

# CAPITOLO 1

## DIRITTO MUTO

SOMMARIO: 1.1. L'invenzione della donna. – 1.2. Il contrattempo del giusfemminismo. – 1.2.1. Le teorie femministe del diritto. – 1.3. La trappola della neutralità. – 1.4. Contro il discorso dominante. – 1.4.1. Diritto e narrazione: l'importanza pratica del punto di vista estetico. – 1.4.2. L'attenzione creatrice nel diritto. – 1.5. Discorso invisibile, dominio invisibile e diritto muto. – 1.5.1. Il caso della rappresentanza femminile nell'ordinamento italiano. – 1.6. Situare il punto di osservazione: Teorie femministe del diritto, Diritto e letteratura e Comparazione giuridica.

### 1.1. *L'invenzione della donna*

La natura femminile è un concetto ideale astratto, una donna è una donna. Il sesso femminile è un costrutto artificiale, storico e sociale, il sesso di una donna è una sua caratteristica fisica e biologica, una sua appartenenza corporale che, in tutte le epoche, ha determinato conseguenze esogene reali nelle vite di tutte e nella vita di ognuna. L'invenzione della donna da parte degli uomini è iniziata molto presto nella storia del mondo e tutt'ora la sua rappresentazione è gravata da millenni di una narrazione per molto tempo univoca<sup>1</sup>. L'eterno femminile è stato etereo o carnale, innocente o menzognero, puro o tentatore, materno o peccatore. Le donne sono state madonne o mariarde, muse o aguzzine, oggetti del desiderio o fonti di disturbo della mente maschile. Il femminile così vagheggiato ha abitato e irrorato i canti, le im-

---

<sup>1</sup> Scrive la filosofa e giurista Catharine MacKinnon: "Un'altra espressione della specificità sessuale dell'oggettività a livello sociale è il fatto che le donne siano state «natura», vale a dire: gli uomini si sono distinti come conoscitori, come le menti, mentre le donne sono state l'oggetto da conoscere, la materia, ciò che deve essere controllato e assoggettato, ciò su cui si agisce", C. MAC-KINNON, *Le donne sono umane?*, ed. it. a cura di A. BESUSSI-A. FACCHI, Bari, Laterza, 2012, p. 17.

prese, le narrazioni e il pensiero degli uomini. Dall'altro lato: un raggelante, costretto, a lungo ininterrotto silenzio.

L'invenzione della donna da parte dell'uomo è un atto rappresentativo antico, riempie una lacuna, una carenza, un silenzio che sono conseguenza di secoli di storia umana, nel corso dei quali un sesso, quello maschile, ha estromesso l'altro dalla storia principale del mondo, dalla costruzione del potere politico, dalla partecipazione al sapere, alle tecniche, al diritto, all'arte.

Nel 1849 Jeanne Deroin, rivoluzionaria e femminista francese, trasgredisce il divieto legale che impediva alle donne di essere elettrici e tanto meno di essere eleggibili, e si presenta alle elezioni per l'Assemblea costituente previste per il 13 maggio di quell'anno. Ne deriva una polemica pubblica cui partecipa, tra gli altri, Pierre-Joseph Proudhon. Proudhon sul giornale dove scrive esprime la sua contrarietà all'uguaglianza politica tra i due sessi con una frase che rimarrà esemplare. Egli dice: «Non immagino una donna legislatore più di un uomo-balia». Deroin risponde, rivolgendo a Proudhon, e agli altri uomini di cui lui rappresentava il pensiero, queste parole: «Mostrateci l'organo di legislazione. Dov'è?»<sup>2</sup>.

Lo stretto nesso che lega i due concetti di rappresentanza, intesa come manifestazione di una soggettività giuridica e politica delle donne, e rappresentazione di queste ultime, in ambito giuridico e non, è ben manifesto in questo scambio avvenuto alcuni secoli fa tra Deroin e Proudhon. Proudhon usa un verbo che è necessario tenere in considerazione per illuminare i due piani di questa analisi che rimangono, nei vari ambiti su cui determineranno le loro conseguenze, sempre coesistenti e comunicanti: egli dice «Non *immagino* una donna legislatore». Il piano del suo ragionamento è dunque quello dell'immaginazione, ossia della rappresentazione ideale. Jeanne Deroin, e non sarà la sola tra le donne che citerò, sceglie invece di rimanere su un piano molto più concreto, ancorato alla realtà visiva, corporale e carnale. Chiede di mostrare quale sia questo fantomatico organo della fisiologia degli uomini che li renda di natura più adatti all'atto del legiferare.

