

Anche nella disciplina della fase fisiologica del vincolo coniugale non mancano criticità derivanti dalla frequente diseguaglianza di fatto fra marito e moglie.

Si pensi, ad esempio, al problema della casa adibita a residenza familiare che, ove in esclusiva proprietà di uno dei coniugi (spesso il marito), può, in tal fase – a differenza che in quella patologica – costituire oggetto di atti di disposizione da parte del titolare, senza che l'altro coniuge dissenziente possa contrastare tale decisione o comunque tutelare i propri diritti e quelli dell'eventuale prole, a differenza di quanto è previsto in materia di separazione e divorzio e di quanto altri ordinamenti europei, come la Francia, stabiliscono (v. art. 215, comma 3, *Code civil*, secondo il quale gli sposi non possono singolarmente disporre dei diritti attraverso i quali è assicurata l'abitazione della famiglia, né dei beni mobili che l'arredano).

9. In linea più generale, si avverte la diffusa tendenza, da parte del legislatore nazionale, sulla scia di quello comunitario, a ridurre la portata del principio di eguaglianza alla semplice parità di trattamento, secondo una parabola inversa rispetto a quella che ha caratterizzato la prima fase di attuazione dei principi costituzionali.

In tale prospettiva, il ruolo della donna nella famiglia, nella società e nella politica “non esclude, anzi espressamente ammette una possibile diversificazione rispetto all'uomo e quindi una sua garanzia specifica anche in funzione di particolari valori costituzionali concorrenti quali l'unità familiare e la maternità. Una diversità di posizioni, dunque, dalla quale, può certamente discendere una diversificazione di trattamenti che riconoscono la pari dignità, pur nella diversità, e che non pretendono di negare il diverso ruolo della donna nella società e nella famiglia, ma di riconoscerlo e di valorizzarlo”⁴⁰.

Da questo punto di vista, la porta dell'eguaglianza uomo-donna “si è bensì aperta, magari anche tanto, ma attende ancora di essere spalancata”⁴¹.

L'ordinamento italiano, a differenza di altre esperienze europee, come ad esempio quella tedesca, conserva alla donna un privilegio che si giustifica soltanto con riferimento agli artt. 2 e 32 della costituzione.

La *ratio* della disciplina che attribuisce alla madre la possibilità di non essere nominata al momento della nascita del figlio (c.d. “parto anonimo”) risiede nella esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni personali, ambientali, sociali e culturali, tali da generare l'emergenza di pericoli per la salute psicofisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. Oggetto di tutela sono, dunque, certamente, la salvaguardia della vita e della salute della donna e del neonato da un lato ma dall'altro s'impone il diritto del figlio di conoscere le proprie origini e di accedere alla storia parentale, intesi come aspetti della personalità, che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale.

La tutela della salute psicofisica della donna è alla base anche della sentenza della Corte Costituzionale n. 278/2013, che ha ritenuto incostituzionale l'art. 28, co. 7 della L. 184/1987 sulle adozioni, nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai sensi dell'art. 30, co. 1 del D.P.R. 396/2000, attraverso un procedimento stabilito dalla legge che assicuri la massima riservatezza e su richiesta del figlio, mediante interpello diretto ad assumere dalla madre l'eventuale revoca di siffatta dichiarazione.

Lasciare alla donna la possibilità di *cambiare idea* è, esso stesso un diritto che incide sulla salute psicofisica. Attualmente, benché vi sia un disegno di legge *in itinere* che ha già superato il vaglio della Camera, non vi è una razionalizzazione delle modalità di interpello della madre ma la Corte di Cassazione, a sezioni unite, con la sentenza n. 1946 del 2017, ha affermato che la summenzionata pronuncia della Consulta contiene non solo l'aggiunta di un principio ma anche una regola chiara circa l'opportunità di interpello della madre, da parte del giudice, su richiesta del figlio. Il giudice è chiamato, dunque, ad individuare e dedurre la regola del caso concreto a lui sottoposto,

⁴⁰ M. G. RODOMONTE, *op. cit.*, p. 33 s.; M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 416.

⁴¹ F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1462.

desumendola dai testi normativi e dal sistema, di cui fa parte anche il principio vincolante dichiarato dalla Corte Costituzionale⁴².

