GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · AGOSTO 2023

2023 / 1

GenIUS *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*

Direzione scientifica
Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, *Stefano Rodotà,* Robert Wintemute

Direzione editoriale
Marco Gattuso (Magistrato, Tribunale di Bologna), Pina Palmeri (Università degli Studi di Palermo), Paolo Veronesi (Università degli Studi di Ferrara)

Comitato di redazione
Angioletta Sperti (Capo redattore – Università degli Studi di Pisa), Chiara Ragni (Internazionalizzazione – Università degli Studi di Milano), Denise Amram (Editing – Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna, Pisa), Angelo Schillaci (Coordinamento esterno – Università di Roma, La Sapienza), Francesco Deana (Pubblicazione e distribuzione – Università degli Studi di Udine)

Redazione
Diritto Internazionale: Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Chiara Ragni, Livio Scaffidi Runchella, Roberto Virzo, Chiara Vitucci
Diritto dell'Unione Europea: Carmelo Danisi, Francesco Deana, Alexander Schuster
Diritto Costituzionale: Francesca Rescigno, Ilaria Rivera, Angioletta Sperti
Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero
Diritto Civile: Guido Noto La Diega, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti, Antonio Vercellone
Diritto Comparato: Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Chiara Gallese, Giacomo Giorgini Pignatiello, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci
Diritto del Lavoro: Laura Tomasi
Filosofia del diritto e sociologia giuridica: Thomas Casadei, Roberta Dameno, Francesca Poggi, Annalisa Verza, Giacomo Viggiani, Gianfrancesco Zanetti

Referees
Emanuela Abbatecola, Augusto Aguilar Calahorro, Rosalba Alessi, Francesca Angelini, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Federico Azzarri, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Roberto Bartoli, Maria Caterina Baruffi, Elisabetta Bergamini, Roberto Bin, Valentina Bonini, Nerina Boschiero, Pasquale Bronzo, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Cinzia De Marco, Mariavaleria Del Tufo, Valentina Di Gregorio, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Gianluca Famiglietti, Isabel Fanlo Cortes, Carla Faralli, Simona Feci, Vincenzo Ferrari, Nuno Ferreira, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Ciro Grandi, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Berta Esperanza Hernandez-Truyol, Juan Luis Jiménez Ruiz, Francesca Ippolito, Silvia Izzo, Nicola Lucchi, Patrizia Magarò, Silvia Marino, Giuseppe Martinico, Antonella Massaro, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Salvatore Patti, Irene Pellizzone, Luca Penasa, Mario Perini, Tamar Pitch, Alessandra Pioggia, Ludovica Poli, Susanna Pozzolo, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Sabrina Ragone, Lucia Risicato, Roberto Romboli, Filippo Romeo, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Giovanna Savorani, Anqi Shen, Elettra Stradella, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Antonio Vallini, Maria Carmela Venuti, Silvia Vida, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Matteo Winkler, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Rivista scientifica di fascia A *(Delibera Consiglio Direttivo ANVUR n. 117 del 26/5/2022)*
Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN 2384-9495
Direttore responsabile: Beppe Ramina
Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
info@geniusreview.eu

Sommario

Focus: Pandemia e questioni di genere

5 ***Luciana Goisis:*** Pandemia e violenza di genere

15 ***Anna Lorenzetti:*** "Dalla parte di lei". Per un'analisi di genere della pandemia e delle possibili risposte

47 ***Irene Spigno:*** Discriminación y violencia de género en México en los tiempos del coronavirus: la verdadera pandemia para las mujeres

58 ***María Leoba Castañeda Rivas:*** Violencia en el seno de las familias mexicanas, ante Covid-19

Interventi

83 ***Sara Boicelli:*** La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento. Prospettive giusfemministe

98 ***Camilla Caselli:*** Gli strumenti intramurari ed extramurari a garanzia del diritto alla genitorialità dei padri detenuti. Buone pratiche e criticità

117 ***Maria Vittoria Izzi:*** Ai margini di politica e ideologia: quale spazio per un discorso giuridico in materia di carriera alias? Brevi considerazioni in merito

135 ***Ana Valero Heredia:*** Sessualità e discorsi dissidenti: un'analisi costituzionale

149 ***Giuseppe Maria Palmieri:*** La politica criminale in materia di "violenza di genere": le mimose del legislatore

Commenti

168 ***Francesca Brunetta d'Usseaux:*** Il genitore è sempre genitore: la Corte Costituzionale austriaca e le coppie omoaffettive femminili

176 ***Anna De Giuli:*** Ridefinire il concetto di violenza sessuale in una prospettiva sistemica. La recente normativa spagnola a tutela della libertà sessuale.

191 ***Maria Chiara Errigo:*** Il linguaggio di genere e la mancata modifica del Regolamento del Senato

201 ***Sofia Esther Brito Vukusich:*** La pregunta por el pacto sexual en una nueva Constitución: contribuciones de los movimientos feministas al proceso constituyente chileno

214 ***Marisol Edith Gonzales Usquiano:*** La Constitución de la diversidad: el proyecto constitucional chileno, como espacio de reconocimiento en clave de género e interculturalidad

Diritti e dintorni

229 ***Fabio Libasci:*** Dalla legge del silenzio alla parola. Annie Ernaux e la scrittura dell'aborto

239 ***Annalisa Verza:*** Automatismi comportamentali e radicalizzazioni misogine nel web a partire da un'analisi del fenomeno *"#gamergate"*

Focus

Pandemia e questioni di genere

*Luciana Goisis**

Pandemia e violenza di genere

Sommario

1. Il fenomeno in cifre. – 2. La lettura criminologica. – 3. La legislazione penale recente: effettiva?

Abstract

Il saggio ripercorre i dati statistici relativi al fenomeno della violenza di genere nell'epoca pandemica, dati che segnalano una impennata della violenza nei confronti delle donne in questi anni. Il saggio si interroga sulla lettura criminologica che può essere fornita di un simile incremento statistico, analizzando anche la recente legislazione penale di contrasto alla violenza di genere per saggiarne l'effettività in relazione al contenimento di tale fenomeno.

The essay retraces statistical data on gender violence in the pandemic era, data which signals a great increase of violence against women in those years. The essay questions about the criminological lecture that can be made with reference to similar statistical increase, analyzing also the recent penal legislation on the contrast to gender violence in order to detect its effectiveness in relation to the containment of this phenomenon.

1. Il fenomeno in cifre

Risulta significativo quanto l'Istat scrive in merito alla relazione fra pandemia e violenza di genere[1] nell'ultimo Rapporto del 24 novembre 2021, intitolato "*Effetti della pandemia sulla violenza di genere*". Scrive l'ente di ricerca: "la pandemia Covid-19 e le misure adottate per il contenimento della sua diffusione (ad esempio il confinamento tra le mura domestiche), così come il dispiegarsi delle conseguenze socio-economiche della crisi innescata dall'emergenza sanitaria, possono aver accentuato il rischio di

* Professoressa associata di Diritto Penale, Università di Sassari.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Fiorente la letteratura sul tema. Tra gli altri contributi, si vedano: I. Pellizzone, *Violenza di genere e Covid/19: impatto sulle donne e sui minori delle misure restrittive in una prospettiva di diritto costituzionale*, p. 1 ss., in corso di pubblicazione: fonte sito Iris Unimi; Id., *Violenza di genere e condizione femminile: la pandemia come punto di svolta?*, in *Notizie di Politeia*, 2021, 10, p. 1 ss.; B. Pezzini, *Esterno e interno nella pandemia: persistenza e risignificazione degli spazi pubblici e domestici dal punto di vista di genere in tempi di* lockdown, in *BioLaw Journal*, 2020, p. 3 ss.; Commissione di inchiesta sul femminicidio del Senato (2020), *Relazione sui dati riguardanti la violenza di genere e domestica nel periodo di applicazione delle misure di contenimento per l'emergenza da covid-19*, al sito www.senato.it.; G. Barbara, F. Facchin, L. Micci, M. Rendiniello, P. Giulini, C. Cattaneo, P. Vercellini, A. Kustermann, *Lockdown, and Intimate Partner Violence: Some Data from an Italian Service and Suggestions for Future Approaches,* in *Journal of Women's Health*, 10 (29), 1 ss.; G. Moffa, M. Chirivì, *La violenza di genere confinata tra le pareti domestiche durante il* lockdown, in *Culture e Studi del Sociale*, 5 (2), p. 559 ss.; L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, in G. Palmieri, (a cura di), *Oltre la pandemia*, ESI, 2020, p. 1057 ss.; B. Poggio, *Se il virus non è democratico. Squilibri di genere nella pandemia,* in *Sociologie*, 2020, 1 (1), p. 37 ss.; C. Lunghi, *I maltrattamenti domestici durante la pandemia: le donne vittime e protagoniste di un futuro diverso,* al sito www.pubblicatt.unicatt.it; C. Peroni, P. Demurtas, *Emergenza nell'emergenza o problema strutturale? La violenza di genere ai tempi del Covid-19*, in *International Journal of Gender Studies*, 2021, 10 (19), p. 295 ss.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

comportamenti violenti. Molti studiosi e *stakeholders* hanno parlato di una emergenza nella emergenza, mentre UN WOMEN – l'Ente delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di genere e l'*empowerment* delle donne – la definisce una emergenza-ombra legata alla pandemia (*shadow pandemic*) o una crisi nascosta (*shadow crisis*). Alle difficoltà delle donne che subiscono la violenza vanno affiancate, inoltre, le criticità presentate per i minori che vivono nelle situazioni di violenza e le difficoltà amplificate per i gruppi di popolazione particolarmente vulnerabili, come le donne straniere e con disabilità, o appartenenti a realtà sociali ed economiche svantaggiate"[2].

L'Istat segnala immediatamente dopo che diverse sono le possibili spiegazioni: si può trattare di un aumento delle vittime della violenza, ossia di nuovi casi, oppure di una recrudescenza della violenza preesistente alla pandemia, che ha assunto una maggiore gravità, o ancora si potrebbe trattare di un aumento delle sole richieste di aiuto per violenze insorte in precedenza. Scenari, questi, che possono essere anche compresenti e diversamente interrelati, precisa l'Istat.

Può essere utile fornire alcune cifre per cogliere meglio l'entità del fenomeno in parola[3].

Rilevano innanzitutto i dati elaborati sulla base delle indicazioni dei Centri Antiviolenza. Sono oltre 15 mila le donne che nel 2020 hanno iniziato il percorso personalizzato di uscita dalla violenza presso i Centri Antiviolenza. *Più del 90% delle donne*, circa 13.700, si è rivolta a un Centro Antiviolenza *per la prima volta proprio* nel *2020*. Il 5,6% di queste ha iniziato il percorso di uscita dalla violenza a marzo e il 15% lo ha fatto tra aprile e maggio, superando le restrizioni previste a causa dell'emergenza sanitaria. Gli interventi in emergenza sono stati infatti più frequenti in questi tre mesi. Considerando i casi in cui è presente l'informazione sulla durata della violenza (circa 10.400), emerge che per il 74,2% delle donne, circa 7.700, la violenza non è nata con la pandemia ma pre-esisteva: il 40,6% delle donne subisce violenza da più di 5 anni, il 33,6% da 1 a 5 anni. La risposta dei Centri Antiviolenza è stata efficiente: al 12,6% delle donne è stato offerto il servizio di pronto intervento e messa in sicurezza, al 14,2% il percorso di allontanamento dalle situazioni della violenza e al 18% il sostegno per l'autonomia. Per rispondere ai bisogni delle donne, i servizi maggiormente offerti dai Centri nel 2020 sono stati l'ascolto (97,1%) e l'accoglienza (82,8%)[4].

Un primo punto fermo: *la violenza di genere era preesistente, ma la pandemia l'ha fortemente accentuata dal punto di vista quantitativo*.

Significativi sono anche i dati che provengono dalle chiamate al numero "1522". Nei primi nove mesi del 2021 le richieste di aiuto al "1522" delle vittime tramite chiamata telefonica o via *chat* sono state 12.305 (15.708 nel 2020 e 8.647 nel 2019). Tali dati evidenziano che le misure restrittive alla mobilità, adottate per il contenimento della pandemia, hanno amplificato nelle donne la paura per la propria incolumità. Nei primi nove mesi del 2020 si è osservato, infatti, un aumento delle segnalazioni di violenza in cui la vittima si è sentita in pericolo di vita per sé o per i propri cari (3.583 contro 2.663 nel 2019). Al contrario, la riduzione delle restrizioni negli stessi mesi del 2021 ha portato a una diminuzione delle segnalazioni di violenza in cui la vittima percepiva pericolo imminente (2.457 nel 2021)[5].

Un secondo punto fermo: *la violenza di genere si è aggravata in termini qualitativi*, con una *escalation* del pericolo per la vita delle donne.

Da ultimo, l'Istat riflette sui dati provenienti dalle denunce alle Forze dell'ordine e dal *database* sugli omicidi. Dai dati delle Forze di polizia emerge un forte calo delle denunce per maltrattamenti, *stalking* e violenza sessuale – i c.d. reati spia – nei mesi del *lockdown* e un nuovo aumento nei mesi successivi[6].

2 Istat, *Effetti della pandemia sulla violenza di genere*, 24 novembre 2021, p. 1, al sito www.istat.it.

3 Il Rapporto dell'Istat fornisce una lettura della violenza di genere negli anni della pandemia, grazie all'utilizzo dei dati inediti provenienti dalla Rilevazione sulle utenti dei Centri antiviolenza (CAV), dalle chiamate al "1522", il numero di pubblica utilità istituito dal Dipartimento per le pari Opportunità presso la Presidenza del Consiglio, e dai dati su denunce alle Forze di Polizia e omicidi, provenienti dal Ministero dell'Interno.

4 Istat, *op. cit.*, p. 2.

5 *Ibidem*. Le donne hanno cercato aiuto maggiormente attraverso il telefono e da casa, non potendo verosimilmente sporgere denuncia in presenza costante del *partner*, con il timore che una denuncia avrebbe avuto un impatto grave sulla loro incolumità a causa della convivenza forzata.

6 L'andamento dei "reati spia" della violenza di genere (maltrattamento, *stalking* e violenza sessuale), denunciati alle Forze di polizia, è decrescente tra gennaio 2019 e aprile 2021. Al di là delle oscillazioni di carattere stagionale, ciò è evidenziato sia nei valori assoluti sia considerando l'incidenza degli stessi reati sulla popolazione. L'effetto delle misure restrittive è stato molto contenuto rispetto alla maggior parte degli altri delitti denunciati, in quanto i reati spia si verificano in misura pressoché esclusiva (per i maltrattamenti verso familiari o conviventi o, fatto non trascurabile, per lo *stalking* e le violenze sessuali) proprio all'interno delle mura domestiche. La diminuzione delle denunce è legata a diversi fattori, *in primis* al maggiore controllo della donna da parte di *partner* e familiari, ma anche alla difficoltà ad entrare in contatto con soggetti esterni alla famiglia per il timore della pandemia. Cfr. Istat, *op. cit.*, p. 5.

La diminuzione delle denunce di maltrattamento è soprattutto legata al maggiore controllo attuato da parte dei *partners* e dei familiari conviventi, conseguente al confinamento in casa. Ciò comprova di fatto che, durante il *lockdown*, la casa si è trasformata in una prigione per la donna, costretta a vivere senza soluzione di continuità insieme all'uomo maltrattante, il quale non è divenuto meno violento: semplicemente è divenuto più difficile per la donna rivolgersi alle forze dell'ordine o ai servizi sociali. Le misure restrittive contro la pandemia hanno poi sottolineato le differenze della violenza contro gli uomini e le donne. Le donne sono uccise sempre di più tra le mura domestiche, da *partners* e parenti. Gli uomini sono invece uccisi in prevalenza da persone che non conoscono, da conoscenti e nell'ambito della criminalità organizzata. Scrive infine l'Istat: "la punta dell'*iceberg* della violenza, gli omicidi, è comunque stabile nel tempo per le donne (che vengono uccise con armi da taglio, da fuoco, armi improprie e, più frequentemente degli uomini, con le percosse o in altri modi, come l'asfissia e lo strangolamento)"[7].

Un terzo punto fermo: *le donne sono uccise sempre di più tra le mura domestiche, da* partners *e parenti*.

Quanto alla *tipologia delle violenze* l'Istat evidenzia che nove donne su 10 segnala di aver subito violenza psicologica, il 67% violenza fisica e il 49% minacce, il 38% violenza economica. I racconti descrivono il perpetrarsi di più tipologie di violenze: sono solo il 16,3% quelle che hanno subito un unico tipo di violenza mentre il 10,5% ne ha subite più di quattro. Le associazioni più frequenti tra i diversi tipi di violenza sono: violenza fisica e violenza psicologica (13,5%); violenza fisica insieme a minacce, violenza psicologica ed economica (11,1%); violenza fisica con minacce e violenza psicologica (11%). Nel 59,8% dei casi l'autore della violenza è il *partner* convivente, nel 23% un *ex partner*, nel 9,5% un altro familiare o parente; le violenze subite fuori dall'ambito familiare e di coppia costituiscono solamente il restante 7,7%. Se si considerano le tre combinazioni di violenza analizzate precedentemente, l'autore è quasi esclusivamente il *partner* (attuale o *ex*): per la violenza fisica e quella psicologica le percentuali raggiungono l'86% (68% da *partner* attuale e 18% da *ex partner*); per la violenza fisica insieme alle minacce, alla violenza psicologica e a quella economica l'89% (75% da *partner* attuale e 14% da *ex partner*); per la violenza fisica con le minacce e la violenza psicologica l'87% (70% da *partner* attuale e 17% da *ex partner*)[8].

In breve e volendo sintetizzare l'esito dei dati statistici: *la violenza di genere in età pandemica aumenta quantitativamente e si aggrava qualitativamente, confermandosi nella sua dimensione prevalente, ossia quella di violenza domestica*[9].

2. La lettura criminologica

Una lettura criminologica dell'incremento della violenza di genere in tempo di pandemia non può prescindere da una disamina della c.d. *Battered Women Syndrome*, che può aiutare meglio a comprendere la vulnerabilità della donna vittima di violenza di genere e il carattere esponenziale con cui tale violenza si è manifestata in ragione della convivenza forzata imposta dal *lockdown*.

Come si può definire e delineare la sindrome della donna maltrattata?

"*Battered Woman Syndrome*" è la formula con la quale viene nominato quell'insieme di cambiamenti psicologici che occorrono dopo l'esposizione ad abusi ripetuti. Come chiarisce Walker, "l'uso della teoria del trauma insieme alla comprensione della psicologia femminista, l'oppressione, la mancanza di

7 *Ibidem*, p. 2 e 8.

8 *Ibid*., p. 3.

9 Sia consentito il rinvio, sulla dimensione statistica della violenza di genere quale violenza domestica, a L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Dir. Pen. Cont*., 31 ottobre 2012, p. 1 ss., nonché più di recente, in merito alla natura della violenza di genere, al concetto di genere e al dato statistico aggiornato, a Id., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, p. 339 ss. Ricordiamo come, in linea di prima approssimazione, il termine "genere" viene utilizzato in una accezione per la quale esso non è identificabile solo con il sesso biologico, bensì indica un ruolo differenziato attribuito socialmente all'uomo e alla donna, una differenza non più solo corporea, ma di tipo culturale, sociale, economico e storico e come emerga, in tal modo, la funzione del concetto di genere, ossia quella di portare alla luce le pratiche sociali implicite che nascondono relazioni di potere asimmetriche tra i sessi: essendo concetto storicamente e culturalmente condizionato, è soggetto all'evoluzione e al cambiamento e dunque lo strumento ideale per criticare l'oppressione delle relazioni di genere. Proprio partendo da tale presupposto, è stato possibile inquadrare la violenza di genere quale concetto con il quale si nominano tutte le forme di violenza psicologica, fisica e sessuale perpetrate ai danni di vittime femminili "in quanto donne", oggetto di criminalizzazione da parte del diritto penale.

potere, e le teorie di rinforzo come quella dell'impotenza appresa aiutano a capire l'impatto psicologico della violenza fisica, sessuale e del grave abuso psicologico sulla donna maltrattata"[10].

Si ricostruiscono spesso anche le caratteristiche dell'autore e della vittima di abusi, che tuttavia hanno solo un valore indicativo: il *batterer* è generalmente un soggetto non affetto da patologie psichiatriche, il quale ha introiettato una visione patriarcale dei ruoli di genere, a sua volta spesso vittima di abusi in età infantile, secondo il ben noto 'ciclo ripetitivo degli abusi'. La *battered woman*, frequentemente con bassa stima di sé, condivide la medesima visione patriarcale dei ruoli di genere, considerandosi responsabile della situazione di maltrattamento in cui vive e ritenendosi l'unica in grado di porvi fine[11].

Tale sindrome è non a caso considerata una *species* del più generico disturbo *post*-traumatico da *stress* (*PTSD*), contemplato nel Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (*DSM*). Si tratta di vari pensieri, sentimenti ed azioni che logicamente seguono ad una esperienza di paura che un soggetto si aspetta si possa ripetere. La c.d. *fight or fight response* è largamente documentata nella letteratura per descrivere l'impatto psicologico del trauma. Tre sono gli indicatori di un *PTSD*: disturbi cognitivi, sintomi di elevata eccitabilità, e sintomi di rimozione elevati. Tra i primi, si manifestano di frequente confusione cognitiva, *deficit* di attenzione e di concentrazione, effetti che si riscontrano soprattutto nelle donne maltrattate, le quali hanno spesso, quando poste in situazioni di maltrattamento, *flashbacks* che le inducono a rivivere frammenti dei precedenti abusi incrementando la loro percezione di pericolo. Elevati sintomi di eccitabilità si riscontrano altresì nella donna maltrattata: la donna è preparata al combattimento (*fight*) e la sua aumentata predisposizione a combattere è dovuta a dei meccanismi di cambiamento fisico e neurochimico. La *battered woman* diventa estremamente vigile e attenta a cogliere i segni di qualsiasi potenziale pericolo, a riconoscere i piccoli segnali di una aggressione imminente, e spesso agisce in maniera estremamente ansiosa, con reattività psicologica e decisioni impulsive, con poca attenzione alle conseguenze di lungo periodo delle proprie azioni. Pensieri ossessivi e intrusivi la caratterizzano, muovendola a credere di essere l'unica in grado di calmare il tiranno di casa. Infine, sintomi di rimozione sono molto comuni in questa sindrome. Diniego, minimizzazione e repressione sono le tecniche utilizzate per evitare di far fronte alla pericolosità della situazione: la donna maltrattata si isola, specie in concomitanza con l'accrescersi del potere e del controllo che l'uomo maltrattante esercita su di lei. Sebbene la donna maltrattata possa apparire fervidamente leale al suo *batterer* agli occhi esterni, di fatto, essa mantiene questo atteggiamento per mantenere il *batterer* il più calmo possibile; quando lontana dall'uomo e in condizioni che reputa sicure, appare più propensa ad ammettere la violenza ripetuta e gli abusi subiti, mostrando la paura e il dolore[12].