La disputa tra i sessi sull'accesso al godimento dei diritti civili e politici da parte delle donne si svolgerà, infatti, nel corso di molti secoli, sempre sul filo teso di questa dicotomia concettuale di realtà-rappresentazione: all'interno della quale non ci sono cambiamenti e manifestazioni di un termine che non abbiano effetti e ripercussioni sull'altro.

---

<sup>2</sup> Questo episodio è raccontato, insieme a numerosi altri, in G. FRAISSE, *Il mondo è sessuato. Femminismo e altre sovversioni*, Nottetempo, 2019, pp. 1-252.

La rappresentazione di cui tratterò, che si infila e si insinua nelle maglie dei concetti giuridici, è una rappresentazione secolare, anzi direi millenaria, alimentata da usi, consuetudini, poemi, versi, opere letterarie, opere figurative, pitture, sculture, fotografie, fino ad arrivare oggi alle immagini proiettate dai *mass media*, alle pubblicità, ai film, ai meme, alle auto-rappresentazioni social. Narrazioni e auto-narrazioni tra le più varie, diverse e composite.

Ciò che mi ripropongo di fare nel corso di questa analisi è mettere in luce gli elementi di connessione, spesso celati, tra questo sostrato pregiuridico, o paragiuridico che dir si voglia, e la creazione nel tempo di categorie concettuali che assumono contenuto normativo, per arrivare a dimostrare come, dietro concetti giuridici apparentemente o dichiaratamente neutri, quali ad esempio quelli di soggettività, di uguaglianza, di rappresentanza, si nasconda invece un contenuto narrativo così denso, pesante, definito, da determinarne e orientarne gli effetti e non poter essere in alcun modo ignorato. È questa l'opera di svelamento che, a partire dagli anni Settanta del Novecento in poi, hanno compiuto, all'interno di tutte le discipline accademiche, i cosiddetti *Women's studies*<sup>3</sup>, su cui tornerò in seguito. Nel diritto, si è assunto questo compito, tra le altre branche della materia giuridica, anche il giusfemminismo<sup>4</sup> o le teorie critiche femministe, che si ripropongono di osservare le categorie giuridiche, come è stato detto, attraverso il prisma dell'appartenenza sessuale<sup>5</sup>.

Vorrei iniziare questo percorso di indagine da un momento della storia dell'umanità che ha avuto un carattere fondativo ineludibile nella creazione dei principi della democrazia moderna: quello della Rivoluzione francese e del periodo dei Lumi subito antecedente ad essa.

Fondamentale sarà per questo discorso il principio di uguaglianza<sup>6</sup>, perno

---

<sup>3</sup> Si veda *infra*.

<sup>4</sup> Sull'argomento cfr. T. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1-312; I. TRUJILLO, *Universalità, realismo e diritti. Su alcuni contributi del femminismo alla filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, pp. 367-378; T. CASADEI, *Giusfemminismo: profili teorici e provvedimenti legislativi*, in *Politeia*, XXXII, 124, 2016, pp. 32-45; O. GIOLO, *Il giusfemminismo e le sfide del neoliberalismo. A proposito di soggetti, libertà e diritti*, in *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini giuridica, 2017, pp. 207-230.

<sup>5</sup> M. NUSSBAUM, *I Women's studies*, in *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea*, Roma, Carocci Editore, 1999, pp. 209-248.

<sup>6</sup> Sull'argomento esiste una bibliografia quanto mai vasta cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* (V. 3. 1131a-II31 b), Roma-Bari, Laterza, 1988, trad. it. di A. PLEBE; M. CARTA-

su cui si appunta anche, come vedremo poi, l'elaborazione teorica e giuridica femminista. La storia dell'avvento nella democrazia del principio di uguaglianza è anche, però, il momento in cui inizia la storia giuridica moderna della diseguaglianza dei sessi.

Jean-Jacques Rousseau, nel 1755, dedica uno dei suoi testi più famosi, noto come il *Discorso sulle disuguaglianze*<sup>7</sup>, alle donne che definisce «la preziosa metà della Repubblica». A quella metà però, fin da subito, interdice il diritto di partecipare alla vita pubblica, interdice l'uguaglianza che andava teorizzando per ogni cittadino. Alle donne, nella democrazia appena nata, non si consentiva l'esercizio del diritto di voto, l'accesso alle istituzioni pubbliche, la libertà professionale, i diritti di possesso.