10. Difficile risposta sembra ricevere l'interrogativo se nella società attuale vi siano *vulnus* del principio di eguaglianza e di pari dignità morale e sociale derivanti dalla diversità di genere nel settore della contrattualistica e del mercato. Ovviamente, non entro in specifiche questioni appartenenti al profilo lavoristico e alla tutela della donna lavoratrice sia sotto l'aspetto della garanzia della retribuzione equivalente sia sotto quella della tutela di aspetti esistenziali. Né peraltro intendo affrontare – impresa che necessita di approcci specifici – il profilo della donna imprenditrice, anch'esso variegato e multiforme. Panorama tuttavia che sembra dominato più dalla nozione di *empowerment*, che presuppone da parte dei pubblici poteri la messa in atto di interventi volti a realizzare l'obiettivo di promuovere la partecipazione sempre maggiore delle donne ai processi decisionali in ambito economico – come anche in quello politico -.

Per quanto attiene al settore dei contratti, l'opinione più diffusa è che gli strumenti che l'ordinamento offre in altri campi del diritto per contrastare comportamenti discriminatori non operino con altrettanta efficacia in questo specifico settore, poiché il divieto mal si concilia con il consueto concetto di autonomia contrattuale. A tal punto, si dubita che sia utile o opportuno appellarsi soltanto al principio di parità di trattamento, poiché potrebbe o non essere invocabile o condurre a conseguenze non volute dalle parti in causa, neanche da quella che soffre delle condizioni meno fortunate di partenza. Soccorre a tal proposito il richiamo delle tematiche che ritengono non coincidenti i due principi: quello di parità di trattamento e quello di non discriminazione, e neanche necessariamente legati l'uno all'altro, nel senso che il primo presupponga sempre il secondo. E ciò anche alla luce della normativa antidiscriminatoria sia comunitaria sia nazionale, che deriva dalla prima⁴³: è da respingere l'idea che, negli scambi contrattuali, la discriminazione si riduca sempre a disparità di trattamento. La discriminazione si atteggia sempre, nella prospettiva che stiamo seguendo, come violazione della dignità della persona, anche quando non vi sia pregiudizio economico. Tale considerazione, se ci riflette, è foriera di importanti implicazioni⁴⁴: secondo, la normativa vigente nel nostro ordinamento come in quello europeo l'autonomia dei privati non può essere esercitata in spregio del principio di dignità⁴⁵.

Quel che mi intriga e che vorrei sottoporre all'attenzione, per trarne le debite conseguenze – caso mai ve ne fossero – appartiene a certi momenti del pensiero femminista che possono far riflettere sulla eterogenesi dei fini: ovvero, come per vie differenti, partendo da concezioni assolutamente opposte si possa comunque giungere alle medesime conclusioni. E mi riferisco in particolare a ciò che rimane del pensiero femminista dopo la rivoluzione *queer* degli anni novanta⁴⁶. Superata la fase della pretesa di perfetta parità e del diniego della differenza, coniugata nelle infinite forme assunte dalle teorie del femminismo giuridico per analizzare e comprendere la matrice di genere ed i rapporti di potere che si nascondono dietro l'apparente universalità e neutralità delle regole; superato il periodo della rivendicazione di diritti civili e politici (anni settanta); trascorso anche quello della rivendicazione della differenza e dunque dell'obbiettivo dell'eguaglianza sostanziale, si approda ora, dagli anni novanta in poi del passato secolo, a una critica che non ha come presupposto la differenza tra uomo e donna, anzi. E ci s'interroga su come ciò si rifletta nel campo delle teorie contrattualistiche, cioè della negoziazione che non si collochi all'interno del diritto del lavoro o dell'attività d'impresa.

Punto di partenza, relativamente al profilo dell'equilibrio contrattuale basato sulle condizioni soggettive di ciascun attore nel settore del diritto, è come ovviare alle differenze evidenti di impatto sul piano sociale, economico e giuridico esistenti tra uomo e donna, quali che siano le radici di tale diseguaglianza e quali che siano gli obbiettivi e gli strumenti di superamento che individuano le innumerevoli correnti del femminismo giuridico di oltre oceano.

⁴² Ampiamente sul tema M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015.

⁴³ In particolare, le direttive di seconda generazione 2000/78 e 2000/43, recepite in Italia dai decreti legislativi 9 luglio 2003, n. 215 e n. 216.

⁴⁴ Sull'argomento cfr., tra gli altri, D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007. A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 228 ss.; B. TROISI, *Il Bel Paese. discriminare: Un male civile. Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in www.altritaliani.net e V. BONGIOVANNI, *Riflessi privatistici in materia contrattuale del principio comunitario di non discriminazione*, in www.comparazioneDirittocivile.it

⁴⁵ A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 29 ss.

⁴⁶ Cfr., ad es. J. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 402 ss. Sul tema l'interessante saggio di M. R. MARELLA - S. CATANOSSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, in AA. VV. *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, con più ampie indicazioni.

