

C. CAMARDI (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano. Atti del Convegno - Venezia Ca' Foscari, 11 – 13 novembre 2021*



UNIVERSITÀ CA' FOSCARI VENEZIA - DIPARTIMENTO DI ECONOMIA  
COLLANA DEL CENTRO STUDI GIURIDICI

19

NUOVA SERIE



**DIVORZIO E FAMIGLIE**  
**MEZZO SECOLO DI STORIA DEL DIRITTO ITALIANO**  
Atti del Convegno - Venezia Ca' Foscari  
11 - 13 novembre 2021

A cura di  
CARMELITA CAMARDI

 Wolters Kluwer

CEDAM

*Il presente volume è stato pubblicato con i fondi del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia.*

*Tutti i volumi pubblicati in questa collana, ad eccezione di quelli che raccolgono gli atti di convegni, sono sottoposti a referaggio anonimo in regime di c.d. "doppio cieco" da parte di non meno di due valutatori, secondo i più diffusi standard internazionali in materia di pubblicazioni scientifiche.*

*Le relative schede di valutazione sono conservate a cura dei responsabili della collana.*

---

Copyright 2022 Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Via dei Missaglia n. 97, Edificio B3, 20142 Milano

---

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)

---

*L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.*

Stampato da GECA s.r.l.  
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

ALESSANDRO LAURO

## RAPPORTI ETICO-SOCIALI, SOVRANITÀ POPOLARE E DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA: LE LEZIONI DEL REFERENDUM SUL DIVORZIO A QUARANT'ANNI DI DISTANZA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Referendum e rapporti etico-sociali: alcune premesse. – 3. Il referendum sul divorzio: due lezioni e un dubbio. – 4. La prima lezione: la costruzione delle maggioranze nella definizione delle opzioni etiche di un ordinamento. – 5. La seconda lezione: l'interpretazione del risultato referendario come “super-precedente”. – 6. Il dubbio: la fine dell’“omogeneità sociale” e la tutela dei fenomeni minoritari dinanzi all’istituto referendario.

### 1. Introduzione

Il 12 e 13 maggio 1974 si svolse in Italia il primo referendum abrogativo, a norma dell’art. 75 Cost., reso possibile dall’approvazione pochi anni prima della L. 25/05/1970, n. 352, disciplinante le consultazioni popolari previste dall’ordinamento costituzionale italiano. Di quello stesso anno era anche la legge che il comitato promotore si proponeva di abrogare, ovvero la L. 1/12/1970, n. 898 sulla “disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”, conosciuta anche come Legge Fortuna-Baslini.

In quel maggio 1974 si recarono alle urne l’87,72% degli aventi diritto e – con grande delusione, ma forse poca sorpresa, dei promotori – quasi il 60% di questi votò per il mantenimento del divorzio.

La vicenda che ha visto intrecciarsi in un “connubio fatale” istituto del divorzio ed esercizio diretto della sovranità popolare merita ancora oggi alcune riflessioni retrospettive, che questo contributo si propone di analizzare da un angolo visuale preciso: il rapporto fra democrazia rappresentativa e sovranità popolare nella definizione degli istituti giuridici incarnanti quei rapporti etico-sociali che la Costituzione italiana consacra ai suoi articoli 29 e seguenti.

La ricostruzione del contesto storico, politico ed istituzionale in

cui maturò la vicenda consentirà di sviluppare alcune osservazioni generali sul tempo presente, arricchite anche da alcuni riferimenti ad esperienze straniere che permettono di ampliare gli orizzonti della riflessione.

## 2. Referendum e rapporti etico-sociali: alcune premesse

L'attenzione del Costituente per i rapporti definiti "etico-sociali" si giustifica nella misura in cui si volevano proteggere i diritti essenziali della persona umana «nelle minori comunità naturali»<sup>1</sup> riconosciute come le prime formazioni sociali protette dall'art. 2 Cost. Fra tutte, spicca la famiglia considerata come «nucleo essenziale della società»<sup>2</sup>, primo «gradino» nell'ascensione dei singoli verso prospettive sociali più ampie<sup>3</sup> e posta dunque all'interno del sistema come «fondamentale ambiente e movente» di tali rapporti<sup>4</sup>. L'attitudine del Testo costituzionale italiano si inseriva in una tendenza delle Costituzioni del secondo Dopoguerra, interessate a proteggere il fondamento familiare sia in termini di sostentamento connaturato allo Stato sociale, sia come spazio di libertà da sottrarre all'influsso del potere pubblico, diversamente da quanto accaduto nei totalitarismi precedenti<sup>5</sup>.

La famiglia diviene oggetto del diritto costituzionale<sup>6</sup> e conseguentemente "cade" nelle sue dinamiche proprie, fra le quali l'identificazione degli organi che hanno il potere di normare determinati fenomeni.

Si rivela dunque necessario spiegare quale relazione esiste fra i

<sup>1</sup> Come afferma l'on. Umberto Tupini nella seduta del 05/03/1947.

<sup>2</sup> Ruini M., *Relazione al Progetto di Costituzione presentata all'Assemblea Costituente*, 06/02/1947.

<sup>3</sup> Mortati C., *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1963, p. 83 definisce le formazioni sociali come «gli scalini che, per gradi successivi, fanno ascendere a visuali sempre più ampie».

<sup>4</sup> Corte cost. n. 7/1967, Punto n. 3 del Cons. Dir.

<sup>5</sup> L'art. 10 del Preambolo della Costituzione francese del 1946 dichiara che «*la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*». L'art. 6 della *Grundgesetz* si apre con l'affermazione che «*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*», per poi dettare ulteriori garanzie a favore della famiglia, della filiazione e dei diritti genitoriali. L'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo consacra altresì un diritto alla vita familiare e al suo rispetto.

<sup>6</sup> Cfr. Marella M.R., Marini G., *Famille*, in Troper M., Chagnollaud D. (a cura di), *Traité international de droit constitutionnel*, III, Parigi, 2012, p. 480 ss.

“rapporti etico-sociali” e l’istituto referendario e perché è importante analizzarla.

È facile infatti osservare che nel testo della Costituzione non sono stati tracciati confini materiali fra il titolo II della Prima parte e l’art. 75 sul referendum abrogativo. In effetti, la *ratio* sottesa al secondo comma della disposizione costituzionale si radica in esigenze di carattere strutturale per il funzionamento dello Stato-ordinamento e dello Stato-apparato, esclusioni dunque avulse dalle dinamiche interne dello Stato-comunità. Come si evince facilmente dai dibattiti dell’Assemblea Costituente, la scelta delle materie identificate non era legata tanto alla possibile divergenza fra rappresentanti e rappresentati (anzi, talvolta considerata quasi “pacifica”), quanto agli effetti di questa che sarebbero risultati incompatibili con i principi fondamentali dell’ordinamento nella sua dimensione istituzionale<sup>7</sup>. Così, un referendum in materia tributaria e di bilancio avrebbe negato le esigenze dell’art. 81 Cost.; l’abrogazione popolare di una legge di autorizzazione alla ratifica di un trattato avrebbe sancito lo svilimento del principio internazionalista contenuto agli artt. 10 e 11 del Testo fondamentale aprendo a possibili forme di responsabilità dello Stato rispetto allo *ius gentium*; l’annullamento di una legge di amnistia avrebbe avuto l’illogica conseguenza di obbligare lo Stato a privare nuovamente della libertà coloro i quali avevano beneficiato del provvedimento di clemenza.

La preoccupazione circa il contenuto della disposizione abroganda era dunque limitata *ratione materiae*. Tuttavia, come è noto, la Corte costituzionale si è trovata a dover ampliare tali limiti, riconoscendo – fra vari altri casi – l’intangibilità da parte del legislatore popolare delle leggi ordinarie «aventi contenuto costituzionalmente vincolato»<sup>8</sup>.

E proprio in questo ambito, il giudice è ricorso ai principi consacrati nel titolo dei “rapporti etico-sociali” per bloccare alcune richieste referendarie che avrebbero direttamente attentato al cuore di norme costituzionali comprese in quell’elencazione<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> La sent. n. 16/1978, nella quale si consacrarono le varie categorie di leggi ritenute incompatibili con l’esercizio del referendum, osservò che «valgono infine le cause d’inammissibilità testualmente descritte nell’art. 75 cpv., che diversamente dalle altre sono state esplicitate dalla Costituzione, proprio perché esse rispondevano e rispondono a particolari scelte di politica istituzionale, anziché inerire alla stessa natura dell’istituto in questione» (Punto 3 Cons. Dir.)

<sup>8</sup> V. Pertici A., *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, p. 153 ss.

<sup>9</sup> La sent. n. 26/1981 dichiarò inammissibile una richiesta diretta ad abrogare interamente la L. n. 194/1978 sull’aborto, in maniera contraria all’art. 32 Cost. («la Corte

Dunque, in base a questa giurisprudenza alcuni capisaldi dei rapporti etico-sociali, pur se di consacrazione meramente legislativa, dovrebbero essere sottratti all'abrogazione referendaria (se non, addirittura, all'abrogazione *tout court*). Ma all'infuori del "nucleo duro" dei principi costituzionali – che non tollera la negazione da parte della norma inferiore – la gran parte delle discipline corrispondenti al concreto sviluppo delle norme fondamentali, e all'esercizio effettivo dei diritti che se ne fanno discendere, si muovono nell'alveo della discrezionalità legislativa e, di conseguenza, nell'ambito di operatività dell'istituto referendario.