Inizia, dunque, l'epoca delle uguaglianze con una contraddizione enorme in seno alle stesse: uguaglianza di tutti non significa uguaglianza di tutte. Il «prezioso» contributo delle madri e delle figlie della Rivoluzione sarà quello di mantenere, grazie alle innate bontà e grazia, la concordia all'interno dello Stato e di educare i futuri cittadini maschi al rispetto dei valori democratici<sup>8</sup>. La questione delle caratteristiche innate della natura femminile, derivando direttamente dall'ambito della rappresentazione delle donne, avrà, come si vedrà in seguito, un notevole impatto sul profilo della rappresentanza e della soggettività giuridiche.

Queste posizioni, di Rousseau, ma anche di Tocqueville, di Proudhon e via enumerando, hanno inferto un ulteriore, e per molto tempo definitivo, colpo alla soggettività e alla rappresentanza giuridica delle donne proprio nel momento in cui giuridicamente, politicamente e filosoficamente veniva rifondata ogni cosa.

Questa interdizione all'autonoma dimensione pubblica e giuridica si fonda, come detto, su una rappresentazione, o anche una narrazione della donna, che inizia molto presto nella storia del mondo, con l'affermazione della pri-

---

BIA, *Riflessioni in tema di uguaglianza e non discriminazione*, in ID., *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2011; A. CAVALIERE, *La comparsa delle donne. Uguaglianza, differenze, diritti, Fattore umano*, Roma, 2016; L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in ID., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995; T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2006; A. SCHIAVELLO, *Principio di uguaglianza. Breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion pratica*, 2000; R. STROZIER-M. FOUCAULT, *Subjectivity, and Identity: Historical Constructions of Subject and Self*, Wayne State Univ. Pr., 2001.

<sup>7</sup>J.J. ROUSSEAU, *Discorso sull'origine della disuguaglianza. Contratto sociale. Testo francese a fronte*, a cura di D. GIORDANO, Milano, Bompiani, 2012.

<sup>8</sup>Per un ulteriore approfondimento sull'argomento cfr. G. FRAISSE, *op. cit.*, p. 47 e ss.

mazia del sesso maschile. Si pensi solo ad Adamo ed Eva, il mito occidentale di fondazione dell'umanità per eccellenza.

Da molto presto inizia dunque una delle più imponenti, durature, condivise opere di mistificazione nella storia dell'umanità: l'invenzione della donna da parte dell'uomo.

Nell'opera letteraria più importante di Elena Ferrante, nota come *Quadriologia*<sup>9</sup>, a un certo punto Elena, una delle protagoniste del libro, scrive un saggio narrativo sull'invenzione della donna da parte dell'uomo, e cita alcuni esempi eccellenti come Emma Bovary di Flaubert o la Anna Karenina di Tolstoj. Ferrante stessa, nei suoi libri, pone di continuo l'attenzione sulla costruzione ideale della donna da parte degli uomini e quanto sia lontana dalla realtà di ogni singolo individuo di sesso femminile. Si è, dunque, ancora e sempre, nel regno ideale dell'immaginazione, che tuttavia esprime effetti e conseguenze che incidono fortemente e drammaticamente sulla realtà.

Torniamo ancora una volta all'epoca della Rivoluzione francese, un momento fondativo importante nella storia occidentale anche dal punto di vista della rappresentazione.

All'indomani della Rivoluzione, sorge una disputa tra un poeta, Ecouchard Lebrun, e una poetessa, Constance De Salm. Lebrun contesta a De Salm la sua scelta di essere poetessa: «Siate di ispirazione, ma non scrivete», le dice. Lei risponde: «Le arti sono di tutti come la felicità». Lebrun usa concetti astratti, nozioni ideali e arcaiche. De Salm risponde, come farà poi Jeanne Deroin, con termini quanto mai solidi e concreti, lei parla di diritto e di felicità, che sono due idee giuridiche e politiche scaturite proprio dalla Rivoluzione. La disputa continua, Lebrun la ammonisce: «L'Amore vedrebbe con rabbia una notte persa a poetare [...] Prodighereste al Genio un bacio sterile e geloso». La donna nell'arte è, da sempre, identificata con la musa, ossia un oggetto di desiderio la cui fecondità si trasferisce al geniale poeta<sup>10</sup>. La rappresentazione eterna della donna musa è ancora oggi uno dei concetti più resistenti e difficili da scardina-

---

<sup>9</sup> Ne fanno parte i quattro volumi E. FERRANTE, *L'amica geniale, Storia del nuovo cognome, Storia di chi fugge e di chi resta, Storia della bambina perduta*, tutti editi da E/O, tra il 2011 e il 2014.

