



***Tesi Di Dottorato In Filosofia Del Diritto XXIV Ciclo.  
"Arte E Tecnica Della Giurisprudenza. Ermeneutica Dei  
Diritti Umani".***

***Dipartimento Di Diritto Romano,  
Storia e Teoria del Diritto "F. De Martino".  
Università Di Napoli "Federico II".***

***Rossella Di Benedetto***

***ACCETTAZIONE E DECOSTRUZIONE DEL  
FORMALISMO NELLE TEORIE FEMMINISTE DEL  
DIRITTO***

***Tutor Vincenzo Rapone***

***Coordinatore Giovanni Marino***

**Anno 2010-2011**

## INDICE

### **INTRODUZIONE**

#### **1. LA GIURISPRUDENZA DEGLI STATI UNITI DAL XIX SECOLO AL LEGAL PROCESS**

- 1. 1 L'attacco al vecchio ordine: il realismo giuridico americano*
- 1. 2 Il Legal Process*
- 1. 3 Dopo il realismo giuridico americano*
- 1. 4 Il soggetto de-empirizzato e la comunicazione non-autoritaria*
- 1. 5 Legislazione vs Giurisdizione: incasellamento del ruolo del giudice*
- 1. 6 Il discourse of rights. Un amaro disincanto?*

#### **2. FILOSOFARE A COLPI DI MARTELLO: I «CRITICAL LEGAL STUDIES» ALLA LUCE DI UNA TEORESIS DECONSTRUZIONISTA**

- 2. 1 Il decostruzionismo giuridico come pensiero del limite: tra moderno e postmoderno*
- 2. 2 Il decostruzionismo come metodologia*
- 2. 3 Derrida e la possibilità del decostruzionismo giuridico*
  - 2. 3. 1 Derrida: lineamenti della sua riflessione*
- 2. 4 Decostruction and the possibility of justice. La possibilità "plurale" della decostruzione*
- 2. 5 Diverse letture della pratica decostruttiva nei Critical Legal Studies*
  - 2. 5. 1 Clare Dalton e la critica alla dottrina contrattuale*

2. 5. 2 *Salvare la decostruzione dalle secche del nichilismo: decostruzione  
trascendentale di Jack Balkin*

2. 6 *Possibili scenari*

### **3. UNA PANORAMICA GIURIDICA FEMMINISTA**

3.1 *Dalla rivendicazione alla dissoluzione dell'uguaglianza*

3.2 *Femminismo liberale della "prima ondata"*

3.2.1 *Emancipazionismo in Inghilterra e Francia*

3. 2. 2 *Inghilterra e USA*

3. 2. 3 *In Italia*

3. 3 *Il femminismo radicale*

3.4 *Il femminismo culturale*

3. 5 *Il pensiero della differenza sessuale*

3. 6 *Post-/ post. Un paradigma molto dibattuto*

3. 7. *Hard law e Soft law: riflessione critica su diritto e diritti*

3. 7. 1 *Varie e diverse posizioni sulla legge 194. Una di queste: la  
depenalizzazione*

3. 7. 2 *Ricorso ai principi costituzionali*

### **4. IL FEMMINISMO GIURIDICO POST-MODERNO. UNA CRITICA ALLA TEORIA MODERNA DEL DIRITTO ALLA LUCE DELLE PRATICHE DECONSTRUZIONISTE DI J. DERRIDA**

4. 1 *decostruzionismo come metodologia*

4. 2 *Derrida ed il femminismo giuridico*

*4. 2. 1 Drucilla Cornell ed il femminile come non ancora*

*4. 2. 2 Judith Butler*

*4. 3 Stati Canaglia, Pater Familias: il terrore del dissimile*

## **CONCLUSIONI**

*Oltre il nichilismo: il decostruzionismo come metodo e pensiero positivo*

## **BIBLIOGRAFIA**

## **INTRODUZIONE**

Dal punto di vista teorico, l'azione dei *Critical Legal Studies*, movimento sviluppatosi sul finire degli anni '70, si configura come una critica, svolta dall'interno, della ragione giuridica statunitense.

La critica sembra muovere dalla volontà di mostrare e rendere palese il senso politico della pratica giornaliera tramite la quale giudici e giuristi vengono costruendo il diritto. Vengono presi in analisi i conflitti, le ambiguità e le indeterminatezze, le contraddizioni presenti nel diritto stesso e nella sua pratica.

Il movimento venne formandosi in coincidenza con lo sviluppo di studi giuridici di tipo interdisciplinare ed in forte polemica contro le scuole del *Legal Process* e dei diritti fondamentali. E' sembrata venir meno, soprattutto, la credenza nella possibilità di poter risolvere le questioni tramite soluzioni di tipo giuridico. Ad esser messa in discussione era la stessa autorità del diritto, la sua presunta autonomia e libertà da influenze esterne.

Si trattava di collegare quanto si verificava nel sistema giuridico con una prospettiva più ampia, in collegamento con il più vasto contesto di tipo politico ed economico.

I *Crits* volevano non soltanto sottolineare come il diritto venisse, di fatto, applicato in maniera iniqua, ma, soprattutto, mostrare come il diritto riflettesse al proprio interno le ineguaglianze sociali e le differenze di classe.

L'atteggiamento dei *CLS* nei confronti del diritto, per molti versi appare ambiguo. Da un lato, infatti, l'accento è posto sulla relativa autonomia della sfera giuridica, da considerarsi come un settore nel quale è possibile svolgere un'intensa battaglia politica e culturale. Dall'altro, si pone

enfasi sull'incoerenza, sulle sue contraddizioni interne, sulla sua 'complicità'. In particolare, ispirandosi alla tradizione marxista, si tende a sottolineare il carattere ideologico del discorso giuridico. In senso marxiano, l'ideologia, come è noto, è da intendersi come un sistema di pensiero nel quale, sotto la copertura della scientificità, predominano in realtà 'interessi di parte'; l'ideologia si configura come una pratica fondamentale che è essenziale alla società, alla sua conservazione e riproduzione. L'ideologia, inoltre, non ha consapevolezza dei propri presupposti teorici e chi si trova al suo interno, propriamente, "pensa all'interno di questa problematica senza pensare la problematica stessa... la problematica non è cosciente di sé"<sup>1</sup>. Si tratterà dunque, in primo luogo, di strappare i concetti (le concezioni, le idee, i metodi, il discorso giuridico nel suo insieme) dalle profondità dell'ideologia in cui si trova ad essere racchiuso, in cui sono inserite le sue affermazioni e le sue dichiarazioni.

Inoltre, per diversi aspetti, la critica dell'ideologia dovrà essere considerata come la logica dell'irruzione della storia reale nell'ideologia stessa, una logica dal carattere fortemente demistificatorio, volta a svelare la falsa coscienza e la falsa scientificità (e pretesa 'oggettività') dei concetti e delle pratiche adottate. Come ricordato da Althusser, "non si ottiene una scienza rovesciando una ideologia. Si ottiene una scienza solo a condizione di abbandonare il campo in cui l'ideologia crede di avere a che fare col reale, ossia abbandonando la sua problematica ideologica"<sup>2</sup>.

Per i *Crits* si tratta di procedere ad un'analisi storica dell'ideologia giuridica, studiando le idee giuridiche nel loro essersi date storicamente e all'interno del proprio contesto sociale, in una visione che fosse diversa da quella propria del periodo. In tale ambito appare rilevante, soprattutto, la

---

<sup>1</sup> L. Althusser, *Per Marx*, Editori Riuniti, Roma, 1974, p. 52.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 70.

critica al *Liberal Legalism*, il quale viene accusato di legittimare l'assetto sociale esistente, incapace di cogliere le proprie contraddizioni e finendo per asserire una falsa neutralità metodologica. Il diritto finisce per assumere funzione di riproduzione dell'ordine sociale esistente, si configura come un'ideologia, uno strumento di dominio fatto proprio dalle élites dominanti, che se ne servono per imporre la propria egemonia. Ad esempio i rapporti gerarchici, come quello tra proprietario e dipendente, vengono interpretati come interni ad una visione del mondo, il legalismo liberale, che finisce per astrarre dagli individui reali e dai rapporti tra persone concrete, finendo per trasformare i veri soggetti storici e sociali in categorie astratte di individui che interpretano ruoli sociali stabiliti. Si tratta dunque, in un'impostazione di pensiero che rivela forti debiti nei confronti di Marx, di mostrare come le strutture di pensiero che vengono normalmente applicate non hanno carattere 'naturale', ma sono invece storicamente contingenti e non sono sempre esistite nella forma attuale.

La critica al modello liberale appare costante in molti lavori dei *Critics*; compreso nella sua totalità, il modello verrebbe a fondarsi su una contraddizione non risolta e non risolvibile al proprio interno<sup>3</sup>. La radice della contraddizione "risiede nella qualificazione dell'uomo come individuo isolato per il quale la relazione con l'altro costituisce un pericolo da evitare quanto un bisogno da assecondare. Non sono messe in questione, in tal modo, semplicemente delle difficoltà interne al modello liberale, ma il suo stesso fondamento, che riposa su alcune tesi riguardanti la natura dell'uomo e della società tanto storicamente contingenti quanto filosoficamente discutibili. In particolare, l'impossibilità di superare l'opposizione tra gli interessi personali e la necessità della relazione si

---

<sup>3</sup> K. Harries, *The Contradictions of Liberal Thought*, in, "The Yale Law Journal", 85, 1976, p. 847; Cfr. Unger R. M., *Conoscenza e politica*, Il Mulino, Bologna, 1983.

traduce, sul piano politico, nella separazione tra l'oggettività delle regole e la soggettività dei valori, riflettendo, più in generale, l'opposizione tipicamente moderna tra ragione e passione"<sup>4</sup>.

I *Critical Legal Studies* muovono dunque i propri rilievi, come ricordato da Duncan Kennedy, all'interno del diritto, rivolgendosi a tutto ciò che rappresenta il settore privilegiato delle regole dettagliate, degli argomenti banali, delle pratiche familiari della produzione accademica e giudiziale<sup>5</sup>. L'autore sottolinea, inoltre, come l'operazione svolta dai CLS debba essere considerata analoga alla critica di tipo 'culturale' che, in ambito europeo, era stata fatta da Nietzsche, Gramsci e Benjamin. Agli autori ricordati sono poi da aggiungere, a nostro avviso, almeno anche gli altri due tradizionali 'maestri del sospetto' (oltre a Nietzsche), ovvero Marx – cui i CLS si richiamano esplicitamente – e Freud.

I *Crits*, già nel periodo iniziale, vengono poi sostenendo diverse iniziative, opponendosi, in particolare, allo stile di insegnamento adottato nella stragrande maggioranza delle università americane. Tale stile pedagogico viene considerato reazionario e volto sostanzialmente alla riproduzione della situazione esistente. L'insegnamento finirebbe per rafforzare, secondo i *Crits*, le gerarchie sociali e professionali. Inoltre, emerge una forte opposizione nei confronti delle discriminazioni razziali e di genere, ovvero contro i limiti che impediscono alle donne ed alle minoranze razziali l'accesso alle università. Sottolineano, inoltre, l'esclusione nei programmi di studio delle questioni riguardanti la giustizia, economica, sociale e razziale; un'esclusione che finirebbe per favorire lo *status quo*.

---

<sup>4</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 22 – 23.

<sup>5</sup> D. Kennedy, *Bref Histoire de Critical Legal Studies dans l'États Unis*, in, AA. VV., *Dictionnaire Encyclopediques de Theorie et Sociologie du Droit*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 640.

Successivamente, si assiste, all'interno del movimento, ad un dibattito tra due correnti, una dalla tendenza maggiormente costruttiva, l'altra più critica. La prima, ispirandosi al marxismo ed alla sociologia di Weber e Durkheim, sembra muoversi verso la ricerca delle determinanti storiche, cercando una fusione del sapere nell'azione politica. La seconda viene, invece, praticando un metodo di analisi ispirato dallo strutturalismo, avvicinandosi all'esistenzialismo, al femminismo radicale e al marxismo d'opposizione. In tale corrente, secondo Kennedy, prevale il desiderio di destabilizzazione e non si ha la formazione di una scuola con precise gerarchie interne<sup>6</sup>.

La corrente più radicale dei CLS finisce poi per aprire il passaggio al secondo periodo del movimento, che viene caratterizzandosi dall'aumento del numero delle donne e degli appartenenti a minoranze razziali. La seconda fase comincia intorno al 1983 con il dibattito sui diritti della persona. Per gli esponenti del CLS le modalità con cui tale concetto viene adoperato nelle teorie liberali e progressiste appare poco coerente ed alienante, sebbene alcuni esponenti del movimento ritengano fondamentale salvare tale nozione e cercare di elaborare una diversa interpretazione del concetto di diritti della persona. Sempre nello stesso periodo, esponenti del femminismo e delle minoranze razziali portano una forte critica agli stessi CLS, all'interno dei quali vedono ancora operanti logiche di tipo discriminatorio.

Dal 1993 inizia, sempre secondo D. Kennedy, la terza fase del movimento, i cui tratti principali sono l'apertura verso il post-moderno ed il post strutturalismo, insieme alla teoria letteraria americana post-moderna e femminista. I CLS, inoltre, vengono fondendosi con il femminismo

---

<sup>6</sup> *Ibidem*

radicale e con le teorie critiche dell'orientamento sessuale. Emerge, inoltre, un dibattito volto a sottolineare la possibile convergenza della tendenza critica dei CLS insieme alle istanze di pensatori quali Foucault e Derrida.

Nel corso del tempo i *CLS* hanno avuto uno sviluppo che ha profondamente modificato le originarie impostazioni del movimento.

Caratteristiche del movimento sono sempre state il forte interesse per la storiografia giuridica, soprattutto gli scritti di Kennedy e Horwitz, la particolare insistenza sull'insegnamento del diritto nelle università di legge, considerato un potente strumento ideologico, l'ecllettismo teorico, l'interesse per altre discipline, quali la filosofia, la sociologia del diritto e, successivamente, la critica letteraria, in grado di offrire una prospettiva più ampia di quella della dogmatica giuridica. Infine, fin dal principio i *Critical Legal Studies* vennero mossi dalla volontà di unire prospettive teoriche tra loro eterogenee.

Attualmente, diversamente da quanto accadeva negli anni Settanta, i CLS sembrano essersi indirizzati alle analisi postmoderniste - mediante gli strumenti della critica letteraria - dei testi giuridici, e allo studio delle discriminazioni 'giuridiche' che riposano sui concetti di genere o di razza.

I *Crits* arrivano a stabilire che nel pensiero liberale non vi è nulla di 'naturale', bensì delle scelte precise che hanno condotto a privilegiare alcuni aspetti a scapito di altri; è a partire dall'esclusione che il liberalismo è poi potuto costituirsi come sistema, avanzando (infondate) pretese di completezza e coerenza.

L'attenzione al decostruzionismo nasce dalla possibilità di utilizzare la decostruzione come una tecnica, in grado di fare saltare le gerarchie consolidate, mostrando la contaminazione che ne è all'origine, la non-purezza del momento iniziale. L'interesse dei CLS si rivolge all'analisi di quei meccanismi che consentono la costituzione di un sistema tramite

processi di esclusione; la decostruzione si configura dunque come una pratica capace di far ritornare in gioco, nella scena della scrittura, quegli elementi rimossi ed esclusi allo scopo di ottenere la massima coerenza.

A tale riguardo si può osservare come la decostruzione, pur non essendo anti-sistemica, venga comunque configurandosi non soltanto come la ricerca, ma anche come “la conseguenza deliberata del fatto che il sistema è impossibile; spesso consiste, in modo regolare o ricorrente, nel fare apparire in ogni preteso sistema, in ogni autointerpretazione del sistema, una forza di dislocazione, un limite nella totalizzazione, nel movimento di sintesi sillogistica. La decostruzione non è un metodo per trovare quello che resiste al sistema, ma consiste nel prendere atto – nella lettura e nella interpretazione dei testi – del fatto che ciò che ha reso possibile l’effetto di sistema in certi filosofi è una certa disfunzione o disaggiustamento, una certa incapacità di chiudere il sistema”<sup>7</sup>.

Circa le differenze dei CLS tra la fase pre e post decostruzionista si può ricordare come sia l’elevato grado di formalismo che ha caratterizzato gli studi del CLS prima degli anni ’80, sia l’analisi di tipo strutturalista sviluppata in seguito, avessero in realtà molti elementi in comune. In tal senso, “il passaggio dalla prima alla seconda generazione dei CLS riproduce, infatti, lo scarto tra strutturalismo e post-strutturalismo, riprendendo, in maniera più o meno esplicita, le critiche derridiane al perdurante essenzialismo dell’analisi strutturale dei seguaci di Ferdinand de Saussure e Claude Lévi-Strauss”<sup>8</sup>. I CLS svilupparono una forte autocritica al proprio interno, dalla quale emergeva come vi fosse nella critica dell’ideologia un residuo ‘sostanzialistico’, ovvero la convinzione di aver mostrato la ‘vera’ struttura del diritto dopo averla liberata dalle

---

<sup>7</sup> J. Derrida – M. Ferraris, *Il gusto del segreto*, Laterza, Roma – Bari, 1997, pp. 5 – 6.

<sup>8</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo*, cit., p. 32.

mistificazione del discorso liberale. Lo Stesso Duncan Kennedy, infatti, ha criticato, per poi abbandonarla, l'idea che fosse possibile rinvenire e smascherare la 'contraddizione fondamentale' del diritto.

I *Crits* superano dunque la fase ideologica a causa della forte tentazione metafisica iscritta nella critica dell'ideologia e si muovono in direzione del postmoderno; il discorso giuridico, dunque, non è più considerato "come il luogo in cui si rivelano le contraddizioni del modello liberale, ma come un piano che non rinvia a nient'altro che a se stesso, costituendo, al suo interno, poteri, istituzioni e soggetti"<sup>9</sup>.

Si deve a S. Fish l'aver sottolineato in maniera incisiva i limiti della critica del CLS<sup>10</sup>. Secondo Fish l'errore dei *Crits* è stato di non aver portato a termine, sviluppandolo fino alle sue estreme conseguenze, la scoperta della radicale contingenza del discorso giuridico, finendo, invece, per incamminarsi verso la trascendenza. Infatti, nel caso in cui si ammetta la non naturalità dell'ordine politico, la legittimazione del quale spetta al discorso giuridico, che si trova a sua volta ad essere fondato su scelte arbitrarie, verrà ad essere ugualmente arbitrario e di carattere meramente contingente anche il discorso che si propone di abbattere l'ordine politico ed il discorso giuridico. Seguendo una sorta di storicismo 'radicale', Fish osserva: "*You may know in general that the structure of your convictions is an historical artefact, but that knowledge does not transport you to a place where those convictions are no longer in force. We remain embedded in history even when we know that it is history we are embedded in, and while that knowledge may be satisfying in relation to alternative stories about our convictions (for example, that they correspond or should correspond to the unchanging nature of things), in relation to the particular*

---

<sup>9</sup> *Ivi.*, p. 33.

<sup>10</sup> S. Fish, *Doing what Comes Naturally. Change, Rethoric, and the Practise of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke Un. Press, Durham & London, 1989.

*convictions (including itself) by which we are now grasped and constituted, it is of no force whatsoever*"<sup>11</sup>.

Fish sembra dunque escludere la stessa possibilità della critica dell'ideologia, del poter scoprire un diverso principio o 'inizio', in quanto si è sempre interni al contesto nel quale si opera: "*you can never get away from your beliefs, which means that you can never get away from force, from the pressure exerted by a partial, non-neutral, non-authoritative, undergrounded point of view*"<sup>12</sup>.

Per cogliere il nesso teorico tra la posizione iniziale dei *Critical Legal Studies* e il pensiero femminista è possibile rifarsi alla critica hegeliana di Marx.

Per Marx, come è noto, ogni categoria semplice presuppone l'esistenza del tutto strutturato della società. La semplicità, dunque, lungi dall'essere originaria, non è in realtà che il prodotto di un processo complesso. Si consideri, ad esempio, che lo scambio, il carattere economico universale per eccellenza, "non appare storicamente in tutto il suo rigoglio se non negli stadi più sviluppati della società. E inoltre non permea mai tutti i rapporti economici"<sup>13</sup>. La semplicità, quindi, non è mai un universale originario ed è, al contrario, il tutto, considerato come strutturato, che determina quale debba essere il significato della categoria semplice; ed è sempre la struttura a produrre, spesso alla fine di un lungo svolgimento, l'esistenza (nel caso di Marx economica) di alcune categorie semplici.

Osserva il pensatore di Treviri: "Hegel comincia giustamente la filosofia del diritto con il possesso, poiché questo costituisce la più semplice relazione giuridica del soggetto. Non esiste però possesso alcuno

---

<sup>11</sup> *Ivi.*, p. 524.

<sup>12</sup> *Ivi.*, p. 519.

<sup>13</sup> La citazione di Marx è tratta da Althusser L., *Per Marx*, cit., p. 174.

prima che esista la famiglia o i rapporti tra servo e padrone che sono rapporti molto più concreti”<sup>14</sup>.

I CLS, dunque, erano partiti da un’analisi ‘ideologica’ col proposito di svelare la falsa neutralità e la falsa oggettività del diritto, per mostrarne le profonde connotazioni politiche e sociali. Si tratta di un percorso molto simile alla critica dell’ideologia di Marx e, più in generale, alla critica marxiana di Hegel. Althusser, nel marcare le differenze tra i due pensatori tedeschi, rileva come “al posto del mito ideologico di una filosofia dell’origine e dei suoi concetti organici, il marxismo stabilisce come principio il riconoscimento della struttura complessa di ogni ‘oggetto’ concreto, struttura che condiziona e lo sviluppo dell’oggetto e lo sviluppo della pratica teorica che produce la sua conoscenza. Noi non ci troviamo più di fronte ad un’essenza originaria, ma a un sempre già dato, che risale indietro per quanto la conoscenza può scavare nel proprio passato”<sup>15</sup>.

Come si vede sembra essere la negazione dell’origine, del dato ‘puro’ ed ‘oggettivo’ iniziale il punto di contatto tra i CLS ed il decostruzionismo. La scoperta di fondo riguarda la non neutralità della scienza – tipica della teoria del sospetto – ed il fatto che dietro le elaborazioni teoriche spesso si nascondano precisi interessi sociali.

Quanto osservato da Althusser – lui stesso, non a caso, uno strutturalista – ci permette poi anche di comprendere il possibile nesso dei CLS con il femminismo più radicale.

Se in un primo tempo ci si poteva limitare ad una operazione di svelamento, del mostrare l’illusione delle credenze ed il loro riposare nella falsa coscienza, soprattutto a livello di azione politica, appare poi inevitabile radicalizzare le posizioni teoriche. Secondo Althusser,

---

<sup>14</sup> *Ibidem*

<sup>15</sup> L. Althusser, *Per Marx*, cit., p. 176.

“fintantoché si resta al livello della lotta ideologica o dell’esposizione e dell’illustrazione, si può anche valersi di queste categorie, con reali risultati nella pratica (la lotta) ideologica e nell’esposizione generale di una concezione”<sup>16</sup>. Invece, qualora si tratti di cercare una autentica pratica volta alla trasformazione dell’esistente, anche semplicemente a livello concettuale, oltre che politico, allora il margine di tolleranza teorica nei riguardi delle categorie astratte finisce per scomparire; secondo Althusser, “scompaiono le categorie stesse”<sup>17</sup>.

La mera negazione e cancellazione, tuttavia, rischia di cadere nel nichilismo o in una posizione che riafferma l’essere negando. I *Crits* stessi, del resto, non sono sembrati esenti dalla deriva nichilistica. Tale sbocco è stato, addirittura, assunto esplicitamente da parte di William Singer, il quale osserva: “*What shall we do then about legal theory? I think we should abandon the idea that what we are supposing to be doing is applying or articulating a rational method that will tell us once and for all (or even for our generation) what we are supposed to believe and how we are supposed to live. We should no longer view the project of giving a ‘rational foundation’ for law as a worthwhile endeavour*”<sup>18</sup>.

La critica di nichilismo è stata rivolta frequentemente agli esponenti dei *CLS*, a causa della professata rinuncia a qualsiasi tipo di oggettività e di fondamento. Al momento decostruttivo non sarebbe seguito un adeguato progetto di tipo costruttivo. Secondo Andronico: “rendere conto di tutte le critiche mosse dall’esterno alle derive nichilistiche dei *CLS* significherebbe impegnarsi in una ricostruzione di buona parte del pensiero giuridico americano contemporaneo”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*

<sup>17</sup> *Ibidem*

<sup>18</sup> W. Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, in, “Yale Law Journal, 94, 1984, p. 57.

<sup>19</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo*, cit., p. 54.

Il femminismo radicale, il Fem-crits, si trova dunque nella difficile posizione di seguire, nello stesso tempo sia una logica 'di emancipazione', sia di evitare la cancellazione totale dell'alterità del femminile, da pensarsi in quanto alterità costituente. Alterità che, nello stesso tempo, non può semplicemente sostituirsi al soggetto ideologico, al falso principio che svela.

L'avvicinamento al decostruzionismo può essere letto all'interno di tali rilievi. In primo luogo, per superare la mera posizione negativa, di pura contrapposizione; in seguito, la messa in questione del diritto si sarebbe radicalizzata e ci si sarebbe così venuti a trovare non solo e non tanto nell'impossibilità di ogni fondazione, ma piuttosto nella necessità di ripensare la dimensione dell'origine a partire da ciò che in essa non era presente. Si tratta del non-detto, la vera 'struttura assente', che poi non è che la 'questione femminile', occultata nella violenza originaria delle norme.

Lo svelamento della 'questione femminile', del genere, diviene, dunque, la condizione possibilitante, la determinazione fondamentale della critica ai concetti giuridici. Il 'femminino' apre dunque alla temporalità autentica, alla vera 'essenza', e svolge la medesima funzione che ha, in Heidegger, la decisione anticipatrice della morte, in cui l'esserci assume la morte come sua possibilità più propria. Osserva Heidegger: "l'anticipazione della possibilità estrema e più propria è il comprendente rivenire sul più proprio stato. L'esserci può autenticamente *essere* stato solo in quanto è *ad-veniente*. L'esser-stato [*Gewesenheit*] scaturisce in certo modo dall'avvenire"; e ancora "l'esser-stato scaturisce dall'avvenire in modo che l'avvenire che è stato (o meglio: essente stato) pone in essere il presente a partire da sé"<sup>20</sup>. Sempre per Heidegger: "l'esser già stato [*Gewesenheit*] è la

---

<sup>20</sup> M. Heidegger, *Sein und Zeit*, 9<sup>a</sup> ed, Niemeyer, Tübingen, 1960; trad. it di P. Chiodi, *Essere e tempo*, Milano, 1953, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1969 pp. 475-6.

liberazione, nella sua essenza, di ciò che in apparenza è solo passato [Vergangen], è soprattutto la tra-duzione [Über-setzung] dell'inizio, in apparenza definitivamente sprofondato all'indietro, nella sua inizialità, mediante la quale esso sorpassa tutto ciò che è a lui posteriore ed così futuro [Zukünftig]"<sup>21</sup>.

Il 'femminile' è visto come 'non ancora', come ciò che non è ancora divenuto a livello di sistema giuridico, secondo l'interpretazione di D. Cornell. Qui il pensiero di Derrida viene utilizzato per cercare di far risaltare il 'non-ancora', lo scarto della giustizia. Il futuro dovrà dunque essere pensato come traccia e non a partire dal presente (e non, in linguaggio heideggeriano e derridiano, come 'semplice-presenza' del non ancora presente).

In tal modo il femminismo riesce ad evitare, da un lato, gli aspetti irrazionalistici dei *Critical Legal Studies*, che sembrano volgere ad una sorta di scetticismo – etico ed ontologico – portando alle estreme conseguenze il discorso anti-fondativo. Dall'altro, evita la contrapposizione frontale tra logica patriarcale e logica 'del genere' che finisce per ricadere nel pensiero del fondamento, lasciando dunque in essere la logica – di tipo binario – del sistema patriarcale.

Il femminismo, dunque, grazie all'incontro con Derrida, può avanzare la propria critica dissolvente: le norme, il sistema giuridico, che vengono attaccati, saranno considerati come gli effetti di una traccia. Traccia che non è scomparsa ma che, piuttosto, 'viene ad essere' nel gioco del suo farsi e prende corpo divenendo.

E', in particolare, la stessa 'non-semplicità' del principio originario, la sua 'coimplicazione' con l'altro fin dall'origine (come il linguaggio per

---

<sup>21</sup> M. Heidegger, *Nietzsche*, Adelphi, Milano, 1994, pp. 544-545.

Derrida), ad aprire spazi teorici e di azione che sono, nello stesso tempo, fecondi ed ambigui. Il diritto, infatti, dal punto di vista 'femminile', appare ad un tempo sia un effettivo strumento di emancipazione, capace cioè di recare effettivi benefici alle donne 'concrete', sia una struttura di pensiero inevitabilmente sottomessa e segnata dalla logica patriarcale, strutturata secondo categorie maschili.

Il diritto, tuttavia, come ogni concetto della metafisica, è esso stesso spurio, non-originario e 'co-implicato', e coincide con il suo stesso divenire, con ciò che è venuto. Sembra dunque possibile, per il femminismo, una sorta di (paradossale?) 'storicità' del genere - che diviene e al cui interno si è sempre - che caratterizzandosi come assenza/traccia rende possibile sia scardinare il logico-fallo-centrismo, sia non ipostatizzare lo stesso concetto alla base del processo emancipatorio.

Un esempio di tale impostazione può forse essere rinvenuto nel pensiero di Clare Dalton<sup>22</sup>, un classico esempio della forte interconnessione tra il CLS e le teorie femministe.

La dottrina del contratto, secondo l'autrice, finisce inevitabilmente per favorire, all'interno dello schema dicotomico pubblico-privato, una delle dicotomie. Propriamente, la stessa teoria del contratto viene costituendosi in seguito alla preferenza accordata ad uno dei termini dell'opposizione dicotomica. La critica della Dalton mostra poi l'arbitrarietà di tale operazione, svelando come non vi sia nulla di 'fondato' e 'naturale' all'interno della teoria stessa. Si tratta propriamente, di una narrazione, di una 'storia' che si basa su alcune esclusioni e su alcuni 'non-detti'; la stessa possibilità di raccontare tale storia è anche il limite stesso della storia, in quanto "quelle stesse gerarchie concettuali che le

---

<sup>22</sup> C. Dalton, *An Essay in the deconstruction of Contract Doctrine*, in, "The Yale Law Journal", 94, 1985, pp. 1000 ss.

consentono di funzionare, mettendo in secondo piano le questioni politiche ed epistemologiche, sono la principale ragione del suo fallimento, rimanendo come traccia di questa elusione. E' su questa traccia che la decostruzione consente di incamminarsi, rileggendo l'esclusione come sintomo di problemi non risolti: nelle contraddizioni del discorso giuridico potere e conoscenza fanno sempre, silenziosamente, la loro comparsa"<sup>23</sup>.

Nella Dalton, come in Unger e Kennedy, il principale obiettivo polemico è la teoria giuridica liberale. Emerge, soprattutto, come quest'ultima, per quanto ammantata da tecnicismi, riposi comunque su questioni di potere e di conoscenza. Nel caso in questione, "il problema del potere emerge nell'irrisolta, ed irrisolvibile, questione del carattere tanto pubblico quanto privato del contratto, nella disciplina giuridica dei vizi della volontà o in quella della determinazione del giusto corrispettivo di una prestazione"<sup>24</sup>. I veri nodi irrisolti della dottrina giuridica liberale sono dunque il potere e la conoscenza, nascosti all'interno di un racconto che ha per fine la conservazione dello *status quo*, dell'assetto sociale esistente. Inoltre, è possibile aprire lo spazio ad un nuovo racconto se si concentra l'attenzione sulle aporie che non sono state risolte e, in tal modo, "si apre il campo a nuove storie, a nuovi modi di raccontare il modo in cui ci si può incontrare, dunque alla progettazione di nuove strutture sociali"<sup>25</sup>.

Il pensiero femminista, erede delle istanze dei CSI, interrogandosi sul concetto di genere, si trova dunque ad agire su un limite: il limite del pensiero della differenza. Questo non può restare all'interno delle dicotomie tradizionali - (contrapposizioni uomo/donna, libertà/oppressione, politico/giuridico, etc) - né può imitarsi, tuttavia, ad

---

<sup>23</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo*, cit., p. 43.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 47.

<sup>25</sup> *Ibidem*

affermare una continua dialettica dello 'slittamento di senso', finendo così per ridurre la stessa differenza ad una archi-struttura.

Si tratterà, propriamente, di pensare il limite della totalizzazione del senso. Secondo Derrida, il limite può essere pensato in maniera duplice:

- 1) In senso classico, lo sforzo empirico di un soggetto finito non riuscirà mai ad adeguarsi alla infinita ricchezza delle conoscenze possibili.
- 2) La totalizzazione non verrà resa impossibile dalla carenza dell'individuo empirico, ma piuttosto sarà richiesta dal campo del sapere.

Per Derrida, il campo del sapere si configura come "il campo di un gioco, cioè di sostituzioni infinite nella chiusura di un sistema finito"<sup>26</sup>. Derrida, richiamandosi a Nietzsche, si oppone alla nostalgia classica della pienezza, del senso – di cui resta vittima la critica dell'ideologia' – preferendo invece affermare il gioco e l'innocenza del divenire, in un mondo di segni senza verità e senza origine, aperto ad un'attiva interpretazione della storia.

L'interpretazione, il segno, il gioco, hanno avuto due interpretazioni. "L'una cerca di decifrare, sogna di decifrare una verità o un'origine che sfugge al gioco e all'ordine del segno, e vive come un esilio la necessità dell'interpretazione. L'altra, che non è più rivolta verso l'origine, afferma il gioco e tenta di passare al di là dell'uomo e dell'umanesimo, poiché il nome dell'uomo è il nome di quell'essere che, attraverso la storia della metafisica e della onto-teologia, ha sostituito la presenza piena, il fondamento rassicurante, l'origine e la fine del gioco"<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> J. Derrida, *La struttura, il segno e il gioco*, in, Derrida J., *La scrittura e la differenza*, Torino, Einaudi, 1971, p. 372.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 376.

Derrida, da parte propria, non sceglie nessuna delle due interpretazioni, preferendo piuttosto pensare la differenza tra le due, il rapporto che le lega e la distanza che le separa. Emerge facilmente, a questo punto, l'impossibilità di tale soluzione per il pensiero femminista, il quale si trova nella necessità di 'prendere posizione'. In Derrida, infatti, manca ogni presa di posizione, la mancanza dell'iscrizione della differenza in una pratica sociale. Derrida, tuttavia, non si abbandonerebbe né ad una mistica della scrittura, né ad un estetismo del testo, preferendo piuttosto rivolgersi alle 'morte tracce' del passato, alle ceneri che sono state lasciate dallo spirito.

Si può, in tal caso, richiamare l'interpretazione di Vattimo, applicabile più che a Derrida al femminismo critico, in linea con gli obiettivi del presente lavoro. Secondo Vattimo bisogna, in primo luogo, favorire l'instaurarsi di un pensiero caratterizzato dalla criticità e dal sospetto verso ogni tentativo di riconciliazione dialettica e nei riguardi di tutte quelle filosofie che, aspirando alla unità di evento e senso, hanno di mira la fine dell'alienazione dell'umanità. Vattimo parla di 'filosofia del declino'. che nasce dall'esigenza, propria del periodo moderno, di un'ontologia retta da categorie deboli. Il depotenziamento, forse l'unico rimedio possibile alla violenza della metafisica, dovrebbe mostrare come l'essere parli, nella società attuale, in una modalità debole.

All'interno del pensiero della differenza, la fondamentale connessione istituita da Heidegger tra lo svelamento ed il nascondimento dell'essere corre il rischio di sottrarsi dalla eventualizzazione, finendo così per assumere una paradossale consistenza. Secondo il filosofo torinese, chiaramente, "negare che anche l'arci-struttura della differenza sia eventuale, equivale a riconoscere che non si può dare oltrepassamento della

metafisica”<sup>28</sup>, la quale è essa stessa storia della differenza. Non si tratterebbe quindi semplicemente di rammemorare la differenza e, in qualche modo, di prenderne coscienza, ma piuttosto di ricordarla avendo presente il suo carattere di evento interno alla storia della metafisica e problematizzandola nella sua eventualità.

La differenza viene intesa come “smentita e de-stituzione della presenza” e come “sfondamento di ogni pretesa di definitività della presenza”<sup>29</sup>, la qual cosa a Vattimo appare essenziale in vista della costituzione di un pensiero ‘debole’. In particolare, per Vattimo, con queste affermazioni si tratta sia di evitare – ancora una volta – ogni residuo desiderio di riconciliazione dialettica, sia di muoversi verso una “ontologia del declino”, grazie anche alla riscoperta del carattere di finitezza proprio dell’esistenza. E “proprio là dove sembra che l’oblio della differenza sia più completo, nell’esperienza dell’uomo metropolitano, l’essere, forse, parla di nuovo, nella sua modalità ‘debole’”<sup>30</sup>.

Un pensiero femminista, dunque, immerso in un pensiero debole e volto a ‘rammemorare’ i gloriosi fasti del pensiero del passato, e in cui la stessa differenza è soltanto ‘eventuale’, destinata forse, un giorno, ad essere superata? Non pare una soluzione auspicabile, a nostro avviso, a causa della stessa debolezza del pensiero.

Prima di procedere, occorre ricordare che in *Al di là del soggetto* vengono delineati – in connessione con la critica della soggettività mossa da Nietzsche e con gli sviluppi dell’ermeneutica gadameriana – i caratteri precipui della nuova filosofia cui Vattimo tende. Le direzioni di sviluppo più significative verso questa direzione vengono riassunte dal filosofo

---

<sup>28</sup> Vattimo G., *Le avventure della differenza, Che cosa significa pensare dopo Nietzsche e Heidegger*, Garzanti, Milano, 1980 p. 88.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 8.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 10.

torinese in tre nuclei teorici portanti. Si tratterebbe, in primo luogo, di elaborare una concezione dell'essere e della verità caratterizzata dalla 'debolezza'. Infatti soltanto se si pensa l'essere come 'debole' è possibile avere una concezione della storia in linea con le indicazioni dell'ermeneutica, ovvero come "trasmissione di messaggi linguistici in cui l'essere 'accade', cresce, diviene"<sup>31</sup>, analogamente alla prospettiva sviluppata dalla genealogia nietzscheana. Questo rilievo appare fondamentale, soprattutto se pensato in relazione alla trasmissione del messaggio giuridico.

In secondo luogo, occorrerebbe cercare di definire l'uomo sulla base della finitezza dell'esistere, ovvero del suo essere mortale. Solo la considerazione della morte (sia dal punto di vista ontico che ontologico) come carattere precipuo dell'esistenza umana sembra in grado di garantire la possibilità di una concezione della storia intesa come "trasmissione di messaggi", come "accadimento non accidentale, ma ontologicamente rilevante, della vicenda delle interpretazioni"<sup>32</sup>.

Infine viene delineandosi un'etica caratterizzata più dalla *pietas* verso il passato (verso le tracce della storia), che dalla progettualità nei confronti del futuro. Qui Vattimo parla di nichilismo, scorgendo il rischio di una maggiore attenzione verso i "monumenti" del passato e verso il vissuto piuttosto che nei riguardi del futuro, quasi riportando a sé stesso la critica che aveva, già in precedenza, rivolto a Gadamer<sup>33</sup>.

Un ulteriore questione, scartata la proposta di Vattimo per spiegare la possibilità teorica del femminismo critico in ambito giuridico, riguarda

---

<sup>31</sup> G. Vattimo, *Al di là del soggetto. Nietzsche, Heidegger e l'ermeneutica*, Feltrinelli, Milano, 1984, p. 8.

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>33</sup> G. Vattimo, *Il soggetto e la maschera. Nietzsche e il problema della liberazione*, Bompiani, Milano, 1994, p. 312.

l'interpretazione da dare al pensiero di Derrida. Oltre che il nichilismo e il rischio di metafisica propria della critica dell'ideologia dei CLS, infatti, il femminismo e gli stessi CLS necessitano di una interpretazione positiva del pensiero di Derrida. A tale proposito si può ricordare come S. Petrosino critichi l'interpretazione (propria soprattutto della critica statunitense) del filosofo francese che pone l'accento sulla 'insensatezza' del gioco e della scrittura; ne sottolinea, invece, il valore teoretico. Secondo S. Petrosino, "All'interno della precarietà dei termini e della provvisorietà dell'opposizione qui proposta (gesto di scrittura – gesto di pensiero), quanto affermato significa, per ora, che pur non potendo ridurre la riflessione di Derrida alla presentazione, all'analisi e alla critica di tesi filosofiche, è tuttavia necessario riconoscere che questa riflessione affronta, segue, analizza, interroga il pensiero di determinati autori, riflette su alcune loro opere, scrive su una serie di concetti e di termini, compie delle scelte nel suo evolversi, si muove sempre secondo una precisa prospettiva e quindi, in una certa misura, comporta una qualche *tesi*. Pur non potendo essere ridotto all'enunciazione di una tesi e della sua dimostrazione, in pensiero derridiano non risulta così neppure riducibile all'espressione puramente atetica, libera, poetica, ultimamente disseminata di un esercizio di scrittura"<sup>34</sup>.

La 'positività' del decostruzionismo nell'analisi del diritto sembra allora poter riposare, come nel caso del femminismo ed in particolare di J. Butler, non solo nella forza dissolvente della *différance* rispetto alle norme ed ai sistemi; riposa, anche e soprattutto, nel saper far cogliere quelle tracce che agiscono – sebbene assenti o parzialmente assenti – e che vengono ad essere nel loro stesso farsi. La Butler, infatti, sembra suggerire che le norme

---

<sup>34</sup> S. Petrosino, *J. Derrida e la legge del possibile*, Jaca Book, Milano, 1997, p. 38.

possono essere modificate poiché divengono ciò che sono nel momento in cui ci aspettiamo che lo siano. Dunque non una *pietas* del pensiero verso il passato, una meditazione 'memorante', come propone Vattimo, ma piuttosto una declinazione della differenza in chiave 'emancipatoria'. Il sistema (il sistema giuridico nel nostro caso) continua infatti ad agire e a produrre degli effetti; la 'de-metafisicizzazione' del sistema, il suo 'indebolimento' appare, a nostro avviso, relativo più alle pretese fondazionali del sistema stesso che al suo effettivo 'funzionamento': una norma, seppur 'debole' o 'declinante' è sempre una norma. Inoltre, come spesso sottolineato da Heidegger, nei momenti finali della storia della metafisica si assiste al suo massimo potenziamento.

La critica femminista, dunque, mantiene la propria validità, stante il perdurare degli 'effetti' del genere che agiscono nella norma, malgrado il concetto di genere possa apparire più 'debole' di un tempo. In tal senso le *Fem-Crits* appaiono, ad un tempo, eredi e sovvertitrici del pensiero del CLS delle generazioni passate. Sovvertitrici in quanto, come più volte rilevato, demistificano il pensiero demistificatorio, criticano la critica dell'ideologia ed i suoi rischi di 'reificazione', etc. La loro azione, tuttavia, mostra che anche nel periodo del depotenziamento del fondamento sussistono sempre effetti negativi dovute alla persistenza delle norme e dei sistemi; così facendo, fondamentalmente, riaffermano il primato della politica e la 'necessità' dell'emancipazione', il tema forse più tipico dei CLS. E', infatti, innegabile che 'dietro le norme', seppur depotenziate, vi sia sempre comunque volontà di potenza, interessi personali, volontà di dominio, etc. Anche se il 'soggetto' dell'azione e della produzione è ormai 'depotenziato' e non è più un soggetto 'classico', 'pieno', ma soltanto una traccia, tuttavia continua a produrre azioni e conseguenze ben visibili. La critica del

marxismo, per cambiare esempio, non ha eliminato il problema dello sfruttamento.

In tal senso il pensiero femminista sembra superare quella sorta di *impasse* (forse sia teorica, sia politica) che sembra affliggere il pensiero debole, che sembra essere finito in una situazione psicologica di 'compiacimento' del declino, di cui qui di seguito riportiamo un esempio.

Il sistema, le norme, si sono 'indebolite', non sono più 'essenziali'; il mondo coincide ormai con il suo apparire, tutto è immagine, simulacro, senza un 'dietro' (Nietzsche). I simulacri, tuttavia, si comportano in un modo molto simile ai loro predecessori.

Al pensiero della differenza spetta il merito di aver sottolineato che dell'essere non si ha mai una comprensione *in pleno lumine*, ma soltanto ricordo, rammemorazione e 'traccia'. Se da un lato questa concezione apre spazi di libertà all'uomo, affrancato dalla coerenza dei valori supremi, dall'altro ci "sospende", ponendoci in "una condizione di oscillazione"<sup>35</sup> che secondo Vattimo è molto vicina a quella proposta da Nietzsche quando parla degli "spiriti liberi". Scrive Vattimo: "si tratta sempre di vedere se riusciamo a vivere senza nevrosi in un mondo in cui 'Dio è morto'"<sup>36</sup>. La mancanza di strutture fisse ed immutabili non comporta, comunque, la mancanza di punti di orientamento, di significati presenti nella tradizione e di esperienze passate contenute negli ambiti dei diversi linguaggi. All'interno della tradizione possono quindi venire in luce sia dei criteri di razionalità che degli ambiti di scelta.

Nel caso del femminismo, a nostro avviso, la stessa tradizione deve comunque essere sottoposta a critica, sia a causa della co-implicazione originaria, sia a causa del problema del genere.

---

<sup>35</sup> *Ibidem*

<sup>36</sup> G. Vattimo, *Al di là del soggetto*, cit. p. 26.

E' a partire da tale nucleo che, a nostro avviso, si coglie la validità attuale del *Fem-Crits* – e più in generale del femminismo, che ci sembrano, complessivamente, più ricchi di implicazioni culturali e politiche rispetto agli esiti del decostruzionismo e del pensiero debole.

E anche possibile, ed in tal senso si può accennare al problema, interpretare il femminismo come un movimento volto all'interpretazione infinita all'interno di un universo dominato da 'apparenze' che non solo si sono sostituite alle essenze, ma hanno anche finito per moltiplicarsi. In tal caso tuttavia, il rischio di nichilismo appare maggiormente elevato. Non si può negare, tuttavia, come il pensiero della Butler, ad esempio nel caso del genere, possa essere accostato ad un'interpretazione di Nietzsche sotto la categoria della 'maschera'.

Secondo Nietzsche, gli smascheramenti operati dal pensiero "genealogico" ci mostrano che la credenza nel soggetto – e più in generale le credenze proprie della storia della metafisica - risalirebbero al bisogno di trovare un responsabile delle vicende che affliggono l'uomo, cioè risalirebbero al tentativo di dare un senso al divenire. La stessa grammatica e la struttura del linguaggio (con le relative nozioni di soggetto, oggetto, predicato, poste a fondamento della metafisica) sarebbe dunque "tutta modellata sul bisogno nevrotico di trovare una responsabilità del divenire"<sup>37</sup>. Questo bisogno, a sua volta, rimanda alla paura provata di fronte al cosmo da un'umanità non ancora in grado di dominare la natura con la tecnica e in lotta per la propria sopravvivenza. Le molteplici interpretazioni e produzioni di metafore - che per Nietzsche, in ciò vicino ai *Crits* e al femminismo, in ultima istanza, derivano da necessità di tipo 'politico', ovvero dalla volontà di esercitare il potere da parte delle classi

---

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 33.

dominanti - hanno quindi prodotto sia il soggetto che altre tradizionali categorie metafisiche con le quali viene ordinato e pensato il mondo.

La storia di queste stesse categorie, ormai divenute 'favole', si sarebbe conclusa in seguito al compimento del nichilismo, annunciato con la "morte di Dio". Questo annuncio coincide con la fine di tutto ciò di cui Dio si era fatto garante. Nell'era del nichilismo compiuto non si dà più, insomma, alcun rimando a strutture stabili. In questo modo la riflessione nietzscheana si apre all'infinità del processo interpretativo.

Lo svelamento del carattere paradossale della produzione simbolica, che è al contempo necessaria e – quanto ai suoi prodotti – illusoria, non conduce quindi alla distruzione dello stesso processo interpretativo e ancor meno alla scoperta di entità stabili. Questa scoperta del carattere illusorio della produzione simbolica conduce alla "libera danza delle immagini e dei simulacri", cioè ad uno stare nelle apparenze sapendo appunto che sono apparenze, riconoscendole come tali. Complessivamente, questa scoperta conduce ad un esplicito generalizzarsi della produzione di metafore. Il genere dunque, seppure depotenziato e seppure ormai ridotto ad apparenza, continua a produrre effetti, ne produce anzi sempre di più, sempre in misura maggiore.

## **CAPITOLO PRIMO**

### **LA GIURISPRUDENZA DEGLI STATI UNITI DAL XIX SECOLO AL *LEGAL PROCESS***

## 1. 1 L'attacco al vecchio ordine: il realismo giuridico americano

Per meglio comprendere le caratteristiche del pensiero giuridico postmoderno appare necessario richiamare le caratteristiche salienti della 'ragione' giuridica tradizionale, così come è venuta sviluppandosi, nel corso del XIX secolo, negli Stati Uniti.

La questione viene ulteriormente complicata dal fenomeno della "globalizzazione"<sup>38</sup> degli ordinamenti giuridici, il continuo passaggio di forme ed esperienze giuridiche da un ordinamento all'altro. Emerge, soprattutto, come sembri ormai essere venuta meno l'idea dell'universalità del diritto come carattere proprio dei sistemi giuridici occidentali<sup>39</sup>. Appare opportuno, in tal senso, ricercare nello stesso tempo somiglianze e differenze tra i diversi sistemi, cercando di mostrare come le similitudini non finiscano, in ogni caso, per sovrapporsi alle diversità delle tradizioni nazionali.

Il diritto statunitense mostra uno sviluppo diverso rispetto a quello europeo, le cui radici riposano nel giusnaturalismo del continente e nella tradizione inglese, in particolare nella subordinazione dei governanti al diritto<sup>40</sup>.