Il che, peraltro, non può che rispondere all'essenza stessa dell'istituto, vale a dire l'associazione – parziale ed irregimentata – del corpo sociale all'elaborazione legislativa. Presentando un emendamento poi approvato dall'Assemblea Costituente per sopprimere il termine minimo di due anni di vigenza della legge prima della richiesta referendaria, l'on. Tito Oro Nobili dichiarò l'illogicità di un simile periodo per l'esercizio da parte del popolo del diritto di referendum «di fronte a leggi che meritino l'abrogazione, di fronte a leggi che non corrispondano alle necessità del Paese o che non siano aderenti, nel loro fondamento *etico* e *sociale*, al sentimento della grande maggioranza dei cittadini»<sup>10</sup>. Questa ripetizione dei due aggettivi che definiscono i rapporti del Titolo II (etico e sociale), per quanto possa considerarsi più o meno casuale, rappresenta una constatazione fondamentale: la materia dei rapporti etico-sociali potrebbe essere il dominio di elezione del referendum. Negli artt. 29 e ss. della Costituzione sono contenuti una serie di riferimenti a istituti e/o concetti del diritto delle persone (la famiglia, il matrimonio, la genitorialità e la filiazione) che sono intrinsecamente connessi alla visione che la collettività (chiamata a farsi "corpo elettorale") ha di sé stessa e delle regole più essenziali che pone a fondamento della sua esistenza sociale<sup>11</sup>, regole che interessano ogni componente del gruppo. E giova qui osservare una peculiarità dei rap-

---

è dell'avviso che quella necessità sussista, anche agli effetti del presente giudizio: con la conseguenza che l'art. 6 della legge n. 194, in quanto tutela non soltanto la vita ma anche la salute, non può esser ricondotto ad una scelta discrezionale del legislatore ordinario, ma rappresenta nel suo contenuto essenziale una norma costituzionalmente imposta dall'art. 32. Di qui si ricava che l'intera richiesta "massimale" va dichiarata inammissibile», punto 4 Cons. Dir.). Del pari, la sent. n. 35/1997 bloccò altre richieste referendarie concernenti la disciplina dell'aborto, considerandole idonee ad attingere direttamente i nuclei essenziali di alcuni principi costituzionali (il diritto alla vita discendente dagli artt. 2 Cost. e 31, comma 2, Cost.).

<sup>10</sup> Così l'on. Tito Oro Nobili nella seduta 16/10/1947.

<sup>11</sup> Per "sociale" si intende qui "non politica".



porti “etico-sociali” rispetto agli altri titoli della Parte Prima della Costituzione dedicata ai diritti e doveri dei cittadini. Gli altri rapporti evocati dalla Legge fondamentale si fondano su dinamiche competitive, se non propriamente conflittuali: così i *rapporti civili*, che regolano lo scontro fra libertà del singolo e autorità del potere costituito. Tanto più si può dire per i *rapporti economici*, dove la Costituzione tenta di inquadrare i conflitti fra capitale e lavoro, proprietà pubblica e proprietà privata. E ancora, i *rapporti politici* sono imperniati sulla competizione per l’accesso al potere.

I rapporti etico-sociali muovono invece da una concezione più puramente comunitaria: l’interesse della Costituzione è riconoscere e tutelare le esigenze della persona pacificamente inserita in una comunità ristretta e, in qualche misura, libera al suo interno<sup>12</sup>.

Nella nostra prospettiva, allora, il referendum costituirebbe davvero l’arma del corpo sociale desideroso di opporsi ad un legislatore che ne mina i fondamenti primi.

Ma questo non è che un lato della medaglia: dall’altro lato, il referendum costituirebbe lo strumento principe affinché il legislatore trovi conforto nella volontà popolare circa le decisioni da lui assunte.

Il referendum sul divorzio si pose proprio su questo crinale: il legislatore aveva cancellato un principio sacrosanto (l’indissolubilità del matrimonio), consustanziale alla visione etico-sociale ampiamente predominante nel popolo italiano, o ne aveva affermato un altro (la libertà matrimoniale), ormai patrimonio e desiderio del sentire maggioritario?<sup>13</sup>

La risposta in questo caso è nota. Ma tanti altri dilemmi equivalenti si pongono, con perenne e rinnovata attualità, oggidi. Il matrimonio è esclusivamente l’unione di un uomo e di una donna? La genitorialità

---

<sup>12</sup> Col ché non si intende – ovviamente – sostenere che in questi ambiti non vi siano conflitti: lo stesso Costituente sembra in qualche modo preavvertirne alcuni (si pensi al caso dei figli nati fuori dal matrimonio: art. 30, commi 1 e 2, Cost.). Il punto, però, è che l’intenzione della Costituzione non è qui di regolare tali dinamiche di scontro, ma semmai di “santuarizzare” nell’ordinamento lo spazio delle due comunità di base di ogni cittadino (la famiglia e la scuola) e dei diritti che ivi si esercitano.

<sup>13</sup> Cfr. Galeotti S., *Esigenza e problemi del referendum*, in Galeotti S., Ligi F., Olivero G., Santoro Passarelli F., *Indissolubilità del matrimonio e referendum popolare. Atti completi del XX Convegno nazionale di studio*, Milano, 1969, p. 152. Onida V., *Il referendum in una società capace di autogoverno*, in Bettinelli E., Boneschi L. (a cura di), *Referendum, ordine pubblico, costituzione*, Milano, 1978, p. 39 ss., parla di una legge «nata sotto una cattiva stella (...) in omaggio alla necessità di assicurare alla DC e a una parte del mondo cattolico la possibilità di utilizzare l’arma referendaria nel momento della controversa introduzione del divorzio».

può scomporsi in varie e diverse forme (intenzionale, biologica, sociale), oppure no? Può ciascuno di noi decidere in qualsiasi momento di abbandonare l'esistenza umana ed essere aiutato a farlo?

È anche per riflettere su questi interrogativi che il referendum sul divorzio si dimostra un caso da analizzare con attenzione.

### 3. Il referendum sul divorzio: due lezioni e un dubbio

Il referendum del 1974 fu un vero tornante per la storia italiana, dal punto di vista sociale, politico e costituzionale. Due istituti giuridici, apparentemente tributari di domini completamente diversi del diritto, furono legati in una sorta di baratto istituzionale che mise in moto una serie di eventi destinati a testare la tenuta del sistema costituzionale. In effetti, l'approvazione della legge sul divorzio fu permessa dalla Democrazia Cristiana (pur in minoranza e dopo una lunga battaglia ostruzionistica<sup>14</sup>) una volta garantita l'approvazione della legge attuativa del referendum prevista dall'art. 75, ultimo comma, Cost.: l'esercizio della legislazione negativa popolare – dopo anni di quiescenza dell'attuazione costituzionale – prendeva vita proprio nella prospettiva di una chiamata alle armi del popolo cattolico contro una riforma considerata sovvertitrice di un istituto fondamentale della società italiana<sup>15</sup>.

Ma non è tutto: nel 1972 il Presidente Leone fece uso per la prima volta del potere di scioglimento anticipato delle Camere (art. 88 Cost.) mettendo termine alla V Legislatura apertasi quattro anni prima, dopo che il Governo Andreotti I (governo monocolore formato da soli esponenti della Democrazia Cristiana) non ebbe ottenuto la fiducia da parte del Senato nella seduta del 26/02/1972. Anche questa circostanza non era indipendente dallo scambio sopra indicato: la dissoluzione delle Camere anzitempo faceva infatti scattare – con probabile sollievo di tutte le forze politiche, che non erano pronte ad affrontare il pronunciamento popolare – il meccanismo di rinvio di un anno della consultazione referendaria, previsto all'art. 34, comma 2, della L. n. 352/1970. Lo

---

<sup>14</sup> In un atteggiamento che ricorda quello dell'"ostruzionismo di maggioranza" denunciato da Calamandrei rispetto all'attuazione selettiva da parte della Democrazia Cristiana di alcune sole parti della Costituzione (Calamandrei P., *Ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953, 2, p. 129 ss.

<sup>15</sup> Barbera A., Morrone A., *La Repubblica dei referendum*, Bologna, p. 31 ss. parlano di «due destini paralleli», incrociatisi grazie al c.d. "Lodo Fanfani" (p. 31). V. altresì Chimenti A., *Storia dei referendum*, Roma-Bari, 1993, p. 17 ss.

stesso accadde qualche anno più tardi, nel 1976, quando lo scioglimento delle Camere fece venire meno la convocazione del referendum sull'incriminazione dell'aborto, promosso dai Radicali, ma che non venne mai celebrato a causa dell'approvazione della L. 22/05/1978, n. 194, la quale, innovando la disciplina, faceva invece operare l'art. 39 della legge sul referendum<sup>16</sup>.