<sup>10</sup> Scrive Carla Lonzi: "la creatività maschile ha come interlocutore un'altra creatività maschile, ma come cliente e spettatrice di questa operazione mantiene la donna il cui stato esclude la competitività. [...] L'attività dell'uomo, anche nell'arte, si articola nella competizione con un partner che è ancora un uomo, e nella contemplazione che chiede alla donna", C. LONZI, *Assenza della donna dai momenti celebrativi della manifestazione creativa maschile*, in *Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale e altri scritti*, Scritti di Rivolta femminile, Milano, 1974, et al./edizioni 2010, pp. 63-64.

re<sup>11</sup>. Constance de Salm non cade nella sua retorica, non risponde nei termini del discorso d'amore ferito o negato, lei, molto più moderna, risponde invece così: «La carriera dello studio e delle arti è aperta; osiamo penetrarvi. Eh! Chi potrebbe sottrarre il diritto di conoscerle a chi può sentirle?»<sup>12</sup>. Parla di un diritto: quello di conoscere, di sentire l'arte e poterla esprimere. In una parola il diritto a rappresentare. E a rappresentarsi.

Qualche tempo più tardi, nel XIX secolo, venivano aperte, poco a poco, per la prima volta, alle donne le Accademie di belle arti. La musa, l'oggetto di rappresentazione per eccellenza, diventava finalmente soggetto dell'arte. Ma con una limitazione: la proibizione alla rappresentazione del nudo che, nell'arte classica, simboleggiava la verità. Concedere alle donne l'accesso alla copia del nudo, significava permettere loro di rappresentare la bellezza e, per mezzo di essa, la verità artistica, ossia la propria verità. E, per mezzo della propria verità, aspirare a rappresentare anch'esse l'universale.

Vorrei citare, a questo proposito, le parole di un altro filosofo, di qualche tempo successivo a Rousseau: Friedrich Nietzsche, come è noto, ha disseminato nella sua opera una concezione quantomeno ambigua della donna, la cui rappresentazione è spesso separata da quella del "femminile", una categoria ideale che non necessariamente e non sempre è legata a un corpo di donna<sup>13</sup>. Da un lato egli afferma che la verità filosofica è femmina e che al filosofo tocca sedurla. Come nell'arte, la donna nella filosofia incarna nel suo corpo la verità, ma fuori della rappresentazione ideale, dall'altro lato, la natura rea-

---

<sup>11</sup> «Come sfuggire alla parola "musa" nella storia dell'arte, nella critica d'arte, nella storia delle donne artiste? Sembra che sia impossibile; la parola "musa" è indistruttibile, presente più che mai nel linguaggio mediatico. È inoltre usata in modo indistinto, designando ora l'ispiratrice (in maniera classica), ora l'amante (in maniera evidente), ma anche la compagna di creazione (l'uguale) o la donna artista (in maniera sorprendente)», G. FRAISSE, *op. cit.*, p. 143.

<sup>12</sup> Anche questo episodio è raccontato in G. FRAISSE, *op. cit.*, p. 137 e ss.

<sup>13</sup> Sull'analisi della rappresentazione della donna nella produzione filosofica di Nietzsche v. N. BARILE, *Adescamenti: Nietzsche e la parola di Dioniso*, Genova, Il melangolo, 2005; L. CLARK-L. LANGE (a cura di), *The sexism of social and political theory: women and reproduction from Plato to Nietzsche*, Toronto, University of Toronto press, 1979; D. FARRELL KRELL, *Woman, Sensuality and Death in Nietzsche*, Bloomington, Indiana University Press, 1986; E. KENNEDY-S. MENDUS (a cura di), *Women in western political philosophy: Kant to Nietzsche*, New York, St. Martin's Press, 1987; E. MORTENSEN, *The Feminine and Nihilism: Luce Irigaray with Nietzsche and Heidegger*, Scandinavian University Press, Oslo, 1994; F. NEGRI, *Nietzsche, la crisi del soggetto e l'emergenza del femminile*, in B. SCAPOLO (a cura di), *Per un sapere della crisi. La dissoluzione del sogno cartesianiano tra Ottocento e Novecento*, Roma, Aracne, 2014, pp. 197-223; S.I. RIZZI, *Friedrich Nietzsche e Lou Salomé: il femminile e le donne*, Milano, Mimesis, 2018.

