal Republic of Germany, 2° edizione, 36. Durham: Duke University Press (che spiega come il *Rechtstaat*, a differenza del *rule of law*, cerchi di integrare Stato e società).

⁷⁵ Cohen-Eliya, Moshe and Porat, Iddo, 2013. *Proportionality and Constitutional Culture*, 45. Cambridge: CUP (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

⁷⁶ Cohen-Eliya, Moshe e Porat, Iddo, 2013. *Proporzionalità e cultura costituzionale*, 45. Cambridge: CUP.

⁷⁷ Grimm, Dieter, 2012. Tipi di costituzioni. In Michel Rosenfeld e Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 125. Oxford: Oxford University Press (Grimm chiama questo tipo di costituzione "costituzione sociale o dello Stato sociale").

⁷⁸ *Ibidem*, 127.

⁷⁹ Marella & Marini, op. cit., pp. 62-69. Gli Autori dimostrano come il modello si sia evoluto verso un modello più individualista attraverso la giurisprudenza più progressista delle corti costituzionali.

⁷⁹ La Francia è la giurisdizione che potrebbe costituire un'eccezione a questo proposito, in quanto ha adottato tradizionalmente un modello di *privacy* familiare. Boulouis, "Famille et droit constitutionnel" in *Études offertes à Pierre Kaiser*, vol. 1 (Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979) 149.

arbitraria della sfera familiare⁸⁰. Tale modello è intrinsecamente e marcatamente individualista mettendo a fuoco e interessandosi alla posizione dell'individuo e mai della relazione coniugale in quanto tale, come emerge dalla nota affermazione della Corte Suprema secondo la quale “la famiglia non è un'entità indipendente con un cuore e una mente propri”⁸¹.

Le origini della Costituzione degli Stati Uniti, e in particolare l'emersione della Costituzione durante il ciclo costituzionale liberale, concorre a spiegare il perché sia la protezione della sfera privata di una serie di questioni familiari il fulcro della disciplina costituzionale. La rivoluzione americana (al pari di quella francese), in armonia con le teorie contrattualistiche che ne ispirarono la genesi e la successiva razionalizzazione tramite fonti costituzionali e legislative, promuoveva una visione dello Stato quale Stato minimo, con compiti limitati alla protezione delle libertà individuali e della capacità di autoregolazione della società⁸². Un'importante eredità di questa fase del costituzionalismo – ereditata dal costituzionalismo americano – fa sì che la cultura costituzionale statunitense risulti essere fortemente connotata da ciò che Iddo Porat e Moshe Cohen-Eliya definiscono una concezione dello Stato imperniata sul “sospetto”⁸³. In base a tale concezione, la preoccupazione principale del costituente e di coloro che si trovano ad applicare la costituzione è quella di proteggere gli individui dalle intrusioni dello Stato. Ciò spiegherebbe altresì la centralità delle libertà negative e l'attaccamento della Corte Suprema a quest'ultime – ben racchiuso nella nota definizione della Costituzione americana quale “carta delle libertà negative, non già positive”⁸⁴. Ciò aiuterebbe a spiegare anche la radicata riluttanza del formante dottrinale e giurisprudenziale a sostenere che i diritti positivi, ossia quei diritti che implicano prestazioni da parte dello Stato al fine di garantirne il pieno godimento, siano rinvenibili in Costituzione.

La concezione imperniata sul sospetto descritta da Porat e Cohen-Eliya ben si inserisce in un contesto culturale individualista in cui l'individuo si erge a punto di riferimento assiologico. La libertà individuale si colloca al di sopra della solidarietà sociale e prevale un generale scetticismo nei confronti di obiettivi che non siano determinati dagli individui stessi⁸⁵.

⁸⁰ Il modello di privacy familiare si è evoluto fino a raggiungere il paradosso per cui esso giustifica in realtà un controllo più penetrante da parte dello Stato per proteggere le scelte intime. Marella & Marini, op. cit., pp. 74-75.

⁸¹ Eisenstadt v. Baird, 405 US 438.

⁸² Grimm, op. cit., p. 117.

⁸³ Cohen-Eliya & Porat, op. cit., pp. 52-53.

⁸⁴ Stati Uniti, Jackson v. City of Juliet, 715 F 2d 1200 (7th Cir.), cert. denied, 465 US 1049 (1983) 1203-4 (riferendosi alla Costituzione americana come a una "charter of negative rather than positive liberties"); si veda anche Tribe, Laurence, 1988. *American Constitutional Law*, 2° edizione, 998. La Habra, CA: Foundations Publishing.

⁸⁵ Cohen-Eliya & Porat, pag. 67. Si veda anche Wahl, Jean, 1925. *The Pluralist Philosophies of England and America* (Fred Rothwell trans, Chicago: Open Court Publishing), 317-18.

L'enfasi che i pensatori queer e *libertarian* americani hanno posto sul matrimonio come debita imposizione di un sistema unico di valori e quale forma di discriminazione nei confronti di famiglie che non si conformano al modello familiare promosso dallo Stato è ben coerente, dunque, con la descritta concezione individualista.

5. Conclusione

Il presente scritto ha offerto una sintetica panoramica di alcune differenze che caratterizzano lo sviluppo del costituzionalismo nelle due aree geografiche statunitense ed europea. Lo sguardo del comparatista può aiutare a comprendere perché, a differenza del contesto europeo, gli Stati Uniti siano divenuti terreno fertile per i menzionati dibattiti intorno all'abolizione del matrimonio civile. Un contesto peculiare come quello degli Stati Uniti costituisce senz'altro un habitat naturale per sostenere non solo tesi abolizioniste, ma anche tesi assai più controverse secondo le quali la Costituzione non impedirebbe affatto l'abolizione del matrimonio civile in quanto non esisterebbe un diritto costituzionale al matrimonio, diritto fermamente sancito nella maggior parte dei documenti costituzionali europei. Dovrebbe parimenti spiegare perché simili dibattiti non abbiano trovato spazio in Europa: nonostante la giurisprudenza costituzionale abbia preso una piega più individualista anche in Europa, il matrimonio gode di solida egida costituzionale nella maggior parte dei Paesi europei. Le costituzioni, in tali contesti, aspirano a guidare la società, concependo il matrimonio quale strumento privilegiato per le finalità di carattere sociale ivi delineate. Ben si confà con una simile tradizione giuridico-costituzionale l'omissione da cui tale scritto prende le mosse, che in ultimo contribuisce a sostenere la tesi della non esportabilità del dibattito, affascinante ma per le ragioni addotte esotico, intorno alla tesi dell'abolizione del matrimonio civile.