La concezione americana della sovranità del diritto nella forma della *common law* è incentrata sul concetto di *rule of law*, di supremazia della legge cui l'opera del legislatore doveva sottostare; tale concezione, di origine giudiziaria e non statale, si ricollegava all'istituto del *judicial review*, ovvero alla possibilità dei giudici ordinari di invalidare le leggi e gli atti ritenuti

---

<sup>38</sup> Z. Bauman, *Globalizzazione e glocalizzazione*, trad. it., E. Coccia, Editore Armando, Roma 2005.

<sup>39</sup> F. Treggiari, *Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune*, in "Diritto e Processo", n. speciale, Giugno 2006.

<sup>40</sup> G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Laterza, Roma 2006, pag. 255.

incostituzionali. Il *judicial review*<sup>41</sup>, sostenuto da Hamilton nel *Federalist*<sup>42</sup>, pur non essendo previsto dalla Costituzione, venne reso efficace dalla prassi delle Corti, in particolare dalla Corte Suprema.

Il principale problema consisteva nel fatto che la grande quantità di precedenti finiva per ostacolare un'efficace elaborazione teorica del diritto.

Christopher Columbus Langdell elaborò allora il *case method*<sup>43</sup>: i giudici studiavano casi più importanti che consideravano alla stregua di norme.

Langdell - che muoveva dalla considerazione del diritto come scienza, simile al normativismo del positivismo giuridico - attribuiva al 'caso' valore normativo e finì per favorire il formalismo, nato con l'"*analytical jurisprudence*" di John Austin.

La considerazione del diritto come scienza era la condizione di possibilità perché gli studi giuridici diventassero una disciplina universitaria. Il diritto ora non veniva studiato come pratica, poiché era sufficiente disporre di un'aula, di una raccolta di casi giuridici e di un insegnante che conoscesse il metodo socratico<sup>44</sup>. Grazie a Langdell apparve finalmente possibile l'instaurarsi di una disciplina scientifica e razionale, capace di superare le molte oscurità dell'antica *commo law*.

---

<sup>41</sup> Nel sistema giuridico statunitense fu il caso *Madison vs. Marbury* a portare alla nascita il potere di *judicial review* di cui la Corte Suprema non è la sola ad essere competente, essendolo anche i giudici ordinari; si parla perciò di un sistema di controllo di legittimità costituzionale diffuso. Appare necessario ricordare come, in ogni caso, la decisione del giudice ordinario ha effetto fra le parti, ma la norma ritenuta incostituzionale non viene abrogata ma, semplicemente, non applicata; al contrario, la decisione della Corte Suprema ha effetto abrogativo dal momento che comporterà la formazione di un precedente a cui le corti inferiori non potranno disattendere.

<sup>42</sup> A. Hamilton, *Il Federalista*, ed. it., con introduzione di G. Ambrosiani, e appendici di Negri G. e D'Addio M., trad. di B. M. Tedeschini Lalli, Pisa 1955, p. 55.

<sup>43</sup> C. C. Langdell, *A selection of cases on the Law of Contracts*, Boston, Little, Brown & Co, 1871, I-V.

<sup>44</sup> S. L. Winter, *Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law*, in "Columbia Law Review", 78, 199, pp. 1441-45.

I giuristi antiformalisti sottoposero a forte critica il pensiero giuridico classico all'inizio del XX secolo. La critica era rivolta al carattere anti-sociale e statico del pensiero giuridico classico, che aveva omesso di considerare il diritto come uno strumento di progresso sociale rispondente ai bisogni della società. Al pensiero giuridico spetta di procedere in via funzionale, per cogliere nel diritto lo strumento essenziale richiesto per raggiungere gli obiettivi sociali. Del tutto inadeguato appariva il sistema formalista, basato sul dogma della volontà.

In seguito venne sviluppandosi il movimento giusrealista; di carattere eterogeneo, nato nelle facoltà giuridiche di Columbia e di Yale, i cui autori più conosciuti sono Karl Llewellyn<sup>45</sup> e Jerome Frank, il realismo ha come comune credenza la critica nei riguardi dello stile formalistico della moderna teoria del diritto.

Si possono distinguere due filoni all'interno del realismo giuridico americano, uno progressista, pragmatista e non connotato politicamente, ed uno *radical*, cui si deve una forte critica, politica e ideologica, del formalismo.

La componente progressista diventerà dominante, sviluppandosi poi nel *Legal Process* e, in seguito, nell'analisi economica del diritto, mentre quella radicale verrà eclissandosi a partire dagli anni Cinquanta del XX secolo, per poi divenire oggetto di rinnovato interesse da parte dei *Critical Legal Studies* verso la fine degli anni Settanta.

Il più noto esponente del giusrealismo progressista fu il giurista e giudice della Corte Suprema Oliver Wendell Holmes. A Holmes si deve

---

<sup>45</sup> «Non esiste una scuola realista. Non c'è possibilità che vi sarà mai una tale scuola». Questa espressione di Llewellyn creò confusione negli studiosi tradizionali che si trovarono impossibilitati ad identificare chiunque sotto una giusta etichetta giuridica o teoria giuridica. K. Llewellyn, *Some realism about realism. Responding to Dean Pound*, in "Harvard Law Review", 44, 1931, p. 1222; Cfr. G. Gilmore, *The ages of american Law*, Yale University Press, 1977, p. 78.

una radicale critica del formalismo, sulla base della considerazione che “la vita del diritto non è la logica ma l’esperienza, l’esperienza giurisprudenziale”<sup>46</sup>; sempre secondo Holmes, “i giudici creano diritto, non si limitano ad applicarlo. [...] E i giudici decidono interpretando le leggi e i precedenti nel modo più adatto per raggiungere quella che secondo loro è la decisione più consona alle esigenze sociali”<sup>47</sup>. Il diritto viene configurandosi come «una professione ben conosciuta. La previsione di ciò che faranno i tribunali»<sup>48</sup>.

La prospettiva d’indagine abbandona dunque ogni analisi della norma per concentrarsi, invece, sul comportamento dei giudici; oggetto della conoscenza giuridica non è il “*law in books*” ma il “*law in action*”.

Le norme, siano leggi o consuetudini, si configurano dunque come gli strumenti per lo studio del diritto, non sono esse stesse il diritto; sono i mezzi tramite i quali è possibile prevedere le decisioni dei giudici, i quali decidono a partire dagli scopi sociali che desiderano ottenere. L’insistenza sulla previsione e sul diritto come pratica sociale porta l’autore a sostenere che per i giudici si tratta di decidere nella maniera più conveniente per la società, piuttosto che muovendo da eventuali valutazioni etiche.

Per Holmes la conoscenza ed il pensiero non sono il mero rispecchiamento, da parte del soggetto, del mondo esterno, ma piuttosto si caratterizzano per il loro radicamento nel mondo, per essere “situati all’interno delle pratiche umane, dunque radicati nei costumi e nelle aspettative condivise”<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> R. Treves, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*. Einaudi, Torino 1987, pag. 132.

<sup>47</sup> S. Castiglione, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Laterza, Roma.Bari 2004, p.109.

<sup>48</sup> O. W. Holmes, *The Path of Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 457, 1897, da D. Kennedy- W. Fisher, *The Common of American Legal Thought*, 2006 pag. 30.

<sup>49</sup> T. C. Grey, *Holmes and Legal Pragmatism*, in “*Stanford Law Review*” 41, 787-870 (1989), pp. 793-801.

## 1. 2 Il Legal Process

Nel periodo tra le due guerre mondiali, la riflessione elaborata dai realisti progressisti venne sviluppandosi nella teoria del *Legal Process*, la quale sottolineava la natura scientifica del diritto, la nozione di competenze istituzionali, e la convinzione che la legittimità del diritto riposi su un duplice fondamento, di carattere sostanziale e procedurale.

L'origine della scuola risale a Sacks e Hart, secondo i quali il rispetto per la procedura e per la decisione basata sui principi può portare le decisioni dei giudici a conclusioni conformi alle norme istituzionali. Spettava poi all'analisi istituzionale stabilire quale istituzione fosse, comparativamente, più adatta a prendere determinate decisioni.

Le istituzioni erano considerate di natura sociale e, in tal senso, erano create in vista di determinati obiettivi; il legislativo, le corti e le agenzie amministrative differivano quanto a competenze e procedura. Il raggiungimento di obiettivi sociali mediante la risoluzione istituzionale delle controversie trovava la propria garanzia nella credenza della natura di tipo 'procedurale' del diritto e dell'interpretazione giudiziale. L'osservanza di una procedura elaborata con riguardo ad uno specifico obiettivo fu il presupposto per decisioni informate, razionali, coerenti e per la giusta interazione tra istituzioni.

L'enfasi posta sull'elemento procedurale, inoltre, eliminava il problema della ricerca di un fondamento oggettivo del diritto: il rispetto per un procedimento logico e coerente conduceva a risposte giuste e a decisioni razionali e coerenti.

Il giudice, di fatto, vedeva limitato il proprio arbitrio, dovendo elaborare delle motivazioni razionali per prendere determinate decisioni; i giudici, dunque, non godendo dello stesso livello di discrezionalità dei

legislatori (discrezionalità praticamente illimitata), avrebbero dovuto giustificare la bontà delle decisioni prese sulla base dell'elaborazione ragionata dei principi e delle politiche di *common law*.

Ispirandosi al giusrealismo, per il quale i giudici perseguono una determinata politica, Hart e Sacks elaborarono l'analisi delle procedure costituzionali in modo da rendere possibile ai giudici stessi di seguire forme di *policy making* giuridico senza cadere nel rischio di prendere delle decisioni dal valore meramente soggettivo. Il principio della decisione istituzionale superava in una sintesi superiore la distinzione tra procedura e sostanza<sup>50</sup>.

Il legittimo processo decisionale giuridico veniva dunque a dipendere dai valori processuali e non riposava su alcuna teoria di stampo sostanzialistico. Era la procedura a garantire un processo oggettivo, grazie al quale il diritto si trovava nella possibilità di ottenere dei risultati che fossero eticamente desiderabili.

L'insistenza sul dovere, da parte del giudice, di giustificare le decisioni prese, era mossa dalla volontà di porre dei limiti alla discrezionalità del giudice stesso, soprattutto nei casi in cui nella decisione entravano in gioco eventuali scelte di *policy*. La necessità di dare una *reasoned elaboration* fungeva, dunque, da criterio limitante rispetto alle possibili decisioni da prendere.

Un esempio di decisioni che non si atteneva ai criteri sopra ricordati lo si ebbe nel caso della Corte Warren.

Herbert Wechsler, della Columbia University, nel caso *Brown vs Board of Education*, attaccò la Corte Warren per quanto atteneva alle decisioni prese sulle libertà civili. Secondo Wechsler la Corte avrebbe elaborato le proprie decisioni in maniera poco accurata, caratterizzandosi per un'azione

---

<sup>50</sup> H. M. Hart, e Sacks A. M., *The legal process: basic problems in the making and application of law*, cfr., W. N. Eskridge Jr., *Metaprocedure*, in "Yale Legal Journal", 98, 1989, pp. 945, 962.

di stampo fortemente politico, ispirandosi ad un rigoroso egualitarismo. La Corte non aveva però tenuto nel debito conto la necessità di ispirarsi ai valori della generalità, della coerenza e della neutralità del diritto.

In seguito, grazie agli studi condotti nell'ambito delle scienze sociali, venne affermandosi l'idea dell'impossibilità dell'oggettività e della neutralità dei processi decisionali; appariva inevitabile che ogni scelta fosse una scelta di valore; non era possibile attenersi al principio della neutralità, in particolare nel caso in cui due principi costituzionali entravano in conflitto. Sul finire degli anni Sessanta venne diffondendosi una buona dose di scetticismo sulla possibilità del diritto di saper fornire, in tutti i casi, una risposta corretta<sup>51</sup>.

Veniva dunque meno anche la considerazione del diritto come sfera autonoma, che appariva ormai come la risultante di forze a lui esterne, esogene.

---

<sup>51</sup> Affermare che i problemi giuridici avevano carattere relazionale significava dichiarare che non esistevano soluzioni facili o questioni semplici in campo giuridico: opinione inaccettabile per i teorici del diritto che rimanevano legati alla concezione di questo come attività autonoma e oggettiva. Risposte corrette a questioni giuridiche richiedevano ai giudici scelte di valore che, molto spesso, riposavano su rivendicazioni di benessere e ricchezza., cfr., G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna 2001, pag. 13.

### 1. 3 Dopo il realismo

Per lo meno a partire dal *New Deal* di Franklyn Delano Roosevelt<sup>52</sup>, gli studi giuridici diventavano sempre più eclettici.

Sulla base della rivendicazione di una loro collocazione a livello istituzionale, accademico, i nuovi movimenti vengono definiti teorico-giuridici. Loro caratteristica – nella diversità delle posizioni teoriche espresse – è l'aver sviluppato concezioni, pratiche e discorsi giuridici fortemente critici verso il modo in cui gli studiosi moderni concepivano il diritto e l'*adjudication*.

Il termine *New Social Movements* (e l'acronimo *NSMs*) viene utilizzato per indicare tutte le scuole di pensiero che hanno cercato, attraverso l'incontro con le scienze sociali, di rinnovare la cultura giuridica dall'interno; al suo interno sono compresi l'analisi economica del diritto, i *Critical Legal Studies*, le diverse correnti del femminismo giuridico, la *Critical Race Theory* e il *Law and Literature*.

Oggetto del presente lavoro sono i *Critical Legal Studies*.

Negli anni Settanta, i *Crits* usano contro gli esponenti del *Law and Economics* la stessa strategia di critica che era stata utilizzata dai realisti, adoperando le teorie di questi ultimi con obiettivi diversi. Ai *Crits* preme mostrare come l'analisi economica finisca per cadere in contraddizione con se stessa e con i propri principi. Gli attori del processo economico, infatti, non sono degli

---

<sup>52</sup> La campagna elettorale, che si tenne nel 1932 per l'elezione del nuovo presidente degli Stati Uniti, assunse grande importanza. Il vincitore avrebbe dovuto far fronte a una spaventosa crisi economica, che sembrava non aver fine. Il Partito democratico presentò come candidato il governatore dello Stato di New York, Franklyn Delano Roosevelt. Il nuovo Presidente aveva fiducia nel popolo e una profonda fede nella democrazia. Egli comprese che bisognava procedere da un lato alla ricostruzione dell'economia americana dall'altro a correggere quei difetti che ne avevano provocato la crisi. La politica economica di Roosevelt fu chiamata *New Deal* ("nuovo corso") perché si basava su idee assolutamente nuove per quel tempo ed ebbe successo. Fra il 1933 e il 1939 la disoccupazione fu riassorbita, la produzione e il reddito dell'America tornarono ai livelli precedenti alla crisi.

agenti razionali che mirano a massimizzare la propria utilità - come sostiene la teoria del *Law and Economics* - e lo stesso criterio di efficienza<sup>53</sup> è, in realtà, un criterio ideologicamente determinato e non neutro: uno strumento retorico che finisce per celare le profonde antinomie presenti nell'esperienza umana.

Lo stesso contenuto del diritto finisce, secondo i *Crits*, per rafforzare le divisioni di classe e la diseguaglianza sociale.

Oltre che rifarsi alla classica critica dell'ideologia di stampo marxiano, secondo la quale il diritto sarebbe, in quanto sovrastruttura, prodotto della classe dominante ed espressione dei suoi interessi, i critici sottolineano come le classi interiorizzino categorie giuridiche che rafforzano i modelli esistenti di gerarchia e di dominio; analogamente a quanto si verifica in altri ambiti del reale, il diritto appare come un insieme di idee, concetti, pratiche, etc., che vengono percepite come 'naturali' e 'necessarie'.

Per superare la reificazione del diritto e delle categorie giuridiche, i CLS svolgono analisi dell'ideologia giuridica aventi ad oggetto le idee giuridiche nella loro darsi storicamente e all'interno del proprio specifico contesto sociale, opponendosi alla concezione dominante del diritto.

Inoltre, il nucleo storico dei *Crits*, ricollegandosi idealmente al filone radicale del realismo, mira ad una critica politica del *liberal legalism*.

Il *liberal legalism* cela le proprie contraddizioni e legittima l'assetto e le gerarchie esistenti elaborando un discorso professionale astratto, che enfatizza la neutralità delle procedure e dei valori. Il diritto è, dunque,

---

<sup>53</sup> Oggetto di analisi della *Law and Economics* è la congruenza tra mezzi e fini. L'obiettivo socialmente rilevante è l'efficienza economica. La possibilità di analizzare il fenomeno giuridico rispetto agli strumenti utilizzati per raggiungere determinati obiettivi, così come quella di individuare gli effetti cui una norma conduce, implicano la possibilità di un controllo sociale su dottrina e giurisprudenza, cfr. G. Calabresi, *A common law for the age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge 1982.

secondo i *Crits*, una costruzione ideologica che plasma le percezioni di coloro che sono estranei all'apparato giuridico.

Il significato *liberal* del ruolo legittimante del diritto dell'ordine esistente può essere spiegato attraverso il concetto di egemonia elaborato da Antonio Gramsci, secondo il quale la forma più efficace di dominio è quella in cui sia le classi dominanti, sia le dominate, ritengono che l'ordine esistente sia soddisfacente.

Ispirandosi allo strutturalismo di C. Levi-Strauss e di J. Piaget, gli storici critici sostengono che le idee giuridiche sono organizzate in codici culturali complessi. Il diritto è, *e pluribus*, un sistema d'interpretazione; il suo obiettivo è di fare fronte ad uno dei più minacciosi aspetti dell'esistenza sociale: il pericolo posto dalle altre persone la cui cooperazione è indispensabile, ma che possono ucciderci o ridurci in schiavitù.

I rapporti gerarchici, ad esempio quello tra proprietario e dipendente, sono possibili solo grazie all'acquiescenza ad una struttura di idee – il legalismo liberale – che astrae rapporti particolari tra persone concrete e li trasforma in rapporti tra categorie astratte di individui che sostengono ruoli sociali stabiliti.

Particolarmente acuta appare la critica alla società americana, nella quale l'espansione economica illimitata, con le opportunità di carriera che offre, scatena l'individualismo e il materialismo, caratteristiche dello spirito capitalista, di cui lo stesso sistema ha bisogno per continuare a funzionare<sup>54</sup>. L'illusione del "dominato" di poter raggiungere quello che gli spetta, il proprio momento di rivalsa, fa crescere la convinzione che non

---

<sup>54</sup> Du Kennedy, *Radical Intellectuals in American Culture and Politics, or My Talk at the Gramsci Institute*, in *Rethinking Marxism*, Vol. 1, no. 3, Fall 1988, trad it. a cura di G. Marini, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana ovvero il mio discorso per l'Istituto Gramsci*, in *Rivista Critica del Diritto Privato* 29, Napoli 1989.

soltanto “le cose vanno così”, ma anche che “esse vanno così” perché sono funzionali ai suoi sacrifici.

I crits, come già Marx, vogliono dimostrare che le strutture di idee che governano le nostre vite non si trovano in natura, ma sono, invece, storicamente contingenti: esse non sono sempre esistite nella forma attuale. Scoprire quelle strutture – sostiene Elizabeth Mensch<sup>55</sup> – ci consente di vedere quanto siano arbitrarie le categorie con cui classifichiamo l'esperienza.

Figli dei mutamenti sociali e culturali degli anni '60/'70 del Novecento - che hanno portato al sorgere di nuove forme di pratica politica, mentre si consumava la crisi dei movimenti operai e sindacali tradizionali - i *Crits* hanno sempre trattenuto un proficuo dialogo con la Nuova Sinistra Americana, caratterizzata dal forte attivismo politico.

Con la prima *Conference on Critical Legal Studies*, tenutasi presso l'Università del Wisconsin nel 1977, gli studi critici del diritto (CLS) sono venuti caratterizzandosi per la volontà di agire a livello intellettuale (e, in campo accademico, nelle facoltà di diritto) e politico. Infatti, i *Critical Legal Studies* hanno sempre rivendicato la dimensione politica della propria produzione, nel tentativo di unire la critica intellettuale alle aspirazioni politiche e sociali dei suoi membri<sup>56</sup>.

Il *Critical Studies Movement*, più che un movimento dottrinale ha sempre aspirato ad essere un “luogo di autocoscienza politica”<sup>57</sup>, in cui le

---

<sup>55</sup> E. Mensch, *The history of mainstream legal thought*, in D. Kairys, *The politics of law. A progressive critique*, New York, Pantheon Books 1982, pp. 18-38.

<sup>56</sup> Tushnet identifica così i membri del CLS: «Attualmente si potrebbe dire che la collocazione politica dei *Critical Legal Studies* sia definita dalla presenza di alcune femministe (fem-crits), di alcuni teorici interessati al ruolo del potere nel diritto (i critici della differenza razziale), e infine di un gruppo influenzato dagli sviluppi recenti nella teoria letteraria (i postmodernisti)»; cfr. Tushnet M., *Critical Legal Studies: A political History*, in “Yale Law Journal”, 100 (5), p. 1515.

<sup>57</sup> *Ibidem*

persone con un'ampia varietà di punti di vista, si riuniscono in attività politiche e seminari annuali formativi, sia per professori, sia per studenti del diritto. Nei *Critical Legal Studies* la metafora del "luogo" indica una forma di auto-identificazione di tutti quei gruppi d'interesse concentrati sul «fare» piuttosto che sul «teorizzare», tanto da offrire non solo una nuova teoria del diritto, quanto piuttosto, come sostiene Boyle, la «visione politicamente e socialmente attiva di una nobile vocazione»<sup>58</sup>.

Venuta ormai meno la credenza nella possibilità di elaborare soluzioni giuridiche per i problemi del tempo e dissoltasi la teoria del diritto ortodossa, soprattutto per la stessa messa in dubbio dell'autorità del diritto, i *Crits* hanno superato la concezione del diritto come sistema chiuso e autonomo; le idee giuridiche hanno iniziato ad essere considerate all'interno del rapporto che le lega al più vasto ambiente sociale in cui si trovano naturalmente inserite. Il movimento degli studi critici del diritto ha minato le idee centrali del moderno pensiero giuridico e al loro posto ha adottato un'altra concezione del diritto. Forza delle idee giuridiche, giuridicità della società e socialità del diritto sono le idee centrali dell'analisi critica del diritto.

Già al suo sorgere, il movimento è venuto caratterizzandosi per la frammentarietà e non unitarietà dei progetti degli autori<sup>59</sup>. Elemento comune è stato lo sviluppo di studi giuridici interdisciplinari e la crescente disillusione nei confronti delle scuole del *Legal Process* e dei diritti fondamentali.

Tra le principali linee teoriche del movimento bisogna sottolineare il forte interesse per la storiografia giuridica (soprattutto grazie agli scritti di

---

<sup>58</sup> J. Boyle, *Critical legal studies*, in Introduction, in "University of Pennsylvania Law Review" Aldershot, Dartmouth (MA), p. XLIV

<sup>59</sup> L. A. Kornhauser, *The great image of authority*, in "Stanford Law Review", 36 (1984), pp.349-352.

Kennedy e Horwitz); l'insistenza sulla questione dell'insegnamento del diritto nelle scuole di diritto, considerato un «allenamento alla gerarchia» (Kennedy); l'ecllettismo teorico e l'interesse per altre discipline - quali la filosofia, la sociologia del diritto e, in seguito, la critica letteraria - in grado di offrire una prospettiva più ampia di quella offerta dalla dogmatica giuridica.

Se, dunque, fin dal principio i *Critical Legal Studies* furono caratterizzati dalla volontà di unire prospettive teoriche eterogenee, tuttavia, in seguito, il movimento sembra essersi diviso tra le analisi postmoderniste dei testi giuridici - attraverso gli strumenti della critica letteraria - e lo studio e della denuncia delle discriminazioni "giuridiche" fondate sul genere o sulla razza.

Nel tentativo di una spiegazione che legasse l'ambito giuridico al più vasto contesto socio-politico-economico, e per cercare di comprendere l'effettiva dinamica sociale, i Critici identificano la "contraddizione fondamentale" del sistema giuridico liberale.

La contraddizione contiene opposte visioni della natura dell'uomo e della società, con la compresenza di principi incompatibili (individualismo/altruismo; fatti/valori; volontarismo/determinismo) in grado di dar conto dell'inconsistenza e della fondamentale manipolabilità delle decisioni giuridiche, in base al prevalere dell'uno o dell'altro principio.

Duncan Kennedy svela l'esistenza di una intensa e pervasiva contraddizione fondamentale tra individuo e comunità, vera essenza di ogni problema giuridico. La libertà individuale si fonda sull'azione coercitiva comunitaria, pur essendo, nello stesso tempo, incompatibile con questa<sup>60</sup>. La risoluzione dei problemi giuridici, sempre per Kennedy, può

---

<sup>60</sup> Du Kennedy, *The structure of Blackstone's commentaries*, in "Buffalo Law Review", 28 (1979), 209.

fare appello a due opposte modalità retoriche: individualismo e altruismo. Parallelamente, opposte sono le modalità formali in cui il principio giuridico risolutivo può essere espresso. È possibile ricorrere a regole generali, rigide e chiaramente definite, oppure a *standards* equitativi relativamente flessibili. L'orientamento individualista tende a prediligere le regole, quello altruista gli *standards*. Le dicotomie non sono che il riflesso della profonda contraddizione tra opposte versioni della società e dell'economia, nonché tra aspirazioni radicalmente diverse per il futuro comune<sup>61</sup>.

I Critici - attraverso l'approccio storico o genealogico - hanno messo in luce il fatto che il pensiero giuridico tradizionale ha sempre privilegiato uno dei termini della contraddizione fondamentale. Questa metodologia, che insieme al *trashing*<sup>62</sup> ed alla decostruzione<sup>63</sup>, forma i tre diversi approcci alla critica del sistema liberale, è quella che più ha dato prestigio ai lavori intellettuali dei Crits. Per far comprendere la contingenza delle categorie giuridiche come fatti sociali bisogna ricostruirne la storia criticamente, mettendo in rilievo la funzione ideologica, che nella realtà storica diventa effettiva essa stessa. Ciò richiede di percorrere a ritroso il cammino per individuare tutte le componenti ed il modo in cui sono state intrecciate nei momenti di cambiamento per produrre nuove versioni. Ricostruire la genealogia, permette anche di individuare, lungo il percorso, altri possibili

---

<sup>61</sup> Alcune delle idee-cardine della teoria critica sono state oggetto di ripensamento. In uno scritto dell'84 Kennedy notava che il concetto di contraddizione fondamentale aveva ormai esaurito la propria funzione, divenendo formula vuota che rischiava di condurre la stessa teoria critica sulla via dell'astrazione filosofica.

<sup>62</sup> Come è stato osservato da Carrino, il *trashing* appare la versione aggiornata del *debunking* propugnato dai realisti. Nella produzione dei crits è possibile ritrovare posizioni diverse circa l'eredità lasciata dal realismo: secondo Gordon il realismo può essere accomunato al formalismo nella volontà di analizzare il progressivo adattamento del diritto ai bisogni sociali, mentre altri hanno sottolineato il contributo recato dal realismo con toni spesso eccessivi.

<sup>63</sup> R. Gordon, *Critical Legal Histories*, in "Stanford Law Review", 36, 1984, trad. it. a cura di Agostino Carrino, *Storie critiche del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pag. 9.

itinerari ricostruttivi che avrebbero potuto essere seguiti ma non lo sono stati, e così mostrare chiaramente che la strada della costruzione è segnata dalla storia, dal conflitto e dalla contingenza<sup>64</sup>.

Più in generale, obiettivo della scuola critica del diritto, delle sue analisi sociologiche del diritto, è il ripensamento del progetto della modernità in una fase di crisi. In primo luogo, la teoria e la prassi dovranno essere considerate in una sintesi dialettica; la ricerca dovrà cercare la «prassi della teoria» e la «teoria come prassi», per far confluire in una visione coerente esigenze di teoria e di analisi concreta<sup>65</sup>.

Le critiche dei CLS hanno riguardato anche la nozione di stato. La teoria politica tradizionale si basava sull'idea dello Stato come possibile dominio della ragione e sull'idea di un'organizzazione universale e legale della libertà, pensata come possibile e necessaria. In seguito, tuttavia, è venuta meno l'idea dello Stato come dominio della ragione ed è entrata in crisi la possibilità stessa della teoria politica, basata nello schema natura-società-Stato<sup>66</sup>.

Secondo Hobbes: "Fuori dello Stato è il dominio delle passioni (...); nello Stato è il dominio della ragione"<sup>67</sup>.

Robert Unger parte dall'affermazione di Hobbes per individuare la «struttura profonda» del sistema sociale, politico e ideologico del liberalismo. La «struttura profonda» del mondo moderno è fatta di contraddizioni che portano alla disintegrazione morale e al conflitto dei

---

<sup>64</sup> Du Kennedy, *A critique of adjudication* cit., pag. 248.

<sup>65</sup> A. Carrino, *Ideologia e coscienza. Critical legal studies*, Edizioni Scinentifiche Italiane, Napoli 1992, p. 41

<sup>66</sup> G. Peller, *The metaphysics of american law*, in "California Law Review", 1281 (1985), ristampato in *Critical Legal Studies*, J. Boyle ed. (1991).

<sup>67</sup> T. Hobbes, *De Cive*, X, 1.

valori propri dell'Occidente<sup>68</sup>. Nella moderna società liberale, a partire da Hobbes, l'«altro» viene concepito come una minaccia per il singolo, una convinzione radicata a livello inconscio e fondamentale per la conservazione del potere.

Cogliere le antinomie che si annidano nel pensiero liberale significa superarle, ripensando il rapporto tra individuo e società non più in termini di separatezza ed esclusione, ma di reciproca complementarità, secondo rapporti sociali che consentono l'autoaffermazione dell'individuo senza dover scegliere tra sudditanza e isolamento. Un rapporto non basato sulla "falsa coscienza", che ha portato alla dissoluzione del soggetto concreto.

Il problema nasce dal nesso tra temporalità e dominio, tra concezione del tempo e struttura delle forme del tempo. Comprendere il concetto di dominio nel mondo moderno significa conoscere ciò che caratterizza la modernità: la struttura temporale. Il tempo della modernità è un divenire senza durata. La produttività del tempo delinea la produttività delle forme che dominano la società moderna. Il tempo scorre velocemente, ma non modifica nulla, è un tempo altro.

Nella modernità tutto sembra dinamico e mutevole ma, in realtà, la mutevolezza non è indice di cambiamento sociale. Il mutamento sociale diventa un'illusione, illusione che si trova in relazione con una struttura in mutamento dall'esterno.

L'essenza del mondo moderno dilegua di continuo, svanisce al termine della funzionalità dei rapporti di scambio. Si vive in un continuo presente, un presente che legittima l'esistente. Il presente non ha fondamento e trova le sue radici nella temporalizzazione accelerata dell'esistenza. Il ritmo del mutamento è più veloce del mutamento stesso.

---

<sup>68</sup> R. M. Unger, *Knowledge and politics*, New York, Free Press, 1975, trad. it *Conoscenza e politica*, di S. Cremaschi, Il Mulino, Bologna 1983, pag. 58.

Rispetto al singolo ed alla sua possibile emancipazione, Unger prende in considerazione due situazioni: la contestualità e la socialità. La società liberale mina alla base l'idea di comunità, moltiplicando il numero dei gruppi sociali e riducendo, nel contempo, l'importanza individuale di ciascuno di essi. La teoria liberale dello stato non è in grado di celare l'arbitrarietà dei valori e della gerarchia sociale, instaurando un circolo vizioso, ma liberatorio, di «disintegrazione del consenso autolegittimante»<sup>69</sup>.

Il principio etico posto a base delle relazioni si baserebbe sulle "virtù individuali", attraverso le quali l'io si apre alle critiche degli altri. Deve raggiungere la libertà di agire una volta che si è allontanato dalla tendenza a reificare i rapporti con l'altro e a reificare se stesso nelle manifestazioni sociali stabilite dalla struttura sociale.

L'individuo concreto si configura come la vera alternativa al mondo moderno. Nato in un contesto fatto di socialità, reciprocità, relazione intersoggettiva, è in grado di svincolarsi dalla contraddizione fondamentale (individualismo vs. altruismo) insita nella struttura profonda del liberalismo. Unger crede nella rivoluzione culturale dell'io, del soggetto individuale concreto come condizione necessaria della trasformazione delle strutture esistenti. L'abbandono delle teorie giuridiche classiche non getta nello sconforto, nel caos, ma crea democrazia partecipativa. La decostruzione della logica giuridica oggettiva apre alla consapevolezza delle scelte e permettere raggiungere un certo grado di responsabilità individuale e sociale.

L'individuo deve porsi anche nella prospettiva di vedersi attraverso il diverso. Il comprendere se stessi e gli altri deve divenire un comprendere

---

<sup>69</sup> *Ibidem*

altrimenti, un comprendere nella differenza dell'altro per scoprirlo e scoprirsi sempre diversi.

In una società caratterizzata dalla prevalenza "dell'averè sull'essere", il rapporto tra due soggetti si configura come rapporto di dominio, che rende l'altro e se stessi oggetti di schiavitù. Il potere non rende liberi perché l'inessenzialità dell'altro rende inessenziale l'io, o, meglio, gli dà una falsa identità basata sulla categoria del possesso e del dominio, sull'averè. Per superare tale situazione appare necessario interpretare il rapporto potere-libertà cercando di porre in modo corretto la relazione tra i due termini.

Bisognerebbe promuovere nuove forme di comunicazione, che spingano a delineare i rapporti politici in termini di rapporti umani, non di dominio.

## 1. 4 Il soggetto de-empirizzato e la comunicazione non-autoritaria

I *Critical Legal Studies* - in sintonia con la *New Left* americana e con la critica mossa, a partire dalla fine degli anni Sessanta, alle istituzioni formative e culturali, e più in generale all'intera società - volsero la propria attenzione al modo in cui l'istruzione giuridica e le pratiche delle istituzioni giuridiche operano.

La pretesa di neutralità della scienza giuridica per i *CLS* è da considerarsi di natura 'mitica', un mito la cui funzione è occultare la tecnicizzazione e la professionalizzazione delle discipline giuridiche, la loro riduzione a puri mezzi per l'avanzamento nelle carriere universitarie o a meri strumenti per fini particolari, privi di una valenza sociale generale.

Viene messo in atto un profondo riesame di carattere ideologico e politico, oltre che epistemico, relativo al sapere ed alla sua diffusione e propagazione: una critica radicale della cultura. La protesta contro l'ordinamento culturale vigente era mossa da una forte critica all'autorità e del sapere si sottolineava la dipendenza economico/politica – tramite i finanziamenti alla ricerca.

Estremamente rilevante il richiamo alla cittadinanza attiva – critica e partecipativa – rivendicata a tutto campo: anche nell'organizzazione degli studi e nei loro legami con la politica e l'ideologia; emerge la necessità di una ri-lettura critico-radicalmente dei saperi e della loro organizzazione scientifica e sociale, operando nella direzione dello smascheramento e della demistificazione, della lettura genealogica, dell'analisi strutturale critica. Tutte procedure atte a de-costruire la tradizione e ri-afferrare il "grado zero" di ogni sapere, istituzione, pratica sociale.

Duncan Kennedy, in *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, critica il percorso curricolare della facoltà di Giurisprudenza, durante il

quale l'agire degli studenti si struttura sull'infallibilità della performance nella professione forense, rendendo gli studenti servi e propagatori della stessa professione e vincolati all'idea di essere funzionari del diritto, organizzando la propria personalità in base a ruoli gerarchici e di dominio<sup>70</sup>. L'Autore sostiene che i docenti di diritto insegnano pure e semplici "sciocchezze" in quanto trasmettono "solo" tecniche argomentative, attraverso le quali gli studenti si persuadono che il ragionamento giuridico si distingue, per il raggiungimento di risultati corretti, dal discorso etico o politico. In realtà, non vi è mai una soluzione giuridica corretta a un determinato problema giuridico che sia diversa dalla soluzione etica o politica<sup>71</sup>. La personalità autoritaria viene trasmessa allo studente di diritto dallo stesso docente in quanto esso, come il Padre, è già in sé "struttura" autoritaria integrata *in toto* nel sociale.

La capacità di distinzione tra l'attività socialmente organizzata e i suoi oggetti d'indagine viene meno a causa dell'arroganza, della superficialità e dell'abuso del segreto professionale attraverso il quale i professionisti giustificano i propri privilegi. L'educazione degli avvocati professionisti imprime comportamenti atti a stabilire e proteggere la verità (professionale), ricorrendo a stratagemmi procedurali che costituiscono la vera essenza della loro arte e la loro ragion d'essere. Vittime del professionalismo sono, dunque, non solo i clienti e le società, ma il valore e la verità. E forse, ancor di più, l'identità e l'anima del professionista stesso.

---

<sup>70</sup> In realtà un'interpretazione più radicale del diritto dimostra come esso sia strumentale agli interessi istituzionali: gli estremisti sostengono che il diritto, nella sua essenza extra-strutturale, possa essere distorto dai dettami del capitalismo perché qualsiasi professionista (tecnico del diritto) può cambiare le situazioni a suo piacimento. La giustificazione di ciò riposa nella convinzione che la professione forense sia la più giusta via di accesso ad un'area del sapere considerata cruciale per il benessere della società (S. Fish, *Anti-professionalismo* in " "). Questa pretesa viene meno qualora il sapere sia sottratto al pubblico per preservare i privilegi della professione.

<sup>71</sup> Du Kennedy, *Legal education as training for hierarchy*, in D. Kaiyris (ed.), *The politics of law*, New York, Pantheon Books, 1992 pp. 5-6.

Infatti, se una professione è votata, all'ipocrisia, al segreto, alla ricerca del potere fine a se stesso, i suoi rappresentanti hanno necessariamente abbandonato i valori e gli ideali in nome di altre priorità. Sotto questo punto di vista, si può affermare che, nel momento che si diventa professionisti, si corre il rischio di perdere il proprio senso di umanità<sup>72</sup>.

Il professionalismo, cioè ogni atteggiamento che si basa sulla distinzione tra lavoro professionale, da un lato, e sull'identificazione e promozione di ciò che è vero o valido, dall'altro, è accusato essere una minaccia per l'umanità e per i suoi valori. L'indagine disinteressata si capovolge nella ricerca del potere e nella manipolazione; nel momento in cui ci si impossessa del potere, anche il professionista soggiace a quei ruoli o schemi costrittivi che sono insieme la sua arma e la sua prigione<sup>73</sup>.

L'ideologia economica del *laissez-faire* ha influenzato i rapporti sociali e l'ideologia propria della scienza economica si è estesa a tutte le istituzioni esistenti. L'ideologia individualistica dello *homo oeconomicus*, trionfando, ha finito per negare gli stessi individui e favorire la diffusione della società di massa. Nel corso del tempo la stessa cultura di massa è divenuta stagnante,

---

<sup>72</sup> E' questo il tema centrale di una raccolta di saggi di avvocati e di giuristi che si lamentano degli effetti limitativi della propria formazione universitaria e della propria esperienza professionale. "Ci siamo formati - scrivono- in un modo inutilmente restrittivo di vedere ed esercitare la legge e l'avvocatura, un modo che può separare gli avvocati dal loro senso di umanità e dai propri valori. Quando si verifica una simile separazione, la professione viene sentita come un semplice lavoro o ruolo, e i problemi umani come semplici questioni legali. L'impegno e la responsabilità cedono il passo alle esigenze e agli stratagemmi; la formazione legale, invece di riflettere le aspirazioni e la ricerca che incarnano la legge e le pratiche giuridiche, diventa troppo spesso un esercizio di ricerca di potere e di crescente cinismo", Eliza Dvorkin, Jack Himmelstein e Howard Lesnick, *Becoming a Lawyer: a humanistic perspective on legal education and professionalism*, West Publishing, St. Paul (Minnesota) 1981, p. 2.

<sup>73</sup> B. Bledstein, *The culture of professionalism*, Princeton University Press, Princeton 1976, pag. 334. Uno degli esempi addotti da Bledstein spiega come il tradimento consiste nel permettere che considerazioni di carattere professionale prevalgano sull'interesse pubblico. Perciò cita il caso dei "ginecologi e psichiatri" della fine dell'Ottocento che "diagnosticavano l'isteria femminile come problema patologico dotato di un'eziologia scientifica legata alla storia fisica dell'individuo, avallando così l'opinione corrente, piuttosto che considerarla un problema culturale legato all'insoddisfazione delle donne borghesi". I medici scelsero la spiegazione che giovava ai loro interessi istituzionali conquistando il sostegno della borghesia americana.

finendo per limitare sempre di più gli attori sociali quanto alla propria possibilità di scelta.

Si afferma l'esigenza, nella cultura di sinistra, di un soggetto de-empirizzato, che superi la propria contingenza, il suo essere 'qui ed ora', e sia, invece, legato al suo "profondo status dialettico". Un soggetto-individuo capace di resistere ai "dettami del capitalismo" - dall'ideologia al consumo -, socializzato ma non reso conformista, capace di progettazione autonoma, di "autogestione" e di "dissenso" ad ogni livello: etico, esistenziale, sociale, politico e intellettuale.

Il soggetto da decostruire è quello socio-ideologico, che dovrà essere nutrito dei bisogni più autentici e profondi, liberato e potenziato, e, al tempo stesso, rinnovato.

Il percorso di rieducazione andrà svolto dopo aver messo in crisi il "mito dell'adulto", il concetto di un'adulità che si configura come integrata, socialmente efficace e, nello stesso tempo, culturalmente subalterna e dominata da stereotipi non rivolti alla valorizzare l'in-sé del soggetto, ma il suo essere-per-altro. Il soggetto viene, dunque, storicizzandosi.

## 1. 5 Legislazione vs Giurisdizione: incasellamento del ruolo del giudice

I *Critical Legal Studies* hanno rivendicato la propria filiazione intellettuale dal realismo giuridico, riprendendo alcune posizioni teoriche elaborate da questi nel periodo precedente la Prima Guerra Mondiale.

Furono i realisti radicali, per primi, a ritenere il ragionamento giuridico liberale non fosse immune da aspetti "politici" e ideologici. Si deve ai realisti radicali l'aver sottoposto a dubbio la convinzione, propria dei giuristi moderni, che politiche e valori, in gioco nei processi decisionali, potessero essere messi sotto controllo e incorporati nel ragionamento professionale e nel tecnicismo dottrinale.

La creazione di un pensiero giuridico capace di separare il diritto dalla politica era stata la principale aspirazione dell'ortodossia giuridica americana fin dalla guerra civile (1861-1865).

Trovandosi ad operare in una cultura politica di stampo democratico, ossessionata dalla minaccia della tirannia della maggioranza, i giuristi americani hanno lottato per un governo delle leggi (*Rule of Law*) e non degli uomini, considerando il sistema giuridico come autonomo e non legato alla politica. Gli sforzi dei giuristi ortodossi del tardo Ottocento, tesi a creare un sistema teorico del diritto "autonomo", diede voce all'aspirazione di separare il diritto dalla politica. Il problema era stabilire se il diritto fosse politico - e quindi dovesse essere determinato attraverso procedure appropriate da legislatori democratici che emanano codici - o scientifico - e quindi suscettibile d'interpretazione giudiziale.

L'affermazione di un'idea del diritto improntata a criteri di oggettività e aliena da criteri di natura politica, etica, sociale, appariva sia un

notevole strumento di legittimazione dell'ordine esistente, sia la base a partire dalla quale difendere lo status quo da attacchi e critiche.

L'estremo livello di generalizzazione, astrazione e sistematizzazione del diritto, veniva interpretato come prova del carattere scientifico dello stesso diritto. Si cercava di rappresentare il ragionamento giuridico come differente dal ragionamento politico o morale e di rappresentare il ragionamento professionale come diverso da quello dei non addetti ai lavori. Se il ragionamento politico era soggettivo, il ragionamento giuridico era oggettivo; se il primo era discrezionale, il secondo era non discrezionale e non soggetto ai capricci dei giudici.

A partire da quanto osservato dai realisti radicali, la critica dei *CLS* è incentrata su una delle più importanti dicotomie della teoria politica: quella tra attività del giudice e attività del legislatore, ovvero sulla questione se i giudici di *common law* siano o meno vincolati ai materiali giuridici. Con l'espressione materiali giuridici si intende, solitamente, qualsiasi caso che gli avvocati ed i giudici, mediante le proprie tecniche retoriche, possono rendere rilevante per la decisione; di conseguenza si riteneva esistessero tecniche giuridiche interpretative capaci di subordinare la politica dell'interprete alla politica interna ed al materiale giuridico autoritativo.

In genere i materiali costituzionali, legislativi e giurisprudenziali sono composti di regole e eccezioni che si sovrappongono ampiamente, di principi e standard confliggenti, di direttive suscettibili di interpretazioni contraddittorie<sup>74</sup>. Di conseguenza, i giudici hanno sempre una scelta tra diverse alternative, ugualmente plausibili: scelta che comporta differenti conseguenze politiche. A causa di ciò, la decisione giudiziaria appare sia di tipo politico, sia di tipo morale. I realisti radicali tentarono di spiegare

---

<sup>74</sup> K. Llewellyn, *Some realism about realism – Responding to Dean Pound*, in "Harvard Law Review", vol. 44 (1931), pp. 1222, 1239.

l'inconsistenza e la contraddittorietà della tesi dei formalisti langdelliani, secondo la quale si possono evitare i pericoli derivanti dall'intromissione di giudizi di valore esterni nelle decisioni giudiziali tramite l'applicazione logica di regole generali a contesti specifici. In campo giuridico, nelle realtà pluraliste, non si possono trovare pretese ultime e razionalmente fondate, in quanto è impossibile distinguere - in qualsiasi testo normativo - le pretese giuste da quelle ingiuste, poiché tutti i testi normativi sono suscettibili di interpretazioni diverse. Di conseguenza, l'applicazione di criteri giuridici formali ai casi particolari finisce inevitabilmente per accogliere al proprio interno dei giudizi politici.

Morton Horwitz, studioso appartenente ai *Crits*, professa la *indeterminacy thesis*, ovvero la impossibilità del formalismo dal punto di vista teorico, data l'incapacità degli standard formali di determinare esiti certi e prevedibili<sup>75</sup>.

Il concetto di indeterminatezza del diritto mina alle basi l'idea che le decisioni delle corti riposino soltanto sul materiale normativo a disposizione dei giudici, ovvero gli *statutes* ed i precedenti. Il realismo sostiene che i soli precetti giuridici non possono portare a prendere una determinata decisione; questo sia a causa dell'indeterminatezza dei concetti impiegati, sia a causa del margine di scelta che attiene ai principi giuridici utilizzati quali premesse del ragionamento<sup>76</sup>.

I realisti radicali persero fiducia nella ragione, nel suo essere fonte affidabile di interpretazione morale ed efficace guida interna del diritto. Lo scetticismo sfociò nella critica alla pretesa - propria del ragionamento giuridico ortodosso - di essere capace di fornire soluzioni neutrali e

---

<sup>75</sup> Du. Kennedy, *Legal formality*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 2 (1973), p. 351.

<sup>76</sup> B. Leiter, *Legal realism and legal positivism reconsidered*, in "Ethics", 111, 2, 2001, cit. nell'articolo di Ivan Pupolizio, *Più realisti del Re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»* p. 88.

apolitiche alle questioni giuridiche, soluzioni che venivano considerate neutrali in quanto determinate e non discrezionali.

Sulla scia tracciata dai realisti radicali, la critica operata dai CLS ha tentato di liberare la dottrina giuridica tradizionale dal proprio universo chiuso, formato di dottrine astratte, verso un esame della cultura popolare e delle esperienze della vita quotidiana; ha inoltre tentato di dare un'identità politica al diritto, con il rifiuto teorico di ogni pretesa di neutralità del diritto. L'attenzione ai fatti sociali nacque, alla fine degli anni Sessanta – Settanta, dal forte disequilibrio tra il *law in books* e il *law in action* e rappresenta una forma di critica verso le astrazioni di cui il pensiero giuridico moderno ridondava. La situazione politica dell'epoca aveva presumibilmente portato i giuristi di sinistra a cogliere l'inadeguatezza della tradizionale visione del diritto come neutro.

La critica al concetto di razionalità intrinseca del diritto supera le funzioni del potere legislativo e investe le stesse funzioni del giudiziario. Il giudice non è un attore neutrale. Nell'interpretare la legge esercita sempre un ruolo discrezionale, selezionando, tra i molti punti di vista lasciati aperti dal diritto scritto, quello più vicino alla sua ideologia. L'operato del giudice è lontano dallo schema normativistico dell'oggettiva e meccanica applicazione della legge. La teoria dei principi neutrali presuppone, per funzionare, che i giudici siano effettivamente devoti alla causa della coerenza interna del sistema; di contro a tale ipotesi, le analisi sociologiche della professione giudiziale dimostrano che il giudice risente, e non può non risentire, di pressioni esterne al sistema, esercitate dai valori religiosi, morali e politici. Le ambiguità di un testo non possono essere risolte se non attraverso il contesto, ovvero le «pratiche sociali».

L'aspirazione dei giuristi americani ortodossi alla sistematizzazione del diritto fu intimamente connessa ad alcune precise linee di sviluppo della

giurisprudenza nel periodo classico, in particolare alla possibilità di distinguere una sfera pubblica (quale regno della coercizione, legittimamente imposta dallo Stato) da una sfera privata (quale regno della libertà intangibile di ogni individuo), nonché dalla conseguente concezione del mercato quale fenomeno “naturale” e “autoregolantesi”, poiché frutto di transazioni volontarie (ossia libere dall'intervento dei poteri pubblici).

Il ragionamento giuridico moderno continua ad essere usato nei processi giudiziari e insegnato nelle scuole di diritto in quanto percepito, ancora, come un distinto modo di pensare la società. Secondo i suoi critici, tuttavia, si configura come il momento culminante di idee che si erano cristallizzate nel corso di un secolo<sup>77</sup>; idee che avevano prodotto criteri di ragionamento giuridico da una parte, e di ragionamento morale o politico, dall'altra.

Al realismo spetta l'indubbio merito di aver criticato la concezione del ragionamento giuridico come metodo di analisi e di ragionamento chiuso e a se stante.