Quanto alle dinamiche della *battering relationship* esse si strutturano sul c.d. circolo della violenza: una prima fase, chiamata *tension-building*, preparatoria rispetto all'attacco del *batterer*, una seconda fase che coincide con l'aggressione violenta (*acute battering incident*), un'ultima fase, nella quale quest'ultimo promette che la violenza non si ripeterà e torna a mostrarsi amorevole (*loving contrition* o *absence of tension*)[13]. Fasi che si susseguono ripetutamente spesso all'infinito.

Ebbene, questa concisa descrizione della sindrome della donna maltrattata consente di cogliere a pieno e nitidamente l'incremento e il carattere esponenziale, in termini di vittimizzazione, della violenza domestica in un contesto di convivenza ravvicinata e coattiva quale quello che la pandemia ha imposto in concomitanza con le misure di forte restrizione alla libertà di circolazione volute dal governo per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19.

Di fatto, gli stretti e angusti confini delle mura domestiche hanno potenziato – come si evince dalla fotografia restituitaci dai dati statistici – il circolo della violenza, non solo in termini quantitativi, ma soprattutto in termini qualitativi, posto che sono aumentate in maniera evidente le situazioni nelle quali le donne, costrette alla convivenza forzata, hanno temuto per la loro vita e, in molti casi, hanno perduto la vita.

Siffatti effetti della pandemia sulla violenza di genere devono essere inquadrati in una cornice criminologica più ampia: generalmente la ricerca criminologica tradizionale non ha studiato appro-

10 Così L. E.A. Walker, *Battered Women Syndrome and Self-Defense*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1992, vol. 6, p. 321 ss., in part. p. 326 s. Cfr. altresì, nella letteratura italiana, A. Szegö, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Cedam, 2003, p. 245 ss. Si veda infine B. L. Russel, *Attitudes Toward Battered Women Who Kill*, in *Criminal Justice and Behavior*, 2006, vol. 33, p. 219 ss.

11 A. Szegö, *Ai confini*, cit., p. 245 ss.

12 Si permetta il rinvio a L. Goisis, *La legittima difesa delle donne negli Stati Uniti d'America. Una questione di "genere"*, in C. Pecorella, (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Mimesis, 2022, p. 87 ss., in part. p. 88 s.

13 Così efficacemente descrive la sindrome L. E.A. Walker, *op. ult. cit.*, p. 327 s. Cfr. L. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 89 s.

fonditamente gli effetti delle pandemie sulla società, ma la loro rilevanza appare chiara. Come è stato acutamente sottolineato da uno studioso della criminologia storica, "esse innescano forme di devianza e conflitti violenti, pregiudicando i rapporti individuali e collettivi"[14].

"Un tipico meccanismo psicosociale che tende a manifestarsi in occasione della diffusione imprevista e incontrollata di malattie gravi è la cosiddetta "costruzione del nemico". Ossia un processo più o meno consapevole che tenta di ricostruire/rinforzare la coesione comunitaria collocando al di fuori dei confini della nazione, della classe, del gruppo l'origine e/o la responsabilità dell'evento catastrofico. Contestualmente, l'assenza o la contraddittorietà di spiegazioni ufficiali attendibili circa l'origine e/o la cura del male incoraggia le masse a percorrere le "scorciatoie cognitive"[15].

Non è dunque escluso che a questo meccanismo sia riconducibile anche la violenza di genere quale forma di manifestazione di una violenza recondita nei rapporti individuali generata dalla pandemia. È ben noto che in tempi di crisi economica o in conseguenza di grandi rivolgimenti sociali la violenza familiare aumenta, a causa del maggior livello di pressione psicologica, economica, nonché in ragione di una montante incertezza e della percezione di perdita di controllo sulla propria vita. Così come vi è letteratura sull'aumento della violenza intrafamigliare in situazioni di prossimità e contiguità[16]. Come dicevamo, la gravità della violenza di genere, nel caso della pandemia da Covid-19, è stata acuita proprio dall'isolamento e dalla convivenza forzata con l'abusante per lunghi periodi di tempo.

Ciò che è certo è che "gli eventi pandemici riaccendono i problemi latenti, enfatizzano quelli esistenti e ne creano di nuovi"[17]. Questo è senz'altro accaduto anche sul terreno della violenza di genere.

Come icasticamente osservato: "la violenza di genere è un fenomeno sociale, legato a ruoli e comportamenti che la società stabilisce per i due sessi. Ma non è solo la società a essere messa in questione. C'è per lo meno anche la cultura, che contribuisce all'accettabilità sociale della violenza sulle donne. Perciò la violenza di genere è anche un fenomeno culturale. In forza del quale il sesso femminile (il modo di percepire e di stabilire rapporti tra i sessi) è uno dei fattori socio-ambientali che possono dar luogo a una predisposizione specifica delle donne a subire certe aggressioni e a diventare soggetti passivi di certi reati. Nel linguaggio dei criminologi è un fattore di vittimizzazione della donna rispetto ai reati a vittima personalizzata perpetrati nel circoscritto ambito del rapporto intersubbiettivo tra autore e vittima"[18].

Questa intima relazione fra violenza di genere e corpo sociale può spiegare in definitiva come la destabilizzazione del secondo, persino nelle sue fondamenta culturali, ad opera della pandemia, abbia influito anche sulla prima, aggravandone le manifestazioni tipiche.

3. La legislazione penale recente: effettiva?

Occorre chiedersi se, a fronte della situazione ingravescente generata dalla pandemia sul terreno della violenza di genere, la legislazione penale si sia rivelata effettiva.

Al fine di rispondere a un simile interrogativo, risulta imprescindibile una disamina di uno dei più recenti provvedimenti legislativi in materia di violenza di genere e mi riferisco segnatamente al c.d. Codice Rosso[19].

La legge n. 69/2019, meglio nota sotto la formula *Codice Rosso*, intitolata "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere", contempla novità significative, che riguardano la disciplina penale sostanziale, processuale e dell'esecuzione penale, in rapporto a diversi delitti contro la persona (e non solo). L'espressione 'Codice Rosso', con la quale è stato definito dai *media* il d.d.l. che ha preceduto la legge

14 P.P. Martucci, *Panico sociale e violenza in tempo di pandemia. Il caso del colera nell'Italia meridionale*, in *Rass. It. di Criminologia*, 2020, 4, p. 252 ss.

15 *Ivi*, p. 253.

16 Per maggiori approfondimenti si veda B. Poggio, *op. cit.*, p. 43 s.

17 Così P.P. Martucci, *op. cit.*, p. 258.

18 Così A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2015, n. 1, p. 437. Sulla vittimizzazione femminile, si veda D. Young, *Risk, Property, and Sexual Assault*, in *Sociologia del diritto*, 2009, 2, p. 93 ss., in part. p. 98 ss.

19 Per gli altri provvedimenti penali in materia di violenza di genere, in particolare la c.d. legge sul femminicidio, ossia la legge n. 119/2013, sull'evoluzione legislativa in materia, nonché sulla Convenzione di Istanbul, si rimanda diffusamente a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 348 ss.

omonima, si riferisce ad un percorso preferenziale e d'urgenza per la trattazione dei procedimenti in materia di violenza di genere, al fine di tutelare maggiormente le vittime[20]. La legge vuole rafforzare, infatti, le tutele processuali delle vittime di reati violenti, con particolare riferimento ai reati di violenza sessuale e domestica.

Sotto questo primo profilo, dunque, il provvedimento si è rivelato particolarmente utile ed efficace nella situazione emergenziale della pandemia, nella quale le difficoltà per le vittime di denunciare e la necessità che si provvedesse con urgenza in ordine agli episodi di violenza di genere e domestica che venivano con fatica portati alla luce e denunciati hanno reso ancor più evidente l'esigenza di un intervento celere dell'autorità giudiziaria in questa materia.

Dal punto di vista delle riforme processuali, basti ricordare che, nell'ottica di un 'Codice Rosso', si prevede una accelerazione dei tempi processuali, esemplificata dalla previsione, in caso di *notitiae criminis* relative a delitti di violenza domestica e di genere, di un immediato rapporto da parte della polizia giudiziaria, al pubblico ministero, anche in forma orale; alla comunicazione orale seguirà senza ritardo quella scritta. Il pubblico ministero, dovrà entro 3 giorni dall'iscrizione della notizia di reato, assumere informazioni dalla persona offesa o da chi ha denunciato i fatti di reato; tale termine può essere prorogato solo in presenza di imprescindibili esigenze di tutela di minori o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa. La polizia giudiziaria dovrà procedere altrettanto celermente al compimento degli atti di indagine delegati dal pubblico ministero. Significativa è – a nostro avviso – anche la previsione di una apposita formazione in materia di violenza di genere per gli operatori di polizia: l'esperienza mostra infatti che spesso è la mancata formazione delle forze dell'ordine, a dispetto del quadro legislativo, ad impedire una efficace tutela delle vittime di violenza di genere[21]. Lo dimostra la stessa recente condanna, nella nota vicenda *Talpis* (ma numerosi sono i casi simili), da parte della Corte EDU per violazione degli artt. 2 e 3, nonché 14 della CEDU, nella forma della discriminazione di genere, per aver lasciato senza tutela una donna vittima di prolungata violenza domestica, nonostante le ripetute denunce della medesima[22].

In questa direzione, e a riprova della effettività della recente legislazione penale nel contrasto alla violenza di genere in tempo di pandemia, si è posto anche l'apparato relativo alle misure cautelari.

In particolare, si segnala la deroga alla sospensione del procedimento e dei termini previsti per il compimento di atti processuali, prevista nell'art. 83, comma 3, lett. a) e b), del d.l. n. 18 del 2020 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), come modificato dalla legge di conversione n. 27 del 2020: tale sospensione non opera infatti "nel caso di cause relative ai diritti delle persone minorenni, al diritto all'assegno di mantenimento, agli alimenti e all'assegno divorzile o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, nei soli casi in cui vi sia pregiudizio per la tutela di bisogni essenziali", e nel caso dell'ordine di allontanamento immediato dalla casa familiare. Quest'ultimo provvedimento si rivela di cruciale importanza nei casi di violenza domestica, soprattutto, ma non solo, in tempo di pandemia, perchè, come è stato sottolineato, "non fa ricadere sulla donna e sugli eventuali figli l'onere di abbandonare le mura domestiche e di trovare un nuovo alloggio, cosa che può risultare particolarmente difficile anche per ragioni economiche, ma sull'autore del reato, ovvero sull'uomo maltrattante" [23]. La pandemia, da questo punto di vista, ha evidenziato l'importanza della misura, la qual cosa potrebbe indurre l'autorità giudiziaria in futuro ad una più ampia applicazione di tale misura cautelare[24].

20 Cfr. G. L. Gatta, *Il disegno di legge in tema di violenza domestica e di genere (c.d. Codice Rosso): una sintesi dei contenuti*, in *Dir. Pen. Cont*., 2019, p. 1. Si veda altresì il testo di legge, disponibile al sito www.penalecontemporaneo.it.

21 Cfr. sul punto C. Pecorella, *Sicurezza* vs *libertà?, La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio fra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Dir. Pen. Cont*., 2016, p. 13. L'elevato numero oscuro in materia di violenza di genere dipende, come i dati empirici relativi al fenomeno evidenziano, anche dalla sfiducia che le donne nutrono nelle forze di polizia e come sottolinea l'A. nella "mancanza di professionalità e di solidarietà da parte delle forze dell'ordine, che portano le donne a ritenere preferibile una gestione privata e silenziosa della violenza sofferta, percependo la risposta delle istituzioni preposte alla loro tutela come inadeguata se non addirittura umiliante".

22 Cfr. Corte EDU, 2 marzo 2017, No. 41237/14, *Talpis v. Italia*, reperibile al sito www.penalecontemporaneo.it, con nota di R. Casiraghi, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont*., 2017, 3, p. 378 ss.

23 I. Pellizzone, *Violenza di genere e Covid/19: impatto sulle donne e sui minori delle misure restrittive in una prospettiva di diritto costituzionale*, p. 4, in corso di pubblicazione: fonte sito Iris Unimi.

24 *Ibidem*. L'A. ricorda i dati ISTAT che mostrano un lieve aumento del ricorso a questa misura nel mese di marzo 2020.

Il "Codice Rosso" interviene, tuttavia, anche sotto il profilo del diritto penale sostanziale, introducendo quattro nuove fattispecie criminose[25].

Dal punto di vista che più strettamente interessa qui, occorre segnalare che viene opportunamente previsto il delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis* c.p.), punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni. Si prevede infatti: "1. Dopo l'articolo 387 del codice penale è inserito il seguente: "Art. 387-*bis* (Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa). – Chiunque, essendovi legalmente sottoposto, violi gli obblighi o i divieti derivanti dal provvedimento che applica le misure cautelari di cui agli articoli 282-*bis* e 282-*ter* del codice di procedura penale o dall'ordine di cui all'articolo 384-*bis* del medesimo codice è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni".

Questa previsione si fa particolarmente urgente in presenza di violenza domestica e di genere perché garantisce effettività ai c.d. ordini di protezione, il cui mancato rispetto, se privo di sanzione, pregiudica sostanzialmente la tutela della vittima femminile, soprattutto in tempo di emergenza pandemica. Essa colma un vero e proprio vuoto legislativo e di tutela da tempo lamentato in dottrina[26].

Sempre sul piano del diritto penale sostanziale, si annoverano numerosi aggravamenti sanzionatori che si collocano nell'ottica di un inasprimento delle pene finalizzato ad assumere, secondo alcuni, una mera valenza simbolica e rassicuratrice, al pari di quanto avvenuto per la c.d. legge sul femminicidio, ossia la legge n. 119/2013. Il "Codice Rosso" prevede infatti un aggravamento della pena (ora prevista da tre a sette anni) per il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), reato per il quale si prevede anche una fattispecie aggravata speciale, con pena aumentata fino alla metà, quando il delitto è commesso in presenza o in danno di minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità, ovvero se il fatto è commesso con armi e si considera sempre il minore che assiste ai maltrattamenti come persona offesa dal reato: in questo senso la proposta di riforma risponde alle volontà di punire più severamente la c.d. violenza assistita (viene correlativamente modificato l'art. 61, n. 11-*quinquies* dove è soppresso il riferimento all'art. 572 c.p. probabilmente per evitare la duplicazione). Inoltre, il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi è inserito nell'elenco dei delitti che consentono nei confronti degli indiziati l'applicazione di misure di prevenzione, tra le quali è prevista la misura del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona da proteggere. Anche questo profilo assume un'importanza decisiva, specie in tempo di pandemia, posto che è essenziale allontanare la vittima dall'aggressore nel contesto della violenza di genere.

La pena è analogamente aumentata (ora prevista da un anno a sei anni e sei mesi) per il delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.); altresì per i delitti di violenza sessuale (artt. 609-*bis* e ss. c.p.)[27]: la pena passa ora da sei a dodici anni ed è previsto – a nostro avviso assai convenientemente – anche un allungamento del termine concesso alla persona offesa per sporgere querela (dagli attuali 6 mesi a 12 mesi). Il provvedimento, inoltre, riformula e inasprisce le aggravanti quando la violenza sessuale è commessa in danno di minore. Sono oggetto di inasprimento sanzionatorio anche il delitto di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.)[28] e il delitto di omicidio, con un ampliamento del campo di applicazione delle aggravanti dell'omicidio aggravato dalle relazioni personali[29].

25 Si deve menzionare, poiché colma un vuoto legislativo, con riferimento ai noti dettami della Convenzione di Istanbul, il delitto di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* c.p.), punito con la reclusione da 1 a 5 anni. Una previsione assolutamente opportuna perché necessitata alla luce del disposto convenzionale e perché in tal modo non si dovrà fare ricorso in via interpretativa ad altre fattispecie per punire tale grave forma di violenza di genere. Segue la previsione, innovativa, del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate (c.d. *revenge porn*, inserito all'art. 612-*ter* c.p. dopo il delitto di *stalking*), punito con la reclusione da 1 a 6 anni e la multa da 5.000 a 15.000 Euro. Da ultimo, si annovera l'introduzione del delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (nuovo art. 583-*quinquies* c.p.), punito con la reclusione da 8 a 14 anni. Si tratta all'evidenza di previsioni delittuose che non possono non considerarsi, *prima facie*, opportune in ragione dell'incidenza frequente di queste fenomenologie delittuose nella prassi.

26 Sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 437.

27 Si prevede che "all'articolo 609-*bis* del codice penale, primo comma, le parole: "da cinque a dieci anni" sono sostituite dalle seguenti: "da sei a dodici anni".

28 Con la previsione di un'aggravante (pena aumentata fino a un terzo) quando gli atti siano commessi con minori di anni 14 in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi. Il delitto è dichiarato procedibile d'ufficio.

29 La legge n. 69/2019 prevede queste modifiche all'art. 577 c.p.: "1. All'articolo 577 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma, numero 1, dopo le parole: "o il discendente" sono inserite le seguenti: "anche per effetto di adozione di minorenne" e le parole: "o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente" sono sostituite dalle seguenti: "o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da

Infine, il provvedimento prevede che la concessione della sospensione condizionale della pena per i delitti di violenza domestica e di genere sia subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero[30].

Trattandosi di riforma di conio recente, ci limitiamo a brevi preliminari riflessioni[31]. Nonostante il "Codice Rosso" presenti alcuni profili dubbi in ordine agli ulteriori inasprimenti sanzionatori – secondo l'insegnamento di Beccaria, non sarà la severità della pena, ma la certezza e prontezza della medesima a fare maggiore effetto sull'animo umano[32] (recenti statistiche del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria dimostrano che il carcere è largamente ineffettivo nel contrasto a tale forma di criminalità) –, oltre al sapore simbolico di alcune previsioni incriminatrici (penso al c.d. "*revenge porn*", che tuttavia è indubbiamente un fenomeno complesso che necessita di una regolamentazione, nonché al delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, punibile attraverso la norma sulle lesioni comuni), esso si segnala per l'opportuna previsione di specifiche fattispecie penali – penso, *in primis* e soprattutto, al delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa – *dovute* in virtù della ratifica della Convenzione di Istanbul e che si pongono nell'ottica della tutela dei diritti fondamentali delle vittime femminili, diritti riconosciuti apertamente dalla legge, come dimostra anche la previsione di disposizioni in ordine al riequilibrio territoriale dei centri antiviolenza (art. 18 l. 69/2019), la previsione, all'art. 8 della legge, di un fondo per gli orfani di vittime di violenza di genere (fondo in materia di misure in favore degli orfani per crimini domestici e delle famiglie affidatarie), nonché disposizioni in ordine all'indennizzo delle vittime di reato (art. 19 l. 69/2019)[33].

Vale la pena sottolineare che la stessa Corte europea dei diritti umani ha assai di recente chiarito l'inquadramento dogmatico della violenza di genere, sottolineando in particolare come tale forma particolare di violenza integri una violazione non tanto e non solo dell'art. 8 della CEDU, bensì piuttosto dell'art. 3 della Convenzione: riconoscendo espressamente la natura di trattamento inumano e degradante della violenza di genere, aperta manifestazione della violazione dei diritti umani delle vittime femminili[34].

In definitiva, ci pare che ad un bilancio complessivo, nella legislazione penale italiana più recente, gli strumenti di contrasto alla violenza di genere, così manifestamente lesiva dei diritti fondamentali

relazione affettiva"; b) al secondo comma, dopo le parole: "l'altra parte dell'unione civile, ove cessata" sono inserite le seguenti: "la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate" e dopo le parole: "la sorella" sono inserite le seguenti: "l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del codice civile"; c) dopo il secondo comma è aggiunto il seguente: "Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 62, numero 1, 89, 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui al primo comma, numero 1, e al secondo comma, non possono essere ritenute prevalenti rispetto a queste". Ampiamente, sulle riforme sostanziali, nonché su quelle processuali, G. L. Gatta, *op. cit*., p. 1.

30 Il "Codice Rosso" prevede la seguente riforma dell'art. 165 c.p.: "nei casi di condanna per i delitti di cui agli articoli 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis*, nonché agli articoli 582 e 583-*quinquies* nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati. 2. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al comma 1 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Gli oneri derivanti dalla partecipazione ai corsi di recupero di cui all'articolo 165 del codice penale, come modificato dal citato comma 1, sono a carico del condannato".

31 Si segnalano ulteriori provvedimenti degni di nota sotto il profilo sostanziale: disposizioni in ordine al trattamento penitenziario e in particolare rispetto al trattamento psicologico dei condannati per reati sessuali, per maltrattamenti in famiglia e per *stalking* (art. 17, l. 69/2019), ove si prevede che le persone condannate per i delitti di cui sopra possono essere ammesse a seguire percorsi di reinserimento nella società e di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, organizzati previo accordo tra i suddetti enti o associazioni e gli istituti penitenziari.

32 Sia permesso, sull'affermazione della mitezza delle pene nel pensiero di C. Beccaria, il rinvio a L. Goisis, *The Human Right to Mild Punishment*, in L. Goisis-Q. Berisha, (a cura di), *Un percorso di studio sui diritti umani*, Bergamo, Bergamo University Press-Sestante edizioni, 2011, pp. 55 ss.

33 Scettico verso meri inasprimenti di pena in questa materia si dichiara F. Basile, *Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?*, in *Criminalia*, 2018, p. 11. Scrive l'autorevole studioso, ricordando l'insegnamento di G. Marinucci: "*Punire non basta*, quindi, ed anche il penalista – e insieme a lui il legislatore penale – dovrebbe ricordarsi, una volta in più, che la migliore politica per la lotta alla criminalità è la *politica sociale* (…)". *Ivi*, p. 13.

34 Cfr. Corte EDU, 26 marzo 2013, No. 33234/07, *Valiuliene v. Lituania*, con nota di C. Parodi, *La Corte di Strasburgo alle prese con la repressione penale della violenza sulle donne*, in *Dir. Pen. Cont*., 2013, p. 1 ss.

delle donne, siano doverosamente cresciuti e si siano affermati (benché dopo una linea evolutiva lenta che ha scontato senz'altro un ritardo culturale) e siano riusciti – anche in tempo di pandemia – a far fronte al problema della recrudescenza della violenza di genere e domestica.