Momento cruciale, a mio avviso, a partire dagli anni novanta del secolo passato, è la messa in discussione dello stereotipo dell'*homo oeconomicus*, espressione della razionalità e dell'egoismo individuale, al contrario della donna spinta da impulsi di collaborazione e di cura. Non è un caso che a partire da quegli anni vi sia la riscoperta e la rivalutazione degli scritti di Karl Polanyi, il cui approccio filosofico tende a negare siffatte generalizzazioni, secondo le quali le spinte altruistiche e collaborative appartengono soltanto ad un genere e viceversa. Si assiste oggi ad un rinnovato interesse per il pensiero filosofico, economico, antropologico e sociologico di Karl Polanyi⁴⁷. A lui si rivolgono molti studiosi delle fenomenologie sociali contemporanee - quali la globalizzazione e le sue conseguenze -, che non ritengono l'economia un'attività separabile ed isolabile dal resto delle attività umane e non credono nelle virtù autoregolatrici del mercato. Grazie a questi studi sono state analizzate molte forme di scambio "non economico" che avvengono nella nostra società contemporanea, come ad esempio il volontariato, le economie informali e via enumerando⁴⁸.

Il fatto è che il pensiero attuale tende a respingere ogni forma di generalizzazione legata a stereotipi di genere per esaltare invece le differenze che individuano ciascun essere umano a prescindere dal fatto di essere dell'uno e dell'altro sesso: il che equivale a mettere in crisi la prospettiva contrattuale liberale, perché essa guarda all'individuo in astratto e lo costruisce come un soggetto che non sempre in concreto rispecchia la realtà né di tutti gli uomini né di tutte le donne. Si sposta allora l'attenzione sulla debolezza di posizione dell'una e dell'altra parte contrattuale, individuando le strategie di tutela. Ad esempio, quando si tratta di convenzioni matrimoniali pre o post divorzio, si guarda al coniuge che durante il matrimonio è economicamente dipendente dall'altro e il concetto di dipendenza economica si allarga anche ad altre relazioni contrattuali. Il problema dell'esercizio dell'autonomia contrattuale in condizioni di "libertà" non è più collegato alla razionalità della scelta - e dunque alla maggiore o minore capacità di compiere scelte razionali -, bensì alla debolezza economica e alle conseguenze anche future della medesima.

Se queste brevi note possono essere di qualche utilità, forse è perché da esse risulta il superamento del timore reverenziale per il canone dell'*homo oeconomicus* e per la corrispondenza biunivoca fra maschile/femminile e relazioni di dominio: dunque anche le culture femministe sono giunte ad accettare gli strumenti di analisi che offrono le culture "alternative". Alle stesse esigenze di tutela per vie differenti, allora? Ma quanto più lineare appare allora l'approccio che prende avvio dalla pari dignità e dalla funzionalizzazione dei rapporti patrimoniali ai profili esistenziali, che si traduce nella possibilità che i negozi patrimoniali, in nome della solidarietà debbano passare il vaglio non soltanto della liceità, ma anche della meritevolezza di tutela; calata tale valutazione nel concreto assetto d'interessi per garantire sotto il profilo equitativo l'assenza di ingiustificati pregiudizi in particolare quando una delle parti contrattuali è svantaggiata da condizionamenti di varia natura. E quanto il principio di solidarietà si colora di accenti peculiari se opera all'interno della famiglia! Se persino il pensiero femminista giunge a queste conclusioni, invocando rimedi tipicamente civilistici, come ad esempio la rescissione o i vizi del volere, contro siffatte sperequazioni, allora forse le vie tradizionali della meritevolezza di tutela in nome dei principi fondamentali più volte qui richiamati risultano non soltanto valide, ma esaltate nella realtà attuale dei traffici economici, indipendentemente dall'appartenere ad un sesso o all'altro.

⁴⁷ K. POLANYI, *Per un nuovo occidente. Scritti 1919-1958*, a cura di G. Resta e M. Catanzariti, Milano, 2013.