Superando le posizioni del realismo progressista, i CLS sottolineano quanto il ragionamento giuridico sia politico e ideologico: non solo nel momento in cui esclude o sopprime altri “discorsi”, ma anche nel modo in cui riflette sulla “ragione pratica” come illusione della modernità volta a nascondere il fatto che ogni decisione umana è soltanto volontà di potenza: priva, dunque, di un fondamento razionale. Esplorando questo aspetto del diritto, i giuristi critici si focalizzarono su una concezione del diritto che sacrificasse le pretese di certezza a chiare scelte di *policy* e auspicarono una trasformazione del diritto americano - dall'epoca della libertà di contratto,

---

<sup>77</sup> Hovenkamp, *Evolutionary models of american law*, in “Texas Law Review”, 64, 1985, p. 645

della fine del XIX secolo, fino all'apogeo del realismo giuridico stesso - e l'incorporazione dello stesso realismo nel tradizionale discorso giuridico.

Il realismo giuridico radicale descrive la libertà di contratto come manifestazione delle contraddizioni del ragionamento formale, attacca la pratica formalista e propone una trasformazione critica dei modi di ragionamento giuridico; dal "formalismo" allo "strumentalismo", dall'universale al particolare, dall'individualismo al collettivismo, dal *laissez-faire* allo Stato sociale, dalle regole ai principi.

Secondo la teoria formalista «il diritto contrattuale non prevede alcun obbligo per le parti contraenti, semplicemente permette l'incontro di volontà delle parti stesse»<sup>78</sup>. Secondo la teoria volutaristica, presupposto per dare esecuzione a un contratto è l'«incontro delle menti» o la convergenza delle volontà delle parti contrattuali.

Sorge dunque la questione se il diritto contrattuale si basi realmente su un sistema volutaristico e neutrale.

L'idea di un'economia di mercato autonoma, decentrata e concorrenziale era al centro del sistema di legittimazione dei diversi settori del pensiero giuridico americano del tardo Ottocento. I realisti attaccarono la concezione della legittimità del mercato insistendo sul fatto che il mercato non sarebbe un "fenomeno naturale" ma piuttosto un "costrutto sociale"<sup>79</sup>.

L'economista e giusrealista radicale della Columbia University, Robert Hale, attaccò le premesse dell'ortodossia giuridica ed economica<sup>80</sup> evidenziando come: il «mercato altro non era che una forma organizzata di coercizione (scomponendo la distinzione tra volontarietà e coercizione) del

---

<sup>78</sup> G. Peller, *The metaphysics of american law*, in "California Law Review", cit., p. 1153.

<sup>79</sup> M. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, a cura di M. R. Ferrarese, Il Mulino, Bologna 2004, pp. 50-52.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 364-365.

debole da parte del forte. Dunque, una concezione del mercato come sistema di rapporti di potere interdipendenti e non come luogo di volontari incontri delle menti»<sup>81</sup>.

Nella sentenza *Lochner vs New York* (1905), la Corte suprema<sup>82</sup> abrogò la legge sull'orario massimo di lavoro per i fornai, considerandola una interferenza nel principio costituzionale di libertà contrattuale<sup>83</sup>. La sentenza venne attaccata dai realisti perché la Corte impose il proprio credo liberale del *laissez-faire* sull'interpretazione della legge costituzionale, e perché si focalizzò più su una teoria oggettiva dei risultati che sulla realtà delle relazioni sociali. La critica implicava che la Corte, in *Lochner* e altri casi di libertà di contratto, giudicasse la giustizia sociale dai risultati e non dagli intenti reali o soggettivi delle parti. Per i realisti la sentenza *Lochner* rendeva esplicita la non conformazione del diritto alla realtà e mostrava come il metodo di valutazione dei casi non si conformasse al concetto di neutralità<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> R. L. Hale, *Coercion and distribution in a supposedly non-coercitive state*, in "Political Science", 38, 1923, p. 470

<sup>82</sup> Durante la prima metà del ventesimo secolo la teoria concettualistica del diritto era associata alla tradizione costituzionalistica, del *due process*, nel momento in cui la corte suprema introduceva i concetti della *common law* sulla libertà contrattuale nella costituzione e fissava il significato di libertà nella clausola del *due process* del quattordicesimo emendamento. Le regole della *common law* sul contratto furono costituzionalizzate dalla Corte suprema, impedendo così al governo, sia dei singoli stati sia federale, di regolare le questioni sociali ed economiche.

<sup>83</sup> *Lochner vs New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>84</sup> Il giudice Peckham nel caso *Lochner vs New York* si basò su una concezione astratta e formalistica del contratto. Il formalismo del caso fu condannato perché la Corte evitò di confrontarsi con la realtà di un potere contrattuale asimmetrico fra lavoratori e datori di lavoro. L'analisi giuridica astratta della Corte presunse che il concetto di diritti soggettivi definito dalla *common law* fosse la migliore espressione del tipo di libertà civili e politiche protette dalla costituzione. La Corte ignorò le ineguaglianze di proprietà e di ricchezza diffuse, che negavano ai diversi gruppi la libertà essenziale di stipulare liberamente i contratti. Cfr., F. Schauer, *Formalism*, in "Yale Law Journal" 1998, pp. 509-514.

I casi di libertà di contratto rappresentavano l'espressione giuridica dei principi del libero mercato e qualsiasi interferenza veniva considerata un attacco all'idea del mercato come istituzione naturale<sup>85</sup>.

Il rifiuto della teoria tardo-ottocentesca della libertà di contratto cominciò a minare le fondamenta concettuali del pensiero giuridico classico, il quale proclamando l'ideologia del "*laissez-faire*" - o metodo "formalista" - metteva in discussione il principio di non-decidibilità razionale. Il sistema di mercato e contrattuale non era, in realtà, un sistema di scambio libero e volontario, in quanto tutte le transazioni erano influenzate dall'esistente distribuzione di ricchezze e diritti, che inevitabilmente creavano disequilibrio di eguaglianze.

Risulta evidente, propriamente, che «dovunque coesista il diritto di proprietà e la libertà di contratto, ciascuna delle parti nella contrattazione è influenzata dal fatto di avere proprietà ingenti, limitate o nulle; questo perché il vero senso del contratto, nella sostanza, è che ciascuna delle parti abbia la possibilità di guadagnare qualcosa di cui abbia bisogno o desiderio più di ciò che propone di dare in cambio»<sup>86</sup>. Questo perché, data la distribuzione diseguale di ricchezze, qualsiasi ideale di giustizia sociale, che richiedeva solo eguaglianza di parità, avrebbe inevitabilmente condotto all'organizzazione delle disuguaglianze.

L' approccio della libertà di contratto poggia sull'implicita accettazione di una struttura profondamente metaforica e dicotomica che interpreta il mondo sociale a partire dalla separazione dei regni soggettivi ed oggettivi della vita sociale.

---

<sup>85</sup> M. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, cit., p. 48.

<sup>86</sup> M. Horwitz, *The Legacy of 1776 in Legal and economic thought*, in "Journal Law and Economic", 19,1976, p. 621

In realtà la pratica realista progressista, incorporata all'interno del tradizionale discorso giuridico, non altera la categorizzazione della società in soggetti e strutture sociali oggettive. Essa capovolge l'ordine dei termini, così che le strutture sociali oggettive (o contesti) sono visti come precedenti e costitutivi di pratiche soggettive. Il realismo progressista modifica la sequenza temporale dei termini della dicotomia e progetta un oggetto trascendentale, fuori dal soggetto, come fonte della soggettività<sup>87</sup>.

Il pensiero giuridico nell'epoca della libertà di contratto può essere compreso come "fondato" sulla credenza metafisica di un soggetto trascendentale. Le analisi svolte durante questo periodo hanno avuto luogo all'interno di una struttura metaforica concettuale che poneva l'enfasi sulla sovranità della volontà degli individui come centro delle relazioni sociali, precedente e costitutiva delle strutture sociali oggettive<sup>88</sup>.

La dicotomia soggetto/oggetto è solamente la più generale e astratta delle metafore interpretative alla base dell'attività di rappresentazione giuridica. Lo schema di rappresentazione soggetto/oggetto implica un'esteriorizzazione generale di tutta l'«alterità». L'esteriorizzazione rivela come l'oggettività sia vista indipendente dal soggetto, manifestantesi nella distinzione tra Uomo, l'essere intenzionale, e Natura, il fatto, l'arbitrarietà e l'alterità non intenzionale. La natura (l'oggetto senza coscienza) è esteriorizzata e non relazionata all'uomo (soggetto che possiede coscienza). La natura esiste come necessità oggettiva che si pone contro la libertà del soggetto e che possiede i suoi diritti, indipendente dalla volontà dell'uomo e alla quale l'uomo deve subordinare se stesso. L'io non vede se stesso nell'altro perché l'altro è un oggetto che si presenta come vincolo oggettivo

---

<sup>87</sup> G. Peller, *The metaphysics of american law*, in "California Law Review", p. 1163

<sup>88</sup> M. Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes: The proving years, 1870-1882*, Harvard Univ. Press, 1963, pag 63, n. 18.

alla libertà dell' Io. L'altro non è mai presente alla coscienza dell'Io che, invece, è autocosciente.

Mentre l'autocoscienza viene prima della coscienza dell'altro, la coscienza dell'altro è mediata attraverso categorie di rappresentazione comune, l'altro è rappresentato piuttosto che essere presente. La piena esistenza dell'essenza dell'altro è ridotta, nella coscienza, al ruolo dell'altro. La priorità dell'Io sull'altro è, nelle manifestazioni idealistiche della dicotomia soggetto/oggetto, un costrutto interpretativo arbitrario, che può essere capovolto applicando la descrizione dell'autocoscienza all'altro.

## 1. 6 Il *discourse of rights*. Un amaro disincanto?

Dall'incontro tra giuristi e *left theorists* nasce una penetrante rilettura critica di alcuni temi e istanze che hanno animato, nelle fila della sinistra americana, il dibattito giuridico e politico degli ultimi decenni: dal femminismo, al multiculturalismo, dalla regolamentazione del matrimonio e delle relazioni familiari alla "messa in scena" della sessualità.

Il discorso *liberal* sui diritti, negli anni '70 del Novecento, nelle istituzioni giuridiche americane è stato accusato di aver negato gli interessi di più categorie, in quanto è stato visto come radicato nella cultura del *liberalism* anni Cinquanta, che emarginava le persone non conformi allo stereotipo sociale dominante (eterosessuale, occidentale, bianco, possidente, proprietario).

A partire dalla critica alla categoria dei «diritti soggettivi», gli studiosi critici postmoderni rifiutano la credenza, propria dei teorici del diritto moderno, dell'esistenza di una base razionale per formulare giudizi normativi.

Il diritto opera unicamente attraverso la «coscienza dei diritti» (dell'aver dei diritti) e la coscienza dei diritti, secondo l'analisi critica<sup>89</sup>, si configura come un'astrazione rispetto alla concretezza della vita sociale. Se i diritti esistono allo scopo di proteggere l'individuo dall'esercizio illegittimo del potere, o sono intesi come autorizzazioni a partecipare ai vantaggi che scaturiscono dall'esercizio del potere, ciò che manca è la possibilità di concepire la "libertà umana" come auto-espressione e crescita di sé dentro e attraverso la comunità: l'esperienza dei diritti è sempre un'esperienza di antagonismo e mai di cooperazione. Non soltanto la *right-consciousness* implica la necessità dell'antagonismo sociale, poiché i diritti vengono di norma affermati

---

<sup>89</sup> M. Tushnet, *An Essay on rights*, in "Texas Law Review", 62 (8), pp. 1363-403.

contro altri, ma si finisce per astrarre dalle esperienze che ognuno fa degli altri come soggetti esistenti qui ed ora nel mondo.

Robert Unger sostiene che l'individuo concreto appare come l'unico possibile nucleo di resistenza al mondo moderno. La socialità, la reciprocità, la relazione inter-soggettiva, appaiono come atteggiamenti che potrebbero liberare l'io dalle contraddizioni impresse nella coscienza dal secolare lavoro del pensiero liberale<sup>90</sup>. Se la critica del pensiero liberale implica un'idea di personalità e comunità, la nozione di persona comporta l'idea di relazioni interpersonali. Pertanto, l'abbandono della concezione che il sistema giuridico abbia un fondamento, una base razionale, non porta al nichilismo, ma piuttosto allo sforzo di ricostruzione della vita sociale e alla ricerca di democrazia partecipativa<sup>91</sup>. La perdita della logica giuridica oggettiva, risultato dell'operazione di decostruzione, non deve necessariamente comportare la perdita di senso, sulla base del quale appare possibile fare delle scelte razionali. E', invece, la «critica della logica dei diritti che rende possibili scelte «senza l'illusione che le scelte siano fatte per noi da una logica reificata»<sup>92</sup>.

Tra le concezioni proprie del *liberal legalism* a venir meno sono, in primo luogo, la fiducia nella coerenza e determinatezza del lessico politico e giuridico dei diritti. Le vittorie del *rights discourse*, suggerisce Duncan Kennedy, non deve occultarne le ambiguità e le contraddizioni. Il linguaggio politico coniato dal movimento per i diritti civili nella battaglia per la giustizia razziale degli anni '60 ha consacrato i *rights* a momento paradigmatico del *liberalism*, offrendo ai movimenti successivi (al

---

<sup>90</sup> R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, in "Harvard Law Review", 3 (96), pp. 561-675.

<sup>91</sup> G. Frug, *The ideology of bureaucracy in American law*, in "Harvard Law Review", vol. 9 (1984), p. 1386.

<sup>92</sup> J. Singer, *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, in "Wisconsin Law Review", n.6 (1984), pp. 975 ss.

femminismo, ma anche all'attivismo gay), un formidabile strumento retorico attraverso cui declinare le istanze di emancipazione ed uguaglianza; tuttavia, se il linguaggio dei diritti è divenuto dominante, non è però esente da limiti ed ambiguità.

Il tema dei diritti, delle illusioni e disillusioni del *rights discourse*, costituisce il filo conduttore del contributo di Duncan Kennedy, il cui saggio muove da valutazioni etico-politiche, disegnando uno spettro di posizioni critiche di varia intensità. La penetrante critica di Duncan Kennedy e la *loss of faith* del paradigma dei diritti pongono un'ambigua tensione tra disvelamento dei paradossi e critica delle potenzialità di emancipazione del paradigma dei diritti.

Il discorso *liberal* sui diritti è, da tempo, percepito da ampia parte della sinistra americana come inadeguato; non sarebbe più in grado di sviluppare le premesse da cui muoveva, rivelandosi inadeguato, non in grado di garantire libertà e uguaglianza sostanziali.

Il saggio di Duncan Kennedy *The Critique of Rights in Critical Legal Studies* segna la piena elaborazione del progetto critico perseguito con estrema incisività a partire dalla metà degli anni '70. Nello sferrare la critica al discorso dei *rights*, Kennedy ne sottolinea la peculiare collocazione politico-culturale. L'analisi dei limiti, delle ambiguità e delle contraddizioni del linguaggio dei diritti nasce dall'intersezione tra due avventure politiche ed intellettuali diverse, ora complementari, ora configgenti: il progetto *leftist* ed il progetto *modernist/postmodernist*.

Se il primo mira a sovvertire le gerarchie sociali esistenti (gerarchie razziali, di classe, di genere), nella direzione di una maggiore uguaglianza ed inclusione, il secondo mostra l'inconsistenza delle pretese di oggettività e razionalità della modernità culturale attraverso la ricerca di trasgressive esperienze intellettuali, estetiche ed emotive, all'insegna dell'ironia,

dell'estasi, dell'ibridazione. La critica dei diritti è, dunque, *leftist*, in quanto contribuisce a svelare gli effetti perversi del *rights discourse* che finisce per consolidare le gerarchie e i rapporti di potere esistenti; è *postmoderna* poiché scardina ogni pretesa di coerenza e determinatezza dell'argomentazione giuridica<sup>93</sup>.

La critica di Kennedy è articolata in tre parti; all'analisi del ruolo dei diritti nella coscienza giuridica americana segue la narrazione della progressiva disillusione circa la coerenza e consequenzialità del paradigma dei diritti, mentre la parte finale del saggio si interroga circa le motivazioni e gli obiettivi di tale critica.

Quanto al primo punto, nel ripercorrere le grandi tappe dell'affermazione dei diritti come paradigma dominante, Kennedy sottolinea che l'egemonia del *rights discourse* risulta pienamente comprensibile laddove si tenga conto del ruolo della dicotomia *fatto-valore* nella coscienza politica americana.

L'argomentazione politico-giuridica in chiave di diritti trae forza dal consentire la mediazione tra giudizi di fatto e giudizi di valore. Se, per un verso, l'appello ai diritti non è riconducibile al dominio dei giudizi di fatto, delle questioni di mera *policy* od opportunità politica, per l'altro, sfugge al dominio dei puri giudizi di valore. La mediazione è possibile in virtù di due proprietà fondamentali dei diritti: il carattere universale e la natura di «fattoidi». I diritti sono universali nel senso che nascono da valori ed esigenze ampiamente condivisi; sono «fattoidi» perché, posta l'esistenza di un diritto, questo può essere tradotto in modo relativamente oggettivo, razionale e determinato in regole sociali o giuridiche.

---

<sup>93</sup> La matrice *leftist-postmoderna* dei nuovi Crits ne chiarisce caratteri e interessi.

Quanto al secondo punto, la penetrante critica che Duncan Kennedy muove al *rights discourse*, assume i toni di una *loss of faith*; il linguaggio dei diritti è una modalità discorsiva, un paradigma che, in quanto tale, è suscettibile di essere utilizzato con cinismo (i diritti sono nulla più che un modo di formulare una pretesa), malafede (servirsi del linguaggio dei diritti ma intimamente negarne ogni pretesa di razionalità ed oggettività), alla luce del weberiano 'disincanto'. La *loss of faith* di Kennedy nasce dalla consapevolezza dell'impossibilità di una chiara distinzione tra argomenti che fanno appello ai diritti e argomenti di *policy*. Il carattere labile della distinzione risulta evidente in una duplice prospettiva, che era già stata colta dal realismo giuridico americano. Per un verso, la regola giuridica è inevitabilmente aperta ed indeterminata, ed è dunque interpretata alla luce di considerazioni di *policy*. Per l'altro, l'affermazione del diritto dell'attore deve necessariamente essere misurata con l'opposto diritto del convenuto attraverso un *balancing test*<sup>94</sup> aperto a considerazioni di *policy*: il "bilanciamento" che il giudice farà ad una serie di fattori in merito a valori e interessi (sociali) che determineranno l'esito delle controversie giuridiche. L'introduzione, agli inizi del XX secolo, del test del bilanciamento in numerose aree del diritto fu indice importante del

---

<sup>94</sup> Nella cultura giuridica americana è comune la distinzione fra "bilanciamento ad hoc" (*ad hoc balancing*) e "bilanciamento definitorio" o "categoriale" (*definitorial balancing, categorial balancing*). Attraverso il bilanciamento ad hoc, il giudice decide valutando le circostanze del caso, cioè senza vincolare le proprie decisioni future ad uno standard di giudizio. Attraverso il bilanciamento definitorio, il giudice valuta egualmente tutte le circostanze del caso, ma definisce uno o più parametri in base ai quali valutare in futuro casi analoghi. I parametri possono essere generici o anche precisi, ma non possono essere una "categorial rule". In caso di categorial rule, infatti, siamo al di fuori di ciò che la cultura americana indica come "balancing test": in presenza di una rule, il giudice deve limitarsi ad accettare se ricorrono le circostanze indicate dalla rule e non fa riferimento a circostanze ulteriori, a meno che non voglia modificare la regole (*overruling*) o distinguere il caso (*distinguishing*). Il concetto di *definitorial balancing* è stato introdotto per correggere l'orientamento antigarantistico assunto dalla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di libertà di espressione durante il maccartismo. In seguito, il bilanciamento ha anche avuto applicazioni di orientamento progressista o garantista, ad es. in materia di *due process*.

successo di invalidazione del modo di pensare per categorie, ossia attraverso chiare, distinte e nette classificazioni dei fenomeni giuridici.

Sotto il primo profilo, la perdita della fede nei diritti nasce dal disincanto circa la chiusura e determinatezza del *legal reasoning*. I diritti altro non sono che regole giuridiche, più o meno astratte ed indeterminate, dunque suscettibili di essere interpretate alla luce di orientamenti di *policy* e strategicamente manipolabili al fine di sfruttare lacune, ambiguità e contraddizioni del sistema. Sotto il secondo profilo, le Corti si trovano a dover «soppesare» i confliggenti diritti delle parti ricorrendo a considerazioni di *policy*, di moralità, di opportunità politica. I *diritti di proprietà* del datore di lavoro devono essere misurati con il *free speech right*<sup>95</sup> degli scioperanti, senza alcuna censura o limitazione; il *free speech right* dell'autore di molestie sessuali deve essere misurato con il diritto del collega molestato a non essere oggetto di discriminazione sessuale sul luogo di lavoro.

Quanto al terzo punto, contro chi interpreta la critica dei diritti come sintomo di nichilismo o disfattismo, Kennedy risponde che la convinzione di non poter dimostrare la coerente perdita di certezze induce ad un affinamento e ripensamento creativo delle proprie convinzioni e dei propri strumenti.

La virtù del progetto critico creativo, suggerisce David Kennedy, è una forma di arte performativa. Così come il lavoro di coreografi e ballerini, per quanto accuratamente studiato e preparato, ha il suo più alto momento espressivo nella performance, anche l'arte della riflessione critica è, nella sua forma più vera, performance.

---

<sup>95</sup> Il diritto di libera espressione è riconosciuto dall' articolo 19 della *Dichiarazione dei Diritti Umani*, adottata nel 1948 e recita che: "Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers".

## CAPITOLO II

### FILOSOFARE A COLPI DI MARTELLO: I «*CRITICAL LEGAL STUDIES*» ALLA LUCE DI UNA TEORESI DECOSTRUZIONISTA

## 2. 1 Il decostruzionismo giuridico come pensiero del limite: tra moderno e postmoderno

L'utilizzo di pratiche di tipo decostruzionistico a là Derrida nell'ambito del diritto pone diversi problemi di tipo interpretativo. Derrida stesso, del resto, ha sempre negato la possibilità che la decostruzione possa essere considerata un metodo.

In primo luogo, come premessa, appare necessario un breve richiamo alla contrapposizione tra moderno e post-moderno ed il richiamo a una corretta interpretazione del postmoderno stesso.

Il postmoderno, inteso come l'epoca che segue, ponendovi fine, al periodo moderno, sembra presentare un rapporto paradossale con il proprio passato. Più che configurarsi come superamento del moderno, secondo uno schema lineare e dialettico - di derivazione hegeliana o ancora prima agostiniana - sembra invece esserne il proseguimento e l'approfondimento, in un rapporto nel quale molti sono gli elementi in comune. La questione, come si avrà modo di vedere in seguito, appare fondamentale soprattutto in relazione all'ambiguo rapporto che lega la critica postmoderna della filosofia del diritto alle stesse concezioni 'tradizionali' del diritto.

L'aspetto sopra ricordato deriva forse dalle stesse caratteristiche dell'umanità attuale, la quale sembra apparire incapace "*di uscire dall'immediato, di volere in rapporto all'eterno*"<sup>96</sup>, vive nel qui ed ora e agisce solo in relazione a stimoli esterni, mai per volontà propria. La limitatezza dell'uomo contemporaneo coincide quindi, forse, con la sua incapacità di

---

<sup>96</sup> G. Vattimo, *Ipotesi su Nietzsche*, Giappichelli, Torino, 1967, p. 36.

produrre pensieri di lungo respiro e di instaurare un corretto rapporto con la tradizione.

In ogni caso la nozione di superamento, del susseguirsi lineare delle epoche storiche, appare irrevocabilmente in crisi a causa del disfacimento del pensiero moderno, dell'illuminismo e della sua dialettica. L'illuminismo, secondo Adorno e Horkheimer avrebbe fallito, non essendo riuscito a produrre quanto auspicava, ovvero la liberazione dell'uomo, divenuto ormai adulto, mediante la ragione. L'illuminismo, infatti, - che sembra assumere quasi un rilievo metastorico e fondersi con la stessa ragione umana - *"ha perseguito da sempre l'obiettivo di togliere agli uomini la paura e di renderli padroni"*<sup>97</sup>. Per Kant l'illuminismo si configura, infatti, come *"l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità di cui egli stesso è colpevole. Minorità è l'incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro"*<sup>98</sup>, ovvero essendo guidato dalla sola ragione.

In generale, le caratteristiche del moderno così come si è sviluppato a partire dal rinascimento sono le potenzialità della ragione e dell'intelletto umano, la sua volontà di dominio e di potenza sulla natura e sull'uomo. La tecnica e la scienza si configurano come strumenti e come particolari declinazioni della stessa ragione, divenuta ormai onnipotente e libera da ogni costrizione. Nel suo sforzo prometeico, volto ad assicurarsi il dominio dell'esistente, la ragione finisce dunque per liberarsi di ogni possibile ostacolo e freno al proprio dominio, quali la tradizione ed il divino. L'idea dell'emancipazione da attuarsi mediante la ragione sarà poi presente in gran parte delle filosofie del XIX secolo, quae il marxismo, l'hegelismo ed il positivismo.

---

<sup>97</sup> M. Horkheimer – T. W. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino, 1996.

<sup>98</sup> I. Kant, *Risposta alla domanda. Che cos' è l'illuminismo?* in *Scritti politici e di filosofia del diritto*, Torino, UTET 1956, p. 141.

In generale, si deve a Spaemann<sup>99</sup> una sintesi delle principali caratteristiche del moderno, riassunte nel modo seguente<sup>100</sup>:

- *Il mito del progresso necessario ed infinito*

L'idea è che la storia tenda al progresso e verso il meglio, o in modo necessario o grazie agli sforzi umani volti in tale direzione. Concezioni di tale tipo, presenti già nelle opere di carattere utopico del XVI secolo (*Utopia* di T. Moore, ad esempio), sono poi parimenti presenti nel sistema hegeliano (ad esempio nella sua filosofia della storia, ma più in generale in tutto il suo pensiero), nei positivisti e nel marxismo (si pensi alla riflessione di Marx sul ruolo svolto dal capitalismo e dal suo 'superamento' nel socialismo).

- *La concezione della libertà come emancipazione*

Fine della storia appare la liberazione dell'uomo e la sua emancipazione dagli ostacoli e dagli impedimenti derivanti dall'ideologia, dalla religione e da cause sociali e politiche. Grazie all'uso della ragione e ai progressi della scienza e della tecnica è possibile procedere verso una progressiva liberazione dell'uomo dai limiti impostigli dalla società e dalle ideologie.

- *Il progressivo dominio sulla natura*

Il progresso della ragione, della scienza e della conoscenza si realizza attraverso il dominio dell'uomo sulla natura (*natura parendo vincitur*, secondo il 'detto' di Bacone) che andrà studiata secondo le sue proprie leggi e sottomessa alla volontà umana.

- *L'oggettivismo*

La dimensione oggettiva, peculiare del periodo moderno, rimanda alla prevalenza degli aspetti tecnici e sperimentali quale precipuo strumento

---

<sup>99</sup> R. Spaemann, *Ende der modernität*, in (a cura di) Kolowski P. - Spaemann R. - Loew R., *Moderne oder Postmoderne?*, Acta Humaniora, Weinheim, 1986, pp. 19 – 40.

<sup>100</sup> G. Chiurazzi, *Il postmoderno*, Bruno Mondadori, Milano, 2002, pp. 7 – 9.

conoscitivo. Ciò ha comportato la matematizzazione della natura (e delle scienze che la studiano, prima di tutte la fisica, con Galileo) e delle stesse scienze sociali o umane, che hanno cercato di adottare i metodi delle scienze esatte (si pensi alla 'fisica sociale' di Comte o al tentativo di applicare il metodo di Newton in ambito morale).

- *L'omologazione dell'esperienza*

Con la diffusione del metodo scientifico la sfera del conoscibile viene ridotta a ciò che è misurabile e quantificabile, e la verità viene pensata a partire dai limiti e dalle condizioni che portano a verificare l'esattezza dell'esperimento compiuto. A nostro avviso, ad esempio, il pragmatismo è quasi l'emblema di tale concezione, concependo la verità di una proposizione nelle conseguenze pratiche che tale affermazione comporta. L'affermazione quindi, ad esempio, che un determinato metallo si fonde a x gradi sarà vera soltanto nel caso in cui ciò, di fatto, si verifichi.

- *Il ragionamento formale ed ipotetico*

A partire da Galileo, il ragionamento scientifico procede per ipotesi. Ciò comporta, ad esempio, la sostituibilità degli oggetti considerati, sostituibili e scambiabili tra di loro, e considerati in un mero rapporto di equivalenze.

- *L'universalismo naturalistico*

La ragione, secondo gli illuministi, è unica, comune a ciascun individuo e sempre funzionante con gli stessi meccanismi. Da ciò deriva la fratellanza tra gli esseri umani, l'idea di uguaglianza della rivoluzione francese, alla base dei diritti dell'uomo e delle successive correnti politiche moderne.

Il compimento del cammino della ragione - letta come *ratio* tecnica, calcolante ed unificante – dello stesso illuminismo e della metafisica occidentale, culminerebbe poi, secondo diversi autori, nel nichilismo ed in Nietzsche; è a quest'ultimo poi che si deve l'apertura del problema del

possibile superamento della ragione (o della metafisica) e la spinta al superamento del moderno. Nietzsche appare dunque come il compimento della storia della metafisica e, perciò, come il profeta del mondo contemporaneo<sup>101</sup>. Dal momento che il compimento della metafisica si identifica con il venire in piena luce della sua essenza, il pensiero di Nietzsche sembra rivestire una portata decisiva non solo in quanto permette di comprendere la vera natura della metafisica, della ragione dell'illuminismo e del pensiero moderno, ma anche perché rende possibile preparare le condizioni del suo superamento.

Dopo aver rifiutato a causa del loro intrinseco carattere ideologico e dogmatico (e violento) sia le concezioni dell'essere della metafisica classica, sia l'idea di rivoluzione marxiana, diversi autori, come ad esempio Vattimo, ripensano il postmoderno (superamento dell'illuminismo) come una possibilità proficua per "*pensare in maniera non solo negativa, non solo in termini di devastazione dell'umano [...] l'esperienza della civiltà di massa*"<sup>102</sup>, dell'umanità post-moderna dell'era della tecnica.

Il rapporto moderno – postmoderno sembra mantenere gli stessi caratteri di ambiguità che legano il nichilismo al suo superamento, così come era stato tentato da Nietzsche. Ciò spiega perché le interpretazioni siano divergenti. Ad esempio, secondo Heidegger, Nietzsche nel suo tentativo di *ueberwindung* (superamento) del nichilismo, finirebbe in realtà per restare impigliato al suo interno<sup>103</sup>.

Anche nel caso del postmoderno, l'ambiguo rapporto con il moderno viene spesso sottolineato, e "*l'epoca della modernità continua a permeare ancora molte nostre scelte e permeerà a lungo e non ha certo ancora esaurito il*

---

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>102</sup> G. Vattimo, *Al di là del soggetto. Nietzsche, Heidegger e l'ermeneutica*, Feltrinelli, Milano, 1984, p. 10.

<sup>103</sup> M. Heidegger, *Nietzsche*, Adelphi, Milano, 1995.

*suo potenziale di progettualità e razionalità*<sup>104</sup>". Il postmoderno è quindi, forse, un nuovo inizio.

Il postmoderno nasce, inoltre, come critica alle pretese assolutizzanti e di carattere metafisico della modernità. Si tratta, infatti, dell'instaurarsi di un pensiero caratterizzato dalla criticità (e dal sospetto) verso ogni tentativo di riconciliazione dialettica e nei riguardi di tutte quelle filosofie che, aspirando alla unità di evento e senso, hanno di mira la fine dell'alienazione dell'umanità. A tale proposito in *Al di là del soggetto* Vattimo rileva come la filosofia del declino nasca dall'esigenza, propria del periodo attuale, di un'ontologia retta da categorie deboli. Il depotenziamento, forse l'unico rimedio possibile alla violenza della metafisica, dovrebbe mostrare come l'essere parli, nella società attuale, in una modalità debole.

Il postmoderno indica, quindi, un diverso modo di rapportarsi al moderno, diverso sia dall'opposizione, sia dal superamento<sup>105</sup>. Tale ripensamento può essere visto nei termini di un radicale storicismo ed a partire dalla precisa situazione storica in cui ci si trova ad essere. Come osservato da Vattimo, infatti, "*in realtà noi non conosciamo altre epoche che la nostra, e quindi possiamo rappresentarci il carattere generale della storia solo sul modello della nostra epoca*"<sup>106</sup>. A tale riguardo, il pensiero postmoderno, se letto alla luce delle ipotesi di Vattimo, dovrebbe aprire alla comprensione del carattere ermeneutico di ogni nostra interpretazione e produzione simbolica ("*Un unico testo permette innumerevoli interpretazioni: non c'è nessuna interpretazione 'giusta'*"<sup>107</sup>). La verità viene quindi a costituirsi, in linea con quanto osservato da Nietzsche, a partire da determinate valutazioni e punti

---

<sup>104</sup> G. Fabris, *Il consumatore verso il postmoderno*, Angeli, Milano, 2003, p. 61.

<sup>105</sup> G. Chiurazzi, *Il postmoderno*, Bruno Mondadori, Milano, 2002, p. 3 e segg.

<sup>106</sup> G. Vattimo, *Essere, storia e linguaggio in Heidegger*, Marietti, Genova, 1989, p. 26.

<sup>107</sup> F. Nietzsche, *Werke*, Naumann (poi Kröner), Lipsia, 1984 e ss., Vol XVI, p.64. La traduzione del passo citato è ad opera di Vattimo G. in *Ipotesi su Nietzsche*, cit., p. 138.

di vista che risultano essenziali per la conservazione della specie e per permettere un certo tipo di vita.

L'interpretazione coinvolge poi non solo le letture che il soggetto fa del mondo, ma lo stesso soggetto. Il soggetto è infatti sovradeterminato, costituito da diverse stratificazioni, nessuna delle quali originaria. Nietzsche, sotto tale aspetto, avrebbe mostrato non solo la non originarietà della coscienza<sup>108</sup> (da pensarsi come un prodotto sociale e della morale cristiana, falsamente universale e sempre vittima di interessi particolari) ma anche la storicità degli stessi istinti. Sempre secondo Vattimo, caratteristica della nostra epoca è il 'crepuscolo del soggetto' - cui conduce l'itinerario nietzscheano di smascheramento della metafisica e delle illusioni del moderno - che mostra dunque che la coscienza è sempre frutto di ulteriori interpretazioni e sembra non potersi dare mai come originaria.

Complessivamente, le caratteristiche salienti del postmoderno sono evidenziate da Chiurazzi<sup>109</sup> nel modo seguente.

### 1) *L'idea di progresso*

Il postmoderno dubita della concezione illuministica nella fede del progresso e del ruolo guida che l'uomo assumerebbe nel corso della storia. Perde coerenza la fede in un fine ultimo della storia, nel suo tendere verso una meta prefissata e stabilita. Tale nuova consapevolezza critica comporta la rinuncia ai *grand récits*, termine con il quale Lyotard indicava le grandi narrazioni proprie del passato, i discorsi omnicomprensivi (quali il marxismo o il cristianesimo), universi di senso completi all'interno dei quali l'uomo aveva un preciso compito da assolvere ed un fine da raggiungere. Lyotard definisce appunto il postmoderno come il sentimento di

---

<sup>108</sup> " *L'imporsi della coscienza come istanza suprema della personalità è, fondamentalmente, un fatto di dominio*", in Vattimo G., *Il soggetto e la maschera. Nietzsche e il problema della liberazione*, Bompiani, Milano, 1979 p. 227.

<sup>109</sup> G. Chiurazzi, *Il postmoderno*, Bruno Mondadori, Milano, 2002, pp. 10 - 14.

incredulità nei riguardi delle metanarrazioni, causato dallo stesso progresso scientifico. La funzione narrativa perde dunque i propri obiettivi, i propri fini ed i protagonisti, mentre, al suo posto, si assiste ad una nebulosa di elementi eterogenei<sup>110</sup>.

Inoltre, "più radicalmente il postmoderno mette in discussione la stessa concezione moderna della storia come successione lineare e progressiva"<sup>111</sup>. Il postmoderno, infatti, sembra soprattutto caratterizzarsi come fine della storia, come irriducibile al paradigma della modernità ed incommensurabile, nel quale il prefisso post sta, appunto, ad indicare l'essere oltre; si tratta di "una condizione che tende a far saltare ogni legame di continuità... il tema della ricostruzione di una continuità (storica o ideale) si fa problematico e si svolge secondo coordinate plurime, divergenti, alternative, frammentarie"<sup>112</sup>.

### *2) Il rapporto uomo natura.*

Viene meno la concezione di derivazione baconiana secondo la quale la scienza e la tecnica erano al servizio dell'uomo per il dominio della natura. Vengono sottoposti a critica lo scientismo, l'oggettivismo ed il meccanicismo, ovvero i presupposti teorici, di derivazione cartesiana, del dominio dell'uomo sulla natura.

### *3) Il razionalismo*

Il postmoderno sottolinea i limiti e la dimensione problematica della razionalizzazione del mondo attuata dal moderno. Come osservato da M. Weber, il moderno attua il disincanto dai contenuti mitici e religiosi, si allontana dal sacro, e procede verso la resa della sfera mondana come autonoma dall'ambito religioso. Inoltre, si afferma il prevalere della

---

<sup>110</sup> F. Lyotard, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, Milano, 1981.

<sup>111</sup> G. Chiurazzi, *Il postmoderno*, cit., p. 11.

<sup>112</sup> *Ibidem*

razionalità strumentale, cioè rivolta ad uno scopo, rispetto alla sfera dei valori. “Nell’esigenza della razionalizzazione è implicita la riduzione ad un ordine attraverso un principio e una serie di rapporti chiari e generalmente univoci”<sup>113</sup>; vi è dunque un principio primo, che riduce e riporta la realtà intera ad un unico fondamento, e che è l’oggetto primo della critica svolta dal postmodernismo, soprattutto in ambito filosofico<sup>114</sup>.

La reazione postmoderna sottolinea poi diversi aspetti positivi, nei quali vede la differenza tra sé ed i periodi precedenti. In primo luogo, gli aspetti relativi alla questione ecologica, con il sottolineare la necessità di un nuovo rapporto con la natura, non più considerata come mero oggetto, passivo e totalmente sottomesso alla volontà di potenza dell’uomo. Inoltre, se il moderno è venuto caratterizzandosi per l’omologazione serializzante, per un’uguaglianza volta a cancellare le differenze, il postmoderno, invece, insiste sulla diversità, sul molteplice e sulla impossibilità della sintesi, soprattutto sui rischi della omologazione sociale. Infine, il postmoderno, reagendo contro i rischi dell’uniformità culturale, propone un modello sociale basato sulla tolleranza, sul pluralismo e sulla differenza. A tale riguardo, “i caratteri della società postmoderna (facilità delle comunicazioni, pluralismo, estrema mobilità e trasformazione) contribuiscono alla formazione di un contesto pluriculturale e plurirazziale”<sup>115</sup>, con una sempre più accentuata moltiplicazione delle differenze. La società ed il mondo appaiono sempre in una situazione di incertezza, in un ordine distrutto ed infranto, senza un equilibrio certo e garantito.

---

<sup>113</sup> *Ibidem*

<sup>114</sup> In particolare da parte di Vattimo, di Gadamer e dell’ermeneutica di derivazione heideggeriana; Cfr., Gadamer H. G., *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1960.

<sup>115</sup> G. Chiurazzi, *Il postmoderno*, cit., p. 13.

## 2. 2 Il decostruzionismo come metodologia

In generale, sussistono evidenti difficoltà nel considerare il decostruzionismo un metodo. A tale proposito, e circa il decostruzionismo come metodologia giuridica, A. Andronico rimarcava le difficoltà dello scrivere un'opera su Derrida osservando: "come si fa a scrivere un libro su qualcuno che, espressamente, afferma di non voler dire niente? O che, ancora peggio, sembra tessere l'elogio dell'incomprensione come inesauribile riserva di senso della comunicazione?"<sup>116</sup>.

Lo stesso Derrida, in effetti, parlando della decostruzione aveva affermato che questa, malgrado le apparenze, non è né un'analisi né una critica: "non è un'analisi perché lo smontaggio di una struttura non è una regressione verso l'elemento semplice, verso un'origine non scomponibile (...). Lo stesso dicasi per il metodo. La decostruzione non è un metodo e non può essere trasformata in metodo. (...) Bisognerebbe anche precisare che la decostruzione non è un atto o un'operazione"<sup>117</sup>.

Oltre a quanto precedentemente osservato, appare comunque lecito insistere su una interpretazione della filosofia di Derrida da considerarsi non come mero 'problematicismo', né come mero 'elogio del negativo'.

Il riferimento è alla lettura proposta da S. Petrosino<sup>118</sup>. Petrosino insiste sul carattere affermativo della decostruzione, che trova il suo apice nella pratica della scrittura. E' su tale fondamentale determinazione teorica che può riposare, a mio avviso, una critica 'positiva' (e propositiva) della teoria del diritto da parte del femminismo.

---

<sup>116</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Giuffrè, Milano, 2002, p. VIII.

<sup>117</sup> J. Derrida, *D'un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie*, Galilée, Paris, 1983, p. 130.

<sup>118</sup> S. Petrosino, *Jacques Derrida e la legge del possibile. Un'introduzione*, Jaca Book, Milano, 1997.

La questione può essere affrontata in primo luogo in riferimento allo stesso termine 'decostruzione'.

Derrida parla di 'decostruzione' come di "un termine che non mi è mai piaciuto, non una *bon mot*"<sup>119</sup>. A tale riguardo, è noto come il filosofo francese abbia sempre utilizzato il termine con estrema cautela e sia sempre stato sospettoso sull'enfasi che gli è stata attribuita e stupito dal successo incontrato da questo, soprattutto, negli USA.

Nello spiegare il perché dell'utilizzo del termine 'decostruzione', Derrida ci fornisce, nello stesso tempo un'indicazione preziosa sulla sua stessa filosofia, osservando: "Quando scelsi questo termine, o quando mi si impose, in *De la grammatologie*, non pensavo che avrebbe assunto un ruolo così centrale nel discorso che allora mi interessava. Cercavo, tra l'altro, di tradurre e adattare al mio discorso i termini heideggeriani *Destruktion* o *Abbau*. In quel contesto essi significavano entrambi un'operazione relativa alla struttura o all'architettura tradizionale dei concetti fondatori dell'ontologia o della metafisica occidentale. Ma in francese il termine *distruction* implicava troppo visibilmente un annichilimento, una riduzione negativa più vicina alla demolizione nietzscheana che non all'interpretazione heideggeriana o al tipo di lettura che io proponevo. L'ho quindi scartato. Ricordo che controllai se il termine 'decostruzione' (che mi veniva in modo apparentemente molto spontaneo) fosse proprio francese. Lo trovai nel *Littré*. L'uso grammaticale, quello linguistico o quello retorico si trovano associati a un uso 'meccanico'. Questa associazione mi sembrò felicissima, molto adatta a ciò che tentavo di suggerire"<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup>J. Derrida, *The Time of a Thesis: Punctuation*, in AAVV, *Phylosophy in france Today*, Cambridge, Cambridge U.P., 1983, p. 44.

<sup>120</sup>J. Derrida, *Lettera a un amico giapponese*, in, "Rivista di estetica", n. 17, 1984.

Come si nota, di contro ad una lettura nichilistica del pensiero di Derrida, la decostruzione non è mai una distruzione. Non è dunque un'operazione meramente negativa, tutt'altro; muove, invece, da una volontà di maggiore 'comprensione'. Derrida stesso, dunque, sottolinea il carattere (paradossalmente) positivo del suo filosofare, come rivela appunto lo scrupolo terminologico. Le tipiche operazioni della decostruzione, come il decomporre, il desedimentare delle strutture, non mira dunque alla distruzione o alla dissoluzione, poiché si tratta piuttosto di comprendere un insieme e di ricostruirlo. Il filosofo francese rigetta totalmente l'interpretazione nichilista o scettica della decostruzione ed il fatto che si ponga in questione il razionalismo (la sua ragione, le sue forme, le sue mutazioni) non implica l'irrazionalismo.

In tal senso, la decostruzione appare un 'metodo' in linea con il pensiero femminista. Lo stesso concetto di genere, infatti, andrà pensato come appartenente ad un insieme di credenze, atti, ad una ideologia e non si tratterà tanto di distruggerlo quanto, piuttosto, di ripensarlo e di ricostituirlo. Ed un discorso analogo può essere fatto per le categorie giuridiche, qualora le si ritenga troppo 'impregnate' dal genere. Si tratta di un modo di argomentare che, come si vedrà in seguito, appare anche proprio del pensiero della Butler. Qui ci si può limitare a segnalare come, forse, si possa vedere in tale pensiero operante una sorta di dialettica.

Da notare, inoltre, come in Derrida la forza della 'dialettica' della differenza, la sua forza critica, nasca dalla stessa non-ipostatizzazione della differenza stessa a principio. Se infatti la differenza fosse la 'struttura nascosta', il principio, il movimento dialettico avrebbe un fine, un *telos*. Non essendovi però 'principio' o 'origine', come si è visto, la differenza può continuare ad esercitarsi ed a produrre i propri effetti.

In tal senso può, a nostro avviso, essere letto anche il pensiero della Butler, la quale riproblematizza il genere, ovvero rimette in discussione un concetto che ha avuto, in passato, una forte funzione liberatoria e demistificatoria. La differenza rende possibile il movimento, che torna sempre su se stesso, di continua dislocazione e reinterpretazione, analogamente a quanto il pensiero femminista compie nei confronti dei valori e delle norme, sociali e giuridiche (e dello stesso concetto di genere). Ciò è possibile, appunto, in quanto non c'è un'origine, un dato 'puro' cui tendere. L'origine è sempre complicata con l'empirico (con l'altro da sé, con quell'altro che vorrebbe eliminare per presentarsi come 'pura'), come il concetto di genere nella Butler. Le norme giuridiche sono state messe in discussione grazie alla scoperta del genere. Ma ora lo stesso concetto di genere deve essere messo in discussione perché lui stesso non è un concetto 'puro' o 'originario', esso stesso si è formato all'interno del discorso dominante cui si contrapponeva. E dunque l'immagine stessa del concetto di genere non è originaria.

Secondo Petrosino, "la decostruzione non può mai esaurirsi nel semplice gesto distruttivo, demistificante o critico delle gerarchie esistenti"<sup>121</sup> in quanto vi è sempre, in essa, complicato un doppio gesto. Il filosofo francese, propriamente, sembra portare avanti una sorta di strategia generale della decostruzione. Muovendosi all'interno della logica binaria della metafisica, nelle sue opposizioni, la decostruzione cerca di non neutralizzarle e, *ipso tempore*, di restare all'interno del campo chiuso delle opposizioni. Il gesto dovrà essere doppio in quanto si tratta dapprima di rovesciare la gerarchia e, in un secondo momento, di non restare all'interno di questa fase, operando cioè nel terreno decostruito. Grazie ad una

---

<sup>121</sup> S. Petrosino, *Jacques Derrida e la legge del possibile*, cit., p. 199.

scrittura doppia (stratificata e scalante) bisognerà poi marcare lo scarto tra l'inversione, la quale abbassa ciò che è in alto, e l'irruzione del nuovo concetto; un concetto, quest'ultimo, che non si è mai lasciato comprendere nel regime precedente, anteriore.

La decostruzione, di conseguenza, "non può mai ridursi e non dovrebbe mai essere ridotta ad una sorta di celebrazione della fine, essa deve sempre guardare con sospetto al tono apocalittico"<sup>122</sup>, rileva Petrosino, secondo il quale la decostruzione, in quanto tale, dovrà essere capace anche di decostruire il discorso apocalittico.

---

<sup>122</sup> *Ivi*, p. 200.

## 2. 3 Derrida e la possibilità del decostruzionismo giuridico

### 2. 3. 1 Derrida: lineamenti della sua riflessione

La questione del nichilismo e del significato del postmoderno rimanda direttamente al significato della filosofia di J. Derrida, alla possibilità di un suo utilizzo come 'metodo'.

Sulla decostruzione come metodo J. Derrida, è spesso stato scettico e in passato ne ha negato la possibilità (ad es. in riferimento a De Man). Inoltre, già alcuni dei primi interpreti dell' Autore avvisavano il lettore sui rischi che comporta elaborare delle tesi sul filosofo di Algeri. Secondo S. Kofman, ad esempio, "scrivere su J. Derrida sembra un'impresa audace"<sup>123</sup> e la sua opera si presenta come "un corpo frammentato, atopico, decentrato, che mette sotto sopra il logos tradizionale. Come arrischiarsi a scrivere un discorso sensato su una scrittura che si dà come gioco insensato"<sup>124</sup>.

La lettura proposta da Derrida appare poi caratterizzata dal fatto che noi non possiamo né limitarci a riprodurre il testo, a raddoppiarlo grazie alle armi della critica, né pensare di superarlo, alla ricerca di un significato che sia extra-testuale, al di fuori della lingua. A tale proposito, dice Derrida: "produrre questa struttura significativa non può evidentemente consistere nel riprodurre, attraverso il raddoppiamento riservato e rispettoso del commento, il rapporto cosciente, volontario, intenzionale, che lo scrittore istituisce nei suoi scambi con la storia cui appartiene grazie all'elemento della lingua. Senza dubbio questo momento del commento raddoppiante

---

<sup>123</sup> S. Kofman, *Un philosophe unheimlich*, in, AA.VV., *Ecartés. Quatre essais à propos de J. Derrida*, Paris, 1973, p. 115.

<sup>124</sup> *Ivi* p. 125.

deve avere il suo posto nella lettura critica. A non riconoscerne e rispettarne tutte le esigenze classiche, il che non è facile e richiede tutti gli strumenti della critica tradizionale, la produzione critica rischierebbe di farsi in un senso qualsiasi e di autorizzarsi a dire più o meno qualsiasi cosa. Ma questo indispensabile parapetto non ha mai fatto altro che *proteggere*, non ha mai *aperto* una lettura. E tuttavia, se la lettura non deve accontentarsi di raddoppiare il testo, essa non può legittimamente trasgredire il testo verso qualche altra cosa, verso un referente (realtà metafisica, storica, psico-biografica, ecc.) o verso un significato fuori testo il cui contenuto potrebbe aver luogo, avrebbe potuto aver luogo, al di fuori della lingua, cioè, nel senso che noi diamo qui a questa espressione, fuori della scrittura in generale”.

