

# LA FAMIGLIA TRA NEOGIUSNATURALISMO E POSITIVISMO GIURIDICO

Cesare Salvi

*Il dibattito in materia di unioni civili ripropone il tema del rapporto tra ordinamento giuridico positivo e diritto naturale. Assolutivismo e relativismo nella filosofia e nella politica. Kelsen e Strauss, Rawls e Dworkin. Senza relativismo dei valori, non può darsi democrazia.*

*Ma è indispensabile anche il dialogo dei valori, assumendo come premessa la necessità di una fondazione etica del diritto.*

L'avvio del dibattito parlamentare sui disegni di legge in materia di unioni civili, al di là delle polemiche quotidiane alle quali troppo spesso si sta riducendo la politica italiana, ha riproposto un tema che forse troppo facilmente si è ritenuto definitivamente superato, quello del rapporto tra ordinamento giuridico positivo e diritto naturale. E ciò sotto due versanti.

Anzitutto, la Chiesa cattolica ha affermato, al massimo livello e con insistenza, che esistono principi di diritto naturale che condizionano la legittimità delle legislazioni in materia familiare, e non solo in tale materia.

Benedetto XVI, in occasione del congresso internazionale sul diritto naturale, promosso dalla Pontificia Università lateranense (12 febbraio 2007) ha affermato che «ogni ordinamento giuridico trae ultimamente la sua legittimità dal

radicamento nella legge naturale», e che tale affermazione «ha applicazioni molto concrete se si fa riferimento alla famiglia». L'istituto del matrimonio «ha stabilità per ordinamento divino» e la sua disciplina fa parte di quelle «norme che non ammettono interventi in deroga» da parte del legislatore di qualunque Stato.

Il filosofo del diritto Francesco D'Agostino, il maggior teorico odierno del giusnaturalismo cattolico, ha sottolineato, commentando il discorso del Pontefice all'Università Lateranense, che «il rispetto del diritto naturale è il fondamento di legittimità delle leggi dello Stato».

## Giusnaturalismo cristiano e laico

Il secondo aspetto del ritorno di attualità del diritto naturale deriva

dalla circostanza che è la nostra stessa Costituzione a usare in tema di famiglia una formulazione che in qualche modo evoca il diritto naturale: l'articolo 29, per il quale «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

Diritto naturale e famiglia: è utile ricordare che proprio il matrimonio è l'esempio addotto da Uliviano nel passo delle sue *Istituzioni*, nel quale si propone la definizione dello *ius naturale* come diritto proprio non solo del genere umano, ma anche del mondo animale: «*ius naturale est, quod natura omnia animali docuit*».

E l'esemplificazione è appunto in ciò, che non solo il genere umano, ma tutti gli animali, terrestri, marini e gli stessi uccelli, hanno in comune «*maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus*», così come

hanno in comune la procreazione e l'educazione dei figli.

Per la verità è proprio questa idea di Ulpiano della natura, come comune al genere umano e agli animali, che è contestata dal giusnaturalismo cristiano: ed è in questa contestazione che risiede, a me pare, la radice della divaricazione tra giusnaturalismo cristiano e giusnaturalismo laico.

Francesco D'Agostino, nel suo volume *Filosofia del diritto*, così motiva la presa di distanza dalla formulazione di Ulpiano: «Nella prospettiva di giusnaturalismo teologico, la natura non possiede alcuna rilevanza intrinseca, se non per il fatto che in essa e da essa traluce la volontà normativa divina». E i precetti del diritto naturale si identificano così necessariamente con «quod in lege et in Evangelio continetur», secondo la celebre formula di Graziano.

Da qui derivano due conseguenze. La prima è quella sottolineata dal cardinale Camillo Ruini, nel suo ultimo discorso da presidente della Conferenza episcopale italiana, quando ha affermato che ai fini della regolazione giuridica della famiglia, e in genere di fronte alla richiesta sempre più diffusa di nuovi diritti, «il punto decisivo è l'apertura della razionalità umana alla trascendenza, cioè, in concreto, a Dio e anche all'Uomo che non può essere considerato un pezzo di natura».