Lo dimostra, del resto, una ricerca empirica condotta dal CNR, con il metodo dell'intervista, sullo stato di applicazione del c.d. Codice Rosso, tra l'altro, in tempo pandemico, ove si è appurato l'impatto che l'attuazione delle politiche di isolamento e distanziamento sociale hanno avuto sulla capacità delle reti di supporto di fornire assistenza e di aiutare la vittima di violenza a chiedere aiuto, denunciare e cercare vie di fuga da situazioni drammatiche. Da tale indagine emerge che gli esperti intervistati hanno, in linea generale, considerato il Codice Rosso un passo in avanti nella tutela delle donne, sebbene risultino ancora esistenti molteplici criticità relative al coordinamento territoriale di tutti gli attori del sistema. Gli intervistati hanno apprezzato in particolare "lo sforzo profuso, nel periodo in questione, dalle forze dell'ordine e dagli uffici requirenti che si sono attivati per mantenere adeguati livelli di coordinamento e comunicazione in un momento nel quale appariva fisiologico un rallentamento delle attività, sebbene abbiano concluso nel senso della necessità di una sempre maggiore specializzazione delle forze di polizia e di tutti coloro che operano nel settore"[35].

Come è stato acutamente sottolineato, "le situazioni critiche e le catastrofi rappresentano da sempre ambiti di studio di particolare interesse per chi fa ricerca sociale, perché consentono di fare emergere le strutture e i processi che caratterizzano la quotidianità dell'esperienza, ma che, proprio per questo, non sempre risultano facilmente visibili. In particolare esse offrono la possibilità di mettere a nudo e osservare le contraddizioni, i paradossi e le asimmetrie che attraversano i contesti di ordinarietà della vita sociale e che da tali eventi vengono solitamente esacerbati. La pandemia di Coronavirus che ha recentemente colpito il pianeta non rappresenta una eccezione in tal senso"[36].

Ebbene, tra le ricadute sociali del Coronavirus, e in particolare tra le dirette conseguenze delle misure governative adottate per contenere l'epidemia, decisamente drammatiche sono state quelle relative ai rischi di violenza sulle donne: si è trattato di "un'emergenza nell'emergenza", o, di una "doppia emergenza".

Tuttavia, una lezione, se possibile, può essere tratta da questa gravosa situazione: la pandemia ha posto in luce con più lampante chiarezza come gli strumenti di contrasto alla violenza di genere – e segnatamente gli strumenti di matrice penalistica – debbano ispirarsi non più alla logica dell'emergenza, appunto, bensì ad una logica di tutela sistematica e strutturale della vittima femminile, la cui vulnerabilità – sia in situazioni ordinarie che, soprattutto, in situazioni pandemiche o di crisi – è acclarata dal dato statistico e riconosciuta dalla stessa nota Direttiva Vittime.

La vicenda pandemica ha dunque mostrato che i tempi sono maturi affinché, come suggerisce l'Onu nel rapporto sulla violenza di genere nel nostro Paese, il legislatore italiano accolga un approccio olistico e organico al fenomeno, non più frammentario ed estemporaneo. Tra le raccomandazioni che l'Onu, nella persona di Rashida Manjoo, Relatore Speciale sulla violenza di genere, rivolge al nostro Paese, spiccano, significativamente, e in primo luogo, il varo di "una legge specifica sulla violenza alle

35 CNR, *Il Rapporto: un anno di Codice Rosso*, 2020, p. 37 ss. al sito www.giurisprudenzapenale.com. Molte Procure hanno garantito la continuità e tempestività dell'intervento attraverso l'audizione della persona offesa da remoto; la priorità di trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza familiare; il regolare svolgimento delle udienze relative a reati di violenza familiare, nonché attraverso un'interpretazione della normativa di urgenza nel senso di non considerare sospeso il termine di cui all'art. 362, comma 1 *ter* c.p.p., ovvero il limite temporale dei tre giorni previsto per l'escussione della persona offesa. Emerge da tale Rapporto anche un dato interessante relativo all'andamento dei diversi delitti c.d. spia. Dal confronto con gli uffici requirenti che hanno risposto alla domanda sui flussi dei procedimenti iscritti e definiti in relazione ai reati di violenza di genere nei periodi marzo e aprile 2019 e marzo e aprile 2020, emerge che nella maggior parte dei casi è stato registrato un calo dei flussi dei procedimenti oggetto di indagine, mentre in altri casi è stata riferita l'invarianza del dato. A fronte di una drastica diminuzione iniziale, si è in seguito registrato un aumento dell'afflusso di notizie di reato che riguardano principalmente il delitto di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) (come registrato dalle Procure di Bologna e di Genova). Alcuni uffici hanno evidenziato anche una diminuzione del delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) (ad es. la Procura di Trieste e la Procura di Genova), sulla quale hanno influito, verosimilmente, le restrizioni di movimento legate all'emergenza COVID. Dalla ricerca emerge, infatti, un sensibile aumento dei procedimenti iscritti per il delitto di cui all'art. 572 c.p. (Maltrattamenti contro familiari e conviventi), catalogabili come violenza di genere, nel periodo 1° gennaio-31 maggio 2020 rispetto al corrispondente periodo dell'anno 2019. "Vi sono evidenze per ritenere che il *trend* di aumento possa essere imputabile alle misure di contenimento da *lockdown* che hanno determinato una convivenza forzata", scrive l'ente di ricerca. Tra gli uffici di Procura oggetto di monitoraggio nella ricerca del CNR si segnala un sensibile aumento delle iscrizioni per il delitto di cui all'art. 582 c.p. (Lesione personale) catalogabile come delitto "spia" della violenza domestica (specie nella Procura Roma: da 248 iscrizioni del periodo 1° gennaio-31 maggio 2019 alle 448 del periodo 1°gennaio-31 maggio 2020). Si nota inoltre una diminuzione dei procedimenti iscritti per il delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p., verosimilmente imputabile agli effetti del confinamento. *Ivi*, p. 38. Dati, questi ultimi, in linea con i dati ISTAT riferiti in apertura.

36 Così B. Poggio, *op. cit*., p. 37.

donne che consenta di superare le frammentazioni e i ritardi oggi esistenti in ambito giuridico" (come accade per esempio nell'ordinamento spagnolo)[37].

Segue la raccomandazione di superare la lacuna giuridica in tema di custodia dei figli e di tutela delle vittime di violenza domestica, di predisporre una formazione mirata che migliori le competenze dei giudici per rendere più efficace il contrasto alla violenza sulle donne, di colmare le disparità di genere esistenti nel settore pubblico e privato, di continuare a condurre campagne di sensibilizzazione indirizzate ad eliminare atteggiamenti convenzionali e discriminatori sul ruolo e la responsabilità di donne e uomini nella famiglia, nella società e nel mondo del lavoro, anche attraverso la formazione mirata dei *mass-media*, di assumere iniziative e stanziare le risorse economiche necessarie per finanziare e o creare nuovi centri antiviolenza per l'assistenza e la protezione delle donne vittime di violenza, di migliorare il coordinamento e lo scambio di informazioni tra autorità giudiziaria, forze di polizia ed operatori sanitari e sociali che si occupano di violenza sulle donne, di rafforzare e finanziare una corretta e capillare raccolta di dati in materia[38].

Il fenomeno della violenza di genere, come emerge da tali raccomandazioni, va combattuto sul terreno culturale e sociale, prima ancora che giuridico. "*Punire non basta*"[39], come è stato icasticamente sottolineato di recente. Tuttavia, non potendo rinunciare al presidio del diritto e del diritto penale, laddove sono coinvolti diritti fondamentali delle vittime femminili, l'intervento legislativo dovrà caratterizzarsi, a nostro avviso, per organicità, sistematicità e coerenza, nominando il genere – concetto oggi affermatosi quale strumento interpretativo irrinunciabile sul terreno penalistico alla luce della Convenzione di Istanbul – e non potrà non ispirarsi al principio dell'uguaglianza sostanziale, in nome del "trattamento differenziato dei distinti", cui la nostra Corte Costituzionale si richiama ripetutamente[40].

La "drammaticità" della violenza di genere nel "dramma" della pandemia richiama oggi il legislatore penale a questa precisa responsabilità fungendo da monito e sprone ad operare nella direzione indicata dalla comunità internazionale.

37 Cfr., sulla legislazione spagnola in materia di violenza di genere, L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 391 ss.

38 Cfr. UN General Assembly, *Report of the Special Rappourteur on Violence Against Women, its Causes and Consequence. Mission to Italy*, Rashida Manjoo, 15 giugno 2012, citato. Si veda altresì R. Diaz, L. Garofano, *I labirinti del male. Femminicidio,* stalking *e violenza sulle donne: che cosa sono, come difendersi*, Modena, Infinito Edizioni, 2013, p. 26 s.

39 Così F. Basile, *Violenza*, cit., p. 13.

40 Cfr. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 26 ss.

*Anna Lorenzetti**

"Dalla parte di lei"**. Per un'analisi di genere della pandemia e delle possibili risposte

Sommario

1. Ripartendo da una "topografia di genere" della pandemia: le ragioni di un'indagine. – 2. Differenze di genere nella pandemia, differenze di genere della pandemia. – 2.1. La rappresentanza di genere: la persistente eclissi della presenza femminile nello spazio pubblico. – 2.2. Le diseguaglianze di genere nel lavoro: un quadro di insieme circa l'impatto della pandemia sull'occupazione femminile. – 2.2.1. La segregazione orizzontale e verticale quale nuova forma di discriminazione in forma indiretta. – 2.2.2. La precarietà lavorativa e la diversità di condizioni contrattuali. – 2.2.3. Pandemia e cura. – 2.3. L'accesso ai servizi durante la pandemia. – 2.3.1. Il complesso intreccio tra genere e salute. – 2.3.2. Istruzione e differenza di genere. – 2.4. Fra "vecchie" e "nuove" forme di violenza nei confronti delle donne. – 3. Genere e pandemia nella pluralità dell'essere donna. – 4. Le risposte alla pandemia. – 4.1. I programmi politici sovranazionali nella prospettiva gender sensitive. – 4.2. Il quadro interno. Normative, provvedimenti amministrativi e buone pratiche adottate in risposta alla pandemia. – 4.3. Il P.N.R.R. – 4.3.1. L'attuazione del P.N.R.R. – 4.3.2. Potenzialità e criticità del Piano e degli strumenti attuativi. – 5. Per un P.N.R.R. "dalla parte di lei".

Abstract

Lo scritto propone un'analisi di genere degli effetti della pandemia, notoriamente assai più impattanti sulle donne. Il tentativo di sistematizzazione dei diversi ambiti parte dal tema della rappresentanza femminile nelle sedi decisionali, per poi affrontare il contesto lavorativo e dei servizi, per operare anche un cenno alla prospettiva intersezionale. L'indagine prosegue poi approfondendo le risposte offerte alla pandemia, sul piano normativo, amministrativo e quanto a buone pratiche realizzate, per poi analizzare il P.N.R.R. e i primi strumenti attuativi, mettendone in luce potenzialità e criticità. Riprendendo l'ipotesi che la dottrina aveva elaborato quanto alla pandemia come "occasione" per far emergere la topografia di genere, lo scritto propone una serie di sviluppi possibili che potrebbero mitigare le criticità che si profilano.

The paper proposes an analysis of the effects of Pandemic through a critical discussion of the responses. In illustrating the different condition between women and men, or better of women and men during the pandemic, this study focuses on the unequal condition of women and proposes a gender analysis approach.
The paper addresses the following questions: what is the framework emerging from the emergency? To what extent and in what ways the responses effectively protected the stronger frailty of women? It is argued that Italian answer presents lights and shadows with regard to fight against discrimination. Considering the limited provision of the P.N.R.R. (National Recovery and Resilience Plan), the need to ensure full protection against gender discrimination emerges, with the necessity to find a solution more appropriate to the gender specificity of situation which could guarantee a full protection also for women.

* Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Bergamo.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

** Il riferimento è ovviamente al volume Alba De Céspedes.

1. Ripartendo da una "topografia di genere" della pandemia: le ragioni di un'indagine

Non sembra necessitare di particolari argomentazioni l'impatto significativo avuto dai numerosi atti normativi e provvedimenti amministrativi adottati in reazione alla pandemia da Sars-Covid 19, con l'obiettivo di contenere il contagio e ipotizzare vie di uscita dalla situazione di emergenza sanitaria e sociale che ne è seguita. Tali provvedimenti hanno interessato il complesso fascio dei diritti e delle libertà individuali, obbligando a un complessivo ripensamento delle dimensioni individuali di vita, come pure del vivere sociale, migrati quasi interamente nella realtà virtuale, quanto meno nella c.d. "fase uno"[1].

Se l'adozione di «misure "uguali per tutti"», in ossequio a un'uguaglianza formale[2], può forse indurre a ritenere che la pandemia si sia abbattuta allo stesso modo su chiunque, occorre però ammettere che l'emergenza sanitaria, le sue conseguenze, le risposte a essa elaborate abbiano avuto un impatto profondamente diverso. Assai marcata è infatti stata la diversità di conseguenze, in primo luogo, in ragione del genere, al pari di quanto accade a fronte di qualsiasi emergenza o "crisi" economica, sociale, istituzionale[3].

La diversità di effetti su donne e uomini, confermata dagli organismi sovranazionali[4], ha così progressivamente suscitato attenzione da parte delle istituzioni[5] e della dottrina[6], accompagnandosi peraltro alla constatazione di come molte siano state le condizioni personali che hanno determinato un diverso modo di attraversare la crisi pandemica. Il carattere "multidimensionale" della crisi[7] ha infatti rinforzato le diseguaglianze esistenti, al contempo dando forma a quei "risvolti asimmetrici" di più

1 La dottrina sul tema è divenuta, in poco tempo, sterminata. Molte le opere cui sarebbe importante operare un riferimento, ma v. almeno G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1; F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1; C. Tripodina, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1; pp. 77 ss.; tra le monografie, v. almeno, l'opera in due volumi G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, in (*https://www.editorialescientifica.com/shop/catalogo/fuoricollana/edizioni-fuori-collana/oltre-la-pandemia-detail.html*); F.S. Marini, G. Scaccia (a cura di), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020; di inquadramento a partire dalla riflessione sull'assenza di una *emergency clause*, v. V. Piergigli, *Il diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, Giappichelli, 2023.

2 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere. Tra uguaglianza formale e discriminazione sostanziale*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 39. Dello stesso autore, v. altresì *Gli effetti della pandemia sull'esercizio dei poteri pubblici tra verticalizzazione delle decisioni ai diversi livelli di governo e latitanza dei partiti politici*, in *Ragion pratica*, 56/2021, pp. 107-138. +V. Parlamento europeo sulla prospettiva di genere nella crisi Covid-19 e nel periodo successivo alla crisi (2020/2121 INI), 20 novembre 2020.

3 È importante in proposito ricordare, da un lato, come gli effetti delle crisi impattino assai più gravemente sulle donne e come tuttavia non sia corretto equiparare il genere alle altre condizioni, nel valutare la diversità modalità di "attraversare" momenti critici. Sulla lettura di genere della pandemia dal punto di vista del diritto costituzionale, in particolare nell'ottica di genere cfr. E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., 2021; L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., pp. 1057 ss., che problematizza l'idea di un impatto uguale su donne e uomini. Numerosi gli studi in proposito, tra cui v. Istat, *L'effetto della pandemia sulla violenza di genere – anni 2020-2021*, 24 novembre 2021.

4 V. la *Policy Note* del 16 aprile 2020 della *World Bank*. V. anche i documenti raccolti in *https://www.worldbank.org/en/topic/gender/brief/gender-and-covid-19-coronavirus*, e in particolare C. Grown, C. C. Grown, C. Sánchez-Páramo, *The coronavirus is not gender-blind, nor should we be*, 20 aprile 2020, *The coronavirus is not gender-blind, nor should we be*.

5 G. Silvestri, *Covid e genere: considerazioni introduttive*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., pp. 25-26. Ripercorre le iniziative europee in tema, A. Ciancio, *L'impatto della pandemia sull'uguaglianza di genere: le iniziative dell'Unione europea*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., pp. 73 ss. In un precedente scritto, l'autrice ricorda come la Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere del Parlamento europeo abbia approvato, il 9 novembre 2020, una Risoluzione sulla base di una Relazione sulla prospettiva di genere nella crisi Covid-19 e nel periodo successivo alla crisi. Il documento parte dalla conferma della dimensione di genere della crisi pandemica e delle sue conseguenze poiché impattano diversamente su donne e uomini, mettendo in evidenza le disuguaglianze esistenti e chiedendo una risposta attenta alla prospettiva di genere. A. Ciancio, *Pandemia e uguaglianza di genere: le iniziative della UE*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 3, pp. 290 ss.

6 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit.; F. Filice, *La parità di genere alla prova del Covid*, in *Diritto penale e uomo*, 15 aprile 2020.

7 Parla di "crisi multidimensionali", L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1058.

gravoso impatto su alcuni "gruppi" di persone in situazioni di svantaggio[8], dunque su cui sia portatore di una condizione personale di fragilità e marginalità, in primo luogo sociali[9].

Ma più che mettere in luce come le diverse condizioni esistenziali abbiano generato i presupposti di una profonda differenza degli effetti della pandemia, è proprio una lettura di genere a porsi come necessaria, così da consentire una riflessione circa il quadro pre-esistente all'impatto del(la) Covid-19[10] e su quello da esso prodotto, così da offrire utili strumenti di comprensione sul percorso da intraprendere per (se non superare quanto meno) mitigare il suo impatto nel breve, nel medio e nel lungo periodo. L'ipotesi è che la "topografia di genere"[11] messa in luce dalla pandemia e l'assunzione delle "lenti di genere"[12] consentano di confermare come è il genere che costruisce il diritto e il diritto che costruisce il genere[13] anche, o meglio, soprattutto, in occasione della pandemia, consentendo al contempo di rendere visibili quegli impliciti che il diritto pre-assume[14], senza problematizzazione alcuna e che tanto peso hanno avuto durante la crisi sanitaria.

L'assunzione del genere come binario di riflessione pare doverosa, nella consapevolezza di come si tratti della matrice fondante di ogni altra forma di discriminazione e marginalità, come pure per il suo carattere trasversale posto che interessa tutte e tutti[15]. È il suo porsi come categoria analitica, più che come condizione personale che caratterizza ogni persona, a suggerire una sua assunzione quale chiave prospettica, in ragione della sua capacità di dare forma al diverso modo di attraversare, o meglio di essere attraversate e attraversati, dalla pandemia, così come al diverso modo di abitare gli spazi pubblici

8 C.M. Reale, *La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, p. 272. Si precisa come nel presente questo scritto, le parole "gruppo" e "gruppi" sono talvolta poste tra virgolette nella consapevolezza del loro potenziale essenzializzante e ambiguo nel considerare una condizione come unificante qualsiasi persona ne sia portatrice. Sulla consapevolezza del carattere plurale delle discriminazioni, v. anche E. Catelani, M. D'Amico, *Introduzione. Le problematiche di genere emerse durante l'emergenza sanitaria: tante nuove questioni che si sommano a disuguaglianze pregresse*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., pp. 13 ss.

9 L. Busatta, *Puntualità ed effettività nella tutela dei diritti. Riflessioni sul valore del tempo per le questioni di genere nella contingenza della pandemia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 3, p. 128.

10 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1060, ricorda come «L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) l'11 febbraio 2020 ha reso ufficiale il nome tecnico COVID-19 per la malattia, quale acronimo di Co (corona); Vi (virus); D (disease); "19" è l'anno di identificazione del virus Sars-Cov-2. Senza alcun dubbio, quindi, la malattia pandemica è di genere femminile, mentre il suo agente patogeno è maschile. Sorprende, dunque, la grande confusione relativa al genere della parola che ha travolto il lessico della pandemia in vari paesi: tra i "rivolti linguistici" dell'epidemia, infatti, l'*Academie Francaise*, come altre Accademie della lingua, ha dovuto stigmatizzare l'"uso errato" del maschile per indicare la malattia Covid-19». L'autrice – che richiama C. Marazzini, *In margine a un'epidemia: risvolti linguistici di un virus*, in *Accademia della Crusca*, 2020 – ipotizza come si tratti di un errore forse «riflesso condizionato della tradizione maschile della metafora bellica che è stata prescelta per raccontare la c.d. fase 1 della pandemia».

11 B. Pezzini, *Esterno e interno nella pandemia: persistenza e risignificazione degli spazi pubblici e domestici dal punto di vista di genere in tempi di lockdown*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 3, pp. 9-29; e della stessa autrice, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 185.

12 G. Silvestri, *Covid e genere*, cit., p. 25, richiama il documento delle Nazioni Unite, *UN Policy Brief: The impact of Covid-19 on Women*, 9 aprile 2020: «Porre in primo piano le donne e le ragazze in ogni sforzo rivolto ad analizzare l'impatto socioeconomico del Covid-19. Occorre servirsi consapevolmente di una lente di genere per individuare misure fiscali di stimolo ed elaborare programmi di assistenza, allo scopo di ottenere una maggiore uguaglianza di opportunità e una più intensa protezione sociale».

13 B. Pezzini (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012, il cui sottotitolo significativamente ricorda come «il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere». L'a. ha efficacemente messo in rilievo l'influenza che sul diritto hanno le dinamiche di potere, di cui sono allo stesso tempo la causa, in un rapporto circolare.

14 Cfr. B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 201-234.

15 Su questi profili, sia consentito rinviare ad alcuni precedenti scritti in cui ho provato ad argomentare la tensione generata, in proposito, dall'avvento del diritto antidiscriminatorio di matrice euro-unitaria, in particolare di seconda generazione, nell'aver affiancato tutte le condizioni personali tutelate, disconoscendo tuttavia la base normativa che soltanto per il genere è radicata nei Trattati (nei termini di principio, *ex* art. 157 TFUE, e non di mera possibilità per il Consiglio nell'adottare normative di contrasto alle discriminazioni, *ex* art. 19 TFUE). V. *inter alia*, *Le discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari. Ovvero delle tensioni irrisolte del diritto antidiscriminatorio*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 2, pp. 91 ss.; *Il diritto antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012, pp. 101 ss.

e privati, da intendersi sia nei termini di spazi fisicamente intesi, come quello domestico per l'ambito privato (o del pari della rappresentanza rispetto al contesto pubblico), sia quelli virtuali.

Fatte tali premesse, lo scritto intende così partire dalla constatazione di come la pandemia abbia agìto generando effetti profondamente differenti su donne e uomini[16], nel tentativo di mettere a sistema i diversi ambiti e settori in cui trova conferma che il «Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene»[17]. Una volta ricomposto il quadro discriminatorio in ragione del genere, si analizzeranno le diverse "soluzioni" o le ipotesi di soluzioni offerte sul piano normativo, amministrativo, delle buone pratiche e delle politiche pubbliche, per approdare infine alle prospettive di medio periodo, in particolare rispetto a quanto tracciato dal Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (in sigla, P.N.R.R.).

