

**Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia  
come «società naturale fondata sul matrimonio»**

di Ilenia Massa Pinto

(11 luglio 2008)

Le brevi riflessioni che seguono sono state suscitate dall'acceso dibattito che si è sviluppato di recente intorno al tema della famiglia e del riconoscimento di forme di convivenza diverse da quella tradizionale. La *tradizione*, appunto: è proprio sull'uso di questa espressione nelle posizioni via via sostenute nel dibattito in corso che s'intende qui riflettere.

Le controverse argomentazioni diffuse, sia sul piano scientifico sia sul piano politico, intorno a temi caratterizzati da una forte connotazione etica, tra i quali rientra senz'altro il tema del riconoscimento giuridico di forme di convivenza diverse da quella tra un uomo e una donna legati da vincolo matrimoniale, sottintendono sempre una specifica concezione (del fondamento) dei diritti evocati, che non sempre viene invece esplicitata.

A tal proposito, il modello oggi più diffuso sembra essere quello che si risolve nel fondare i diritti come qualità metafisiche del soggetto che ne è di volta in volta il titolare, come sue potenzialità umane indipendentemente da riconoscimenti normativi positivi. Secondo questo modello, i diritti dell'uomo consisterebbero in pretese che competono ai singoli in quanto esseri umani, a prescindere dal loro essere parte di una società storico-concreta e di un ordinamento giuridico positivo.

Peraltro, che si tratti del diritto all'orientamento sessuale, o del diritto alla procreazione medicalmente assistita, o del diritto alla dolce morte – solo per evocare alcuni dei temi più di recente fortemente dibattuti – il linguaggio impiegato nasconde sempre un'ambiguità di fondo, poiché confonde i diritti con i meri desideri soggettivi (che invece rilevano come impulso di una lotta politica per il riconoscimento di una regola che li sancisca come diritti, appunto). Questa confusione conduce a ritenere che esista sempre un generale diritto di scardinare gli elenchi di riconoscimenti positivi, al fine di rivestire le (anche legittime) pretese di fatto di alcune categorie di soggetti con la veste giuridica di diritti fondamentali, indipendentemente da qualunque appiglio a enunciati normativi.

Ed è proprio con riferimento allo specifico tema del riconoscimento giuridico di forme di convivenza diverse da quella tra un uomo e una donna legati da vincolo matrimoniale che questo modello è stato impiegato di recente per fondare i *diritti* di coloro che pretendono di dar vita a forme di convivenza *non tradizionali*. A tal proposito, è stato scritto, infatti, che ciò che conta, al fine del riconoscimento di *altre* forme di convivenza, è solo dimostrare «come l'art. 29 Cost. non produca l'effetto di impedire il riconoscimento dei diritti di formazioni familiari *altre* rispetto a quella fondata sulla differenza di genere e sulla funzione procreativa», o, detto altrimenti, ciò che conta è «verificare se sussistano

argomenti razionali (e non morali né attinti dalla tradizione) che giustifichino l'attuale situazione normativa che nega ad una coppia omosessuale non solo il matrimonio (e dunque la conseguente possibilità di beneficiare del regime giuridico tipico della famiglia) ma anche un istituto giuridico equivalente (di cui si consenta la registrazione e che garantisca pienamente i diritti e i doveri del matrimonio)» (così A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 2 e pp. 15-16). E dal momento che tali argomenti razionali non sussistono, sia il legislatore (costituzionale o ordinario, a seconda delle diverse posizioni), attraverso l'introduzione di istituti giuridici *ad hoc*, sia la giurisprudenza, attraverso l'estensione di regimi giuridici oggi circoscritti alla sola famiglia legittima, *devono* riconoscere tali diritti fondamentali.

Al medesimo ragionamento si usa ricorrere quando si tenta di ribattere all'argomento che fa leva sulla *tradizione*, ossia all'argomento secondo il quale *tradizionalmente* la famiglia nel nostro contesto sociale, storico, concreto, è quella che vede un uomo e una donna legati da vincolo matrimoniale (in argomento, tra i molti, cfr. A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2007, pp. 751 ss.; L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. Cost.*, 2007, p. 395; F. Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro It.*, 2005, V, pp. 275 ss.; V. Tondi della Mura, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. Cost.*, 2008, pp. 101 ss. Ma v. già C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, II, p. 1165).

A questo argomento si ribatte con la «richiesta di modificare tale tradizione giuridica perché contrastante con il principio di eguaglianza sancito dalla Costituzione», e con «l'onere di addurre le specifiche ragioni che [ne] giustificherebbero la permanenza», poiché «non ci si può certo appellare tautologicamente alla stessa tradizione (...). Servire la tradizione per mero riguardo verso la tradizione stessa non rientra certamente tra gli scopi del diritto» (così M. Gattuso, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, p. 457).

Se questo sembra essere il modello oggi più diffuso per argomentare il fondamento dei diritti, non è tuttavia l'unico. In estrema sintesi, e senza alcuna pretesa di approfondimento di un tema così complesso, che richiederebbe ben altre riflessioni, si potrebbe dire che, accanto al modello che fonda i diritti come qualità metafisiche del soggetto, gli argomenti retorici con i quali si tenta di fondare i diritti potrebbero essere ricondotti a due modelli generali: il primo, il più rigoroso, ma anche quello che oggi riscuote il minor favore nei dibattiti sia a livello scientifico sia a livello politico, è quello che concepisce i diritti fondamentali come il riflesso di un ordine statutale e che quindi riconosce come diritti solo le pretese positivamente fondate; il secondo, che rivaluta il principio di tradizione, nonché i presupposti del diritto scritto, è quello che concepisce i diritti fondamentali come il riflesso di un concreto ordine storico e socio-politico.

