

Filosofi del diritto contemporanei, a cura di G. Zanetti, Cortina, Milano 1999.

Alessandra Facchi

Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl

1.Premessa Il panorama del pensiero femminista, sia nel suo sviluppo storico, sia nelle sue configurazioni attuali, è particolarmente vasto ed eterogeneo; in esso confluiscono numerose correnti il cui solo, certo, denominatore comune è l'impegno per il miglioramento della situazione delle donne.

Pluralità, eterogeneità e conflittualità caratterizzano anche il pensiero femminista sul diritto nel cui ambito ritroviamo presupposti epistemologici, linguaggi, approcci, scelte etiche e politiche differenti. Per darne conto molto sinteticamente è inevitabile incorrere in alcune generalizzazioni, ma soprattutto in una scelta che non può che contenere margini di discrezionalità¹. Infatti, da un lato, non sarebbe corretto trattare di una sola autrice o corrente teorica, dall'altro non è possibile ricordare tutti i contributi che si considerano rilevanti. Nelle pagine seguenti prenderò dunque in considerazione solo una parte limitata delle teorie femministe sul diritto, costruendo una lettura tra quelle possibili e facendo riferimento, in linea con l'impostazione del volume, alla letteratura in lingua inglese, soprattutto nord-americana, dell'ultimo ventennio.

¹ L'imbarazzo in cui ci si trova dovendo dar sinteticamente conto del pensiero femminista è ben espresso da D. L. Rhode "A little knowledge is a dangerous thing, but the alternative is hardly better. To offer some reductive account that will be interpreted as *the* feminist perspective does violence to feminist premises. But it does not advance feminist politics to pass up opportunities to arouse curiosity", *The Woman's Point of View*, in *Journal of Legal Education*, 1988, vol. 38,p.45.

La grande fioritura della teoria giuridica femminista nei paesi anglosassoni avviene infatti a partire dagli anni ottanta, in coincidenza con quella che, un po' grossolanamente, si può chiamare la svolta del femminismo della differenza. Il pensiero della differenza, affermatosi soprattutto negli Stati Uniti a partire da rivendicazioni di identità e autonomia di varie componenti sociali, ha trovato nella differenza di genere uno dei suoi principali terreni di sviluppo.

Nel Novecento la prima stagione del movimento femminista è caratterizzata, com'è noto, dall'affermazione dell'eguaglianza tra i due sessi e dalla richiesta di riforme che eliminassero le discriminazioni formalmente sancite tra donne e uomini. Le donne chiedevano di aver accesso agli stessi diritti e di essere trattate come gli uomini; nello stesso tempo respingevano come fattori di discriminazione e oppressione i ruoli e i caratteri che tradizionalmente erano stati loro attribuiti. Volevano cancellare la differenza tra i sessi, che così come si era consolidata nella cultura e nella vita occidentale, significava inferiorità, subordinazione e esclusione delle donne.

Dalla fine degli anni settanta all'interno del pensiero e del movimento femminista, inizia a configurarsi un cambiamento profondo che si fonda sul riconoscimento e sulla valorizzazione di caratteri femminili non solo biologici, ma psicologici, morali, culturali. Alla negazione si sostituisce dunque l'affermazione della differenza femminile, la rivendicazione della propria diversità e la ribellione alla logica che vuole le donne competere su modelli, valori e obiettivi creati dagli uomini. Appare infatti chiaro che fino a quando i caratteri maschili, definiti dalla cultura maschile, si presentano come quelli "giusti", come il parametro cui confrontarsi, per realizzarli le donne faranno molta più fatica e dovranno rinunciare, o occultare, altri caratteri propri della loro identità femminile.

Il rapporto concettuale tra eguaglianza e differenze, la riformulazione di questi concetti alla ricerca di un'eguaglianza che si realizzi attraverso la valorizzazione delle differenze, le conseguenze in termini di scelte politiche e giuridiche, hanno lungamente occupato la letteratura femminista e non solo quella. Si è constatato come le politiche ispirate alla nozione tradizionale di eguaglianza, si possano tradurre in modelli di assimilazione, cioè in modelli, che permettono

ad alcuni individui di raggiungere obiettivi e stili di vita della cultura dominante, ma al prezzo della rinuncia, almeno parziale, alla propria identità personale e di gruppo. Come scrive Iris Marion Young, sia che ignori le differenze, sia che ne tenga conto e predisponga politiche tese ad eliminarle, l'ideale dell'assimilazione nega comunque che la differenza di gruppo possa essere positiva e desiderabile e dunque: "Una vera politica di emancipazione, che affermi come valore la differenza di gruppo, coinvolge una radicale revisione del significato stesso di uguaglianza. L'ideale assimilazionista presuppone che uguaglianza sociale significhi trattare tutti in base ai medesimi principi, regole e criteri. La politica della differenza sostiene invece che l'uguaglianza in quanto è partecipazione e inclusione di tutti i gruppi, può richiedere a volte un trattamento differenziato dei gruppi oppressi o svantaggiati"².

Trattamenti differenziati che si giustificano anche alla luce della constatazione che i trattamenti "normali" sono di fatto quelli funzionalmente costruiti in base alle esigenze, alle abitudini e ai valori del gruppo, o dei gruppi, dominanti. Numerose analisi femministe hanno messo in luce l'infondatezza dell'idea di universalità e neutralità attribuita a teorie, categorie, paradigmi del pensiero occidentale, sostenendone il loro carattere sessuato, costruito cioè in forme strettamente connesse alla prospettiva maschile. Hanno cercato di relativizzare la cultura diffusa e di disvelare i contenuti ideologici nascosti in categorie, valori, pratiche presentati come neutrali, naturali, universali.. Una delle critiche più profonde che il femminismo, insieme ad altre correnti di pensiero contemporanee, ha sviluppato e verificato nei confronti della cultura liberale riguarda la sua finta neutralità. E cioè il fatto che nella costruzione di teorie, nell'affermazione di diritti, nell'elaborazione di norme ci si riferisca genericamente, almeno da quando l'eguaglianza si è imposta come principio universale, ad un soggetto neutro, senza razza, sesso, ceto sociale, ecc. Questo soggetto ha invece caratteristiche precise che corrispondono a quelle del gruppo dominante, e prenderlo come modello implica l'esclusione o comunque la discriminazione di altri soggetti: di individui di culture e religioni diverse da quelle dominanti, di ceti sociali subordinati, delle donne.

² I.M.Young, *Le politiche della differenza* (1990), tr.it., Milano 1996, p.198.

All'elaborazione di questa prospettiva di analisi e di critica dei modelli dominanti ha contribuito anche la necessità di fare i conti non soltanto con le differenze di genere, ma anche con le differenze tra donne stesse: la "pressione politica all'interno del movimento delle donne ha contribuito alla ricerca di una fondazione teorica della differenza, di fondazione di richieste che si riconoscono a fatica nelle maglie strette del liberalismo degli eguali diritti".³ L'attitudine alla demistificazione esercitata nei confronti della cultura maschile si è rivolta dunque anche verso quella femminile. ⁴ L'esistenza di gruppi interni al movimento delle donne, con valori e esigenze diverse da quelle che avevano caratterizzato l'idea della donna costruita dal femminismo storico, è emersa problematicamente ponendo di fronte alla necessità di non riprodurre la distorsione che viene rimproverata alla cultura maschile e cioè di non creare un soggetto-donna falsamente universale e neutrale. Evitare un'attitudine assimilatoria richiede dunque di non ignorare le differenze di classe, di cultura, di razza, di religione tra le donne e di non assumere come "punto di vista delle donne" quello della donna bianca, occidentale, eterosessuale, di classe media, laica o di religione cristiana ⁵. Le proposte di contestualizzazione del soggetto che caratterizzano i recenti sviluppi della teoria femminista si ricollegano dunque alle elaborazioni critiche della filosofia post-moderna.

La storia del femminismo è segnata dalla progressiva percezione delle differenze tra individui e tra gruppi. Pluralità ed eterogeneità non sono soltanto un fattore costitutivo del movimento e del pensiero femminista, ma rappresentano un valore da tutelare, anche se da ciò deriva una costante difficoltà di mantenere un'unità, interna e esterna.

³ B. Beccalli, *Differenza, differenze*, in *Identità e differenze*, Milano 1996.