La seconda conseguenza è che per il giusnaturalismo teologico il contenuto del diritto naturale non sembra oggetto possibile

di vero dialogo tra credente e non credente. È vero infatti che a esso si può arrivare anche attraverso la *recta ratio*; ma è accettabile solo la conclusione razionale, che sia conforme a quella data dall'unico soggetto autorizzato a dare, per così dire, l'interpretazione autentica di ciò che si intende per natura, perché il concetto stesso di natura richiama a una fondazione trascendente rispetto alla storia.

Per il giusnaturalismo cristiano la parola natura non ha in effetti lo stesso significato che per il giusnaturalismo laico. Per il primo, la natura esprime il disegno divino sul creato; per il secondo, valori che possano considerarsi in un determinato momento storico comuni, universali. La differenza viene espressa, nel dibattito odierno sul riconoscimento giuridico delle «coppie di fatto», con il riferimento, da parte cristiana, a un «principio antropologico», che individua nella omosessualità una devianza rispetto alla natura, che è insieme umana e divina, dell'essere umano. Questa devianza dalla natura renderebbe illegittima, appunto perché in contrasto con il diritto naturale, una normativa che desse rilievo giuridico, e una qualche forma di tutela, al rapporto omosessuale.

Facciamo ora un passo indietro di quarant'anni. La discussione sul rapporto diritto naturale-diritto positivo, ai fini dell'ordinamento giuridico della famiglia, si svolse e fu accesa in Italia in occasione del dibattito sull'introduzione

ne del divorzio prima, e poi della riforma del diritto di famiglia.

I giuristi cattolici sostenevano che la norma dell'articolo 29, alla quale ho fatto prima riferimento, dovesse essere interpretata nel senso che con la formula «società naturale» si debba intendere «società di diritto naturale» e che il «riconoscimento» di tale società naturale non sia che il riconoscimento della anteriorità, rispetto allo Stato, della famiglia come realtà preesistente, originaria e immutabile nel tempo. Secondo tale interpretazione, la stessa essenza e natura della famiglia esigerebbe quindi un ordinamento dei suoi rapporti giuridici immutabile, ed estraneo alle vicende del diritto positivo. La conseguenza che ne veniva tratta era di considerare sia l'indissolubilità del matrimonio, sia la supremazia del marito e del padre nell'ambito dei rapporti familiari, sia il *favor* ai figli legittimi rispetto ai figli nati fuori del matrimonio, come imposti al legislatore ordinario dalla norma costituzionale (per tutti Santoro Passarelli, Carraro).

Sul versante opposto si affermava che l'espressione «società naturale» dovesse essere intesa come una sorta di rinvio all'evoluzione sociale, che modifica nel tempo i rapporti tra coniugi e tra genitori e figli. La «natura» insomma va storizzata, l'articolo 29 della Costituzione va inteso nel senso che il legislatore deve basarsi sulle valutazioni operate nell'ambiente sociale, nei cambiamenti della struttura e dell'organizzazione

della famiglia. Ne deriva la necessaria relatività e storicità della disciplina giuridica dei rapporti familiari (per tutti Maiello, Rodotà).

Nell'Assemblea costituente la formulazione dell'articolo 29 aveva consentito l'incontro, per così dire, dei due giusnaturalismi, quello cristiano e quello laico, cioè – con riferimento alla famiglia – dei due diversi modi di intendere la formula «società naturale». E nemmeno si poneva il problema teorico del rapporto fra giusnaturalismo e positivismo giuridico, giacché l'articolo 29 è comunque norma «posta», interna al sistema, che al giurista spetta soltanto interpretare e applicare. Nel momento però delle scelte legislative sollecitate negli anni Sessanta dal processo di liberazione culturale e civile in atto nella società italiana, le due impostazioni tornavano radicalmente a divergere.