Se quanto detto vale sul piano più propriamente istituzionale, non va nemmeno trascurato il contesto sociopolitico in cui la campagna referendaria maturava. La battaglia antidivorzista rappresentava una sorta di rischio intrinseco per l'intero sistema politico italiano, poiché una grande sconfitta della DC, con l'affermarsi di una maggioranza referendaria progressista, avrebbe significato – nelle acute letture di alcuni osservatori del tempo<sup>17</sup> – la fragilizzazione del vettore di equilibrio rappresentato dal partito di maggioranza relativa, con aperture di imperscrutabili spazi tanto a destra, quanto a sinistra. Visti oggi, tali discorsi rischiano di apparire ai limiti di un'astrusa visione olistica in cui si attribuiva a scelte puntuali incommensurabili ed imponderabili effetti di sistema<sup>18</sup>. Eppure non bisogna dimenticare che ci si trovava allora nei c.d. "anni di piombo", in cui battaglie di natura politica rischiavano di trasformarsi in atti terroristici e di guerra civile: gli equilibri politici si basavano su una fragilità di fondo del sistema, incapace di smuoversi dal centro senza scivolare verso posizioni considerate estreme<sup>19</sup>.

La ricchezza e la complessità della vicenda istituzionale non met-

<sup>16</sup> Con ordinanza del 24/05/1978, l'Ufficio centrale per il referendum dichiarò che le operazioni referendarie sugli articoli del codice penale che punivano l'interruzione volontaria di gravidanza non avevano più corso per sopravvenienze legislative.

<sup>17</sup> Si v. gli interventi raccolti in AA.VV., *Divorzio e referendum*, Bologna, 1972, in particolare i dibattiti della seconda giornata. Del tema si occuparono tra gli altri Scoppola P. (*ivi*, p. 96 ss.), Mancini G.F. (*ivi*, p. 106), Elia L. (*ivi*, p. 116).

<sup>18</sup> Si tratta in questo caso di riflessioni di natura politica che si interrogano sulle conseguenze che potrebbe avere il referendum, non di appelli agli elettori per evitare ipotetiche conseguenze nefaste. Lo sviamento dell'attenzione popolare dalla sostanza dei quesiti referendari ad ipotetici macro-effetti generali è un rischio costante nell'esercizio referendario, nei casi più gravi persino sanzionabile ai sensi dell'art. 100 del T.U. sulle elezioni della Camera dei Deputati, per effetto del rinvio operato dall'art. 51 L. n. 352/1970.

<sup>19</sup> Basti qui richiamare i due pilastri su cui si è a lungo fondato il sistema politico italiano, ovvero la *conventio ad excludendum* (che imponeva l'esclusione del Partito Comunista, filosovietico e antiatlantista, dal Governo) e l'*arco costituzionale* (che, abbracciando le forze di sinistra che avevano partecipato al patto costituente, riteneva non legittimate sul piano costituzionale le forze di destra estrema, in particolare il Movimento sociale italiano). Si v. Elia L., voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Mi-

tono però in ombra gli *acquis* del risultato referendario, da cui due grandi lezioni possono essere tratte: la prima concerne il rapporto fra le diverse maggioranze esistenti nell'ordinamento (la maggioranza *governativa*, la maggioranza *parlamentare*, la maggioranza *referendaria*). La seconda attiene invece all'effetto che l'esito del voto popolare può avere nell'interpretazione dei principi costituzionali. Ma accanto a questi insegnamenti, dall'osservazione di questa vicenda del passato sorge un dubbio, anche questo certamente istruttivo e fondamentale per il presente: il referendum può essere considerato ancora oggi lo strumento adatto per determinare e decidere gli orientamenti sociali su grandi temi di natura etica?

#### 4. La prima lezione: la costruzione delle maggioranze nella definizione delle opzioni etiche di un ordinamento

Il primo insegnamento che possiamo trarre dalla vicenda divorziata è questo: le scelte "etiche" di un ordinamento sono sempre e comunque scelte di *maggioranza*. La selezione dei beni giuridici e l'apprezzamento della doverosità o della riprovevolezza di determinate condotte passa per l'attività legislativa (in particolare, tramite la legge penale, ma non solo, come dimostra la legge sul divorzio), che è tipicamente espressione di una *volontà di maggioranza*.

Negli ordinamenti costituzionali, il ventaglio di opzioni si riduce rispetto ai limiti fondamentali posti dalla norma suprema: eppure, anche questa è (stata) espressione a sua volta di una maggioranza (normalmente e auspicabilmente, una larga maggioranza). Insomma, lo Stato democratico-liberale non è – per definizione – uno "Stato etico" che consegna ai cittadini i fini della loro stessa esistenza (come avviene nel caso dei totalitarismi), ma non pretende nemmeno di fondarsi sull'unanime accordo dei consociati: esiste un sentire predominante che si impone<sup>20</sup> e, negli ordinamenti di *civil law*, si impone esclusivamente tramite la legge parlamentare. La definizione dei contenuti della legge – è una banalità, ma occorre ricordarlo – si sviluppa in una dialettica interna alle Assemblee che vede sempre l'opposizione fra una maggioranza e una minoranza; nei regimi parlamentari, una maggioranza che

---

lano, 1970, p. 639 ss.; D'Andrea A., *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Torino, p. 7.

<sup>20</sup> Su quale sia la fonte di questo "sentire" vi è un ampio dibattito giusfilosofico su cui è possibile rinviare a Zagrebelsky G., *Intorno alla legge*, Torino, 2014.

opera in maniera coordinata con il Governo e una minoranza che tende ad essere opposizione rispetto a determinati indirizzi.

Tuttavia, in determinate tematiche è necessario che nella produzione legislativa si formino maggioranze trasversali, in grado di uscire dal perimetro delle coalizioni di governo, al fine di conferire alle scelte in questione il massimo grado di rappresentatività della società. È necessario, insomma, garantire un ambito di manovra del Parlamento come sede della “libera” rappresentanza politica al fine di maturare innovazioni giuridiche che riscontrino l’effettiva sensibilità maturata dalla coscienza collettiva.

La vicenda del divorzio è stata in questo senso paradigmatica: la legge n. 898 è stata approvata da una maggioranza parlamentare in cui non figurava (malgrado qualche incrinatura) il partito di maggioranza relativa, stabilmente al Governo dal 1948 (e fino al 1992), ovvero la Democrazia Cristiana. Dal canto loro, i promotori del referendum erano convinti che la questione fosse troppo centrale all’interno della società italiana per non passare da una forma di approvazione da parte del corpo elettorale<sup>21</sup>, ma all’interno dello schieramento cattolico non era affatto unanime la lettura (giuridica e politica) positiva del referendum<sup>22</sup>.

Ciò si rese possibile grazie al “lodo Fanfani” sopra ricordato, ma l’elemento della contrattazione politica non può offuscare un risultato

---

<sup>21</sup> Lombardi G., *Divorzio, referendum, concordato*, Bologna, 1970, p. 68 ss.: «Se si trattasse di un ‘diritto di libertà’ che venisse messo in discussione, la regola della semplice maggioranza non varrebbe: perché, se la coscienza sociale riconosce un ‘diritto’ come ‘diritto di libertà’, questo non può essere giuridicamente sacrificato, neppure se – in ipotesi-limite, assurda – il cento per cento della popolazione volesse, in un determinato momento, sacrificarlo attraverso una norma giuridica. Bisognerebbe sempre tutelare, sul terreno giuridico, l’ipotetico dissenziente che, domani, potrebbe volere esercitare un suo ‘diritto di libertà’. Non trattandosi, invece, di un ‘diritto di libertà’, ritorna a valere il principio della maggioranza» (enfasi dell’A.).

<sup>22</sup> Elia L., *Intervento*, in AA.VV., *Divorzio e referendum*, cit., p. 81: «[Non] riteniamo in sostanza “disponibile” questa situazione da parte della maggioranza prima di tutto per una ragione empirica. Tutta la storia ci dimostra che una volta che nell’ambito di un certo tipo di società, di un certo sistema, si è introdotto il divorzio, non si è mai tornati indietro. Questo prova che, storicamente, la tesi di Lombardi, per cui ciò che non è un diritto di libertà costituzionalmente garantito, è disponibile per la maggioranza, non è accettabile nel nostro caso (...) l’introduzione del divorzio, una volta storicamente maturato anche se a seguito di circostanze deprecabili, aumenta la sfera delle possibilità dell’individuo. Il rifiuto dello Stato, che ad un certo momento torna indietro, sia pure attraverso la manifestazione più alta, che è quella del popolo, per limitare questa nuova possibilità, è sentito come fuoriuscente dalla disponibilità della maggioranza, è sentito come una prevaricazione sulla società nella pluralità delle sue componenti».

che sarebbe, dal punto di vista del metodo, quasi impensabile al giorno d'oggi. In effetti, gli strumenti di rigido assoggettamento dei lavori parlamentari al controllo della maggioranza e quindi del Governo rende impossibile che normative di stampo etico-sociale non condivise dall'intero perimetro governativo possano avanzare nell'*iter legis*.