Le difficoltà, come è noto, nascono dal fatto che la filosofia derridiana non si avvale di concetti precostituiti, di significati trasparenti, anzi volutamente li nasconde, li sposta dal centro del discorso, facendo emergere il gioco del rimando dei significanti, che si rincorrono sullo sfondo di una scrittura opaca, la quale non sarà mai il luogo dell'avvento di un particolare significato o della *parousia* di un senso.

In Derrida uno dei problemi di fondo riguarda il senso dell'origine, che non è mai dato e non può mai essere raggiunto. Si tratta della *Rückfrage*,<sup>125</sup> tradotta da Derrida come *question en retour*, della domanda originaria che sempre ritorna. Si tratta, tuttavia, di una questione che viene ad essere, nella sua stessa costituzione, minata profondamente dalla mediazione del segno. E' il segno, infatti, che rende impossibile la fruizione immediata del senso dell'origine, poiché questa è interrogabile soltanto a partire dal suo risultato significante. E' poi la realtà non fattuale del

---

<sup>125</sup> Il termine è di Heidegger.

linguaggio a rendere possibile la ripetizione del senso come il 'medesimo' e a consentire l'idealizzazione dell'identità in generale<sup>126</sup>.

Emerge, a tale riguardo, il tema della scrittura. Infatti, è l'atto di scrittura "la più alta possibilità di ogni costituzione"<sup>127</sup>. Il ruolo fondamentale della scrittura consiste nel fatto che essa disancora la comunicazione dalla attualità e dalla contingenza del soggetto empirico. La scrittura rende non necessaria la presenza immediata di un soggetto fattuale: "la libertà nei riguardi di ogni attualità linguistica non è precisamente possibile che a partire dal momento in cui la verità può in generale essere detta o scritta, cioè a condizione che lo possa. Paradossalmente è la possibilità grafica che consente la liberazione ultima dell'idealità"<sup>128</sup>.

Propriamente, il movimento della differenza articola già da sempre l'origine del discorso ed è a partire dal documento già leggibile che ci viene data la possibilità di interrogare di nuovo e di ritorno.

E' lo stesso pensiero come discorso ad essere preso in questo movimento epistolare, che viene ad essere segnato costitutivamente dalla parola scritta, dal segno che necessariamente deve incarnare il senso, poiché "l'iscrizione è indispensabile alla costituzione di oggetti che possano essere trasmessi e ripetuti come i medesimi"<sup>129</sup>.

Il senso riveste sempre una caratteristica temporale ed è questa natura temporale a non renderlo mai semplicemente presente. Il senso è già da sempre uscito da sé nell'espressione del vissuto; a tal riguardo "il tema di una pura interiorità della parola o del sentirsi parlare è radicalmente

---

<sup>126</sup> J. Derrida, *Introduzione a L'origine della geometria di Husserl*, Milano, Jaca Book, 1987, p. 118.

<sup>127</sup> *Ivi*, p. 143.

<sup>128</sup> *Ivi*, p. 144.

<sup>129</sup> J. Derrida, *La voce e il fenomeno*, Milano, Jaca Book, 1968, p. 121.

contraddetto dal tempo stesso"<sup>130</sup>. Il senso poi non è mai completamente presente alla coscienza nella unità di un istante, poiché per presentarsi deve uscire da sé, deve esiliarsi nel segno, in un inquietante estraneità ed exteriorità. Non vi è dunque interiorità assoluta del senso, aderenza a se stesso, immediatezza nella presentazione, bensì un intervallo, una differenza, una spaziatura che è divenire tempo dello spazio e divenire spazio del tempo. Non vi è dunque per Derrida il predominio del presente ma una struttura della temporalità derivata da Freud<sup>131</sup>, per il quale la letteratura si configura non come un'illustrazione seconda di un significato sempre presente, ma piuttosto come un sostituto originario e specifico, irriducibile a qualsiasi altro.

In ogni caso Derrida non afferma la negazione di ogni significato e del senso, ma la possibilità del loro annullamento. E la non semplicità della presenza e dell'assenza non significa pertanto la riduzione alla insignificanza di questi valori, ma la loro sempre possibile contaminazione, la loro essenziale possibilità di contaminarsi<sup>132</sup>.

Complessivamente, Derrida cerca sempre di mantenersi al limite del discorso filosofico, spostandolo sempre rispetto al sistema di costrizioni fondamentali e di opposizioni concettuali che fa la storia della filosofia e della metafisica.

Derrida intende assumere il compito della decostruzione della filosofia (operazione che appare più complessa della sua distruzione), intendendo con questo termine l'azione, la prassi del pensare la genealogia

---

<sup>130</sup> *Ivi*, 123.

<sup>131</sup> J. Derrida, *Freud e la scena della scrittura*, in Derrida J., *La scrittura e la differenza*, Torino, Einaudi, 1971.

<sup>132</sup> Cfr. l'interpretazione proposta in Petrosino S., *J. Derrida e la legge del possibile*, Guida, Napoli, 1983.

strutturata dei concetti della filosofia nella maniera più fedele e interna possibile, ma anche da un certo al di fuori che essa non può nominare.

Il gesto di Derrida è quello di uno spostamento. Non si tratta di spostarsi per porsi al di fuori della metafisica: questo è un gesto ritenuto ingenuo da Derrida perché farebbe ricadere il tentativo ancora più violentemente e senza difese nel reticolo di opposizioni concettuali della metafisica. L'intendimento è piuttosto quello di spostare l'attenzione filosofica dal nucleo concettuale fondamentale (quello delle opposizioni di termini, ad esempio natura/cultura, sensibile/intelleggibile, interiore/esteriore, significante/significato, corpo/anima, soggetto/oggetto) della filosofia, che definisce anche la chiusura del logos occidentale, alla scrittura che è sintassi di tipo diverso: non ha infatti la forma della logica ma della grammatica.

La grammatologia iscrive – azione della scrittura – e delimita – azione dello spostamento – la scienza<sup>133</sup>. In altre opere Derrida, parlando della parola scritta, afferma che la scrittura 'non vuol dire niente'; in quanto essendo la metafisica un circuito chiuso, sembra sia già stato detto tutto ciò che si poteva dire<sup>134</sup>. Il sistema della metafisica appare chiuso: in esso è già stato detto tutto quello che si poteva dire; si dovrà dunque intendere come il non voler dire niente di ciò che è già stato detto. A tale riguardo la stessa decostruzione si trova sempre immersa all'interno di quei concetti che vuole decostruire; osserva Derrida: "i movimenti di decostruzione non sollecitano le strutture dal di fuori. Essi non risultano possibili e tanto meno efficaci, non aggiustano i loro colpi se non abitando le strutture (della metafisica). Abitandole in una certa maniera"<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> J. Derrida, *Posizioni*, Bertani, Verona 1975, p. 69.

<sup>134</sup> J. Derrida, *La voce e il fenomeno*, cit.

<sup>135</sup> J. Derrida, *Grammatologia*, Milano, Jaca Book, 1969, p. 39.

Derrida dunque si insinua nelle maglie della metafisica per cercare, sulla scorta delle indicazioni di Heidegger, il senso e la possibilità dell'apertura, in un rapporto paradossale: "il nostro discorso fa pare irriducibilmente del sistema delle opposizioni metafisiche. Non si può segnalare la rottura di questa appartenenza che per mezzo di una certa organizzazione, di una certa regolazione strategica che, all'interno del campo e delle sue potenzialità, rivolgendo contro di esso i suoi propri stratagemmi, produca una forza di dislocazione che si diffonda attraverso tutto il sistema, frazionandolo in tutte le dimensioni e de-limitandolo per intero"<sup>136</sup>.

Il senso della scrittura del filosofo di Algeri è nel ripensare e riorganizzare i concetti chiave della metafisica per cercare di forzare il limite in cui si trovano, per tentare di 'aprire' la 'chiusura' della metafisica, sempre sulla scia di quanto indicato da Heidegger. La riscrittura di questi concetti viene poi configurandosi come la "de-sedimentazione, la decostruzione di tutte le significazioni che hanno la loro fonte in quella del logos"<sup>137</sup>. Se costruire è fare esistere un sistema complesso organizzando certi elementi, decostruire consisterà nel de-comporre un 'corpo' testuale nei suoi elementi costitutivi, nel senso di 'introdursi nel testo della metafisica e, dall'interno, allargarne le crepe, dividerlo, disorientarlo, logorarne la capacità di tenuta metterne a nudo le decisioni e i desideri che vi si giocano, e perciò anche le cesure e le ansie, sorprenderne le trame e solleccitarle fino al limite della rottura, illuminarne l'organizzazione interna e spingerla sull'orlo della paralisi, del non funzionamento: per tentare un

---

<sup>136</sup> J. Derrida, *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino 1971, p. 25.

<sup>137</sup> J. Derrida, *Grammatologia*, cit., p. 21.

altro orizzonte, tendersi verso un altro destino, altro da quello dominato dalla 'metafisica'"<sup>138</sup>.

Lo stesso Derrida, del resto, difende in *Posizioni* il proprio lavoro di critico di storia della filosofia ed il suo ruolo di 'decostruttore': "aggrovigliarsi in centinaia di pagine di una scrittura al tempo stesso insistente ed ellittica che stampa persino le proprie cancellature e immette ogni concetto in una catena interminabile di differenze, attorniandosi o intralciandosi con precauzioni, riferimenti, note, citazioni, collages, supplementi: si converrà che questo non voler dire niente non è proprio un esercizio di tutto riposo"<sup>139</sup>.

La pratica filosofica derridiana è caratterizzata dalla insistenza sulle cesure, sui punti deboli che possono compromettere la stabilità e l'omogeneità del sistema filosofico di un autore. L'intervallo, lo spazio tra gli elementi, in sé nulla, la spaziatura (*espacement*), che è dilazione e dispersione, assume addirittura una funzione creatrice più efficace di quella della presenza piena e continua del senso. Lo spazio della creazione di un'opera d'arte si situa tra i differenti stadi della costituzione dell'opera stessa. "Senza interruzione l'intervallo tra le lettere, le parole, le frasi, i libri, nessuna significazione avrebbe potuto destarsi"<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> C. Di Martino, *Derrida all'origine*, in, Derrida J., *Introduzione a L'origine della geometria di Husserl*, cit., p. 12.

<sup>139</sup> J. Derrida, *Posizioni*, cit., pp. 51 – 52.

<sup>140</sup> J. Derrida, *La scrittura e la differenza*, cit., p. 108.

## 2. 4 *Decostruction and the possibility of justice.* La possibilità “plurale” della decostruzione

Il *Critical Legal Studies Movement* è stato ed è un filone di pensiero discutibile e discusso, ancor di più quando essi approcciano ad un altrettanto controverso indirizzo filosofico, la decostruzione.

L'itinerario culturale dei *Crits* ha conosciuto fasi diverse; e nel tentativo di dar conto delle profonde differenze metodologiche e contenutistiche, si è parlato di movimento generazionale. Una prima generazione, strutturalista e modernista, ha lasciato il posto ad una seconda, decostruzionista e postmodernista. La teoria critica di seconda generazione nasce dal precario equilibrio tra due prospettive culturali diverse, quella *leftist* e quella postmoderna, fondando una nuova fusione *leftist-postmoderna* dei *Crits*<sup>141</sup>. Dunque, abbandonata ogni pretesa di oggettività e fondatività, i *Crits* propendono per una riflessione consapevole della contingenza della teoria giuridica e del diritto, il quale lungi dall'essere una forma d'esercizio della ragione pratica, è in realtà una «lotta amorale e spesso scorretta, per il dominio dell'agone politico». L'aspirazione alla *tightness* (rigidità logica) cede il passo ad un'analisi che svela le contraddizioni, il senso di alienazione, di ironia e doppiezza insiti nel discorso giuridico, senza peraltro rivendicare la propria autenticità<sup>142</sup>.

In primo luogo è necessario un breve richiamo alle due interpretazioni 'americane' del postmodernismo. In secondo luogo, cercherò di mostrare quanto possibile o meno sia l'utilizzo della decostruzione come metodo nel diritto e quali sono le sue finalità. Nonché se essa può rispondere alle esigenze dei più disparati modi di vita e di pensiero.

---

<sup>141</sup> Du. Kennedy, *A critique of adjudication. Fin de siecle*, Cambridge (Mass) 1997.

<sup>142</sup> *Ibidem*

- *Il postmodernismo come teoria della rappresentazione*

Agli inizi degli anni Settanta del Novecento la cancellazione del divario fra diritto e società provocò non solo inquietudine nelle forme moderne di "jurisprudence", ma spinse molti teorici a mettere in dubbio la propria fede nell'autonomia del diritto. La sopravvenuta «crisi di rappresentazione»<sup>143</sup> nelle tradizionali strutture rappresentative usate dai linguaggi artistico, filosofico, sociale e scientifico (la rappresentazione aveva il fine di controllare, descrivere, interpretare il mondo), colpì anche il diritto. Per i giuristi di quegli anni la realtà esterna della cultura statunitense rendeva la visione modernista del diritto americano estranea alla realtà sociale. Dunque, se da una parte si insisteva ancora sulla relativa autonomia del diritto, dall'altra ci si sforzava di dimostrare la sua incoerenza e le sue contraddizioni.

La «crisi di rappresentazione» che ben presto prese il nome di postmodernismo fece venir meno l'obbiettivo, nelle nuove comunità di giuristi, nella ricerca della verità e della conoscenza come conservazione della tradizione e dello *status quo*.

L'applicazione delle premesse postmoderne nello studio del diritto è stata introdotta solo recentemente dai *Critical Legal Studies*, dal Femminismo Giuridico, dal *Critical Race Theory* attraverso le loro pratiche intellettuali dell'antifondazionalismo, dell'antiessenzialismo, costruzione sociale e decostruzione proponendone due interpretazioni. La proliferazione di questi nuovi approcci teorici al diritto ha trasformato il modo in cui gli studiosi parlavano dei problemi della *jurisprudence*.

---

<sup>143</sup> G. Gilmore fa ricadere l'età dell'inquietudine con le *Storrs Lectures. The Age of anxiety* di Cardozo nel 1920, Gilmore G., *Storrs Lectures. The Age of anxiety* in Yale Law Journal, 84, 1975

La prima interpretazione del postmodernismo come teoria della rappresentazione afferma che le idee sulla razionalità ed individualità umana sono costruite socialmente e che il linguaggio di cui si serve è incapace di afferrare la realtà. Dal momento che il "lavoro teorico", in quanto soluzione di dubbi, fu riconosciuto come «gioco linguistico» e quindi soggetto a manipolazione retorica, non si percepivano più come credibili i vecchi modi di definire la realtà essendo il linguaggio stesso diventato un gioco linguistico. L'importazione del postmodernismo nel diritto era mossa dall'attacco contro la forma con cui il diritto veniva presentato nelle argomentazioni di fronte alle corti, nelle discussioni degli avvocati, nei testi utilizzati per l'insegnamento. La disamina avviene attraverso una critica, rivolta a radicalizzare anche se stessa, offrendo così di sé un'immagine aperta e una vocazione meta-critica, capace di innestare, sempre, la critica nella società che la esprime e di valorizzare gli attacchi agli ordini cultural-sociali propri di quella stessa società che postula la critica. La pretesa di neutralità della scienza giuridica altro non rappresentava se non il mito dietro cui si nascondevano la tecnicizzazione e la professionalizzazione delle discipline giuridiche, la loro riduzione a puri mezzi per l'avanzamento nelle carriere universitarie o a meri sostegni, a fini particolari, privi di risonanza sociale più generale. L'abdicazione al "professionalismo" subordinava la scelta dei problemi alla tecnica, la quale a sua volta era richiesta e compensata dalla cultura dominante.

#### *-Il postmodernismo come teoria della pratica interpretativa*

A partire dal 1980 i *Critical Legal Studies*<sup>144</sup> iniziavano ad applicare a dottrine e a casi giuridici<sup>145</sup> la decostruzione, come pratica d'interpretazione, con lo

---

<sup>144</sup> L'itinerario culturale dei *Critical Legal Studies* (o anche *Crits*) ha conosciuto fasi diverse; e nel tentativo di dar conto delle profonde differenze metodologiche e contenutistiche,

scopo di rovesciare<sup>146</sup> le gerarchie del diritto che privilegiavano certi significati, ignorandone altri.

Il postmodernismo come pratica interpretativa prevedeva una critica al carattere retorico del sistema prescrittivo della teoria moderna del diritto opponendosi alla moralità come presupposto di fiducia in soluzioni corrette. I problemi d'indeterminatezza del diritto (e cioè il fatto che le norme non riescano a portare i decisori ad una risposta corretta) che secondo i giuspositivisti moderni potevano essere risolti grazie alla competenza del decisore di risolvere le ambiguità del linguaggio all'interno di una distinzione di nocciolo-penombra<sup>147</sup>, in realtà portavano i postmodernisti a negare tale possibilità, perché le norme d'interpretazione, talvolta, richiedevano all'interprete di operare strategicamente per costruire la correttezza del processo interpretativo e quindi la possibilità di destabilizzare il rapporto tra "nocciolo" e "penombra" facendo ricadere i termini giuridici del primo nel secondo e viceversa<sup>148</sup>.

Se i maestri della teoria moderna del diritto presupponevano che una metodologia o una teoria giuridica fossero capaci di offrire risposte corrette ai problemi del diritto, e che un'analisi giuridica potesse fornire un metodo

---

si è parlato di movimento generazionale. Una prima generazione, strutturalista e modernista, ha lasciato il posto ad una seconda, decostruzionista e postmoderna. I *Critical Legal Studies* della II generazione subiscono l'influsso del decostruzionismo di Derrida (che negli Stati Uniti ha avuto un singolare successo proprio negli anni 80-90 del Novecento) e respingono la "ragion pratica" come illusione della modernità volta a nascondere il fatto che ogni decisione umana sia soltanto volontà di potenza priva, dunque, di un fondamento razionale.

<sup>145</sup> Clare Dalton, *An Essays in the deconstruction of contract doctrine*, in "Yale Law Review", vol. 94, 1985; D. Cornell, *Toward a modern/postmodern reconstruction of ethics*, in "University of Pennsylvania Law Review", vol. 133, 1985; Frug E. G., *The ideology of bureaucracy in American Law*, in "Harvard Law Review", vol. 97, 1984; Balkin J. M., *The crystalline structure of legal thought*, in "Rutgers Law Review", vol. 39, 1986.

<sup>146</sup> J. L. Nancy, *Derrida da capo*, in *A partire da Jacques Derrida* (a cura di) Gianfranco Dalmaso, Jaca Book, Milano 2007, pag 17.

<sup>147</sup> H. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* in Harvard Law Review, 71, 1958, p.593.

<sup>148</sup> La distinzione nocciolo-penombra riservava alla funzione giudiziaria la possibilità di occultare la protezione di certi interessi che a fronte di una coerenza logica sarebbe andata a discapito di un diritto morale.

di rappresentazione per definire, analizzare e valutare i problemi giuridici in modo credibile ed in base alla coerenza tra regole e principi. I giuristi postmoderni, al contrario, dimostravano che i problemi giuridici avevano carattere relazionale, e che in campo giuridico non c'erano soluzioni che potessero raggiungere una rappresentazione definitiva della soluzione corretta e dirsi "vera".

L'interpretazione decostruzionista applicata agli studi giuridici è la tesi per mezzo della quale si mette in discussione la pretesa naturalità ed essenzialità delle opposizioni funzionali della dottrina giuridica -quali, essenziale/accidentale, interno/esterno, privato/pubblico, in quanto socialmente costruite e si critica la credenza moderna di poter descrivere "realtà di fatto" in modo veritiero e di un fondamento ultimo e razionale.

Le varie categorie giuridiche, costruite da giudici e legislatori che si basano sulla concezione di un soggetto standard, creano un'opposizione concettuale perché esse separano ciò che entra in una categoria da ciò che ne sta fuori. Date le categorie A e B, il giurista postmoderno (attraverso la pratica decostruzionista) vuole, non solo, individuare le giustificazioni per l'esclusione degli elementi che ricadono nella classe di B dagli elementi che ricadono nella classe di A, ma anche evidenziare quanto sia falsificante un discorso che richiede il supporto di una singola e a-prioristica razionalità<sup>149</sup>, in quanto tutte le supposizioni su cui si fondavano i discorsi intorno al diritto, alla morale, alla scienza ed anche al senso comune provenivano da un soggetto interprete esso stesso costruito dall'ambiente esterno<sup>150</sup>.

Una cultura che si struttura al procedere della storia crea un ideale di sapere, - un ideale ben radicato nella nostra tradizione - stando al quale,

---

<sup>149</sup> S. Brainerd, *L'assalto infondato: uno sguardo wittgensteiniano su linguaggio, strutturalismo e teoria Critica del diritto*, in *Democrazia e Diritto*, 1990: 5/6

<sup>150</sup> J. Balkin, *Deconstructive Practice and Legal Theory*, in: *Yale Law Journal*, 96, pp. 743-86.

l'uomo razionale è colui che fonda stabilmente ciò che dice, colui che dimostra in modo certo le sue teorie: scientifiche, etiche e politiche. Razionale sarebbe chi svela verità chiare e distinte, chi sa trovare, attraverso l'argomentazione dimostrativa, un fondamento sicuro, magari incontrovertibile per le proprie teorie. Il discorso giuridico liberale, che si auto-comprende attraverso quell'unico idioma razionale e che costituirebbe, al termine del processo, l'unico sapere del «tipo» liberale di coscienza, per i giuristi postmoderni sembra essere una credenza.

Perciò lo scopo della decostruzione è quello di cercare di mostrare che la rimozione di certe ambiguità dal discorso giuridico non è un fatto occasionale (come se fosse un'imperfezione), ma un principio che rende possibile, strutturandolo, il discorso giuridico stesso. Bisogna che tale pratica cerchi una serie di contro-principi (spesso celati oppure ammessi ad avere "forza" solo in situazioni eccezionali) capaci di dimostrare come il corpo del diritto sia caratterizzato sia da elementi sottaciuti che di relative giustificazioni. Quindi per i decostruzionisti non esiste una struttura gerarchica di valori, ma una certa funzione ideologica dell'ordinamento giuridico nel persuadere oppressi ed oppressori che le loro condizioni di esistenza sono giuste.

I principi repressi hanno il ruolo significativo di mantenere la coerenza intellettuale della dottrina dominante che più soggetti hanno pensato, per cui un intento dei decostruzionisti è quello di renderli applicabili di modo il significato della dottrina giuridica cambierebbe radicalmente.

## 2. 5 Diverse letture della pratica decostruttiva

### 2. 5. 1 Clare Dalton e la critica alla dottrina contrattuale

Sui meccanismi di esclusione come sintomo di problemi non risolti, all'interno del discorso giuridico, si sofferma Clare Dalton nel saggio *An Essay on the Deconstruction of Contract Doctrine*. Attraverso un'analisi decostruzionista l'Autrice lavora sulle categorie per il cui tramite il sistema della dottrina giuridica cerca di padroneggiare un dominio o un insieme di problemi particolari, ed esplora fino a che punto e in quale modo questi modelli semplicemente occultano e spostano i problemi che pretendono risolvere. Il saggio della Dalton analizza il funzionamento delle opposizioni tra forma e sostanza, pubblico e privato, intenzione e manifestazione nella dottrina dei contratti, mostrando come i tentativi di fornire un fondamento solido, dando la precedenza ad un termine, fanno entrare l'altro per una porta secondaria. Come dice l'Autrice: "Ogni supposta soluzione a uno dei rebus dottrinali, ogni tentativo di dare una definizione, di tracciare una linea, finisce impantanato all'ultimo livello dell'analisi nella dicotomia irrisolta che dichiarava di lasciarsi dietro"<sup>151</sup>. Attraverso la critica alla dottrina del contratto, quest'ultimo inteso come strumento utile a risolvere il problema della distanza tra sé e l'altro, la Dalton vuole mettere in luce gli scarti, i vuoti, le fratture, le discontinuità, le aporie<sup>152</sup>, le strutture ideologiche dei testi giuridici, attirando l'attenzione sul rapporto tra sapere e potere.

---

<sup>151</sup> C. Dalton, *An Essays in the decosntruction of contract doctrine*, in "Yale Law Review", vol. 94, 1985, p. 1047.

<sup>152</sup> Derrida designa l'aporia come assenza di esito, di uscita, di compimento o di saturazione.

La Dalton cerca di capire come una storia diversa da quella dominante possa “rigiocare” il modello contrattuale tradizionale dimostrando che la dottrina contrattuale pone, a torto, gli individui come liberi e responsabili di scegliere i termini d'accordo. In realtà, l'intenzione di accordarsi volontariamente l'uno nei confronti dell'altro viene meno quando le istituzioni, che sono chiamate a dirimere il conflitto, risultano o troppo ingerenti o troppo permissive. Siccome la dottrina contrattuale ricalca uno “schema di relazione” ci si chiede, da una parte, quale tipo di rapporto (se di minaccia o di promessa) lega gli individui tra di loro e, dall'altra, tra gli individui e lo Stato (di ingerenza o meno).

Nel tardo Ottocento, la tendenza fu quella di creare una netta distinzione tra diritto pubblico che veniva pensato in termini coercitivi (il diritto penale e il *regulatory law*) e diritto privato non coercitivo, comprendente *tort, property e commercial law* destinato a resistere ai rischi dell'ingerenza politica. Dietro questa distinzione vi erano gli sviluppi del pensiero politico, sociale ed economico del XIX secolo, che postulava contrapposizioni tra stato e società, tra mercato e famiglia, tra politica e mercato<sup>153</sup>. Queste concettualizzazioni miravano a costruire una sfera privata separata, naturale, di transazioni non coercitive e non politiche, libere dai pericoli dell'ingerenza statale. La concezione di un regno indipendente del diritto privato era del tutto analoga a quella sempre più imperante di un mercato autodiretto, la cui mano invisibile rifletteva leggi economiche naturali e imparziali, che dovevano restare immuni da ingerenze politiche. Questo perché? Perché lo svincolamento delle regole giuridiche dal terreno di prova che era costituito dagli incontri regolari con i casi concreti della vita

---

<sup>153</sup> M. Horwitz, *The transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*, ed. italiana a cura di Maria Rosaria Ferrarese, trad. di Elisabetta Caglieri, Agostino Zanelli. *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*. Il Mulino, Bologna 2004.

<sup>153</sup> R. Pound, *Liberty of contract*, in *Yale Law Journal*, 18, 1909, p.454.

sociale permetteva ai giudici, per esempio, di applicare ai contratti di lavoro e di consumo, tra parti estremamente diseguali, lo stesso insieme di regole. Il principio "*an equal and uniform taxation*" era capace di indebolire le politiche fiscali ed aumentare le prerogative del diritto di proprietà e della libertà di contratto. Un criterio della teoria volontaristica, che secondo i Critici non rappresentava altro se non un sistema per annullare la volontà delle parti, in quanto realmente, la posizione sostanziale delle due parti, per avvalersi di certi diritti, era diversa. Ed inoltre, la decisione sarebbe dipesa dalle concezioni che la corte avrebbe avuto in materia di *policy*, giustizia e *welfare* e non certo perché era perseguito l'oggettivismo del diritto che avrebbe garantito l'autonomia individuale.

La discussione sulla distinzione pubblico-privato nella teoria contrattuale, si concentrava soprattutto in materia di «contratti taciti». Quando i tribunali desumevano l'esistenza di un termine contrattuale non scritto, travalicavano o eseguivano le volontà delle parti<sup>154</sup>?

Dunque, in materia di accordi tra conviventi, la Corte riteneva nullo, per contrarietà al buon costume, qualsiasi tipo di contratto tacito nonostante l'esistenza di un accordo orale quando, ad esempio, il partner cercava di recuperare somme e proprietà in caso di dissoluzione del patrimonio da parte della convivente e quando si presumeva che la promessa fosse fatta in *consideration* di prestazioni sessuali della donna durante tutta la convivenza.

La Dalton spiega che la linea di demarcazione è più apparente che reale e non è poi così netta in quanto costantemente si ricade nella difficoltà di distinguere contratti privati, nei quali la volontà sarebbe desunta dal comportamento delle parti dai contratti pubblici, la cui ragione è da

---

<sup>154</sup> C. Dalton, *An essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, in *Yale Law Journal*, 94 (5), p. 1095.

ricondere a questioni di giustizia sociale e buon senso. Da tempo le corti nordamericane hanno cessato di considerare illeciti gli accordi fra conviventi *more uxorio* per contrarietà alla *public policy*, ma si riservano un'interferenza laddove questi accordi (aventi ad oggetto le prestazioni sessuali della donna) non avrebbero previsto una "*consideration*" al di fuori dei meri servizi sessuali o di qualsiasi promessa di prestazione fatta dall'uomo in suo favore.

In un sistema organizzato secondo dicotomie -osserva la Dalton- l'idea secondo cui uno dei due poli viene sempre privilegiato rispetto all'altro e il significato del termine che sta "in alto" trova senso nel momento in cui si differenzia dal suo opposto è fallace.

Se per i giuspositivisti, la procedura da seguire per ogni analisi è la descrizione del caso semplice, normale e standard dal quale procedere per discutere gli altri casi definiti come derivazioni o complicazioni. In perfetto stile decostruzionista l'Autrice mostra l'origine della co-implicazione dei due poli<sup>155</sup>. Il procedere della decostruzione dimostra che nessun polo della

---

<sup>155</sup>In particolare, l'Autrice ha beneficiato delle strategie testuali "decostruttiviste" sviluppate da Jacques Derrida che riconosce il ruolo della dualità concettuale nel discorso dei filosofi sin dal XVIII secolo, ed osserva che tutti i discorsi tendono a favorire un polo della dualità a discapito dell'altro, creando una relazione gerarchica tra i poli. Il polo sfavorito viene chiamato supplemento dannoso; "dannoso" per il suo potenziale di indebolimento, il suo ruolo di rivelatore di false apparenze. Prendendo come spunto di partenza il fatto che la filosofia è una disciplina dipendente dalla capacità di ragioni oggettive e comunicazione trasparente, Derrida si impegna ad esporre l'abile gioco tramite cui i filosofi convincono i propri lettori che il linguaggio possa rappresentare una realtà oggettiva, e servire come medium trasparente del pensiero. Ci restituirà un mondo in cui non saremmo solo senza una falsa fiducia nel potere della ragione obiettiva o della possibilità di comunicazione trasparente, ma anche senza un senso di falsa coercizione. Credo che le strategie di Derrida siano particolarmente adatte per l'analisi dell'ordine legale che ha, come la filosofia che critica, fondato la sua autorità sull'oggettività, e che presume di poter accedere alle intenzioni e comprensioni individuali. Aspirando ad una prospettiva esterna al discorso dominante – un'aspirazione necessaria per il tipo d'analisi che sviluppo qui – ho anche preso forza dalla teoria femminista e dai tentativi di portare il femminismo in relazione con la teoria legale. Nel comprendere il problema centrale del nostro discorso legale, intesa come una preoccupazione corrosiva del sé e degli altri, ho visto corrispondenze tra il mondo "liberale", dipinto dagli accademici legali, ed il mondo "razionale", dipinto da Derrida, ed il mondo "maschile" dipinto dalle femministe.

dicotomia è in grado di comandare l'altro perché in ogni sistema tutti i termini trovano senso solo se in relazione reciproca. Il diritto non può essere separato dalla politica, dalla morale e dal resto delle altre attività umane perché esso è parte integrante della vita sociale e soprattutto perché in ogni settore del diritto privato c'è sempre compresenza tra elementi pubblici ed elementi privati.

### *2. 5. 2 Salvare la decostruzione dalle secche del nichilismo: decostruzione trascendentale di Jack Balkin*

Con il metodo della decostruzione - che sul piano puramente giuridico e non filosofico rammenta il "*debunking*"<sup>156</sup> dei realisti americani degli anni Venti e Trenta - i Crits presuppongono l'ideologicità del discorso da decostruire. Dunque, se i decostruttivisti sostengono che la nostra visione del mondo si poggia su una interpretazione data da altri, vuol dire che noi non conosciamo la natura umana per quella che è, ma perché c'è stata trasmessa, per cui tutte le rappresentazioni possono essere decostruite.

Ma se la decostruzione è l'equivalente di quello che Freud chiamava "*analisi interminabile*", come ci si può allontanare dall'impressione che gli studiosi critici la applichino solo per amore della critica? In realtà questa è una

---

<sup>156</sup> W. N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali*, a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino 1969. La base della tecnica del *debunking* per i realisti giuridici americani è stato Hohfeld il quale, nel suo testo, aveva cercato di dimostrare la capacità delle posizioni giuridiche di essere 'capovolte'. Dato che la nell'Ottocento le corti erano concettualistiche e ritenevano che la proprietà avesse un significato essenziale o centrale (per il quale, ad esempio, i lavoratori potevano o non potevano avere certi comportamenti in base ai diritti di proprietà del datore di lavoro), Hohfeld, definendo i diritti e i doveri correlativi, cercava di sovvertire la posizione privilegiata che i diritti avevano occupato come punto di partenza nell'analisi giuridica ortodossa. In questo modo intendeva relativizzare il discorso sui diritti sottolineando che era possibile iniziare coerentemente tale discorso anche partendo da un'analisi del concetto di obbligo creato dalla legge. Un diritto, quindi, diventava semplicemente l'adempimento giuridico di un dovere socialmente creato.

trappola nella quale i Crits possono cadere, ma momenti di "autocritica" li salva dal circolo vizioso.

Maurizio Ferraris in un passo di *Introduzione a Derrida* spiega come lo scopo di ogni disciplina, e del diritto in particolare, è quella di trovare la soluzione ai problemi, trovare la verità e poter dire l'ultima parola. Ma questo non è possibile perché voler-dire l'ultima parola implicherebbe un voler-dare fine alla scrittura, vorrebbe dire chiudere il diritto (in questo caso come scrittura) ed impedirgli di affermare le infinite possibilità dell'esistenza umana.

L'arresto del processo dell'interpretazione non può avere fine poiché è esso stesso generatore d'interpretazioni e dunque di ulteriore comprensione. Ma soprattutto perché la verità non può essere detta, o detta a metà, in modo implicito, rimandato e comunque mai possedibile.

L'impossibilità di dire la verità non va tradita perché il "soggetto decostruente" è dislocato, spiazzato: *introvabile*<sup>157</sup>. È introvabile perché non c'è un punto di vista che regga, che sia "fondato". Il soggetto decostruente è introvabile perché decostruito dal suo decostruire.

Ma se tutto è decostruibile dal suo interno vuol dire che tutto è incomprendibile? E se per Derrida non c'è il momento sorgivo, il fondamento, allora qual è il fine della decostruzione? Giocando alla Derrida, Jack Balkin direbbe che la comprensione sta tutta nel capire quale verità abbia un testo e che la decostruzione altro non è che "dinamica di eventi", di ulteriore comprensione.

Ogni ulteriore comprensione del testo, però, è sussidiaria alla traduzione nonché al tradimento. Dunque, il testo non dice mai la verità, ma pone il soggetto interpretante nell'ottica di responsabilizzarsi su quello che dice.

---

<sup>157</sup> Fondazione europea del disegno, *Annali.Spettri di Derrida*, pag 33.

Ed è proprio nell'ottica del tradimento che Jack Balkin conduce i suoi studi sulla decostruzione nella teoria del diritto. Spingersi oltre la comprensione del testo ha dato, a Balkin, la possibilità di salvaguardare la decostruzione dalle accuse di nichilismo. Nel 1987 Balkin pubblica il saggio *Deconstructive Practice and Legal Theory* grazie al quale introduce la "decostruzione" nella teoria del diritto spiegando le ragioni per le quali sarebbe stato utile ai giuristi studiare lo stimolante pensiero di Derrida.

Secondo alcune alterazioni-traduzioni di Balkin della decostruzione (le alterazioni sono necessarie quando ci si confronta con l'impatto della decostruzione sul piano della teoria del diritto), essa potrebbe aprire ai giuristi nuovi orizzonti sul diritto solo se fosse concepita non come giustizia intesa "al di fuori e al di là della legge" -come invece sostiene Derrida<sup>158</sup>-, ma come forma di argomentazione che può essere usata per scopi differenti sulla base delle opinioni morali e politiche del decostruttore. Nel senso che per Balkin la decostruzione va reinterpretata in modo da adeguare i discorsi sul diritto e sulla giustizia a valori che, trascendendo le diverse culture, sono radicati nell'uomo. Volgendo la decostruzione al "trascendentale" Balkin la rende accessibile al soggetto in base alle convinzioni morali e politiche che di volta in volta esso utilizza.

Perciò la decostruzione, essendo una pratica interpretativa, non solo può essere insegnata, parodiata, compresa o fraintesa<sup>159</sup> e quindi in grado di criticare i tradizionali discorsi sul diritto e le consolidate teorie

---

<sup>158</sup> Sostenendo il valore convenzionale della legge e del diritto, Derrida ha affermato che «esiste un concetto chiamato giustizia che si colloca "al di fuori e al di là della legge"». Questa «idea infinita di giustizia», non ancora realizzatasi sulla Terra, rimanda a una dimensione "altra" e presuppone l'esistenza di un Messia che può renderne effettivo il compimento nel mondo. Compito del decostruzionista è appunto quello di preparare l'avvento della futura giustizia terrena. Negli ultimi scritti, Derrida ha recuperato il pensiero di Marx, soprattutto la «promessa messianica» presente nella sua visione del mondo, criticando la democrazia liberale in quanto «indefinitamente perfettibile, e dunque sempre insufficiente e futura».

<sup>159</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pag 68

dell'argomentazione, ma altrettanto capace di recuperare la considerazione del soggetto interpretante e decostruente in quanto si rende responsabile delle scelte che opera.

L'interpretazione che Balkin dà di Derrida è giustificata dalla svolta trascendentale che egli fa prendere alla decostruzione, anche perché questa torsione è inevitabile una volta incontrata la questione della giustizia.

## 2. 6 Possibili scenari

Il compito della decostruzione non è quello di giustificare l'esistente, ma di aprire lo spazio ad una possibile trasformazione dell'esistente. Una missione abbastanza difficile da condurre, soprattutto in Europa, poichè la teoria del diritto, nonostante le declinazioni del *law and* continua a pensare il diritto come un oggetto puramente presente e come autonomo e soprattutto se si prende in considerazione la critica che Derrida fa al positivismo giuridico proprio sulla chiusura del diritto.

Per Derrida è giusto che il diritto ci sia, non perché esso sia necessario, ma semplicemente perché senza il diritto sarebbe impossibile la giustizia (e viceversa).

Il diritto è, per struttura, in corso di decostruzione per due motivi: prima di tutto il diritto è decostruibile, non perché non abbia un fondamento, e ciò è constatato dal fatto che esso è in continua trasformazione, ma perché, e questo è il secondo motivo, il suo fondamento ultimo non è fondato. «Che il diritto sia decostruibile non è una sciagura<sup>160</sup>», in quanto la sua decostruibilità è condizione della giustizia e perciò della decostruzione. Tradotto sul piano della teoria del diritto ciò vuol dire, da una parte che la giustizia è tanto poco decostruibile in quanto<sup>161</sup> essa appare come un'idea inoggettivabile, irriducibile ad ogni discorso, anzi presupposto e condizione di ogni discorso, e quindi al di là della necessità di fondamento. E dall'altra che il diritto e la legge sono del tutto decostruibili, perché sono concetti calcolabili, da giustificare sempre attraverso discorsi fondativi e da applicare attraverso discorsi interpretativi. Derrida ricava il concetto di

---

<sup>160</sup> J. Derrida, *Forza di legge, Forza di legge*, a cura di F. Garritano, Bollati Boringhieri, Torino 2003, pag. 64

<sup>161</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo*, cit. pag. 70.

fondamento mistico delle leggi da Montaigne: «Ora, le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento mistico della loro autorità e chiunque obbedisca loro perché sono giuste, non obbedisce loro giustamente come deve»<sup>162</sup>.

Perché Derrida sarebbe utile al giurista?

“Usare” Derrida implicherebbe una risposta alla domanda della “teoria del diritto” *quid ius?*, che di certo non è il diritto come “oggetto” esistente, chiuso in se stesso e dai confini determinati. Ma si tratterebbe di un diritto contaminato. Quel diritto che non può chiudersi una volta per tutte, essendo costitutivamente ed originariamente attraversato dal suo altro.

Questa dialettica, tra il dialettizzabile e il non dialettizzabile, non ha una conclusione, neppure ideale. Essa non conduce ad una tesi, bensì a concetti-limite, ossia quei “nomi” che Derrida qualificava come “indecidibili”, la cui funzione è quella di “nominare la differenza”, lo scarto tra l’ipotizzabile e l’ipotizzato fino ad arrivare a denunciare, in un suo saggio molto stimolante, come aporia della giustizia l’urgenza della decisione, che “barra l’orizzonte del sapere”: la giustizia “è ciò che non deve attendere”; e, perciò, “non può concedersi l’informazione infinita e il sapere senza limite” che sembra esigere<sup>163</sup>. La ricostruzione di un evento conseguenza della decostruzione-, non come distruzione, ma come scomponimento delle strutture portanti, -è la risposta più adeguata per tutti coloro i quali rispondono alla decostruzione con il richiamo ad un processo di annichilimento.

La barra, la voce media che si pone al di qua dell’attivo e del passivo, ovvero lo scarto della differenza tra l’unità e la differenza che fa sì che il

---

<sup>162</sup> M. Montaigne, *Saggi III*, Fausta Garavina (cura di), Adelphi, Milano 1966 e 1992, p. 1043.

<sup>163</sup> J. Derrida, *Il diritto alla giustizia*, in AA. VV., *Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G. Vattimo, Roma-Bari 1998, p. 32.

diritto non sia mai puramente e semplicemente presente, è concepita da Derrida come un luogo, nel diritto, dove il sistema non si chiude mai e dove non c'è solo diritto, ma quella giustizia, per la quale è giusto esista il diritto.

Perché, invece, Derrida non sarebbe utile al giurista?

Pierre Schlag<sup>164</sup> sostiene che la decostruzione non può essere applicata al diritto, prima di tutto perché come ricorda Derrida, la decostruzione è una strategia generale e in quanto tale necessita di due fasi di applicazione per essere riconosciuta come soluzione ai problemi interni del diritto, secondo perché siccome il diritto si è fermato solo alla prima fase di questa strategia è normale che non può essere pensato come oggetto da decostruire. La decostruzione non consiste solamente nel sostituire un termine all'altro e perciò di un rovesciamento delle consolidate opposizioni concettuali: interno/esterno, forma/sostanza, norma/decisione. Questo è solo la prima fase. Ma essa compie il doppio gesto di uscire, dopo il rovesciamento, dalla violenta gerarchia marcando lo "scarto" dell'inversione dei termini per favorire l'ingresso di un «nuovo concetto che mai si è (o meglio è stato) lasciato com-prendere nel regime anteriore»<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> P. Schlag, *The problem of the subject*, in *Texas Law Review*, 69, 1991, p. 1656.

<sup>165</sup> J. Derrida, *Positions*, Les Éditions de Minuit, Paris 1972; tr. it. di M. Chiappini e G. Sertoli, a cura di G. Sertoli, *Posizioni. Scene, atti, figure della disseminazione*, Ombre Corte, Verona 1999, pp. 52-53.

**CAPITOLO III**

**UNA PANORAMICA GIURIDICA FEMMINISTA**

### 3. 1 Dalla rivendicazione alla dissoluzione dell'uguaglianza

Nel corso dei secoli, nonostante le grandi difficoltà e ostacoli (per di più ancora oggi) non del tutto rimossi, la donna si è data la possibilità di imporre la propria presenza e il proprio pensiero grazie alla determinazione e alla volontà di cambiare registro per sé e per le generazioni venture. La presenza della donna, più frequentemente di un tempo, nelle professioni e nelle cariche prima riservate all'uomo, indica che la condizione femminile è senza dubbio migliorata. Ma fino a che punto il miglioramento detta cambiamento?

Il pensiero femminista prosegue, tuttora, la sua lotta contro ogni forma di violenza psico-fisica-economica-sociale-politica subita non solo dal corpo, ma anche dal simbolico femminile. Nella sua visione attuale acquista rilevanza la domanda del "se c'è stato un effettivo cambiamento" dei modi di vita (in variegati campi) della donna e quali i miglioramenti da essa convenuti. La disparità delle risposte è dovuta sia all'utilizzo di mezzi e fini dei vari approcci disciplinari (giuridici-politici-filosofici) sia al modo di percepire il diritto come ausilio e rimedio alle tante problematiche, nonché all'esigenza di rendere, ancor più, necessaria una profonda trasformazione della nostra società.

La riflessione critica femminista circa il diritto è molto ampia e varia, sia con riferimento alle premesse sia con riferimento alle conclusioni. Le prospettive aperte sono molteplici e vanno dal riconoscimento del ruolo del diritto quale strumento capace di portare benefici alle donne, alla critica del carattere sessista (*liberal feminism*), maschile (*cultural feminism*) e anche sessuato (*post-modern feminism*)<sup>166</sup> delle norme giuridiche, costruite in base a

---

<sup>166</sup> La classificazione dei tre approcci circa il diritto è di Carol Smart (insegna al Dipartimento di sociologia dell'Università di Warwick in Inghilterra) è databile intorno al 1992

modelli cosiddetti neutri (ma prevalentemente maschili) e perciò incapaci di rispecchiare un "diverso" punto di vista.

Alla fine degli anni Settanta l'interconnessione dei tre approcci critici al diritto e le altrettante posizioni politiche femministe fa emergere una nuova e importante teoria del diritto, la quale illustra una prospettiva specificamente femminile delle problematiche non solo della giustizia, ma anche della logica e del linguaggio del diritto e dei diritti.

La teoria giuridica femminista è figlia delle lotte di liberazione dei movimenti delle donne che hanno segnato gli anni Sessanta. Certamente non si può parlare di un'unica teoria, poiché esistono molti tipi di femminismo e ciascuno possiede un proprio modo di intendere la realtà, ma tutti concordano su due punti fondamentali: in primo luogo, che la società è modellata e dominata dagli uomini; in secondo luogo che la società subordina le donne agli uomini<sup>167</sup>.

Le femministe sostengono che, non la natura, ma il diritto e la cultura hanno confinato le donne nella sfera privata della vita domestica, rendendole, così, dipendenti agli uomini. La radice delle disuguaglianze delle donne, scrive Susan Moller Okin, in *Le donne e la giustizia. La famiglia come problema politico*, è: «[...] la distribuzione diseguale del lavoro non retribuito entro la famiglia»<sup>168</sup>. Dunque, il problema di una società organizzata incapace sia di riconoscere il lavoro della cooperazione gratuita all'interno della famiglia, sia di eliminare le discriminazioni formali tra marito e moglie (figlio e figlia) sottenderebbe come soluzione la

---

quando essa pubblica il saggio *The woman of legal discourse*, in *Social and Legal Studies*, vol 1, n.1, il quale è stato rielaborato da Tamar Pitch in *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano 1998.

<sup>167</sup> G.Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, tr. it. di C. Colli, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 213-215.

<sup>168</sup> Susan Moller Okin, *Le donne e la giustizia. La famiglia come problema politico*, trad. it. M.C. Pietavolo, G. Palombella e M. C. Pietavolo (a cura di), Bari 1999, pag 17.

trasformazione radicale della sfera politica della vita domestica, intesa generalmente come privata.

Le lotte degli anni Sessanta e Settanta per l'uguaglianza di genere furono alimentate dal bisogno di indipendenza economica e di pari opportunità ed hanno spronato le donne a liberarsi dai rigidi stereotipi che limitavano i loro comportamenti.

Le femministe attive nel mondo del diritto hanno realizzato strategie giuridiche al fine di tutelare le donne dall'ineguaglianza. L'obiettivo iniziale fu quello di attribuire maggiore rilevanza alla causa dei diritti femminili: eliminare la discriminazione di genere nel lavoro, nella famiglia e in tutti gli altri contesti, promuovere l'autodeterminazione nelle scelte riguardanti la procreazione, e scoraggiare gli abusi sessuali in genere.

Il primo uso ufficiale dell'espressione "teoria femminista del diritto" avvenne nel 1978 nell'articolo di Anne Scales intitolato *Towards a Feminist Jurisprudence*<sup>169</sup>. La teoria femminista del diritto nasce, sicuramente, come reazione alla teoria del diritto moderno che presenta la tendenza a considerare il diritto "come un processo per interpretare e perpetuare una morale pubblica universale e neutrale rispetto al genere"<sup>170</sup>. Anche se profondamente divise da differenze sui metodi e sugli approcci da utilizzare, le giuriste femministe concordano tutte sul fatto che la teoria del diritto dominante non sia adatta a riconoscere i bisogni, le paure, i valori e le ingiustizie vissute dalle donne.

Per la gran parte degli anni Settanta ed Ottanta, ad esempio, all'interno del movimento femminista si è fortemente discusso se, dal punto di vista giuridico, le donne dovessero essere trattate come gli uomini o potessero usufruire di regole particolari. Una parte del movimento ha sostenuto che

---

<sup>169</sup> Scales A., *Towards a Feminist Jurisprudence*, in "Ind. Law Journal", 56, 1981, p. 375.

<sup>170</sup> Minda G., *Teorie Postmoderne del diritto*, pp. 215-216.

le donne dovrebbero cercare l'eguaglianza formale con gli uomini, eliminando regole basate sul genere; mentre un'altra parte ha sostenuto che, poiché le donne sono differenti dagli uomini, si dovrebbe cercare un "un trattamento più che uguale, differente"<sup>171</sup>.

Nei primi anni Ottanta, le femministe hanno creato diverse scuole di teoria critica *moderna* del diritto: il *femminismo liberal*, il *femminismo culturale*, il *femminismo radicale*.