⁴ Una delle autrici più rappresentative delle problematiche poste dal femminismo nero è bell hooks. In italiano è recente la pubblicazione del volume *Elogio del margine. Razza, sesso e mercato culturale*, Milano 1998, testimonianza "trasversale" delle interconnessioni e delle opposizioni dei discorsi su razza e sesso.

⁵ Su queste questioni uno dei contributi più acuti e chiari è quello di M. Minow, *Feminist Reason: Getting it and Losing it*, in *Journal of Legal Education*, , 1988, vol. 38, p.47-60.

Sul fondamento dell'esperienza femminile e nella ricerca di alternative all'"imperialismo culturale" maschile si sono sviluppati i cosiddetti "gender studies" o "women's studies". Queste formule indicano un ambito di studi, un insieme complesso di analisi, ricerche e teorie che, almeno nel mondo anglosassone, interessano ormai tutti o quasi tutti i campi del sapere e che sono accomunate da una particolare prospettiva di lettura, quella appunto basata sul genere.⁶ L'analisi dei fenomeni sociali passa attraverso la decostruzione della loro concettualizzazione e costruzione simbolica attraverso categorie maschili e la proposta di nuove categorie, letture, percorsi e concetti adeguati alla prospettiva femminile. Scrive Martha Nussbaum che gli Women's studies operano quantomeno un appello alla ragione in quanto "Richiedono alla comunità scientifica di non arrendersi alla tirannia dell'abitudine e alle idee diffuse su ciò che è "naturale", ma di cercare la verità in tutte le sue forme".⁷

Gli studi di genere non sono tuttavia diretti solamente a mettere in luce le conseguenze dell'egemonia culturale maschile e a rivalutare all'interno delle singole discipline i punti di vista delle donne, ma mirano ad un cambiamento più profondo, di natura epistemologica, delle strutture e delle categorie della conoscenza. La loro scommessa è quella di portare nuovi contributi alle scienze nel loro complesso.

L'adozione di punti di vista femminili, nonché degli interessi e dei valori a essi connessi, ha avuto ampie applicazioni anche nella scienza giuridica. In quest'ambito la riflessione teorica si confronta costantemente con le istanze che arrivano dal movimento delle donne e si muove in un rapporto continuo con gli interventi giudiziari e legislativi, influenzando su di essi e ricevendone stimoli.

⁶ Gli studi antropologici sono stati tra i primi a sviluppare una prospettiva di genere. Per una sintesi delle tematiche e del panorama mondiale delle ricerche, vedi *Gender and Anthropology. Critical Reviews for Research and Teaching*, a cura di S.Morgen, American Anthropological Association, Washington D.C. 1989.

⁷ M. C. Nussbaum, *Cultivating Humanity. A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge Mass., 1997, p.195. Il capitolo Women's studies di questo volume inizia con una limpida e affascinante presentazione di come il "prisma del genere" sia adottato e applicato in differenti materie, dalla scienza politica all'economia, dalla biologia al diritto nei corsi delle principali università americane e mostrando come il nuovo sapere sulle donne abbia profondamente trasformato la preparazione degli studenti e, più in generale, come stia trasformando l'accademia.

Il dibattito, o meglio i dibattiti, che percorrono la letteratura femminista si intrecciano, dando luogo a continue rielaborazioni, revisioni, critiche e aggiustamenti e toccando trasversalmente temi che interessano sia la filosofia, sia la sociologia, la scienza e la politica del diritto. Una caratteristica della riflessione femminista sul diritto è infatti quella di travalicare i confini disciplinari tradizionali.

2. Il diritto come espressione maschile e il femminismo culturale di Gilligan Il diritto costituisce per il movimento femminista un oggetto ambiguo e controverso. Le opinioni rispetto alla sua funzione, alla sua utilità per le donne, sono molto diversificate e discordanti. Da un lato esso è stato un potente strumento di miglioramento della condizione femminile, dall'altro esso è visto come una delle espressioni più radicali e "pericolose" della cultura maschile.

La prima stagione del femminismo, quella contrassegnata dalle battaglie per la parità, ha visto sancire dal diritto conquiste fondamentali, come il diritto di voto, l'accesso al lavoro, l'eguale posizione all'interno della famiglia, ecc., in altri termini quelle riforme giuridiche che hanno eliminato le ineguaglianze formali. Tuttavia si è constatato presto come queste riforme, soprattutto nel campo del diritto di famiglia⁸ e del lavoro, potessero produrre, proprio perché basate su una concezione di identità di trattamento, anche effetti negativi, in quanto non tenevano conto delle effettive condizioni di vita delle donne, delle risorse economiche di cui disponevano, dei condizionamenti culturali di cui risentivano, dei rapporti di potere e della divisione del lavoro all'interno della famiglia.

Nelle società ad alta differenziazione sociale e culturale si è inoltre verificato che l'adozione di modelli di eguaglianza formulati in base alla vita, ai valori, alle strutture sociali di un gruppo privilegiato di donne non sempre erano condivisi da altre donne, si traducevano in molti casi in un affievolimento di garanzie e di strategie di tutela consolidate nella cultura di appartenenza, mettendo in luce in generale la difficoltà di trovare attraverso il diritto una conciliazione dei molteplici, eterogenei, interessi e valori dell'universo femminile.

⁸ Sull'applicazione del principio di eguaglianza come neutralità nei confronti del genere nelle riforme del diritto di famiglia in Italia vedi P. Ronfani, *L'eguaglianza nelle relazioni familiari: cultura giuridica e strategie femministe*, in *Democrazia e diritto*, 1993, n. 2, p.253-267.

Il passaggio dal femminismo dell'assimilazione al femminismo della valorizzazione della differenza, si ripercuote nelle politiche giuridiche, chiedendo di tener conto delle specificità femminili anche in deroga ai consolidati criteri di eguaglianza "formale": poiché le differenze esistono, ignorarle e trattare tutti gli individui in modo identico significa di fatto operare delle discriminazioni⁹. Il dibattito che precede la legge italiana sull'aborto, ad esempio, "mette in gioco la disparità e la sua legittimazione, questa volta da parte femminile ... implica il riconoscimento di un potere, individuale e collettivo, sulla sfera della riproduzione"¹⁰. Numerosi e significativi interventi politico-giuridici si fondano sul riconoscimento della differenza o dell'oppressione e della discriminazione subita, individuale o collettiva: basti pensare, per il primo caso, alle norme di diritto del lavoro che attribuiscono un trattamento speciale alle donne in gravidanza, per il secondo alle cosiddette quote o azioni positive, che predispongono posti riservati alle donne o, a parità di altri titoli, facilitano l'accesso femminile a posti di lavoro, istruzione, risorse.

Dunque il femminismo dell'eguaglianza si è tradotto nella richiesta di trattamento eguale, nel senso da un lato dell'eliminazione di discriminazioni manifeste tra donne e uomini, dall'altro di costituzione delle donne come soggetti dotati di piena autonomia che rifiutano regole protezioniste; il femminismo della differenza si è manifestato nelle richieste di trattamento speciale, che realizzasse un'eguaglianza sostanziale attraverso la valorizzazione delle differenze, mettendo in luce la finta neutralità del diritto.

⁹ Per una nozione di eguaglianza compatibile con la valorizzazione delle differenze cfr. L. Gianformaggio, *Identity, Equality, Similarity and the Law*, in *Rechtsteorie*, 1993, vol.15 e L. Ferrajoli, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, 1993, n.2. Cfr. anche U. Gerhard, *Femminismo e diritto: verso una concezione femminista e contestualizzata dell'eguaglianza*, in *Ragion Pratica*, 1997, vol.8.

¹⁰ T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milano 1998, p.198-199.

Alla concettualizzazione della differenza femminile e del diritto come dominio maschile contribuisce fortemente la tesi della psicologa statunitense Carol Gilligan. secondo la quale il ragionamento morale femminile si sviluppa seguendo percorsi e assumendo contenuti differenti rispetto a quello maschile. Nel noto libro *In a Different Voice* del 1982 Gilligan, ricostruisce, sulla base di interviste, compiute in tre diverse ricerche, a uomini e donne di varie età, la concezione della moralità e le esperienze personali di conflitti e di scelte etiche. Dalle interviste emergerebbe che per le donne la moralità deriva “dall’esperienza della connessione ed è concepita come un problema di inclusione più che di peso relativo di diritti contrastanti”¹¹ e che la loro attenzione nelle situazioni conflittuali è tendenzialmente rivolta alla salvaguardia delle relazioni più che all’affermazione di principi “giusti”.