Com'è noto prevalse l'interpretazione «laica»: prima con l'introduzione del divorzio, poi con l'approvazione della riforma del diritto di famiglia, che ha disegnato i rapporti familiari sulla base dell'eguaglianza dei coniugi, e dell'eguaglianza tra i figli, siano nati dentro o fuori del matrimonio. Per tale via, l'impianto patriarcale della tradizione veniva travolto, insieme al principio dell'indissolubilità del matrimonio. La sconfitta dell'identificazione della famiglia con uno specifico modello di famiglia, quello regolato dal codice civile del 1942, per adeguarla invece ai valori e ai modelli di comportamento dell'Italia di quegli anni,

vide insomma perdente l'idea che la famiglia, in quanto istituto «di diritto naturale», fosse immutabile nei tratti giuridici ereditati dalla tradizione.

Tornando ai giorni nostri, va detto subito che l'evoluzione del diritto costituzionale vivente rende, o dovrebbe rendere, inutile ogni controversia sulla costituzionalità di una disciplina delle unioni civili come quella della quale, con diverse prospettazioni, si dibatte in questi giorni in Parlamento. Il dubbio di costituzionalità non si pone; o meglio non si pone nei termini proposti dalla tesi che afferma la illegittimità di qualunque riconoscimento giuridico del rapporto di coppia, etero o omosessuale, in quanto lesivo dell'articolo 29 della Costituzione.

L'interpretazione della normativa costituzionale a riguardo è infatti diversa, ed è da tempo chiara, univoca e consolidata nella giurisprudenza costituzionale e in quella di legittimità.

A partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 237 del 13 febbraio 1986, i supremi organi giurisdizionali hanno costantemente affermato che il rapporto di convivenza è costituzionalmente rilevante e meritevole di tutela, costituendo una delle «formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo» (il linguaggio sessista non è mio!) ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione. Si è in presenza, dicono i giudici, di interessi meritevoli di tutela «per le basi di fondata affezione che li esaltano e gli aspetti di solidarietà che ne deri-

vano»; e la tutela è in parte attuabile direttamente dal giudice, in parte da definire legislativamente.

Più volte del resto, negli ultimi decenni, specifiche norme di legge hanno equiparato, a fini specifici, la posizione del convivente a quella del coniuge, senza che ciò sollevasse particolari polemiche politiche.

Si vedano, da ultime, la legge n. 6 del 2004, in materia di amministratore di sostegno e di interdizione, che ha introdotto i nuovi articoli 408 e 417 del codice civile; ovvero la legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita; entrambe approvate da una maggioranza di centro-destra.

I principi giurisprudenziali e la normativa che si è richiamata, naturalmente, non sono tali da indurre ad affermare, e nemmeno a consentire, la piena equiparazione con i rapporti giuridici che derivano dal matrimonio. Essi individuano però chiaramente, nel rapporto di convivenza, una formazione sociale che merita tutela e riconoscimento giuridico.

Si aggiunga che in un più di un'occasione la giurisprudenza ha ritenuto di intervenire, sulla base del principio di egualanza di cui all'articolo 3, per vietare in taluni casi una disparità di trattamento tra il rapporto di convivenza e il rapporto matrimoniale (così la Corte Costituzionale in materia di successione nel contratto di locazione; ovvero la Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno per la morte del convivente,

anche omosessuale). Ci si avvede così che una disciplina legislativa del rapporto di convivenza, che non riproduca gli identici effetti giuridici del matrimonio, e tuttavia faccia discendere da quel rapporto e in modo organico diritti e doveri, deve considerarsi conforme e quasi dovuta dalla Costituzione, sulla base dell'interpretazione costante delle norme costituzionali rilevanti in materia, data dagli organi giurisdizionali a ciò preposti dal nostro ordinamento giuridico, e spesso concretizzata in conformi interventi legislativi.

Né può negarsi, per quanto riguarda l'applicazione agli omosessuali dei principi di cui all'art. 3 della Costituzione, il rilievo di quanto previsto dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per il quale «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso, la razza [...] o le tendenze sessuali».