Diretta discendente del movimento delle *suffragette* la corrente *liberal* del femminismo giuridico è vicina al lavoro dei giuristi liberali che si concentrano sulla rivendicazione di status, sui diritti delle donne, sull'eguaglianza formale. Alcune esponenti, come ad esempio Wendy Williams<sup>172</sup>, propongono di evitare, o almeno limitare, il diverso trattamento giuridico basato sulle distinzioni di genere.

L'uguaglianza, vettore dell'emancipazionismo tra Settecento e Ottocento, getterà le basi per una lenta emersione della donna pienamente soggetto di diritto, non più diminuita dalla rappresentanza del *pater familias* nella sfera pubblica<sup>173</sup>.

Le femministe dell'uguaglianza si battono infatti per rimuovere lo statuto di alterità delle donne, per far sì che riescano ad emanciparsi dalla loro condizione di "altro discriminato", per il tramite della conquista dello statuto di soggetto e del riconoscimento alle stesse dei diritti fondamentali. Siccome in questa prospettiva la discriminazione delle donne viene vista soprattutto nella sfera della riproduzione sessuale, cioè nella differenza biologica, a sua volta trasformata in differenza sociale che relega la donna

---

<sup>171</sup> Susan Moller Okin, *Sexual Difference, Feminism, and The Law*, in *Law and Social Inquiry*, 16, 1991, pp. 553-54.

<sup>172</sup> Williams Wendy, *Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment*, in *N. Y. U. Rev. L. and Soc. Change*, 13, 1985, p. 325.

<sup>173</sup> P.Costa, *La cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari 2005, pag. 118.

in condizioni di subordinazione, allora la differenza sessuale è l'elemento da negare e combattere. La distinzione tra uomo e donna è data da rapporti di potere e dominio, da quei concetti come femminilità e donna, da cui bisogna allontanarsi per realizzare l'universalità del Soggetto in una società post-genere, androgina e sessualmente indifferenziata.

Il movimento che si è proposto il preciso scopo di ottenere l'equiparazione della donna all'uomo sia nel campo civile che in quello socio-politico e il diritto della donna di realizzare liberamente la propria personalità si chiama emancipazionismo.

## 3. 2 Femminismo liberale della “prima ondata”

### 3. 2. 1 Emancipazionismo in Inghilterra e Francia

Questo movimento si consolida in Francia durante la rivoluzione francese, quando nel 1792 Olympe de Gouges presentò al governo rivoluzionario una “*Declaration des Droits des Femmes et de la Citoyenne*” nella quale venivano richiesti per le donne tutti i diritti civili e politici e la parità con l'altro sesso. Il contesto sociale in cui Olympe de Gouges scrive il trattato è di fondamentale rilevanza per comprendere le ragioni del suo testo. E' infatti necessario stabilire quali siano stati i fattori esterni che l'hanno preparata e spinta a proclamare questa Dichiarazione.

*La donna nasce libera e ha gli stessi diritti dell'uomo. L'esercizio dei diritti naturali della donna non ha altri limiti se non la perpetua tirannia che le oppone l'uomo. Questi limiti devono essere infranti dalla legge, dalla natura e dalla ragione*<sup>174</sup>. *Se la donna ha il diritto di salire sul patibolo deve avere anche il diritto di salire sulla tribuna* (Olimpe de Gouges fu fatta ghigliottinare da Robespierre nel 1793).

Nei primi periodi della Rivoluzione, in seguito alla consultazione voluta da Luigi XVI per la convocazione degli Stati Generali<sup>175</sup> fra aprile e maggio del 1788, con l'organizzazione di Club femminili molte donne cominciarono a rivendicare concretamente i propri diritti e la parità con l'altro sesso attraverso petizioni e *Cahiers de doléances*<sup>176</sup> (quaderni delle lamentele). La parigina Felicita de Keralio elaborò un primo “*Quaderno delle*

---

<sup>174</sup> Olympe DeGouges, *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, in *Dei diritti della donna e della cittadina. Dalla rivendicazione del diritto all'eguaglianza alla affermazione della diversità*, Ed. Fondazione Roberto Franceschi, Milano 2000.

<sup>175</sup> Gli Stati Generali furono convocati l'8 agosto 1788 da Luigi XVI allo scopo di raggiungere un accordo tra le classi sociali idoneo a risolvere la grave crisi politica, economica, sociale e finanziaria che affliggeva da anni la Francia.

<sup>176</sup> A.A.V.V.: *Cahiers de doléances. Donne e Rivoluzione francese*; introd. di Paule-Marie Duhet, traduzione it. di L. Grasso e F. Arcuri, La Luna, Palermo 1989, p. 5.

*rivendicazioni della Donna*" nel quale affermava che, facendo parte anch'essa della società, era logico che, accanto ai numerosi doveri, avesse anche dei diritti, primi fra tutti quelli politici<sup>177</sup>.

Le problematiche relative all'instaurazione di un nuovo governo, al nuovo sistema elettorale, ai diritti e i doveri dei cittadini interessavano di più alla borghesia che al popolo, il quale conosce gli ideali rivoluzionari per mezzo del Terzo Stato che fornì i modelli dei *Cahiers de Doléances*.

La voce delle donne si fa sentire perché i redattori dei *Cahiers* non rivendicavano i diritti delle donne, bensì si concentravano a trovare delle soluzioni a problemi come la miseria, l'ignoranza e la prostituzione<sup>178</sup>, non affrontandone altri come il divorzio e l'uguaglianza politica.

Infatti è importante precisare che le petizioni erano richieste in base all'appartenenza della classe sociale. Per cui, se lo strato popolare rivendicava cause prevalentemente di carattere economico, come quello sugli abusi del regime signorile e sulla fiscalità regale, le donne, appartenenti alle corporazioni, lottavano per ottenere gli stessi diritti degli uomini, esigendo un migliore salario e migliori condizioni di lavoro; il diritto all'istruzione ed alla carriera; il diritto al divorzio; una legislazione migliore per le donne abbandonate e le ragazze madri; il diritto per le donne sposate di disporre dei propri beni indipendentemente dal marito.

I *Cahiers* femminili reclamavano, per le giovani,<sup>179</sup> la possibilità di un'educazione scolastica non più data dalla funzione che avevano

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 8. I *Cahiers de doléances* nascono nel XV secolo (quelli femminili provengono soprattutto dalle comunità religiose o dalle comunità di negozianti) per denunciare all'autorità regia le ingiustizie a cui erano sottoposti i cittadini e donne.

<sup>178</sup> Ad esempio, la questione della prostituzione non preoccupa il governo per motivi morali o per gli abusi sul sesso femminile, ma piuttosto per ragioni economiche, il che fa sì che vengano adottate delle misure di repressione o la pratica di questa attività solo in determinati quartieri.

<sup>179</sup> Nonostante il decreto di Luigi XV nel 1724 in cui si esige il principio dell'istruzione obbligatoria per tutti, si constatava, attraverso i controlli fiscali, che i ragazzi hanno maggiori

all'interno del proprio nucleo familiare, quale il raggiungimento del benessere per lo sposo e per il figlio<sup>180</sup>, ma dalla necessità di un'istruzione che avrebbe portato con sé non solo il privilegio di essere delle perfette cittadine ma anche a rivendicare il ruolo di educatrici morali. Infatti alle genitrici e alle insegnanti si chiedeva di contribuire alla costruzione della nazione in quanto doppiamente madri, poiché esse porteranno «in seno alle [...] Famiglie non ispregevole tesoro di sapienza educativa, che sapranno a suo tempo distribuire ai loro pargoli, o all'adottiva figliuolanza, quando la Provvidenza le rendesse madri di famiglia, o la società commettesse loro l'educazione della generazione che sorge»<sup>181</sup>. Di conseguenza, le giovani apprendevano a leggere non tanto per motivi legati allo Stato, bensì per ragioni attraverso le quali la lettura permetteva loro di saldare ulteriormente la dottrina religiosa<sup>182</sup>.

Un altro importante filone di rivendicazione sociale fu quello di contrastare il tipo di logica basata sull'asserzione che la maternità era una funzione sociale e migliorare le condizioni disastrose cui le ragazze incinte erano sottoposte al momento del parto e sulla mortalità infantile che priva lo Stato di "*maints citoyens utiles*", attraverso la costruzione d'infrastrutture ospedaliere e l'aumento del personale curante.

I *Cahiers* domandano anche l'abolizione dell'editto di Enrico II formulato nel febbraio del 1566. Il decreto consisteva nell'obbligo assoluto di

---

possibilità di frequentare la scuola, anche perché le infrastrutture destinate a loro sono di numero più elevato.

<sup>180</sup> Duby Geores-Perrot Michelle, *Storia delle donne in Occidente. Dal Rinascimento all'età moderna*, vol 3, Economica Laterza, Bari 2009, p. 128.

<sup>181</sup> Uno studio sull'accesso delle donne all'istruzione e sul suo portato nella costruzione dell'identità nazionale, ma anche sull'utilità di comparare l'accesso delle donne all'istruzione e il suo portato nella costruzione della nazione ha richiamato recentemente l'attenzione K. Blom nel saggio *Gender and nation in international comparison*, in I. Blom, K. Hagemann, C. Hall (eds.), *Gendered nations. Nationalism and gender order in the long nineteenth century*, Berg, Oxford-New York 2000, pp. 3-26.

<sup>182</sup> Ivi, p. 153

denunciare tutte le gravidanze e i parti al fine d'evitare pratiche diffuse presso le donne non sposate, ragazze madri e vedove, come l'aborto o l'infanticidio, cui segue originariamente la relativa condanna a morte. Nel 1731 il marchio d'infamia sostituisce la pena capitale nel caso in cui il neonato muoia prima di essere battezzato<sup>183</sup>.

Il problema delle nascite era presente in tutte le classi sociali, in particolare presso il popolo a causa della miseria che non aiutava di certo un genitore al mantenimento di un figlio non previsto. Infatti, solo a partire dal dodicesimo neonato le famiglie potevano godere di una pensione o essere esonerati dal pagamento di imposte. Così l'abbandono dei bambini, nati in questi ambienti economicamente precari, fu la pratica più frequente cui fa spesso seguito l'infanticidio. Mentre l'aborto e l'uso della contraccezione sono sistemi prevalentemente adottati dalla borghesia e dall'aristocrazia<sup>184</sup>.

Molte proteste femminili furono rivolte alla loro situazione professionale. Le donne chiedevano di godere degli stessi diritti dell'uomo soprattutto sul problema della retribuzione inferiore e dell'occupazione d'impieghi che è limitata a determinati settori, quali quello agricolo e quello industriale.

Inoltre le corporazioni avevano un atteggiamento difensivo sui tentativi del gentil sesso d'inserirsi nelle attività tradizionalmente maschili, ad esempio quella della produzione artigianale, temendo infatti una loro riduzione salariale, in quanto le donne sono disposte a lavorare per una paga più bassa. Alcune tra le donne, appartenenti alla borghesia, domandano addirittura all'Assemblea Nazionale "*l'admission du Sexe à tous offices de magistrature et à tous emplois publics*".

---

<sup>183</sup> Jules Michelet, *Le donne della Rivoluzione*, Bompiani, Milano 1996, p. VI.

<sup>184</sup> G.Duby, , Perrot Michelle: *Storia delle donne in Occidente*, cit., pp. 17-21 e pp. 24-28. E' interessante costatare che in generale la resistenza verso le donne nella produzione regolata dalle corporazioni era presente soprattutto da parte dei lavoratori piuttosto che dai padroni. Ibidem, p. 27.

Ma ci volle la rivoluzione industriale perché le donne potessero dimostrare concretamente l'importanza del loro ruolo della società.

La diffusione delle idee democratiche e socialiste e la crescita dei sindacati avevano prodotto un miglioramento delle condizioni di lavoro anche della donna. Nei paesi più avanzati, infatti, furono sancite innumerevoli leggi che controllavano il numero delle ore di lavoro svolte da tutte le operaie di sesso femminile, riconoscendo a esse anche i permessi di maternità. Tuttavia, però, la donna continuò ad essere tenuta in una condizione di inferiorità sia nella vita sociale che in quella familiare: nel lavoro, per esempio, erano meno salariate rispetto agli uomini, non potevano frequentare l'università e non avevano ancora ottenuto il diritto di voto. Proprio per rivendicare quest'ultimo diritto, nella seconda metà dell'Ottocento, nacquero i primi movimenti delle suffragette<sup>185</sup>, così chiamate perché rivendicavano il suffragio femminile.

### *3. 2. 2 Inghilterra e USA*

---

<sup>185</sup> Il movimento delle suffragette sorge in Gran Bretagna alla fine dell'Ottocento per ottenere il suffragio elettorale femminile. Pronunciamenti in favore del voto femminile si erano avuti in Francia e in Inghilterra alla fine del XVIII secolo, ma un movimento di donne nacque in Inghilterra solo nel secolo successivo. Ottenuto il voto municipale (1869) e di contea (1880), esso si pose l'obiettivo del voto per il parlamento. Nel 1897 il movimento si strutturò nelle National Union of Women's Suffrage Societies. Il rifiuto di concedere l'estensione del voto femminile portò Emmeline Pankhurst a fondare nel 1903 un movimento che venne definito "militante": l'Unione nazionale sociale e politica delle donne. Questo si fece promotore di agitazioni culminate in numerosi arresti. Tale movimento fu definito delle "suffragette" in contrapposizione a quello delle "suffragiste" che perseguiva lo stesso obiettivo con metodi più moderati. Interrotte le proteste nel 1914 per contribuire alla causa nazionale, nel 1918 le donne sopra i trent'anni furono ammesse al voto politico e nel 1928 il suffragio fu esteso a tutte le donne. Anche negli Stati Uniti si formarono dal 1869 movimenti analoghi che riuscirono a ottenere il suffragio nel 1920. Il movimento statunitense diede vita anche all'Alleanza internazionale per il suffragio della donna. Ma il primo paese in cui le donne ottennero il diritto di voto fu l'Australia, nel 1903; Duby, G. Perrot M., *Storia delle donne. L'Ottocento*, Laterza, Roma-Bari 1991; Id., *Storia delle donne. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 1992; Bigaran M.P., *Donne e rappresentanza nel dibattito e nella legislazione tra '800 e '900*, in *La sfera pubblica femminile. Percorsi di storia delle donne in età contemporanea*, Clueb, Bologna 1992.

Al di là della Manica, poi, circa un anno dopo il ghigliottinamento di Olympe De Gouges, venne pubblicato un libro intitolato "*A Vindication of the Rights of Woman*" della filosofa e scrittrice britannica Mary Wollstonecraft, che segnò l'inizio del movimento femminista in Inghilterra. Il testo, pubblicato nel 1792, è un trattato in cui si rielabora la teoria rivoluzionaria francese contestualizzandola alle necessità femminili e in cui va evidenziato lo stretto legame delle idee dell'autrice con il dibattito politico contemporaneo. Secondo Wollstonecraft "se la donna non verrà preparata per mezzo dell'istruzione a divenire la compagna dell'uomo, essa ostacolerà il progresso del sapere e della virtù"<sup>186</sup>. Mary Wollstonecraft ritiene fermamente che il nuovo ordine francese debba divenire la base per i futuri rapporti tra le classi e tra i sessi e sostiene che l'educazione<sup>187</sup> sia l'unico mezzo di cui le donne possono munirsi per cambiare la propria condizione, da sempre determinata dalla consuetudine<sup>188</sup>. Le fonti del suo pensiero, per quel che riguarda il processo cognitivo delle bambine, sono le opere di John Locke<sup>189</sup> e Claude Adrien Helvetius. Nel XVIII secolo le idee di Locke sull'educazione dell'individuo erano molto note e popolari. Egli sosteneva che l'educazione, chiave del progresso dell'individuo, dipendesse da una certa modalità di sessuazione del meccanismo di associazioni di idee. Wollstonecraft, che dalla teoria delle associazioni di

---

<sup>186</sup> Mary Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman*, in J. Gutiérrez Álvarez, P. Kleiser, 2005, pp. 31-32; Cfr., *I diritti della donna*, tr. it. di Ruggeri Franca, Editori Riuniti, Roma 1977.

<sup>187</sup> La dipendenza fisica produce naturalmente dipendenza mentale, dunque come può essere una buona moglie o una buona madre una donna che passa la maggior parte del suo tempo a evitare o a sopportare delle malattie? Cfr., Rossi-Doria Anna, *La libertà delle donne. Voci della tradizione politica suffragista* (a cura di), Rosenberg & Sellier, Torino 1990.

<sup>188</sup> La "Rivendicazione" rese celebre la sua autrice nel mondo dei rivoluzionari, tanto che la sua opera fu pubblicata nel Regno di Napoli dove per ben dieci anni, nella Real Colonia di San Leucio, odierna frazione della città di Caserta, era stato in vigore il Codice delle Leggi Leuciane, il primo esempio di legislazione egualitaria pensato in chiave di genere da una donna per le donne, voluto da Maria Carolina d'Asburgo-Lorena, regina di Napoli, moglie di Ferdinando IV di Borbone.

<sup>189</sup> J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano*, UTET, Torino 1971.

idee prese spunto, consigliò ai genitori delle bambine di abituarle a pensare e ragionare da sole, evitando le "associazioni viziose" accumulate soprattutto nei collegi, spesso molto rigidi. Infatti Wollstonecraft dice che, per evitare la precoce associazione di idee, che ha conseguenze profonde sulla formazione del carattere, bisognerà fare attenzione al modo in cui tale processo andrà sviluppandosi nell'infanzia e nella fanciullezza.

Queste idee vengono continuate nel corso dell'Ottocento soprattutto per opera di Harriet Taylor (la cui figlia Helen sarà fra le iniziatrici del movimento per la conquista del voto alle donne in Inghilterra) e del marito, il noto filosofo John Stuart Mill. E' noto che Harriet Taylor allarga il discorso anche ai diritti relativi al lavoro, in quanto ritiene che l'indipendenza politica (diritto al voto) della donna non debba essere disgiunta dalla sua indipendenza economica (diritto al lavoro). L'opera che meglio documenta questa fase più matura e concreta del pensiero sulla donna è *The Subjection of Woman*" del 1869 di John Stuart Mill che (probabilmente fortemente influenzato dalla moglie) con la sua grande circolazione contribuirà in misura notevole a demolire la tesi corrente sull'inferiorità naturale della donna. Questo filone di pensiero sta alla base del grande movimento affermatosi sia in Inghilterra sia negli Stati Uniti, noto anche come "prima ondata femminista", che porterà dopo dure battaglie (come quelle delle suffragette per il diritto del voto) alle prime grandi conquiste intorno al 1920 (voto alle donne, accesso alle libere professioni).

Non riscontrando i risultati sperati, le suffragette inglesi passarono, così, a forme di protesta più violente. Nel 1903 le suffragette inglesi, -ad opera della mobilitazione della signora Pankhurst che definisce "logori metodi missionari, inutili e fuori moda" quelli basati, fino ad allora, sui congressi e sulle petizioni-, per fare breccia nella resistenza della società britannica

ricorsero alla lotta aperta, infatti disturbavano i comizi dei deputati, incendiavano negozi, edifici pubblici e nel 1912 proclamarono la "Guerra delle vetrine" prendendo a sassate ogni negozio londinese. Nel 1913 il movimento suffragista ebbe anche la sua prima martire: una giovane inglese, Emily Davinson, che si gettò sotto la carrozza reale durante un affollato derby e rimase uccisa.

Per tutto l'Ottocento, le femministe statunitensi lottarono non meno tenacemente di quelle inglesi, senza ricorrere, però, ad azioni violente: le loro manifestazioni tipiche furono parate, cortei con fiaccole e striscioni, comizi e marce di protesta cercando di sensibilizzare l'opinione pubblica. Proprio negli Stati Uniti, tuttavia, si verificò, all'inizio del secolo, un terribile episodio che la giornata della donna ricorda tuttora: l'8 marzo 1908 morirono durante un improvviso incendio, in un'azienda tessile di New York, 129 operaie riunitesi in sciopero all'interno dell'edificio. Il movimento femminista aveva fatto, però, molta strada non solo in Inghilterra e negli Stati Uniti, ma anche in quasi tutti i paesi d'Europa, dove le donne riuscirono ad eguagliare l'uomo in tutti i campi e ad ottenere, persino, il diritto di voto.

Nel gennaio del 1918, il Senato degli Stati Uniti d'America approvava, con la prescritta maggioranza dei due terzi dei presenti, il diciannovesimo Emendamento costituzionale che poneva termine, dopo settant'anni, alla lunga lotta condotta dalle suffragette americane per ottenere il diritto di voto. L'Emendamento di cui si parla così recitava: "*Il diritto di voto conferito ai cittadini degli Stati Uniti non potrà essere negato o limitato dagli Stati Uniti o da uno degli Stati in considerazione del sesso*". La nuova disposizione, per il vero, entrò definitivamente in funzione solo il successivo 26 agosto 1920, quando il Tennessee, secondo la procedura richiesta dalla Carta costituzionale, la ratificò, ultimo tra gli Stati.

Da allora, le donne americane ottennero (peraltro, precedute da poche altre fra cui le neozelandesi e le australiane) di poter votare senza alcuna limitazione. In realtà, si può dire che fu la prima guerra mondiale ad imprimere una improvvisa accelerazione alla questione e a portare alla vittoria il movimento suffragista. Infatti, quando Woodrow Wilson era entrato alla Casa Bianca il 4 marzo 1913 - dopo avere sconfitto Theodore Roosevelt e William Taft l'anno precedente - per prima cosa, aveva respinto un altro Emendamento inteso a dare il voto alle donne sostenendo che dovevano essere i singoli Stati dell'Unione e non il governo federale a controllare e decidere il diritto di voto. Un po' meno di cinque anni dopo, però, quando i soldati americani cominciarono a morire in Europa, tutto cambiò e, improvvisamente, lo stesso Wilson - confermato alla Casa Bianca nel 1916 - fu autore di una inattesa apparizione al Senato per appoggiare proprio l'approvazione di quello che diventerà il diciannovesimo-Emendamento.

### *3. 2. 3 In Italia*

Dopo la Prima Guerra Mondiale le suffragette ottennero i primi successi: dovettero sostituire gli uomini partiti per il fronte, lavorare nelle fabbriche, assumendo i ruoli chiave della società.

Quando, però, la guerra finisce molte voci si levano perché le donne riprendano il loro posto «naturale» all'interno della famiglia, soprattutto perché lascino liberi per i reduci i posti di lavoro occupati durante l'emergenza bellica: la pretesa di continuare a lavorare viene bollata come un atto di egoismo femminile. Nel dopoguerra, infatti, continua la polemica che già si era accesa negli anni del conflitto, contro le donne che

lavorano per «migliorare il guardaroba» e sciupare i guadagni in «calze di seta e fronzoli»<sup>190</sup>.

La politica del fascismo nei confronti delle donne segue un tracciato ben noto, anche se contraddittorio, in quanto se inizialmente si assume un atteggiamento di disponibilità rispetto alla partecipazione diretta delle donne alla vita politica (le donne sono iscritte ai primi fasci di combattimento e il voto attivo e passivo alle donne è previsto nel programma del 1919), negli anni del regime si afferma invece un modello che vede la donna essenzialmente come forza riproduttiva e individua nella sfera domestica il suo luogo «naturale». L'esclusione delle donne dall'insegnamento nei licei, il limite del 10% posto alle assunzioni nell'impiego pubblico e privato, le tasse scolastiche più alte rispetto a quelle pagate dai loro colleghi maschi, la decurtazione del salario operaio femminile, sono alcune delle tappe che scandiscono il tentativo di ridimensionare la presenza femminile negli impieghi e nelle professioni.

Ma ormai le cose sono profondamente mutate e non torneranno più come prima, nemmeno per le donne, malgrado i tentativi di ricondurre alla normalità comportamenti femminili poco rassicuranti, come quelli che portano ad una riduzione del tasso di natalità, o quelli in aperta concorrenza con il bisogno di lavoro dei reduci<sup>191</sup>.

Il dopoguerra sembra portare con sé per le donne la conquista di una piena cittadinanza politica: non c'è forza politica che, almeno a parole, non dichiari maturi i tempi per la «concessione» del diritto di voto con cui alcune nazioni, come l'Inghilterra e la Germania, «premiano» l'impegno femminile negli anni di guerra. Anche in Italia la discussione riprende su questo terreno: il primo passo è la legge Sacchi del 1919 n.1176 che

---

<sup>190</sup> Motti Lucia (a cura di), *Le donne*, Editori Riuniti, Roma 1999.

<sup>191</sup> *Ivi*, pag. 13.

abolisce l'autorizzazione maritale e ammette, anche se con qualche eccezione, le donne all'esercizio delle professioni e nell'impiego pubblico con il cosiddetto «premio di smobilitazione». Sempre nel 1919 la Camera dei deputati decide di estendere alle donne di tutte le classi sociali, anche se solo in via di principio, il diritto di elettorato attivo e passivo. L'obiettivo per cui, sin dall'indomani dell'unità, si era battuta una generazione di emancipazioniste sembra a portata di mano ma, pochi anni dopo, l'avvento al potere del fascismo negherà ad ambedue i sessi l'esercizio del diritto di voto.

Nel 1923 le donne italiane ottennero il diritto di voto alle elezioni amministrative, ma tale diritto non trovò applicazione a causa della riforma fascista degli enti locali. L'Italia ha raggiunto l'unità solo nel 1861: prima di allora, dalle alpi alla Sicilia, era frazionata in un mosaico di stati e staterelli talvolta persino ostili tra loro ed un simile stato di cose non facilitava certo la diffusione della coscienza femminile. Nel nostro paese, quindi, la lotta per l'emancipazione della donna si accese in ritardo rispetto al resto dell'Europa, anche perché la rivoluzione industriale vi giunse solo verso la metà del secolo scorso, ma quando anche l'industria italiana dovette contare su un'alta percentuale di manodopera femminile la "questione donna" cominciò a interessare un po' tutti<sup>192</sup>. Il quadro sociale era complessivamente molto arretrato, anche per il forte influsso conservatore della Chiesa cattolica: alle donne venivano sconsigliate le attività fuori casa, le letture libere, l'istruzione superiore e universitaria. Ai primi nuclei femminili organizzati aderirono, in un primo tempo, le donne della borghesia alle quali si affiancarono successivamente le masse femminili cattoliche e socialiste. Tra queste ultime, sostenute dal partito socialista, si

---

<sup>192</sup> Anna Maria Mozzoni, *La liberazione della donna*, a cura di Franca Pieroni Bortolotti, Gabriele Mazzotta Editori, Milano 1975.

distinsero in modo particolare Giuditta Brambilla, Carlotta Clerici e Anna Kuliscioff. Le donne, lungi dall'essere a pieno titolo inserite nelle magnifiche sorti che avrebbero guidato il progresso dell'uomo, fosse questo dovuto alla Ragione o alla Storia, hanno sempre dovuto lottare per trovare un loro spazio all'interno di questa visione. Ogni volta, infatti, bisognava riformulare, sottolineare, richiamare l'attenzione sul fatto che se l'uguaglianza valeva per tutti avrebbe dovuto valere anche per le donne, e che se la giustizia era un valore da conquistare questo significava anche giustizia per le donne.

Anna Kuliscioff (alla fine dell'Ottocento), mezzo secolo prima di Simone De Beauvoir, aveva affrontato il problema della situazione femminile in un famoso discorso *Il Monopolio dell' Uomo*<sup>193</sup> e la prigione era stato il prezzo pagato per difendere le sue idee di donna e lottare per la dignità di essere umano. Nel discorso introduttivo la Kuliscioff afferma: «Tutti gli uomini, salvo poche eccezioni, di qualunque classe sociale, per un'infinità di ragioni poco lusinghiere per un sesso che passa per forte, considerano come un fenomeno naturale il loro privilegio di sesso e lo difendono con una tenacia meravigliosa, chiamando in aiuto Dio, chiesa, scienza, etica e le leggi vigenti, che non sono altro che la sanzione legale della prepotenza di una classe e di un sesso dominante<sup>194</sup>».

Le suffragette dovettero attendere ancora dei decenni prima di ottenere il diritto al voto. Questo venne, infatti, riconosciuto solo nel 1945 da un decreto luogotenenziale di Umberto di Savoia, ultimo re d'Italia. In realtà, una proposta in tal senso era già stata fatta nel 1912 durante il governo Giolitti, che aveva concesso proprio in quell'anno, il diritto di voto a tutti

---

<sup>193</sup> Anna Kuliscioff, *Il monopolio dell'uomo*, Conferenza tenuta nel Circolo filologico milanese, Milano 1995.

<sup>194</sup> *Ivi*, p. 16.

gli uomini maggiorenni: ma il nostro Parlamento aveva bocciato tale proposta.

La legge n. 23 del 1° febbraio 1945, denominata «estensione del voto alle donne», pone fine ad un'esclusione di lunga durata e rende alle italiane la piena cittadinanza politica. A dispetto di quanti avevano previsto una scarsa affluenza delle donne alle urne, le italiane vanno a votare in tante, facendo registrare alte percentuali sia alle amministrative della primavera del 1946, che alle elezioni per la Costituente del 2 giugno: 21 saranno le elette. Tra queste troviamo cattoliche come Maria Federici e Maria Guidi Cingolani, antifasciste che venivano dall'esperienza del carcere, dell'emigrazione e del confine come Teresa Noce, Angela Merlin e Adele Bei, giovanissime, maturatesi nell'esperienza della resistenza, come Teresa Mattei e Nilde Iotti.

Nonostante tutte queste dure lotte, però, possiamo affermare con certezza che la vera parità dei sessi sia stata raggiunta solo sulla "carta": cioè la stabilisce la legge ma non l'opinione pubblica; non è raro, infatti, notare persone stupirsi nel vedere una donna guidare un aereo, una nave. L'antifemminismo è ancora vivo, dunque, presso larghi strati della società: persino in coloro che - a parole - si proclamano favorevoli alla parità.

Nella misura in cui, dunque, i diritti conquistati sul piano formale<sup>195</sup> non ebbero modificato la situazione di subordinazione delle donne, occorre individuare nuovi percorsi, perseguire nuovi obiettivi, che già si

---

<sup>195</sup>«La politica delle rivendicazioni, per quanto giuste, per quanto sentite, è una politica subordinata. [...] Una politica di liberazione, come abbiamo chiamato il femminismo, deve dare fondamento alla libertà femminile. Il rapporto sociale di affidamento tra donne è insieme un contenuto e uno strumento di questa lotta più essenziale». Queste sono le parole di Luisa Muraro, esponente femminista italiana della fine degli anni Ottanta, la quale sostiene che la libertà femminile parte dalla significazione della differenza sessuale. Tale significazione avviene tramite la ridisegnazione del rapporto tra donne, attraverso la pratica dell'affidamento. [...] «Il riferimento ad una propria simile in questo contesto mette fine alla sterilità simbolica del sesso femminile», in *L'ordine simbolico della madre*, Editori Riuniti, Roma 1991, pag. 70.

ravvisavano nel 1949 con il *Secondo Sesso* di Simone De Beauvoir, che inaugurava una straordinaria stagione di riflessioni tese a rispondere alla domanda: «che cos'è una donna? ». La *questio* si pone quando l'interrogazione femminista (come mossa politica<sup>196</sup>) si fa più estrema, quando va alle radici della riflessione sulla natura del diritto e dei diritti moderni<sup>197</sup>; e cioè quando ci si accorge che la risposta viene dai saperi apparentemente universali, da un soggetto che pretende di parlare per tutti, ma che in realtà si incardina in un corpo maschile.

Ovvio, il linguaggio dei diritti ha portato a delle vittorie, le quali hanno offerto al femminismo un valido strumento attraverso cui avanzare istanze di emancipazione e uguaglianza, ma non è esente da limiti e contraddizioni. L'astrazione di questo linguaggio non gli permette di prendere in considerazione e servire progetti politici diversi ed opposti rischiando di trasformare la pretesa all'universale in abuso<sup>198</sup>.

L'eguaglianza è un principio giuridico e politico fondamentale, un principio decisamente imprescindibile che ha avuto nel corso dei secoli una sua configurazione e un suo sviluppo e che, allo stato attuale, richiede una rivisitazione che tenga conto del suo stretto legame con il principio della differenza.

---

<sup>196</sup>È importante spiegare che l'accezione di "politica" da parte delle femministe è vasta. Per alcune la politica è attivismo legislativo; per altre, investe la vita quotidiana a partire dalle relazioni tra sé e gli altri e a partire da sé rispetto agli altri; per altre ancora politica non ha niente a che fare con le "rivendicazioni".

<sup>197</sup>L'uguaglianza non ha niente a che vedere con la libertà femminile. Le femministe statunitensi radicali non contestano il valore dell'uguaglianza *tout court*, ma il valore di "eguaglianza giuridica" (il postulato *equality before the law* e il corrispettivo *corollario gender neutrality*), qual è stato costruito storicamente dalla tradizione liberale, alle origini dello Stato moderno. La critica al modello liberal-democratico, che propone una eguale valorizzazione giuridica delle differenze, nasce dalla contestazione del principio normativo d'uguaglianza nei diritti fondamentali, quali i diritti politici, civili, di libertà e sociali, in quanto tutelando i diritti fondamentali si occultano le differenze.

<sup>198</sup> F.Jullien, *Rispettare la diversità culturale in una interazione reciproca*, in Bonanate L., Papini R. (a cura di), *Dialogo interculturale e diritti umani. La Dichiarazione universale dei diritti umani. Genesi, evoluzione e problemi odierni (1948-2008)*, Bologna, Il Mulino, pp. 347-355

Nei tardi anni Ottanta e nei primi anni Novanta la visione liberale, pertanto, è stata messa in discussione dalle femministe radicali, le quali hanno invece indagato sulla questione delle violazioni dei diritti a partire da diverse visioni sociali.

### 3. 3 Il femminismo radicale

Il cosiddetto "femminismo della seconda ondata", quello che si sviluppa a partire dal 1968 negli Stati Uniti, detto anche *femminismo radicale* propone, invece, una teoria giuridica critica che mette in discussione i fondamenti, i metodi e le categorie della scienza giuridica ufficiale, ma lo fa contrapponendosi alle prospettive *liberal* e *cultural*, quest'ultimo troppo spesso ingabbiato nell'essentialismo.

Il femminismo radicale era in larga parte costituito da donne la cui precedente attività politica si era svolta in diverse organizzazioni della "*New Left*" ("Nuova Sinistra") condividendo la convinzione che la natura di gran parte dell'ingiustizia politica fosse sistemica. Il termine "radicale" esprimeva la loro posizione e l'intenzione di significare appunto la loro volontà di andare "alle radici" del predominio maschile sulle donne. Le femministe radicali vedevano l'attività delle femministe *liberal* come "riformista", utile e necessaria ma fundamentalmente improduttiva. Esse pensavano infatti che le critiche che il femminismo liberale muoveva alla relazioni tra uomo e donna, sia nella vita domestica che in quella pubblica, non andassero abbastanza a fondo e che la società liberale, nello strutturare tutta la vita sociale, non tenesse conto dell'importanza del genere e delle relazioni sociali della vita domestica. La fiducia nel potere della legge di porre rimedio alla ineguaglianza donna-uomo testimoniava una mancanza di approfondimento del "sistema sesso-ruolo", quelle pratiche ed istituzioni importanti nel creare e mantenere le differenze sesso-ruolo. Di particolare importanza era la famiglia, poiché era là che gli uomini e le donne biologiche imparavano i costituenti culturali della mascolinità e della femminilità, e imparavano le differenze fondamentali di potere che erano una componente necessaria di entrambe. In sostanza, per le femministe

radicali, lo status politico ed economico inferiore delle donne non era che un sintomo di un problema più profondo: uno status inferiore e una mancanza di potere inscritta nel ruolo della femminilità. Il femminismo radicale sfidava la credenza dominante secondo cui gli elementi costitutivi di questo ruolo, come le capacità e l'interesse delle donne nell'allevamento dei figli, o la mancanza di aggressività, o persino il contenuto degli interessi sessuali delle donne, fossero "naturali". Si argomentava invece che tutte le differenze tra uomini e donne, tranne certe differenze biologiche, fossero culturali. Gli elementi costitutivi del sistema sesso-ruolo erano costruzioni sociali, e, cosa più importante, tali costruzioni erano fondamentalmente antitetiche agli interessi delle donne. Le norme incorporate nella femminilità scoraggiavano le donne dallo sviluppare le loro capacità intellettuali, artistiche e fisiche. Mentre la "mascolinità" incarnava certi tratti associati con lo stato adulto, come forza fisica, razionalità e controllo emotivo, la "femminilità" in parte incarnava tratti associati con l'infanzia, come debolezza e irrazionalità. La fonte del problema doveva essere trovata nella casa e nella famiglia, dove le ragazze e i ragazzi ricevevano le loro prime lezioni sulle differenze tra i sessi e dove le donne e gli uomini adulti mettevano in pratica le lezioni che avevano imparato. Nei primi anni del femminismo radicale un metodo usato era lo "street theatre" (teatro di strada), generando nuove forme di organizzazione politica, riassunto nell'espressione "consciousness-raising" ("autocoscienza" in Italia). Infatti, la forma più diffusa assunta dall'autocoscienza in quegli anni fu la discussione-confessione di gruppo ("gruppi di autocoscienza"). Le donne si riunivano per parlare dei problemi che i ruoli sessuali ponevano loro nella vita quotidiana. Questa attenzione all'"esperienza personale" (riassunta nello slogan "il personale e' politico") ebbe grandissima influenza sulla direzione che il femminismo statunitense imboccò. A livello teorico, infatti,

essa comportò una concentrazione di interesse sulla famiglia e sulla vita personale. Questo portò inevitabilmente a un confronto con la psicoanalisi, che venne criticata da molte femministe in quanto accusata di riflettere in modo acritico e non-politico i pregiudizi dominanti riguardo al genere, a partire dalla posizione di supremazia ricoperta dall'uomo nella famiglia e nella società. In definitiva alle cosiddette "femministe radicali", provenienti dalle file della classe media, le analisi della tradizione liberale e socialista non sembrano più sufficienti: se nelle democrazie occidentali le donne hanno ormai ottenuto parità giuridica ed eguali retribuzioni nell'ambiente di lavoro, ma se nella società e nella famiglia comandano ancora gli uomini, vuol dire che i motivi del dominio maschile vanno individuati alla radice, e cioè nella differenza sessuale.

Associato all'*approccio della dominazione sessuale* di Catherine MacKinnon<sup>199</sup>, il femminismo *giuridico* radicale afferma che l'ineguaglianza nel diritto non è il risultato di un atteggiamento irrazionale, ma l'effetto di una sistematica subordinazione della donna che lo stesso diritto "performa". Carol Smart<sup>200</sup> assegna la avvocata e giurista MacKinnon (di origine marxista) alla fase del "diritto maschile", attribuendole una posizione di scetticismo verso l'uso del diritto nel mutare le condizioni di vita delle donne. Allo stesso tempo, MacKinnon ha usufruito del diritto per nominare i disagi e offese di cui le donne sono vittime.

---

<sup>199</sup> Catherine MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and State: Toward Feminist Jurisprudence*, in "Sings", 8, 1983, p.137. MacKinnon, di orientamento marxista, sostiene che le diseguaglianze derivino per l'uomo e la donna da forze sociali costitutive degli imperativi sociali e per la donna dal nesso tra potere e relazioni di genere.

<sup>200</sup> In un saggio del 1992, la sociologa inglese Carol Smart individua tre fasi delle posizioni femministe in ordine al diritto, emblematizzate in tre slogan: il diritto è sessista, il diritto è maschile, il diritto è sessuato; 1) Il diritto discrimina le donne poiché non le mette nella condizione di usufruire delle stesse risorse concesse agli uomini; 2) I principi ai quali si ispira il diritto sono intrinsecamente maschili. 3) Il diritto, come qualsiasi altro sapere, è performativo.

La sfera della sessualità è al centro del dibattito femminista radicale la cui risposta sull'origine e sulla natura dell'inferiorità della donna nonché del suo ruolo subordinato all'uomo deriva da un atteggiamento patriarcale e sessista della società che considera la donna come oggetto sessuale da usare e maltrattare a seconda della volontà del maschio per l'esclusivo fine del suo piacere.

Il genere viene considerato come una questione di potere, di supremazia maschile e sottomissione femminile, e l'abuso sessuale è il prodotto della subordinazione delle donne.

Il lavoro che ha dato il via al moderno dibattito sulla violenza sessuale è il libro della giornalista e pensatrice Susan Brownmiller<sup>201</sup>. Il libro è diventato subito un successo internazionale ed è stato tradotto in sedici lingue. Il senso del libro di Brownmiller è racchiuso nel suo slogan tipicamente radicale secondo cui: *Lo stupro è un processo cosciente di intimidazione attraverso il quale tutti gli uomini tengono tutte le donne in uno stato di paura*. Brownmiller parte dalla considerazione che lo stupro è sconosciuto nel mondo animale, ed è una pratica violenta tipica della specie umana. Essa è nata nella preistoria, quando l'uomo, che per ragioni anatomiche è una sorta di predatore sessuale per natura, ha scoperto di poter fare violenza alla donna nella sfera sessuale, anche tramite la semplice minaccia della penetrazione violenta. Tipica di una parte della riflessione femminista, ma non condivisa da tutte le femministe, è l'idea che nello stupro conti più la motivazione della violenza specificamente sessuale rispetto a quella "politica" e "morale".

---

<sup>201</sup> Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, Ballantine Books, New York 1975, trad. it., *Contro la nostra volontà. Uomini, donne e violenza sessuale*, Bompiani, Milano 1976.

Nell'ottica radicale e marxista anche Kate Millett<sup>202</sup> sostiene che l'oppressione della donna si origina dal dominio sessuale dell'uomo sulla donna, prima ancora di quello economico<sup>203</sup>, di classe. Il maschilismo che il genere produce è un fatto esclusivamente sociale<sup>204</sup>, dunque del tutto indipendente dalla biologia.

Collegato al tema dello stupro è il dibattito sulla pornografia, in cui è stata, ed è, impegnata la stessa Brownmiller.

Negli Stati Uniti le molestie sessuali sul luogo di lavoro sono considerate, in base al Titolo VII della Costituzione, una forma di discriminazione sessuale. In un discorso tenuto nel 1983 MacKinnon, insieme alla saggista e romanziera Andrea Dworkin, ha generato tale questione come giuridicamente definita e come in grado di permettere azioni legali<sup>205</sup>, insiste molto sull'importanza di basare la questione delle molestie su quella che qui abbiamo definito la problematica del genere sessuale. Cita a supporto e ad esempio di ciò la rilevanza di una sentenza in un giudizio intentato da una donna che durante il lavoro era stata oggetto, da parte di alcuni colleghi, di ingiurie con diretto riferimento sessuale, giudizio nel quale gli imputati sostenevano che la causa non poteva fondarsi sulla discriminazione sessuale. Considerando gli epiteti, la corte aveva invece dichiarato che "il linguaggio e il comportamento sessualmente offensivo di

---

<sup>202</sup> Kate Millett inaugurò la tendenza specificamente radicale del nuovo femminismo, una tendenza sessista e separatista che univa, alla fine analisi culturale e letteraria, il programma di una opposizione radicale contro la società, intesa anzitutto come società maschile e patriarcale. La Millett fece esplicitamente diventare l'azione del Femminismo una lotta contro un potere per un altro e diverso potere, per cui il fine del movimento non era più quello della parità (raggiungibile ormai attraverso una mediazione giuridica con la lotta per i nostri diritti come l'aborto ecc .) bensì quello della eccellenza della donna, della sua superiorità: era un femminismo della differenza, un femminismo che si qualificava soprattutto come movimento intellettuale.

<sup>204</sup> Kate Millett, *Sexual Politics*, New York: Doubleday 1970; trad. it. di B. Oddera, *La politica del sesso*, Rizzoli, Milano 1971, pp. 432-34.

<sup>205</sup> Pitch Tamar, 1993, *Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista*, in "Democrazia e diritto" 2, 1993, p. 13.

cui ci si è serviti sarebbe stato quasi ininfluenza e avrebbe interamente fallito il suo brutale proposito se il querelante fosse stato un uomo"<sup>206</sup>. Anzi, recita ancora la sentenza, "se non fosse stato per il suo sesso, la querelante non sarebbe stata sottoposta al trattamento che ha invece subito"<sup>207</sup>. La questione interessante dal punto di vista semiotico qui posta è il fatto che il discorso (la sentenza e la sua risonanza all'interno della comunicazione sociale) incarna il soggetto (in questo caso la persona offesa) in una determinazione di genere, ma non lascia tale determinazione nell'atomismo di una singolarità, non fa restare il problema delle molestie nel contesto del "fatto personale", bensì lo pone come problema generale di ordine discorsuale, e nel caso citato da MacKinnon proprio come problema di linguaggio verbale. Volendo riferirci a uno schema narratologico di analisi del discorso, potremmo dire che il genere di appartenenza della persona oggetto di molestie ha rappresentato in questo caso la prova qualificante dell'offesa. Ma in base a questa prova la questione ha la forza di emergere nella sua generalità di reato, dunque di valere come problematica attinente una pluralità di soggetti (uomini e donne, con possibili non codificate preferenze sessuali<sup>208</sup>). Tutto ciò all'interno delle gerarchie sociali nei luoghi di lavoro dove le molestie si connotano secondo un intreccio tra genere sessuale e posizioni di potere, e dove dunque la questione emerge sempre con forti elementi di conflitto e di intimidazione, per es. rispetto al possibile licenziamento imposto o scelto dalla vittima, o rispetto al fatto che l'accusa di molestia possa essere utilizzata come arma di ricatto o denigrazione.

---

<sup>206</sup> Catharine MacKinnon, *Nei tribunali statunitensi una legge delle donne per le donne*, in *Democrazia e diritto* 2, 1993, pp. 212-213.

<sup>207</sup> *Ibidem*, Henson v. city of Dundee

<sup>208</sup> M. Chrichton, *Disclosure*, Ballantine Books, USA 2004. Il libro tratta del *sexual harassment* invertito, cioè di quando è la donna a molestare.

Dunque, l'obiettivo della Mackinnon fu quello di destrutturare il ruolo delle gerarchie di potere, modificando strutture e contesti sociali, economici e culturali che sistematicamente riproducono le condizioni di disagio sul posto di lavoro per la donna. Approvata nel 1986 la legge riconobbe le molestie sessuali come istanze di illegittima discriminazione sessuale e successivamente si è rivelata molto importante poiché ha riconosciuto la rilevanza del punto di vista privilegiato femminile nel dirimere le controversie nei tribunali<sup>209</sup>.

Le critiche più comuni al lavoro di MacKinnon sono quelle di moralismo e di illiberalismo, in quanto negherebbe o tenterebbe di diminuire la libertà di espressione attraverso la censura (nel caso della pornografia), o la libertà nei rapporti tra i sessi attraverso la rigida codificazione del "politicamente corretto" (nel caso delle molestie sessuali o della prostituzione). Catharine MacKinnon non ha certamente bisogno di essere difesa da tutte le sciocchezze malintenzionate che sono state dette sul suo lavoro. Queste critiche mostrano però la persistenza nel pensiero liberale di quei marchi di nascita (misoginia, razzismo, classismo) di cui non sembra capace di liberarsi, altrimenti non si griderebbe alla difesa della libertà senza prima chiedersi di chi è la libertà che vogliamo conservare, e a spese della libertà di chi. L'accusa di moralismo non potrebbe essere più debole: «Fondamentalmente, la legislazione sulle molestie sessuali ha trasformato ciò che (caso mai) era un malcostume morale in un danno legale alla parità

---

<sup>209</sup> La lettura di MacKinnon dello stupro, considerato penalmente, dal punto di vista dello stupratore razionale e non dal punto di vista della vittima dà luogo ad una definizione penale dello stupro in modo indulgente per lo stupratore e offensivo per la vittima. Il riferimento ad una presunta intenzionalità maschile, cioè dal punto di vista maschile, riconduce l'offensività di un comportamento alla percezione che gli uomini ne hanno. Ne deriva che è offensivo e arreca danno solo ciò che è considerato tale da chi lo commette e non da chi lo subisce. In altre parole, soggetto della definizione è l'uomo. Non sussiste offesa se non c'è l'intenzione manifesta di offendere se ciò che si fa fosse ritenuto offensivo dal destinatario dell'azione.

di diritti [...] Una volta che la questione versa sulla domanda se secondo gli standard giuridici determinati atti siano o no molestie sessuali [...] la questione se il comportamento sia moralmente sbagliato diventa superato, obsoleto, e propriamente irrilevante in termini di diritto. Mentre la morale cerca di conformare la condotta agli standard del bene e del male, quali che siano, l'eguaglianza verte sullo status e sul potere relativo dei gruppi sociali ed è animata da un imperativo di trattamento non gerarchico<sup>210</sup>».

La dimostrazione che il diritto sia maschile è data, in Europa, nella scuola scandinava di *Women's Law*, rappresentata in particolare da Tove Stang Dahl, docente di tale disciplina all'Università di Oslo. Stang Dahl parte dal presupposto che il diritto non è maschile per vocazione, lo è in quanto è stato storicamente elaborato dagli uomini. Avvalendosi, quindi, degli strumenti critici della sociologia del diritto Stang Dahl si è impegnata nella promozione di un diritto che prende atto della diversità dei generi e si sforza di capire la "posizione giuridica" delle donne, in particolare con l'obiettivo di migliorarne la loro vita nella società.

Queste riflessioni sono anche di Martha Minow<sup>211</sup> che in *Making All the Difference* suggerisce una riformulazione del paradigma giuridico di riferimento, il quale si presenta come neutro, astratto, universale. Dunque per la giurista di Harvard, che utilizzò per la prima volta l'espressione "dilemma della differenza"<sup>212</sup>, il diritto non riesce a superare il problema della differenza fin tanto che persiste nell'imporre l'uguaglianza nei termini dell'assimilazione-omologazione.

---

<sup>210</sup> Catherine MacKinnon, *Women's lives – Men's laws*, Cambridge – Mass., Harvard University Press, London 2005, pag 186

<sup>211</sup> Potremmo leggere la Minow come modello esemplare di decostruzione delle logiche e delle pratiche del diritto.

<sup>212</sup> L'espressione "il dilemma della differenza" fu usato da Martha Minow nell'ambito dell'educazione bilingue e di quella speciale di portatori di handicap fisici e mentali. In un secondo momento fu applicato alla differenza sessuale dalla storica americana Joan Scott.