La particolare configurazione della morale femminile non è tuttavia, secondo Gilligan e a differenza di molte teorie psicologiche precedenti, compresa quella freudiana, espressione di una carenza e dunque rivelatrice di un minor valore della sua psiche rispetto a quella maschile, e non è neanche necessariamente il risultato dell’oppressione sessuale e di ruoli culturalmente imposti. Essa costituisce al contrario un dato da valutare positivamente, un’attitudine da difendere e sviluppare in una prospettiva etica che si ponga come integrazione o sostituzione di quella maschile.

La differente connotazione delle scelte morali, che emerge con evidenza nei casi di conflitto, conduce infatti Gilligan a formulare l’idea di un’etica della cura o della responsabilità, tipicamente femminile, in opposizione ad un’etica della giustizia o dei diritti, tipicamente maschile: “L’etica dei diritti si fonda sul concetto di eguaglianza e sull’equità del giudizio, mentre l’etica della responsabilità poggia sul concetto di giustizia distributiva, sul riconoscimento della diversità dei bisogni. Dove l’etica dei diritti dà espressione al riconoscimento dell’ugual rispetto dovuto ad ognuno e mira a trovare un equilibrio tra le pretese dell’altro e le proprie, l’etica della responsabilità poggia su di una comprensione che fa nascere la compassione e la cura”¹².

¹¹ C. Gilligan, *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Milano 1987, p.162.

¹² C. Gilligan, *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, cit., p.166.

Per l'etica della cura il fondamento della responsabilità e, d'altro lato, delle pretese morali risiede nella sofferenza soggettiva, mentre per l'etica della giustizia risiede nell'ingiustizia oggettiva. Le due prospettive non sono necessariamente contrapposte ma è evidente che in determinate situazioni concrete possono dar luogo a scelte molto diverse¹³.

La nozione di etica della cura, che ho qui solo accennato, e le conseguenze che se ne possono far derivare anche sul piano pratico, hanno avuto grandissima risonanza nel pensiero femminista e costituiscono tuttora un punto di riferimento essenziale, intorno al quale si sviluppano analisi, critiche, rielaborazioni. L'opera di Gilligan¹⁴ ha contribuito ad una lettura di teorie politiche e giuridiche in una prospettiva di genere ed ha avuto grande influenza sul dibattito teorico concernente i rapporti tra donne, femminismo e diritto. Inserendosi nel più ampio movimento di rivalutazione dei caratteri femminili, ha spinto sul piano pratico verso la ricerca di percorsi giuridici alternativi a quelli istituzionalmente consolidati, percorsi che apparissero più consoni ad una prospettiva femminile. Così, ad esempio, l'etica della cura ha ispirato posizioni femministe di sostegno alla mediazione familiare in quanto modalità negoziatoria, elastica, capace di tener conto delle singole situazioni, e di valorizzare le strategie d'azione femminili. Una visione più attenta ai rapporti di potere ha sottolineato invece come al di fuori di garanzie procedurali e sostanziali il compromesso finale rispecchi inevitabilmente l'interesse della parte più forte, che di fatto è ancora generalmente l'uomo.

¹³ D'altra parte anche Kelsen riconosce al precetto dell'amore del prossimo, inteso come "prescrizione di aiutare chiunque sia soggettivamente in preda al dolore o alla necessità, con o senza sua colpa" il carattere di norma di giustizia quando esso si riferisca ad "una norma che prescriva come un uomo deve trattare un altro e non deve necessariamente essere rivolto all'autorità normativa". H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, a cura di M. G. Losano, Torino 1998, p.46.

¹⁴ Dalla psicologia, alla teoria morale, alla teoria politica, quest'idea è stata, ed è tuttora, ampiamente analizzata, discussa e sviluppata. E' stato rilevato, ad esempio, che nel carattere degli individui, maschi e femmine, sono sempre presenti in diversa misura sia un'etica della cura, sia un'etica dei diritti, e che la corrispondenza tra un tipo di attitudine e genere maschile o femminile deriva da fattori culturali ed aspettative sociali ed è dunque modificabile. Tra i contributi più significativi vi è quello di Joan Tronto (cfr. J. C. Tronto, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, London 1993)

Complessivamente tuttavia l'etica della cura non ha avuto grandi riscontri in provvedimenti e riforme giuridiche.¹⁵ Ciò è anche da ricondursi ad un rischio che -come hanno sottolineato varie critiche - è insito nell'idea che le donne abbiano una propensione diffusa per un certo tipo di attività e occupazioni rispetto ad altre. Un tale presupposto può facilmente legittimare politiche conservatrici, che cancellino le conquiste egualitarie precedenti e si traducano nell'esclusione delle donne da determinati settori e occupazioni.

In generale si è constatato che anche le norme ispirate al modello della differenza possono condurre ad effetti perversi ed avere implicazioni dannose per una politica di liberazione femminile. Esse infatti rischiano di riproporre immagini e ruoli tradizionali delle donne, ribadendo la separazione dell'ambito femminile da quello maschile e in ultima analisi, la sua subordinazione. La rivendicazione di trattamenti speciali in base al genere può tradursi in nuove forme di politiche di tutela delle donne, quali quelle diffuse nel secolo scorso e duramente combattute dal femminismo dell'eguaglianza e della parità.

Il mondo del femminismo, soprattutto americano, si è diviso tra sostenitrici dell'"Equal treatment" e sostenitrici dello "Special treatment", entrambi i modelli, una volta trasferiti in norme giuridiche, hanno mostrato i loro limiti. Ciò ha contribuito ad alimentare nel pensiero femminista un diffuso scetticismo nei confronti del diritto come strumento di trasformazione della condizione delle donne e soprattutto come strumento capace di tradurre i loro valori, le loro esigenze e scelte di vita. Dunque mentre il femminismo storico si era affermato proprio con le battaglie per le riforme giuridiche, affidando al diritto un ruolo imprescindibile di trasformazione sociale, gran parte della teoria femminista degli anni ottanta si allontana dal diritto e si rivolge al proprio interno, elaborando analisi dell'identità femminile, tentando di conciliare le varie anime del femminismo e intraprendendo la costruzione, attraverso gli studi di genere, di una cultura femminile.

¹⁵ Vedi C. Brooks Whitman, *Review Essay: Feminist Jurisprudence*, in *Feminist Studies* 1991, vol. 17, p. 499. Osserva Whitman "Le giuriste femministe sono arrivate tardi alla questione della differenza...Il libro di Gilligan è stato pubblicato proprio nel momento in cui esse stavano cercando un'alternativa alla giurisprudenza neutrale rispetto al genere degli anni settanta".

Gli anni settanta erano stati l'epoca delle riforme improntate alla parità, gli anni ottanta quelli di un ripensamento più profondo e complessivo del ruolo del diritto nella cultura femminile e delle sue potenziali funzioni. L'idea che gli interessi delle donne possano, in alcune questioni, essere meglio tutelati da una diminuzione della regolazione giuridica che lasci una maggior libertà di contrattazione e di individuazione di nuovi modelli, sia di relazione tra i sessi, sia, più in generale, di scelta sul proprio corpo e sulla propria vita, caratterizza tuttora molte posizioni femministe¹⁶. Ma la prospettiva che sottolinea la specificità femminile ha condotto soprattutto ad alimentare l'idea dell'estraneità del diritto esistente al mondo delle donne, la sua inadeguatezza ad accoglierne le aspettative, senza in qualche modo deluderle e ha giustificato un atteggiamento diffuso di allontanamento dal diritto e dalle sue modalità d'intervento ¹⁷.

La critica femminista al diritto come prodotto e strumento della cultura maschile attiene non soltanto ai suoi contenuti, ma alla sua stessa natura; essa rileva come le norme giuridiche siano costruite in base a modelli, categorie, interessi, valori prevalentemente maschili, come siano applicate e interpretate prevalentemente da uomini e rispecchino il loro punto di vista, che, nella maggior parte dei casi, esclude quello delle donne.