le della donna è da sempre affine alla menzogna. Nietzsche, in *Al di là del bene e del male*, scrive che la donna non vuole la verità, che «Nulla, da che mondo è mondo, è più della verità estraneo, ripugnante, ostile alla donna – la sua grande arte è la menzogna, la massima delle sue faccende è l'apparenza e la bellezza»<sup>14</sup>. L'invenzione millenaria della donna da parte dell'uomo par-torisce dunque un essere bifronte: da un lato, puro, angelico, primordiale nella sua bontà e fragilità, tanto da non dover essere intaccato o sporcato con le crudelzze del mondo: Beatrice, Angelica, Laura. Dall'altro, in netta contraddizione, l'idea di un essere inferiore, con caratteristiche mentali e fisiche non pari a quelle maschili, incline alla malignità, al calcolo, alla confusione, all'emotività, alla menzogna: Dalila, Salomè, Elena di Troia.

Questi termini della rappresentazione si ritrovano immutati nell'ambito giuridico. Il terreno è lo stesso, che si tratti del politico, del giuridico o dell'estetico<sup>15</sup>, come illustrerò nel prosieguo di questa analisi<sup>16</sup>. Per fare solo uno dei numerosi esempi, in Italia, fino agli anni Sessanta del Novecento vi-geva un impedimento legale che precludeva alle donne l'accesso alla magi-stratura, sulla base proprio della loro rappresentazione. Emblematiche sono, tra le altre<sup>17</sup>, le parole presenti in un articolo, pubblicato nell'agosto del

---

<sup>14</sup> F. NIETZSCHE, *Al di là del bene e del male*, Adelphi, 1977, §232.

<sup>15</sup> Il riferimento è a questa considerazione di Fraisse: "Il terreno, l'humus, è lo stesso, che si tratti del politico o dell'estetico", G. FRAISSE, *op. cit.*, p. 142.

<sup>16</sup> Si veda *infra*, par. 1.4.1.

<sup>17</sup> È ormai tristemente celebre la sentenza della Corte d'Appello di Torino dell'11 novembre 1883, sul caso Lidia Poët. La sentenza negava alla ricorrente, Lidia Poët, la possibilità dell'iscrizione all'albo degli avvocati, sulla base di queste motivazioni: «Risulta evidente esser stato sempre nel concetto del legislatore che l'avvocheria fosse un ufficio esercibile soltanto da maschi e nel quale non dovevano punto immischiarsi le femmine [...] oggi del pari sarebbe disdicevole e brutto veder le donne discendere nella forense palestra, agitarsi in mezzo allo strepito dei pubblici giudizi, accalorarsi in discussioni [...]: costrette talvolta a trattare ex pro-fesso argomenti dei quali le buone regole della vita civile interdicono agli stessi uomini di fare motto alla presenza di donne oneste. [...] non occorre nemmeno di accennare al rischio cui andrebbe incontro la serietà dei giudizi se, per non dir d'altro, si vedessero talvolta la toga o il tocco dell'avvocato sovrapposti ad abbigliamenti strani e bizzarri, che non di rado la moda impone alle donne, e ad acconciature non meno bizzarre; come non occorre neppure far cenno del pericolo gravissimo a cui rimarrebbe esposta la magistratura di essere fatta più che mai segno agli strali del sospetto e della calunnia ogni qualvolta la bilancia della giustizia piegasse in fa-vore della parte per la quale ha perorato un'avvocatessa leggiadra». E ancora dieci anni dopo le parole del Prof. Cecchi, nel 1957, in dottrina si scriveva questo: «[la donna] è fatua, è leggera, è superficiale, emotiva, passionale, impulsiva, testardetta anzichenò, approssimativa sempre, ne-