Due esempi recenti ce lo confermano. Il primo è stato il percorso di approvazione della c.d. legge Cirinnà sulle unioni civili nella XVII legislatura: alla fine, il testo è stato deliberato in via definitiva con l'apposizione di una questione di fiducia da parte del Governo Renzi. L'imposizione del voto bloccato (peraltro, su un maxiemendamento che ha condensato l'intera disciplina in un unico articolo) ha svolto una triplice funzione: da un lato, ha consentito alla maggioranza di ricompattarsi eliminando l'istituto dell'"adozione del configlio", sgradito alla componente di centro-destra della coalizione. Dall'altro lato, ha escluso che tale riforma potesse essere ascritta ad una maggioranza parlamentare diversa da quella di governo, obbligando la principale forza di opposizione (favorevole al testo nella versione integrale) a votare in senso negativo sulla domanda fiduciaria, pur avendo concretamente operato per portare avanti il progetto nei lavori parlamentari. Inutile dire che l'intelligibilità normativa del testo – tanto nella redazione, quanto nella sostanza – lascia a desiderare e la mediazione di maggioranza (certamente al "ribasso") ha aperto a lacune assai gravi nell'ordinamento segnalate in maniera netta dal giudice costituzionale nelle sentenze n. 32 e 33 del 2021. Infine, l'effetto tecnico della questione di fiducia è stato quello di eliminare la possibilità del voto segreto.

Il secondo esempio, tratto dalla legislatura attualmente in corso, è rappresentato dal d.d.l. Zan per la lotta alle discriminazioni omotransfobiche<sup>23</sup>. Il testo, che pareva non incontrare alcun vero ostacolo all'epoca della maggioranza "giallo-rossa" corrispondente al Governo Conte II, all'improvviso subisce il traumatico contraccolpo del cambio di maggioranza governativa, con l'avvento del Governo Draghi e il mutamento della coalizione al potere pur godendo – in astratto – di un sostegno parlamentare sufficiente. Il 27/10/2021, con un voto segreto, il Senato ha approvato la proposta di non passaggio agli articoli, rigettando dunque il testo, dopo aver respinto il 13/07/2021 le questioni pregiudiziali sullo stesso, con la medesima modalità di scrutinio:

---

<sup>23</sup> Si tratta della proposta di legge A. C. XVIII n. 569, approvata dalla Camera dei Deputati il 04/11/2020. Divenuto il progetto A.S. XVIII n. 2005, il 27/10/2021 è stato votato il non passaggio agli articoli.

un'incoerenza di fondo che non può essere letta disgiuntamente da un clima di "strategia della tensione" maturato in vista dell'elezione del Presidente della Repubblica nel 2022 all'interno dell'eterogenea maggioranza di "unità nazionale".

La costrizione di determinate tematiche – quelle etiche, appunto – nei rigidi schematismi dei programmi di governo e del binomio maggioranza/opposizione rischia non solo di portare a derive ideologiche che privano di senso il dibattito stesso (come nel caso del d.d.l. Zan), ma anche di condurre a normative "ibride" (è il caso della legge Cirinnà), frutto non di vere mediazioni, ma di semplici forzature, con conseguenze ordinamentali dovute alla mala scrittura dei testi di non poco momento.

Ora, se torniamo alla vicenda della legge sul divorzio e al successivo referendum, ci rendiamo conto di cosa significhi avere un circuito democratico-rappresentativo veramente funzionante.

Lo spazio di manovra lasciato al Parlamento di fuori dalla semplice dicotomia (certo tipica del parlamentarismo, ma mai assolutizzante) "maggioranza di governo-opposizione" ha consentito di approvare una riforma che la maggioranza della popolazione considerava positivamente. La legislazione si è fatta riflesso del sentire maggioritario nel corpo sociale, che ne ha confermato l'impianto.

Insomma, nel 1974 si è dimostrato che referendum e democrazia rappresentativa non sono per forza in un rapporto antitetico, ma in una relazione di completamento<sup>24</sup>. Certo, la decisione popolare può

---

<sup>24</sup> Sul tema v. Di Giovine A., *Referendum e sistema rappresentativo: una difficile convivenza*, in *Foro it.*, vol. 102, 1979, p. 150 ss., il quale – con grande rilevanza per il nostro tema – afferma (p. 158): «è dato cogliere il significato più genuinamente democratico di quest'istituto, proprio collegandone l'attivazione ad alcune possibili deviazioni del processo decisionale in un sistema rappresentativo come il nostro, ove sulla strutturale necessità della conquista dei consensi (implicante, soprattutto per i partiti maggiori, la tendenza a espandere la propria capacità rappresentativa, inglobando la maggior parte degli interessi sociali, anche se diversi da quelli che qualificano specificamente il partito), si innesta talvolta una ferrea logica negoziale in cui le mediazioni avvengono non solo e non tanto sul merito delle singole questioni, ma sulla base di più generali strategie implicanti reciproche concessioni tra le forze politiche contraenti: sicché, qualora in un simile con testo la mediazione partitico-istituzionale tenda a deformare o sacrificare esigenze sentite come vitali da una parte dell'opinione pubblica, ma che non trovano canali recettivi nei partiti convergenti, il ricorso al referendum — investendo singoli problemi nella loro specificità e sollecitandone la soluzione in base a quelli che sono i loro caratteri intrinseci — può divenire strumento essenziale sia per riaprire discorsi che intese verticistiche tenderebbero a sopire, sia per riaffermare valori resi "orfani" dalla logica "colonizzatrice" del sistema partitico, sia, in generale, per tentare di ripristinare, quindi, un più genuino rapporto tra decisioni dei vertici e indirizzi popolari». Sulla complementarietà e l'appartenenza del referendum al sistema rap-

negare l'indirizzo dato dagli eletti, ma può anche dimostrare che il libero gioco della rappresentanza – se davvero libero e “sincero”<sup>25</sup>, sin dalla formazione della stessa<sup>26</sup> – sa davvero incarnare la “volontà generale” e attuare la democrazia come “governo del popolo, per il popolo, attraverso il popolo”.

Diventa allora essenziale che sia garantita la *libertà del Parlamento*, che non può che essere anche *libertà nel Parlamento*, perché sulle tematiche etico-sociali si possano formare maggioranze parlamentari, non obbligatoriamente coincidenti con le maggioranze politiche di governo, eppure in sintonia con la maggioranza sociale. Ed in realtà, a ben vedere, il principio della libera rappresentanza di cui all'art. 67 Cost. trova nell'ordinamento parlamentare italiano degli opportuni presidi, quale il voto segreto garantito<sup>27</sup> proprio su quei temi in cui non può esistere un “indirizzo politico del Governo”, ma solo il voto dei rappresentanti del popolo<sup>28</sup> che devono farsi migliori interpreti dei sentimenti di questo. Vero è che il voto segreto costituisce un'eccezione ad un fondamentale principio di responsabilità politica degli eletti

presentativo v. altresì Luciani M., *Art. 75*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca G. e Pizzorusso A., Roma-Bologna, 2005, nonché Luciani M., *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret public*, n. 37, 2008, p. 158 ss. (in particolare, p. 161 ss.).

<sup>25</sup> La “sincerità dello scrutinio” è un principio a valore costituzionale di cui si serve il *Conseil constitutionnel* francese nel suo ruolo di giudice elettorale per garantire al massimo la volontà dell'elettore: cfr. Ghevontian R., *La notion de sincérité du scrutin*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 13, 2003. Sul tema, anche in un tentativo di trasposizione e applicazione in Italia del più generale “principio di sincerità” nell'azione dei pubblici poteri v. Luciani M., *Il “principio di sincerità” nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 2010, 4, p. 575.

<sup>26</sup> Il tema – che non può che essere solo accennato – rinvia alla costruzione di sistemi che non distorcano i risultati elettorali, adulterando così la volontà popolare: un tema centrale nella riflessione costituzionalistica italiana, divenuto tanto più pressante dopo le celebri sentenze n. 01/2014 e 35/2017 che dichiararono l'illegittimità costituzionale parziale di due diversi sistemi elettorali nazionali.

<sup>27</sup> Si v. gli artt. 49 r.C. e 113 r.S., che garantiscono entrambi la possibilità di voto segreto nelle materie concernenti i diritti costituzionali di libertà e i rapporti etico-sociali, esclusi gli articoli 33 e 34 Cost. Sul tema v. Brunelli G., Veronesi P., *Ai limiti della funzione rappresentativa: divieto di mandato imperativo e voto sulle questioni di coscienza*, in *www.costituzionalismo.it*, 2012, 2, p. 1 ss., che si interrogano sui limiti esistenti per la “libertà di coscienza” dei parlamentari, sottolineando (p. 9) come «[l]a giusta tutela del punto di vista degli eletti non [possa] insomma tradursi nella prevalenza totalitaria della loro coscienza su quella di chi li ha votati».

<sup>28</sup> Cfr. l'opinione di Giuliano Amato in Amato G., Cheli E., Onida V., *La forma di governo secondo la Costituzione e nella prassi più recente* in D'Andrea A. (a cura di), *Il governo sopra tutto*, Gussago, 2009, p. 57: «in materia di libertà civili, invece, non c'è indirizzo di governo; ci sono scelte dei rappresentanti popolari, e lì il voto segreto ci può essere».



dinanzi agli elettori (che per “chiedere conto” devono poterne conoscere l’operato<sup>29</sup>) e, come tale, dovrebbe essere applicato in maniera circoscritta e precisa, soprattutto in modo da evitare strumentalizzazioni<sup>30</sup>. Bisogna comunque sottolineare che esso non è l’unico istituto idoneo a garantire una porzione di attività del Parlamento autonoma da indirizzi propriamente governativi<sup>31</sup>.