2. Differenze di genere nella pandemia, differenze di genere della pandemia

Il punto di partenza dell'indagine che qui si propone è rappresentato dalla constatazione – ampiamente dimostrata dagli studi in materia – circa le profonde differenze della pandemia su donne e uomini, in ragione sia delle «differenze biologiche che comportamentali e di ruolo legate al genere», sia ancora sotto il profilo economico, per la «struttura del mercato del lavoro», come pure per l'esistenza di «norme sociali che regolano la suddivisione del lavoro di cura e domestico all'interno delle famiglie»[18]. Peraltro, rappresenta un aspetto oramai condiviso che le diseguaglianze, in specie di genere, si siano innestate su vistose asimmetrie già ben radicate, che ne sono risultate esacerbate[19]. In questo senso, la pandemia non è stata soltanto una "cartina di tornasole" del quadro esistente profondamente marcato dalle diseguaglianze, ma si è pure posta quale "lente di ingrandimento"[20] di fenomeni già presenti ma invisibili o normalizzati in ragione del loro pervicace radicamento[21], consentendone il "disvelamento"[22]. Al contempo, l'avvento del Covid-19 ha pure creato nuove asimmetrie[23], plasmando impreviste forme di vulnerabilità, a partire dalla diversità di accesso ai diritti, e in specie ai diritti sociali, che è importante mettere a fuoco anche per valutare gli strumenti di mitigazione attivati nel periodo post-pandemico.

2.1. La rappresentanza di genere: la persistente eclissi della presenza femminile nello spazio pubblico

Un primo profilo discriminatorio, solo timidamente emerso nel dibattito pubblico, è individuabile nell'offuscamento della già debole presenza femminile nelle sedi decisionali e della rappresentanza, generato – o meglio confermato – dalla sostanziale eclissi della questione dallo spazio pubblico, così rendendo palese la cronica sottorappresentazione delle donne nelle cariche istituzionali.

16 V. i contributi raccolti nel già citato volume E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., sviluppati a partire dalle relazioni presentate in occasione di un webinar svoltosi nel settembre 2020 (*Emergenza Covid-19 e genere*) e organizzato dalla rete *lecostituzionaliste* e che in maniera significativa ha come sottotitolo "Donne: la doppia discriminazione".

17 Così si esprime A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 103, richiamando la *Policy Note* del 16 aprile 2020 della World Bank, che riconosce come la pandemia colpisca soprattutto donne e ragazze dal punto di vista socioeconomico (lavoro, servizi sociali e sanitari, situazione economica, protezione delle fasce deboli).

18 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1058, che richiama il documento elaborato dalla Commissione di genere della Società Italiana degli Economisti, *Documento Relativo al Covid-19*, 7 aprile 2020.

19 I documenti sul punto sono oramai sterminati. Si vedano i diversi rapporti elaborati dall'Istat e gli studi di Linda Laura Sabbadini. V. L. Busatta, *Puntualità ed effettività nella tutela dei diritti*, cit., p. 128.

20 V. B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 192, che, rispetto all'assenza di donne nei diversi comitati chiamati a gestire la crisi, parla di fenomeni più visibili ma meno tollerati. Parla di cartina di tornasole, anche R. Calvano, *Scuola e Covid, la cartina di tornasole delle disuguaglianze*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 157, in specie rispetto alla scuola.

21 Si pensi alla sottorappresentazione delle donne nelle sedi decisionali o al *gender pay gap*, su v. *infra*, rispettivamente parr. 2.1 e 2.2.1.

22 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 186.

23 C.M. Reale, *La dimensione costituzionale dell'emergenza*, cit., p. 272.

La dottrina che si è occupata del tema ha ricondotto tale effetto alla modalità verticistica di gestione del potere durante la crisi[24], dunque alla «centralizzazione, personalizzazione e tecnicizzazione del potere presenti da tempo»[25], espressione delle gerarchie del comando che, nella gestione emergenziale come peraltro in generale, molto hanno a che fare con la prospettiva di genere. Il forte squilibrio di genere nelle sedi decisionali è stato infatti individuato quale causa dello "spontaneo" e "inevitabile" orientarsi delle strutture decisionali dello spazio politico in senso mono-genere, in ragione dell'adozione della quasi totalità delle scelte mediante atti monocratici – tipicamente ordinanze anche assunte a livello territoriale (regionale o locale) o decreti del presidente del Consiglio dei ministri – da parte di uomini, posto che sono più spesso loro a rivestire cariche politiche di vertice[26].

L'emergenza ha anche generato una sorta di "congelamento" del percorso di affermazione della parità nella rappresentanza politica, stabilizzando a lungo, in virtù del rinvio delle elezioni, lo squilibrio esistente e, di fatto, bloccando «molte situazioni nello stato in cui si trovavano, tendenzialmente fino al superamento dell'emergenza»[27]. Al tempo stesso, ne è risultato così confermato come «la concentrazione del potere finisce per favorire chi ha una posizione più consolidata rispetto allo stesso, rendendo difficile l'apertura anche a chi tradizionalmente partecipa da posizioni non di vertice»[28]. In proposito, è interessante notare come simile tendenza si sia accompagnata a una reazione polemica soltanto laddove lo squilibrio di genere abbia trovato nuove forme di espressione, ad esempio, nella composizione monogenere delle c.d. *task force* nate per la gestione della crisi, determinando un almeno parziale correttivo[29] e comunque contribuendo a rendere visibile il problema, a nominarlo e tradurlo nei termini di una questione oggetto di dibattito pubblico. Autorevolmente è stato peraltro riconosciuto come «lo stile decisionistico divenuto la cifra dell'emergenza abbia propiziato l'inedito ricorso al potere sostitutivo a vantaggio della questione di genere almeno quanto, se non più, delle sollecitazioni di personalità e associazioni femminili, dell'impegno della ministra Bonetti e dei pareri delle esperte», ricordando in tal senso gli spunti provenienti in particolare dal «gruppo de "lecostituzionaliste" [che] aveva chiaramente prefigurato al governo la possibilità di percorrere la strada dell'esercizio del potere sostitutivo nel caso di inerzia regionale»[30].

24 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., p. 38. A proposito della verticalizzazione, L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1060, sottolinea l'utilizzo del lessico bellico, ricordando come le metafore che a esso richiamano «vorrebbero incentivare la coesione e l'ubbidienza, connessa a una gerarchia che trova il suo apice nel Condottiero da seguire e sostenere». Sul tema, rispetto alla gestione della pandemia, oltre alla dottrina citata alla nota 1, v. A. Cerri, *A margine del coronavirus: note minime in tema di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *www.rivistacriticadeldiritto.it*, 6 maggio 2020.

25 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 191, e il testo richiamato di I. Massa Pinto, *Costituzione e generi: argomenti interpretativi e teorie sulla differenza sessuale*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2019, Special Issue, 2, pp. 597 ss.

26 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., pp. 33 ss. L'autore nota peraltro come a tale aspetto è successivamente seguita una loro sovraesposizione mediatica, di fatto, invisibilizzando le donne (p. 36).

27 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., pp. 38-39, rileva come il rinvio delle competizioni elettorali abbia «comportato, e in generale comporta, quindi, anche un ritardo nel percorso di affermazione nei ruoli rappresentativi, congelando la sottorappresentanza femminile».

28 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., p. 38.

29 Con quella che è stata definita una "toppa", sono infatti state inserite 6 donne in seconda battuta. M. Perrone, *Task force, la toppa in extremis all'assenza di donne*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020; ancora A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., p. 38, collega la questione all'assetto patriarcale della famiglia, riconoscendo come «queste modalità concentrate e verticali di esercizio del potere sembrano connotare, nell'esperienza concreta, soprattutto la gestione maschile dello stesso e non a caso trovano una sede tipica di esplicazione nella famiglia patriarcale». T. Groppi, *"La Costituzione si è mossa": la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia*, in *Federalismi*, 2020; E.A. Imparato, *Gli Stati di emergenza e la prospettiva di genere nei processi decisionali: un approccio comparato*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 96; B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., 192, richiama le «critiche tempestive che colpiscono la composizione squilibrata delle task forces di esperti nominati dal governo», richiamando la lettera, fatta circolare anche come petizione, pubblicata sul blog La27Ora del *Corriere della Sera*. Per una ricostruzione della vicenda, v. *https://27esimaora.corriere.it/20_aprile_12/Covid-19-taskforce-la-ricostruzione-datecivoce-4-donne-17-non-rappresenta-l-italiaf688dd1e-7ccb-11ea-9e96-ac81f1df708a.shtml*. V. la lettera della rete lecostituzionaliste sul mancato adeguamento delle leggi elettorali regionali alle prescrizioni statali sulla parità di genere, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2020, *www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Le_Costituzionaliste__Il_mancato_adeguamento_delle_leggi_elettorali_regionali.pdf*.

30 Così ritiene B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 192, che però si interroga sulle intenzioni politiche e sugli effetti ordinamentali delle norme che hanno realizzato l'intervento sostitutivo, richiamando le disposizioni

Su tali aspetti, che chiamano in causa con forza la «struttura maschile del potere, rivelandone il carattere strutturale» e interrogando così l'idea di Stato-comunità radicata nella società italiana[31], si era peraltro prontamente sollevata l'attenzione degli organismi internazionali che avevano sollecitato gli Stati a una sensibilità sulle questioni inerenti il necessario equilibrio della rappresentanza[32].

2.2. Le diseguaglianze di genere nel lavoro: un quadro di insieme circa l'impatto della pandemia sull'occupazione femminile

Un secondo aspetto che si affianca all'assenza femminile dalle sedi decisionali nel mettere in luce l'assetto discriminatorio subìto dalle donne durante la pandemia riguarda indubbiamente il contesto lavorativo. Anche questo settore conferma come la pandemia abbia agìto da cartina di tornasole e al tempo stesso come cassa di risonanza di un pre-esistente quadro discriminatorio, ponendosi come elemento rivelatore e acceleratore, in un rapporto di causa/effetto e generando nuove forme di disparità[33].

Molti sono gli ambiti interessati e che appare di interesse trattare disgiuntamente per le diverse implicazioni che chiamano in causa; si pensi a come la crisi da Covid abbia accentuato la vulnerabilità delle lavoratrici, in ragione del carattere stesso del mercato del lavoro, della diversa tipologia contrattuale in cui sono più frequentemente inquadrate (part-time, contratti precari) e della tendenziale maggiore precarietà occupazionale; si pensi ancora al più frequente ricorso alle dimissioni o alle risoluzioni contrattuali[34], anche per l'improvviso maggiore carico di cura determinato dal *lockdown*, aspetto che ha comportato un vero e proprio "shock organizzativo"[35] all'interno delle famiglie, gravante soprattutto sulle donne[36].

2.2.1. La segregazione orizzontale e verticale quale nuova forma di discriminazione in forma indiretta

Tra i diversi aspetti da rilevare considerando il contesto lavorativo e le discriminazioni di genere durante la pandemia, vi è l'avere enfatizzato gli esiziali effetti di alcuni fenomeni già presenti nel mercato del lavoro italiano quali la c.d. segregazione occupazionale di natura orizzontale e verticale.

La segregazione orizzontale, fenomeno che vede la presenza femminile maggiormente concentrata in alcuni settori, ad esempio nei servizi di cura, di comunità o ospedalieri[37], ha infatti prodotto effetti inediti. Da un lato, le donne sono risultate più esposte al contagio, essendo spesso occupate in settori lavorativi che prevedono una forte prossimità tra persone e che non si sono arrestati neppure durante

del d.l. n. 86/2020 (conv. con l. 98/2020), come "misura minimale" nell'assegnare «due voti di preferenza, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso dall'altro»), e con debole incidenza sulla composizione di genere.

31 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 192.

32 Diversi sono i documenti delle Nazioni Unite che fanno riferimento alla necessità di garantire un'uguale rappresentanza di donne in tutti gli organismi incaricati di elaborare programmi di azione, indicare rimedi per i danni prodottisi e adottare decisioni relative a misure di contrasto alla diffusione del contagio. V. anche Commissione di Venezia 2020, *Measures Taken in the EU Member States as a Result of the Covid-19 Crisis and Their Impact on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights*, CDL-AD(2020)018; G. Silvestri, *Covid e genere*, cit.

33 Ilo-International Labour Organization, *Covid-19: Protecting Workers in The Workplace*, 2020. Ha parlato di una inattuazione del progetto costituzionale, I. De Cesare, *Il lavoro delle donne alla prova della pandemia. L'inattuazione del progetto costituzionale*, in *Nomos*, 1/2022, 26.

34 M. Bella, *Risignificare lo spazio domestico ai tempi del Covid-19: tra convivenza e lavoro femminile*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., pp. 669 ss.

35 F. Rosa, Work-life balance *e pandemia*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 124.

36 La questione è stata subito rilevata sul piano euro-unitario, come ricorda A. Ciancio, *L'impatto della pandemia sull'uguaglianza di genere*, cit., p. 73; A.L. Nunes Santos, *What Does the Covid-19 Pandemic Teach Us about Gender Inequality?*, in *Observatory on Covid-19 Effects on Gender Equality*, 2020; M.P. García Rubio, *Gender Perspective in the Covid-19 Pandemic*, in *European Law and Gender*, 6 aprile 2020.

37 Come ricorda A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, cit., pp. 107-109, il lavoro femminile ha subìto un forte impatto, poiché le donne sono maggiormente impiegate nelle attività indispensabili, ad esempio, «con l'80% del personale sanitario impiegato nei lavori di cura, assistenza e pulizia nelle ambulanze, nei pronto soccorsi, nei reparti e nelle rianimazioni; il 56% dei medici iscritti all'albo e il 77% del personale infermieristico», come pure assai elevata è la percentuale di donne occupate nel settore del commercio alimentare che mai si è fermato. L'autrice richiama pure gli studi che mostrano come le attività con maggiori difficoltà nella ripresa dopo la fase c.d. "uno" occupassero prevalentemente personale giovane e femminile.

la c.d. "fase uno"[38], costringendo le lavoratrici a svolgere le proprie attività in presenza, nella quasi impossibilità, per tipologia di prestazione, di accedere a modalità di lavoro agile, *smart-work* o telelavoro[39]. Dall'altro, l'alto impiego delle donne nel settore turistico-culturale ha determinato un impatto maggiore sul lavoro femminile a seguito delle inevitabili chiusure, ponendo le premesse per una instabilità economica, e dunque sociale, di non certo facile soluzione neppure nel medio periodo.

Anche la segregazione verticale, ossia il fenomeno per cui, in una ideale scala gerarchica, le donne si trovano – in virtù dei fenomeni dello *sticky floor* e del *glass ceiling*[40] – confinate nei lavori di più basso livello, ha spesso significato una maggiore difficoltà di accesso allo *smart working* e dunque, anche in questo caso, una maggiore esposizione al contagio, confermando la subordinazione femminile nel mercato del lavoro[41] che ne è risultata enfatizzata e riprodotta.

In aggiunta, con maggiore frequenza le donne hanno "scelto" di «regolare, modificare, ridurre, l'orario lavorativo», con un'opzione che, «spesso razionale dal punto di vista economico proprio perché normalmente le donne contribuiscono meno al complessivo reddito familiare rispetto ai loro partner e sono impiegate in lavori più flessibili, non può certamente considerarsi libera»[42].

Peraltro, «[la] perdurante disuguaglianza nella distribuzione del lavoro non retribuito… non ha tenuto al riparo le lavoratrici precarie per le quali è possibile il telelavoro e che dunque non devono necessariamente ridurre formalmente le ore di lavoro, o lasciare temporaneamente il lavoro per rispondere ai bisogni di cura e domestici emergenti». Come è infatti stato puntualmente rilevato, in assenza di una condivisione delle responsabilità di cura, l'effettività del telelavoro femminile è stata messa a rischio «dalle costanti distrazioni, dal carico lavorativo aggiuntivo e dallo stato di sovraccarico mentale che le donne sono chiamate a sostenere quando lavorano da casa». In aggiunta, vi è pure da considerare come la riduzione delle ore di lavoro o l'abbandono temporaneo del lavoro finalizzati a rendere la donna disponibile per le attività di cura, certamente produrranno «conseguenze negative di lungo periodo sugli andamenti del mercato del lavoro femminile»[43]. Tali aspetti sono da considerarsi anche nella misura in cui pongono le premesse per una penalizzazione retributiva di medio periodo a danno delle donne come per la maternità con il c.d. *motherhood wage gap*, che segna il divario tracciato tra donne con figli e donne senza figli e che agirà su tutte le interruzioni di carriera determinate o favorite dalla pandemia, anche nel medio e lungo periodo[44].

Le vicende sopra richiamate confermano come le donne siano risultate maggiormente svantaggiate in ragione di una discriminazione in forma indiretta poiché prodotta a seguito di vicende, norme, regole, neutralmente formulate ma più impattanti sul lavoro femminile[45].

38 A. Ciancio, *L'impatto della pandemia sull'uguaglianza di genere*, cit., pp. 75 ss., richiama i documenti dell'UE in merito e l'importanza sia di disaggregare i dati per sesso, sia di avere accortezze ad esempio, quanto al design dei dispositivi di protezione individuale che dovrebbe tenere conto delle differenze anatomiche tra uomini e donne.

39 A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, cit., pp. 106-107, ricorda a tal proposito le attività di vendita al dettaglio, tempo libero e servizi personali, ospitalità, viaggi e turismo che il Documento *Eurofound*, del 3 giugno 2020 evidenzia.

40 Il "pavimento appiccicoso" e il "soffitto di cristallo" rappresentano due fenomeni speculari e, in qualche modo complementari, che mostrano la difficoltà delle donne nella carriera professionale. Sul punto, si rinvia alla sterminata dottrina.

41 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., pp. 41-42.

42 E. Stradella, *L'impatto della pandemia sul lavoro precario nella prospettiva di genere. Alcune considerazioni*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 135.

43 E. Stradella, *L'impatto della pandemia sul lavoro precario nella prospettiva di genere*, cit., p. 135, cui si riferiscono anche le precedenti citazioni.

44 P. Villa, F. Bettio, *Gli effetti del Covid sull'occupazione femminile*, in *Ingenere.it*, 4 giugno 2020; E. Stradella, *L'impatto della pandemia sul lavoro precario nella prospettiva di genere*, cit., pp. 135-136; v. l'autrice richiama i lavori di E. Cukrowska-Torzewska, A. Matysiak, *The motherhood Wage Penality: A Meta-Analysis*, in *Social Science Reesearch*, 2020; E. Cukrowska-Torzewska, A. Lovasz, *The role of Parenthood in Shaping the Gender Wage Gap. A comparative Analysis of 26 European Countries*, in *Social Science Reesearch*, 2020.

45 Art. 25, D. lgs. 198/2006, c.d. *Codice per le pari opportunità*, in sigla, CPO.

2.2.2. La precarietà lavorativa e la diversità di condizioni contrattuali

Vi è anche un altro aspetto del lavoro durante la pandemia che pare caratterizzarsi, a danno delle lavoratrici, nei termini di una discriminazione indiretta, in quanto vicenda apparentemente neutra che pure svantaggia in misura proporzionalmente maggiore un genere[46]. Il richiamo è al precariato assai diffuso proprio in quei settori e attività che presentano un maggiore tasso di femminilizzazione, spesso collocati nell'economia informale (tipica dell'ambito domestico e della cura, ma anche del settore agricolo) e dunque con deboli protezioni sociali. In occasione della pandemia, ciò ha generato una fragilità aggiuntiva delle lavoratrici che spesso non hanno neppure potuto beneficiare dei ristori economici previsti per la sospensione delle attività.

Il precariato si è così posto come elemento moltiplicatore degli effetti della crisi sanitaria rispetto alla garanzia del mantenimento del posto di lavoro; riprendendo il principio del *Last hired, first fired*, le donne hanno infatti perso più spesso il lavoro, sia in termini assoluti, sia percentuali[47], nell'evidenza per cui la conclusione del periodo contrattuale si è spesso tradotta nella disoccupazione, impattando maggiormente sulle donne che della tipologia contrattuale a tempo determinato sono le maggiori detentrici[48]. Peraltro, l'incertezza lavorativa si è trasformata inevitabilmente in una precarietà esistenziale[49], mentre decisamente più stabile è risultata l'occupazione maschile[50].

Una riflessione aggiuntiva merita il fatto che alcuni interventi certamente interessanti sul piano teorico abbiano mostrato la difficoltà di superare l'attuale assetto diseguale nella loro concretizzazione pratica. Si pensi all'effetto di un intervento normativo che, al fine di consentire il pieno accesso alle tutele sociali, aveva previsto facilitazioni nella regolarizzazione di alcune tipologie professionali (agricoltura, allevamento, pesca, lavoro domestico, assistenza alla persona)[51], spesso confinate nell'informalità. Per quanto si tratti di ambiti nei quali il lavoro femminile è statisticamente prevalente, i dati mostrano come a beneficiare maggiormente della possibilità di regolarizzazione siano stati gli uomini[52], aspetto di interesse nel mostrare come il "valore" abbinato a un'attività tipicamente femminile ha generato l'interesse anche per il lavoratore di sesso maschile.

2.2.3. Pandemia e cura

Trattando di lavoro, genere e pandemia, un ultimo passaggio si impone come imprescindibile e riguarda il complesso rapporto con le attività di cura[53], in una almeno duplice e ambivalente prospettiva. Da un lato, la crisi sanitaria e il conseguente *lockdown* hanno di certo determinato un aggravio significativo dei carichi di cura[54], enfatizzando lo squilibrio di genere che tradizionalmente li caratterizza, come mes-

46 V. il riferimento alla nota precedente.

47 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1062. Fino all'83,9% secondo il *Global Gender Gap Report 2020* del World Economic Forum; v. sul tema, C.P. Chandrasekhar, J. Ghosh, *Informal Workers in the Time of Coronavirus*, in *www.networkideas.org*, March 24, 2020; per i dati, v. quando pubblicato dall'Osservatorio Statistico dei Consulenti del Lavoro, *Focus sull'occupazione femminile. Donne al lavoro: o inattive o part-time*, 2019.

48 A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, cit., pp. 107 ss.

49 E. Stradella, *L'impatto della pandemia sul lavoro precario nella prospettiva di genere*, cit., pp. 138 e 141.

50 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., p. 41, che rinvia a R. Lugarà, A. Pertici, *La parità retributiva tra uomini e donne: brevi spunti di riflessione sull'(in)effettività di un diritto alla luce delle recenti decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 1, pp. 26-60.

51 Si tratta di una normativa fortemente voluta dalla allora ministra per l'Agricoltura, Teresa Bellanova; v. art. 103, d.-l. n. 34/2020, c.d. decreto "Rilancio".

52 V. i dati dei report periodici elaborati dal Ministero dell'interno. Delle circa 220.000 domande, oltre l'80% ha riguardato il settore domestico; per quanto riguarda le nazionalità dei lavoratori per i quali è stata presentata la domanda, non si rileva una corrispondenza a quelle che statisticamente risultano impiegate nel settore domestico e di assistenza alla persona. Ministero dell'interno, *Emersione dei rapporti di lavoro 2020*, in *https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/dlci_-_analisi_dati_emersione_15082020_ore_24.pdf*.