⁴⁸ Cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of The Common, in Science*, 162 (1968), pp.1243 ss., per una critica serrata alle visioni di E. OSTROM, *Governing the Common: The Evolution of Institution for Collective Action*, Cambridge, 1990. Sul tema, con ampi riferimenti, M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

LA QUESTIONE FEMMINILE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA

La donna e i "nuovi diritti": una sfida giusfilosofica

Di Gabriella Gambino

1. "Le rivendicazioni dei legittimi diritti delle donne, a partire dalla ferma convinzione che uomini e donne hanno la medesima dignità, pongono alla Chiesa domande profonde che la sfidano e che non si possono superficialmente eludere".⁴⁹ L'esortazione di Papa Francesco, così posta in *Evangelii Gaudium*, non può non interrogare i giuristi cattolici quando si occupano dei *diritti* delle donne, soprattutto nei paesi occidentali. Siamo eredi di una storia di enormi *condizionamenti e violenze* che, in tutti i tempi e in ogni latitudine, hanno reso difficile il cammino della donna, e lo rendono ancora molto difficile⁵⁰.

Tuttavia, "la forza morale [e spirituale] della donna si unisce con la consapevolezza *che Dio le affida in un modo speciale l'uomo. La donna è forte per la consapevolezza dell'affidamento*, [...] sempre e comunque, persino nelle condizioni di discriminazione sociale in cui essa può trovarsi".⁵¹ La Chiesa è particolarmente consapevole di questa forza e della corresponsabilità che contraddistingue la donna nella missione che Dio le ha affidato e Papa Francesco ripete instancabilmente quanto sia urgente ormai riconoscere alle donne ruoli e presenze nella Chiesa e nel mondo, affinché uomini e donne, in un processo di corresponsabilità e com-partecipazione effettiva, nella complementarità possano realizzarsi in pienezza.

Ciò premesso, la riflessione dei giuristi cattolici deve poter prendere le mosse da un ripensamento del nostro modo di pensare e comprendere la realtà della donna, a partire da alcuni fondamenti di carattere antropologico e filosofico che, quantomeno, in termini di *senso*, tentino di recuperare la verità sulla donna, sulla specificità del suo essere persona. Bisogna cioè dare un contributo per promuovere e salvaguardare quelle condizioni giuridiche, sociali e culturali per mezzo delle quali essa possa scoprire e rendere fecondo l'intero significato della sua femminilità e «ritrovare» se stessa (MD 31). Riprendendo Romano Guardini: «L'unico modello per valutare con successo un'epoca è domandare fino a che punto si sviluppa in essa *la pienezza dell'esistenza umana*», nelle sue declinazioni del maschile e del femminile.

2. All'ordine del giorno nella società civile ci sono, infatti, questioni importanti, che rappresentano una sfida per la riflessione bio-giuridica, perché introducono paradigmi inediti nel modo di pensare alcune dimensioni fondamentali dell'essere donna: la sessualità, l'identità, la fecondità, la maternità e la famiglia. Questioni che la pongono in relazione diretta con il maschile. Questioni che emergono, in particolare, dalla legittimazione giuridica di comportamenti e scelte, che si stanno trasformando in *diritti giuridicamente esigibili, in pretese soggettive*. Pratiche sociali alle quali si accompagna una scarsa attenzione per l'elaborazione *del senso* delle situazioni in cui le donne si vengono a trovare quando ricorrono ad esse, in una società che tende a lasciarle sole nel prendere decisioni esistenziali sempre più autoreferenziali e sempre meno capaci di appoggiarsi a dinamiche relazionali virtuose, da cui possano scaturire scelte morali davvero libere e buone.

⁴⁹ Papa Francesco, Esortazione apostolica "*Evangelii Gaudium*", 2013, n. 104.

⁵⁰ Giovanni Paolo II, Lettera alle donne, 29 giugno 1995, 3.

⁵¹ Giovanni Paolo II, Lettera Apostolica sulla dignità e vocazione della donna in occasione dell'anno Mariano *Mulieris Dignitatem*, 15 agosto 1988, 30. La prima esortazione ad approfondire i fondamenti antropologici della specificità della vocazione della donna nel mondo contemporaneo fu quella di Giovanni Paolo II nella *Mulieris Dignitatem*. Filosofo - prima che teologo e Pontefice - fu capace di indicare l'importanza di saper fondare e valorizzare il ruolo della donna nella società, in un'epoca nella quale sono forti le implicazioni culturali e sociali derivanti da atteggiamenti e riflessioni filosofiche che, per svariate ragioni anche storiche, hanno avuto l'effetto di contenere e ridurre le potenzialità espressive della donna nel mondo.

In particolare, il giurista attento ai processi culturali più recenti - che tendono a pervadere il diritto - non può non notare un proliferare insistente di nuovi *diritti soggettivi* che, come ha osservato la dottrina, sta conducendo ad un vero e proprio *traffico di diritti insaziabili*⁵², per lo più nominati e applicati senza che ad essi si riesca a dare un fondamento chiaro e oggettivo, in relazione a pratiche bioetiche che hanno come protagoniste le donne.