Lo standard liberal-democratico costruito su un soggetto conoscente (quale uomo bianco, eterosessuale e possidente) crea una visione della realtà giuridica in un'ottica *difference-blind*<sup>213</sup>, in quanto la *ratio* del diritto che si fonda sull'uguaglianza riproduce qualsiasi differenza come deviante e patologica. E questo accade sia se la differenza viene ignorata a causa di politiche di pari opportunità sia se essa viene enfatizzata attraverso trattamenti speciali. Perciò fin tanto che lo standard non verrà decostruito, sulla base del quale si stabilizza ciò che è normale, risulterà difficile il "riconoscimento delle differenze" come peculiarità che distingue e caratterizza un individuo.

Il "comportamento appropriato" dettato dalla norma esclude il *modus vivendi* che non corrispondono a ciò che viene considerato eteronormativo. Il soggetto concreto, incarnato - scrive la Minow - contestualizza e legittima la differenza sessuale. Le donne, dunque, devono essere inquadrare dal diritto in base alle loro peculiarità specifiche e inserite nel contesto socioculturale e storico per poter essere ben assimilate dal diritto. Il progetto della Minow in merito alla questione delle donne si incentra sull'ipotesi di un soggetto di diritto che possa iscriversi in un contesto giuridico di *social change*. Il diritto, visto dalle femministe post-strutturaliste come metodologia di sessuazione e di costruzione del genere, diventa pericoloso se messo al centro dell'attenzione teorica, in quanto esso sembra accomodare l'idea che colui che giudica lo faccia sempre *super-partes* e che chi viene giudicato occupi una posizione giuridicamente irrilevante. Si pensi alla violenza sessuale che viene giudicata sempre dal punto di vista del reo e mai dal punto di vista della vittima. Quindi la Minow propone un

---

<sup>213</sup> Essere miopi della differenza è una definizione eufemistica per ribadire quanto sia falsificante, per una società pluralistica, veicolare un concetto giusnaturalistico di universalità che risulti essenzialmente parziale sia riguardo ai soggetti che possono avvalersi di quei diritti, sia riguardo ai valori/interessi che quegli stessi diritti sono chiamati a proteggere.

approccio giurisprudenziale nuovo per la risoluzione delle fattispecie concrete e cioè una giurisprudenza che valuti i punti di vista configgenti dei soggetti durante le *litigations* prendendo in considerazione i loro vincoli religiosi, socioculturali, di razza nonché sessuali. Questo progetto mira a scardinare la visione del diritto che sembra concepire lgi esseri umani come qualcosa di "astratto e neutro", svincolati dai contesti socioculturali e privi di specifiche caratteristiche. Per Minow, l'indipendenza femminile, all'interno del diritto, deve essere pensata a partire dai vincoli delle "relazioni sociali tra i sessi".

Ma il dibattito teorico sul paradigma uguaglianza /differenza ha portato ad un'*impasse* paradossale sia nella teoria femminista che nelle sue strategie politiche.

### 3. 4 Il femminismo culturale

Negli stati Uniti il *femminismo culturale* è da sempre associato alle posizioni di rottura della femminista Carol Gilligan<sup>214</sup>, psicologa specializzata nello sviluppo infantile, la quale afferma che esiste un modo prettamente femminile di affrontare questioni giuridiche e morali. Partendo dal filone psicanalitico freudiano Gilligan si pone in antitesi ad esso sostenendo che è proprio la soggettività relazionale di cui si forgia sin da bambina qualsiasi donna a proporre nuovi orizzonti di cambiamento.

Le femministe del filone *cultural* tendono a vedere, dunque, la liberazione delle donne attraverso l'affermazione di una controcultura femminile e a sottolineare, inoltre, la differenza fondamentale biologica e culturale tra uomini e donne: le donne mettono al mondo e allevano i figli e gli uomini no. Questa differenza le porta ad essere più attente, più affettuose e più responsabili verso gli altri più di quanto non lo siano gli uomini.

Dal punto di vista *cultural* il diritto, dunque, partendo dalle caratteristiche propriamente femminili, dovrebbe risultare come strumento d'espressione di esse e produrre una sua propria esperienza giuridica. Anche Martha Minow<sup>215</sup>, vede nella particolarità delle donne e nella loro differenza dagli uomini le basi per favorire un trattamento giuridico speciale.

La prospettiva di Gilligan si pone con un accento polemico (**Pupolizio pag 284**) soprattutto per quanto riguarda le relazioni tra diritto e genere e la conseguente logica dei contratti. Siccome gli uomini sono inclini all'individualismo, alla competizione e all'astratta aspirazione alla giustizia e le donne ad impostare i rapporti sociali in termini di cura del prossimo,

---

<sup>214</sup> Carol Gilligan, *Con Voce di Donna: etica e formazione della personalità*, Feltrinelli, Milano 1987.

<sup>215</sup> Martha Minow, *Foreword: Justice Engendered*, in "Harvard Law Review", 101, 1987, p.10.

altruismo e cooperazione si arriva alla conclusione che le nozioni stesse di diritto e di giustizia sociale e il problema del loro rapporto privilegino interessi eminentemente maschili, e che, dunque, lo strumento contrattuale non può essere utile alla donna come mezzo migliorativo della propria vita. Elisabeth Wolgast, filosofa della giustizia, critica non solo la logica del diritto, ma anche quella dei diritti e va più a fondo analizzando la fallacia del linguaggio e della pratica politica che la sottendono. In *La grammatica della giustizia*<sup>216</sup> la Wolgast traccia il quadro teorico dal quale, a suo parere, nascono i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nordamericano: il concetto di contratto sociale, i diritti individuali, la libertà, il governo della maggioranza e la rappresentanza. L'interdipendenza dei rapporti non è leggibile attraverso il linguaggio del diritto e dei diritti perché essi tendono a sciogliere i vincoli relazionali presupponendo soggetti autonomi, antagonistici e privi di legami.

Attraverso l'analisi del modello atomista sociale Wolgast spiega come il principio individualista, che dissocia gli individui dal contesto della famiglia, della religione, della classe o della razza, sia di difficile applicazione non solo relativamente alle differenze di sesso, ma soprattutto quando si collega all'idea di eguaglianza e fa proprio il relativo principio di intercambiabilità. Anche se si volesse tenere conto, nella costruzione del modello dei diritti, delle singolarità concrete (uomini e donne) l'atomismo offre una griglia di riferimento che esclude parti della realtà, cioè tutti coloro che non fanno parte della categoria per cui i diritti son stati utilizzati. Infatti soprattutto nei rapporti asimmetrici, come - ad esempio - quello strutturale del paziente e del medico o della madre e del

---

<sup>216</sup> Elizabeth Wolgast, *The Grammar of Justice*, Cornell University, 1987; trad. it. con Prefazione di P. Barcellona, Editori Riuniti, Roma 1991.

figlio/a, il modello mostra contraddizioni e paradossi in merito alla funzione di garanzia che il diritto ha nei confronti dei più deboli.

Il difetto del modello è quello di tralasciare la molteplicità dei rapporti con cui le persone si assumono la responsabilità e la cura di altre, ed il nucleo familiare è un congegno agevole per salvaguardare i contorni dell'atomismo. Ma trattare una famiglia - composta da più di una persona - come un individuo singolo che agisce 'nel proprio interesse' contraddice altresì le premesse dell'atomismo: 'nucleo familiare', trasformando la famiglia in una persona fittizia, riesce a salvare le pretese dell'atomismo"<sup>217</sup>.

Di certo, le critiche al femminismo culturale possono essere ricondotte alle due dimensioni di sesso e genere: Il sesso, determinato dalla specificità nei caratteri preposti alla funzione riproduttiva, riguarda le differenze biologiche e fisiche fra femmine e maschi. Il genere, invece, segnala le differenze socialmente costruite fra i due sessi e i rapporti che si instaurano tra essi.<sup>218</sup>.

Genere e sesso sono concetti interrelati ma non sinonimi. Il genere è un processo che trasforma le differenze biologiche in differenze sociali e definisce le rappresentazioni sociali di "donna" e di "uomo". Esso è una sorta di "rivestimento sociale" della base sessuale, cioè un prodotto della cultura umana. Il genere cela una gerarchia connessa alle relazioni di potere ed il processo di costruzione dell'identità di genere parte dal presupposto

---

<sup>217</sup> *Ivi*, pag. 48.

<sup>218</sup> La vita quotidiana nella società post-moderna è caratterizzata dal crollo degli elementi di stabilità, fiducia e significato su cui si reggeva la certezza in epoche pre-moderne. Il riferimento ad un ruolo connesso ad una identità di genere è uno di questi elementi. In fase di riconfigurazione la grande tensione fra tradizione e modernità sta ridisegnando i confini delle identità di genere. *La vita delle donne presenta grandi cambiamenti: crescita dell'istruzione, aumento dell'occupazione, ridotta fecondità, autonomia economica e decisionale. La vita degli uomini è coinvolta da processi di ridefinizione dell'identità maschile, ma i contorni appaiono sfumati e poco chiari gli effetti che stanno producendo.* Cfr., Lo Presti S., *La costruzione identitaria del maschile e del femminile sullo sfondo della complessità*, Università degli studi Parthenope relazione, a.a. 2008-2009.

che donne e uomini siano gerarchicamente ordinati e perpetua l'esistenza di una asimmetria sociale.

Ciascuno di noi crea quotidianamente il genere, inconsapevolmente. L'appartenenza sessuale e il livello di corrispondenza tra caratteristiche anatomiche e l'idea di donna e di uomo che ci aspettiamo, che accettiamo sono i primi elementi che notiamo. L'identità di genere, che rappresenta la percezione sessuata di sé e del proprio comportamento, acquisita attraverso l'esperienza personale e collettiva è una delle componenti fondamentali del processo di costruzione dell'identità. I processi discriminatori basati sull'appartenenza sessuale passano attraverso le influenze familiari, la letteratura per l'infanzia, l'educazione scolastica, i messaggi dei mass media, i rinforzi istituzionali. Ambiti di influenza delle disuguaglianze di genere sono *lavoro di cura e cura di sé, tempo per sé e tempo per gli altri, lavoro e redditi, sessualità*.

### 3. 5 Il pensiero della differenza sessuale

La crisi della modernità cambia interamente lo scenario filosofico. Nessuno più crede che la storia sia dalla parte degli oppressi, nessuno crede che vi sia progresso insito nel corso stesso delle cose, pochi ancora credono che la ragione sia di per sé stessa fonte di una qualche autorità che possa liberarci da alcunché<sup>219</sup>. In questo nuovo paradigma, le donne, che hanno sempre avuto difficoltà a collocarsi nella visione emancipatoria e di progresso, hanno trovato un terreno fertilissimo per esprimere la loro difficoltà a posizionarsi. Adesso è la filosofia stessa a porre in termini critici "il soggetto epistemico e morale - per usare le parole di S. Benhabib - astorico, asociale, disincarnato dell'illuminismo"<sup>220</sup>. La critica agli ideali illuministi, diventata ora la questione filosofica centrale, non poteva che essere, per le femministe, un terreno assai agevole: non era, infatti, vero che l'universalità era, dopo tutto, fatta di uomini e niente affatto di donne? Non era forse vero che quella ragione, pretesa disincarnata e astratta, era del tutto situata nei corpi degli uomini? E che, sin dall'inizio, l'eguaglianza di tutti gli uomini ha prodotto solo quello che letteralmente diceva: uomini eguali e donne differenti? Molto meglio allora parlare a partire da questa consapevolezza.

Perduto l'orizzonte normativo, dunque, le donne hanno cominciato a riformulare la loro riflessione, trovando a questo punto strumenti potenti nella riflessione filosofica, per così dire, ufficiale. Era, in qualche modo, la filosofia che si spostava sul loro terreno, mettendo a disposizione da ogni dove un'attrezzatura che permetteva loro di criticare, anche meglio di

---

<sup>219</sup> J. Habermas, *Il discorso filosofico della modernità*, Laterza, Roma-Bari 1987

<sup>220</sup> Sheila Benhabib, *Critique, Norm, and Utopia*, Columbia University Press, New York 1986, p. 14.

quanto potessero fare gli uomini, le istanze che a questo punto apparivano soltanto un'altra veste dell'oppressione. La riflessione sulla differenza nasce in questo ambito e, probabilmente, viene da questa storia.

Il pensiero della differenza sessuale nasce in Francia nel 1970 con un gruppo noto come *Psy-et-Po (Psyanalyse et Politique)* ed orientato verso un uso politico delle teorie psicoanalitiche, le cui tematiche si consolidano con gli scritti di Luce Irigaray, la quale assolve non solo una funzione demistificatoria nei confronti della filosofia dell'identico, ma diventa anche momento di rottura nei confronti della generalità dell'universale. In seguito alla comparsa degli scritti di Jacques Derrida dal 1967 in poi Irigaray parla di «fallo-logo-centrismo», ovvero dell'atteggiamento dell'uomo che pone, al centro di tutto se stesso, il proprio fallo, il proprio discorso.

Assodata la non-neutralità del linguaggio, Irigaray sollecita la costruzione di un linguaggio che sia portatore di valori alternativi, non falsamente neutri ma decisamente femminili. Partendo da questi presupposti, l'Autrice riscontra nella tradizione occidentale un impianto paradigmatico marcatamente fallocentrico.

Alla domanda: esiste una naturale differenza tra i sessi o se invece il soggetto sia costruito nelle relazioni di potere (nella famiglia, nello stato, in ogni comunità), cioè in altre parole, se sia possibile tracciare i confini tra natura e cultura, la risposta della Irigaray è chiaramente affermativa: «[...] i sessi sono per natura diversi e lo sono ontologicamente<sup>221</sup>» .

Per la scrittrice il concetto di differenza è un concetto che va pensato nella logica di un rovesciamento del pensare e del fare, e cioè la differenza presuppone un mutamento radicale di cultura. Questo mutamento impone il passaggio dal soggetto unico a cui corrispondono oggetti e costruzioni

---

<sup>221</sup> Luce Irigaray, *Speculum. L'altra donna*, Feltrinelli, Milano 1975, p. 53.

logiche -che privilegiano la logica dell'identità e del medesimo-, ad un soggetto doppio.

Entrare, quindi, in una cultura coerente ad una duplicità di fondo accordata a valori inseparabili dalla dualità di genere. Quindi una logica che permette alle donne di creare un proprio linguaggio, non fondato più sul silenzio e sull'assenza della donna, che presuppone una relazione verticale tra soggetto-oggetto, ma un linguaggio basato sulla relazione tra soggetti, una relazione a due. Dove il «Noi» sia una relazione nella diversità, un rispetto della singolarità.

La Irigaray nel suo più importante saggio *Speculum. L'altra donna* pubblicato in Francia nel 1974, introduce il concetto di "speculum", specchio concavo che viene inteso come doppiezza, deformazione e non semplice specchio, copia del medesimo, piatto e uguale a se stesso.

Il riferimento allo «speculum<sup>222</sup>» che l'Autrice contrappone allo «specchio» è un attacco al celeberrimo scritto di Jacques Lacan, *Lo stadio dello specchio*<sup>223</sup>, nel quale indicava come tappa fondamentale, nell'infanzia del bambino o bambina, l'esperienza dello specchio - appena poco precedente la Legge del Padre<sup>224</sup> - attraverso il quale guardandosi e riflettendosi iniziano a vedere costruita la loro identità distaccata da quella della madre.

La Irigaray rielabora il mito della caverna di Platone e con la metafora dello speculum<sup>225</sup> e l'allegoria della caverna vuole indicare il processo di

---

<sup>222</sup> F. Restaino e Adriana Cavarero, *Il pensiero femminista: Una storia possibile*, in *Le filosofe femministe*, Paravia, Torino 1999, pag. 78.

<sup>223</sup> Nel 1936 presenta la sua prima comunicazione al XIV Congresso internazionale di psicoanalisi, svoltosi a Marienbad, su *Lo stadio dello specchio*, che verrà ampliata in un congresso del 1949 con il titolo *Lo stadio dello specchio come formatore della funzione dell'io*.

<sup>224</sup> L'ordine imposto dalla legge del padre, nella terminologia lacaniana, è chiamato ordine simbolico ed in esso i simboli sono le parole, i discorsi, che si distinguono dalle immagini e dai segni che invece appartengono alla fase pre-edipica e dunque a quella dello specchio.

<sup>225</sup> Lo speculum è lo strumento ottico usato dai ginecologi per guardare nella cavità dell'organo genitale femminile.

riconsiderazione della femminilità, sia a partire dal concetto della differenza che dalla relazione con la madre, e sconvolgere la sintassi del discorso fallologocentrico, centrato sul discorso del Padre.

Degli uomini fin da bambini vivono in una caverna (che di per sé è uno speculum, un antro di riflessione), incatenati in modo tale da permettere loro di guardare solo davanti a sé. Dietro di loro brilla, alta e lontana, la luce del fuoco ad immagine di un sole e tra il fuoco e i prigionieri vi è una strada. Su questa strada alcune persone trasportano oggetti, alcuni dei trasportatori parlano, altri no.

Chi sta nella caverna non avendo termini di confronto penserà che le ombre degli oggetti siano realtà. Per il prigioniero (la condizione della donna), lo scioglimento dai vincoli (il discorso fallologocentrico) sarebbe un'esperienza dolorosa, il quale dolore aumenterebbe se fosse costretto a guardare direttamente la luce del fuoco e se fosse trascinato fuori dalla caverna. Il suo processo di acclimatazione dovrebbe essere graduale; prima dovrebbe discernere le ombre e poi direttamente gli oggetti.

Una volta ambientatosi comincerà a ragionare sul mondo esterno e ricordando la prigionia potrebbe ritenersi felice per il cambiamento. Se il prigioniero, però, rientrasse nella caverna i suoi occhi, abituati alla luce, sarebbero ciechi. I compagni lo deriderebbero e penserebbero che non vale la pena uscire dalla caverna e chiunque li costringerebbe a farlo potrebbe essere ammazzato.

«...Questo è il nostro mondo, un mondo fatto di "ombre" , che noi, da prigionieri, scambiamo per realtà un teatrino di burattinai, su cui si agita una vita inautentica e fatta di fantocci che si illudono di essere liberi. Ma la vera realtà e la libertà sono fuori, oltre la caverna, dove è possibile fissare gli occhi nella luce del fuoco che è insieme il "Sole" e il "Bene". Di qui l'aspirazione a spezzare con questa vita; il disprezzo dei piaceri del corpo, il

desiderio di morte. Il corpo è qui inteso come tomba, carcere. Allora se è vero che la filosofia con l'ascesi intellettuale avvia al distacco del mondo dei sensi, solo la morte con lo scioglimento dell'anima dal corpo, realizza compiutamente tale libertà<sup>226</sup>» .

La Irigaray vuol farci capire che è necessario per le donne colmare la mancanza di un pensiero proprio su se stesse e sul mondo, dotandosi di uno strumento conoscitivo che riconsegna loro questa capacità.

Lo strumento conoscitivo non può che essere un corpo, sede di origine fisica e simbolica: «[...] per le donne l'essere sessuate nella differenza è qualche cosa di imprescindibile, è per ciascuna donna che si trova a nascere donna un dato inalterabile che si radica nel suo essere non come un che di superfluo o un di più , ma come ciò che essa necessariamente è; appunto donna<sup>227</sup>» .

Secondo la Irigaray nella filosofia occidentale il pensiero maschile è imposto come soggetto universale che costruisce il mondo a partire da sé e ha sottratto all'essere sessuato femminile l'accesso al simbolico, la capacità di autosignificarsi.

Dunque per raggiungere questo stato di cose occorre ripensare la relazione genealogica con la madre. Il rispecchiamento a partire da quello con la madre, così presente nella vita della donna, può assumere, però, una valenza negativa; infatti la : «[...] somiglianza su cui si sono formate (a specchio) per imitazione, identificazione, ripetizione, intere generazioni di donne, è la somiglianza che deriva dall'ordine maschile del discorso, per il quale le donne costituiscono un mondo indifferenziato e fusionale segnato dalla differenza dall'altro<sup>228</sup>».

---

<sup>226</sup> L.Barbero, *Civiltà della Grecia antica. Età classica*, vol II., Milano 1995, p. 463.

<sup>227</sup> Luce Irigaray, *Speculum. L'altra donna*, cit., p. 60.

<sup>228</sup> Anna Maria Piussi., *Bambine e donne in educazione*, L. Cipollone (a cura di), Milano 1991 pp. 43-91.

Spesso l'identificazione con le donne risulta difficile dall'incapacità di riferirsi ad un codice simbolico diverso da quello dominante maschile. Si intende per ordine simbolico quel: « livello di cultura in cui si determina l'interpretazione dell'esperienza umana. È il livello profondo di una cultura, quello delle mediazioni codificate, che non è dato percepire né modificare senza un lavoro di presa di coscienza<sup>229</sup>».

Il passaggio oscuro della caverna come cancellazione della differenza sessuale, cioè come ripiegamento del femminile sul materno, scaturito dalla Legge del Padre, ha mantenuto la donna e la madre in stato di confusione. Ed è dal dolore di questa presa di coscienza che, per la donna, la necessità di ritrovare se stessa, il suo piacere, la sua autorappresentazione non possono escludere il rapporto con la madre<sup>230</sup>.

Sulla scia della riflessione esistenzialistica del pensiero della differenza sessuale francese, -intenta a sviluppare le tematiche sulla sessualità, sul corpo, sulla relazione tra donne, sulla loro consapevole o inconsapevole complicità con l'ordine sociale e culturale dato-, il femminismo italiano affronta le medesime tematiche nei gruppi separatisti di autocoscienza.

Intorno al 1975, gruppi autonomi di donne iniziarono a trasformarsi da momenti di parola in comunità dedite alla concretizzazione prassica e politica di finalità emancipatorie: nell'ambito di questa rinnovata tensione si realizzano spazi alternativi ed antagonisti, come librerie, biblioteche, case editrici, luoghi di ritrovo. Le femministe, però, sanno che una mobilitazione teorica non è sufficiente a far sentire la loro voce, per cui affiancano alla pratica dei gruppi autogestiti importanti battaglie politiche

---

<sup>229</sup> Luisa Muraro, *Il cielo stellato dentro di noi*, Milano 1990, pp. 9-20.

<sup>230</sup> Luisa Muraro, *Ritorno al regno di generazione*, intervento di Luisa Muraro al festival di filosofia di Modena del 16 settembre 2006 (dal sito della Libreria delle donne di Milano [www.libreriadelledonne.it](http://www.libreriadelledonne.it))

per l'aborto legalizzato ed assistito, per il divorzio, per i servizi sociali garantiti, per le pari opportunità nei luoghi di lavoro ed istituzionali. Scendere in piazza, fare esperienza corporea del proprio pensiero significa appropriarsi di un luogo, quello pubblico, in cui far penetrare lo sguardo femminile e percepire la realtà non come unitaria, ma attenta alle differenze di ciascuno/a come valore e non discriminante negativa.

L'interessante, seppur lapidaria, elaborazione teorica che Carla Lonzi<sup>231</sup> fa nel suo *La donna clitoridea e la donna vaginale* risulta con quanto di più moderno si scriveva allora in ambito femminista internazionale<sup>232</sup>. L'Autrice individua subito la «differenza» essenziale tra la sessualità maschile e quella femminile, proponendo la contrapposizione, nel titolo del suo saggio, come una scelta alternativa al sistema patriarcale.

Lonzi afferma che nel sistema patriarcale la donna vaginale è quella che manifesta una giusta sessualità, e la donna clitoridea rappresenta la donna frigida, mentre per il femminismo la donna clitoridea è quella che non ha accondisceso al godimento del patriarca e che si è espressa in una sessualità non coincidente al coito<sup>233</sup>. Per Lonzi la vera liberazione della donna consiste nella necessità di individuare la femminilità non nella passività

---

<sup>231</sup>L'autocoscienza fu la pratica politica scelta dal movimento femminista che diede luogo a prese di posizioni pubbliche come tra le prime nel 1970, l'elaborazione del Manifesto di *Rivolta Femminile*, gruppo fondato da Carla Lonzi (1931-1982). Intorno al 1975, dunque, subentra un nuovo modo di pensare la differenza, e il referendum per l'aborto nel 1981 e progetto di legge sulla violenza sessuale aprono la strada alla cosiddetta pratica del fare tra donne: «S'intendeva che il fare, con tutto ciò che portava in luce, dovesse offrirsi al giudizio, così da trasformare l'esperienza in sapere». In *Sputiamo su Hegel* la Lonzi critica la nozione di soggettività autoreferenziale e rifiuta i sistemi di alcuni filosofi moderni (Marx ed Hegel) per i limiti teorici sulla problematica delle donne, nonché, in *La donna clitoridea e la donna vaginale*, in *Rivolta Femminile*, Milano 1974, critica la concezione di senso comune di "coincidenza" tra il corpo "desiderante" e il corpo "ri-produttivo", esaltando la donna clitoridea su quella vaginale. Per una ricca documentazione dei primi vent'anni del femminismo italiano cfr. Libreria delle donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti, La generazione della libertà femminile nell'idea e nelle vicende di un gruppo di donne*, Rosenberg & Seiller, Torino 1987.

<sup>232</sup> Anne Koedt, *The myth of the vaginal orgasm*, in M. Schneir (a cura di), *The vintage book of feminism*, Vintage, London 1995.

<sup>233</sup> Carla Lonzi, *Sputiamo su Hegel*, cit., pp. 83-84

come sua essenza, ma nella valorizzazione delle differenze, in quanto la donna è un essere umano sessuato.

In *Sputiamo su Hegel*, i cui bersagli sono Hegel, Marx e Freud, Lonzi spiega che l'uguaglianza formale è la reale oppressione delle donne ed il cambiamento da operare deve registrarsi nell'esperienza della relazione privata e della sessualità. Se la (etero)sessualità, come costruzione culturale che si struttura sul possesso dell'uomo sul corpo della donna (che si dona), si conforma alla norma (ed è proprio per questo che risulta difficile modificare l'assetto della situazione attraverso il diritto), allora è bene farlo tramite l'individuazione di pratiche di autocoscienza, capaci di agire nell'inconscio delle donne e degli uomini e stimolarli a pensarsi diversamente.

L'obiettivo di lotta della Lonzi è l'affermazione della differenza esistenziale (nonché il contrasto dell'uguaglianza formale, oramai raggiunta tra gli uomini e le donne) dalla quale la donna deve partire per fissare una propria identità.

Nonostante la critica di Lonzi al sistema patriarcale e la denuncia dell'oppressione storica delle donne in tale sistema abbia dato al panorama femminista la spinta a denunciare una sessualità femminile, attraverso la quale liberarsi dal giogo della freudiana "invidia del pene", le sue idee subiscono un arresto.

Ed è solo con Luisa Muraro che riprende vigore il femminismo italiano. Dopo gli anni Settanta l'intellettuale, docente all'Università di Verona e fondatrice della Comunità «Diotima» insieme ad altre pensatrici, è una delle maggiori figure del "femminismo della differenza" italiano.

Si è detto che l'oggetto del femminismo della differenza è riabilitare il femminile nelle donne e farne un principio sovversivo, piuttosto che rivendicare solamente la loro assimilazione al maschile, perciò la

liberazione per le donne stesse è vista nel loro «divenire donne» e non nel loro divenire uomini secondo il modello dominante.

Questa è l'interpretazione che può essere data al famoso detto di Simone De Beauvoir: «Donne non si nasce, lo si diventa<sup>234</sup>», secondo il quale bisogna opporre il «divenire umano» ad un «divenire umano alternativo».

Bisogna dunque ripensare ad un nuovo rapporto tra i generi non per aggiungere questa o quella cosa ad un modello che è esistito per secoli, ma per rinunciare alla logica del modello di un soggetto uno ed unico. «Questo non significa che l'uno del soggetto possa divenire un molteplice, ma che il soggetto è almeno due, un due in relazioni non biunivoche»<sup>235</sup>. Ma soprattutto bisogna praticare la differenza, in modo da costruire «un luogo di abitazione possibile per ogni sesso, ogni corpo»<sup>236</sup>.

La Muraro si colloca in questa prospettiva e, nel suo libro *L'Ordine simbolico della madre*<sup>237</sup>, contesta la riduzione della generazione, effettiva e simbolica, a sola Legge del Padre, con cui il figlio si identifica e si sostituisce nella fase dello specchio. Ma soprattutto contesta ciò che, negli anni Cinquanta, afferma Lacan in relazione al fatto che l'Io non possa configurarsi nell'altro in modo speculare (in riferimento allo speculum), ossia indipendentemente da se stesso, ma soltanto attraverso lo specchio.

Secondo Lacan, lo specchio dà solo immagini (l'immagine dell'uomo nello specchio è la donna) e mette in risalto come l'ordine imposto dalla Legge del Padre, sia fatto di parole, discorsi che si distinguono dalle immagini. Tale ordine è l'Ordine Simbolico, dotato di proprie leggi, autonomo e che non permette una simmetria speculare con la donna.

---

<sup>234</sup> Simone De Beauvoir, *Le deuxième sexe*, Paris 1949, trad. it. *Il secondo sesso*, R. Cantini e M. Andreose (a cura di), Il Saggiatore, Milano 1984.

<sup>235</sup> Luce Irigaray, *La democrazia comincia a due*, Torino 1994, p. 13.

<sup>236</sup> Luce Irigaray, *Etica della differenza sessuale*, trad. it. a cura di L. Muraro - A. Leoni, Milano 1985, p. 34.

<sup>237</sup> Luisa Muraro., *L'ordine simbolico della madre*, Editori Riuniti, Roma 1990

La donna nel linguaggio della Legge del Padre è vista come specchio dell'uomo, cioè l'uomo rispecchia nello status d'inferiorità della donna il suo status di superiorità. La donna e il suo organo genitale sono la parte passiva dell'uomo e rappresentano il vuoto che va colmato con l'organo sessuale maschile, mentre quest'ultimo rappresenta l'attività, la vita, tanto da avere un discorso «fallogentrico» dell'uomo, in quanto mette al centro di se stesso il fallo<sup>238</sup>.

Lacan, dunque, arriva ad affermare l'autonomia dell'Ordine Simbolico e il primato di questo nella costituzione della realtà del soggetto.

La Muraro proprio in contrapposizione «all'ordine simbolico» propone un «ordine simbolico della madre» come mezzo per il soggetto donna di poter uscire da quel senso di sopraffazione e da quell'immaginario comune per il quale la donna non è altro che il riflesso distorto dell'uomo.

Da qui dunque nasce l'esigenza, per la Muraro, di spiegare come il non riconoscimento dell'apporto materno, privi la figlia della sua capacità di pensare e di essere. Si scontra con l'idea cartesiana secondo la quale il «pensiero comincia sempre con la negazione dell'origine» e di proposito afferma che i filosofi hanno soffocato la potenza materna dopo che l'hanno limitata e poi spogliata.

Infatti l'analisi della Muraro esplicita di quanto i figli beneficino di questo apporto materno anche quando loro la negano. La negazione dell'apporto materno, dunque, permette ai figli di nutrirsi e di riconoscersi simbolicamente, mentre ne priva le figlie.

In questo stato di cose - sostiene l'Autrice - c'è bisogno di una riconciliazione della figlia verso la madre, se si vuole che le donne diventino fonte di pensiero e di parola e si qualifichino come essenziali e

---

<sup>238</sup> L'organo genitale maschile, nonostante possa richiamare le fattezze del Fallo, non deve però essere confuso con lo stesso, in quanto il fallo rappresenta la Legge del Padre.

certe di essere. Un concetto questo espresso anche da Luce Irigaray quando dice: «Penso che sia necessario, per non essere complici dell'assassinio della madre, che affermiamo l'esistenza di una "genealogia di donne"<sup>239</sup>.

L'ordine simbolico della madre ha la sua definizione nella relazione della figlia con la madre, una relazione senz'altro squilibrata ed asimmetrica, in cui una figura insegna (la madre) e l'altra figura (la figlia) apprende. È l'amore femminile materno della madre a nutrire questo rapporto, fatto nello stesso tempo di vicinanza e disparità.

L'Autrice sostiene che bisogna rivalutare l'amore per la madre, lo dice in base alla sua esperienza personale, in quanto è direttamente implicata quando dice che la difficoltà incontrata nel trovare un' inizio al suo libro era data proprio dal fatto di non aver saputo amare la madre, infatti secondo lei saper amare la madre fa ordine simbolico, poiché è la madre che le ha dato l'autentico senso di essere. Ma non si tratta, però, di riabilitare il rapporto con la madre effettiva, ma la funzione materna in se stessa, intesa come funzione generativa e non solo riproduttiva.

Su questo argomento l'apporto originale della Muraro rispetto alle altre pensatrici della differenza è dato dall'idea che alle donne, l'accesso alla capacità di pensare e parlare sia dato dalla ridefinizione del rapporto materno. Infatti ciò che fortifica questo rapporto è la parola. Ma come afferma perplessa la Muraro, nonostante la madre ci insegni a parlare attraverso quella che è detta lingua materna o la madrelingua, si pensa che la lingua che noi apprendiamo sia quella del padre.

---

<sup>239</sup> Luce Irigaray, *Genealogie femminili: un saggio di Luisa Muraro*, in "Per amore del mondo" nel sito: [www.diotimafilosofe.it](http://www.diotimafilosofe.it), 1992.

Il legame con la madre - secondo la Muraro - crea una connessione fra le parole e la realtà e per le donne il loro "divenire" consiste prima nel recuperare questo legame con la madre, poi riconoscere una propria autorità e alla fine esserle riconoscente.

È il ritorno a quest'origine nascosta, talvolta respinta, che dà luogo ad un modo di pensare innovatore, che si contrappone alla distinzione tra biologico, inteso come materno, e simbolico, inteso come paterno. Ed è merito della Muraro se la maternità, da questo momento in poi, viene intesa nello stesso tempo come simbolico e biologico, come corpo e linguaggio.

Pertanto ciò deve essere capito da tutte le donne che hanno il desiderio di autosignificarsi, in quanto lo strutturarsi di un'identità femminile<sup>240</sup> può essere raggiunta solo nel recupero del senso di appartenenza alla propria genealogia e nella riconquista della gratitudine esistenziale verso chi ci ha dato la vita: la madre<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> Maria Forcina, *Ironia e saperi femminili. Relazioni nella differenza*, Milano 1995, p. 121.

<sup>241</sup> Luisa Muraro, *La nostra capacità d'infinito*, in *Diotima. Mettere al mondo il mondo*, Milano 1990, p.74

### **3. 6 Post-/ post. Un paradigma molto dibattuto**

L'ultima espressione del femminismo giuridico, che però si distacca dai precedenti punti vista, si ha alla fine degli anni Ottanta ed è rappresentata dal *femminismo post-strutturalista*. Le femministe post-strutturaliste sono convinte che occorra capire come il linguaggio giuridico costruisca una fallace concezione di eguaglianza di genere. L'obiettivo del loro lavoro è quello di dimostrare che le teorie del diritto celebrano interessi e valori maschili a spese di quelli femminili.

Nell'ambito teorico decostruzionista il femminismo inaugura una serie di riflessioni nuove, nate dall'analisi del modificato contesto culturale, sociale ed economico della postmodernità. La globalizzazione del capitalismo avanzato e il cambiamento radicale nei modi di produzione, l'affermarsi delle tecnologie digitali, il multiculturalismo e l'ibridazione di razze, etnie e culture, insieme al contemporaneo esplodere di rivendicazioni particolaristiche, contribuiscono a disegnare la cornice dentro cui si consuma la crisi delle strutture sociali e simboliche dell'epoca moderna. Con il crollo delle grandi narrazioni fondative della modernità si dissolve il privilegio prospettico di un punto di vista centrale e la pretesa di un'interpretazione universale e stabile della realtà. Anche grazie alla diffusione dei media si moltiplicano i centri di produzione del senso, emergono altri soggetti che rivendicano con forza la legittimità del proprio punto di vista, entrano in gioco configurazioni di identità alternative e ibride, che confondono i confini delle categorie con le quali la modernità ha organizzato il reale. La presenza sempre più diffusa e determinante dell'alta tecnologia e la quotidiana interazione con essa contribuisce a sfumare le opposizioni dicotomiche che da tempo hanno strutturato la nostra percezione del mondo, a cominciare dall'opposizione

natura/cultura: il biologico, il tecnologico, il naturale, l'artificiale, l'umano, si presentano come concetti che necessitano di una riconfigurazione in un'ottica post-umanista.

Il femminismo interpreta la postmodernità come un'importante occasione: il tramonto dell'approccio umanista al reale viene considerato il punto di partenza per ripensare in modo nuovo temi fondamentali per la critica femminista, quali l'identità, il corpo, la soggettività, la diversità. Il femminismo, che rappresenta uno dei motori più potenti di tale cambiamento, è inteso come atto di appropriazione del discorso da parte delle donne. In questo senso la modernità e i valori che le fanno da sfondo risultano indissolubilmente legati al potere patriarcale e la crisi del soggetto moderno, razionale, logocentrico è di fatto la crisi di un soggetto incarnato (nel suo essere uomo, eterosessuale, borghese, bianco) che ha costruito la sua universalità sull'esclusione di tanti "altri". Il femminismo, nel solo fatto di esistere come pensiero incarnato in una differenza, quella sessuale, mette in luce il falso universalismo del pensiero maschile e coincide, dunque, con il suo crollo.

Se il pensiero femminista è chiaramente situato nell'ambito della fine del soggetto, è proprio perché le lotte delle donne funzionano come una delle sue radici politiche e teoretiche più profonde.

Per Francis Olsen, docente presso la Law School dell'Università della California a Los Angeles è una esponente femminista del *Critical Legal Studies* (in un secondo momento distaccatasi da esso per confluire nel femminismo giuridico *Fem-Crits*), il diritto liberal-democratico non è così obbiettivo come "prescrive" di essere, ma molto spesso, invece, risulta inapplicabile alle fattispecie concrete in cui le donne compaiono come parte lesa.

Siccome secondo la Olsen il sistema giuridico liberale si struttura attorno ad una serie di dualismi sessualizzati e gerarchizzati: attivo/passivo; razionale/irrazionale; oggettivo/soggettivo; astratto/contextualizzato<sup>242</sup>, è possibile eliminare questa dicotomia all'interno del diritto mediante una visione di esso completamente nuova. Partendo dal presupposto che il diritto dal punto di vista liberale garantisce alle donne pari opportunità ed eguaglianza tra i sessi, solamente attraverso principi che annichiliscono la differenza di genere (*quelli di equality before the law e gender neutrality*), in quanto equiparano le donne agli uomini mediante leggi specifiche che considerano la donna come «oggetto» da tutelare ed «essere debole», la Olsen propone un "diritto androgino" per migliorare la vita delle donne. Secondo la Olsen, il cui saggio del 1990 è citato dalla Pitch<sup>243</sup>, per far in modo che il diritto risulti uno strumento efficace alle donne bisogna limitare il più possibile le oscillazioni tra "richieste d'uguaglianza" e "affermazioni di differenza" e adottare una logica che enfatizza il fatto che uomini e donne, sotto profili e circostanze diverse, possono essere uguali e diversi. Questo paradigma realizzerebbe, sul piano normativo, interventi ispirati ad entrambi i modelli in base alle circostanze. In alcuni casi verrebbero attuate politiche di pari opportunità in quanto la donna rischierebbe di essere svantaggiata rispetto all'uomo pur essendo nelle stesse condizioni, si pensi ad esempio ai processi di reclutamento e selezione nel corpo dei Marines negli Stati Uniti. In altri, sarebbe più idoneo ricorrere alle *affirmative action* per evitare un declassamento dalle professioni lavorative dovute all'accavallamento di impegni di famiglia (e di maternità) e di lavoro che, nella maggior parte dei casi, impedisce accesso a

---

<sup>242</sup> Tamar Pitch, *Diritti fondamentali: differenze culturali, diseguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino 2004, pag. 66.

<sup>243</sup> Tamar Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano 1998, pag 210.

determinate risorse utili agli avanzamenti di carriera (in termini di ulteriore formazione professionale).

A rigore di ciò anche la Pitch sostiene che lo svantaggio delle donne può essere contenuto attraverso interventi di *reverse discrimination*, i quali basandosi sul riconoscimento della differenza di genere, senza perdere di vista l'universalità, riservano nel caso particolare alle madri-lavoratrici, condizioni diverse rispetto agli uomini. Per le femministe post-moderne siccome il diritto è considerato sessuato e perciò riproduttivo di posizionamenti sessuati attraverso cui si produce l'immagine della donna come opposta all'uomo e di conseguenza come la Cattiva Madre, la Prostituta<sup>244</sup>, è necessario depotenziarne i principi.

Mary Joe Frug, una delle personalità femministe più interessanti, nel 1992 un *Post-modern liberal manifesto* scrive che tra i tanti discorsi che contribuiscono a creare l'immagine della donna vi è il linguaggio performativo del diritto. La categoria di genere riguarda direttamente la questione della complessa materia segnica di cui gli esseri umani sono costituiti, quello che Peirce ha chiamato l' "uomo-segno", vale a dire l'individuo come effetto di quelle procedure tutt'altro che naturali, necessarie o innate, ma di natura discorsiva, storica, ideologica, culturale. Joe Frug individua tre tipi di regole giuridiche che 1) terrorizzano, 2) maternalizzano, 3) sessualizzano il corpo delle donne<sup>245</sup>.

Esse hanno la particolarità di contribuire a formare la parte femminile che sembra naturale, ma che in realtà non lo è veramente.

1) Il fallimento delle legislazioni antiprostituzione è il fallimento di ogni forma di proibizionismo che pretende di applicarsi a fenomeni per i quali

---

<sup>244</sup> Carol Smart., *Feminism and power of law*, in *Un diritto per due*, Routledge, London 1989.

<sup>245</sup> Frug Joe Mary, *A postmodern Legal Feminist Manifesto*, in *Harvard Law Review* 1045, 1992, pag. 126.

esiste una forte domanda sociale (come la droga, il gioco d'azzardo, ecc.). Wendy McElroy, femminista individualista, sostiene che sia la proibizione che la legalizzazione (ossia, la prostituzione di Stato) sono forme di controllo governativo sulla sessualità e sui corpi delle donne. Infatti, osservato dal punto di vista della donna, l'esercizio della prostituzione ha a che vedere innanzitutto con la libertà sessuale. McElroy propone una terza via, quella della decriminalizzazione: essa spiega che mentre la legalizzazione prevede sempre una regolamentazione governativa (non soltanto lo stato non riconosce, di fatto, il diritto di proprietà della donna (sul proprio corpo) e la sua libertà economica (decidere come, quando, a chi e a che condizioni vendere i propri servizi), ma pretende di isolare alcune donne dalla società, e finanche di cancellarne l'identità per il semplice fatto che scelta ricada sulla pratica del sesso illegale); la decriminalizzazione implica il non coinvolgimento del governo.

2) La maternalizzazione avviene attraverso il dettame di quelle regole che performano le identità in quanto condizionate a scegliere tra margini già stabiliti. Nel caso preciso l'inesistente congedo di maternità negli Stati Uniti omologa la donna all'uomo e rende la prima vittima della scelta condizionata tra *l'aut aut* di diventare mamma o proseguire la carriera lavorativa.

3) La sessualizzazione del corpo, in stretta connessione col la criminalizzazione, prevede l'approvazione di regole giuridiche atte a ridefinire ruoli e comportamenti della donna sulla base dello standard normativo patriarcale. Il discorso giuridico, mantenendo fermi modelli universali di soggettività (legale ed istituzionale, si trova a statuire questioni riguardanti il corpo dei singoli, nello specifico questioni riguardanti la sessualità, nelle quali necessariamente l'uguaglianza del soggetto universale di diritto è costretta a negarsi e tale soggetto è ad "incarnarsi" nella

particolare determinazione chiamata: genere. Il genere è la categoria semiotica in cui si articola socialmente e culturalmente la differenza sessuale, in cui tale differenza assume valore e senso, si configura come ripartizione di ruoli e come gerarchia. Se il "sesso" può essere inteso come determinazione biologica, il genere è l'effetto dei discorsi sociali e dei segni stratificati nella storia umana. L'esempio più calzante è quello relativo alla famiglia, luogo nel quale si è storicamente affermato il possesso del corpo femminile da parte del maschio adulto, il ruolo subordinato della donna ed il paradigma dell'eterosessualità come unico modello valido di rapporto di coppia e genitoriale. Tali regole puniscono l'omosessualità e l'adulterio.

### 3. 7 Hard law e Soft law: riflessione critica su diritto e diritti

In Italia l'atteggiamento poco critico da parte delle femministe sul discorso del diritto e dei diritti è da riportarsi, come nota Tamar Pitch, in quella sostanziale differenza esistente tra l'area culturale nordamericana, nella quale i diritti precedono la legge, e l'Europa, dove legge e diritti hanno la stessa dignità e dove, come Pitch rileva facendo riferimento a Zagrebelski, "la legge conserva una sua autonomia e una sua funzione politica indipendente dai diritti" (**Pitch 1993, pp. 4-5**). Proprio questa distinzione ha fatto sì che in Italia, negli anni Settanta, il dibattito giuridico si incentrasse sulle politiche di "come" ricorrere al diritto, creando uno spartiacque.

La mobilitazione femminista si divide tra chi domanda nuove leggi (femminismo istituzionale attivo fino agli anni '70) e chi invece chiede un depotenziamento del diritto (femminismo della differenza o radicale attivo dagli anni Settanta in poi). La seconda linea interpretativa, in contrapposizione con la prima, scaturisce da un discorso giuridico che, sul piano del metodo, s'incentra sul creare "vuoti legislativi" (depenalizzazione dell'aborto e della prostituzione) facendo leva sul ricorso al *soft law* (querela di parte nel caso della violenza sessuale) e dunque all'uso della Costituzione se uno vuole parità.

A partire dagli anni ottanta si avviano politiche istituzionali di pari opportunità e nel 1983 viene decretata l'istituzione, presso il Ministero del Lavoro, del primo Comitato Nazionale di Parità e Pari opportunità nel Lavoro. La legge 125/1991 sulle "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo – donna" segna uno spartiacque nella legislazione italiana e apre la strada ad una serie di leggi volte all'attuazione dell'uguaglianza sostanziale sancita dall'art. 3 della Costituzione, anche facendo ricorso al

diritto "diseguale", attraverso una serie di strumenti diversi, nel complesso definibili "azioni positive", ovvero misure promozionali volte ad eliminare le disparità di fatto di cui le donne come 'gruppo' sono oggetto negli ambiti più diversi, dall'istruzione, alla formazione professionale, al mondo del lavoro. E' in questo periodo che nascono e proliferano una serie di organismi di parità a tutti i livelli: i Comitati paritetici previsti dai contratti collettivi di lavoro nei vari settori della pubblica amministrazione, ai Comitati pari opportunità che nascono nelle Università.

Il primo ministro per le Pari Opportunità viene nominato dal Governo Prodi nel 1996, in attuazione degli impegni assunti nella Conferenza di Pechino del 1995 e degli obiettivi posti dal IV programma di azione comunitaria per le pari opportunità per le donne e per gli uomini. Emerge quindi la scelta a livello istituzionale di far nascere tanti e diversi soggetti pubblici competenti in tanti settori di pari opportunità con lo scopo di attraversare tutti i luoghi decisionali e portare in tutte le sedi di governo della società il punto di vista di genere.

L'obiettivo era ambizioso, le realizzazioni forse non hanno dato i frutti sperati, ma una buona opera di sensibilizzazione e diffusione culturale delle tematiche si è raggiunta.

### *3. 7. 1 Varie e diverse posizioni sulla legge 194. Una di queste: la depenalizzazione*

La questione della contraddittorietà delle leggi e dei diritti, come strumenti più o meno utili al miglioramento della vita delle donne, si pone nel momento in cui si affrontarono temi importanti, quali l'aborto, la violenza sessuale, la prostituzione. Negli Stati Uniti tutte le grandi controversie relative ai diritti riproduttivi sono sempre state incentrate sul principio costituzionale della *privacy*, che intende da una parte incarnare l'idea liberale

della neutralità dello Stato su questioni di valore (l'emendamento I della costituzione afferma infatti che lo Stato non può obbligare il cittadino a professare alcuna specifica fede); mentre dall'altra vuole sostenere l'autonomia individuale rispetto all'intrusione dello Stato.

Ma la concezione di *privacy* è mutata nel corso del tempo. Tale svolta avviene negli anni Sessanta, quando da principio atto a proteggere la vita privata dell'individuo dall'intrusione di terzi o dalla curiosità dei mass-media, la *privacy* diventa l'elemento fondante dei diritti riproduttivi. La sua storia è dunque racchiusa entro il mutamento dei concetti di intimità, libertà sessuale, pratiche sociali e loro ammissibilità.

Infatti sulla base del principio alla *privacy* negli anni Sessanta vennero ammessi la vendita e la somministrazione di anticoncezionali anche per nubili e celibi, mentre nel 1973 fu decretata, dalla sentenza *Roe vs. Wade* emessa dalla Corte Suprema, la liceità dell'aborto procurato<sup>246</sup>, nella quale la Corte Suprema concesse la libertà di abortire ad una donna (Roe).

La sentenza rovesciò tutte le leggi statali e federali che proibivano o restringevano, ad alcuni casi di particolare gravità, la possibilità di abortire. Infatti si dichiarava che la maggior parte delle leggi contro l'aborto negli Stati Uniti violava il diritto alla *privacy*, intesa in senso ampio come autonomia decisionale della persona, garantito dal XIV emendamento della Costituzione, quale derivato dai principi basilari di libertà e di uguaglianza.

A partire dagli anni Ottanta, il principio costituzionale della *privacy* è stato tuttavia messo in discussione soprattutto da parte di alcune femministe americane, come Catherine MacKinnon, che hanno viceversa sottolineato l'importanza del diritto all'uguaglianza. MacKinnon ritiene infatti che il diritto alla *privacy* sarebbe contrario al principio di uguaglianza, poiché se

---

<sup>246</sup> S. Scoglio, *Privacy. Diritto, filosofia, storia*, Editori Riuniti, Roma 1994.

inteso come "diritto privato" esso diventa accessibile solo a pochi individui. Nella vita sociale infatti, "il significato politico e ideologico della privacy - intesa come dottrina legale - è connesso con le concrete conseguenze che la spaccatura fra pubblico/ privato ha sulle vite delle donne. Così alle donne è permesso l'aborto come un privilegio privato e non come un diritto pubblico"<sup>247</sup>.