Dunque, garantito al Parlamento uno spazio di pura rappresentanza delle istanze sociali, la decisione del popolo sovrano potrà sanzionare se si è trattato effettivamente di una scelta di una minoranza sociale (ma maggioranza nelle aule parlamentari) imposta ai più contro il loro sentire o se, al contrario, la minoranza socio-politica che chiede l’abrogazione è tale anche a livello complessivo.

Affermato il principio, non bisogna però incorrere in facili ingenuità: il controllo popolare a valle della decisione – ed estrinsecantesi nella forma tecnica dell’abrogazione – presenta aspetti problematici non indifferenti, che hanno giustificato proposte diverse nel corso del tempo.

*In primis*, nel momento in cui si consacra il pluralismo (tanto politico e ideologico, quanto sociale) il referendum rischia di essere una mera prova di forza numerica della maggioranza, chiamata a decidere con un sì o con un no su temi che nelle sedi rappresentative formano oggetto di dibattito ed approfondimento. Di più, lo Stato rischia di trovarsi a ritirare dei diritti da poco concessi ai cittadini. Da qui derivava – ad esempio – la proposta di legge Scalfari presentata nel 1971 e che aveva vocazione ad ampliare i casi di inammissibilità del referendum,

---

<sup>29</sup> Si tratta di un principio connaturato al costituzionalismo e consacrato sin dai tempi della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (art. 15: “*La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*”).

<sup>30</sup> Dunque, concedere il voto segreto su una proposta di “non passaggio agli articoli” (di cui all’art. 96 r.S.) , come avvenuto nel caso del d.d.l. Zan, è una palese strumentalizzazione: compito del Parlamento è garantire la coscienza dei singoli nel voto, una volta che però si sia entrati nel merito delle singole questioni e si sia dibattuto su queste. Pare assurdo considerare il “non decidere” come materia del foro interno di ciascuno, anche se è ovvio che il voto favorevole sul non passaggio abbia anche attinenza al contenuto dei provvedimenti: ma la coscienza di un parlamentare dovrà semmai potersi liberamente esprimere su ciascun punto di un progetto di legge, non garantirsi uno spazio per evitare di pronunciarsi. Sul punto si v. le argomentazioni (qui non condivise) della Presidente del Senato Casellati in A.S. XVIII, *Resoconto stenografico di seduta*, 27/10/2021, p. 44.

<sup>31</sup> Ad esempio, garantendo spazi per l’iscrizione all’ordine del giorno di proposte provenienti dai gruppi minoritari oppure approntare forme di vera presa in considerazione delle petizioni provenienti dai cittadini ai sensi dell’art. 50 Cost. o delle iniziative legislative di origine popolare (art. 71, comma 2, Cost.).

proprio per “blindare” alcune conquiste ottenute a livello parlamentare (fra cui lo stesso divorzio)<sup>32</sup>.

*In secundis*, il rischio di creare un cortocircuito fra volontà parlamentare e volontà popolare avrebbe potuto giustificare un intervento “a monte” da parte del corpo elettorale, anche al fine di non perseguire indirizzi sostanzialmente sgraditi alla maggioranza della popolazione. Così, nel corso della revisione costituzionale del 2016, venne annunciata la proposta di ammettere il “referendum di indirizzo” in materia di rapporti etico-sociali<sup>33</sup>. Tale proposta, in realtà, non ebbe seguito poiché il testo della riforma (come noto, bocciata con il referendum del 04/12/2016) rinviava alla legge la definizione dell’istituto del referendum propositivo<sup>34</sup>.

In realtà, nell’ordinamento italiano sarebbe possibile creare una sorta di “referendum di indirizzo”<sup>35</sup> nelle materie indicate attraverso la leva dell’art. 138 Cost.<sup>36</sup>: l’approvazione di una legge di revisione costituzionale (o anche di una legge costituzionale “interpretativa”) potrebbe consentire al popolo di inserirsi nel procedimento legislativo, ma solo in linea di principio (come si confà alla fonte costituzionale) e peraltro “a monte” dell’effettiva concretizzazione legislativa, superandosi così il problema tecnico dell’abrogazione di diritti già concessi.

Occorre osservare che non si tratta di una strada così eccentrica, soprattutto in un sistema come il nostro dove non è possibile discernere

<sup>32</sup> A.C. V, *Proposta di legge n. 3522* (Scalfari e altri), annunciata il 13/07/ 1971.

<sup>33</sup> La proposta fu annunciata dal senatore Giuseppe Fioroni del Partito democratico (cfr. Di Nicola P., *Temi etici, Fioroni: referendum d’indirizzo per nozze gay, eutanasia e fecondazione*, in *Il Fatto quotidiano*, 28/05/2015).

<sup>34</sup> L’art. 11 del testo approvato dal Parlamento aggiungeva un nuovo comma all’art. 71 Cost. in materia di iniziativa legislativa, così redatto: «Al fine di favorire la partecipazione dei cittadini alla determinazione delle politiche pubbliche, la legge costituzionale stabilisce condizioni ed effetti di referendum popolari propositivi e d’indirizzo, nonché di altre forme di consultazione, anche delle formazioni sociali. Con legge approvata da entrambe le Camere sono disposte le modalità di attuazione».

<sup>35</sup> Salvo che se ne indica uno specifico, *una tantum*, sulla base di apposita legge costituzionale *ad hoc*, come avvenuto nel 1989 con il referendum consultivo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo, previsto dalla L. cost. 03/04/1989, n. 2

<sup>36</sup> Come afferma Galeotti S., *Esigenza e problemi del referendum*, cit., p. 153, nonostante le differenze intercorrenti tra art. 75 e art. 138 Cost. «entrambe tali fattispecie di referendum sono da ricostruire unitariamente come poteri di controllo attribuiti al Popolo-corpo elettorale sul modo in cui il Parlamento esercita (o non esercita) la funzione legislativa. Questa loro omogeneità di natura sovrasta ogni *differentia specifica* e ne fa, per la loro imputazione all’intero Popolo della Repubblica e per il loro valore di decisioni imperative e supreme, “forme” concrete in cui, secondo il principio dell’art. I, 2° comma cost., si esercita la sovranità del popolo».

un vero “mandato popolare” da tradurre in un programma legislativo di maggioranza<sup>37</sup>. Ad esempio, potrebbe rivelarsi assai opportuno – e una parte della dottrina adombra che sia addirittura necessario<sup>38</sup> – consacrare nel massimo livello dell’ordinamento il diritto all’unione matrimoniale a prescindere dal sesso dei nubendi. Alcuni ordinamenti hanno, in effetti, proceduto in questo modo: il caso più famoso è quello dell’Irlanda, dove venne approvato un emendamento costituzionale per superare la natura eterosessuale del matrimonio, sovvertendo così la giurisprudenza costituzionale sul punto<sup>39</sup>. Il caso dell’Irlanda, Paese di forte tradizione e cultura cattolica<sup>40</sup>, è piuttosto ricco in questo senso, poiché in Costituzione furono inseriti nel corso del tempo una serie di limiti e di divieti (anche concernenti il divorzio, l’aborto e la blasfemia), rimossi solo in anni recenti, al mutare della sensibilità sociale<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> La teoria del mandato è tipica degli ordinamenti del modello Westminster ed è volta a ricondurre alla decisione popolare l’accettazione di un programma politico (contenuto nei vari *Manifestos* dei partiti), sicché se le elezioni esitano in una maggioranza, questa ed il “suo” Governo hanno il diritto/dovere di implementare le misure contenute nel manifesto. Un’ottica simile venne adombrata – ma al solo fine di escludere un simile vincolo sulla coalizione di governo – anche in Italia, rispetto al divorzio: cfr. Galeotti S., *Esigenza e problemi*, cit., p. 165, che constatava «[la] obiettiva impossibilità, per i partiti che hanno concorso a formare la maggioranza parlamentare e l’indirizzo politico nella presente legislatura, di enucleare l’introduzione del divorzio come uno dei punti di convergenza del complessivo mandato elettorale di cui i partiti potevano e possono dirsi investiti. Le elezioni politiche del maggio 1968 non hanno infatti assunto (...) il significato e il valore di un referendum pro o contro l’indissolubilità del matrimonio. (...) I partiti della maggioranza governativa furono anche allora sul punto parte contrari, parte favorevoli».

<sup>38</sup> Superando così la giurisprudenza costituzionale: Spadaro A., *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?, in Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, p. 345 ss.

<sup>39</sup> Una consolidata giurisprudenza delle Corti riteneva il matrimonio fra persone dello stesso sesso non ammissibile ai sensi della Legge fondamentale dell’Isola: si v. il caso *Zappone & Anor versus Revenue Commissioners & Ors* deciso dalla *High Court* nel 2006.

<sup>40</sup> Lo stesso preambolo della Costituzione è ricco di riferimenti alla dimensione religiosa cattolica, aprendosi “in nome della Santissima Trinità”: sul tema v. Rinella A., *The Irish Constitutional Preamble in a Comparative Perspective*, in Ferrari G.F., O’Dowd J. (a cura di), *75 Years of The Constitution of Ireland. An Irish-Italian Dialogue*, Dublino, 2014, p. 119 ss.