53 O. Giolo, *Il virus, il genere, la cura: una rivoluzione ai tempi del CoViD-19?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 3, pp. 53-66.

54 Come ricorda A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, cit., pp. 107-109, «Le disposizioni varate per il contenimento del contagio hanno, d'altra parte, generato una transizione delle attività di assistenza e cura dall'economia retribuita a quella non retribuita, riportando in seno alle famiglie (e alle donne in particolare) quelle attività che erano affidate a lavoratrici esterne (baby-sitter, badanti, collaboratrici), con il duplice effetto di lasciare molte donne impiegate in

so in luce nei documenti degli organismi internazionali[55]. Nell'ambito della cura, infatti, «il gap gender si è mostrato con evidenza, rivelando la situazione di un Paese che investe poco nel welfare familiare e scarica impropriamente sulle donne il peso pressoché totale delle responsabilità di cura»[56], anche in ragione degli scarsi investimenti in materia e di servizi all'infanzia che renderebbero possibili politiche di conciliazione[57].

L'impatto della pandemia sulla cura si è posto sia in termini qualitativi, sia quantitativi, per come ha sottratto alle donne spazio e tempo usualmente dedicato ad altro e generando il sovrapporsi di compiti produttivi e riproduttivi, negli stessi spazi. Sotto il profilo quantitativo, infatti, la chiusura di ogni attività ha comportato un oggettivo aumento del lavoro domestico per la forzata presenza in casa di tutte le componenti familiari e durante l'intero arco della giornata, peraltro «in una fase che richiede particolare attenzione all'igiene personale e delle superfici»[58], ai fini di contenere il contagio. Sotto il profilo qualitativo, poi, la gravosità nella gestione quotidiana di uno spazio domestico divenuto all'improvviso spazio di lavoro (e studio) condiviso si è accompagnato anche alla necessità di ripensare il proprio ruolo di genitori, posto che la didattica a distanza ha richiesto un costante supporto nella fruizione di tutte le attività educative e formative per la prole non autonoma in tal senso[59].

Se dunque la pandemia ha generato un obiettivo aggravio della cura sulle donne, ha però avuto il merito di dare ai compiti domestici una maggiore visibilità, in generale, rendendo chiunque più consapevole del "peso" del c.d. "doppio carico"[60] e palesando la latitanza maschile. Il fatto di avere, per la prima volta, «quantificato il valore economico del lavoro non retribuito prodotto dalle donne in Italia»[61], rappresenta un elemento certamente positivo nella misura in cui ne ha portato alla luce il contributo, spesso invisibilizzato ma fondamentale, per l'economia. E non è secondario che per ottenere un riconoscimento di valore, il riferimento debba sempre e comunque a ciò che può essere economicamente quantificato, sembrando invece non pensabile per la sua sola valenza sociale.

È interessante inoltre notare come la maggiore visibilità della cura abbia pure contributo a delineare la persona addetta come «nuova figura eroica», dando il via «a una fase rifondata sul profilo della cura» che ha dato il nome a uno dei primi atti normativi adottati in risposta al Covid e che ha fatto emergere il tema «perfino nell'opinione pubblica, di solito così sorda al tema»[62].

Tali aspetti evidenziano così il nesso fra pandemia, precariato e condizione occupazionale femminile[63], poiché il gravare la cura prevalentemente sulle donne ha generato effetti immediati sul lavoro,

tali attività senza occupazione e caricandole di ulteriori impegni (non retribuiti) così da dovere riorganizzare i tempi della loro quotidianità, dividendosi tra lavoro (spesso svolto da casa in smart working, ma senza spazi adeguati per eseguirlo in serenità), cura della casa, gestione delle attività scolastiche e dei momenti di gioco dei figli e spesso assistenza ai familiari più anziani». L'autrice richiama un documento del giugno 2020 (*La pandemia e il lavoro delle donne*) del Centro studi dell'Azione cattolica.

55 United Nations, *Policy Brief: The Impact of Covid-19 on Women*, 9 aprile 2020; Unicef, *Nota tecnica* del 6 aprile 2020 che, nel supporto ai *care givers*, aveva individuato una delle cinque azioni per la parità di genere nella risposta al Covid. Si richiama l'attenzione all'economia di cura, nel cui ambito continuano a esistere lavori sottoretribuiti – dagli insegnanti, alle badanti, alle baby-sitter – o non retribuiti, come i lavori domestici, invisibili sul mercato.

56 Come ricorda A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, cit., pp. 111-112, «[l]o squilibrio interno della spesa sociale in Italia è noto da tempo: le risorse stanziate sono infatti prevalentemente destinate alla spesa previdenziale, mentre è residuale la spesa per le politiche rivolte alle famiglie: circa il 6% contro l'11,2%, della Germania, il 7,7% della Francia, il 9,6% del Regno Unito e il 10,3% della Finlandia. Una voce particolarmente significativa riguarda il tasso di copertura dei servizi per l'infanzia destinati ai bambini in età inferiore a 3 anni: nel 2017, secondo Istat i posti disponibili negli asili nido coprivano meno di un quarto del potenziale bacino di utenza, garantendo dunque un'offerta sensibilmente inferiore a quella indicata nel 2002 dall'Unione europea (il 33%) come condizione necessaria per agevolare la conciliazione famiglia-lavoro e favorire una maggiore occupazione femminile».

57 F. Rosa, Work-life balance *e pandemia*, cit., 117 ss.; A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, cit., 107 109; S. Leone, *L'emergenza sanitaria e l'impatto sul (già) difficile equilibrio tra sfera lavorativa e sfera privata*, 3, 2020, pp. 67-76.

58 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., pp. 1063-1064.

59 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., pp. 1063-1064.

60 Come noto, tale espressione si riferisce al sommarsi del lavoro di cura a quello extradomestico.

61 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1064, che richiama gli studi che hanno quantificato il valore annuale della produzione familiare nel 2014 pari a circa 557 miliardi di euro, ossia il 34% del Pil prodotto.

62 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1061.

63 Come ricorda E. Stradella, *L'impatto della pandemia sul lavoro precario nella prospettiva di genere*, cit., p. 135, infatti, «Lo svantaggio economico delle donne nel mercato del lavoro è strettamente collegato alla loro (ancora) preminente responsabilità nel

ad esempio, anche rispetto al fenomeno del c.d. "*part-time* involontario", necessario per l'insufficienza o l'inesistenza dei servizi di cura, soprattutto in alcune aree del paese che vedono una debole presenza dei servizi[64].

La questione rileva infine anche per come veicola quella "trappola della conciliazione" o condivisione del lavoro produttivo e di cura che, se declinata nel privato, finisce per diventare questione individuale, familiare, implicitamente perdendo valore e non incontrando riconoscimento sociale alcuno[65]. In questo senso, si richiamano le riflessioni di chi ha parlato di "crisi della cura", poiché, «La centralità delle forme di distanziamento sociale quale lotta alla propagazione del virus ha spostato l'asse delle nostre esistenze proprio nella sfera della riproduzione sociale, che è terreno nel quale le disparità di genere sono molto chiare e indiscusse»[66].

2.3 L'accesso ai servizi durante la pandemia

2.3.1. Il complesso intreccio tra genere e salute

Considerazioni per molti versi analoghe a quelle effettuate rispetto al lavoro possono proporsi anche nel contesto dei servizi, in particolare nell'accesso ai servizi socio-sanitari, ambito che ha visto il profilarsi di barriere aggiuntive in ragione del genere, pure a fronte dell'invito degli organismi sovranazionali a mantenerne l'integrità quale azione di risposta al Covid per la parità di genere[67], in grado di produrre effetti a medio termine[68]. Plurimi sono i profili da richiamare, a cominciare dalla scarsa attenzione alla dimensione di genere che, ad esempio, avrebbe potuto valorizzare il potenziale della medicina di genere, superando così l'approccio tradizionale che assume(va) un corpo "neutro" dal punto di vista sessuato, di fatto, schiacciando le specificità del corpo femminile, non elaborando soluzioni adeguate a corpi anatomicamente e biologicamente assai diversi, e dunque non sempre garantendo l'efficacia, anche nei confronti delle donne, delle cure predisposte[69]. Pure se timidamente evocata, essa ha avuto poco spazio[70], nonostante l'evidenza empirica mostrasse un diverso impatto delle infezioni da Covid – quanto a frequenza, sintomi, gravità della malattia, tasso di letalità – come pure un diverso effetto dei vaccini[71]. Va poi considerato il diverso e più forte impatto dei fattori sociali che hanno determinato nelle donne una maggiore possibilità di contrarre il virus, ad esempio, per la predominante presenza nel comparto

lavoro riproduttivo, e questo risulta centrale per comprendere le dinamiche del lavoro precario».

64 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1062 che si riferisce al Sud, ma lo stesso potrebbe dirsi delle aree periferiche, come quelle montane.

65 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 191.

66 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1058. Secondo l'autrice, «La pandemia, dunque, ha scatenato una crisi multidimensionale, perché non è soltanto un'inedita crisi sanitaria e una grave crisi economica, ma anche "una crisi della cura", soprattutto per l'accresciuto lavoro non pagato svolto dalle donne».

67 Unicef, *Nota tecnica* del 6 aprile 2020, lo indica tra le cinque azioni per la parità di genere nella risposta al Covid.

68 V. ONU, *The Impact of Covid-19 on Women*, 9 aprile 2020.

69 Risale all'inizio degli anni '90, la prima prova delle differenze di genere non limitate all'ambito riproduttivo (si trattava in specie di uno studio sulle cardiopatie), che negli anni ha condotto a considerare le differenze corporee ai fini del trattamento clinico. Gli studi hanno evidenziato come le pratiche mediche di fatto svantaggiassero le donne, in ragione della maggiore tempistica richiesta per giungere a una diagnosi, una minore applicazione di terapie salvavita, maggiori tempi di ricovero più brevi. Sul tema, v. B. Healey, *The Jentl syndrome*. *New England Journal of Medicine*, 325, 1991, pp. 274-275). Il tema ha recentemente trovato un riconoscimento normativo, nell'ambito della delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute (l. 11 gennaio 2018, n. 3), con una previsione che fa infatti riferimento alla «Applicazione e diffusione della medicina di genere nel Servizio sanitario nazionale» (art. 3).

70 F. Rescigno, *Per un «habeas corpus» «di genere»*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022; e della stessa autrice, *Medicina di genere e autodeterminazione femminile: un percorso giuridico accidentato*, e M. Tomasi, *Sperimentazioni cliniche e medicina di genere: la ricerca dell'eguaglianza attraverso la valorizzazione delle differenze*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti, *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2020, rispettivamente pp. 203 e pp. 215 ss.

71 Come ricorda, L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1078, a differenza di altri paesi, l'Italia ha da subito pubblicato i dati disaggregati per sesso e genere. Tali diversità paiono potersi ricondurre sia a «componenti biologiche (di tipo ormonale o genetico come le differenze funzionali del sistema immunitario, il diverso equilibrio ormonale) che comportamentali (la differente incidenza tra fumo e co-morbilità, maggiore attenzione alla prevenzione sanitaria)».

sanitario e nei servizi mai sospesi, con un maggiore rischio di contagi[72], facendo emergere la necessità di orientare ricerca e innovazione in chiave *gender sensitive*[73].

Si pensi, ancora, a come l'emergenza abbia determinato pesanti limitazioni e una sospensione, in particolare durante la c.d. "fase uno", nell'accesso a servizi sanitari rivolti a un'utenza solo femminile, come nel caso delle pratiche riproduttive che hanno però tempi assai precisi, legati al periodo di fecondità del corpo femminile. Tali servizi mal si prestano a lunghe fasi di sospensione[74], ricordando come la legge stessa si riferisca a una «età potenzialmente fertile»[75] quale condizione per l'erogabilità delle prestazioni con oneri a carico del sistema sanitario nazionale[76], con profili problematici nel garantire l'accessibilità in ragione del mero scorrere del tempo.

Di particolare problematicità si è anche mostrato l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, che non può certo considerarsi come rinviabile *sine die*, poiché la legge impone limiti temporali precisi[77]. In un contesto di per sé già complesso per il massiccio ricorso all'obiezione di coscienza che compromette l'effettività dell'accesso alle tecniche di interruzione di gravidenza[78], molti dubbi possono essere sollevati circa la fruibilità di tali servizi sanitari nei termini garantiti dalla legge 194 del 1978, che profilano forme di controllo istituzionale sui corpi delle donne lesive della libertà (di non procreare) femminile[79].

A quella relativa all'accesso ai servizi di interruzione volontaria di gravidanza, si è pure affiancata la difficoltà di ricorrere all'aborto farmacologico, servizio possibile entro un termine assai ristretto (al massimo sette settimane, 49 giorni, dall'inizio della gestazione) e la cui piena fruibilità di certo è stata assai condizionata dalle restrizioni durante la pandemia[80].

Nel delineare un quadro di insieme, appare di interesse anche rilevare come le regole introdotte per contrastare il contagio e che hanno limitato gli assembramenti, la possibilità di manifestare e la libertà di movimento fra Stati abbiano indirettamente condizionato pure l'accesso a pratiche abortive laddove tali servizi sono stati del tutto sospesi[81], accentuando le forme di controllo su corpi solo femminili.

Peraltro, il tema della salute incrocia inesorabilmente lo sproporzionato impatto dei lavori di cura e il ricorso generalizzato allo *smart working*, ricordando gli studi che hanno rilevato una maggiore crescita dell'ansia e della paura per le donne, in ragione dei fenomeni di isolamento e *overworking*, aumento dello stress per l'impossibilità, di fatto, di disconnettersi[82] e per il dover continuamente fare fronte alle esigenze familiari, in contemporanea al proprio lavoro e nell'impossibilità di fruire di servizi di sostegno specifici.

72 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1078; C. Bassu, *Diritto alla salute: l'impatto del Covid-19 sul corpo delle donne*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., pp. 147 ss., richiama i dati Eurostat (Eurostat, Statistiche dell'occupazione, dati ricavati a maggio 2019), che mostrano un forte squilibrio nella composizione di genere L'autrice ricorda pure il maggiore impatto dell'infezione sulle donne, in termini numerici, riconducendolo alla maggiore presenza nelle professioni più a rischio.

73 A. Ciancio, *L'impatto della pandemia sull'uguaglianza di genere*, cit., pp. 74 ss. che richiama gli studi in materia, secondo cui «Le donne sembrano reagire più vigorosamente alle infezioni virali e produrre più anticorpi come conseguenza delle infezioni o vaccinazioni, per ragioni ormonali, genetiche o legate a differenze nei batteri intestinali. Al contempo, le donne sembrano soffrire maggiori effetti collaterali dei farmaci rispetto agli uomini. Le sperimentazioni sui farmaci e sui vaccini Covid-19 devono quindi includere analisi specifiche per sesso».

74 Come noto, infatti, il buon esito dell'accesso a pratiche fecondazione medicalmente assistita dipende in larga misura anche dall'età anagrafica di chi si sottopone a essa e non è dunque indifferente che le stesse siano state sospese così a lungo.

75 Art. 5, l. 40/2004.

76 L. Busatta, *Puntualità ed effettività nella tutela dei diritti*, cit.; M.P. Iadicicco, *Le ricadute dell'emergenza sanitaria sulle procedure di fecondazione assistita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 3, pp. 107-122, in particolare, p. 113.

77 Il carattere essenziale di tale servizio era peraltro stato ricordato anche dall'OMS che aveva invitato gli Stati di garantire l'accesso all'aborto sicuro. C. Bassu, *Diritto alla salute*, cit., pp. 147-148, che richiama la vicenda del Texas, p. 150, contenzioso sollevato evidenziando che l'aborto è una procedura essenziale e "Time sensitive" per cui non può sospendersi neanche durante la pandemia ma la corte ha ritenuto che possono esservi limiti in nome della sicurezza collettiva.

78 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1065; F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

79 I. Boiano, C. Botti (a cura di), *Dai nostri corpi sotto attacco. Aborto e politica*, Ediesse, Roma, 2019; L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1082.

80 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1065.

81 C. Bassu, *Diritto alla salute*, cit., p. 152.

82 E. Catelani, M. D'Amico, *Introduzione. Le problematiche di genere emerse durante l'emergenza sanitaria*, cit., 19.

2.3.2. La cultura *nerd/geek*: vulnerabilità implicite e aggregazioni comunitarie

Anche rispetto all'accesso all'istruzione valgono considerazioni per molti versi analoghe a quanto emerso nel contesto della salute, in quanto ambito che ha visto il profilarsi di barriere aggiuntive in ragione del genere, anche in questo caso incrociando lo sproporzionato impatto dei lavori di cura[83] e la presenza decisamente maggioritaria di personale femminile su cui la sospensione ha più gravato[84]. Il riemergere dell'importanza delle professioni educative consente di condividere la sollecitazione della dottrina che si è interrogata circa il nesso fra «il progressivo deteriorarsi, negli ultimi decenni, dello status giuridico ed economico di chi lavora in questo ambito…[e il] carattere quasi monogenere del comparto»[85].

In generale, pure a fronte dell'invito da parte degli organismi sovranazionali circa la necessità di mantenere integra l'offerta dei servizi e dei sistemi di istruzione di base tra le azioni di risposta al Covid per la parità di genere[86], si è invece assistito a una moltiplicazione delle diseguaglianze, peraltro incrociando pericolosamente questione economica e fragilità sociale, ma pure collocazione territoriale e *digital divide*. In proposito, è da constatare come, analogamente ad altri ambiti, pure in questo caso la situazione non possa dirsi prodotta dalla pandemia, soltanto aggravandosi a causa di essa, anche in ragione di un quadro già complesso e ambiguo per i certamente insufficienti finanziamenti e per un sistema multilivello che già da tempo stenta a funzionare[87], con effetti che presumibilmente non scemeranno nel medio termine[88].

2.4. Fra "vecchie" e "nuove" forme di violenza nei confronti delle donne

In una riflessione sulle discriminazioni di genere, appare imprescindibile ricordare come la violenza di genere abbia attraversato la crisi pandemica e da essa sia stata attraversata[89], facendo propria la lettura che ne enfatizza l'essere una forma di espressione e al tempo stesso di causa dell'impari collocazione delle donne nella società[90].

Anche in questo caso, duplice è la prospettiva che occorre assumere, rilevando come la pandemia abbia aggravato il già complesso quadro della violenza nei confronti delle donne e, in specie, di alcune forme di esse, ad esempio, la violenza domestica, al contempo però, coniando modalità inedite[91]. Sotto quest'ultimo profilo, si pensi a come la pandemia e il trasferimento delle relazioni sociali nella realtà virtuale abbiano posto le premesse per il prodursi di forme di cyberviolenza, a cui non ha peraltro corrisposto una risposta adeguata, forse anche per la tardiva consapevolezza circa l'ampiezza del fenomeno. È emerso infatti come le donne sono state la categoria più colpita dall'odio *on line* ed è interessante notare come studi effettuati durante il primo periodo della pandemia rivelino che «per la prima volta i tweets contro le donne rappresentano in maggioranza insulti di impronta sessista per ragioni legate al lavoro, alla competenza e alla professionalità delle donne, mentre nelle edizioni precedenti si colpiva

83 V. *http://www.ingenere.it/news/risposte-femministe-alla-pandemia*.

84 R. Calvano, *Scuola e Covid*, cit., p. 157, ricorda come le cifre del sistema nazionale dell'istruzione mostrino una connotazione di genere molto forte: sono donne l'82,7% e il 69% dei dirigenti scolastici. V. il Rapporto Ocse, *Education at glance*, 2020.

85 R. Calvano, *Scuola e Covid*, cit., p. 157.

86 Unicef, *Nota tecnica* del 6 aprile 2020, lo indica tra le cinque azioni per la parità di genere nella risposta al Covid.

87 R. Calvano, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Ediesse, Napoli, 2019; R. Calvano, *Scuola e Covid*, cit., pp. 159 ss.

88 ONU, *The Impact of Covid-19 on Women*, 9 aprile 2020. Per un inquadramento sul tema, v. I. Rivera, *La scuola è aperta a tutti. La tutela del diritto all'istruzione nella crisi pandemica da Covid-19*, in *federalismi.it*, 14/2022, pp. 84-105.

89 Gli organismi internazionali avevano invitato gli Stati a prepararsi all'aumento della violenza di genere domestica durante la pandemia. Anche su questo punto, v. il rapporto dell'Unicef che lo indica tra le cinque azioni per la parità di genere nella risposta al Covid (*Nota tecnica* del 6 aprile 2020).

90 B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Torino, Giappichelli, 2020, in cui si radica il tema nella riflessione sull'uguaglianza costituzionale.

91 Consistenti gli studi che da subito hanno messo al centro della riflessione il tema della violenza di genere e in particolare della violenza domestica, per come attraversata dalla pandemia. *Inter alia* e rinviando al testo che segue per ulteriori riferimenti, v. J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova (eds.), *International Law and Violence against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Oxon-New York, Routledge, 2020; E. Lopes, *Impatto del Covid-19 sulla parità di genere e il problema della violenza domestica*, in *Opinio Juris*, 4 giugno 2020; F. Pidone, M. Pirrone, *Covid-19, #Istayathome and Domestic Violence*, in *European Law and Gender*, 15 aprile 2020.

in misura quasi integrale l'aspetto fisico e il corpo delle donne»[92]. Così, è stato ipotizzato un nesso per cui «anche a causa del fenomeno dello *smart working*, la donna ha mostrato anche all'interno delle mura domestiche la propria capacità e competenza in ambito lavorativo, superando quello stereotipo che all'interno della casa la voleva dedita al solo lavoro di cura e domestico»[93], scatenando ancora di più forme di odio.

Quanto alla violenza domestica e ricordando chi ha efficacemente sottolineato come essa non sia «una emergenza, ma un'urgenza da affrontare in modo sistematico da tempo… e che deve essere contrastata non solo nell'immediatezza, ma nel lungo periodo»[94], la pandemia ha determinato la forzata e prolungata coabitazione delle vittime con gli autori e spesso in spazi ristretti, generando isolamento e aumentando le possibilità di controllo dell'uomo su azioni e scelte della partner, pure sfilacciando la rete di supporto normalmente operante (autorità, servizi sociali) e rendendo più difficile l'accesso ai servizi[95].