È pertanto doveroso tentare di comprendere come prendono forma tali diritti, quale orizzonte giuridico-filosofico faccia da sfondo al loro continuo proliferare e, soprattutto, quali fattori giuridici o, piuttosto, extra-giuridici intervengano a giustificarli.

Innanzitutto alla complessità di tali questioni, è possibile prendere le mosse da una prima evidente constatazione, e cioè che la ragione principale di questo proliferare dei “diritti” va probabilmente individuata nel primato del *diritto* all'interno della società globalizzata. Nel disorientamento etico che caratterizza il nostro secolo, il diritto positivo, infatti, appare dotato di un primato indiscusso rispetto a qualunque altro sistema normativo. All'interno di un orizzonte morale relativista, esso viene considerato l'unico collante della società per supplire con norme, leggi e pronunce dei tribunali alla difficoltà dei singoli di individuare valori morali e criteri universali nelle scelte quotidiane, innanzi a possibilità inedite di gestione della vita umana e nel quadro di correnti filosofiche che hanno ormai sradicato da ogni legame con Dio e con la realtà il nostro modo di pensare il maschile e il femminile.

La percezione collettiva è che se si riescono ad individuare regole *esterne* capaci di *definire* situazioni nelle quali l'individuo, da solo, invece, non riesce ad individuare i valori di riferimento, ci si può sentire legittimati a compiere scelte complesse e difficili, sebbene capaci di avere pesanti ricadute etiche sulla nostra vita e su quella di coloro che ci stanno accanto. E' per questo che nell'ambito del diritto si vanno continuamente configurando nuove *categorie* giuridiche, alle quali si attribuisce il compito di ridefinire situazioni e fattispecie, capaci di legittimare la più ampia gamma possibile di scelte da parte dei cittadini. In tal senso, il paradigma dei "nuovi diritti" si sta rivelando capace di disarticolare qualunque paradigma etico, inteso come sistema di valori oggettivi e razionali.

Secondo autorevoli antropologi e sociologi del diritto – fra cui John Griffiths e Boaventura de Sousa Santos – l'esplosione dei “nuovi diritti” oggi in corso fa parte di un fenomeno denominato *new legal pluralism*. All'ideologia giuspositivista e normativista, ancora legata al modello kelseniano di un ordinamento giuridico unitario, coerente e completo, si stanno opponendo molteplici tradizioni normative dal carattere *trans-nazionale* e *trans-statale*. Con il termine *interlegality*, ci si riferisce, in particolare, alle reti normative parallele – sovrapposte, complementari o antagoniste – che di fatto obbligano i giuristi a costanti transazioni e trasgressioni rispetto ai principi generali del diritto dei Paesi di tradizione giuridica affine e che non sono riconducibili ad alcun paradigma normativo unitario preesistente. Le norme, in altre parole, sono in costante elaborazione e le eventuali controversie sono risolte da chi ha il potere di decidere qual è la norma da applicare al caso concreto mediante quella che viene definita *una politics of definition of law*.

Questa forma di pluralismo giuridico deriva empiricamente dalla pluralità dei codici normativi che coesistono entro società culturalmente, etnicamente, religiosamente segmentate e dalla crescente molteplicità di rivendicazioni di diritti sempre nuovi e in conflitto tra loro, entro uno *spazio giuridico globale*: una sorta di *galassia giuridica* nella quale i diritti soggettivi sono in balia di forze di potere che trascendono le esigenze proprie della giustizia, per lo meno di una giustizia sostanziale.

Va anche considerato che la tendenza al legalismo, che fa apparire i diritti come mero risultato di provvedimenti legislativi o decisioni giudiziarie, mette in discussione l'esigenza imprescindibile di avere nella *ragione aperta alla realtà e al vero* la fonte ultima dell'ordine giuridico positivo⁵³. I diritti, interpretati uno in relazione all'altro e dedotti uno dall'altro, possono indurre a forme di ingiustizia irreparabile: si pensi al percorso inarrestabile che dal diritto costituzionale alla salute ha condotto in anni recenti all'elaborazione del diritto alla salute psico-fisica, al diritto all'aborto, al diritto alla salute sessuale e riproduttiva, al diritto al figlio solo sano, al diritto al figlio *tout court*, e così al diritto alla fecondazione assistita definita terapeutica, inclusa oggi anche l'eterologa, con tutte le sue implicazioni

⁵² L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2007.

⁵³ M. Cartabia, A. Simoncini, *La legge di Re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, Rizzoli, Milano 2013.