<sup>41</sup> Nel 2019 è stato approvato il 38° emendamento alla Costituzione che introduce il diritto al divorzio, dopo che nel 1995 il 15° emendamento aveva eliminato il divieto costituzionale del divorzio, sottoponendolo però ad alcune condizioni. Nel novembre 2018 il 37° emendamento elimina la criminalizzazione della blasfemia dal testo costituzionale, mentre nel settembre dello stesso anno il 36° emendamento abroga l’8°

Nel caso del matrimonio omosessuale, si è fatto del pari in alcuni Stati americani, dove le costituzioni lo vietavano: il caso più recente è la modifica costituzionale del Nevada, approvata nel novembre 2020<sup>42</sup>. Certo, il problema è che in questi stessi Stati furono nel corso del tempo introdotte norme costituzionali che vietavano il *same-sex marriage* ed anche queste furono approvate dal corpo elettorale, ma sul punto torneremo *infra* (par. 6).

## 5. La seconda lezione: l'interpretazione del risultato referendario come "super-precedente"

La seconda lezione che traiamo dalla consultazione sul divorzio attiene invece all'interpretazione di un risultato referendario che abbia avuto un esito valido (dunque, si è raggiunto il quorum costitutivo) e si sia rivelato negativo o, *rectius*, conservativo della volontà del legislatore.

Dal punto di vista del diritto positivo, la L. n. 352/1970 vieta la riproposizione del quesito referendario per un arco temporale di cinque anni (art. 38). Ovviamente, si aprono dubbi circa la possibilità per il legislatore rappresentativo di abrogare, in un lasso di tempo inferiore, una disciplina confermata dal corpo elettorale e viene da chiedersi se non operi – come nel caso della reintroduzione di una normativa abrogata – una forma di garanzia della volontà popolare ex art. 75 Cost.<sup>43</sup>

Oltre a questa preclusione temporale, bisogna però domandarsi se un pronunciamento simile da parte del corpo elettorale non comporti in

---

emendamento del 1983 che vietava costituzionalmente l'aborto (sulla regolazione dell'aborto in Irlanda v. Baraggia A., *La regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti e in Irlanda: due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2018).

<sup>42</sup> L'art. 1, sez. 21, della Costituzione del Nevada oggi recita: «1. *The State of Nevada and its political subdivisions shall recognize marriages and issue marriage licenses to couples regardless of gender. 2. Religious organizations and members of the clergy have the right to refuse to solemnize a marriage, and no person has the right to make any claim against a religious organization or member of the clergy for such a refusal. 3. All legally valid marriages must be treated equally under the law*».

<sup>43</sup> Con la sent. n. 199/2012 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma introdotta per via legislativa e volta ad aggirare il pronunciamento popolare dell'anno precedente in materia di servizi pubblici. Fra i molti commenti, si segnalano sul tema specifico del vincolo al legislatore: Della Morte M., *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012; Ferri G., *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del "quadro politico" o delle "circostanze di fatto"*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2012; Mangia A., *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013.

realtà anche conseguenze di natura normativa sul piano dei principi costituzionali. Può, insomma, leggersi l'esito confermativo del referendum come un momento di "interpretazione" (se non di consolidamento) costituzionale?

Come si è osservato in dottrina nel caso del suicidio assistito, quando ci si occupa di temi etici bisogna essere prudenti nel maneggiare la categoria della "costituzionalità" e dunque della rigidità costituzionale e della massima protezione ordinamentale: è in effetti necessario distinguere lo spazio dell'*attuazione costituzionale* – cioè di ciò che è imposto dalle norme costituzionali, che vincolano in maniera netta la discrezionalità del legislatore – dall'ambito della *regolazione*, cioè delle scelte libere del legislatore ordinario. Possono esistere istituti che il legislatore può validamente introdurre nell'ordinamento, senza che essi costituiscano un necessario sviluppo del Dettato fondamentale<sup>44</sup>.

Ora, in alcuni casi si potrebbe ipotizzare lo scivolamento ascendente dalla regolazione all'attuazione proprio per tramite del pronunciamento popolare<sup>45</sup>.

A questo proposito, può essere utile effettuare un parallelismo con la teoria statunitense dei "super-precedenti" o del "*super stare decisis*". Si tratta di un'opinione principalmente dottrinale, discussa anche in seno alla massima giurisdizione federale<sup>46</sup>, che individua alcune decisioni della Corte suprema considerate – a certe condizioni – "materialmente costituzionali" e sottratte dunque all'*overruling* orizzontale da parte di successive formazioni giudicanti<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> D'Andrea A., *Dignità sociale versus dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale*, in *Corti Supreme e salute*, 2020, 1, p. 293 ss.

<sup>45</sup> Come magistralmente sottolineava Mezzanotte C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014 (ried., dell'originale Roma, Tipografia Veneziana, 1984), p. 79: «se la costituzione è ideologicamente complessa, le scelte compiute dal corpo elettorale in sede referendaria, anche se formalmente circoscritte allo specifico livello al quale è previsto che il popolo si esprima, tendono a risalire alle loro corrispondenze costituzionali, e a legarsi a valori che la costituzione legittima».

<sup>46</sup> Anche se la Corte non riconosce espressamente la categoria dei super-precedenti, è particolarmente discusso il vincolo che il principio dello *stare decisis* crea sulla massima giurisdizione americana, che tende a riconoscere la possibilità dell'*overruling* orizzontale solo ove ci siano "forti ragioni" per non seguire il precedente. Si v. le opinioni dei giudici Alito (per la maggioranza) e Kagan (per la minoranza) nel caso *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. (2018).

<sup>47</sup> Cfr. la definizione di Gerhardt M.J., *Super precedent*, in *Minnesota Law Review*, 2006, p. 1204 ss.: «*Super precedents are those constitutional decisions in which public institutions have heavily invested, repeatedly relied, and consistently supported over a significant period of time. Super precedents are deeply embedded into our law and lives through the subsequent activities of the other branches. Super precedents seep into*

In effetti, sarebbe sostenibile (ed è in realtà classicamente sostenuto, anche in altri ordinamenti) che il referendum costituisca la manifestazione di un potere non meramente legislativo da parte del popolo, ma quanto meno “supra-legislativo”, se non proprio veramente costituzionale: tale circostanza induce alcune giurisdizioni costituzionali a ritenere – in linea di massima – esclusa la potestà legislativa popolare dal loro campo di controllo<sup>48</sup>. Dunque, anche il referendum potrebbe costituire una sorta di decisione “materialmente costituzionale” che, al ricorrere di un supporto sociale, politico ed istituzionale esterno (come nel caso del *super-stare decisis*) impone di considerare il risultato referendario come l’affermazione di un contenuto “costituzionalmente vincolato”, per riprendere l’espressione della giurisprudenza italiana, sottratto anche all’abrogazione successiva della legge parlamentare<sup>49</sup>.

Di nuovo, il referendum sul divorzio è indicativo: sarebbe possibile oggi per il legislatore ordinario abolire l’istituto? Secondo la traiettoria proposta no, poiché il pronunciamento del corpo elettorale è ve-

---

*the public consciousness, and become a fixture of the legal framework. Super precedents are the constitutional decisions whose correctness is no longer a viable issue for courts to decide; it is no longer a matter on which courts will expend their limited resources»* (p. 1205-1206). Il tema fu oggetto di polemica nel corso delle audizioni per la conferma di Amy Coney Barrett alla Corte Suprema dopo la nomina da parte del Presidente Trump nell’ottobre 2020. L’alta magistrata, riprendendo la teoria del super precedente, aveva escluso la sentenza *Roe v. Wade* del 1973 sull’aborto da questa categoria di precedenti rafforzati: v. Coney Barrett A., *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, in *Texas Law Review*, 2013, p. 1711 ss.

<sup>48</sup> In Francia il *Conseil constitutionnel* ritiene di non essere dotato della competenza per giudicare le c.d. “leggi referendarie”, approvate cioè dal corpo elettorale in applicazione dell’art. 11 della Costituzione del 1958 (cioè, principalmente, su iniziativa del Presidente della Repubblica). Nella decisione n° 62-20 DC del 06/11/1962 affermò che le leggi adottate dal popolo costituiscono espressione diretta della sovranità nazionale, uscendo dal perimetro di applicazione dell’art. 61 sul controllo di costituzionalità (*considérant n. 2: «il résultat de l’esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l’activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d’un référendum, constituent l’expression directe de la souveraineté nationale»*). Nel 2014 tale affermazione venne riconfermata in occasione di una questione incidentale di costituzionalità su una legge referendaria (*considérant n. 6, decisione n. 392-2014 QPC*).

<sup>49</sup> Su questa conseguenza v. Pertici A., *Il giudice delle leggi*, cit., p. 154 (in particolare nt. 51, dove si sottolinea il possibile effetto di indebolimento delle stesse previsioni costituzionali ove queste, se ripetute in testi di leggi ordinarie, venissero cancellate – tecnicamente, nel solo livello primario – da un referendum popolare). Il risultato referendario può quindi costituire un elemento che corrobora un’interpretazione della Costituzione alla luce della legislazione ordinaria oggetto della consultazione: v. sul tema Bin R., *L’interpretazione della Costituzione in conformità della legge. Il caso della famiglia*, in questo Volume, p. 101 ss.

nuto a costituire un “super-precedente”, indirizzando l’interpretazione costituzionale che si è consolidata: diversamente che nel 1970<sup>50</sup>, oggi nessuno può dubitare che il divorzio vada considerato come estrinsecazione di un “diritto di libertà”<sup>51</sup>, pacificamente riconducibile al principio di libertà matrimoniale e alla libera scelta di formare o di sciogliere una comunione familiare, in base agli artt. 12 e 29 Cost. Insomma, un istituto “costituzionalmente vincolato” e dunque non abrogabile<sup>52</sup>.