Solo per ricondurre questo generico schema ad alcuni filoni di pensiero, anche

assai lontani nel tempo, si potrebbe dire, in estrema sintesi, che il primo è un modello che potrebbe essere rintracciato in Pufendorf, nella filosofia politica di autori giacobini, in Bentham, in Jellinek, fino ad arrivare a Kelsen. Il secondo è invece ascrivibile a Burke, a Stuart Mill, a Laski, a Heller e ad autori neoistituzionalisti.

Tralasciando il modello kelseniano, è opportuno soffermarsi brevemente sugli altri due, e sul differente rapporto che essi instaurano proprio con il principio di tradizione.

E' necessario però specificare, per prendere sul serio, dal punto di vista del diritto costituzionale, gli argomenti ai quali le diverse ricostruzioni fanno ricorso, e per non rischiare di scivolare verso posizioni ideologiche, che la tradizione alla quale qui si fa riferimento non è di certo una specifica credenza soggettiva (quella cattolica, per l'argomento di cui qui si tratta), ma potrebbe essere definita, dal punto di vista del modello che vi fa ricorso, come l'ordine non progettato razionalmente dai singoli, ma che risulta dal complesso intreccio dei loro comportamenti ereditati, sedimentati, secondo un'evoluzione spontanea, attraverso le generazioni.

Se per coloro che fondano i diritti su qualità metafisiche del soggetto la tradizione è qualcosa di negativo, di oppressivo, della quale bisogna liberarsi proprio attraverso il riconoscimento dei diritti, per coloro che concepiscono i diritti fondamentali come il riflesso di un concreto ordine storico e socio-politico la tradizione è invece sinonimo di sicurezza contro la complessità infinita della condizione umana e della convivenza sociale. Per impiegare le parole di Burke, la tradizione è sinonimo di sicurezza contro la «profonda impressione dell'ignoranza e della fallibilità umana» (E. Burke, *Riflessioni sulla rivoluzione francese* (1790), trad. it. in Id., *Scritti politici*, Torino, 1963, p. 442).

Secondo questo modello, dunque, non si tratta di «servire la tradizione per mero riguardo verso la tradizione stessa», né di imporre *erga omnes* tradizioni religiose che sono ovviamente «vincolanti solo per quanti aderiscono a una particolare fede» (così M. Gattuso, *ibidem*). Si tratta piuttosto di avvinghiarsi alla tradizione come il naufrago alla zattera nella tempesta della complessità infinita nella quale l'uomo si trova a vivere. L'adattamento molecolare, lento, prudenziale, precauzionale, è la risposta di questo modello alle nuove esigenze che di volta in volta si presentano agli uomini e alla loro vita in comune.

Ecco perché i dibattiti in corso su temi caratterizzati da una forte connotazione etica, ivi compreso quello del riconoscimento giuridico di forme di convivenza non tradizionali, non possono liquidare in modo troppo frettoloso il ricorso all'argomento del principio di tradizione. Esso non ha necessariamente a che vedere con scelte ideologiche, ed è tutt'altro che «privo di consistenza giuridica» (così invece A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, cit., p. 9). Peraltro, in un'epoca nella quale la totale assenza di una cultura politica unificante rischia di far emergere un individualismo perverso, l'appiglio al principio di tradizione potrebbe tornare utile.

All'opposto, per coloro che fondano i diritti su qualità metafisiche del soggetto la

tradizione è causa di discriminazioni sedimentate nel tempo, frutto di pregiudizi di cui è necessario liberarsi: «per secoli è parso naturale che le donne non potessero andare a votare. Naturale che i bambini fossero proprietà del padre. Che le razze non dovessero mescolarsi. Ad ognuno degli appuntamenti con l'evoluzione del costume, la parte più tradizionale non ha mai mancato di fare appello all'urgenza di definire e difendere la *famiglia naturale*, paventandone ogni volta il crollo, il dissolvimento, la fine» (così M. Gattuso, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, cit., p. 454). Il diritto è lo strumento per rimuovere artificialmente i tabù sedimentati da una tradizione oppressiva e discriminatoria. Come per gli illuministi, secondo i quali le condizioni, frutto di fede, di tempo e di consuetudini, nelle quali gli uomini erano vissuti, erano *innaturali* e dovevano essere completamente sostituite da ideali uniformi progettati deliberatamente, è necessario sollevare il velo dell'ignoranza imposto dalla tradizione per liberare finalmente gli uomini e ricondurli alla loro *naturale* condizione.

In questo modello i diritti dell'uomo invocati – qui soprattutto il diritto delle coppie omosessuali a sposarsi – si fondano in modo diretto sulla legge naturale: quest'ultima tuttavia non si limita a porre le premesse per il proprio superamento in un ordinamento civile (come avviene nel modello hobbesiano e poi nella interpretazione che di questo ha fatto il giacobinismo, per cui la legge naturale non vige in sé, ma pone le premesse affinché la legge positiva sostituisca la libertà naturale dell'uomo con la libertà civile), ma pretende di perpetuarsi anche contro l'ordinamento civile. Questa posizione si risolve nella pretesa di far valere, si ripete, anche contro l'ordinamento positivo, le pretese soggettive di coloro che invocano la legge naturale stessa. Ma in questa prospettiva ciascuna pretesa di fatto invocata diventa automaticamente diritto soggettivo fondamentale, senza che sia data la possibilità di accertare empiricamente l'esistenza di una presunta legge naturale che la fondi.