### Assolutismo e relativismo

Avvertirei però l'insoddisfazione per una conclusione che si fermasse a questo punto. È un'insoddisfazione che deriva da un dubbio che non riguarda l'analisi dell'ordinamento giuridico positivo italiano in tema di famiglia. E questo dubbio voglio formularlo nei termini di un'esplicita domanda: per il diritto di famiglia, ma non solo per esso, il punto di vista laico può oggi limitarsi a contestare la rilevanza sul diritto positivo del diritto naturale, nei termini usati a suo tem-

po da Hans Kelsen o, da noi, nel dibattito degli anni Cinquanta su giusnaturalismo e positivismo giuridico?

Come è noto, la teoria giuridico-politica di Hans Kelsen si fonda su un ragionamento filosofico, da lui svolto in particolare nel saggio del 1948 su *Assolutivismo e relativismo nella filosofia e nella politica*. Per Kelsen, come sappiamo, la dottrina pura del diritto non esaurisce la teoria della democrazia. Come egli scrive, «proprio come l'autocrazia è assolutismo politico e l'assolutismo politico corrisponde all'assolutismo filosofico, la democrazia è relativismo filosofico». Se i valori sono relativi, l'unico criterio per decidere, in un sistema che non voglia essere autocratico, è quello del principio di maggioranza. Positivismo giuridico e concezione procedurale della democrazia si uniscono nell'escludere ogni rilevanza a un ragionamento fondato sul diritto naturale.

Ma per chi affronta da un punto di vista laico, cioè non sulla base di una concezione religiosa, o comunque metafisica, i problemi che la «accelerazione della storia» pone oggi al diritto e al giurista, è sufficiente una teoria meramente procedurale della democrazia e una concezione «pura», nel senso kelseniano, del diritto positivo? A questo interrogativo dedicherò le riflessioni che seguono.

Consideriamo un tema diverso dal diritto di famiglia, almeno nel senso che lo comprende, il tema dei diritti fondamentali. Lui-

gi Ferrajoli, il filosofo del diritto che su esso si è da tempo, e acutamente, esercitato, si è indotto di recente ad affrontare il problema di una individuazione del «fondamento dei diritti fondamentali», oltre la normativa internazionale – a partire dalla Carta delle Nazioni Unite – alla quale solitamente si fa riferimento. E a interloquire con chi critica la sua impostazione, che afferma la rilevanza giuridica universale dei diritti umani, appunto perché considerata espressiva di un neogiusnaturalismo, o di un criptogiusnaturalismo. E infatti Ferrajoli dedica, nel suo più recente scritto sull'argomento, ampia trattazione all'interrogativo sui «fondamenti dei diritti fondamentali tra giuspositivismo e giusnaturalismo», e indica quattro criteri assiologici, a suo avviso necessari per una fondazione positiva dei diritti fondamentali.

Se il fondamento dei diritti fondamentali è legato a criteri assiologici, torna in altra forma la domanda già posta. Esiste, e qual è, un fondamento extrapositivo, ma al tempo stesso oggettivo, del valore universale dei diritti fondamentali della persona umana? È sufficiente il richiamo alla crescente elaborazione di carte dei diritti nel diritto internazionale? E se non lo è, non si pone così il tema di un neogiusnaturalismo «laico», cioè della dottrina che – come sottolineava Norberto Bobbio – è stata il presupposto filosofico (a partire dall'affermazione del principio di tolleranza e poi di libertà religiosa) dello Stato liberale?

E ancora, se non avessimo la Costituzione che abbiamo, come non ce l'ha, ad esempio, il Regno Unito, potremmo ritenere per ciò solo irrilevante nel nostro ordinamento giuridico il principio del valore universale dei diritti fondamentali? La risposta del positivismo giuridico, insomma, sembra non bastare più.