Questa ricostruzione del referendum come “super-precedente” non può però valere alla stessa maniera per tutti i temi di natura etico-sociale: ad esempio, alcune circostanze indurrebbero a escluderlo nel caso dell’aborto o, meglio, a circoscriverne la portata.

L’istituto divorzile ha in sé la caratteristica di essere incondizionato rispetto alla scelta dei titolari del rapporto coniugale<sup>53</sup>: si tratta di una opzione legislativa del tutto consapevole, poiché persino in Assemblea Costituente si era discusso della possibilità di introdurre casi tassativi di divorzio<sup>54</sup>. La legge Fortuna-Baslini abbraccia, dunque, l’istituto nella sua interezza e lo scioglimento del matrimonio (o la cessazione dei suoi effetti civili) costituisce allora un diritto potestativo<sup>55</sup>. L’interruzione volontaria di gravidanza è stata sì oggetto di un referendum, e più precisamente di *due* quesiti referendari nel 1981, ma non è

<sup>50</sup> V. ancora Lombardi G., *Divorzio, referendum, concordato, cit.*, p. 63 ss.

<sup>51</sup> In questo senso Cass. 10/05/2017, n. 11504: «Tale principio di “autoresponsabilità” vale certamente anche per l’istituto del divorzio, in quanto il divorzio segue normalmente la separazione personale ed è frutto di scelte definitive che ineriscono alla dimensione della libertà della persona».

<sup>52</sup> Cfr. ancora Mezzanotte C., *Corte costituzionale, cit.*, pp. 81-82, nt. 30: «[è] innegabile che una decisione referendaria, che riuscisse a trovare adeguate corrispondenze istituzionali (...) assumerebbe un grado di “effettività” (ossia una capacità di orientamento e di determinazione) più forte di qualsiasi ipotesi ermeneutica intorno a un astratto dover essere delle norme costituzionali (chi potrebbe, ad esempio, sostenere, dopo il referendum del 1974, che nell’art. 29 Cost. sia contenuto il principio dell’indissolubilità del vincolo matrimoniale?). È questa, peraltro, la ragione del carattere preventivo del sindacato di ammissibilità».

<sup>53</sup> Come è noto, non è incondizionato in assoluto, poiché occorre un periodo minimo di sei mesi di separazione personale fra i coniugi e un atto prodromico che certifichi tale condizione (sia essa una sentenza o un accordo omologato: cfr. l’art. 3 della L. n. 898/1970, come novellato dalla L. 06/05/2015, n. 55 sul c.d. “divorzio breve”). Tuttavia, la volontà del titolare del diritto è libera di esplicitarsi prescindendo dal verificarsi di determinati presupposti.

<sup>54</sup> Si v. Falzone V., Palermo F., Cosentino F., *La Costituzione italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1949, p. 67.

<sup>55</sup> Cfr. Proto Pisani A., *Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in *Il Foro Italiano*, 2008, 5, p. 161.

possibile trarre dal pronunciamento popolare una direttiva precisa. Il primo quesito – proposto dai Radicali – mirava a rendere più semplice l'accesso all'aborto; il secondo – proposto dal Movimento per la Vita – agiva in senso esattamente contrario, mirando a mantenere il solo aborto terapeutico. Una terza proposta era invece stata fermata sulle soglie dell'ammissibilità dal giudice costituzionale, poiché mirava all'abrogazione totale della legge, incappando però in contenuti costituzionalmente necessari non abrogabili<sup>56</sup>. Entrambi i quesiti ebbero esito (valido, ma) negativo: il corpo elettorale confermò l'impianto della legge, nei suoi delicati equilibri generali che tentano di bilanciare il diritto alla vita del concepito con la libera scelta della maternità.

Nel 1997, venne presentata una nuova richiesta referendaria con il precipuo scopo di liberalizzare l'interruzione volontaria di gravidanza: ebbene, la Corte costituzionale dichiarò inammissibile la richiesta poiché si tentava di alterare tale equilibrio, già riconosciuto come espressivo di principi costituzionali dalla giurisprudenza costituzionale precedente e confermato – come ricorda di passata il giudice costituzionale<sup>57</sup> – dall'esito referendario del 1981.

Quindi, seguendo questa linea di pensiero, non è possibile riconoscere all'aborto lo stesso valore del divorzio, poiché la volontà della gestante non è – nell'assetto della L. n. 194/1978 – assoluta e incondizionata e nel nostro ordinamento, anche a seguito del pronunciamento popolare, non si è affermato un principio di libertà abortiva. Del pari, il divieto assoluto dell'aborto volontario (dunque, anche non terapeutico) sarebbe specularmente incostituzionale. Insomma, il valore di precedente del referendum del 1981 non attiene alla consacrazione di un diritto o di un principio, ma all'identificazione di un bilanciamento fra esigenze e diritti costituzionali potenzialmente confliggenti<sup>58</sup>. Dal punto di vista del margine di discrezionalità legislativa, il vincolo prodotto nel caso dell'aborto – rispetto alla modifica del perimetro delle scelte individuali – è allora sicuramente minore di quanto avvenuto col divorzio.

---

<sup>56</sup> Corte cost. n. 26/1981.

<sup>57</sup> Corte cost. n. 35/1997, punto 3 Cons. Dir.: «Alcune delle disposizioni oggi nuovamente sottoposte a richiesta di abrogazione referendaria, dopo l'esito negativo del referendum del 1981, si ispirano ai principî costituzionali indicati dalla Corte».

<sup>58</sup> Di conseguenza «[ci] si potrebbe chiedere, ad esempio, se la Corte costituzionale, in assenza di convenzioni di sbarramento, potrebbe sostenere in perfetta serenità di spirito interpretazioni della Costituzione che stridessero con inequivoche scelte di valore compiute dal popolo in sede referendaria» (Mezzanotte C., *Corte costituzionale*, cit., p. 81).



## 6. Il dubbio: la fine dell’“omogeneità sociale” e la tutela dei fenomeni minoritari dinanzi all’istituto referendario.

Si potrebbe pensare che l’ipotesi sopra descritta miri a consegnare un potere praticamente illimitato al binomio Parlamento-corpo elettorale e, in concreto, alle maggioranze dell’uno e dell’altro. Fatta la legge, validata nel referendum, si consacrerebbe così una sorta di assetto normativo-valoriale immutabile. Ma nulla è assoluto, anche dal punto di vista della tecnica referendaria: passati i cinque anni previsti dalla L. n. 352/1970, si potrebbe sempre chiedere un nuovo voto e testare così la volontà del corpo elettorale, destinato naturalmente a mutare nella sua composizione «il giorno successivo alle elezioni»<sup>59</sup>. Tuttavia, negli ordinamenti costituzionali contemporanei che pongono come principio fondamentale della loro costruzione la protezione del singolo (anche se in minoranza) rispetto ad una possibile tirannia del potere maggioritario, occorre approntare forme di tutela più incisive che passano necessariamente per il tramite di garanzie giurisdizionali forti e indipendenti.

Ora, un dubbio nasce dall’osservazione della vicenda che ci occupa: i diritti delle minoranze possono essere affidati al libero arbitrio di maggioranza? A ben vedere, il caso del divorzio riguardava un’Italia dove – pur nella grande frammentazione di passioni politiche – era esistita per decenni una certa “omogeneità sociale”, o meglio “etico-sociale”, come dimostravano i dibattiti all’Assemblea Costituente<sup>60</sup>. Ancora, l’istituto del divorzio poteva (e può) toccare più o meno direttamente qualunque membro della società.

Oggi non è più così: non solo la società vive in un contesto di variegato pluralismo ideologico e valoriale, ma nascono pressanti rivendicazioni di diritti (o particolari declinazioni di diritti) destinati a proteggere specificamente fenomeni minoritari. Diritti, dunque, non pensati per essere universali e proprio per questa ragione inidonei ad essere rimessi *coram populo* per una loro espressa accettazione. Se esisto-

---

<sup>59</sup> D’Andrea A., *La riconsiderazione della funzione parlamentare quale strada obbligata per puntellare la traballante democrazia italiana*, in *Rivista AIC*, 2011, 1, p. 10 afferma che, il giorno successivo alle elezioni, «il corpo elettorale (...) si dissolve come accade alla crisalide che lascia il bozzolo e diviene farfalla».