1948 e intitolato *La donna magistrato*, a firma del Prof. Avv. Orfeo Cecchi dell'Università di Milano: «[...] La donna è a uno stadio intermedio tra il bambino e l'uomo, come si rileva anche dalla fisionomia [...]. Ha, soprattutto quando è giovane, scarsissimi scrupoli e freni morali. Ha spiccatissime attitudini per l'intrigo, per la simulazione, per il mendacio e per lo spionaggio. È tremenda nell'odio e nella vendetta. Orbene, è a un essere simile, dominato e sopraffatto dalla simpatia o antipatia sessuale, che si vuole affidare anche le difficilissime e delicate funzioni di magistrato?»<sup>18</sup>. Come è noto, solo nel 1963<sup>19</sup> cadrà il divieto legislativo che impediva alle donne il loro ingresso in magistratura, a causa di quelle che si reputavano essere loro caratteristiche femminili che le rendevano incompatibili con un ufficio che necessitava di importanti doti morali e psichiche di equilibrio e controllo delle emozioni. Mentre, al di là delle professioni giuridiche, ci sono altri ambiti lavorativi in cui gli impedimenti alle donne sono caduti molto di recente, si pensi solo all'ammissione delle donne alle carriere militari e al cambiamento apportato a partire dalla nota sentenza della Corte di Giustizia CE, dell'11 gennaio 2000, n. 285, sul caso *Tanja Kreil*<sup>20</sup>.

La millenaria rappresentazione o invenzione della donna entra dunque, e non potrebbe essere altrimenti, nel diritto e mina, sabota e limita la dimensione giuridica autonoma della donna. Tanto che, proprio in virtù dell'inferiorità naturale della donna, dovuta ai suoi intrinseci difetti morali e debolezze fisiche e psichiche, nel nostro ordinamento, pur in presenza di un ormai affermato principio di uguaglianza formale, ha avuto cittadinanza una causa

---

gata quasi sempre alla logica, dominata dal "pietismo", che non è la "pietà"; e quindi inadatta a valutare obbiettivamente, serenamente, saggiamente, nella loro giusta portata, i delitti e i delinquenti», la citazione è tratta da E. RANELLETTI, *La donna giudice ovvero sia la "grazia" contro la "giustizia"*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 1-71. Entrambi gli esempi, insieme ad altri, sono riportati da P. ALVAZZI DEL FRATE, *Pluralismo, "diritto alla diversità" e discriminazione di genere*, in G.Z. ANGELA SANTANGELO (a cura di), *Tra odio e (dis)amore violenza di genere e violenza sui minori dalla prospettiva storica all'era digitale*, Milano, Giuffrè, pp. 43-55.

<sup>18</sup> O. CECCHI, *La donna magistrato*, in *Il mondo giudiziario*, 1° agosto 1948.

<sup>19</sup> Legge 9 febbraio 1963, n. 66, "Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni" (GU n. 48 del 19 febbraio 1963), in [https://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1963-02-19&atto.codiceRedazionale=063U0066&tipoSerie=serie\\_generale&tipoVigenza=originario](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1963-02-19&atto.codiceRedazionale=063U0066&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario).

<sup>20</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 11 gennaio 2000, *Tanja Kreil contro Repubblica federale di Germania*, causa C-285/98, ECLI: EU: C: 2000:2, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0285>.

di esclusione della donna dagli istituti giuridici nota come *infirmetas sexus*<sup>21</sup>, ossia una causa di infermità naturale che trovava la sua legittimazione e il suo fondamento nella categoria della capacità giuridica. La categoria della ridotta capacità della donna dovuta alla sua natura era allora un argomento inattaccabile perché, così come nessuno riteneva leso il principio di uguaglianza dall'esistenza di norme che vietassero agli incapaci, al minore o all'insano di mente di compiere certe attività, ugualmente legittime apparivano le norme di esclusione delle donne, giustificate in parte anche con l'esigenza di protezione delle stesse. La differenza era che, come è stato sottolineato, mentre altre forme di incapacità potevano essere temporanee (come per i minori di età) o superabili (nel caso dell'infermità mentale), l'incapacità della donna, legata alla sua stessa natura, era per tale ragione insuperabile ed eterna.