Nel dibattito italiano degli anni cinquanta e sessanta su giusnaturalismo e positivismo giuridico, il pensiero laico respinse drasticamente la critica di Leo Strauss all'impostazione di Kelsen. Il giusnaturalismo di Strauss fu bollato come ingenuo e banale e si considerò «blasfema e piena di livore» la sua critica a Kelsen. Rileggendo quel dibattito, si rimane sorpresi dal fine di non ricevere che veniva opposto agli argomenti di Strauss. Ad esempio, quando Strauss imputa a Kelsen di avere omesso, nella traduzione inglese dei suoi scritti, il passo nel quale afferma il carattere giuridico di un ordinamento politico autocratico, c'è da domandarsi se, dopo Auschwitz, fosse sufficiente rispondere, come fece Kelsen, imputando al suo contraddittore un errore nella citazione, come se si trattasse di un concorso universitario.

Non è ovviamente qui il caso di provare ad approfondire la riflessione di Leo Strauss su «Diritto naturale e storia»: un autore tornato recentemente all'attenzione per ragioni in parte diverse da quelle qui considerate. Ma è certo che quella riflessione sembra oggi

ben più attuale, di quanto apparisse mezzo secolo or sono.

Né c'è il tempo per tornare su un altro dibattito degli anni quaranta e cinquanta, quello fra lo stesso Kelsen e i teorici sovietici del diritto. Basti qui ricordare che il tentativo compiuto dagli autori sovietici di conciliare con la critica al giusnaturalismo la fondazione di un diritto socialista «positivo» nel materialismo storico e nella lotta di classe si rivelò teoricamente impossibile, come ancora Kelsen ebbe modo di dimostrare.

Si può però almeno segnalare che la rilettura delle teorie sovietiche del diritto – fatte conoscerne in Italia da Umberto Cerroni – conferma i rischi di un assolutismo dei valori che pretenda di prevalere sul relativismo insito nei principi della democrazia, e sullo stesso formalismo giuridico. Come ha scritto Aldo Schiavone, quando si è tentato di superare quei principi per mettere al loro posto «qualcosa di più sostanzivo, si è dovuto accompagnare l'esperimento con una tale carica di coercizione, di violenza e di sovra-determinazione etica, da renderne il costo insostenibile».

### Il dibattito contemporaneo

Conviene ora dedicare qualche considerazione agli ordinamenti giuridici di *common law*, nei quali non è possibile, per ragioni intrinseche ai formanti del sistema, impostare il dibattito tra giusnaturalismo e positivismo giuridico nei

medesimi termini nei quali può esser affrontato nei sistemi giuridici dell'Europa continentale.

Ho accennato al Regno Unito, un paese privo di Costituzione scritta. È altrettanto interessante qualche cenno al recente dibattito giuridico in un paese di *common law*, che invece la Costituzione scritta ce l'ha. Il diritto degli Stati Uniti, come si sa, è fondato sul ruolo centrale dei giudici, attraverso il ricorso ai precedenti. Attraverso i precedenti, il diritto tuttavia evolve: se ci sono fondate ragioni, che vanno esplicitate, un precedente può essere cambiato. Ma dove rinvenire le fondate ragioni che consentono il mutamento del diritto?

Storicamente, l'avanzamento dei diritti civili è stato possibile, negli anni cinquanta e sessanta, attraverso la reinterpretazione, da parte della Corte Suprema, delle norme costituzionali. Ma questa via è contestata oggi dal pensiero giuridico conservatore, in nome proprio di argomenti tipici del positivismo giuridico. Duplicata è stata infatti l'obiezione. In primo luogo, la Costituzione va interpretata secondo la intenzione originaria dei framers, e non alla luce dell'evoluzione storica dei valori sociali. In secondo luogo, le scelte legislative spettano al legislatore, espressione della sovranità popolare, e non al giudice, politicamente irresponsabile. Come si vede, un capovolgimento nell'uso delle categorie contrapposte diritto naturale/positivismo giuridico, rispetto ai termini politici del dibattito italiano tra innovatori e con-

servatori della disciplina del diritto di famiglia.