<sup>60</sup> Nessuna forza politica contestava la necessità di consacrare il ruolo della famiglia in Costituzione e, se la DC si proclamava per l’indissolubilità del matrimonio, il PCI non era certo incline a dare battaglia per il divorzio, considerandolo una questione “da ricchi borghesi” (cfr. Falzone V., Palermo F., Cosentino F., *La Costituzione italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 67).

no casi in cui la coscienza civile di una maggioranza sposa la rivendicazione di minoranza (come avvenuto nel referendum svizzero del 26/09/2021, quando l'elettorato elvetico ha accettato il matrimonio egualitario a prescindere dal sesso), il rischio che gli appelli al popolo si trasformino in un'arma da brandire contro le minoranze è lungi dall'essere una preoccupazione ipotetica. Prove ne siano il referendum costituzionale croato del 2013 che consacrò il matrimonio come esclusivamente eterosessuale o i referendum tenutisi in vari Stati americani sullo stesso tema o, ancora, il referendum annunciato dal Primo ministro ungherese Viktor Orban per plebiscitare la legge anti-LGBT voluta dalla sua maggioranza<sup>61</sup>.

Anche per questa ragione si rivela fondamentale – pure in una prospettiva *de iure condendo*<sup>62</sup> – conservare gli accorgimenti tecnici più idonei per evitare che il referendum patisca un'involuzione democratica in senso plebiscitario. Un effetto che, tutto considerato, la natura abrogativa (con possibili tratti “manipolativi”) consacrata dall'art. 75 Cost. ha per il momento impedito.

È però difficile esprimere un giudizio di sollievo – ad esempio – sul fatto che la disciplina delle unioni civili non abbia formato oggetto, nemmeno parzialmente, di referendum popolare, malgrado gli iniziali annunci di alcune componenti politiche<sup>63</sup>. Riesce difficile non già perché se ne auspicasse l'abrogazione – peraltro, l'esistenza dell'istituto va senza dubbio considerata materia “costituzionalmente vincolata”, anche perché rispondeva ad una precisa obbligazione individuata dal giudice delle leggi<sup>64</sup> – ma piuttosto perché dalla conferma referendaria

---

<sup>61</sup> Sull'utilizzo distorto degli strumenti costituzionali nel quadro delle c.d. “democrazie illiberali” v. Philippe X., *La légitimation constitutionnelle des démocraties*, in *Pouvoirs*, n. 169, 2019, p. 33 ss.

<sup>62</sup> Si pensi all'iniziativa di revisione costituzionale – approvata in prima lettura alla Camera, ma ormai arenata – che mirava ad introdurre un'iniziativa legislativa popolare rafforzata con un referendum approvativo diretto ove il Parlamento non si fosse pronunciato entro un determinato lasso di tempo o avesse stravolto la proposta popolare (A.C. XVIII, n. 1173, divenuto l'atto A.S. XVIII, n. 1089).

<sup>63</sup> Nella Gazzetta Ufficiale del 27/05/2016, la Corte di Cassazione annuncia la richiesta referendaria sulla art. 1 della L. 20/05/2016, n. 76, richiesta che – annunciata da alcuni senatori – non avrà alcun seguito.

<sup>64</sup> Dopo la sent. Corte cost. n. 138/2010 che aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme del Codice civile che consentivano il solo matrimonio eterosessuale, la sent. Corte cost. n. 170/2014 – nella forma della pronuncia “additiva di principio” – ha riconosciuto l'obbligo del legislatore di disciplinare la “formazione sociale” corrispondente all'unione di due persone dello stesso sesso. Bonini V. P., *Unioni civili. Profili costituzionali*, in *Libro dell'Anno del diritto 2017*, Roma, 2017. Con la sent. Corte cost. n. 221/2019 – resa in tema di filiazione da procrea-

si sarebbe potuto trarre un nuovo “super-precedente” che segnasse in maniera inconfutabile l’evoluzione della coscienza sociale italiana<sup>65</sup>. È chiaro, tuttavia, che sarebbe esistito un rischio intrinseco di arretramento, nonostante tutti gli accorgimenti possibili.

Il problema è quindi difficilmente risolvibile in senso assoluto: bisogna custodire gelosamente gli equilibri istituzionali e le tutele massime previste dall’ordinamento per evitare regressioni rispetto al riconoscimento di diritti comunque fondamentali. In Italia, la barriera giurisdizionale del giudizio di ammissibilità sembra operare in maniera piuttosto soddisfacente sul versante delle posizioni costituzionalmente garantite, anche se forse sarebbe desiderabile l’affermazione di un criterio ulteriore e/o complementare nel vaglio delle richieste referendarie come la protezione delle minoranze, che certo potrebbe operare anche *a posteriori*, ma forse con accresciuti rischi<sup>66</sup>.

Nondimeno, fare appello ai soli e sacrosanti controlli giurisdizionali non può bastare<sup>67</sup>. Il vero auspicio è che riprenda a funzionare il

zione medicalmente assistita – la Corte ascrive la disciplina della genitorialità alla discrezionalità del legislatore, venendo così a «decostituzionalizzare il paradigma eterosessuale» alla base, anche, del regime matrimoniale in Italia: cfr. Manetti M., *La deconstituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 5, p. 2613 ss.

<sup>65</sup> Sul rapporto fra giudizio di costituzionalità e “coscienza sociale” v. Zanon N., *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione delle Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, p. 1 ss.; Marcenò V., *Il Giudice delle leggi in ascolto. “Coscienza sociale” e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 2, p. 377 ss.

<sup>66</sup> La Corte si è sempre riservata di sindacare la costituzionalità dell’effetto prodotto dal referendum. Tuttavia, consentire la celebrazione di una consultazione, ad esempio, sui diritti di alcune minoranze significa aprire a forti conflitti sociali (ricordiamo sempre che il referendum è richiesto da qualcuno che vuole modificare lo *status quo*), che rischiano di fragilizzare la posizione delle minoranze stesse. La sovrapposizione fra giudizio di ammissibilità e giudizio di legittimità costituzionale costituisce un tema complesso e ad equilibri variabili, ma è indubbio che essendo il giudice dell’ammissibilità referendaria «il Giudice delle leggi (...) nell’esercitare questa differente funzione, sarà inevitabilmente condizionato dal suo ruolo principale. Ciò vale soprattutto nell’ambito di un giudizio, come quello in esame, la cui disciplina è estremamente limitata» Pertici A., *Il giudice delle leggi*, cit., p. 228.

<sup>67</sup> Non si può attribuire all’attività del giudice un carattere di “plusvalenza ideologica” tale da garantire l’unitario sviluppo di un programma valoriale completo derivabile dalla Carta costituzionale. Già Mezzanotte C., *Corte costituzionale*, cit., p. 119, osservava che: «[ogni] sentenza rappresenta, se così si può dire, soltanto se stessa, e non ha più alcuna attitudine a raffigurare simbolicamente l’immanenza e la veridicità dell’intero programma costituzionale. Si può anzi dire che la situazione di totale diversificazione delle attese, e la conseguente pluralizzazione delle risposte che possono essere date, induca la stessa Corte costituzionale ad attestarsi su posizioni il meno possibile

circuito democratico-rappresentativo: il primo interprete e custode della coscienza sociale non può che essere il legislatore, che ha il dovere di farsi ascoltatore attento dei bisogni della società<sup>68</sup>. Altrettanto auspicabile, però, è che questo stesso legislatore – nel confronto costruttivo fra maggioranze e minoranze parlamentari – sappia agire con la necessaria gradualità, soprattutto ove voglia svolgere un’attività “pedagogica” nei confronti della collettività, orientandola verso forme di apertura ed integrazione di fenomeni minoritari, nemmeno ipotizzabili in tempi non troppo antichi.

Il rischio del “ritorno di fiamma” è sempre in agguato e, pur con le migliori intenzioni, un legislatore affrettato e non sufficientemente in armonia con il sentire civile rischierebbe di creare più danni che benefici. E con particolare riguardo all’istituto referendario, si arriverebbe così ad un pericolosissimo paradosso: un popolo sarebbe pronto a rovesciare la decisione dei suoi rappresentanti in materia di diritti, ma ciò gli verrebbe impedito dall’attivazione dei meccanismi di controllo. Una simile situazione è da evitare accuratamente, poiché essa potrebbe creare grandi fratture nel tessuto sociale e rappresentare una temibile insidia per la tenuta dell’ordine democratico.

---

ideologizzate... quasi che in ogni sentenza fosse implicata una clausola *rebus sic stantibus* che rendesse precaria la soluzione e ne impedisse la risalita verso un parametro costituzionale permanente e suscettibile di replicarsi all’infinito».

<sup>68</sup> La presa in conto dell’evoluzione etico-sociale rappresenta una sorta di raccomandazione-invito che il giudice costituzionale si è sentito più volte di fare al legislatore, sin dalla formulazione discreta della sent. Corte cost. n. 133/1973 («È appena poi il caso di accennare che non è certo sottratto alla discrezionalità del legislatore l’abrogare o il modificare una legge ove si ravvisi un mutamento dei presupposti etico sociali di essa», punto 11 Cons. Dir.). Più di recente, in tema di omogenitorialità la Corte ha affermato che «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall’alveo della ragionevolezza» (sent. n. 221/2019, Punto 13.1 Cons. Dir.). Simili affermazioni si rinvencono nelle sent. Corte cost. n. 230/2020 (sull’adozione del figlio) e poi nelle sentenze n. 32 e 33 del 2021 sul riconoscimento di figli nati in contesti genitoriali omosessuali (o per tramite di fecondazione assistita eterologa o di maternità surrogata), sulle quali v. Rimoli F., *Diritto all’omogenitorialità, ‘best interest of the child’ e ‘famiglia naturale’: un problema ancora irrisolto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, 2, p. 339 ss.