Il femminismo della differenza ha dunque originato un costante dibattito sull'utilità del diritto e sull'opportunità di ricorrervi e ha messo a confronto, sia sul piano teorico, sia su quello delle scelte concrete, da un lato la diffidenza verso il diritto come tecnica "sessuata", dall'altro la ricerca di un diritto al femminile.

¹⁶ Come ha sottolineato Pitch in riferimento alle posizioni del femminismo italiano è tuttavia riduttivo contrapporre una corrente che ritiene utile impegnarsi a modificare il diritto e un'altra che invece lo ritiene inutile e improduttivo. Parlare di vuoti legislativi, non significa parlare di vuoti giuridici. Il problema che si pone quando si fa riferimento a normative specifiche verte solitamente non tanto sul diritto nel suo complesso, quanto piuttosto sui diversi modi di produzione, sull'articolazione tra il livello costituzionale, quello legislativo, quello giudiziario e amministrativo. Cfr. T. Pitch, *Un diritto per due*, cit., cap.V.

¹⁷ In termini più generali, riconducibili ad una prospettiva caratteristica della sociologia del diritto il problema è quello dei rapporti tra diritto e mutamento sociale. Sempre Pitch (*op.cit.*) ha messo in luce con chiarezza, con riferimento alle vicende italiane a partire dagli anni '70 (diritto di famiglia, aborto, violenza sessuale, nuove tecnologie riproduttive), le difficoltà inerenti alla valutazione dell'efficacia delle norme. Difficoltà riconducibili innanzitutto alla pluralità dei soggetti che contribuiscono alla formulazione di una norma o che comunque si creano aspettative sia rispetto agli effetti concreti, sia rispetto a quelli simbolici.

3. Il femminismo radicale di MacKinnon e il diritto come strumento d'oppressione sessuale

Al femminismo "culturale" ispirato alle teorie di Gilligan si contrappone frequentemente la corrente del femminismo radicale, incentrato sull'idea che le relazioni sessuali così come sono socialmente costruite concretizzano l'oppressione degli uomini sulle donne. Negli Stati Uniti, l'esponente più nota di questa corrente è Catharine MacKinnon, che è anche l'autrice che ha segnato il passaggio da una scienza giuridica femminista che puntava a realizzare riforme concrete, ad una teoria giuridica critica che mette in discussione i fondamenti, i metodi e le categorie della scienza giuridica ufficiale.

Per MacKinnon il problema non è tanto se il diritto debba trattare le donne in modo identico o differente rispetto agli uomini, ma piuttosto quello di evitare che costituisca uno strumento di subordinazione e oppressione. Da questo punto di vista le teorie di Gilligan rischiano di perpetuare una visione stereotipata della donna che giustifica la sua oppressione, senza dare il peso dovuto al fatto che quelle stesse caratteristiche riconducibili all'etica della cura sono in parte il prodotto del confinamento delle donne in un ruolo prodotto dalla cultura maschile.¹⁸

L'attenzione della teoria femminista deve spostarsi dunque dalla differenza all'oppressione¹⁹ e la sessualità costituisce l'ambito privilegiato di oppressione degli uomini sulle donne. In due noti saggi MacKinnon propone una teoria femminista che si sviluppa nel confronto con la teoria marxista:

¹⁸ Alcuni recenti proposte hanno tentato di riconciliare le due prospettive di Gilligan e MacKinnon. Sul dibattito sorto nella teoria giuridica nord-americana cfr. C. Dalton, *Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought*, in *Berkeley's Women's Law Journal*, 1988, n.3, p.1-13; C. Brooks Whitman, *Review Essay: Feminist Jurisprudence*, in *Feminist Studies* 1991, vol.17, p.493-507 e J.Morgan, *Feminist Theory as Legal Theory*, in *Melbourne University Law Review*, 1988, vol.16, p. 743-759. Tutti e tre i saggi sono ripubblicati in F.Olsen (a cura di) *Feminist Legal Theory*, Dartmouth, 1995, 2 voll.

¹⁹ Per un'analisi del concetto di oppressione riferito ai movimenti sorti negli Stati Uniti a partire dagli anni 60. cfr. I.M.Young, *Le politiche della differenza*, cit., in particolare il cap.2. Secondo Young, l'oppressione di un gruppo sociale comprende anche la negazione della differenza ed è riconducibile a cinque aspetti: sfruttamento, marginalizzazione, mancanza di potere, imperialismo culturale e violenza.

“ La sessualità è per il femminismo ciò che il lavoro è per il marxismo...come l'esproprio organizzato del lavoro di alcuni per il beneficio di altri definisce una classe -i lavoratori- , l'esproprio organizzato della sessualità di alcuni per l'uso degli altri definisce il sesso, la donna ... Marxismo e femminismo sono teorie sul potere e sulla sua distribuzione: l'ineguaglianza. Essi forniscono spiegazioni di come costruzioni sociali di modelli di disuguaglianza possano essere internamente razionali, benchè ingiuste”²⁰.

Dal momento che la sessualità si traduce in relazioni di potere, anche il consenso “è una comunicazione che si svolge in condizioni di disuguaglianza” - come emerge dalla discrepanza che si constata in alcuni casi tra ciò che la donna vuole e ciò che l'uomo capisce che lei vuole. Il diritto invece identifica l'assenza di consenso solo nell'uso della forza da parte dell'uomo o nella resistenza fisica da parte della donna. In ultima analisi il problema della violenza sessuale è che “ la lesione della violenza risiede nel significato che assume l'atto per le sue vittime, ma lo standard della sua criminalizzazione risiede nel significato che lo stesso atto assume per gli assalitori” ²¹.

La sessualità è una forma di potere che definisce anche i rapporti di genere. I caratteri socialmente definiti dell'eterosessualità, sono quelli che istituzionalizzano la dominazione sessuale maschile e la sottomissione sessuale femminile. La sessualità va dunque ricollocata nella sfera politica svelando come la subordinazione sessuale della donna all'uomo, culturalmente presentata come naturale e consensuale, si rifletta anche in altre relazioni sociali.

²⁰ C.A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*, in *Signs*, Spring 1982, p.515-516.

²¹ C.A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, in *Signs*, Summer 1983, p.652.

Per MacKinnon il femminismo non solo afferma il punto di vista delle donne, ma mette in discussione l'idea stessa di obiettività, imparzialità, universalità in quanto strategie maschili di egemonia. Non esiste una realtà o una prospettiva neutra rispetto al genere, ma la loro affermazione permette di negare l'ineguaglianza tra i sessi e dunque contribuisce a costruire la realtà dal punto di vista di chi comanda. Il potere maschile è così diffuso e radicato anche perché pone come universale il proprio punto di vista, perché "la sua forza è esercitata come consenso, la sua autorità come partecipazione, la sua supremazia come il paradigma dell'ordine, il suo controllo come la definizione di legittimità"²².

Mac Kinnon accusa dunque il liberalismo di aver sostenuto i diritti delle donne in termini astratti, senza approfondire il contenuto di queste nozioni in una prospettiva di genere. Ammette che le riforme giuridiche nei confronti di comportamenti come la violenza sessuale contribuiscono a rendere il diritto meno sessista, ma sostiene che esse colpiscono solo le manifestazioni estreme di un comportamento e non affrontano il problema del perché le donne sono violentate. La violenza sessuale è vista da questa autrice come il caso paradigmatico della sessualità maschile, una sessualità che incorpora la coercizione come suo fattore costitutivo. Se è giuridicamente classificata come crimine sessuale, ciò avviene proprio perché dal punto di vista maschile il sesso comprende la violenza, che è però considerata lecita se esercitata a certe condizioni che costituiscono per gli uomini la normalità.

Il diritto non fa che riflettere rapporti definiti dal potere maschile, relazione oppressive che nasconde sotto un linguaggio e un metodo neutro rispetto al genere. MacKinnon è tra le prime e più decise assertrici del carattere "maschile" del diritto. Ma quando scrive "Questo diritto non solo riflette una società in cui gli uomini governano le donne; esso governa in modo maschile"²³, si riferisce a quel diritto che è l'istituzionalizzazione di un certo assetto di potere, non ad una natura necessaria del diritto. Le battaglie condotte da MacKinnon sul piano del diritto positivo, in particolare quella per il riconoscimento delle molestie sessuali come reato, e quella per il divieto della pornografia testimoniano della sua fiducia nella possibilità di agire attraverso il diritto trasformando il diritto stesso.