Il dubbio sulla possibilità di fondare su valori oggettivi il diritto positivo è però cresciuto anche nelle teorie giuridiche statunitensi di orientamento *liberal*. Basti pensare, sul piano filosofico, alle differenze tra il primo e il secondo Rawls e tra il primo e il secondo Dworkin. Sono i due autori, com'è noto, che con maggiore impegno hanno tentato di elaborare una filosofia del diritto idonea a dare una nozione oggettiva dei valori, utilizzabile ai fini delle scelte di diritto positivo. Nel suo libro del 1977, tradotto da noi con il titolo *I diritti presi sul serio*, Ronald Dworkin presentava con determinazione argomenti per una fondazione oggettiva dei diritti soggettivi. In *L'impero del diritto*, che è del 1986, Dworkin sostiene un altro tipo di ragionamento: sostiene che la giustizia chiede ai giudici di esaminare i «migliori» argomenti giuridici elaborati a partire da differenti pratiche letterario-interpretative. Lo spostamento dalla «soluzione giusta» alla «migliore interpretazione» costituisce, com'è stato notato, un mutamento sottile ma non irrilevante: Dworkin sembra meno sicuro della possibilità di dare un fondamento universale ai diritti. E anche John Rawls in *Political Liberalism*, che è del 1983, propone una concezione politica della giustizia che a me pare distante, e anch'essa meno sicura di sé, rispetto all'idea universalistica di una società giusta sviluppata, dodici anni prima, in *Una teoria della giustizia*.

Anche negli studi statunitensi di diritto positivo dell'ultimo ventennio prevale un'attitudine critica, una lettura postmoderna e destrutturante del diritto, lungo un percorso che sembra condurre alla fine a considerare impossibile qualsiasi fondazione oggettiva di una teoria dei valori, che possa rilevare ai fini della soluzione dei problemi giuridici. Questo limite è evidente nei «decostruzionisti di sinistra», gli autori della scuola dei *Critical legal studies*, ai quali è stata infatti rivolta l'obiezione di condurre la critica agli orientamenti giuridici prevalenti secondo una metodologia e un impianto che ha un unico possibile approdo: il nichilismo giuridico (espressione del resto usata da noi, sulla base di non dissimili considerazioni, da Natalino Irti come titolo del suo libro sul diritto nell'era della globalizzazione).

Non si può d'altra parte nascondere che nel dibattito contemporaneo, ai tradizionali argomenti critici nei confronti del giusnaturalismo, se ne aggiunge uno, che talvolta più che un argomento esplicitato e affrontato fino in fondo appare, per così dire, una sorta di freno auto-imposto rispetto alla possibilità di un discorso sui valori fondativi del diritto e dei diritti. È il freno che deriva dalla preoccupazione che l'affermazione di valori universali esprima un etnocentrismo occidentale, compressivo e repressivo di culture diverse.

E tuttavia, se certezze sul punto di approdo non vi sono, credo che il dialogo vada aperto, e senza pregiudizi, anche con i valori

espressi da altre culture. Basti qui accennare alla riflessione di Amartya Sen sulla possibile costruzione di valori universali proprio partendo dal confronto tra le diverse culture, e in particolare tra quella occidentale e quelle asiatiche.

Del resto, se non si seguisse questa via, e al di là delle apparenze, il principio del pluralismo culturale e del relativismo dei valori, affermato come apertura a civiltà diverse, rischierebbe di condurre al suo contrario. Rischia cioè di basarsi sull'idea che i diversi da noi non siano raggiungibili dai nostri ragionamenti sulla democrazia e sui diritti. Al di là delle intenzioni, insomma, un eccesso di relativismo etico e valoriale rischia di portare a un risultato opposto da quello desiderato, al risultato cioè che è stato teorizzato, dalla geopolitica, in termini di scontro di civiltà. E ciò in base all'idea, appunto, che i nostri valori, a partire dall'affermazione dell'esistenza di diritti fondamentali universali, possano essere propri solo della nostra cultura, quella occidentale, che per ciò stesso si autodefinisce come cultura superiore.