In Italia, il dibattito italiano relativo alla legge n.194 del 1978 (o interruzione volontaria di gravidanza/IGV) discosta da quello statunitense, prima di tutto perchè esso viene discusso all'interno della rielaborazione di un diritto di genere, che si basa sulla teoria della differenza sessuale nella quale viene presa in considerazione la libertà femminile e non la libertà personale, e secondo perché l'intimità viene vista come luogo in cui si esercitano rapporti di potere, gerarchie di genere, ingiustizia ed oppressione.

Nell'antichità l'interruzione di gravidanza era fondamentalmente una questione di donne, il feto era considerato una sorta di appendice del corpo della madre, e l'aborto era perseguibile solo nei casi in cui ledeva un interesse maschile. Fino al 1978 in Italia vigeva una legislazione sull'aborto regolata dalle norme del codice Rocco, una triste eredità del fascismo, prevedeva, a salvaguardia e integrità della stirpe, pesanti sanzioni penali per il medico e per la stessa donna che si sottoponesse alla interruzione della gravidanza.

Nessuna eccezione era prevista e questa normativa restrittiva accomunava l'Italia ai paesi più arretrati culturalmente del terzo mondo. Dopo le vigorose provocatorie campagne portate avanti dai radicali, che organizzarono anche una struttura, il Cisa

---

<sup>247</sup> Catherine MacKinnon, *Feminism unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge 1987.

(Centro italiano sterilizzazione aborto), in cui le donne stesse intervenivano attivamente applicando il semplice metodo Karman (prende il nome da una cannula che si introduce nell'utero della donna)<sup>248</sup>, fu la sentenza n.27 del 18.2.1975 ad aprire la strada alla legge n.194 del 1978 affermando che il diritto alla salute anche solo psichica della donna prevale sul valore della vita del feto. La sentenza esplicita chiaramente che la penalizzazione dell'aborto contraddice i principi fondamentali della libertà personale sancito dall'art.13 e della dignità della persona e dell'uguaglianza sanciti dall'art.3 della Costituzione.

In Italia, il dibattito sull'aborto si contraddistingue in due diversi atteggiamenti: da un lato laici e cattolici contrapposti portavano avanti la battaglia sull'aborto a livello parlamentare (netta era la posizione di condanna da parte della Chiesa cattolica verso chi praticasse l'aborto, qualunque fosse il grado di sviluppo del feto (il diritto canonico comminava la scomunica *latae sententiae*). Così si era espressa, prima con Pio XI, nell'enciclica *Casti connubii* del 1930, poi, con Paolo VI, nella *Humanae vitae* del 1968.

Dall'altro lato, separati dai primi e sulla scia degli esempi di altri paesi (negli Usa, il *Women's Liberation Movement*; in Germania, il manifesto delle donne pubblicato sulla rivista "Stern"; in Francia, la mobilitazione del *Mouvement de Libération des Femmes*), i movimenti di emancipazione femminile italiani, iniziavano a parlare di legalizzazione, liberalizzazione e depenalizzazione dell'aborto.

Nel dibattito la voce della maggioranza (femminismo *mainstream*) sosteneva che, il diritto della donna di decidere la sua maternità, prima di essere presentato come "diritto di aborto", cioè come una libertà positiva (o

---

<sup>248</sup> G. Gatta, *Aborto. Una storia dimenticata*, ed. Pragma, 1997.

'libertà di') consistente appunto nella libertà di abortire, deve evidenziarsi come libertà negativa (o 'libertà da'), ossia il diritto della donna a non essere costretta a divenire madre contro la propria volontà; e che il divieto penale di aborto non si limita a proibire un fare, ma obbliga altresì a una scelta di vita quale è la maternità o sennò ad abortire clandestinamente. In contrasto con il principio di uguaglianza, che vuol dire uguale rispetto e tutela dell'identità di ciascuno, la penalizzazione dell'aborto sottrae alla donna l'autonomia sul proprio corpo, e con esse la sua dignità di persona, riducendola a cosa o a strumento di procreazione sottoposta a fini non suoi. E' in questione insomma, ben prima che una *facultas agendi*, un'immunità, un *habeas corpus*, ossia la "libertà personale" sancita come "inviolabile" dall'art.13 della Costituzione, che è una libertà da "restrizioni", quali sono appunto la costrizione o la coercizione giuridica a divenire madre. La punizione dell'aborto è il solo caso in cui si penalizza l'omissione di una scelta di vita: il non voler diventare madri. Questa circostanza è generalmente ignorata. Si trascura di solito il fatto che, diversamente da ogni altra proibizione penale, il divieto di aborto equivale anche ad un obbligo - l'obbligo di divenire madre, di sostenere una gravidanza, di partorire, di allevare un figlio - in contrasto con tutti i principi liberali del diritto penale.

Dopo un *iter* tormentato, veniva promulgata la "legge 194", in base alla quale l'aborto, nelle condizioni poste dalla stessa, è depenalizzato. Ma è realmente così? Non propriamente poichè al di fuori del canale legale prefigurato dalla legge (interventi ammessi solo nelle strutture pubbliche o private convenzionate, consultazione e certificato del medico di famiglia o del consultorio pubblico ecc.) l'aborto rimane reato. Secondo le intenzioni del legislatore la soluzione finale trovata rispettava l'autodeterminazione della donna, ma per andare incontro alle esigenze dei cattolici, egli

riconosceva espressamente il diritto di sollevare l'obiezione di coscienza. La legge era votata con 160 voti contro 148, da comunisti, socialisti, socialdemocratici, repubblicani, liberali e Sinistra indipendente, mentre avevano votato contro democristiani, missini, radicali e demo-proletari (questi ultimi due gruppi non erano contrari alla depenalizzazione dell'aborto ma ai limiti che la legge poneva alla totale libertà di abortire).

Al di là dei risultati della legge, è proprio in queste circostanze che, il femminismo radicale prese le distanze dalla stessa campagna di liberalizzazione. Esso riteneva che la 194 fosse un compromesso, da parte dei partiti di sinistra tradizionale, per mantenere rapporti con il movimento delle donne.

Subito dopo l'approvazione, l'argomento più scottante su cui si incentrò la polemica fu la presunta contraddizione in cui cadeva la legge nella concessione dell'obiezione di coscienza. La grande questione che rimaneva irrisolta era la seguente: fin dove doveva estendersi il rigoroso dovere morale di obiezione? All'intervento operatorio, all'attività dei consultori pubblici o anche alla certificazione medica prevista per ottenere l'aborto? Da qui si delinea la separazione del femminismo vero e proprio dall'emancipazionismo.

I movimenti femministi degli anni Settanta che si battono per la depenalizzazione hanno "lo scopo di estromettere il governo dal processo decisionale sulla riproduzione respingendo ogni legge sull'aborto o sulla contraccezione". La sfera delle competenze femminili deve essere separata dall'intervento pubblico, per cui la depenalizzazione servirebbe a non rendere omicida una donna che sceglie di non responsabilizzarsi nei confronti di un nascituro. Si contrastava, in questo modo, il potere di legiferare sulle questioni afferenti il corpo femminile, che dava ancora una volta al legislatore (sovranità apparentemente neutra) la possibilità di

migliorare il diritto quale strumento idoneo a controllare socialmente il corpo della donna e far valere l'ideologia dello Stato sulla riproduzione della specie.

Il primo articolo della legge dichiara la «tutela della vita umana fin dal suo inizio». Ciò è alla radice dell'ambiguo significato della legalizzazione così come sancita nella legge: l'aborto «gratuito e assistito», come si diceva allora, non è tanto un'opportunità offerta alle donne a garanzia della loro salute, quale sarebbe se si accompagnasse alla sua decriminalizzazione, bensì si configura come un obbligo, pena il rientro nella clandestinità. Perciò le procedure imposte dalla legge acquistano l'ambiguo significato di una «messa sotto tutela» delle donne da parte di uno Stato che riconosce sì la loro facoltà di decisione, ma dovendo contemperarla con la «tutela della vita umana fin dal suo inizio». Le due istanze, del tutto contraddittorie, autonomia femminile e controllo statale, trovarono allora una conciliazione nella rappresentazione dell'aborto come dramma sociale<sup>249</sup>: l'autodeterminazione può affermarsi come ultima *ratio*, in presenza di uno stato di necessità della donna, costretta ad abortire dalle inique condizioni sociali e culturali. E poiché in questa lettura l'aborto è visto come «maternità mancata», il corollario è che esso alla lunga possa essere eliminato, una volta rimosse le condizioni socioculturali sfavorevoli che ostano a una scelta in positivo della maternità. Dunque le numerose proposte di modifica, che puntano sulla cosiddetta «prevenzione» a scapito dell'autonomia femminile, altro non fanno che accentuare l'aspetto di controllo istituzionale, già presente. In questo senso è stato detto giustamente da molte che la legge è un «cattivo compromesso» fra culture diverse. Non va tuttavia dimenticato che il riconoscimento

---

<sup>249</sup> Pitch Tamar., *Un diritto per due*, Il Saggiatore, Milano 1998.

dell'autodeterminazione ebbe allora uno straordinario significato, oltre l'esito normativo. Significative ad esempio le parole di Giovanni Berlinguer<sup>1</sup> nel rievocare il dibattito nel 1978: si affermava l'idea che la prevenzione dell'aborto poteva basarsi «soltanto sul riconoscimento della decisione autonoma delle donne e non sulle condanne morali o peggio sulle sanzioni penali. Fu un atto di fiducia delle donne in se stesse e di tutti verso le donne». È dunque vero che nell'applicazione della legge le donne hanno fatto valere la loro autonoma decisione, ma nei fatti largamente rispettata dalle istituzioni burocratiche sanitarie cui esse si rivolgono, ben aldilà della lettera della legge. Insomma, la pratica sociale si è imposta oltre la norma

### *3. 7. 2 Ricorso ai principi costituzionali*

Sebbene, secondo Lia Cigarini la libertà femminile non ha niente a che fare con le leggi e non siano queste che possono promuoverla, e che la libertà femminile e dunque l'agire politico delle donne siano "sopra la legge", non nega la possibilità di contendere col diritto. Infatti, chi più ha ostacolato alcuni contenuti della legge nonché la lunga battaglia sulla violenza sessuale, ha anche tematizzato una diversa pratica nei processi (la pratica del "fare" a partire da sé, trasferita sul piano giuridico, significa fare affidamento all'interdipendenza dei rapporti che si mantengono nel diritto tra giudici donne, avvocate e assistite, le quali sottraendosi alla neutralità del ruolo delle tecniche e perciò all'omologazione dell'uomo, "segnano" il diritto al femminile<sup>250</sup> e superano la falsa neutralità del processo).

---

<sup>250</sup>Libreria delle Donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti*, cit, p. 75 e ss.

Il ricorso a principi costituzionali emerge con prepotenza laddove il discorso giuridico, legale e istituzionale, si trova a statuire questioni *riguardanti il corpo* dei singoli, nello specifico questioni riguardanti la sessualità, nelle quali necessariamente l'uguaglianza del soggetto collettivo di diritto è costretta a negarsi e tale soggetto è costretto a "incarnarsi" in particolarità la cui prima determinazione è quella di genere.

Consideriamo a questo proposito, come esempio, la legge italiana sulla violenza sessuale (L. n. 66 del 15-2-1996) : come è noto essa è inserita all'interno del Codice penale dopo l'art. 609, cioè all'interno della sezione dei delitti contro la libertà personale (v. Virgilio 1996, p. 165). Nella vecchia formulazione del Codice Rocco la violenza sessuale veniva invece contemplata all'interno dei reati contro la morale. Il collettivo "morale" - astratto, relativo, indifferente rispetto alla corporeità di chi è vittima di violenza - si è trasformato in "persona", vale a dire soggetto dotato di diritto (il latino *persona* indicava proprio lo statuto del cittadino libero rispetto allo schiavo che era *res*). In questo senso la norma rende conto della forte volontà, espressa in almeno venti anni di discussioni parlamentari e pubbliche, di legare l'offesa sessuale a un soggetto giuridico definito e non a una astratta "morale".

Tuttavia anche questa "persona" risulta essere un soggetto collettivo, una generalità, nel momento stesso in cui la violazione della libertà sessuale di donne o di uomini in carne ed ossa viene considerata nel medesimo titolo di una generale "libertà personale". Il problema interessante dal punto di vista giuridico, politico ed etico, è che il delitto di violenza sessuale non ha un valore generico di lesione di una personale libertà "disincarnata", non ha solo il carattere di un'esperienza singolare e unica per ciascun individuo come potrebbe essere qualsiasi altro danno corporeo come le lesioni fisiche, il sequestro di persona, l'arresto illegale, la perquisizione arbitraria,

ecc., ma ha proprio, in modo quasi emblematico, un valore connotato nell'ambito delle gerarchie socio-sessuali correnti.

Sostiene la giurista Maria Virgilio che le norme italiane sulla violenza sessuale fanno annegare nel "chiunque" indifferenziato del soggetto di diritto penale autore e vittima, che "si affacciano come corpi asessuati sulla scena di un atto violento che, sol per questo, non dovrebbe essere iscritto nel registro della sessualità" (ibidem). Il discorso giuridico-legale, allora, non riesce in questo caso né a iscrivere in sé il soggetto sociale come soggetto di genere (e questo riguarda anche i casi in cui vittima della violenza non sia un individuo di genere femminile) né a fare i conti con una storia della sessualità che è anche una storia di dominio sessuale.

## **CAPITOLO IV**

### **IL FEMMINISMO GIURIDICO POST-MODERNO. UNA CRITICA ALLA TEORIA MODERNA DEL DIRITTO ALLA LUCE DELLE PRATICHE DECONSTRUZIONISTE DI J. DERRIDA**

#### **4. 1 Derrida ed il femminismo giuridico: recupero della dimensione del diritto**

A partire dalla seconda metà degli anni '80, all'interno dei CLS, nella pluralità di voci proprie del movimento, si assiste ad uno slittamento verso nuovi temi; in particolare, emerge l'interesse verso il ruolo che l'identità, sessuale e razziale, gioca nella costruzione dei valori e delle categorie giuridiche.

Estremamente significative, a tale riguardo, le riflessioni sviluppate da Drucilla Cornell in *Dismembered Selves and Wandering Wombs* sul fondamento del diritto all'aborto.

L'opera, oltre che la convergenza del pensiero femminista con i CLS, rivela la svolta verso una concezione che, seppur critica, appare più fiduciosa circa l'importanza dei diritti. Infatti, il linguaggio dei diritti, declinato con rigore critico, si rivela essenziale nel dar voce ad istanze di emancipazione ed uguaglianza: nel caso in questione, senza il riconoscimento del diritto all'aborto, "uguaglianza" è parola vuota. Nel riaffermare la centralità del lessico dei diritti al fine di assicurare adeguata protezione alla intimità, alla sessualità e alla fecondità femminile, Drucilla Cornell non manca di sottolineare l'esigenza di una ridefinizione del diritto all'aborto.

Affinché il diritto all'aborto sia veicolo di libertà ed uguaglianza, questo dovrà essere inteso non quale *right to privacy* - espressione di libertà meramente negativa - ma quale *right to bodily integrity*, concetto che implica la garanzia positiva di condizioni di uguaglianza e sicurezza per tutte le donne.

Precisato il significato del diritto all'aborto, diviene chiara la dimensione simbolico-sociale in cui la questione viene a collocarsi. Il

tentativo di riformulare il diritto all'aborto quale diritto all'integrità corporea muove, infatti, dall'esigenza di tutelare e garantire le condizioni minime di auto-individuazione che sono l'ineliminabile premessa di uno sviluppo armonico e coerente della personalità e dell'individualità di ciascuno. *Bodies matter*, recita il titolo di un noto libro di Judith Butler, per la quale la percezione della propria integrità corporea ha una alta valenza etica e simbolica, in quanto rappresenta la condizione minima e fondamentale per la costruzione simbolica del sé e della persona. In tale processo di individuazione simbolica, l'«Altro» gioca un ruolo di primo piano: acquisiamo il senso della nostra individualità non solo attraverso la nostra autopercezione, ma anche attraverso l'immagine di noi stessi che ci viene restituita dall'«Altro». La negazione del diritto all'aborto, sottolinea Drucilla Cornell, incide sull'immagine e sull'autopercezione dell'integrità corporea, minando irreversibilmente il processo di costruzione simbolica del sé. Negare il diritto all'aborto significa smembrare il corpo femminile e consegnarne il grembo ad un «Altro» simbolico, il sistema giuridico, che lo regola e ri-immagina, riducendolo a mero contenitore. Il processo di individuazione e di costruzione simbolica del sé ne risulta irrimediabilmente minato nelle sue condizioni minime e fondamentali. Gli effetti sono devastanti sotto un duplice profilo: se, per un verso, l'autopercezione della propria integrità fisica è compromessa, per altro verso il senso di individualità è annullato nella sua ricchezza e complessità e ridotto alla mera funzione biologica e materna.

Per Drucilla Cornell, dunque, il linguaggio dei diritti mantiene intatta la propria forza ed efficacia; il diritto all'aborto, inteso quale *right to bodily integrity* è garanzia fondamentale di emancipazione ed uguaglianza.

#### 4. 1. 1 Drucilla Cornell ed il femminile come non ancora

Caratteristica della Cornell è, in primo luogo, la rivendicazione di una alternativa sia al femminismo *liberal* che al femminismo *radical*: "*My goal is to suggest ethical feminism as an alternative to both liberal and radical feminism. Ethical feminism explicitly recognizes the 'should' in representations of the Feminine. Correspondingly, ethical feminism rests its claim for the intelligibility and coherence of 'her-story' not on what women 'are', but on the remembrance of the 'not-yet' which is recollected in both allegory and myth*"<sup>251</sup>.

Secondo Cornell il peculiare della donna, il femminile, viene ad essere inseparabile dalla sua rappresentazione linguistica e si caratterizza per la propria intraducibilità all'interno di un universo le cui categorie linguistiche vengono ad essere strutturate su un ordine simbolico che è, per definizione, maschile. La donna appare dunque sempre oltre la rappresentazione linguistica, venendo ad assumere, eventualmente, un ruolo possibilitante per la stessa lingua. L'autrice si interroga, in particolare, sul perché le conquiste delle donne a livello legale siano state difficili da ottenere e sul perché vengano continuamente rimesse in discussione. Si tratta, in particolare, di arrivare ad una nuova sintesi nella quale la gerarchia di genere venga trasformata in una concezione etica che superi l'attuale relazione di dominanza.

La Cornell si richiama a Lacan introducendo la relazione tra la semantica del desiderio e quella della legge. La differenza uomo-donna riposa sul fatto che l'oggetto rimosso del desiderio, la madre, potrà essere sostituito da parte maschile sul piano culturale, mentre alla donna non sarà possibile. La donna viene dunque a determinarsi come assenza, come senza

---

<sup>251</sup> D. Cornell, *The Double-prized World: myth, Allegory and Feminine*, in, "Cornell Law Review", 75, 1990, p. 645.

voce, ovvero la condizione stessa di possibilità del linguaggio che, tuttavia, all'interno del linguaggio non può essere detta. Come osservato da Andronico, in Cornell, "la differenza di genere non ha nulla a che fare con la biologia, risultando piuttosto legata ad una certa interpretazione del desiderio della madre, tutta interna ad un sistema sociale di tipo patriarcale ed androcentrico"<sup>252</sup>.

La differenza sessuale risulta dunque 'costruita', elaborata, all'interno del sistema sociale, letto dalla Cornell secondo quanto teorizzato da N. Luhmann. Lo stesso gender viene considerato un sottosistema sociale e considerato in rapporto al sottosistema giuridico.

Il problema della trasformazione del sistema viene poi affrontato con un richiamo al pensiero di Derrida, traducendo la teoria dei sistemi all'interno del decostruzionismo. Ciò avviene tramite l'analisi del concetto di sintomo: "*I would like to replace the irritant with the symptom... What Derrida says about the symptom in the body of the ego can and should be said of the feminine with the gender hierarchy. But the concept of the 'symptom', the system is de-limited by its other and not just self-limiting. Or the foreigner, there is an 'outside', because she is the banished, the marginalized. But is this just another definition by the system and, thus, an internal definition of the system?*"<sup>253</sup>.

La differenza secondo la filosofa Americana che si richiama a Derrida non è soltanto interna al sistema sociale e funzionale ad esso, ma nello stesso tempo viene limitandolo dall'esterno. L'operazione riposa sul concetto derridiano di iterazione, di 'ripetibilità' della decostruzione. In effetti, come si è visto, per il filosofo francese, identità e differenza, interno/esterno sono sempre co-implicati, sin dall'origine. Il

---

<sup>252</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, cit., p. 92.

<sup>253</sup> D. Cornell, *The Philosophy of the Limit: Systems theory and Feminist legal Reform*, Routledge, London – New York, 1992, pp. 83- 84.

funzionamento del sistema riposa dunque sulla sua possibilità di essere ripetuto, come la traccia che, essendo assente, viene ad essere ripetuta ed alterata essendo continuamente immessa in nuovi ambiti.. per la Cornell, dunque *“Once we understand that no system can guarantee itself against the constant shift or its boundaries because of structural coupling and, I would add, iterability, then we can only understand self-referentiality as a future-oriented aspiration that can never be completed”*<sup>254</sup>.

La Cornell reinterpreta la decostruzione come una forma di orientamento al futuro della teoria dei sistemi di Luhmann. Rispetto al *gender*, dunque, il rapporto tra il sistema di *gender* ed il sistema giuridico, seguendo Derrida, mostra come il giuridico per riuscire a conservare la propria identità non può che “aprirsi incessantemente alla possibilità di una trasformazione dei suoi concetti, magari proprio in direzione di quell’altro, di quel ‘non ancora’, rappresentato dal Femminile, vera e propria risorsa ‘infinita’ di giustizia”<sup>255</sup>. La decostruzione, in D. Cornell, si configura dunque come il controaltare del positivismo giuridico della teoria dei sistemi.

La Cornell, inoltre, sottolinea un nesso, ovvero che la norma giuridica viene considerata come valida in rapporto alla funzione di operazioni interne al sistema giuridico. Tale modalità di pensiero riposa, sempre secondo la femminista americana, sul privilegio della dimensione del presente. Sia Luhmann, sia la teoria dei sistemi applicata sul piano giuridico, sono eredi (e pienamente inseriti all’interno) della metafisica della presenza. L’essere viene pensato come semplice-presenza.

---

<sup>254</sup> D. Cornell, *The Philosophy of the Limit: Systems theory and Feminist legal Reform*, cit., p. 87.

<sup>255</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, cit., p. 101.

Derrida, che mutua da Heidegger tale aspetto, considera la differenza all'interno della metafisica della presenza che ha caratterizzato l'ontologia dell'occidente. La decostruzione del pensiero heideggeriano si trova necessariamente ad attraversare il senso dei concetti della presenza, in quanto determinazione temporale essenziale dell'essere e orizzonte della comprensione di esso, e della differenza ontologica tra essere e ente, rimossa nel corso della storia della metafisica, che ha perciò vissuto un lungo oblio dell'essere. La decostruzione da parte di Derrida dell'apparato metafisico viene ad essere iscritta nell'orizzonte heideggeriano.

Si può brevemente ricordare che già in *Essere e tempo*<sup>256</sup> Heidegger muoveva dall'intento di individuare "la determinazione del senso dell'essere come *parousia* o come *ousia* che, nell'ordine ontologico-temporale vuol dire presenza (*Anwesenheit*). L'essente è colto nel suo essere come presenza (*Anwesenheit*), cioè compreso in riferimento ad un modo determinato del tempo, il presente (*Gegenwart*)"<sup>257</sup>. Da parte propria Derrida afferma che "da Parmenide a Husserl, il privilegio del presente non è mai stato messo in questione. Non ha potuto esserlo. Esso è l'evidenza stessa e nessun pensiero sembra possibile al di fuori del suo elemento"<sup>258</sup>.

La Cornell, dunque, collega il discorso sulle norme giuridiche alla questione della metafisica della presenza, operazione indiscutibile essendo lo *Anwesenheit* la caratteristica fondamentale del pensiero dell'essere nel tempo attuale. A tale riguardo nel diritto (come secondo Luhmann) una norma viene ad essere considerata valida soltanto in quanto viene prodotta in conformità ad un'altra norma. L'identità del sottosistema giuridico viene ad essere garantita dalla ricorsività, ovvero il diritto è prodotto dal diritto

---

<sup>256</sup> M. Heidegger., *Essere e tempo*, UTET. Torino, 1969.

<sup>257</sup> *Ivi*, p. 83

<sup>258</sup> J. Derrida, *Ousia e grammé. Nota su una nota di Sein und Zeit*, in *Margini della filosofia*, Einaudi, Torino 1997, pp. 59-104 , p. 64.

che, rileva Andronico, "vuol dire che il diritto continua ad essere pensato come qualcosa di immediatamente presente, non intaccato da nient'altro che non sia diritto"<sup>259</sup>.

Dal punto di vista del femminismo il problema è la 'chiusura normativa' tipica del diritto come sottosistema, sebbene, chiaramente, quest'ultimo non sia esente da influenze da parte dell'ambiente esterno. Per La Cornell " *Normative closures creates the seeming adequation of law and justice. This formulation of law as logical recursive can, of course, be understood as a reformulation of the positivist hypothesis. The nomos of the law can only be found in law's thesis*"<sup>260</sup>. Il futuro ed il presente vengono dunque pensati, anche nel sottosistema giuridico, solo all'interno dell'orizzonte del presente; esistono e sono tali solo in tal senso e " *meaning can only arise if there is this shared 'present'. This set of constraints establishes the recursivity of the system. Social communication demands that there be a 'present' that is 'there' for the temporal actors*"<sup>261</sup>.

Alla Cornell interessa, ovviamente, il porre l'accento sul 'non-ancora', su ciò che non è ancora divenuto a livello di sistema giuridico. L'elaborazione teorica di Derrida viene dunque 'adoperata' per cercare di far risaltare il 'non-ancora', lo scarto della giustizia. Il futuro dovrà dunque essere pensato come traccia e non a partire dal presente (e non, in linguaggio heideggeriano e derridiano, come 'semplice-presenza' del non ancora presente). Fondamentale appare dunque il richiamo alla *Différance*

---

<sup>259</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, cit., p. 105.

<sup>260</sup> D. Cornell, *Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility*, in, "Yale Journal of Law & the Humanities", 2, 1990, p. 272.

<sup>261</sup> *Ivi*, p. 274.

che - per la Cornell – “*temporizes. It breaks up the so-called claim to fullness of any given reality, social or otherwise, because reality only ‘presents’ itself in intervals*”<sup>262</sup>.

Ora il presente – anche il presente del sistema giuridico e della norma – diviene impronunciabile, in quanto traccia, traccia di qualcosa che esiste semplicemente come rinvio ad altro; per Derrida “il presente diviene il segno del segno, la traccia della traccia. Non è più ciò a cui in ultima istanza rinvia ogni rinvio. Diviene una funzione in una struttura di rinvio generalizzato. E’ traccia e traccia della cancellazione della traccia”<sup>263</sup>.

Per quanto riguarda il diritto, mediante la decostruzione del presente si assiste alla completa messa in discussione della possibilità che questo venga a fondarsi su sé stesso sulla base di una logica autoreferenziale. Ciò dunque comporta “riaprire lo spazio per la giustizia, intesa come quel ‘non-ancora’, quel ‘futuro’, che nessun sistema giuridico potrà mai definitivamente risolvere all’interno del suo essere posto, qui ed ora. Qualsiasi sistema, infatti presuppone una sorta di zona cieca, di limite al movimento di totalizzazione, che ne costituisce allo stesso tempo condizione di funzionamento e risorsa rivoluzionaria”<sup>264</sup>.

Mediante Derrida, dunque, la Cornell riesce a prendere le distanze sia da quelli correnti femministe che fondano la differenza sulla diversa natura della donna, sia dagli aspetti irrazionalistici dei *Critical Legal Studies*. La critica è duplice. Da un lato, si tratta sia di non ricadere nella logica duale della ricerca del fondamento, considerando il genere semplicemente come un diverso fondamento e finendo quindi per riprodurre la stessa logica – di tipo binario – del sistema patriarcale. Dall’altro, bisogna anche evitare di finire in una sorta di scetticismo – etico ed ontologico –

---

<sup>262</sup> *Ivi*, p. 278.

<sup>263</sup> J. Derrida, *Margini della filosofia*, Torino, Einaudi, 1997, p. 53.

<sup>264</sup> A. Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, cit., p. 107.

portando alle estreme conseguenze il discorso anti-fondativo. La Cornell – in ciò seguendo un’impostazione identica a quella di Derrida – invita a non confondere la *grundlosigkeit* (ovvero la ‘mancanza di fondamento’) – con la *Unsinlosigkeit*, l’insensatezza, banalizzando a non buttare il bambino con l’acqua sporca.

Per la Cornell, dunque. *“there is no ultimate feminine concept of Woman that can be identified once and for all. But this suspicion also prevents Derrida from proclaiming the Truth of Woman as absence, or more specifically as the absence of Truth”*<sup>265</sup>. E’ la stessa presenza – o meglio la traccia – all’interno del sistema giuridico che non si riesce a ridurre completamente al sistema stesso – in quanto sempre eccedente – a mettere sempre in gioco, ripetutamente, la questione della giustizia e del suo futuro (aprendo così, tra l’altro, la possibilità dell’azione politica). *“The deconstructive emphasis on the opening of the ethical transcendence of any system which exposes the threshold of the ‘beyond’ of the non yeti s crucial to a conception of legal interpretation which argues that the ‘is’ of Law can never be completely separated from the elaboration of the ‘should be’ dependent on an appeal to the Good, Ethical alterity is not just the command of the Other, it is also the Other within the nomos that invites to new worlds and remind us that transformation is not only possible, it is inevitable”*<sup>266</sup>.

#### 4. 1. 2 Judith Butler

La Butler pare insistere ancora maggiormente sulla eccedenza dei significati. Ad esempio, a proposito del genere ha elaborato una teoria performativa<sup>267</sup>. In tal senso, il genere è performativo e quindi “non c’è un

---

<sup>265</sup> D. Cornell, *The Double-prized World: myth, Allegory and Feminine*, cit., p. 679.

<sup>266</sup> D. Cornell, *From the Lighthouse: The Promise of Redemption and the Possibility of Legal Interpretation*, in “Cardozo Law Review”, 11, 1990, p. 1709.

<sup>267</sup> J. Butler, *Scambi di genere*, Sansoni, Milano, 2004.

genere che viene espresso per mezzo di azioni, gesti o parole”<sup>268</sup>, bensì è la performance del genere “a produrre retroattivamente l’illusione che sia un nucleo interno di genere. Si potrebbe dunque dire che la performance del genere produce retroattivamente l’effetto di un’essenza o disposizione femminile vera e durevole, tanto che non si può usare un modello indicativo per pensare il genere”<sup>269</sup>. Derrida avrebbe detto che il genere si configura quale una funzione in una struttura di rinvio generalizzato.

Qui il pensiero di Derrida sembra essere totalmente compreso all’interno delle riflessioni della Butler; o meglio la Butler sembra partire da Derrida stesso. Non c’è origine (del genere) ed il genere è nel suo divenire, dislocandosi ed ‘attuandosi’ produce se stesso come identità, o meglio, come traccia. La somiglianza è fortissima, quasi un’identità; afferma Derrida “ciò che si scrive *différance* sarà dunque il movimento di gioco che produce per mezzo di quello che non è semplicemente un’attività, queste differenze, questi effetti di differenza. Ciò non vuol dire che la *différance* sia prima di esse, in un presente semplice e in se immodificato, in-differente. La *différance* è l’origine non-piena, non semplice, l’origine strutturata e differente [*differant*] delle differenze. Il nome di ‘origine’ non le si confà più”<sup>270</sup>. In tal senso si può ragionevolmente sostenere che la Butler porta a compimento il discorso della Cornell.

L’influenza fondamentale di Derrida è poi esplicitamente richiamata dalla stessa Butler e traspare chiaramente nel lungo passo che riportiamo qui di seguito: “All’inizio, ho imparato a leggere la performatività del genere grazie all’interpretazione di *Davanti alla legge* proposta da J. Derrida.

---

<sup>268</sup> J. Butler, *Melanconia di genere/identificazione rifiutata*, in, Dimen M. – Goldner G., *La decostruzione del genere. Teoria femminista, cultura postmoderna e clinica psicoanalitica*, Milano, Il Saggiatore, 2006, (pp. 33-48), p. 42.

<sup>269</sup> *Ibidem*

<sup>270</sup> J. Derrida, *Margini della filosofia*, cit., p. 39.

Nella parabola kafkiana, colui che aspetta la legge, che siede davanti alla porta della legge, attribuisce una certa forza alla legge che aspetta. L'attesa di una rivelazione autorevole del significato è il mezzo mediante il quale quell'autorità viene attribuita e insediata: l'attesa evoca il suo oggetto. Mi sono domandata se non avessimo un'aspettativa analoga riguardo al genere, se non ci aspettassimo che operasse come essenza interiore da rivelare, aspettativa che finisce per produrre proprio il fenomeno atteso. In primo luogo, la performatività del genere produce ciò che postula al di fuori di se stessa. In secondo luogo, la performatività non è un atto singolare, bensì una ripetizione e un rituale che sortisce i suoi effetti mediante la naturalizzazione nel contesto di un corpo, inteso, in parte, come durata temporale sostenuta culturalmente"<sup>271</sup>.

A parte gli aspetti 'personali' e 'psicologici', il risvolto 'politico-giuridico' delle argomentazioni della Butler sembra riposare sulla sua stessa forza dissolvente: le norme, il sistema giuridico, propriamente, possono essere considerati come degli 'effetti retroattivi' di una traccia che, non solo e non tanto, è scomparsa, ma che, piuttosto, 'viene ad essere' nel gioco del suo farsi, prende corpo divenendo: è la stessa dialettica a produrlo. Le norme dunque possono essere modificate in quanto esse stesse divengono ciò che sono nel momento in cui ci aspettiamo che lo siano.

La norma è dunque, seguendo la Butler, 'imitazione'? Dice la studiosa americana di origine ebraica: "il rapporto fra le performance in drag e la performatività di genere era visto più o meno in questi termini: quando un uomo si traveste da donna (cioè performa in drag come donna), la 'imitazione' che viene vista in questo travestimento è considerata una 'imitazione' della femminilità – ma la 'femminilità' che viene imitata non

---

<sup>271</sup> J. Butler, *Scambi di genere*, cit., pp. XVIII-XIX.

viene affatto intesa anch'essa come un'imitazione. Tuttavia, se consideriamo che il genere viene acquisito, che viene assunto in relazione a ideali che in fondo non appartengono a nessuno, allora la femminilità è un ideale che si può sempre e solo imitare. Dunque, il drag imita la struttura imitativa del genere, rivelando come il genere stesso sia un'imitazione"<sup>272</sup>.

Dal punto di vista politico, rileva sempre la Butler, bisogna dunque evitare di agire semplicemente secondo la logica 'emancipatoria classica', ovvero opponendosi frontalmente alla logica discriminatoria del genere. Questo perché, così facendo, si ricade in un dualismo, in una logica degli opposti. Tale logica è falsa e, soprattutto, finisce per indebolire entrambi i poli, mostrandoli entrambi come se fossero (falsamente) monolitici. Il genere non è mai una costruzione 'monolitica' e non deve essere pensato all'interno della diade maschile/femminile. Così facendo si finisce per ipostatizzare le differenze e si creano due soggetti 'falsi' ma compatti. Si rientra, insomma, in una logica discriminatoria. Posto che norme giuridiche tendono a stabilizzare il reale e a costituirlo, la Butler sembra suggerire che è necessario opporsi ad esse partendo dall'incoerenza della propria identità.

Ci sembra, inoltre, che quanto osservato dalla Butler sia vicino a ciò che dice Derrida osservando il ruolo dell'aporia che apre alla decisione "Se nessuna decisione (etica, giuridica, politica) è possibile senza interrompere la determinazione e impegnandosi così nel *forse*, in compenso questa stessa decisione deve interrompere ciò che pure è la sua condizione di possibilità, lo stesso *forse*"<sup>273</sup>.

Si può forse trarre una prima conclusione.

---

<sup>272</sup> J. Butler, *Melanconia di genere/identificazione rifiutata*, cit., p. 43.

<sup>273</sup> J. Derrida, *Questa folle 'verità': il giusto nome di amicizia*, in, Derrida J., *Politiche dell'amicizia*, Cortina, Milano, 1995, p. 85.

Grazie alla Cornell, come si è visto, la logica della differenza viene a 'scardinare' il sistema giuridico dall'interno (propriamente eliminando la dicotomia interno/esterno); la Butler prosegue in questa opera dissolutoria, mostrando ancora di più i rischi della logica delle opposizioni frontali. Entrambe le autrici sembrano recuperare la dimensione dialettica, come era stato sottolineato da Vattimo a proposito del postmoderno. Il vero rischio può forse risiedere nel fatto che lo stesso diritto, le stesse norme vengano esse stesse 'indebolendosi' (anche qui analogamente a quanto osservato da Vattimo). Avendo le norme il compito di stabilizzare l'esistente, di renderlo più 'certo', è sempre possibile che si presenti e ripresenti un rischio di 'irrigidimento', ovvero che i 'diritti del genere' vengano ipostatizzati, finendo così per ricreare un 'genere' non solo 'falso', ma anche eccessivamente 'ideologico'. Tuttavia, sembra inevitabile permanere e continuare a percorrere le vie dell'erranza (sempre secondo Vattimo); si tratterà, allora, di fare sì che il 'depotenziamento delle norme' non finisca per dissolverle eccessivamente, per renderle troppo deboli.

La questione del rapporto tra il genere e le norme, tra il genere e le sue regolamentazioni, viene ulteriormente affrontato dalla Butler in *Regole di genere*<sup>274</sup>. Qui la Butler, dissentendo parzialmente da Foucault, osserva come, propriamente, lo stesso genere rappresenta una norma, "rappresenta il sistema attraverso cui hanno luogo la produzione e la normalizzazione del maschile e del femminile...la produzione di tale coerente binarismo è contingente, e ha un prezzo, e le mutazioni di genere che non rientrano in tale binarismo fanno parte del genere tanto quanto le sue istanze più normative"<sup>275</sup>. Ancora una volta sembra agire la logica della differenza,

---

<sup>274</sup> J. Butler, *Regole di genere*, in Butler J., *La disfatta del genere*, Meltemi, Roma, 2007, pp. 66– 84.

<sup>275</sup> *Ivi*, p. 69.

infatti, per la Butler, “il genere è il meccanismo attraverso cui vengono prodotte e naturalizzate le nozioni di maschile e di femminile, ma potrebbe anche rappresentare lo strumento tramite il quale decostruire e denaturalizzare tali termini. In effetti può anche accadere che proprio l'apparato preposto all'insediamento della norma operi anche contro l'insediamento stesso, il quale, a sua volta, è, per così dire, incompleto per definizione”<sup>276</sup>.

Il rischio, dunque, ancora una volta è quello di ipostatizzare la differenza, in quanto, “un discorso restrittivo sul genere, che persiste nel binarismo uomo/donna, come unico modo di intendere l'ambito del genere, mette in atto un'operazione *regolatrice* di potere che naturalizza l'esempio egemone, impedendo la possibilità del suo smantellamento”<sup>277</sup>.

La norma può essere modificata in quanto, nella sua costitutiva temporalità, “si apre a una sostituzione e a una sovversione che provengono dall'interno”<sup>278</sup>. La Butler poi sembra sottolineare la caratteristica eccedenza della norma, la quale ha con le proprie incorporazioni la stessa distanza che separa il genere dalle sue naturalizzazioni. Richiamando Foucault si osserva che la regola è ciò che rende regolari (con funzione diremmo 'istitutivo-normalizzante') ed è, parimenti, una disciplina di sorveglianza, peculiare delle forme del potere attuale, il quale, poiché non si configura esclusivamente come costrittivo o repressivo, non è soltanto di carattere giuridico. Il giuridico, da parte propria, sembra per la Butler rientrare all'interno del 'sociale'. La norma giuridica, come quella sociale, appare dunque, negli scritti della Butler, come profondamente ambigua: “nella misura in cui i meccanismi regolatori

---

<sup>276</sup> *Ibidem*

<sup>277</sup> *Ibidem*

<sup>278</sup> J. Butler, *Regole di genere*, cit., p. 74.

agiscono come norme, essi diventano momenti fondamentali nella ricostruzione dell'idealità della norma, durante i quali la sua storicità e la sua vulnerabilità sono temporaneamente messe fuori gioco. In quanto meccanismo di potere, la regola può assumere una forma legale, ma la sua dimensione legale non esaurisce la sfera della sua validità<sup>279</sup>. La regola, inoltre, poiché utilizza categorie secondo le quali le persone diventano interscambiabili svolge funzione di normalizzazione. Le leggi, osserva la Butler, hanno anche la funzione di 'creare' i soggetti che usufruiranno delle leggi stesse (stabiliscono, ad esempio, chi è 'povero' o ha bisogno di assistenza sociale). Di conseguenza, "le regole che cercano di reprimere certe particolari attività (molestie sessuali, truffe ai danni del sistema di *welfare*, discorso sessuale) mettono in scena un altro tipo di attività che, per la maggior parte, rimane inosservata: la produzione di parametri della soggettività, ossia la creazione di persone che siano conformi a norme astratte, le quali condizionano e al contempo eccedono le vite che creano e distruggono"<sup>280</sup>. Sebbene parzialmente inevitabile, la norma stessa, sembra suggerire la Butler, produce violenza e 'ingiustizia' (e è sempre un 'eccedenza' rispetto al singolo), il sistema giuridico rischia dunque di produrre degli schemi astratti di carattere costrittivo. La Butler vuole forse sottolineare i rischi cui sottostà ogni, pur lodevole, sforzo emancipatorio.

---

<sup>279</sup> J. Butler, *Regole di genere*, cit., p. 83.

<sup>280</sup> *Ivi*, p. 84.

#### 4. 3 Stati Canaglia, Pater Familias: il terrore del dissimile

Anne Dufourmantelle ha raccolto nel testo intitolato *Sull'ospitalità*<sup>281</sup> un seminario che Derrida tenne nel 1966, nel quale il filosofo prospetta la questione dello straniero come venuta da "fuori". Lo straniero è l'essere in questione ed è colui che "mi" mette in questione. Derrida ricorda che in molti dialoghi di Platone è lo straniero a porre delle domande, per esempio lo straniero Socrate pone in questione la teoria di Parmenide e così compie un parricidio. «Lo straniero scuote il minaccioso dogmatismo del *logos* paterno: l'essere che è, e il non-essere che non è. Come se lo straniero dovesse cominciare col contestare l' autorità del capo, del padre, del signore della famiglia, del "padrone di casa", del potere d'ospitalità.

In *La politica* di Platone lo straniero formula la domanda intollerabile, la domanda dell'uomo politico. Lo *xenos* chiede se il politico può essere posto tra coloro che fanno.

Il filosofo di Algeri sottolinea che l'ospitalità comunemente intesa non viene offerta a qualsiasi anonimo ma a chi ha una propria identità. Ciò che distingue lo straniero dall' altro assoluto è il fatto che quest'ultimo non ha un nome. Derrida oppone l'ospitalità incondizionata a quella comunemente intesa, ma ciò sembra metter in evidenza un paradosso: «l'ospitalità assoluta rompe con la legge dell'ospitalità. In altre parole, l'ospitalità assoluta esige che io apra la mia dimora e che la offra non soltanto allo straniero (provvisto di un cognome, di uno statuto sociale di straniero eccetera), ma all'altro assoluto, sconosciuto, anonimo, e che gli dia luogo, che lo lasci venire, che lo lasci arrivare e aver luogo nel luogo che gli offro, senza chiedergli né reciprocità (l'entrata in un patto) e neppure il suo nome»<sup>282</sup>. C'è

---

<sup>281</sup> J. Derrida, *Sull'ospitalità*, trad. it di I. Landolfi, Baldini & Castoldi, Milano 2000.

<sup>282</sup> *Ivi*, pag. 32.

una frattura tra l'ospitalità assoluta e l'ospitalità di diritto, la stessa rottura che troviamo tra la giustizia e il diritto.

Dunque, l'ospitalità inizia con il domandare il nome all'altra persona o si dona all'altro prima che egli riveli la sua identità? Derrida, interpretato da Landolfi<sup>283</sup>, dice che in ogni circostanza, in cui troviamo il tema dello straniero e dell'ospitalità, troviamo anche la scena del parricidio in quanto l'ospite, colui che si accoglie, è anche colui che comanda. Il potere dell'ospite è lo stesso del *pater familias*.

La decostruzione, l'evento, l'inaspettato investe sempre l'autorità del Padre, di una padronanza (*kratos*), della circolarità (questa figura non è lontana dalla "globalizzazione") del ritorno a sé. La scoperta del dissimile nella propria "casa": è questo l'inquietante (*unheimlich*), il fantasma dell'autoimmunità che investe ogni sovranità, in particolare ogni sovranità democratica, quella che implica insieme il calcolo e l'incondizionato, l'uguaglianza e la differenza, il simile e il dissimile.

In una prospettiva multiculturale relazionarsi con il canone occidentale, confrontarsi con esso, rileggerlo, ristudiarlo sulla base di nuovi orizzonti allargati, reinterpretarlo, rielaborarlo, spingendosi fino al punto di riscriverlo, non è un atto rassegnato di imitazione passiva e di esaurimento creativo, bensì riscoperta e proiezione verso il futuro del significato aperto di canone, concepito come svincolato da condizionamenti ideologici autoritari che si presumono assoluti e universali, e simultaneamente momento di vera e propria produzione creativa originale, sinonimo di raggiungimento di quella tanto auspicata fase di decolonizzazione culturale in cui pluralità e ibridismo sono parole chiavi garanti di tolleranza culturale.

---

<sup>283</sup> J. Derrida, *Sull'ospitalità*, cit., pag 112.

Quando Butler legge Arendt ci sottopone a questa suggestione: ci sono modi di appartenere al di là dello Stato-nazione?, e parte dal disappunto per alcune delle tesi esposte dalla Arendt in *Vita activa*, dove, nel tentativo di fondare la politica sulla base della *polis* greca, viene avanzata una netta distinzione tra una dimensione politica pubblica dell'esistenza e una dimensione privata tesa alla conservazione e riproduzione della vita. Appartengono a questa sfera privata, scrive Butler, quegli esseri che per età (bambini), sesso<sup>284</sup> (donne) e status (gli schiavi) non superano la prova dell'intelligibilità sociale richiesta perché venga loro riconosciuto il diritto di accedere alla dimensione politica. Se questo è il modo in cui Butler ripropone succintamente il pensiero Arendt, possiamo già intuire dove cadrà la sua obiezione. Chi resta escluso dalla vita pubblica non appartiene "per natura" a una dimensione pre-politica dell'esistenza umana: la squalifica per la cittadinanza è insieme una qualifica per l'essere senza-stato. In altri termini, la presunta naturalezza di una categoria che sembra precedere la dimensione politica è in realtà prodotta dagli stessi meccanismi che conferiscono lo status di cittadinanza agli uomini maschi, adulti e liberi. Se nel capitolo "*Il tramonto dello stato nazionale e la fine dei diritti umani*" de *Le origini del totalitarismo* pare che sia proprio la discriminazione tra vita politica degna di tutele e "nuda vita"<sup>285</sup> sprovvista di garanzie a guidare la riflessione di Arendt, a Butler sembra che in *Vita activa* l'autrice lasci senza critica il meccanismo di de-politicizzazione che sostiene la macchina politica della polis. Butler ritiene che la dimensione pubblica della città greca, evocata da Arendt come antidoto al nazionalismo dello Stato moderno, riproponga la stessa distinzione escludente operata dallo Stato-

---

<sup>284</sup> Butler preferisce chiamarlo gender, con l'intenzione di smarcarsi dall'impostazione dicotomica che contrappone un sesso inteso in termini biologici e un gender inteso come costruzione sociale della differenza naturale dei sessi.

<sup>285</sup> Vedi cosa significa nuda vita per Agamben

nazione nei confronti delle cosiddette “minoranze nazionali”: nel caso della modernità è la nazione a divenire matrice di legittimità politica, mentre nel caso della polis erano la classe e la razza a determinare lo status giuridico. Il punto è che esiste pur sempre una linea di demarcazione: il confine della nazione è la figura simbolica di una soglia che ha senso nella misura in cui alcuni possono liberamente attraversarla mentre ad altri è impedito il transito.

Butler parla di etero-dichiarati/e, e cioè, di quelle persone che giuridicamente non appartengono allo Stato Nazione in cui vivono, per giunta denominate “diverse” da chi è cittadino/a, il quale non solo vive lo Stato Nazione, ma gli/le appartiene; così come etero-dichiarati/e sono tutti coloro che non rientrano nei *frames* di intelligibilità costruiti dall’umanesimo occidentale: esistono vite spettrali che restano ai margini di un’ontologia dell’umano che fatica a riconoscere chi devia dagli standards di presunta normalità<sup>286</sup>. E’ sempre la legge che permette e decide chi essere e cosa fare.

Noam Chomsky asserisce che i potenti possiedono le maggiori risorse per l’uso della violenza, ma quando sono loro a usare violenza la chiamano autodifesa; al contrario, quando sono le vittime, quello si chiama terrorismo. Nel 1988, quando il Governo americano era alleato del Governo razzista di Pretoria, il Pentagono definì Nelson Mandela (premio Nobel per la pace) ‘uno dei più pericolosi terroristi del mondo’.

Muovendo dal problema della sovranità, dal ruolo attuale degli Stati Uniti e dagli sconvolgimenti causati dalla globalizzazione, il filosofo francese si

---

<sup>286</sup> Butler si è misurata a lungo con queste questioni soprattutto in riferimento ai problemi delle minoranze sessuali. Secondo l’Autrice esistono sempre delle griglie interpretative che orientano il riconoscimento dell’umano credendo che negli ultimi decenni le lotte delle minoranze sessuali abbiano mostrato che le norme di intelligibilità dell’umano possono essere destabilizzate e aperte a nuove risignificazioni.

chiede cosa diventino i concetti di "ragione" e di "democrazia", come anche quelli di "politica", di "guerra" e di "terrorismo", allorché il vecchio fantasma della sovranità statale perde la propria credibilità.