I dati raccolti hanno restituito una complessità e contraddittorietà del quadro di insieme, di certo confermando la maggiore esposizione a violenza nell'ambito di relazioni intime e nel contesto domestico a causa del confinamento[96], come pure la difficoltà di rivolgersi all'autorità o alla rete di servizi. Emerge infatti un aumento nell'accesso al numero verde nazionale, come pure alle chat di sostegno attivate, ma un calo nelle denunce e nell'accesso ai servizi[97]. Molte le spiegazioni ipotizzate che, da un lato, si riferiscono a un fenomeno rimasto sommerso in ragione dell'impossibilità di chi agisce atti persecutori di proseguire per le difficoltà di muoversi ma anche delle vittime di «uscire per presentare denuncia senza che il partner se ne accorgesse e temendo probabilmente l'impatto di una denuncia sulla loro incolumità in una convivenza forzata»[98]. Successivamente, è invece risultato aumentato il numero delle richieste e pure dei femminicidi[99] e dei maltrattamenti in famiglia, ipotizzando una crescita in coincidenza delle rimozioni delle limitazioni alla libertà di circolazione[100] che fa presumere come «parte delle denunce presentate riguardi episodi commessi anche nel periodo di chiusura per la pandemia»[101], non immediatamente presentate. Ciò conferma come «Ogni donna vittima di violenza nella propria

92 E. Catelani, M. D'Amico, *Introduzione. Le problematiche di genere emerse durante l'emergenza sanitaria*, cit., p. 20, che riportano una ricerca dell'Associazione Vox diritti. Sul tema dell'odio *on line*, v. C. Siccardi, M. D'Amico, *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'*hate speech on line, Torino, Giappichelli, 2021; in prospettiva comparata, v. I. Spigno, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, Giuffrè, 2018.

93 E. Catelani, M. D'Amico, *Introduzione. Le problematiche di genere emerse durante l'emergenza sanitaria*, cit., p. 20.

94 I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 53; della stessa autrice, v. *Violenza di genere e condizione femminile: la pandemia come punto di svolta?*, in *Notizie di Politeia*, 143/2021, pp. 49-58. B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., ritiene che la pandemia abbia privato di credibilità ogni lettura della violenza domestica come emergenza.

95 E. Catelani, M. D'Amico, *Introduzione. Le problematiche di genere emerse durante l'emergenza sanitaria*, cit., p. 19; I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., pp. 45-51.

96 B. Pezzini, *Esterno e interno nella pandemia*, cit., e della stessa autrice, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 189.

97 I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., pp. 47-48, che richiama la Relazione elaborata dalla Commissione di inchiesta sul femminicidio del Senato e approvata il 10 luglio 2020, sui dati riguardanti la violenza di genere e domestica nel periodo di applicazione delle misure di contenimento per l'emergenza da Covid-19. I dati in essa raccolti mostrano che, nei mesi di marzo e aprile, dunque nella fase uno, vi è una tendenziale contrazione dei numeri di denunce per i reati c.d. "sentinella", ossia spia di violenza di genere (maltrattamenti contro familiari e conviventi, atti persecutori, violenza sessuale), come confermato da un sondaggio a opera del Consiglio superiore della magistratura (prot. n. 8063/2020 del 4 giugno 2020).

98 I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., pp. 48-49.

99 V. il rapporto D.i.Re, *Covid-19 and the Increase of Domestic Violence against Women Survey del UN Special Rapporteur on Violence against Women*, 2020. Istat. *Violenza di genere al tempo del Covid-19: le chiamate al numero di pubblica utilità 1522*, 2020; Istat, *Il numero di pubblica utilità 1522 durante la pandemia (periodo marzo-ottobre 2020)*, 2020. Da questi studi, risulta una crescita delle richieste di aiuto e delle segnalazioni: da marzo a maggio, sono aumentate del 119% le telefonate al numero antiviolenza e stalking rispetto allo stesso arco di tempo nell'anno precedente. Per una riflessione su tali dati, v. E. Catelani, M. D'Amico, *Introduzione. Le problematiche di genere emerse durante l'emergenza sanitaria*, cit., p. 19 e A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., pp. 40-41.

100 Relazione della Commissione di inchiesta sul femminicidio del Senato, approvata il 10 luglio 2020, cit.

101 I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., pp. 48-49.

casa rischia di non essere parte lesa soltanto dall'uomo a lei intimo che l'aggredisce, ma anche di un sistema che disconosce la dimensione politica e pubblica di questa relazione di sopraffazione qualora le istituzioni non se ne facciano carico»[102]; risulta confermato pure il carattere della violenza di genere come «problema strutturale», in quello «spazio domestico divenuto totale»[103]. La dottrina più attenta ha infatti messo in luce il presupposto veicolato come implicito, ovvio al punto da non essere problematizzato, per cui il "restare a casa" è stato inteso quale automatica garanzia della propria incolumità, senza considerare come proprio in questi spazi la violenza si esprime con maggiore forza e frequenza, peraltro spesso nella totale invisibilità[104].

L'idea semplicistica e banalizzante, affermata di frequente nelle conferenze stampa dal Presidente del Consiglio dei ministri, dello spazio domestico come "protetto e sicuro", fondata sull'idea di sicurezza come riduzione del rischio da contagio, ha determinato una contrapposizione inedita tra pubblico e privato[105], accompagnandosi pure alla necessità di contestare il presupposto, nient'affatto scontato, circa la disponibilità di un alloggio, la cui mancanza ha invece significato per molte donne una maggiore esposizione al rischio di violenze in ragione dell'impossibilità di accedere a un ricovero[106]. La retorica del confinamento come garanzia della sicurezza si è così dovuta confrontare con quegli impliciti presupposti dall'idea di un contenimento del rischio da contagio che non colloca le persone in una dimensione relazionale di genere e che per tale ragione non appare persuasiva laddove porta alla luce e rimarca le diverse condizioni sociali che lo spazio domestico riproduce, con un effetto moltiplicatore della diseguaglianza che, al tempo stesso, esso manifesta[107].

È un fatto che l'aumento della violenza domestica nel periodo del confinamento si sia affiancata a una contrazione dei servizi previsti, con la chiusura, nella "fase uno", dei centri antiviolenza e delle case di rifugio e la conseguente inaccessibilità di uno spazio sicuro per le donne vittime di violenza, cui si è peraltro tentato di porre rimedio mediante una serie di azioni e buone pratiche[108].

Ma è in generale la consapevolezza di come la «cultura della violenza contro le donne… si nutre della subalternità del "femminile accudente" (artt. 13 e 32)»[109] a doversi considerare centrale in una riflessione sul tema, soltanto così potendosi cogliere l'ampiezza del fenomeno e la sua reale dimensione che trascendono l'ambito individuale e domestico, ponendosi quale questione pubblica e politica.

È dunque importante fare tesoro della lezione che dalla pandemia può trarsi quanto a «una maggiore consapevolezza che, da un lato, le mura domestiche non sono per la donna e per i suoi figli… il luogo sicuro che sulla base del comune sentire ci si potrebbe aspettare; dall'altro lato, che la donna nei luoghi pubblici o nel lavoro può trovare vie di fuga e strumenti di protezione»[110].

102 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1066.

103 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 189. Di inquadramento, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso*, cit.

104 Ricorda I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., p. 51, come «l'obbligo di stare a casa per evitare il rischio di diffusione dei contagi costituisca una vera e propria condanna per la donna, imponendole senza soluzione di continuità la reclusione tra le mura domestiche con colui che le infligge costanti umiliazioni, costrizioni, oltre a esercitare sul suo corpo in molti casi violenza fisica e sessuale». L'autrice richiama G. Barbara, F. Facchin, L. Micci, M. Rendiniello, P. Giulini, C. Cattaneo, P. Vercellini, A. Kustermann, A., *Lockdown, and Intimate Partner Violence: Some Data from an Italian Service and Suggestions for Future Approaches*, in *Journal of Women's Health*, 10, 29, 2020, pp. 1 ss.

105 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 186.

106 WHO, *COVID-19 and violence against women What the health sector/system can do*, 26 marzo 2020. V. anche la *Declaration of the Committee of the Parties to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) on the implementation of the Convention during the COVID-19 pandemic*, che riconosce come «Mindful that such a risk is particularly high for women and girls belonging to disadvantaged groups and/or at risk of multiple discrimination depending notably on their social or ethnic/national origin, such as for example women with disabilities, women in prostitution, elderly women, migrant and asylum-seeking women». Inoltre, si afferma come «Where particularly vulnerable groups of women are concerned, such as asylum seeking and refugee women, special efforts should be made to ensure their access to information and support services for any experiences of violence in reception facilities».

107 B. Pezzini, *Esterno e interno nella pandemia*, cit., 2020, p. 21.

108 V. *infra*, par. 4.2. di questo scritto.

109 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., pp. 1058-1059.

110 I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., p. 47.

Di certo, la questione è lungi dal dirsi risolta, come i casi di cronaca confermano quasi quotidianamente, e richiede di considerare gli effetti che si produrranno nel breve e nel medio periodo, diversamente non potendosi ipotizzare percorsi di superamento dello *status quo*. Valga dunque il richiamo della dottrina che, in caso di violenza domestica, ha invitato il legislatore «a formulare un diverso bilanciamento tra esigenze di salute collettiva e libertà personale e di circolazione della donna e dei minori, giungendo ad attenuare o rimuovere le restrizioni ai suoi spostamenti oppure procedendo sistematicamente all'allontanamento dell'uomo maltrattante dalla casa familiare, in modo da separarlo dalle sue vittime»[111].

L'insieme del quadro proposto quanto ai diversi profili di discriminazioni sul genere fondate consente di confermare come la pandemia abbia arrestato «un processo e per alcuni versi ha segnato addirittura un ripiegamento nel cammino volto al superamento delle discriminazioni di fatto», anche in ragione del suo essere considerata una questione secondaria di cui ci si può occupare semmai in periodi ordinari ma non certo nell'emergenza[112].

Una precisazione appare doverosa nel riconoscere come alla mappatura proposta, che si è voluto distinguere per ambiti, non corrisponde però una netta e rigida suddivisione, poiché le questioni sono strettamente interrelate tra loro. Gli esempi potrebbero essere molti, ma basti ricordare il nesso fra precarietà e cura, posto che i lavori di cura sono precari e che le responsabilità di cura spesso determinano instabilità lavorativa, cui a sua volta si lega una maggiore fragilità economica, dunque imponendo di considerare la dimensione sociale, che pure è stata individuata quale causa di un maggiore rischio di subire violenza e di non potersi sottrarre a essa per l'assenza di autonomia.

La questione, cui non è possibile in questa sede dedicare ulteriore attenzione[113], è dunque da inquadrare per come attesta la necessaria assunzione della complessità come categoria, nella necessità di osservare il complesso rapporto fra genere e pandemia, quale trama non segmentabile a compartimenti stagni, nel più articolato rapporto fra genere e diritto.

3. Genere e pandemia nella pluralità dell'essere donna

Nel valutare l'impatto della pandemia rispetto al genere, occorre considerare come particolare fragilità sia stata vissuta da coloro che hanno vissuto il combinarsi di più condizioni di discriminazione o vulnerabilità[114], «già alla base di forti diseguaglianze anche tra le donne»[115]. Infatti, la pandemia ha plasmato inedite forme di doppia marginalità ed esemplato un caso di discriminazione in forma multipla[116], nelle

111 I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., p. 45.

112 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., p. 42. Similmente, L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1058, secondo cui «il 2020 ha segnato un forte arretramento in tema di parità di genere, scatenando un drammatico aggravarsi delle diseguaglianze di genere».

113 A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, cit., p. 113. Si v. ad es. il Report sul *global gender gap* annuale del World Economic Forum che ricorda come «gli indici utilizzati… l'empowerment politico, la partecipazione economica, l'accesso all'educazione e la fruizione dei servizi sociali e sanitari... sono inversamente interdipendenti uno dall'altro, nel senso che non è detto che una buona posizione su uno implichi immediatamente l'avanzamento in un altro».

114 M. D'Amico, *Emergenza, Diritti, Discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, giugno, 2020, in *https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Marilisa_D_Amico_-_Emergenza_diritti_discriminazioni.pdf*; Id., *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 3, pp. 31-52. Se si vuole, A. Lorenzetti, *Genere e condizioni di vulnerabilità nell'emergenza: l'inesorabile emersione di una doppia marginalità*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., pp. 57-71.

115 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1066.

116 K. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, pp. 1241 e ss.; e, della stessa autrice, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Form*, 1989, pp. 57 e ss.; C.A. MacKinnon, *Intersectionality as Method: A Note*, in *Signs. Intersectionality: Theorizing Power, Empowering Theory*, 2013, vol. 38, no. 4, pp. 1019-1030. Imprescindibile il riferimento alle opere di B. Bello tra cui v. almeno, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, FrancoAngeli, 2020; *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2015, 3, pp. 141-172. Sul tema, v. anche S. Marchetti, *Intersezionalità*, in C. Botti (a cura di), *Le etiche della diversità culturale*, Firenze, Le Lettere, 2013; S. Fredman, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2016;

diverse declinazioni progressivamente elaborate dalla dottrina in ragione delle modalità di agire e degli effetti. Si riprendano in tal senso le riflessioni di chi ha inteso la discriminazione multipla in senso proprio come un incrocio stradale in cui un incidente può accadere per il transito di auto da numerose direzioni e talvolta da più di una di esse[117], richiamando le diverse nozioni tratte dal plurale combinarsi di più condizioni personali. Si parla così di discriminazione multipla in senso stretto quando la combinazione di due o più caratteri personali opera separatamente e cumulativamente; la discriminazione si dice invece composta quando avviene sulla base di due o più fattori contemporaneamente e quando uno dei fattori moltiplica o intensifica l'esperienza di discriminazione subìta sulla base dell'altra condizione; è invece intersezionale quando si verifica per la contemporanea interazione di più caratteri di discriminazione in modo non definibile separatamente; ancora, è additiva quando sono presenti più condizioni di discriminazione che possono essere distinte, affiancandosi tali locuzioni ad altre espressioni come quelle di discriminazioni doppie o incrociate[118].

Rinviando, per un approfondimento, alla riflessione che ha problematizzato l'assunzione di parametri sulla cui base una persona viene "classificata" come fragile, debole, marginale, vulnerabile, appartenente a una "minoranza", spesso non in termini numerici, ma anche (e anzi soprattutto) di visibilità nel dibattito pubblico, occorre però assumere una consapevolezza su come spesso siano gli stessi elementi assunti per la valutazione a essere fonte di quella stigmatizzazione e discriminazione che, a parole, intendono superare; inesorabilmente, essi sono infatti intesi dalla prospettiva del "gruppo" dominante in termini di accesso al potere e visibilità o comunque in quanto statisticamente maggioritario. Pare dunque che siano proprio l'assunzione e l'utilizzo delle categorie di vulnerabilità, marginalità, debolezza e minoranza, a doversi problematizzare, poiché possono potenzialmente porsi quale strumento di uno stigma che, in termini impliciti, ma inevitabili, viene a esse associato in ragione dell'essere intese quali "eccezioni" a ciò che si intende come parametro di riferimento ma che, al tempo stesso, diviene così metro di valutazione[119].

Deve inoltre rilevarsi come, nel dibattito generato dalla pandemia, sia risultata assente la consapevolezza delle diversità individuali quale potenziale veicolo di un profondamente diverso impatto della pandemia, spesso soltanto limitandosi a osservare la condizione delle "donne" come un "gruppo" unico. Rinviando alla profondità di studi di coloro che da decenni hanno messo in luce la non correttezza di tale prospettiva[120], come pure di chi ha contestato alla radice la stessa nozione di gruppo e delle donne come gruppo definito[121], è dunque importante tenere conto di come il diverso impatto della pandemia su donne e uomini si sia accompagnato a un ancora più deleterio effetto derivante dal combinarsi di genere e vulnerabilità in ragione di altre condizioni personali.

Si pensi a come l'emergenza sanitaria abbia aggravato in maniera proporzionalmente maggiore la situazione delle donne disabili, ad esempio nell'accesso ai servizi scolastici, come evidenziato peraltro dagli organismi internazionali[122], ma pure al lavoro, anche per gli scarsi strumenti di natura rimediale

T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Turku, Finland, Abo Akademi University, 2012; M.J. Matsuda, *Pragmatism Modified and the False Consciousness Problem*, in *Southern California Law Review*, 1990, 63, pp. 1763-1782; e della stessa autrice, *Beside My Sister, Facing the Enemy: Legal Theory Out of Coalition*, Stanford Law Review, 1991, 43, 6, pp. 1183-1192. G. Moon, *Multiple Discrimination: Justice for the Whole Person*, in *Roma Rights Journal*, 2009, 2, pp. 5-10.

117 K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*, cit.

118 V. S. Burri, A. McColgan, *Report on Sex segregated Services of 2008*, in *http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/2009sex-segregatedservices_en.pdf*; Id., *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, 2009, in *http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3695&langId=en*.

119 M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del Diritto*, 1999, 1, pp. 25 ss.; L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 36 ss.; B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità. Etica, politica, diritto*, Roma, IF Press, 2018. M.A. Fineman, A. Grear (eds.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, London, Routledge, 2016; A. Furia, S. Zullo (a cura di), *La vulnerabilità come metodo*, Bologna, Carocci editore, 2020; O. Giolo, *Il virus, il genere, la cura*, cit., pp. 53-66; O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Bologna, Carocci Editore, 2018. Imprescindibile, il riferimento agli scritti di L. Gianformaggio, raccolti nel volume *Uguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.

120 Ci si riferisce alle elaborazioni del c.d. femminismo della terza ondata consapevoli della complessità del tema che in questa sede è soltanto possibile evocare.

121 Circa l'utilizzo della parola "gruppo", si rinvia a quanto precisato alla nota 8 del presente scritto.

122 Comunicato stampa della Special Rapporteur Catalina Devandas, *COVID-19: Who is protecting the people with disabilities? – UN rights experts*, 17 marzo 2020, in *https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25725*; WHO-World

approntati, ad esempio, in caso di persone non vedenti o non udenti, svantaggiate in modo sproporzionato dallo spostamento *on line* di ogni attività. La sospensione dei servizi socio-assistenziali e scolastici e il sovraccarico di cura che ne è derivato, come pure la difficile conciliazione dei tempi di lavoro, hanno rappresentato un effetto indiretto del carattere escludente della pandemia per le donne disabili, anche in ragione dell'assenza di una strategia di *empowerment* e complessivo ripensamento[123]. L'esiziale effetto dell'incrocio fra genere e disabilità è emerso in particolare laddove questa rappresenti un tabù che rischia di consentire o comunque non contrastare, all'interno e all'esterno dell'ambiente domestico, violenze e abusi, di essere maltrattate e confinate nel più totale isolamento[124]. Le donne disabili hanno pure maggiormente patito l'impatto per il limitato accesso alle cure, in specie quanto alle non piena garanzia dei diritti sessuali e riproduttivi, anche rispetto all'accesso a controlli e terapie di base[125].

Anche rispetto all'età può rilevarsi un potenziamento della vulnerabilità, dovendosi però tenere assai distinte le questioni riguardanti donne giovani o della terza o quarta età. Molti i profili che possono qui evidenziarsi, rispetto a cui si richiama l'intreccio con la salute e con l'accesso a pratiche riproduttive[126]. Inoltre, la crisi ha maggiormente impattato sulle giovani lavoratrici più impiegate in attività considerate non essenziali e dunque soggette al blocco totale nella prima fase[127].

Anche l'incrocio del genere con le condizioni relative a origine etnica, cittadinanza non europea o "razza"[128] restituisce una dimensione problematica per la maggiore vulnerabilità generata sulle donne.

Rinviando a chi si è occupato del tema l'approfondimento di come sia il fenomeno migratorio in sé a risultare condizionato dalle dinamiche di genere, a partire da una normativa solo apparente neutra che, in realtà, (sotto)intende le migrazioni quale vicenda prevalentemente "maschile", di fatto, ponendo le basi per confinare le donne in quella che è stata definita una vera e propria "periferia" connotata dalla marginalità e fragilità non solo sociale ma anche giuridica[129], occorre rilevare la mancata considerazione della specificità di tali vicende durante la pandemia.

Nonostante l'invito proveniente dagli organismi internazionali[130], non si è considerata la maggiore fragilità delle donne appartenenti a minoranze etniche che vivono una doppia fragilità, per una pluralità di ragioni, come il titolo di soggiorno spesso precario, poiché dipendente dallo statuto giuridico del proprio partner o dalla tipologia di lavoro in cui sono maggiormente collocate, ossia nei lavori di cura che sono, *ex se*, provvisori. Spesso, inoltre, la condizione di irregolarità sul suolo italiano ha, di fatto, determinato la privazione della fonte di sussistenza delle lavoratrici, in assenza di forme di sussidio analoghe a quelle predisposte per le altre professioni[131], a causa della precarietà del lavoro, cui si è legata una incertezza abitativa.

Health Organization, *Disability considerations during the COVID-19 outbreak*, 2020, WHO/2019-nCoV/Disability/2020.1, in *https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Disability-2020-1*, 1-14.

123 S. Leone, *L'emergenza sanitaria e l'impatto sul (già) difficile equilibrio tra sfera lavorativa e sfera privata*, cit., pp. 67 ss.; O. Giolo, *Il virus, il genere, la cura*, cit.; C.M. Reale, *La dimensione costituzionale dell'emergenza*, cit., 275 ss.; ASviS-Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile- Gruppo di lavoro sulla "parità di genere", *Dopo Covid-19, un futuro sostenibile inclusivo delle donne con disabilità*, 2020, in *http://www.informareunh.it/dopo-covid-19-un-futuro-sostenibile-inclusivo-delle-donne-con-disabilita/*; Asvis, *Impatto coronavirus in ottica di genere*, 2020, https://asvis.it/public/asvis2/files/Pubblicazioni/Impatto_Covid19_ Goal_5_definitivo.pdf, p. 6. V. anche il report informativo: V. *http://www.informareunh.it/dopo-covid-19-un-futuro-sostenibile-inclusivo-delle-donne-con-disabilita/*.

124 C.M. Reale, *La dimensione costituzionale dell'emergenza*, cit., pp. 275 ss.

125 L. Busatta, *Puntualità ed effettività nella tutela dei diritti*, cit.,

126 V. *supra*, par. 2.3.1 del presente scritto.

127 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1063.

128 Come noto, l'uso di questa parola – anche nell'ambito di atti normativi, come la Direttiva 2000/43 dell'Unione Europea che ha introdotto un sistema di contesto alle discriminazioni su tale condizione personale – è assai contestato per l'implicito rinvio che opererebbe alla suddivisione dell'umanità in "razze" decisamente smentita sul piano scientifico.

129 O. Giolo, *Le "periferie" del patriarcato. L'uguaglianza, i diritti umani, le donne*, in T. Casadei (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 119-142. È peraltro in generale il tema della condizione di cittadino straniero rispetto alla pandemia a essere stata poco indagate; sul punto v. M.T. Ambrosio, *Il lavoro degli immigrati durante e dopo la pandemia* in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1/2022, pp. 183-203.

130 Council of Europe (2020), *Declaration of the Committee of the Parties to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) on the implementation of the Convention during the COVID-19 pandemic*, in *https://rm.coe.int/declaration-committee-of-the-parties-to-ic-covid-/16809e33c6*.

131 Come ricorda L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1063, il decreto "Cura Italia" ha infatti escluso da garanzie di reddito e da misure di protezione per la salute le lavoratrici della cura che sono all'80% donne straniere.