### Non vi è diritto immutabile

Per concludere. A me pare che una visione laica del diritto debba tornare a misurarsi nella difficilissima impresa di una fondazione valoriale del diritto positivo, che vada insomma rimessa in discussione la conclusione raggiunta nel 1958 da Guido Fassò, per la quale

«il giusnaturalismo laico è morto da un pezzo, quel che rimane è il giusnaturalismo cattolico, o comunque a base teologica». Rimane però aperto il grande problema, al quale accennavo all'inizio, delle basi teoriche del confronto tra giusnaturalismo laico e giusnaturalismo cattolico.

La critica al giusnaturalismo cristiano non deve concernere, a mio avviso, la necessità di un dialogo sui valori – ricordo, al riguardo, l'interlocuzione da parte di Jürgen Habermas, in particolare nel saggio dal titolo *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, e la risposta dell'allora cardinale Ratzinger; e neppure di un dialogo che assuma a fondamento, per usare l'espressione teologica, la *recta ratio*.

Il problema è un altro, è il problema dell'atteggiamento (la precomprensione, potremmo forse dire), nel dialogo alla ricerca di valori etici oggettivi, che assume la parte che ritiene di disporre della parola finale e decisiva, e per ciò stesso autoritativa, circa la definizione di ciò che la *recta ratio* dice sul diritto naturale.

Qualunque forma di dialogo richiede che si riconosca, se non le ragioni, almeno la possibilità che l'interlocutore abbia delle ragioni che partono alla pari con le altre.

Il diritto, compreso il diritto di famiglia, non può essere immodificabile: deve reggere il passo con la storia. Un diritto immutabile non si dà, per così dire, in natura.

Parlavo in precedenza delle trasformazioni culturali e dei

comportamenti della società italiana che negli anni sessanta e settanta portarono all'introduzione del divorzio e alla riforma del diritto di famiglia. Sarebbe sbagliato non affrontare esplicitamente il fatto che, nelle società occidentali, particolarmente in Europa e quindi in Italia, nuove trasformazioni sono in corso nel modo di intendere i rapporti che potremmo definire parafamiliari (ne parla di recente, in termini originali, il saggio di Andrea Zanotti su *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*). È qui la motivazione che ha spinto gran parte dei paesi europei ad adottare una legislazione che tenga conto di queste trasformazioni, e il Parlamento italiano a esaminare le numerose proposte presentate in argomento, già nella passata legislatura, e fin dall'inizio di questa: molto prima, cioè, che si concretizzasse la controversa proposta legislativa del governo.

Da un lato coppie soprattutto giovani preferiscono un rapporto di convivenza al matrimonio. Dall'altro vi è la richiesta del riconoscimento esplicito del diritto degli omosessuali a non essere discriminati, anche nel loro rapporto di coppia, per il loro orientamento sessuale.

Questo è il tema: e sfuggirvi sarebbe ipocrita.

E tuttavia non si può pensare, e io personalmente non penso, che si possano affrontare temi come quelli della famiglia, delle unioni civili, dei diritti dei bambini (un profilo, quest'ultimo, davve-

ro trascurato nel dibattito di questi mesi) senza un aperto confronto sui valori.

Il problema, naturalmente, ha una dimensione che va oltre la materia del diritto di famiglia e della disciplina delle convivenze.

L'irrisolto nodo della discussione teorica circa la naturalità o storicità dei diritti dell'uomo non può impedirci di vedere che è la stessa accelerazione della storia, con i processi di globalizzazione, con le affascinanti e inquietanti novità della scienza e della tecnologia, con la guerra del nuovo millennio (che non è più la guerra tra Stati, alla quale applicare le regole faticosamente elaborate a partire dalla metà del Seicento); non può impedirci di vedere che questa accelerazione della storia richiede una rinnovata fondazione etica del diritto.