²² *Ivi*, p.639.

²³ *Ivi*, p.645.

Alla legge contro le molestie sessuali MacKinnon attribuisce anche il valore di un test sulla possibilità per le donne di ottenere una trasformazione sociale servendosi del diritto. Il divieto di molestie sessuali sul luogo di lavoro non soltanto tutela le donne da comportamenti lesivi della loro identità, della loro libertà e anche dei loro interessi materiali, ma contribuisce ad una trasformazione sociale più profonda. Si tratta infatti di uno di quei casi in cui una norma giuridica, creata in base a valori riconosciuti di un gruppo ma non condivisi, attraverso la sua portata simbolica e la sanzione, opera progressivamente un mutamento nella coscienza sociale. Quei comportamenti ora qualificabili come molestie²⁴, prima di una legge che li sanzionasse e desse loro un nome non erano percepiti come lesivi.

Mac Kinnon nota infatti come “la battaglia per il riconoscimento giuridico delle molestie sessuali ha reso le molestie sessuali non solo legalmente, ma anche socialmente illegittime per la prima volta. Ditemi se c’è un modo migliore di raggiungere un risultato simile.” Il diritto può servire non soltanto per registrare e ufficializzare un mutamento, e dunque anche per comunicarlo e affermarlo simbolicamente, ma, legittimando determinati comportamenti e delegittimandone altri, permette alle donne di farli propri o di opporvisi, perché, scrive Mac Kinnon, la stessa capacità di pensare un’ingiustizia “è potentemente influenzata dalla possibilità che si pensa di avere di spingere gli altri a fare qualcosa in proposito, compreso qualcosa di ufficiale. Si diventa realisti per necessità.”²⁵

Un’ altra battaglia giuridica di ampia risonanza di cui MacKinnon è stata uno dei principali protagonisti, è quella per il controllo della produzione e della diffusione di immagini pornografiche. Contro la pornografia si sono schierate per lungo tempo forze conservatrici in nome della pubblica morale, recentemente affiancate, con diverse motivazioni, da esponenti del femminismo e della sinistra..

²⁴ Anche in Europa le molestie sessuali sono ormai riconosciute come comportamento da sanzionare giuridicamente anche se in vari paesi, tra cui l’Italia, non esiste ancora una regolamentazione. La definizione a cui si fa correntemente riferimento è quella contenuta nella raccomandazione della Commissione CEE del 27/11/1991: “ Per molestia sessuale si intende ogni comportamento indesiderato a connotazione sessuale o qualsiasi altro tipo di comportamento basato sul sesso che offenda la dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro, ivi inclusi atteggiamenti malaccetti di tipo fisico, verbale o non verbale”.

²⁵ C. A. Mac Kinnon, *Nei tribunali statunitensi una legge delle donne per le donne*, in *Democrazia e diritto*, 1993, n. 2, p. 206.

Una di queste motivazioni fa leva sulla pericolosità sociale: la diffusione di immagini pornografiche, spesso connesse ad una visione della donna consenziente al sesso come violenza, contribuisce a spingere alcuni individui a compiere azioni simili e dunque aumenta l'incidenza dei reati sessuali. Ma la pornografia, almeno quella basata su rappresentazioni di violenza maschile e subordinazione femminile, ha, per alcuni come MacKinnon, effetti sociali ben più profondi e dannosi in quanto propone un'immagine umiliante della donna che si ripercuote in tutte le situazioni, dalla famiglia al lavoro. La pornografia è dunque considerata uno strumento della cultura maschile che alimenta la discriminazione femminile.²⁶ Essa produce danni non soltanto a singoli individui, ma anche alle donne come collettività.²⁷

Il caso della pornografia è particolarmente complesso e dibattuto anche sul piano dei principi perché mette in campo da un lato la libertà d'espressione e di stampa, e dunque la tutela del Primo emendamento della Costituzione americana, dall'altro l'eguaglianza tra i sessi, e dunque il Quattordicesimo emendamento, invocato a tutela delle donne.

Nel 1984 in Indianapolis, stato dell'Indiana, venne emanata un'ordinanza, largamente influenzata da MacKinnon e da un'altra studiosa, Andrea Dworkin, che vietava la "produzione, vendita, esibizione o distribuzione" di materiale pornografico, inteso come la "rappresentazione esplicita in immagini e parole della subordinazione sessuale delle donne". L'ordinanza colpiva dunque un tipo particolare di pornografia, configurando anche la possibilità di un ricorso civile per coloro che ritenessero di aver subito un danno o un abuso di potere causati da un'espressione di questo tipo di pornografia. Ma la Corte d'Appello nel 1985 dichiarò incostituzionale l'ordinanza. La motivazione del giudice Easterbrook accetta le premesse dell'ordinanza e cioè che "la raffigurazione della subordinazione tende a perpetuare subordinazione" e che "la

²⁶ Coloro che richiedono il divieto della pornografia portano anche altri argomenti. Uno di questi è che essa riduce le donne al silenzio, di fatto limita notevolmente la loro possibilità di esprimersi, essere ascoltate e prese sul serio, producendo così un conflitto interno allo stesso diritto di libera espressione. Cfr. C.A. Mac Kinnon, *Only Words*, Cambridge Mass. 1996.

²⁷ L'esistenza di un danno renderebbe inapplicabile il principio antipaternalista di John Stuart Mill, richiamato in questo dibattito a difesa della pornografia, che si oppone all'intervento pubblico coercitivo nella sfera della libertà individuale in nome del bene dell'individuo stesso o della collettività e lo giustifica solo quando da un comportamento deriva un danno ad altri. Per una discussione costruita sugli argomenti di Mill, cfr. E.H. Wolgast, *La grammatica della giustizia*, Roma 1991, cap.5: La pornografia e la tirannia della maggioranza.

pornografia è centrale nella creazione e nel mantenimento del sesso come una base di discriminazione” e dunque che può produrre un reale danno, traducibile anche in “offese e minor retribuzione al lavoro, insulti e percosse in casa, violenza nelle strade”. Tuttavia afferma che il Primo emendamento protegge la libertà d’espressione indipendentemente da ogni giudizio sul suo contenuto e dunque da qualsiasi conseguenza possa derivarne: la valutazione delle idee deve essere lasciata alla popolazione e non spetta al governo (*American Booksellers v. Hudnut* 771F.2d. 7th Cir.1985.) La pornografia è dunque ritornata libera, le corti giudiziarie hanno ribadito il ruolo centrale del Primo emendamento nella cultura giuridica statunitense, invocato anche recentemente in casi di ingiuria razziale e religiosa, così come nella dichiarazione di in costituzionalità del Communications Decency Act del 1996.

In Canada invece le posizioni di MacKinnon e di altre femministe hanno avuto più successo. La Charter of Rights and Freedom del 1982 assegna al diritto un ruolo di promozione sostanziale dell’eguaglianza; successive pronunce giurisprudenziali riconoscono che la rappresentazione dello sfruttamento e della violenza sessuale, così come altre manifestazioni di ingiuria razziale, costituiscono un danno per le donne o per le minoranze, possono predisporre verso azioni anti-sociali e, di conseguenza, producono un danno alla società nel suo complesso. La giurisprudenza canadese ha mostrato dunque di accettare una limitazione della libertà di espressione a favore dell’eguaglianza e della tutela dei gruppi oppressi.

Il dibattito comunque continua e le posizioni di MacKinnon hanno grande seguito nel mondo accademico, una delle più note voci dissenzienti è quella di Ronald Dworkin : “così se dovessimo fare una scelta, come richiede MacKinnon, tra libertà e eguaglianza (...) dovremmo scegliere la libertà perché l’alternativa sarebbe il dispotismo di una polizia del pensiero”²⁸.