La teoria degli Stati canaglia, per rimanere alla cronaca, è la classica ragione che il più forte si dà, ed è inutile cercarvi delle giustificazioni argomentabili, perché, semplicemente, esse non ci sono. Venuta in auge negli anni Ottanta e soprattutto dopo il 1990, già durante l'amministrazione Clinton, per qualificare presunte trasgressioni del diritto internazionale, l'espressione *rogue State* viene infatti definita da un membro dell'équipe di Clinton, Robert S. Litwak, nel modo più esplicito possibile: «a rogue State is whoever the United States says it is». Nella sua spudorata franchezza questa definizione possiede un significato emblematico. Mentre durante la cosiddetta Guerra Fredda la teoria degli Stati canaglia poteva ancora avere un senso perché era ancora possibile dare una forma statale alle minacce e ai pericoli, con il crollo dell'Unione Sovietica prima e con quello delle *Twin Tower* definitivamente essa diviene un semplice alibi, una scusa, un'insensatezza. Il terrore non può più essere localizzato in uno Stato-nazione; non ha più un contorno circoscritto e organizzato che uno possa dichiarare 'nemico' (o 'amico'); contro di esso, contro questa informità, non è più ipotizzabile di muovere una 'guerra'. Con l'11 settembre si fa perciò implausibile e va direttamente in archivio un intero armamentario logico, politico, giuridico: è un'epoca che chiude. Cosicché nella definizione di Litwak è il concetto stesso di Stato canaglia a toccare il proprio limite.

In realtà di Stati canaglia non ce ne possono, alla lettera, essere più. Solo, perciò, con un atto di forza arbitrario, con un gesto unilaterale è possibile sostenere malamente il contrario e continuare strumentalmente ad avvalersene per fini interni e internazionali.

Chi rimane davvero `canaglia' allora se non proprio gli Stati Uniti e i loro alleati?

A ben vedere, sottolinea Derrida, il 'mostro' che ci troviamo malauguratamente di fronte è proprio il fatto che non esistono ormai che Stati canaglia: ogni Stato esercita un abuso di potere. Giunti a questo punto a quale idea di democrazia rifarsi in alternativa?

Dovremmo accontentarci di favorire una nostra, al momento letteralmente inimmaginabile, passività? Magari sì, ma in tal caso la democrazia, né più forma di governo né costituzione, scivolerebbe da una dimensione politica in una puramente etica, un'etica peraltro «impossibile» e nondimeno necessaria.

Col noto stile avvolgente, e dunque talvolta anche inconcludente, del ragionamento ad alta voce, passando attraverso Platone e Aristotele, Hobbes e Rousseau, Schmitt e Heidegger, Kant e Husserl, Nancy e sullo sfondo Agamben, Derrida ha buon gioco nel mostrarci come certe lacerazioni provengano dal nucleo stesso del concetto di democrazia, come certe cadute o ambiguità gli appartengano costitutivamente.

Qui le contraddizioni di partenza trovano un'amplificazione: una messa a punto radicale, ma non certo una qualunque risoluzione.

Aspettare l' a-venire della democrazia non implica un' azione futura, ma un presente che bisogna costruire come "proprio" e rispettoso, non a valle di un'eredità che la parola "democrazia" innegabilmente lascia e della quale nessuno rinuncia a servirsi, ma a monte della ricerca del senso della "democrazia".

Democrazia è sin dal principio, ovviamente, libertà ma anche licenza, spregiudicatezza; di nuovo libertà, cioè qualcosa di incondizionato, e insieme uguaglianza, qualcosa di misurabile; allo stesso tempo sovranità, imposizione indiscutibile e anche diritto alla continua contestazione; una

prerogativa riservata soltanto a qualcuno, a chi possiede una cittadinanza, e insieme estendibile a chicchessia, universalizzabile sino agli animali o ai morti.

In un modo o in un altro, tali antinomie esprimono un tratto irriducibile della democrazia: la mancanza in essa di un paradigma, di un'idea, di un'identità prestabiliti cui riferirsi con sicurezza. Ovvero la presenza ineliminabile, al suo fondo, di una indeterminatezza, di una vaghezza, di una indecisione, di una imprevedibilità. La democrazia ha un cuore amorfo. Tutto ciò spiega perché il tempo, la storia, cioè il rinvio, il continuo aggiornamento, le siano imprescindibilmente connaturati, siano il suo meglio. Essa vive di occasioni di perfezionamento che si rinnovano, attraverso un sempiterno divenire. Ecco perché non può patire chi le parla contro, chi la critica. E' evidente, però, che se il ragionamento di Derrida si limitasse a postulare la semplice equivalenza tra democrazia e divenire temporale - se lo schema di fondo suggerito fosse quello che la democrazia si avvale di una `crisi permanente' - avremmo a che fare con un inutile paradosso che raddoppia la realtà di fatto senza scalfirla.

Non viviamo, precisamente, già oggi irretiti e come storditi da un dispositivo mondiale che ha fatto della `crisi permanente' la propria norma?

Non a caso perciò Derrida tenta in tutti i modi di distinguere il divenire democratico, la democrazia a-venire da un semplice, automatico, rinvio all'infinito; di sottrarre l'uno e l'altra dalla pesante e controproducente ipotesi, kantiana e husserliana, di essere soltanto idee regolative. Muoversi politicamente in vista di un fine, all'interno di un orizzonte ideale, significherebbe infatti restringere drasticamente il campo, facendo di quello che `viene' qualcosa di prevedibile, di troppo simile e omogeneo a ciò che

già siamo, neutralizzandone e incorporandone in anticipo l'eventuale novità.

La posta in gioco di una democrazia, della democrazia a-venire non può che essere quella di accogliere il dissimile nel senso più lato e radicale del termine e in tutta la sua imprevedibilità. La presenza di antinomie irrimediabili nel cuore della democrazia - mai sopite lungo il corso della sua storia e mai così drammaticamente all'ordine del giorno - alluderebbe, sottolinea allora Derrida, più che a uno schema critico, ad uno schema 'auto-immunitario', il solo davvero adeguato per contrastare ciò che ci impedisce di cambiare sul serio il nostro potere, la forza implicita in ogni nostro atto e pensiero, la padronanza di noi stessi e la concomitante esclusione dell'altro.

Ciò che fa paura è il perturbante risveglio dall'incrollabile fiducia nel pensiero e nella promessa di un ordine razionale.

Il terrore si prova davanti all'inatteso. Inatteso non vuol dire necessariamente "nuovo". Non a caso la figura del perturbante si trova legata, in Freud, al tema del "doppio" e della ripetizione, al timore fantasmatico della destituzione dell'io. Il terrore più penetrante si prova quando l'impossibilità di comprendere colpisce in profondità. All'origine stessa del sé, dell'*ipseità*, del medesimo. Ecco perché il terrore è sempre familiare. Esso riguarda la casa, l'essere a casa, il confine dell'identità. È un terrore immediatamente politico: si riferisce alla possibilità di circoscrivere uno spazio come il proprio. Per questo motivo la paura rimane, secondo Hobbes, l'origine di ogni comunità. Il fondamento del politico sfugge dunque alla razionalità che pretende di formare, si pone al di fuori da quell'ordine calcolato che da quel momento in poi ne garantirà il naturale funzionamento. Il primo terrore è quello che investe la proprietà, il proprio, la definizione di sé, lo spazio.

Per questo motivo, il primo compito della politica, nel formarsi dello Stato moderno, sembra quello di garantire tale immunità: la netta distinzione fra il proprio e l'estraneo, fra la comunità dei simili uniti dalla paura (che è insieme anche la comunità dei proprietari, uniti al proprio corpo e insieme al corpo dello Stato) e i dissimili, coloro che non hanno alcun diritto da rivendicare perché non aderenti al patto che istituisce lo spazio politico. La dissimetria appare tale solo di fronte alla legge<sup>287</sup>. Non si tratta neppure di un'imputazione di colpevolezza: il dissimile è semplicemente fuori dalla legge. Irriconoscibile. Fuori dalla legge è però anche, come abbiamo visto, il suo fondamento naturale: la paura.

Cosa succede fuori dalla legge? Quale forza si esercita in sua assenza? Come distinguere il dissimile dal simile se non ricorrendo ad un fondamento che precede la stessa norma, che dunque è sempre fuori-legge? Dissimile diventa chiunque si opponga alla sovranità assoluta, dunque all'esercizio di una forza e al suo originario sconfinamento.

Decostruire il terrore vuol dire comprendere che esso non accade dove si crede che sia (l'attacco ad alcuni centri del potere, a simboli mediatizzati, a territori semi-virtuali) e accade invece laddove agisce segretamente come fattore destabilizzante dell'ordine-disordine mondiale (dove scombina un linguaggio che non sa più dichiararlo, che usa solo citazioni rituali). Decostruire il terrore come terrore vuol dire lasciare spazio a ciò che rimane imprevedibile sia rispetto all'irrazionalità (la paura hobbesiana che fonda lo Stato) che alla razionalità (la sovranità come calcolo della forza), accettare di aprirsi all'a-venire. L'evento politico che attendiamo è la decostruzione.

Precisamente, la decostruzione del teologico-politico.

---

<sup>287</sup> J. Derrida, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, a cura di F. Garritano, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

La decostruzione del teologico-politico pone il compito di accogliere tale evento, la venuta del dissimile, di praticare la democrazia come paradossale "calcolo" delle differenze, e il diritto come appello alla giustizia da parte di ogni singolarità finita e spartita, non più Una, non più un solo corpo, una circolarità, una globalità, un Mondo. È solo questo evento a rendere possibile la politica come sovranità (eccezione) senza sovranità (senza potere). Tale compito appartiene all'ordine dell'im-possibile: esso implica un ripensamento radicale della democrazia come omofilia e autoctonia, come "vivere insieme" al simile<sup>288</sup> dunque al suo fantasma e al terrore, come comunità dei fedeli, come comunità del diritto. Non è un caso se il terrore più acuto provenga sempre da una guerra fratricida, fra il simile e il suo fantasma, fra due istanze assolute di sovranità, per la spartizione del potere del padre, della sostanza, dell'unico.

Al contrario, una "co-auto-im-munità" dei dissimili e della giustizia<sup>289</sup> secondo una genealogia, forse femminile, che non genera il simile ma il diverso: una canaglia di fronte alla legge non è lontana da una paradossale democrazia della diseguaglianza: ne viene qui di una venuta imprevedibile dell'altro, di una eteronomia, della legge venuta dall'altro, della responsabilità e della decisione dell'altro, dell'altro in me più grande di me, e che mi precede. Si tratterebbe, quindi, di dissociare democrazia e autonomia, cosa che, ammetto, è più che difficile, è im-possibile<sup>290</sup>. Passaggio dal possibile all'im-possibile, dalla sovranità assoluta all'evento senza sovranità, dal potere dell'io all'evenemenzialità pura dell'altro.

---

<sup>288</sup> J. Derrida, *Autoimmunità, suicidi reali e simbolici*, in G. Borradori (a cura di), *Filosofia del terrore. Dialoghi con Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 93., p. 205, nota 14.

<sup>289</sup> J. Derrida, *Stati canaglia. Due saggi sulla ragione*, L. OdelloMilano (a cura di), Raffaello Cortina (Scienze e Idee), 2003, cit., p. 31.

<sup>290</sup> *Ivi*, p. 84.

Questo impossibile non è privativo<sup>291</sup> ma è figura dell'urgenza assoluta, appello alla giustizia per chi viene: «Pensare la democrazia vuol dire pensare il 'primo venuto': chiunque, chicchessia, sul limite, del resto permeabile, tra il 'chi' e il 'cosa', il vivente, il cadavere, il fantasma (fantôme)»<sup>292</sup>. Di nuovo il fantasma e il terrore. La democrazia ha sempre a vedere con questa spettralità<sup>293</sup> che altera irrevocabilmente qualsiasi potere sovrano. La democrazia a-venire richiede per questo un'altra sovranità, auto-immune, immune all'*autos*, spartita dalla disgiuntura, dall'interruzione, dal non-rapporto a sé. La salvezza della democrazia non è estranea al saluto<sup>294</sup> che si porge all'altro che viene. Salvarsi (salvare la ragione dalla ragione del più forte) non vuol dire mettersi in salvo (essere immuni all'altro) ma salutare, sporgersi al di là, verso ciò che non è ancora un orizzonte, nell'accoglienza (non nel terrore) di chi arriva, vivere-con nell'interruzione di ogni rapporto. Se la sovranità assoluta neutralizza l'evento, la sovranità spartita è esposizione a quell'altro che saluta/salva la ragione, saluta/salva il suo a-venire come rinuncia al sapere calcolabile, come esposizione all'addio<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> *Ivi*, p. 127.

<sup>292</sup> *Ibidem*

<sup>293</sup> *Ivi*, p. 131.

<sup>294</sup> I rapporti fra canaglie sono relazioni che mantengono la separazione: «La canaglia è sempre l'altro» (*ivi*, p. 101).

<sup>295</sup> *Ivi*, p. 15.

#### 4. 4 La decostruzione negli Stati Uniti d'America

È possibile, dal momento che inevitabilmente siamo entro il linguaggio costruito dalla ragione, andare oltre il *logocentrismo* e la metafisica della presenza<sup>296</sup>?

Secondo Derrida, questa strada è percorribile, non costruendo, però, nuove teorie, incentrate sulla violenza del *logos*<sup>297</sup> che pretende di essere cogente e definitivo, ma adottando una diversa strategia di lettura dei testi, che egli chiama decostruzione e che ha avuto notevole influenza soprattutto nei dipartimenti di letteratura nelle università del Nordamerica. Come può essere accaduto che in America la decostruzione sia stata identificata non solo come un movimento, ma anche come metodo di critica letteraria e una scuola di teoria della letteratura?

Ciò è accaduto perché, in America, le discipline come la psicologia e la filosofia hanno lasciato un vuoto che i professori di letteratura hanno

---

<sup>296</sup>Riguardo alla decostruzione della metafisica della presenza cfr Carmine Di Martino, in *Derrida all'origine*, in J. Derrida, *Introduzione a Husserl. L'origine della geometria*, tr. It., Jaca Book, Milano, 1987, pag. 14, ha affermato che per il filosofo di Algeri «La decostruzione si preoccupa allora dei "concetti fondatori" della metafisica con tutta la fedeltà che è indispensabile per addestrarsi e tradirli; essa ne pensa quindi la genealogia in modo che vengano alla luce i nessi strutturali e sistematici che concorrono a determinarla, non essendovi concetto isolato o a sé stante».

<sup>297</sup>J. Derrida, *La struttura, il segno e il gioco nel discorso delle scienze umane* del 1976. In questo saggio, inversamente alla tradizione che ha privilegiato il significato, il centro, la presenza, ritiene che sia il segno a dominare in quanto supplisce la mancanza di presenza. Nella storia della metafisica il segno è vissuto nell'opposizione tra sensibile e intellegibile. Per Derrida la metafisica della presenza può essere scossa con l'aiuto del concetto di segno che è stato sempre determinato come significante che rinvia ad un altro significato. Secondo lui ci sono due modi per cancellare la differenza tra significante e significato: nel primo si sottomette il segno al pensiero, attraverso una riduzione, nel secondo si mette in discussione il sistema del modo precedente, ossia l'opposizione tra sensibile e intellegibile: «Perché il paradosso è che la riduzione metafisica del segno aveva bisogno della opposizione che essa riduceva». Ogni discorso che vuole distruggere la metafisica deve utilizzare i suoi concetti, per questo distruttori come Nietzsche, Freud, Heidegger si sono accusati, ove possibile, di metafisica perché, pur volendo oltrepassarla, non hanno potuto non usare il suo linguaggio.

cercato di riempire. I dipartimenti di filosofia americani<sup>298</sup> hanno generalmente evitato la tradizione europea post-kantiana – essi sono poco inclini ad insegnare Hegel, Heidegger, Husserl -, ed hanno abbracciato la tradizione analitica abbandonando il ruolo culturale della filosofia. Negli Stati Uniti le scienze sociali sono state rigidamente positivistiche per cui molti sviluppi interessanti e innovativi del pensiero moderno sono stati recepiti, in America, non dai filosofi, ma dai critici letterari e sono entrati a far parte della vita intellettuale americana attraverso gli studi condotti da questi ultimi. Negli Stati Uniti, gli studi letterari si sono progressivamente assegnati il ruolo di condurre una riflessione generale: sulla cultura, sul senso, sulla soggettività. Dato che le opere letterarie, pongono in primo piano i processi di costruzione del senso, esse forniscono dei modelli e dei punti di partenza eccellenti per lo studio della significazione in generale. Proprio in questo contesto l'opera di Derrida ha avuto un'influenza come modello di strategie della lettura e di *pratica interpretativa*. L'America però, luogo decostruttibile per nascita, rappresenta per la decostruzione sia la culla<sup>299</sup> che la tomba. Nonostante le cautele di Derrida, la decostruzione si origina in America come un metodo<sup>300</sup>. Dunque, l'America tradisce

---

<sup>298</sup> Il fatto che la decostruzione si sia affermata nell'ambito specifico e, tutto sommato, ristretto della critica letteraria su suolo statunitense, aveva giocato un ruolo determinante nell'ostacolare una più profonda comprensione delle questioni filosofiche che Derrida intendeva sollevare: in Europa, infatti, queste furono oscurate dal luogo comune, alimentato da più di un illustre oppositore, secondo cui la decostruzione altro non era che uno sterile esercizio letterario, autoreferenziale e fine a se stesso.

<sup>299</sup> Noi veniamo al mondo in un luogo qualsiasi e abitiamo qui e là: dappertutto si tratta di preferire le tracce agli approdi definitivi, lo slancio all'immobilità. Alcuni, però, rimangono per tutta la vita nel loro territorio d'origine; altri se ne allontanano, vanno e tornano; altri ancora se ne separano per sempre. Ed ogni spostamento segna, cambia, rivela.

<sup>300</sup> La decostruzione è una pratica filosofica che rifiuta, per sua stessa natura, di essere raccolta in un "ismo", estranea al postmodernismo e al decostruzionismo, la decostruzione anzi serve a mettere in questione la stessa logica che presiede alla formazione degli «ismi» e dei «post». È Derrida stesso a sottoscrivere tale dichiarazione, affermando che "la decostruzione non è una teoria, né una filosofia. Né una scuola, né un metodo. Neanche un discorso, un atto o una pratica. È ciò che accade, che sta accadendo oggi (...). La decostruzione è l'evento"; è la legge strutturale che presiede la formazione delle teorie, dei teoremi, delle teorizzazioni, le quali

Derrida. Gli americani non hanno distinto l'uomo dall'opera e hanno reso fruibile il suo pensiero peccando di derridismo.

Se è vero che l'identità di un testo (Stato) è sempre un effetto delle sue diverse letture (difesa-attacco) e quindi che la ripetizione del testo, in un nuovo contesto, cambia il suo significato, a maggior ragione bisogna considerare il percorso della decostruzione, negli Stati Uniti, a partire dalla sua messa a morte.

---

si "gettano" in questo campo di forze non unificabile e di conseguenza non identificabile. Cfr., Leghissa G., *Derrida e la questione della radicalità*, in J. Derrida, *Come non essere postmoderni*, Edizioni Medusa 2002, pag. 7-45.

## CONCLUSIONI

### Oltre il nichilismo: il decostruzionismo come metodo e pensiero positivo

#### *La differenza come pensiero debole*

Per quanto riguarda gli obiettivi del presente lavoro, la possibilità di una critica 'costruttiva' del moderno tramite le 'categorie' proprie del post-moderno, anche in ambito giuridico - e per 'costruttivo si deve *anche* intendere tale da fondare, o per lo meno 'sostenere', la richiesta (e l'azione politica volta a realizzare) dei diritti - riposa sull'interpretazione da dare agli esiti nichilistici della modernità declinante. E' infatti a anche a partire dal rapporto con il 'passato' e la 'tradizione' che si determina l'effettiva possibilità di un discorso volto al suo 'superamento', condizione che pare imprescindibile per poter elaborare una critica della filosofia del diritto. Come prima ipotesi del rapporto moderno/postmoderno si può richiamare quanto proposto da Vattimo<sup>301</sup>.

Secondo il filosofo torinese, nell'epoca postmoderna all'uomo spetta il compito di percorrere le vie dell'erranza fino in fondo e consapevolmente, provando, per quanto possibile, a concepire un'idea del processo nel suo insieme. Al passato bisogna rapportarsi considerando che non è possibile né superarlo né accettarlo o rifiutarlo *in toto* (tutti atteggiamenti metafisici). Sottolineando poi la vicinanza del pensiero di Nietzsche con la riflessione heideggeriana, Vattimo conclude il suo discorso osservando che, ormai, il rapporto con l'essere si configura come

---

<sup>301</sup> G. Vattimo, *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, Garzanti, Milano, 1985.

un risalimento all'infinito verso qualcosa che si configura come *gewesen*, già stato e assente, non più presente. Va dunque ricordato come qualcosa da cui abbiamo sempre preso congedo. Di conseguenza il pensiero non ritorna più all'origine per cercare di afferrarla o di appropriarsene, bensì si limita a "ripercorrere le vie dell'erranza, che è la sola ricchezza, il solo essere che ci è dato"<sup>302</sup>. All'uomo spetta dunque di ripercorrere le diverse aperture epocali all'interno delle quali l'essere si 'declina'. L'essere, dunque, non è nient'altro che "la trasmissione delle aperture storico-destinali che costituiscono per ciascuna umanità storica, *je und je*, la sua specifica possibilità di accesso al mondo".

Seguendo tale linea, dunque (non molto lontano, a nostro avviso, da quanto sostenuto da Derrida, per lo meno nel periodo iniziale della sua produzione), la critica del diritto moderno si eserciterebbe soprattutto nel prendere congedo nei sentieri dell'erranza; resta il problema, tuttavia, del che cosa possa essere recuperato (e, *last but not least* per il femminismo giuridico, dei possibili risvolti politici del discorso nel suo complesso).

La questione sopra posta è stata sostenuta da differenti autori ed in campi diversi. Ad esempio, osserva F. Viola a proposito della teoria giuridica postmoderna: "l'ambiguità, che è propria del mondo post-moderno, porta in sé sia la considerazione di questo come esito ultimo e strettamente consequenziale di un processo proveniente da lontano, sia il tentativo di recuperare quanto era stato scartato dalla selezione teorica e culturale. Il mondo post-moderno guarda al passato almeno tanto quanto è proiettato verso il futuro. Ciò che appare una novità è spesso il recupero della ricchezza problematica delle origini perdutasi ad opera del rigore metodico teso ad omogeneizzare l'eterogeneo e a separare ciò che è unito.

---

<sup>302</sup> Qui il pensiero di Vattimo ci sembra vicino alla riflessione femminista ed alla Butler, in particolare, come si avrà modo di vedere.

Il post-moderno tende al contrario ad azzerare le dicotomie per cogliere la loro vitalistica interconnessione. Di conseguenza c'è da aspettarsi una paradossale compresenza di analisi estremamente sofisticate e metodologicamente consapevoli e d'intuizioni originarie dense di suggestioni, ma confuse e generiche"<sup>303</sup>.

Come anche sottolineato da Vattimo, dunque, la funzione della critica post-moderna risiederebbe dunque nel recupero di aspetti tralasciati, nella liberazione del senso nascosto, occultato dalla violenza della metafisica. Si tratta, in ogni caso, riprendendo una prospettiva teorica presente anche in Derrida e, prima ancora, in Heidegger, di un senso parziale e diverso da quello del moderno, ovvero della metafisica classica. Se infatti si pensasse ciò che viene recuperato nei termini di ciò che un tempo era si finirebbe per ricadere in ciò da cui si cerca di uscire: nella oggettivazione dell'essere, ipostatizzato e ridotto, ancora una volta a semplice presenza, secondo la terminologia di Heidegger, e senza che venga pensata l'originaria differenza.

La questione può essere ulteriormente approfondita sempre tramite quanto osservato da Vattimo<sup>304</sup>.

Secondo il filosofo torinese la differenza dovrebbe essere pensata come pensiero debole. Ciò è propriamente pensabile in rapporto alla tradizione dialettica (dialettico-utopistica o dialettico-negativa), una volta che si sia 'declinata' quest'ultima nel pensiero debole. Si tratta cioè di

---

<sup>303</sup> F. Viola, *La teoria giuridica post-moderna fra tradizione e innovazione*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", a. XVIII, n. 1, giugno 1988.

<sup>304</sup> Negli scritti di Vattimo compresi tra gli anni '80 e '90 si assiste ad una ripresa e ad uno sviluppo dei temi più caratteristici del suo pensiero, già emersi nelle opere precedenti. In questi anni, soprattutto, matura l'"ontologia del declino". All'interno di questa concezione l'essere viene concepito come 'debole' e 'depotenziato'. In altri termini, non si può più considerare l'essere secondo i tradizionali caratteri della metafisica. Tale presa di coscienza è frutto degli esiti ontici ed ontologici della stessa storia della metafisica, alla fine della quale dell'essere "non ne è più nulla".

riprendere il passato in un ottica distorta. Sotto tale aspetto, quindi, il pensiero debole e il postmoderno rivendicherebbero l'eredità del pensiero dialettico. Questa prosecuzione non andrebbe intesa come recupero della tendenza alla 'conciliazione', ma piuttosto come proseguimento della 'tendenza dissolutiva' della dialettica novecentesca.<sup>305</sup> In tal modo appare dunque possibile, come si vede, salvare almeno la critica del femminismo giuridico post-moderno alle categorie classiche.

Tale tendenza, sempre secondo Vattimo, si mostrerebbe nel tentativo di inglobare all'interno del pensiero dialettico anche il punto di vista dei 'vinti', senza però riuscirvi completamente.<sup>306</sup> Infatti il 'negativo', ciò che è stato escluso dalla storia da parte dei vincitori (il genere? la differenza di genere?), non sembra essere facilmente recuperabile ed inseribile all'interno di una nuova totalità ricostituita. Qui si inserisce appunto la nozione di tendenza dissolutiva, che la stessa dialettica non riesce più né a conciliare né a controllare, e su di essa "si apre e si inserisce il pensiero della differenza"<sup>307</sup>.

Tornando al post-moderno, l'*Aufklärung*, intesa da Vattimo come il venire alla luce della forza esercitata dal fondamento nella storia, finisce al termine del suo percorso di svelamento per togliere significatività alla novità storica (qui ritenuta la determinazione fondamentale dell'essere della metafisica), sostituendola completamente. Questo processo, tipico della secolarizzazione, comporta che il "compito del pensiero non è più, come ha sempre pensato la modernità, di risalire al fondamento e, per questa via,

---

<sup>305</sup> G. Vattimo, *Dialettica, differenza, pensiero debole*, in Vattimo G. – Rovatti P.A. (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1983, pp. 12-28.

<sup>306</sup> Si pensi all'angelo di Klee descritto da Benjamin che si rivolge, all'indietro, alle rovine della storia (cfr. Benjamin W., *Angelus Novus*, Einaudi, Torino, 1984).

<sup>307</sup> G. Vattimo, *Dialettica, differenza*, cit., p. 17.

di ritrovare il novum-essere-valore”<sup>308</sup>. In termini nietzscheani, ciò significa che con “la piena conoscenza dell’origine aumenta l’insignificanza della stessa origine”<sup>309</sup> e, di conseguenza, viene sempre più alla luce la ricchezza della realtà a noi più prossima, una volta che si sia dissolta la credenza in un mondo “dietro il mondo”. L’eliminazione delle ‘credenze tradizionali’ – anche a livello giuridico – apre dunque alla pluralità del mondo ed alla ricchezza della realtà.

Vattimo richiama Nietzsche che, quando parlava in *Umano troppo umano* della filosofia del mattino, aveva ormai di mira un pensiero orientato non più sul fondamento, sulla verità o sull’idea di origine, ormai dissoltesi e venute meno, ma sulla prossimità. Nietzsche tendeva con i suoi sforzi filosofici ad un pensiero dell’erranza, a un pensiero, dunque, che fosse in grado di “guardare al divenire delle costruzioni ‘false’ della metafisica, della morale, della religione, dell’arte, - tutto quel tessuto di erramenti che soli costituiscono la ricchezza o, più semplicemente, l’essere della realtà”<sup>310</sup>.

Dopo la destituzione del mondo ‘vero’, resta quindi il vecchio mondo dell’apparenza, che ormai però non si può più chiamare in questo modo. Con la scomparsa della verità, anche la falsità e l’apparenza del mondo non sono più tali. Il mondo viene quindi a risolversi nel divenire delle produzioni simboliche e spirituali. Tali produzioni, caratterizzate semplicemente da una certa continuità storica, sono chiamate da Vattimo ‘erranze’ e non hanno più alcuna relazione con una verità ‘fondamentale’.

### *L’interpretazione del diritto nell’assenza di fondamento*

---

<sup>308</sup> G. Vattimo, *Nichilismo e postmoderno*, p. 177.

<sup>309</sup> F. Nietzsche, *Aurora*, in *Opere di Friedrich Nietzsche*, Vol. IV, Tomo 1, af. 44.

<sup>310</sup> G. Vattimo, *Nichilismo e postmoderno*, cit., p. 177.

La questione dell'interpretabilità, riferita alla norma giuridica, in assenza di fondamento, ovvero di fronte al nichilismo, è stata sviluppata da P.G. Monasteri<sup>311</sup>.

Secondo Monasteri l'ermeneutica giuridica si trova a vivere, inevitabilmente, nel nichilismo. In primo luogo, il diritto preesiste sempre alla lingua che lo prescrive ma, per essere reso conoscibile (operativo) ed esplicitato ha bisogno del linguaggio; il linguaggio diviene così la nostra sola possibilità di dar conto di alcuni aspetti della norma (e non è, invece, la parola che prescrive la norma). L'attività ermeneutica giuridica si configura come l'interpretazione di testi scritti in parole, testi 'che vogliono avere la forza del comando'<sup>312</sup>. Da notare come tale impianto teorico renda possibile anche la funzione di svelamento rivendicata dal femminismo giuridico e dal pensiero giuridico postmoderno i quali, appunto, svelando la violenza che si nasconde nelle norme svelano, il realtà, il non-detto della norma, la sua origine 'impura', ciò che il linguaggio giuridico nasconde (o rimuove) nella sua interpretazione.

Le conseguenze del discorso di Monasteri sono che la norma viene configurandosi in maniera duplice. Da un lato, come norma che "deve essere interpretata e il cui contenuto non è ancora noto"<sup>313</sup>. Dall'altro, vi è la norma interpretata "che costituisce il risultato dell'interpretazione. In mezzo si trovano tutti i vari mezzi ermeneutica possibili"<sup>314</sup>. Ciò comporta, chiaramente, che la norma non può essere contrapposta alla sua

---

<sup>311</sup> P. G. Monasteri, *Correcting our watches by the Public Clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in, Vattimo G. – Derrida J., *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 189-206.

<sup>312</sup> P.G Monasteri., *Correcting our watches by the Public Clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, cit., p. 199.

<sup>313</sup> P.G Monasteri., *Correcting our watches by the Public Clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, cit., p. 201.

<sup>314</sup> P.G Monasteri., *Correcting our watches by the Public Clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, cit., p. 202.

interpretazione, ma che, invece, si possono contrapporre soltanto i diversi risultati interpretativi.

Il significato della norma interpretata riposa sempre nell'interpretazione, dunque, e non, ad esempio, nella volontà del giurista. Si tratta sempre di una creazione dell'interprete. Le mancanze del diritto dunque, le sue lacune, sono sempre mancanze/lacune dell'interpretazione. Estendendo la lettura di Monasteri, la dimenticanza del genere, dunque, appare come un'interpretazione e, di conseguenza, è possibile conferire valore 'politico' alle diverse posizioni del femminismo giuridico.

Il nichilismo sorge dal fatto stesso dell'interpretazione, è la dimensione in cui deve vivere l'ermeneutica giuridica; non si può sperare di arrivare ad un fondamento. Secondo Monasteri: "ciò non significa che bisogna svelare come le costruzioni dei giuristi siano una forma di retorica che nasconde le loro preferenze politiche o morali o di altro genere, come vorrebbe il nichilismo giuridico americano contemporaneo, perché questo non lo possiamo sapere<sup>315</sup>". Non sappiamo mai come possa essere la 'norma in sé', abbiamo soltanto delle interpretazioni delle norme.

Come si vede, l'interpretazione di Monasteri mostra la possibilità, in ambito post-moderno, di un'interpretazione del diritto anche in assenza di fondamento, un tema fondamentale per una ragione (giuridica e non) non 'assoluta' ma non per questo inconsistente.

In una linea di pensiero simile si colloca anche M. Ferraris<sup>316</sup>. Le argomentazioni di Ferraris esulano dal presente lavoro, in quanto si tratta di una critica alla ermeneutica come *koinè* filosofica (proposta da Vattimo), alla quale contrappone un recupero del 'realismo', che ha poi

---

<sup>315</sup> P.G Monasteri., *Correcting our watches by the Public Clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, cit., p. 204.

<sup>316</sup> M Ferraris, *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in, Vattimo G. – Derrida J., *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 129-164.

successivamente sviluppato. Per i nostri obiettivi si può richiamare come anche Ferrarsi si opponga al prospettivismo *a là* Nietzsche ('non esistono fatti, solo interpretazioni') ed agli esiti troppo dissolventi dell'ermeneutica. Si cerca, insomma, di recuperare una dimensione 'oggettiva' sulla base della quale sia possibile confrontare le interpretazioni (o a partire dalle quali un'interpretazione possa essere considerata 'più valida'). In tal senso il tentativo di ferrarsi può essere accostata a quella di Monasteri; come anche nel caso di Vattimo, la questione riguarda il significato ed il posto della critica nella concezione del postmoderno; una critica che sia non solo dissolvente ma anche positiva. Nel caso del femminismo giuridico che sia *anche* in grado di assumere un 'significato politico'. A questo punto appare necessario affrontare la questione del significato della decostruzione partendo direttamente dal suo autore, ovvero da Derrida stesso.

# BIBLIOGRAFIA

## Capitolo 1

- Bauman Z., *Globalizzazione e glocalizzazione*, trad. it., E. Coccia, Editore Armando, Roma 2005.
- Bledstein B., *The culture of professionalism*, Princeton University Press, Princeton 1976
- Boyle J., *Critical legal studies*, in Introduction, in "University of Pennsylvania La Review" Aldershot, Dartmouth (MA)
- Calabresi G., *A common law for the age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge 1982.
- Carrino A., *Ideologia e coscienza. Critical legal studies*, Edizioni Scinentifiche Italiane, Napoli 1992
- Castiglione S., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Laterza, Roma.Bari 2004
- Cooper D., *La morte della famiglia*, Einaudi, Torino 1972.
- Fassò G., *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Laterza, Roma 2006
- Frug G., *The ideology of burocracy in American law*, in "Harvard Law Review", vol. 9 (1984)
- Gordon R., *Critical Legal Studies*, in "Stanford Law Review", vol 36, 1984
- Gordon R., *Critical Legal Histories*, in "Stanford Law Review", 36, 1984 (trad. it. a cura di Agostino Carrino, *Storie crtiche del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992)
- Hale R. L., *Coercion and distribution in a supposedly non-coercitive state*, in "Political Science", 38, 1923
- Hart H. M., e Sacks A. M., *The legal process: basic problems in the making and application of law*, cfr., W. N. Eskridge Jr., *Metaprocedure*, in "Yale Legal Jurnal", 98, 1989
- Holmes O. W., *The Path of Law*, in Harvard Law Review, 10, 457, 1897, da D. Kennedy- W. Fisher, *The Common of American Legal Thought*, 2006
- Horwitz M., *The transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*, ed. italiana a cura di Maria Rosaria Ferrarese, trad. di Elisabetta Caglieri, Agostino Zanelli. *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*. Il Mulino, Bologna 2004.
- Horwitz M., *The Legacy of 1776 in Legal and economic thought*, in "Journal Law and Economic", 19, 1976
- Hovenkamp, *Evolutionary models of american law*, in "Texas Law Review", 64, 1985
- Howe M., *Justice Oliver Wendell Holmes: The proving years, 1870-1882*, Harvard Univ. Press, 1963, n. 18.
- Kennedy Du., *Radical Intellectuals in American Culture and Politics, or My Talk at the Gramsci Institute*, in Rethinking Marxism, Vol. 1, no. 3, Fall 1988, trad. it. a cura di G. Marini, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana ovvero il mio discorso per l'Istituto Gramsci*, in Rivista Critica del Diritto Privato 29, Napoli 1989
- Kennedy Du., *Legal education and the re production of hierarchy: a polemic against the system*, in Journal of Legal Education, vol. 2 (1982)
- Kennedy Du., *Legal education as training for hierarchy*, in D. Kaiyris (ed.), *The politics of law*, New York, Pantheon Books, 1982

- Kennedy Du., *The structure of Blackstone's commentaries*, in "Buffalo Law Review", 28 (1979)
- Kennedy Du., *Legal formality*, in Journal of Legal Studies, vol. 2 (1973)
- Kornhauser L. A., *The great image of authority*, in "Stanford Law Review", 36 (1984)
- Langdell C.C., a selection of cases on the Law of Contracts, Boston, Little, Brown & Co, 1871, I-V.
- Llewellyn K., *Some realism about realism. Responding to Dean Pound*, in "Harvard Law Review", 44, 1931, p. 1222; Cfr. G. Gilmore, *The ages of american Law*, Yale University Press, 1977
- Leiter B., *Legal realism and legal positivism reconsidered*, in "Ethics", 111, 2, 2001
- Mensh E., *The history of mainsticam legal thought*, in D. Kairys, *The politics of law. A progressive critique*, New York, Pantheon
- Minda G., *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna 2001
- Peller G., *The metaphysics of american law*, in "California Law Review", 1281 (1985), ristampato in *Critical Legal Studies*, J. Boyle ed. (1991).
- Pupolizio I., *Più realisti del Re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»*
- Purecell, *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and Problem of Value*, University Press of Kentuchy, 1973
- Reich W., *La lotta sessuale dei giovani*, Roma 1972
- Schauer, *Formalism*, in "Yale Law Journal" 1998
- Singer J., *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hehfeld*, in "Wisconsin Law Review", n.6 (1984)
- Treggiari F., *Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune*, in "Diritto e Processo", n. speciale, Giugno 2006
- Treves R., *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*. Einaudi, Torino 1987
- Tushnet M., *Critical Legal Studies: A political History*, in "Yale Law Journal", 100 (5)
- Tushnet M., *An Essay on rights*, in "Texas Law Review", 62 (8)
- Unger R. M., *Knowledge and politics*, New York, Free press, 1975 (*Conoscenza e politica*, trad. it. di S. Cremaschi), Bologna 1983
- Winter S. L., *Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law*, in "Columbia Law Review", 78, 199
- Unger R. M., *Knowledge and politics*, New York, Free press, 1975 (*Conoscenza e politica*, trad. it. di S. Cremaschi), Bologna 1983
- Unger R. M., *The Critical Legal Studies Movevement*, in "Harvard Law Review", 3 (96)

## Capitolo 2

- Andronico A., *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Giuffrè, Milano 2002
- Balkin J., *Deconstructive Practice and Legal Theory*, in "Yale Law Journal", 96
- Balkin J. M., *The crystalline structure of legal thought*, in "Rutgers Law Review", vol. 39, 1986
- Brainerd S., *L'assalto infondato: uno sguardo wittgensteiniano su linguaggio, strutturalismo e teoria Critica del diritto*, in *Democrazia e Diritto*, 1990: 5/6

- Dalmasso G., *Jacques Derrida e l'avvenire del significato*, in *A partire da Jacques Derrida. Scrittura, decostruzione, ospitalità, responsabilità*, Jaca Book, Milano 2007
- Dalton C., *An Essays in the decosnstruction of contract doctrine*, in "Yale Law Review", vol. 94, 1985; Cornell D., *Toward a modern/postmodern reconstruction of ethics*, in "University of Pennsylvania Law Review", vol. 133, 1985;
- Derrida J., *De la grammatologie*, 1967; trad. it. di R. Balzarotti, F. Bonicalzi, G. Contri, G. Dalmasso, A.C. Loaldi, *Della grammatologia*, Jaca Book, Milano 1968/2006
- Derrida, *Apories. Mourir – s'attendre aux 'limites de la verité'*, Editions Galilée, Paris 1996; trad. it *Aporie. Morire – attendersi ai 'limiti della verità'*, Bompiani, Milano 2004
- Derrida J., *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, a cura di F. Garritano, Bollati Boringhieri, Torino 2003
- Derrida J., *Autoimmunità, suicidi reali e simbolici*, in G. Borradori (a cura di), *Filosofia del terrore. Dialoghi con Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, Laterza, Roma-Bari 2003
- Derrida J., *Politiche dell'amicizia*, trad.it. di G. Chiurazzi, Cortina Raffaello, Milano 1995
- Derrida J., *Il diritto alla giustizia*, in AA. VV., *Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G. Vattimo, Roma-Bari 1998
- Derrida J., *Freud e la scena della scrittura*, in *L'écriture et la différance*, Seuil, Paris 1967, tr. it. di G. Pozzi, *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino 1997
- Derrida, *Ousia e grammè*, in *Marges de la philosophie*, Les Editions de Minuit, Paris 1972, trad. it. *Ousia e grammè*, in *Margini della filosofia*, Torino, Einaudi, 1997
- Derrida J. J., *L'écriture et la difference* (1967), trad. it *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino 1990
- Derrida J., *Lettera a un amico giapponese*, in, "Rivista di estetica", n. 17, 1984.
- Derrida J., *Posizioni. Colloqui con Henri Ronse, Julia Kristeva, Jean-Louis Houdebine*, Guy Scarpetta, Lucette Finas, Bertani, Verona 1975
- Frug E. G., *The ideology of burocracy in American Law*, in "Harvard Law Review", vol. 97, 1984
- Hart H., *Positivism and the Separation of Law and Morals* in "Harvard Law Review", 71, 1958
- Hohfeld W.N., *Concetti giuridici fondamentali*, a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino 1969
- Kennedy Du., *A Critique of adjudication, Fin de Siede*, Cambridge (Mass.) 1997
- Montaigne M., *Saggi III*, 13, a cura di Fausta Garavini, Adelphi, Milano 1966 e 1992
- Nancy J. L., *Derrida da capo*, in *A partire da Jacques Derrida* (a cura di) Gianfranco Dalmasso, Jaca Book, Milano 2007
- Pound R., *Liberty of contract*, in "Yale Law Journal", 18, 1909
- Rosenfeld M., *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, trad. it trad. e cura di Giorgio Pino, il Mulino, Bologna, 2000
- Ricoeur P., *Il conflitto delle interpretazioni* (1969), Jaca Book, Milano 1999
- Schmitt C., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 1972

### Capitolo 3

A.A.V.V.: *Cahiers de doléances. Donne e Rivoluzione francese*; introd. di Paule-Marie Duhet, traduzione it. di L. Grasso e F. Arcuri, La Luna, Palermo 1989

- Benhabib Sheila, *Critique, Norm, and Utopia*, Columbia University Press, New York 1986,
- Brownmiller Susan, *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, New York, Ballantine Books 1975, trad. it., *Contro la nostra volontà. Uomini, donne e violenza sessuale*, Bompiani, Milano 1976
- Cefalato Patrizia, *La legge e il corpo: il discorso giuridico legale e il soggetto semiotico incarnato*, Conference Paper, DC Publications, Bologna 1997
- Cigarini Lia, Marangelli Maria, *Pratiche politiche per creare libertà*, in "Via dogana", n. 37, 1998
- Cigarini Lia, *Fonte e principi di un nuovo diritto*, in *La politica del desiderio*, Parma, Nuova Pratiche Editrice, 1995, pp.113-114; AA. VV., *Diritto sessuato?*, in "Democrazia e diritto", n. 2, aprile giugno 1993
- Chrichton M., *Disclosure*, Ballantine Books, USA 2004
- De Beauvoir Simone, *Le deuxième sexe*, Paris 1949, trad. it. *Il secondo sesso*, a cura di R. Cantini e M. Andreose, Milano 1984
- DeGouges Olympe, *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, in *Dei diritti della donna e della cittadina. Dalla rivendicazione del diritto all'eguaglianza alla affermazione della diversità*, Ed. Fondazione Roberto Franceschi, Milano 2000
- Duby, Geores, Perrot Michelle, *Storia delle donne in Occidente. Dal Rinascimento all'età moderna*, vol 3, Economica Laterza, Bari 2009
- Forcina Maria, *Ironia e saperi femminili. Relazioni nella differenza*, Milano 1995, p. 121.
- Gilligan Carol, *In a different voice. Psychological theory and women's development*, Harvard University Press, 1982, Tr. it. di Adriana Bottini, *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Feltrinelli, Milano 1987
- Gatta G., *Aborto. Una storia dimenticata*, ed. Pragma, 1997
- Irigaray Luce, *La democrazia comincia a due*, Bollati Boringhieri, Torino 1994
- Irigaray Luce, *Etica della differenza sessuale*, trad. it. a cura di L. Muraro - A. Leoni, Milano 1985
- Koedt Anne, *The myth of the vaginal orgasm*, in M. Schneir (a cura di), *The vintage book of feminism*, Vintage, London 1995
- Kuliscioff Anna, *Il monopolio dell'uomo*, Conferenza tenuta nel Circolo filologico milanese, Milano 1995.
- MacKinnon Catherine A., *Women's lives – Men's laws*, Cambridge – Mass., Harvard University Press, London 2005
- MacKinnon Catharine, *Nei tribunali statunitensi una legge delle donne per le donne*, in *Democrazia e diritto* 2, 1993
- MacKinnon Catherine, *Feminism unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987
- MacKinnon Catherine, *Feminism, Marxism, Method, and State: Toward Feminist Jurisprudence*, in *Sings*, 8, 1983
- Millett Kate, *Sexual Politics*, New York: Doubleday 1970; trad. it. di B. Oddera, *La politica del sesso*, Rizzoli, Milano 1971, pp. 432-34.
- Mozzoni Anna Maria, *La liberazione della donna*, a cura di Franca Pieroni Bortolotti, Gabriele Mazzotta Editori, Milano 1975.
- Muraro Luisa, *La nostra capacità d'infinito*, in *Diotima. Mettere al mondo il mondo*, Milano 1990
- Muraro Luisa., *L'ordine simbolico della madre*, Roma 1990

- Okin S. M., *Le donne e la giustizia. La famiglia come problema politico*, trad. it. M.C. Pietavolo, a cura di G. Palombella e M. C. Pietavolo, Bari 1999
- Okin S. M., *Sexual Difference, Feminism, and The Law*, in *Law and Social Inquiry*, 16, 1991
- Pissi A. M., *Bambine e donne in educazione*, a cura di Cipollone, Milano 1991
- Pitch T., *Diritti fondamentali: differenze culturali, diseguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino 2004
- Pitch T., *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano 1998
- Pitch Tamar, 1993, *Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista*, in *Democrazia e diritto* 2, 1993
- Scoglio S., *Privacy. Diritto, filosofia, storia*, Roma: Editori Riuniti, 1994
- Smart Carol., *Feminism and power of law*, Routledge, London 1989 in *Un diritto per due*, cit. di T. Pitch
- Verza Annalisa, *Le Correnti femministe. Il difficile equilibrio tra eguaglianza e differenza*, pag 284, in *Diritto e teoria sociale. Introduzione al pensiero socio giuridico contemporaneo* a cura di Giuseppe Campesi, Ivan Pupolizio e Nicola Riva, Carocci editore, Roma 2009
- Wendy Williams, *Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment*, in *N. Y. U. Rev. L. and Soc. Change*, 13, 1985, p. 325.
- Wollstonecraft Mary, *A Vindication of the Rights of Woman*, in J. Gutiérrez Álvarez, P. Kleiser, 2005, pp. 31-32; Cfr., *I diritti della donna*, tr. it. di Ruggeri Franca, Editori Riuniti, Roma 1977
- Wolgast Elizabeth, *The Grammar of Justice*, Cornell University, 1987; trad. it. Elizabeth con Prefazione di P. Barcellona, Editori Riuniti, Roma 1991

#### Capitolo 4

- Butler J., *Regole di genere*, in Butler J., *La disfatta del genere*, Meltemi, Roma, 2007
- Butler J., *Melanconia di genere/identificazione rifiutata*, in Dimen M. – Goldner G., *La decostruzione del genere. Teoria femminista, cultura postmoderna e clinica psicoanalitica*, Milano, Il Saggiatore, 2006
- Butler J., *Scambi di genere*, Sansoni, Milano, 2004
- Cornell D., *The Double-prized World: myth, Allegory and Feminine*, in "Cornell Law Review", 75, 1990
- Cornell D., *Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility*, in "Yale Journal of Law & the Humanities", 2, 1990
- Cornell D., *The Philosophy of the Limit: Systems theory and Feminist legal Reform*, Routledge, London – New York, 1992
- Cornell D., *From the Lighthouse: The Promise of Redemption and the Possibility of Legal Interpretation*, in "Cardozo Law Review", 11, 1990
- Derrida J., *Stati canaglia. Due saggi sulla ragione*, L. Odello Milano (a cura di), Raffaello Cortina (Scienze e Idee), 2003.
- Derrida J., *Sull'ospitalità*, trad. it di I. Landolfi, Baldini & Castoldi, Milano 2000
- Derrida J., *Margini della filosofia*, Torino, Einaudi, 1997
- Derrida J., *Questa folle 'verità': il giusto nome di amicizia*, in Derrida J., *Politiche dell'amicizia*, Cortina, Milano, 1995
- Derrida J., *D'un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie*, Galilée, Paris, 1983

Derrida J., *The Time of a Thesis: Punctuation*, in AAVV, *Phylosophy in france Today*,  
Cambridge, Cambridge U.P., 1983  
Heidegger M., *Essere e tempo*, UTET. Torino, 1969  
Petrosino S., *Jacques Derrida e la legge del possibile. Un'introduzione*, Jaca Book,  
Milano, 1997