Decisivo è, qui, il riconoscimento dell'altro: decisiva è la capacità dell'ascoltare, non solo del dire. A chi crede nella fondazione extraumana del diritto naturale va chiesto di riconoscere che anche chi non crede che il discorso giuridico sui valori debba essere basato su premesse trascendenti, non per questo assume, a base del proprio argomentare, l'approdo nichilista del relativismo etico. Quell'approdo non è necessitato. Senza relativismo dei valori, non può darsi democrazia. Ma neppure può darsi democrazia, nelle nostre società contemporanee, se il dialogo dei valori non viene apertamente e seriamente affrontato, assumendo come premessa la necessità di una fondazione etica del diritto

Ha scritto il priore di Bose, Enzo Bianchi, che il timore del nichilismo deve essere comune a credenti e non credenti; il timore della negazione di ogni progetto, di ogni principio etico, di ogni fondazione ideale delle regole sociali. Credo che abbia ragione.

Ma allora si riconosca, come lo stesso Enzo Bianchi chiede, che non è vera la famosa frase di Dostoevskij. Che cioè vi sono atei e agnostici per i quali, se anche Dio non esiste, non per questo ci si può permettere tutto.

#### BIBLIOGRAFIA:

F. D'Agostino, *Legge morale, baluardo contro l'arbitrio del potere*, in *Avvenire*, 13 febbraio 2007.

ULPIANUS, Inst., I, in D. 1.1.1.  
F. D'Agostino, *Filosofia del diritto*, Torino, 2000, p. 66.

F. Santoro Passarelli, *Matrimonio e famiglia*, in id., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, pp. 33 sgg.; L. Carraro, in *La riforma del diritto di famiglia. Atti del Convegno di Venezia*, Padova, 1967.

U. Majello, *Profilo costituzionali della filiazione legittima e naturale*, in *Atti*, cit., pp. 89 sgg.; S. Rodotà, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, pp. 12 sgg.

Il dibattito in M. Bessone, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, sub art. 29, Bologna-Roma, 1976.

Per un quadro dello stato della giurisprudenza sulla cosiddetta famiglia di fatto v. ad es. M. Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, pp. 399 sgg.

H. Kelsen, *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica* [1948], trad. it. in id., *La democrazia*, Bologna, 1984, pp. 439 sgg.

N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, pp. 298 sgg.

L. Strauss, *Diritto naturale e storia*

[1953], trad. it. Genova, 1990; e cfr. H. Kelsen, *La democrazia*, cit., p. 352.

*Teorie sovietiche del diritto*, trad. it., a cura di U. Cerroni, Milano, 1964; H. Kelsen, *La teoria comunista del diritto*, trad. it., Milano, 1956, pp. 187 sgg.

R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, trad. it., Bologna, 1982; id., *L'impero del diritto*, trad. it., Milano, 1989; J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1993<sup>3</sup>; id., *Liberalismo politico*, trad. it., Torino, 1999; cfr. G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it., Bologna, 2001; N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

A. Sen, *La democrazia degli altri*, trad. it., Milano, 2004, pp. 66 sgg.

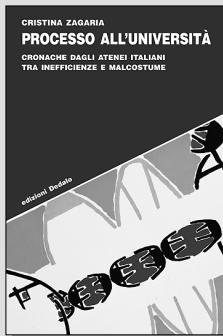
G. Fassò, *Diritto naturale e storico*, Bologna, 1958, p. 239; J. Habermas, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, 2004, pp. 239 sgg.; J. Ratzinger, *Ciò che tiene unito il mondo*, ivi, pp. 251 sgg.

A. Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Torino, 2007.

E. Bianchi, *La spiritualità degli atei*, in *la Repubblica*, 28 febbraio 2007; e cfr. id., *La differenza cristiana*, Torino, 2006.

# Edizioni Dedalo

[www.edizionidedalo.it](http://www.edizionidedalo.it)



**Cristina Zagaria**  
**Processo all'università**  
*Cronache dagli atenei italiani tra inefficienze e malcostume*

Una giornalista entra nelle aule universitarie e in quelle di Tribunale per raccontare problemi, disfunzioni, mancanze, limiti degli atenei italiani e del sistema-università.