²⁸ R.Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., p.236. Al problema della pornografia e alle posizioni di MacKinnon sono dedicati i capp. 9 e 10. Dworkin sostiene che “liberals defend pornography though most of them despise it, in order to defend a conception of the First amendment that includes protecting equality in the process through which the moral as well as the political environment is formed” p. 238. Egli comunque non accetta l’idea che la pornografia costituisca un elemento fondamentale nella costruzione dell’immagine sociale della donna secondo le fantasie maschili, e che dunque possa essere considerato un attentato alla libertà di autodeterminazione femminile e all’eguaglianza tra i sessi. Molto più dannosa per l’eguaglianza tra i sessi è la rappresentazione corrente della donna

4. La famiglia tra pubblico e privato e l'analisi di Okin I due ambiti ai quali si è maggiormente applicata la teoria giuridica femminista sono quello dei rapporti della donna con il proprio corpo, che comprende sessualità e riproduzione, e quello dei rapporti familiari.²⁹ In questo secondo ambito sono emerse con particolare evidenza sia la tensione tra eguaglianza e differenza come modelli alternativi ispiratori di norme giuridiche sia le disfunzioni connesse ad entrambi i modelli. Le posizioni che propendono per una diminuzione della regolazione giuridica nelle relazioni familiari puntano ad un alleggerimento sia della definizione giuridica della famiglia “giusta”, sia dell'intervento statale nei rapporti interni alle famiglie. Ciò da un lato ridurrebbe lo scarto esistente tra famiglie ufficiali e famiglie di fatto, in tutte le loro configurazioni, dall'altro permetterebbe maggior autonomia alla definizione negoziata dei rapporti, più vicina dunque alle esigenze delle singole famiglie.³⁰

L'ostacolo più difficile da superare, per molta critica femminista, deriva anche nel caso della famiglia dal carattere sessuato del diritto: se il diritto si occupa della famiglia, ed è un diritto costruito al maschile per quanto i contenuti delle leggi siano fatti da donne, il lessico e le categorie ne inficceranno comunque una reale capacità di rispecchiare la visione e gli interessi femminili. Si presenta dunque un'alternativa: diminuire l'incidenza della regolazione giuridica, con i rischi che la condizione della donna abbandonata ai puri rapporti di potere interni alla famiglia ne risenta gravemente, o cercare un nuovo diritto, un “diritto delle donne”.

Il problema della valenza politica della famiglia, così come della sessualità o della riproduzione, ripropone una tensione centrale nella riflessione femminista il cui interrogativo di fondo si può così schematizzare: rendere pubblico ciò che tradizionalmente è stato privato e dunque fare emergere aree nascoste di potere maschile, oppure sottrarre alla sfera pubblica dello

e le costanti allusioni sessuali nella televisione e nei media in genere. Né ritiene empiricamente dimostrato un nesso causale tra uso della pornografia e crimini sessuali.

²⁹ Per la trasformazione del diritto di famiglia nell'Italia del dopoguerra vedi V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari 1998.

³⁰ Così, ad esempio, C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, London 1989, p.82 ss.

stato e del diritto questioni ritenute di pertinenza esclusiva dell'autodeterminazione femminile e dunque riportarle nel privato?

Mi pare significativo ricordare su questi temi il lavoro di Susan Moller Okin, che nei suoi scritti, così come nei suoi corsi universitari, affronta attraverso il “prisma del genere” le principali teorie politiche occidentali, esaminandone le implicazioni per la differenza sessuale.³¹ Okin rileva come le teorie politiche classiche, con la nota eccezione di John Stuart Mill, ignorino le tematiche di genere e non si preoccupino di distinguere tra uomini e donne: più precisamente esse si riferiscono ad un individuo apparentemente neutro, ma che è invece fortemente sessuato in senso maschile.

In particolare l'analisi di Okin si sviluppa a partire dalla constatazione del disinteresse della teoria politica per quell'ambito istituzionale in cui principalmente si svolge la vita femminile: la famiglia. L'esclusione della famiglia come ambito di applicazione e verifica di criteri di giustizia appare particolarmente difficile da spiegare se si considera che essa costituisce il nucleo primario di aggregazione e di convivenza, il primo luogo di formulazione e imposizione di norme, di organizzazione del potere.

Quest'esclusione può forse comprendersi, per Okin, riconducendola alla distinzione tra sfera pubblica e privata e alla tendenza, probabilmente non razionalizzata e comunque raramente esplicitata, ad inserire la famiglia nella sfera privata. Una sfera in cui i poteri pubblici, e di conseguenza la teoria politica, non si devono immischiare.

³¹ Concentrandomi sulla riflessione femminista intorno al diritto, trascurerò la trattazione delle teorie politiche femministe, pur ad essa strettamente connesse. Per un'esposizione delle principali tesi in esse contenute si veda, in italiano, l'ultimo capitolo del volume di Will Kymlicka, *Introduzione alla filosofia politica contemporanea*, Milano 1996. Kymlicka, constatando l'estrema diversificazione della teoria politica femminista, individua tre critiche alle teorie politiche contemporanee, basate sull'idea che “i principi che sono stati sviluppati pensando all'esperienza e agli interessi degli uomini sono incapaci di riconoscere adeguatamente i bisogni delle donne e di incorporare le loro esperienze”, p.263.

Questa divisione dei campi non ha bisogno di essere giustificata perché è presentata come “naturale”: anche in questo caso va riconosciuta la portata ideologica del concetto di “natura”, che così come legittima sovrani, diritti, ordini economici, allo stesso modo legittima la divisione dei campi tra maschile e femminile e il non intervento dello Stato nella sfera in cui deve agire la donna, quella privata e familiare. L’esclusione della sfera familiare e l’artificiosa distinzione tra pubblico e privato caratterizzano per Okin anche le teorie politiche contemporanee, sia quelle liberali, sia quelle comunitarie; entrambe, benché utilizzino modelli di giustizia egualitaria e un linguaggio neutro e politicamente corretto, ignorano la soggettività femminile, nell’individuazione dei criteri di giustizia.³²

La famiglia corrisponde dunque ad una sfera di intangibilità da parte dello Stato, una giurisdizione autonoma, lasciata alle norme tradizionali e agli equilibri interni di potere. Anche senza voler supporre un’intenzionalità maschile, di fatto questa è la situazione che si è creata. Lo spazio di autonomia e di disinteresse del diritto pubblico per la sfera domestica si è poi tradotto in assenza di tutela per le donne contro le discriminazioni che operano all’interno delle famiglie.

³² Nel volume di recente pubblicazione in Italia (Moller Okin S., *Le donne e la giustizia. La famiglia come problema politico*, a cura di G. Palombella, Dedalo, 1999) la Okin analizza le principali teorie politiche contemporanee, da quelle comunitarie (MacIntyre, Walzer) a quelle neo-liberali (Nozick) e neo-contrattualiste (Rawls) a quelle riconducibili ai Critical Legal Studies (Unger) dal punto di vista della loro compatibilità e inclusione della prospettiva di genere. Nei confronti delle prime l’autrice manifesta profondo scetticismo verso l’alleanza propugnata da alcune studiose femministe e mette in luce come anche le teorie comunitarie siano costruite su di una falsa neutralità e come affidare alla tradizione e all’appartenenza, l’individuazione e la realizzazione di criteri di giustizia sia problematico e pericoloso. Nei confronti delle teorie liberali, invece, fatte salve tutte le critiche di astrattezza e falsa neutralità, nonché di “negligenze e razionalizzazione dell’oppressione delle donne”, rileva il contributo che hanno dato alla posizione dei fondamenti dell’eguaglianza e della libertà femminili. Cfr. anche S. Moller Okin, *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in *Ethics*, 1998, vol.108, p.661-684 e per una sintesi dei rapporti tra teorie femministe e teorie comunitarie, E.Frazer, *Féminisme et communitarisme*, in *Pouvoirs*, 1997, vol.82, p.17-34.

Il diritto privato, invece, si occupa strettamente della famiglia, da un lato ne traccia dei confini normativi che determinano la sua configurazione esterna, la sua forma corretta, dall'altro regola i rapporti tra gli individui che la compongono quando il conflitto è arrivato ad un punto tale da non potere essere più contenuto e gestito all'interno. Si consolida così una cesura netta tra ciò che succede dentro e ciò che, eccezionalmente, emerge.³³

Per la Okin è dunque necessario sia elaborare teorie della giustizia che siano realmente inclusive - e non solo in apparenza attraverso l'uso di termini neutri - degli ambiti di vita sociale delle donne, e dunque in primo luogo della famiglia, sia abbandonare l'enfasi sul carattere maschilista del diritto e della morale, nonché la netta contrapposizione tra giustizia e cura. Queste posizioni hanno avuto, infatti, l'effetto negativo di consolidare l'isolamento della riflessione femminile, permettendo il reiterarsi della sua esclusione dalla teoria politica.