La pandemia ha consentito anche di mettere in luce il carattere biopolitico di alcuni divieti come quello di accedere a volto coperto[132] agli enti del sistema regionale che includono anche le strutture sanitarie[133], di fatto generando un trattamento deteriore per il combinarsi di genere e religione. L'obbligo di circolare con naso e bocca coperti per ridurre le possibilità di contagio ha messo in luce la contraddittorietà dei divieti, per ragioni di sicurezza, di circolare a volto coperto[134], peraltro già messi in discussione dalla giurisprudenza prevalente che ha ritenuto "giustificato motivo" il rispetto del credo religioso, ma pure riproposta da alcuni atti municipali che avevano introdotto divieti di circolare sulla pubblica via indossando il velo integrale[135]. Il controllo sociale su corpi solo femminili che tali divieti esprimono, impattando quasi esclusivamente su donne di religione musulmana, accompagna nell'acquisire una consapevolezza del suo porsi quale limite alla libertà religiosa che anche attraverso l'abbigliamento si manifesta[136], peraltro pure precludendo il pieno accesso allo spazio pubblico e dunque ponendo le premesse per un ulteriore confinamento nello spazio privato[137].

Ragionando attorno al combinarsi di più condizioni di vulnerabilità, è importante pure mettere a tema l'asimmetrico effetto della pandemia in ragione di genere e fragilità sociale. L'invito a "restare in casa"[138] si è subito mostrato come fondato su due assunti quanto meno discutibili. Da un lato, esso presupponeva come ovvia al punto da non doversi neppure motivare la disponibilità di un alloggio, aspetto che ha reso l'invito una esortazione vuota per le persone senza fissa dimora[139], la cui condizione si è di certo aggravata per la chiusura delle strutture d'accoglienza e per la difficoltà di aver accesso a cure mediche, anche di base. In aggiunta, è indubbio che il permanere nello spazio pubblico per l'indisponibilità di un alloggio abbia mostrato la diversa collocazione di donne e uomini, dovendosi considerare la maggiore vulnerabilità delle donne in ragione del più accentuato rischio di subire violenze e aggressioni[140]. La condizione di debolezza sociale ha pure aggravato l'effetto del *digital divide*[141] e della segregazione occupazionale, verticale e orizzontale, delle donne, nonché della maggiore precarietà lavorativa spesso confinata nell'economia informale, nell'ambito domestico e della cura, ma anche nel settore agricolo, il cui impatto nel senso di un ampliamento del gap già esistente è ancora tutto da valutare nel medio termine[142].

Accanto all'incrocio di genere e caratteristiche personali, l'intersezionalità è un tema da analizzare anche rispetto ad alcune condizioni che hanno messo in luce chiare dinamiche di genere in occasione della pandemia, come per le vittime di violenza di genere. Si richiama in proposito la dottrina secondo cui la salute rappresenta un terreno che plasma discriminazioni intersezionali, lasciando emerge il nesso inscindibile fra diritto delle donne alla salute in particolare riproduttiva e il carattere circolare fra la violazione del diritto alla salute e violenza, poiché sono lo Stato e le politiche pubbliche a generare o porre

132 D.G.R. Lombardia X/4553/2015.

133 L.r. Lombardia, 30/2006.

134 Art. 5 l. 152/1975, c.d. "legge Reale"; art. 85 TULPS.

135 A. Lorenzetti, *Il divieto di indossare "*burqa*" e "*burquini*". Che "genere" di ordinanze?*, in *Le Regioni*, 2010, 1-2, pp. 349-365.

136 G. Scarpati, *La legge Reale, il burqa e "comune sentire del popolo"*, in *Dir., imm. e citt.*, 2006, n. 1, pp. 78 ss.; N. Fiorita, D. Loprieno, *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze University Press, Firenze, 2009; D. Loprieno, *La libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 2009.

137 A. Lorenzetti, *Il divieto di indossare "*burqa*" e "*burquini*"*, cit.

138 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., pp. 39-40, parla di come «la comunicazione elogiativa della bellezza dello "stare a casa" non è parsa considerare che le case sono molto diverse tra loro, come molto diversi sono i nuclei familiari che le abitano. Conseguentemente l'obbligo – formalmente uguale per tutti – di restare a casa ha provocato, e ancora provoca in presenza di restrizioni significative, importanti discriminazioni. Tra queste, naturalmente, vi sono anche quelle di genere, che possono rendere la vita ulteriormente difficile quando si combinano con altre (a partire, probabilmente, nell'Italia di oggi, da quelle relative alle condizioni sociali), come evidenziato da Kimberlé Crenshaw negli studi sulla discriminazione multipla o intersezionale».

139 V. il Rapporto dell'associazione europea European Federation of National Organisations Working with the Homeless; FEANTSA, *Covid19: Staying Home Not An Option for People Experiencing Homelessness,* e anche *FEANTSA, 7 measures authorities must take to protect homeless people from Covid.*

140 V. *supra*, par. 2.4.

141 P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 3, pp. 285-307.

142 V. *supra*, par. 2.2.2.

le condizioni per generare forme di violenza contro le donne, dando forma a un rapporto di mutua e reciproca influenza[143].

Almeno un rapido cenno occorre operare a come durante la pandemia la violenza si sia abbattuta sulle donne e su alcune donne, in particolare le più giovani, in forme inedite, impedendo a coloro che sono soggette a un controllo da parte della propria famiglia quelle occasioni di confronto e incontro sociale, come la scuola, anche per le spesso accentuate difficoltà di accesso a cellulari, computer, internet, o ai servizi di sostegno, in un complessivo contesto di incremento della violenza domestica ed economica in ragione della crisi e dell'incertezza economica[144]. È pure interessante rilevare l'aspetto per cui a rivolgersi ai centri antiviolenza sono state soprattutto donne con un titolo di studio medio-basso e disoccupate, rilevando come per alcune donne «per ragioni economiche (ma non solo) il percorso di uscita dalla violenza è più complesso e difficile. Ciò peraltro va contestualizzato in una riflessione che consideri come la fase post-pandemica caratterizzata da una contrazione dell'occupazione potrebbe accentuare la dipendenza di tali vittime dal marito o partner»[145].

È poi importante considerare come forma di discriminazione multipla la condizione delle donne che esercitano attività di natura prostitutiva in strada e che hanno visto rafforzata la marginalità e fragilità vissute in ragione della riduzione (se non dell'azzeramento) della fonte di sostentamento e del vuoto di tutele sociali per l'inaccessibilità dei servizi sospesi[146].

Un'altra condizione personale mostra l'importanza di considerare l'incrocio fra genere e vulnerabilità e riguarda le donne detenute, totalmente dimenticate nell'ambito dei provvedimenti assunti per limitare il contagio negli istituti penitenziari[147], confermando così quella "doppia marginalità"[148] che rischia di generare una "doppia pena"[149]. In un contesto già problematicamente caratterizzato dallo

143 S. De Vido, *Gender inequalities and violence against women's health during the CoViD-19 pandemic: an international law perspective*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 3, p. 87.

144 Come riconosciuto dagli organismi sovranazionali si tratta di un rischio particolarmente elevato per le donne che vivono una condizione di discriminazione multipla, chiamando lo Stato ad assicurare il pieno accesso alle informazioni e a servizi di sostegno per le vittime di violenza (*Declaration of the Committee of the Parties to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) on the implementation of the Convention during the COVID-19 pandemic*, cit.).

145 I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., p. 50.

146 È infatti indubbia la diversità sulla base delle modalità di esercizio della prostituzione, per quanto occorra ricordare che per il solo fatto di esercitare il meretricio la donna *diviene* socialmente e dunque giuridicamente fragile. Se anche rappresenti una "libera" scelta, la prostituzione rende la donna vulnerabile ed esposta a marginalità e possibile sfruttamento, fenomeni che si accentuano ove la prostituzione sia esercitata su strada, quantomeno per l'esposizione a rischi riguardanti la salute e incolumità personale. Corte cost. 141/2019. Sul tema, v. *http://www.ingenere.it/articoli/sex-worker-nella-pandemia*; GRIPS-Gruppo di ricerca italiano su prostituzione e lavoro sessuale (2020), *Sex worker nella pandemia*, in *http://www.ingenere.it/articoli/sex-worker-nella-pandemia*. Si veda il bel volume curato da A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021; C. Salazar, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di Appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, in Pezzini, B., Lorenzetti, A. (a cura di), *70 Anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, pp. 161-180; G. Garofalo Geymonat, *Vendere e comprare sesso. Tra piacere, lavoro e prevaricazione*, il Mulino, Bologna, 2014.

147 Come noto, già dalla c.d. "fase uno", intensa è stata l'attività normativa e amministrativa per ridurre le possibilità di contagio all'interno degli istituti penitenziari. Se si vuole, v. A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 3, pp. 48-68; A. Di Martino, *Carcere, covid-19: tutto è chiaro quel che non va; cosa si può fare, visto quel che non si vuole fare?*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., p. 1147; A.M. Campanale *Emergenza sanitaria e diritti umani: uno sguardo sul carcere*, in *Società e diritti*, 11/2021, pp. 54-71; R. Porchetti *Dal sovraffollamento all'emergenza Covid-19: la nuova veste dell'esecuzione presso il domicilio della pena detentiva* in *Rassegna italiana di criminologia*, 4/2021, pp. 344-350.

148 L. Ravagnani, C.A. Romano, Women in Prison. *Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Pensa, Lecce, 2013; G. Fabini, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, (Antigone, XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione-Torna il carcere), disponibile in *http://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/03-detenzione-femminile/*, 2017; M.L. Fadda, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in *www.ristrettiorizzonti.it*, 2010; G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, L'edizioni, Milano, 2018; dalla prospettiva che la psicologia sociale consente di assumere, v. E. Zilioli, *Donne detenute. Percorsi educativi di liberazione*, Milano, FrancoAngeli, 2021.

149 N. Gandus, C. Tonelli (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Milano-Udine, Mimesis, 2019; G. Zuffa, S. Ronconi (a cura di), *La prigione delle donne. Idee e pratiche per i diritti*, Roma, Ediesse, 2020; G. Zuffa, S. Ronconi (a cura di), *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere (italiano)*, Roma, Ediesse, 2014.

schiacciamento delle regole, degli spazi, dell'offerta trattamentale, dei progetti di risocializzazione, ma in generale dell'organizzazione penitenziaria nel suo insieme, su modelli pensati e realizzati assumendo il maschile quale parametro di riferimento, di rimando relegando il femminile quale "eccezione"[150], la pandemia ha avuto un impatto assai diverso su donne e uomini reclusi. Si pensi, ad esempio, a come la sospensione dei colloqui abbia diversamente e più gravosamente impattato sulle madri i cui figli sono all'esterno, per l'ammissione di un solo familiare ultraquattordicenne ai colloqui stessi. Peraltro, se è vero che l'emergenza sanitaria ha determinato una diminuzione in termini numerici, delle madri detenute con i propri figli, posto il facilitato accesso alle misure alternative per chiunque[151], va rilevato come abbiano avuto un diverso accesso ai benefici le donne con cittadinanza italiana[152]. Questo ha confermato un asimmetrico posizionamento fra donne e uomini detenuti e fra chi abbia o meno la cittadinanza e indirettamente di chi sia in posizione di disagio sociale. Infatti, non si sono ipotizzate soluzioni specifiche, tali da evitare che il permanere in carcere fosse una diretta conseguenza della non disponibilità di un alloggio in cui espiare la pena e dunque del disagio sociale. Si pensi a come, proprio in ragione dell'esiguità del numero con cui ci si confronta, si sarebbero di certo potute utilizzare strutture ricettive, peraltro già chiuse a causa del *lockdown*, per accogliere le madri detenute con bambini piccoli o le donne in stato di gravidanza senza disponibilità di un alloggio, così da garantire la protezione dal rischio di contagio e la necessaria sicurezza del regime detentivo[153].

Molte sono dunque le vicende che possono essere osservate nel rendere visibile come gli effetti della pandemia si siano abbattuti più duramente sulle donne portatrici di condizioni di ulteriore fragilità, imponendo una riflessione sulle categorie dell'uguaglianza. Assumendo l'intersezionalità come lente osservazionale, emerge infatti il diverso modo di essere donne e l'impossibilità di categorizzare le donne come gruppo monolitico e unitario[154]. Sotto questo profilo, non è secondario marcare la distanza rispetto alla prospettiva, pure importante, che le discriminazioni multiple sono in grado di offrire, senza però la capacità di far emergere altrettanto chiaramente l'effetto moltiplicatore non tanto dell'essere portatrici di più condizioni a rischio di marginalità, quanto del loro specifico combinarsi con il genere.

4. Le risposte alla pandemia

A fronte di un quadro di maggiore fragilità della condizione femminile e in particolare di alcuni ambiti assunti come esemplari, appare interessante rilevare le risposte che sono state – nel breve termine – approntate, sia sotto la forma di programmi politici per lo più elaborati a livello europeo, sia come provvedimenti normativi introdotti nella presa d'atto della particolare fragilità sulla base del genere, sia ancora, come soluzioni amministrative o buone pratiche.

150 S. Ciuffoletti The female brain*: la prospettiva biologicamente orientate nella tutela dei diritti delle donne detenute*, in C. Butrugno, G. Caputo (a cura di), *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, Phasar Edizioni, Firenze, 2020, pp. 126-192.

151 Ne dà notizia la stampa del 30.3.2020, in riferimento all'uscita dal carcere di quattro madri con altrettanti bambini per differimento della pena, per l'espiazione presso una casa-famiglia protetta e per detenzione domiciliare.

152 Se nel febbraio 2020, le madri detenute con figli al seguito presenti negli istituti penitenziari erano 54 e 59 i minori, di cui 26 con cittadinanza italiana (con 30 minori) e 28 cittadine straniere (con 29 minori) e nell'aprile del medesimo anno, erano 34 le madri recluse e 40 i minori al seguito, di cui 17 con cittadinanza italiana (con 22 minori) e 17 cittadine straniere (con 18 minori), nell'ottobre 2020, si è assistito a una netta flessione fra le donne italiane, mentre il numero di donne detenute straniere è rimasto stabile; erano infatti presenti 11 madri con cittadinanza italiana, con 12 minori e 20 cittadine straniere, con 21 minori Ministero della giustizia (2020), *Detenute madri con figli al seguito presenti negli istituti penitenziari italiani distinte per nazionalità*, in *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page?facetNode_1=0_2&selectedNode=0_2_1*.

153 Come noto, la questione appariva in via di risoluzione rispetto a un provvedimento decaduto con la fine della XVIII legislatura.

154 V. i riferimenti riportati alla nota 116 del presente lavoro.

4.1. I programmi politici sovranazionali nella prospettiva *gender sensitive*

A partire dalle istituzioni sovranazionali, non poche iniziative di studio e ricerca hanno messo al centro della riflessione gli effetti della pandemia sulla base del genere[155], anche in chiave di ripresa, in generale orientando i finanziamenti europei in chiave *gender sensitive*[156].

Il legislatore europeo ha pure approvato una proposta di Risoluzione sulla parità di genere nella crisi da Covid-19, chiedendo – sin dall'introduzione delle prime misure, fino alle fasi di elaborazione, adozione e attuazione dei piani per la ripresa – un orientamento di genere, in primo luogo attraverso la partecipazione paritaria nei luoghi decisionali[157]. Infatti, nella *Strategia annuale per la crescita sostenibile 2021*, del 17 settembre 2020, documento che tracciava i princìpi di riferimento per i Piani nazionali per la ripresa e la resilienza, era suggerito agli Stati membri di «adottare misure per garantire parità di opportunità, un'istruzione inclusiva, condizioni di lavoro eque e una protezione sociale adeguata», riconoscendo che «la crisi ha colpito in modo sproporzionato le donne e i gruppi svantaggiati» e ammettendo che «saranno richiesti notevoli sforzi per facilitarne l'accesso al mercato del lavoro». È inoltre affermata la necessità di «affrontare il persistere di un elevato divario occupazionale e retributivo tra uomini e donne»[158]. Anche nell'ambito della *Strategia dell'UE sui diritti delle vittime*, che definisce i lavori della Commissione nel periodo 2020-25 in tema di vittime di violenza di genere, particolare attenzione è stata rivolta alle vittime di violenza domestica, nel quadro generatosi a seguito del confinamento in ragione della pandemia[159].

Nel successivo Accordo interistituzionale, fondamentale per poter gestire sia il Quadro finanziario pluriennale dell'Unione europea, sia il *Next Generation EU*, la Commissione è stata chiamata a predisporre una relazione annuale di accompagnamento al bilancio dell'Unione, che riporti tutte le informazioni relative alla promozione della parità tra donne e uomini, nonché dei diritti e delle pari opportunità per tutti durante l'intero periodo di attuazione e sorveglianza dei programmi pertinenti, nonché l'integrazione di tali obiettivi e della prospettiva di genere, anche rafforzando la valutazione dell'impatto di genere nelle verifiche *ex ante* ed *ex post* nel quadro di «Legiferare meglio»[160].

Il documento certamente più significativo è però il programma europeo, *Next Generation EU* (NGEU) che presenta tre riferimenti alla questione della parità di genere, soltanto precisando che il nuovo Quadro finanziario pluriennale «promuoverà le pari opportunità»[161], che è opportuno accrescere ulteriormente il ruolo svolto dal bilancio dell'UE per sostenere l'attuazione effettiva degli ampi obiettivi strategici dell'UE, agevolando l'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, nonché nei settori della migrazione, dell'ambiente e dei cambiamenti climatici e della parità tra donne e uomini, come pure dei diritti e delle pari opportunità per tutti (pt. 17). Si cita poi l'opportunità di «tenere conto della parità tra donne e uomini, nonché dei diritti e delle pari opportunità per tutti, e dell'integrazione di tali obiettivi», da promuovere «durante l'intera preparazione, attuazione e sorveglianza dei programmi pertinenti» (pt. 20). La dottrina ha da subito rilevato criticamente come vi sia un diverso "peso" delle condizionalità previste che pare assai debolmente riconoscere forza alle questioni di genere, rispetto al tenore deciso delle affermazioni rispetto ad altri temi (come il cambiamento climatico contro cui occorre *lottare* o l'approccio globale alle migrazioni che è *necessario assicurare*), soltanto richiamando l'*opportunità* di attivarsi in tema di parità di genere. È stato notato come spesso si tratti di generiche esortazioni che

155 Anche l'Istituto europeo per l'uguaglianza (EIGE, European Institute for Gender Equality) ha attivato numerosi studi, iniziative e attività.

156 V. ad es. la finalizzazione in tal senso di alcuni dei progetti *Horizon 2020*. Peraltro, come noto, in generale, in qualsiasi ambito di ricerca, l'obiettivo della parità di genere prevede forme di premialità. Sul tema, v. ancora A. Ciancio, *L'impatto della pandemia sull'uguaglianza di genere*, cit., 74-78 ss., cui si rinvia per un'analisi dei vari progetti.

157 V. la Relazione del Parlamento europeo sulla prospettiva di genere nella crisi Covid-19 e nel periodo successivo alla crisi (2020/2121 INI), 20 novembre 2020. E. Imparato, *Gli Stati di emergenza e la prospettiva di genere nei processi decisionali*, cit., pp. 92-93.

158 Comunicazione della Commissione. Strategia annuale per la crescita sostenibile 2021, COM(2020) 575 final, Bruxelles, 17 settembre 2020, pp. 8 e 9. V. F. Salmoni, *Covid-19 ed emergenza economica: le misure sovranazionali e quello che le donne non dicono*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 182.

159 A. Ciancio, *L'impatto della pandemia sull'uguaglianza di genere*, cit., 80.

160 Accordo interistituzionale del 16 dicembre 2020, cit., parte II.A.16. F. Salmoni, *Covid-19 ed emergenza economica*, cit., pp. 182 ss.

161 Pt. 2 Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo (17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020), Euco 10/20, Bruxelles, 21 luglio 2020, all. I).

paiono scemare il potenziale significativo di specifiche condizionalità che avrebbero obbligato gli Stati verso interventi invece rimasti così nella loro discrezionalità[162].

È però vero che nelle Raccomandazioni rivolte all'Italia, sembra più forte la richiesta, pure limitata a un solo passaggio in cui si afferma che «per il futuro, al fine di promuovere una ripresa sostenibile e inclusiva, è fondamentale l'integrazione nel mercato del lavoro delle donne e dei giovani inattivi»[163], accompagnandosi però a un lessico assai deludente nella Raccomandazione 2-Paese 2019[164], che soltanto si riferisce al «sostenere la partecipazione delle donne al mercato del lavoro»[165].

Anche il Parlamento europeo, nella sua Risoluzione del 23 luglio 2020, sul *Next Generation* ha richiamato con forza l'introduzione di obblighi in materia di integrazione della dimensione di genere e impatto di genere (bilancio di genere) sia nel Regolamento sul Quadro finanziario pluriennale sia in quello relativo al *Next Generation* stesso[166].

Infine, nel Regolamento che istituisce il *Recovery and Resilience Facility*, si richiamano gli obiettivi della parità di genere e delle pari opportunità, come pure del *gender mainstreaming*, così come la necessità di prevedere importanti investimenti nelle infrastrutture dedicate alla cura, così da assicurare la parità di genere e l'*empowerment* economico delle donne e garantire, *inter alia*, le condizioni per facilitare l'ingresso femminile nel lavoro retribuito[167].

4.2. Il quadro interno. Normative, provvedimenti amministrativi e buone pratiche adottate in risposta alla pandemia

Passando al piano interno, già durante la pandemia alcuni provvedimenti avevano messo a tema la necessità di intervento sulle questioni *gender sensitive*.

Nel contesto lavorativo, per mirare al riequilibrio e in chiave di conciliazione, era stato introdotto un congedo parentale ulteriore a quelli già previsti di quindici giorni – continuativi o frazionati – previsto se entrambi i genitori di figli minori di 12 anni erano impegnati in attività lavorativa. Solamente per alcune categorie, si era pure previsto, come alternativa, un bonus *baby-sitting*, successivamente allargato all'iscrizione ai centri estivi e ai servizi integrativi rivolto all'infanzia per il periodo dalla chiusura dei servizi educativi fino al 31 agosto 2020. Tali misure, certamente non sufficienti a coprire il fabbisogno delle famiglie e le necessità di riorganizzazione dei tempi di vita, avevano però rappresentato, sul piano pratico, un primo momento di necessario intervento del decisore pubblico, e sul piano simbolico attestato la non rinviabilità di misure da adottare già nelle fasi di piena pandemia[168].