Questa era la situazione che, fino a buona parte del XX secolo, salvo piccoli movimenti ondulatori e precari nel tempo e nello spazio, relegava le donne ad una condizione di estraneità al mondo giuridico, oltretutto, all'infuori di limitate e singole eccezioni<sup>22</sup>, a quello filosofico, artistico, accademico, scientifico, politico. La loro esistenza in queste dimensioni era un'esistenza traslata e indiretta, come manifestazioni, possedimenti, proiezioni, estensioni della sfera giuridica dei soggetti maschili, che fossero loro mariti, padri, fratelli o figli. L'espressione diretta della loro soggettività giuridica era, nella gran parte dei casi, legittimamente negata. In questa sede non è possibile fare un dettagliato *excursus* storico-giuridico sulla con-

---

<sup>21</sup> Le espressioni *fragilitas sexus*, *infirmetas sexus*, *sexus infirmus* e *imbecillitas sexus* sono presenti in alcuni luoghi romanistici: C. 5,3,20,1; D. 22,6,9; D. 16,1,2,3; D. 49,14,18. E ricompariranno anche nei testi dei padri della Chiesa, da S. Girolamo a S. Agostino, e nella successiva letteratura canonistica, v. M. GRAZIOSI, *Infirmetas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 1993, 2, pp. 99-143. Sull'argomento cfr. anche S. SOLAZZI, "*Infirmetas aetatis*" e "*infirmetas sexus*", in *Scritti di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1960, vol. III, pp. 357-367; AA.VV., *Infirmetas sexus. Ricerche sugli stereotipi di genere in prospettiva multidisciplinare*, a cura di P. BIAVASCHI-P. BOZZATO-P. NITTI, Quaderni d'Espresso, Mimesis, 3/2020; M. MANFREDI-A. MANGANO, *Alle origini del diritto femminile. Cultura giuridica e ideologie*, Bari, Dedalo, 1983; V.P. BABINI, *Il lato femminile della criminalità*, in V.P. BABINI-F. MINUZ-A. TAGLIAVINI, *La donna nelle scienze dell'uomo. Immagini del femminile nella cultura scientifica italiana di fine secolo*, Milano, Angeli, 1989.

<sup>22</sup> Scrive Fraisse: "Sotto l'Ancien Régime, alcune donne hanno potuto rappresentare l'uguaglianza dei sessi, incarnandola cioè come individui isolati: sia nel caso di una nobildonna possidente e che sedeva perciò in un'assemblea provinciale, sia nel caso di una scrittrice o di un'artista che poteva approfittare della sua nascita in un ambiente favorevole alle arti. Ma "alcune" non è "tutte" né "ognuna"", G. FRAISSE, *op. cit.*, p. 15.

dizione femminile nei vari ambiti privati e pubblici del diritto e nei diversi ordinamenti, ma gli esempi, anche attuali, della dipendenza della sfera giuridica femminile da quella maschile sono numerosi e molteplici. Nell'ultima parte di questo lavoro ne vedremo nel dettaglio alcuni particolarmente esemplificativi<sup>23</sup>.

Ciò che interessa, in questa prima parte della nostra disamina, è comprendere come questo destino giuridico delle donne, protratto per millenni, all'improvviso e in un arco temporale molto ristretto, sia stato prima messo in discussione e, infine, sovvertito.

## 1.2. *Il contrattempo del giusfemminismo*

*“Non esiste la meta, esiste il presente.  
Noi siamo il passato oscuro del mondo,  
noi realizziamo il presente.”*

Carla Lonzi

In musica, il contrattempo (o controtempo) rappresenta l'ingresso, nel canto fondamentale, di una voce che entra e si avverte non nei tempi forti della misura ma in quelli deboli, creando un effetto di contrasto ritmico con le altre voci che procedono tutte insieme. Il contrattempo, o controtempo, nel lessico musicale rappresenta dunque un tema o un canto che si inserisce, in ritardo e a sincope, nel flusso principale della melodia. Per millenni la produzione del diritto, opera che si inscriveva nella più ampia dimensione della costruzione della vita pubblica e comune degli esseri umani, è stata un flusso che procedeva di pari passo con quello della storia del mondo, della costruzione degli imperi, delle nazioni e degli stati, della nascita delle società, delle forme di governo e dei concetti politici e giuridici fondamentali che avrebbero forgiato e innervato la nostra stessa essenza di esseri umani, il modo di rappresentarci e agire nel mondo. Da questo flusso creatore e modellatore della vita pubblica e della storia, da sempre e per la maggior parte del tempo, erano escluse le donne. Esiste una vasta letteratura che ripercorre la solida coerenza con cui, nella storia del pensiero occidentale, la gran parte dei filosofi ha teorizzato la distinzione tra la sfera pubblica e la sfera privata

---

<sup>23</sup> Si veda, in particolare, il Capitolo 3.