5. Teoria femminista come teoria critica e decostruttiva Come Catharine MacKinnon, anche se con differenti letture dei rapporti tra i sessi, gran parte della teoria giuridica femminista è rivolta ad un'opera di decostruzione e di demistificazione della prospettiva maschile nascosta nel diritto positivo.

Nell'ultimo decennio questo approccio decostruttivo si è ulteriormente affinato nelle opere di varie autrici: l'analisi del diritto vigente in termini di demistificazione dei rapporti di

³³³³ Una conferma di questo doppio binario della famiglia viene anche dalla scarsità delle ricerche sulle sue dinamiche e sulle sue norme interne, mentre il diritto di famiglia e la sua riforma sono stati uno dei principali campi di intervento della dottrina e del movimento femminista, sia nei paesi europei e americani, sia in quelli africani e asiatici. Nell'ambito della sociologia del diritto, l'approccio del pluralismo giuridico può essere utilizzato per affrontare gli ordinamenti familiari e più, in generale, differenti aree normative femminili. Cfr. A. R. Favretto, *Il disordine regolato. Strutture normative e conflitto familiare*, Torino 1995 e A. Hellum, *Actor perspectives on Gender and Pluralism*, in *Legal Polycentricity*, a cura di H. Petersen e H. Zahle, Dartmouth, 1995, p.13-29.

potere in esso contenuti ha avvicinato la teoria giuridica femminista all'approccio dei *Critical Legal Studies*, corrente nella quale si riconoscono infatti varie giuriste nord-americane.

Una di esse è Frances Olsen,³⁴ la quale, in un saggio del 1990, avanza una proposta di schematizzazione delle correnti del femminismo giuridico, che mi pare utile ricordare brevemente. Olsen parte dalla constatazione che nel pensiero occidentale, e in particolare nella tradizione liberale, emergono una serie di coppie oppostive come attivo/passivo, razionale/irrazionale; oggettivo/soggettivo, pensiero/ sentimento, ragione/ emozione, potere/sensibilità, cultura/natura ecc. I primi termini di queste coppie sono culturalmente associati al maschile, ma anche al mondo del diritto, i secondi termini al femminile e indicano caratteri generalmente considerati estranei al diritto. Questa bipolarizzazione e la corrispondente divisione dei campi, avrebbero contribuito fortemente e contribuirebbero tuttora a limitare l'accesso e l'influenza delle donne nel diritto.

Su questa base le differenti posizioni femministe nei confronti del diritto possono, secondo Olsen, essere ricondotte a tre approcci fondamentali: il primo è quello che rifiuta la sessualizzazione in quanto mette in discussione l'associazione dei primi termini al maschile e rivendica la piena capacità delle donne di parteciparne, di essere cioè razionali, attive ecc. e, di conseguenza, di utilizzare il diritto e le sue categorie consolidate per i propri fini. Il secondo è quello che rifiuta la gerarchizzazione, nel senso che assume l'associazione di quei tratti al femminile e la loro estraneità al mondo del diritto, ma ne proclama l'importanza e il valore e dunque inverte la visione tradizionale che pone in primo piano i valori maschili. Questa prospettiva conduce a guardare con sospetto il diritto, proprio perché si muove su strade che non sono quelle del femminile.

Un terzo, più recente, approccio che Olsen chiama dell'"androginia", ed è quello che tende a mettere in luce come entrambi i gruppi caratteriali siano presenti sia negli uomini che nelle donne, a svelare i contenuti ideologici di questi concetti, a problematizzarne il loro stesso contenuto e i loro confini. L'"androginia" come chiave di lettura dei rapporti uomo/donna si correla nella visione personale di Olsen ad un approccio che rigetta "sia la caratterizzazione del

³⁴ Cfr. infra A. Carrino, Roberto M. Unger e i CLS: scetticismo e diritto.

diritto come razionale, oggettivo, astratto e governato da principi, sia la gerarchizzazione di razionale, oggettivo, ecc. sopra irrazionale, soggettivo, ecc”³⁵.

Il diritto non è quella costruzione razionale che la scienza giuridica ufficiale propone e non è per sua natura maschile. Il diritto è per Olsen un’attività umana, una pratica sociale, che, dal momento che è stata finora prevalentemente dominata dagli uomini, ha presentato come proprie caratteristiche prevalenti quelle associate al maschile (razionalità, astrattezza, orientamento a principi ecc) e ha nascosto quelle associate al femminile (irrazionalità, concretezza, contestualizzazione ecc). Caratteristiche che sono invece anch’esse sempre presenti nel diritto, anche se non sempre riconosciute e ufficializzate.

Dunque la scienza giuridica femminista ha, per Olsen, in primo luogo un compito di analisi, di smascheramento di coperture ideologiche, siano esse interne alle categorie esistenti o riformulate secondo categorie nuove, senza tuttavia negare che, sul piano pratico, l’uso del diritto possa ancora portare benefici alle donne.

³⁵ F. Olsen, *Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective*, in *The International Journal of Sociology of Law*, 1990, vol.18, p. 205. La Olsen ha curato anche la pubblicazione dei principali contributi di autrici femministe, soprattutto nord-americane, sul diritto. F.Olsen (a cura di) *Feminist Legal Theory*, Aldershot, Dartmouth, 1995, 2 voll.

Una categorizzazione simile a quella di Olsen è proposta da Carol Smart, criminologa inglese, che distingue tre approcci nella teoria femminista: la prima corrisponde all’idea che il diritto è sessista, la seconda che il diritto è maschio, la terza che il diritto è sessuato. Quest’ultimo corrisponde alla domanda “how does gender work in law and how does law work to produce gender?” e si traduce in una decostruzione della Donna costruita nei discorsi giuridici, che punta alla comprensione della rete di interessi in gioco in un atto giuridico e assume il diritto come un oggetto complesso, prodotto da molteplici influenze, e non un semplice strumento di un potere unilaterale. Cfr. C. Smart, *The Woman of Legal Discourse*, in *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, London 1995. Questo volume, raccolta di 11 saggi, mostra il percorso dell’autrice che partendo dalla ricerca criminologica, si inserisce nella tradizione degli studi socio-giuridici innestando su di essi una prospettiva femminista e sfocia in un approccio che essa stessa denomina postmoderno o post-strutturalista. Sul post-modernismo femminista cfr.A. Baratta, *Il paradigma del genere dalla questione criminale alla questione umana*, Padova 1999.

Per la decostruzione di concetti giuridici è di particolare rilievo anche l’opera di Martha Minow; cfr.M. Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca 1990.

La teoria giuridica dominante tende a confinare le donne in settori come quello del diritto di famiglia, e ad escluderle da altri considerati più maschili, come il diritto commerciale. Invece per Olsen un obiettivo importante del femminismo è quello di “dissolvere i ghetti del diritto”, mettendo in luce che in tutte le sue parti sono presenti componenti irrazionali, personalizzate e soggettive e allargando la piena competenza delle donne ad ambiti differenti da quelli che le riguardano direttamente, come il corpo, o tradizionalmente, come la famiglia.

6. Il diritto al femminile e la scuola scandinava: una nuova giurisprudenza sociologica

Negli anni più recenti, la teoria femminista ha complessivamente superato la caratterizzazione del diritto come tecnica esclusivamente maschile. Da un lato sono stati elaborati approcci epistemologici più complessi, dall'altro è emersa una tendenza alla rivalutazione del ruolo del diritto e delle sue modalità di intervento, con l'obiettivo di costruire un diritto in grado di tradurre nel proprio linguaggio e modalità l'identità femminile.³⁶

La nuova scienza giuridica femminile si propone dunque non solo di decostruire le categorie giuridiche e le norme esistenti, svelandone le implicazioni nascoste, ma anche di formulare e applicare norme sostanziali e procedurali, che, partendo dalla differenza di genere, esprimano valori, interessi, obiettivi e modalità d'azione femminili. Il diritto al femminile non si accontenta più di occuparsi di quelle normative che riguardano direttamente le donne, le loro relazioni personali e lavorative, il loro corpo, e cioè di quelli che sono stati i campi di “primo intervento”, ma si estende a tutti gli ambiti del diritto positivo. Propone uno sguardo alternativo a quello maschile, non necessariamente sostitutivo, ma complementare.

³⁶ Questa tendenza è testimoniata in Italia in un recente numero di *Ragion Pratica* (1997, n.8) curato da L. Gianformaggio e M. Ripoli. Ad essa si associa Pitch che conclude “che del diritto ci si può servire, perché esso è utile, non solo sul piano simbolico, ma anche come intelaiatura di norme che sostengono e producono giustizia sociale per le donne e insieme libertà femminile” (*op.cit.* p.219).

In Stati Uniti, Canada, Gran Bretagna, Australia e nei paesi scandinavi, la scienza giuridica femminista è ampiamente diffusa, elaborata, istituzionalizzata. Già da più di un decennio nelle Law Schools americane sono frequentemente presenti corsi di Feminist Jurisprudence, Feminist Legal Theory, Women's Law.³⁷ La scuola scandinava di Women's Law si forma verso la metà degli anni ottanta grazie soprattutto all'opera di Tove Stang Dahl, a cui accennerò in conclusione di questa breve esposizione.³⁸

Il movimento femminista scandinavo è sempre stato particolarmente aperto e collaborativo verso le istituzioni pubbliche, riconoscendo il ruolo positivo dello Stato sociale e del diritto come strumento di trasformazione, nonché di supporto e promozione di interessi di gruppi deboli.

“Il diritto non è maschile per struttura e vocazione; lo è in quanto è stato storicamente elaborato dagli uomini”, questo è il presupposto che spinge Dahl alla ricerca di un diritto non neutrale, ma che prenda atto e tratti diversamente i generi. Il “diritto delle donne”, secondo Dahl, si definisce in base allo scopo “di descrivere, spiegare e capire la posizione giuridica delle donne, in particolare con l'obiettivo di migliorarne la posizione nel diritto e nella società”³⁹.

Esso si presenta come una teoria critica articolata su due livelli: uno di analisi, l'altro di proposta. E' una scienza descrittiva, volta a comprendere e spiegare le implicazioni di genere contenute nel diritto vigente. Ma è al contempo una scienza critica che si pone in una prospettiva etica e politica di riforma del diritto.

³⁷ Le principali riviste giuridiche anglossassoni contengono sempre più frequentemente articoli di giuriste femministe o dedicati alla scienza giuridica femminista. Dal 1992 esiste anche una rivista *Feminist Legal Studies* che tratta, con analisi di normative, commenti a sentenze, recensioni, questioni giuridiche rilevanti per le donne.

³⁸ Tove Stang Dahl è autrice anche di un manuale universitario di Women's Law. Nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Oslo, dove insegna, questa materia costituisce un corso degli anni finali e sono previste anche lezioni nell'ambito dei principali corsi fondamentali che esaminano la disciplina dal punto di vista femminile.

³⁹ T. Stang Dahl, *Building Women's Law*, in *International Journal of Sociology of Law*, 1986, vol.14, p.240. Sul movimento scandinavo del diritto delle donne vedi anche A. Weis Bentzon, *Comments on Women's Law in Scandinavia*, in *International Journal of Sociology of Law*, 1986, vol.14, p.249-54 che sottolinea i vantaggi che deriverebbero da una maggior apertura alle scienze sociali.

La *Women's Law* non è dunque scienza avalutativa, ma orientata a precise scelte. Per svilupparsi richiede di attingere a più approcci e prospettive che integrano i metodi e le categorie della scienza giuridica, alla cui tradizione, peraltro, Dahl si richiama esplicitamente.

Il punto di partenza sono le donne e la conoscenza del loro punto di vista. Ciò significa adottare una prospettiva dal basso, che si appoggia su dati empirici, e che dunque presuppone l'effettuazione di ricerche sulla condizione, i bisogni, le richieste delle donne. La *Women's Law* si caratterizza anche per l'adozione di un approccio socio-giuridico, ancorato su ricerche empiriche qualitative e quantitative. La prospettiva sociologica è stata poi ulteriormente sviluppata da altre giuriste dell'area scandinava, non solo attraverso ricerche empiriche, ma anche attraverso la recezione di modelli teorici.⁴⁰

⁴⁰Per un inquadramento del "diritto delle donne" in recenti prospettive teoriche della sociologia del diritto, vedi H. Petersen, *Dalla Scandinavia un'interpretazione femminista postmoderna del diritto*, in *Democrazia e diritto*, 1993, n. 2, p. 145- 173. La stessa Petersen in una ricerca sui luoghi di lavoro femminili in Danimarca si richiama ai modelli del pluralismo giuridico come quadro concettuale che permette di comprendere un'ampia produzione di norme informali. In questa ricerca rileva come, anche al fine di ridurre conflitti e tensioni, le donne "sviluppano strategie "legali" più o meno consce" spesso aggirando "regole e principi giuridici formali esistenti", anche con la complicità dei datori di lavoro. Come in questo caso, molte norme prodotte dalle interazioni femminili nei luoghi delle loro attività non sono riconducibili al diritto dello Stato, pur entrando in rapporto con esso, e non sono dunque riconoscibili con gli strumenti della scienza giuridica ufficiale (e maschile), ma possono diventare la base per la costruzione di un diritto formale delle donne.

Stang Dahl parte dalla constatazione che i casi di discriminazione, nel senso di previsione normativa di differente trattamento tra uomini e donne, sono ormai molto rari e spesso introdotti proprio per assicurare un'eguaglianza di fatto. Ma gran parte del diritto vigente, neutro rispetto al genere, tocca in modi differenti uomini e donne, dal momento che hanno stili di vita, abitudini, valori e esigenze differenti. Rifacendosi alla nota distinzione tra "law in books" e "law in action", il diritto delle donne non deve limitarsi all'analisi delle prescrizioni giuridiche, ma rivolgersi soprattutto alle discriminazioni di fatto. Il legame con il realismo giuridico scandinavo e con una visione sociologica del diritto è evidente nell'opera di Dahl che si richiama in particolare all'approccio sviluppato da Torstein Eckhoff e Vilhelm Aubert.⁴¹

Il diritto femminile si trova nella necessità di tagliare trasversalmente i confini tradizionali dell'ordinamento giuridico, poiché le norme a cui fa riferimento appartengono a differenti ambiti e spesso rivelano valenze significative solo se considerate in connessione tra loro. "Il diritto delle donne non conosce limitazioni formali diverse dalla prospettiva femminista... attraversa i confini tra diritto pubblico e privato, così come quelli tra varie aree dell'ordinamento giuridico e comprende in linea di principio tutte le aree del diritto"⁴², e questo proprio perché adotta una prospettiva che parte dal soggetto donna, soggetto sul quale agiscono, se pur in diversa misura, tutti i campi del diritto. Dunque è anche giuridicamente interdisciplinare, sia nell'analisi del diritto positivo, sia nella costruzione di una disciplina autonoma, che si articola in nuovi settori giuridici, come quelli che Stang Dahl chiama "money law, housewife's law, waged labour law, birth law". La Birth's Law, ad esempio, non riguarda solo la prevenzione delle nascite o l'interruzione della gravidanza, necessarie per realizzare l'autodeterminazione femminile, ma anche tutto l'ambito della riproduzione assistita e dell'assistenza alla maternità.

⁴¹ T. Stang Dahl, *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence.*, Oslo 1987, p.56 ss.

⁴² *Ivi*, p.30.

L'individuazione di ciò che è "giusto" avviene a partire dall'identificazione empirica delle percezioni femminili: sono tre le aree principali nelle quali, secondo Stang Dahl, le donne lamentano un'ingiusta distribuzione delle risorse: denaro, tempo, lavoro.⁴³ Il trasferimento della conoscenza empirica in nuove norme giuridiche deve in ultima istanza far riferimento a due valori essenziali della tradizione occidentale: libertà e eguaglianza. La scienza giuridica femminile ha dunque primariamente il compito di formulare norme che realizzino una maggior eguaglianza nella distribuzione di denaro, lavoro, tempo e che, al contempo, favoriscano la libertà delle donne, intesa come autodeterminazione e autorealizzazione.

⁴³ *Ivi*, p.90 ss..