Anche in tema di violenza, altri interventi normativi avevano tentato di mitigare l'effetto della pandemia, prevedendo, sotto il profilo processuale, la deroga alla sospensione del procedimento e dei termini previsti per il compimento di atti processuali «nel caso di cause relative ai diritti delle persone minorenni, al diritto all'assegno di mantenimento, agli alimenti e all'assegno divorzile o a obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, nei soli casi in cui vi sia pregiudizio per la tutela di bisogni essenziali», e nel caso dell'ordine di allontanamento immediato dalla casa familiare[169], tra l'altro producendo un aumento generalizzato del suo utilizzo. La Conferen-

162 Pt. 20, Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo F. Salmoni, *Covid-19 ed emergenza economica*, cit.

163 Raccomandazione del Consiglio del 20 luglio 2020 sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia, in «Gazzetta ufficiale dell'Unione europea», C 282, punto 18. V. ancora F. Salmoni, *Covid-19 ed emergenza economica*, cit.

164 A ciò rinvia la Raccomandazione 2020 nel suo punto 25.

165 Raccomandazione del Consiglio del 9 luglio 2019 sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia, in «Gazzetta ufficiale dell'Unione europea», C 301, 5 settembre 2019, punto 17 e Raccomandazione 2; F. Salmoni, *Covid-19 ed emergenza economica*, cit.

166 Risoluzione sulle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 (2020/2732(RSP)), P9_TA(2020)0206, 23 luglio 2020, punto 16.

167 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Recovery and Resilience Facility, 14310/20, Brussels, 21 December 2020, cons. 12a.

168 Artt. 23 e 25 d.l. n. 18/2020 e art. 72 d.l. n. 34/2020. F. Rosa, Work-life balance *e pandemia*, in E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid*, cit., pp. 125-126; M. Bella, *Risignificare lo spazio domestico ai tempi del Covid-19*, cit., p. 672, giudica tali strumenti «palliativi rispetto al carico di lavoro aggiunto a cui hanno dovuto rispondere le famiglie». Parla di «mere prestazioni emergenziali e temporanee» L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1067.

169 V. art. 83, comma 3, lett. a) e b), del d.l. n. 18/2020 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19), come modificato dalla

za Stato-Regioni, sulla scia delle risultanze dei lavori della Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, aveva poi approvato un documento operativo in cui si riconosceva la particolare fragilità delle donne vittime di violenza e accelerato l'iter di trasferimento delle risorse alle regioni, al fine di garantire le attività dei Centri antiviolenza e delle Case-rifugio, come pure delle altre strutture pubbliche e private che costituiscono le reti territoriali a sostegno delle donne vittime[170].

Per evitare la sospensione, *de facto*, delle interruzioni di gravidanza, il Ministero della salute le aveva poi indicate tra le prestazioni non differibili, né rinviabili, pur dovendosi mantenere dubbi circa l'effettiva garanzia di tale diritto[171].

Tante erano poi state le buone pratiche attivate già durante la pandemia, ad esempio, nei termini di campagne di comunicazione in tema di violenza di genere[172], a testimonianza dell'attenzione istituzionale. La Ministra dell'Interno aveva ad esempio sollecitato i Prefetti a individuare ulteriori soluzioni alloggiative per le vittime di violenza, mediante requisizioni, anche temporanee, di strutture alberghiere o affini (comunque chiuse per la pandemia)[173] e chiesto a Questori e forze dell'ordine di promuovere azioni di sensibilizzazione, così da facilitare il riconoscimento di «segnali di un disagio la cui manifestazione da parte della vittima potrebbe non essere del tutto libera e piena», attivando gli strumenti rimediali amministrativi, come l'ammonimento[174].

Anche la Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio aveva approvato un documento operativo rivolto a Parlamento e Governo per «predisporre misure e risorse economiche aggiuntive e procedure più snelle per garantire misure di protezione, sostegno e accoglienza alle donne e ai minori coinvolti, assicurando in particolare l'operatività – in piena sicurezza – delle strutture antiviolenza»[175].

Interessante poi il fiorire, a livello locale, di alcune significative iniziative di coordinamento, tra cui merita menzione chi ha tentato di coordinare soggetti pubblici e privati nel predisporre un piano di azioni per la ripresa post-pandemica *gender sensitive*, strutturando un tavolo di lavoro interistituzionale e con la partecipazione degli enti datoriali e sindacali, oltre che di rappresentanti del terzo settore[176].

legge di conversione n. 27/2020. I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., pp. 51 ss. L'autrice sottolinea l'importanza di tale previsione che evita alla donna e ai minori di dover lasciare la propria casa.

170 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1066. I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., pp. 51-52, l'autrice riporta alcuni punti Conferenza Stato-Regioni-Documento n. 3830 del 28 aprile 2020, che suggerisce alla Regioni, una serie di misure volte a garantire autonomia e autosufficienza, in primo luogo economica, ad esempio, di richiedere una semplice attestazione della mancanza di sufficiente autonomia economica, anziché di allegare alla domanda il certificato Isee, per facilitare l'accesso delle donne maltrattante al reddito di cittadinanza, o l'estensione di ammortizzatori sociali per le donne inserite in percorsi di fuoriuscita dalla violenza che abbiano dovuto sospendere tirocini e borse lavoro.

171 Circolare 30 marzo 2020. C. Bassu, *Diritto alla salute*, cit., p. 153.

172 Si veda quale esempio, la campagna promossa sui *social media* (#noicisiamo). Ne riferisce il 20 marzo, cfr. http://www.ingenere.it/news/violenzadomestica-ai-tempi-del-covid. Anche la Crui ha rilanciato l'allarme, invitando le università a condividere nelle proprie home page la segnalazione della campagna *Libera puoi*. Le ripercorre B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., pp. 189 ss.

173 Circolare del Ministero dell'Interno n. 15350/117.

174 Circolare del Ministero dell'Interno n. MI-123-U-C-3-2-2020-25.

175 XXII-*bis*, n. 1; B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 190.

176 V. Tavolo *Donne per il rilancio dell'economia bergamasca*, attivato dalla Provincia di Bergamo, composto da rappresentati di enti pubblici, privati e datoriali, organizzazioni sindacali, che ha elaborato una serie di linee di indirizzo operative perché la ripresa sia *gender oriented*. Per maggiori informazioni, v. *https://www.provincia.bergamo.it/cnvpbgrm/po/mostra_news.php?id=491&area=H*.

4.3. Il P.N.R.R.

Di certo, il superamento delle fasi più dure della pandemia ha favorito l'ideazione di percorsi maggiormente stabili e orientanti al medio periodo, peraltro sollecitati dai programmi europei nel frattempo adottati[177]. In tal senso, va letto il P.N.R.R.[178] che assume il superamento della diseguaglianza come obiettivo trasversale a ogni altra azione[179], attraverso alcune affermazioni di principio e obiettivi di sistema che fissano quali priorità trasversali a tutte le componenti l'*empowerment* femminile e il contrasto alle discriminazioni di genere[180], di concerto con l'obiettivo di superare due ulteriori profili di disparità che caratterizzano il contesto interno, ossia la condizione dei giovani e dei divari territoriali[181]. Consapevole che la pandemia ha enfatizzato le già esistenti diseguaglianze (p. 14), il P.N.R.R. è infatti apertamente orientato all'inclusione di genere (p. 4) oltre che territoriale e generazionale (pp. 3 e 11), riconoscendone il valore non solo quale problema individuale, ma soprattutto come ostacolo significativo alla crescita economica (p. 33), orientandosi all'obiettivo di ridurre le disparità che frenano lo sviluppo dell'economia (p. 43).

Nel proiettare gli interventi sulle molteplici dimensioni della discriminazione nei riguardi delle donne, ad esempio, in ambito familiare, per l'impari suddivisione dei carichi di cura che sono di ostacolo all'avanzamento professionale, e lavorativo, in ogni sua fase (dall'accesso, con una partecipazione delle donne al mercato del lavoro assai minore rispetto alla media europea, al licenziamento, alle condizioni occupazionali, tra cui la disparità retributiva, i fenomeni della segregazione orizzontale e verticale, la maggiore precarietà, l'impatto della maternità), le "politiche per le donne" sono intese come volte a valorizzare le energie femminili, fondamentali per la ripresa economica dell'Italia. Per superare un simile quadro che si accompagna ai rilevati fenomeni del bullismo in ambito scolastico e del sessismo nei luoghi di lavoro aggravati durante la pandemia (p. 36), il P.N.R.R. richiama la Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026, che attua la Strategia europea per la parità di genere 2020-2025, assumendo cinque priorità (lavoro, reddito, competenze, tempo, potere) e l'obiettivo, *inter alia*, di recuperare, entro il 2026, cinque punti nella classifica del *Gender Equality Index* dello EIGE (pp. 46 e 114).

Le sei "Missioni" in cui il P.N.R.R. si articola assumono come centrale il superamento delle diseguaglianze rilevate, mirando, rispetto alla Missione 1 (dedicata a digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo) all'obiettivo di incentivare la qualità e la quantità dell'occupazione femminile, in particolare nell'amministrazione pubblica, ambito in cui tradizionalmente è elevata l'occupazione femminile e nella dirigenza, così da riequilibrare le asimmetrie esistenti e ponendosi come modello per il settore privato (pp. 46 e 114). Allo *smart-working*, si riconosce un ruolo di strumento di contrasto alla disparità di genere, in quanto incentivo – almeno sul piano potenziale – di un più corretto bilanciamento tra vita professionale e vita privata, per quanto si richiami anche la modifica dei modelli culturali che

177 Si è scelto di collocare l'analisi del P.N.R.R. in questa sezione, nell'ambito delle risposte interne alla pandemia, pur nella consapevolezza del suo essere una diretta attuazione di un atto, *Next Generation in Eu*, con cui l'Unione europea ha vincolato gli Stati. La motivazione è da individuare nella maggiore coerenza espositiva che tale scelta sembrava garantire e nel rispetto dell'andamento cronologico che ha visto introdurre una serie di strumenti attuativi dello stesso P.N.R.R. divenuto di fatto un atto interno.

178 D.-l. 6 maggio 2021, n. 59, conv. con mod., in l. 1° luglio 2021, n. 101. Il piano è disponibile in: *https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf*; a questo indirizzo sono disponibili gli aggiornamenti: *https://italiadomani.gov.it/it/home.html*. V. *inter alia*, v. G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, nr. 2/2021, p. 130; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, pp. 235 ss.; F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, *tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, pp. 32 ss.; F. Salmoni, *Covid-19 ed emergenza economica*, cit., pp. 183 ss.

179 Si tratta del c.d. principio del *gender mainstreaming*. Come noto, già nella Piattaforma di Pechino (1995) si auspicava una centralità delle politiche di genere.

180 S. Francescon, *Il Recovery Fund punti alla parità di genere*, 20 luglio 2020, *https://eu- 85 ractiv.it/section/economia-e-sociale/opinion/il-recoveryfund-punti-alla-parita-di-genere/*.

181 Come noto, il piano si articola in alcuni "obiettivi generali" e nella "struttura" (1), nelle riforme e investimenti, con la previsione di riforme suddivise in orizzontali (pubblica amministrazione e giustizia), abilitanti (semplificazione e concorrenza) ed altre c.d. di "accompagnamento al piano" (2A) e nelle sei missioni, ossia digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo (missione 1); rivoluzione verde e transizione ecologica (missione 2); infrastrutture per una mobilità sostenibile (missione 3); istruzione e ricerca (missione 4); inclusione e coesione (missione 5); salute (missione 6) (2B). Il piano che si articola lungo tre assi strategici (digitalizzazione e innovazione; transizione ecologica; inclusione sociale) si chiude con l'attuazione e monitoraggio (3) e la valutazione dell'impatto macroeconomico (4).

spingono gli uomini a fruire di queste forme di flessibilità per assumersi un maggiore ruolo nei compiti domestici (p. 114).

Anche rispetto agli investimenti in banda larga, alle connessioni veloci, al potenziamento e ammodernamento dell'offerta turistica e culturale vi è un orientamento di genere, nel primo caso poiché volto a incentivare una maggiore partecipazione femminile all'economia digitale e dunque a sostenere l'imprenditoria femminile, e nel secondo poiché settori a forte presenza femminile il cui impatto sarà di incentivare l'occupazione di donne (pp. 114-115).

Nella "Missione 2" (riguardante la rivoluzione verde e la transizione ecologica), l'unico passaggio in cui si richiama l'obiettivo di contrasto alle diseguaglianze di genere riguarda l'impatto di misure connesse all'edilizia residenziale pubblica, compresa l'estensione del c.d. superbonus al 110% agli immobili di edilizia popolare, con un'ottica *gender sensitive* che emerge dal considerare come la carenza abitativa si riflette differentemente su uomini e donne in ragione del differente ruolo familiare loro attribuito e del fatto che la maggior parte delle famiglie monoparentali sono affidate a donne (p. 152).

Se la "Missione 3" relativa a infrastrutture per la mobilità sostenibile non richiama la questione di genere, più incisiva è la "Missione 4", su istruzione e ricerca, che mira al riequilibrio come azione a sostegno dell'occupazione femminile e della parità di genere in particolare attraverso il potenziamento dei servizi di asili nido e per la prima infanzia, delle scuole, così da garantire «una piena libertà di scelta ed espressione della personalità da parte delle donne», un sostegno alle madri con figli piccoli e contribuendo così all'occupazione femminile che in tali settori è assai spiccata.

Sempre nel contesto di tale "Missione", si indicano misure nella formazione professionale terziaria (ITS) e finalizzate ad agevolare l'accesso delle donne a percorsi di studio STEM (acronimo che sta per *Science, Technology, Engineering and Mathematics*), linguistiche e digitali, in particolare tra le studentesse delle scuole superiori. L'obiettivo posto è di migliorare le loro prospettive lavorative e avvicinare l'Italia alle medie europee, riducendo il divario di genere, anche attraverso il pieno superamento degli stereotipi di genere, facilitando il reclutamento femminile nei settori che vedranno ampliate le possibilità occupazionali, come quello delle ICT (cloud, intelligenza artificiale) (pp. 18, 182-186).

La "Missione 5" è di certo quella più significativa nel garantire sostegno all'*empowerment* femminile e all'occupazione femminile, in chiave contrasto alle discriminazioni di genere, attraverso misure di sostegno all'imprenditorialità delle donne (p. 26). Varie le misure che vanno dall'attivazione di specifiche forme di sostegno economico – attraverso la creazione di un fondo *ad hoc* per le attività imprenditoriali femminili[182] – ad azioni di carattere operativo e di accompagnamento, per ristrutturare anche gli attuali strumenti di sostegno (pp. 204-205), con una visione, negli auspici, più aderente ai fabbisogni delle donne. Sono poi previste campagne di comunicazione multimediali ed eventi mirati che valorizzino l'imprenditorialità femminile, in particolare, presso scuole e università (p. 205), così da puntare alla piena emancipazione economica e sociale della donna nel mercato del lavoro.

Sotto il profilo operativo, il P.N.R.R. assume come obiettivo il sostegno alla realizzazione di progetti aziendali innovativi per imprese già costituite a conduzione femminile o prevalente partecipazione femminile (digitalizzazione delle linee di produzione, passaggio all'energia verde, ecc.), nonché prevedendo servizi specifici come *mentoring*, supporto tecnico-gestionale, misure per la conciliazione vita-lavoro (p. 205). È inoltre previsto un sistema di certificazione della parità di genere per incentivare le imprese a ridurre i divari nel lavoro[183].

È di sicuro interesse la sottolineatura circa l'importanza di rafforzare le politiche sociali e di sostegno alle famiglie (p. 199), così come il riconoscimento del «valore sociale dell'attività di cura». Pure riconoscendo che la cura non è una questione "di donne", si ammette che il gravare prevalentemente su di esse orienta qualsiasi forma di alleggerimento del carico alla maggiore partecipazione femminile al mercato del lavoro, trattandosi di settori ad alta presenza femminile.

Il P.N.R.R. prevede pure che, nell'ambito dei bandi finanziati da esso e da altri Fondi collegati[184], saranno inserite previsioni dirette a condizionare all'assunzione di giovani e donne l'esecuzione dei progetti, anche per il tramite di contratti di formazione/specializzazione che possono essere attivati prima dell'avvio dei medesimi progetti (p. 33). Si prevedono interventi normativi tali da consentire l'in-

182 Pp. 204-205. Investimento 1.2: Creazione di imprese femminili 0,40 in miliardi di euro. Fondo impresa donna. Si tratta di NITO – di supporto alla creazione di piccole e medie imprese e auto imprenditoria – e *Smart&Start* – di supporto a start-up e PMI innovative – i cui schemi saranno modificati per dedicare risorse specificatamente all'imprenditoria femminile. Si tratta di una previsione della Legge di Bilancio 2021.

183 Investimento "Sostegno all'imprenditoria femminile" (Investimento 1.3: Sistema di certificazione della parità di genere 0,01 in miliardi di euro). Così, v. PNRR, pp. 200-205.

184 Ci si riferisce ai fondi *REACT-EU* e FCN.

serimento nei bandi gara di clausole e requisiti premiali *gender oriented*, valorizzando il possibile margine di manovra delle clausole sociali nelle commesse pubbliche consentito dalla legislazione europea[185].

Tra gli effetti di questa missione, si assumono come indicatori un aumento del tasso di occupazione femminile[186] e la riduzione del gap nel tasso di occupazione fra donne di 25-49 anni con figli in età prescolare e donne senza figli[187].

La "Missione 6" (salute) connette apertamente l'obiettivo di implementare i servizi di prossimità e di supporto all'assistenza domiciliare collegandolo alla riduzione dell'onere delle attività di cura, fornite in famiglia prevalentemente dalle donne (pp. 35-36), nonché all'incremento dell'occupazione sia in tale settore a maggiore presenza femminile, sia in generale nell'economia, riducendo l'onere della cura fornito in famiglia dalle donne. Nel ricordare il diverso impatto della pandemia in ragione del genere, si richiama, sia pure blandamente, il potenziale della medicina di genere (p. 225).

Nella parte relativa al rafforzamento delle misure di revisione e valutazione della spesa, il P.N.R.R. prevede poi la necessità di implementare il "bilancio di genere" (insieme al *green budgeting*), così da disporre di un più ampio e significativo set informativo circa le dimensioni, anche finanziarie, di questi fenomeni (p. 71).

Molto interessante è poi la sezione che il P.N.R.R. dedica alla valutazione di impatto di genere e che riporta gli indicatori di inclusione di genere (oltre che territoriale e generazionale) e gli strumenti di monitoraggio relativi alle priorità trasversali (tra cui la parità di genere) del Piano, ad esempio rispetto all'occupazione femminile (Parte IV, p. 239); a tale riguardo, si ammette però che i focus del Next Generation[188] tenderanno ad incrementare maggiormente l'occupazione maschile, in ragione della composizione di genere che caratterizza i settori su cui più forte sarà l'impatto, come nel caso delle costruzioni[189].

L'auspicio è però che si generi comunque un effetto di riequilibrio per l'insieme delle misure e che l'occupazione femminile si consolidi una volta che il Piano raggiungerà gli obiettivi di incremento degli investimenti, di rafforzamento delle infrastrutture sociali e sanitarie, di conciliazione dei tempi di vita e lavoro e di miglioramento dell'istruzione e della formazione, compreso l'avviamento alle discipline STEM (p. 266).

Il P.N.R.R. cita infine gli sgravi contributivi sulle assunzioni di donne, ponendo in rilievo come la fiscalità di vantaggio per il mezzogiorno garantirà uno sgravio contributivo che sosterrà la ripresa dell'occupazione nella fase di ripartenza dell'economia e di espansione degli investimenti previsti.

4.3.1. L'attuazione del P.N.R.R.

Nei mesi successivi all'approvazione del Piano, una serie di strumenti sono stati posti in essere per garantirne l'attuazione, nel rispetto delle scadenze imposte, a cui è legata l'erogazione dei finanziamenti.

È stata così plasmata la *governance* del P.N.R.R., che prevede una Cabina di regia interistituzionale con il compito di verifica sullo stato di attuazione[190] e con poteri di indirizzo politico, impulso e coordi-

185 A. Lorenzetti, *Clausole e sanzioni "rosa" negli appalti pubblici*, in M. Andreis (a cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, Milano, Giuffré, 2012, pp. 747-762.

186 Pari al solo 50,1% nel 2019 e di quasi 18% inferiore a quello maschile.

187 Per le prime tale tasso è pari al solo 74,3% delle seconde; rilevando anche la diversità di genere quanto all'incidenza dei Neet fra i giovani che è pari al 27,9% delle donne e al 19, % degli uomini.

188 Transizione ecologica, le infrastrutture per la mobilità sostenibile, le reti di telecomunicazione e la digitalizzazione.

189 Nel *Rapporto Geese*, si dà conto di come «gli aiuti finanziari dell'UE confluiscono soprattutto nei settori produttivi a predominanza maschile (costruzioni, trasporti, agricoltura, energetico, tecnologico e digitale). Pertanto, secondo le autrici del Rapporto, l'impianto del Next Generation EU, sostenendo un'economia al maschile, anziché operare in funzione di riequilibrio, andrebbe ad aggravare le disparità di genere nel mercato del lavoro. Da qui, una serie di raccomandazioni all'UE nella direzione di reindirizzare il focus del Recovery Fund a includere investimenti nei settori con maggiore potenziale di impiego per le donne, tra cui, principalmente quelli che coinvolgono le attività di cura». Diffusamente sul punto, A. Ciancio, *L'impatto della pandemia sull'uguaglianza di genere*, cit., pp. 83-84.

190 A. Lorenzetti, *PNRR e (dis)eguaglianza di genere: la grande illusione?*, in *La Magistratura*, 2022, 2, 67-77; G. Menegus, *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 4, p. 945.

namento generale sull'attuazione degli interventi[191], nonché di raccordo tra i diversi livelli di governo, centrale e territoriale, valorizzando il principio di sussidiarietà[192].

A supporto della Cabina di regia, sono previsti un Osservatorio nazionale per l'integrazione delle politiche per la parità di genere, con funzioni di monitoraggio, analisi, studio e proposte dei possibili strumenti di definizione e attuazione del Piano[193], al fine di migliorarne l'efficacia e integrarne gli strumenti[194] e un Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, con funzioni consultive[195].

In attuazione delle previsioni di tema di commesse pubbliche, sono stati introdotti requisiti di accesso e clausole premiali[196] per interventi finanziati, anche solo parzialmente, con le risorse del P.N.R.R.[197] o dei fondi a esso complementari[198], ad esempio, prevedendo, nei bandi pubblici e nel solo caso di aggiudicazione, l'obbligo di assicurare alle donne almeno il 30% delle assunzioni necessarie a realizzare il progetto (oltre al 30% riservato ai giovani)[199].

Per partecipare alle gare pubbliche – sia sopra e sotto soglia di rilevanza comunitaria – indette successivamente all'entrata in vigore della normativa, gli operatori economici pubblici e privati devono inoltre avere predisposto e consegnato il Rapporto aziendale di parità sul personale, che sono tenuti a redigere con cadenza biennale[200] e che, per evitare sanzioni, deve essere trasmesso congiuntamente all'attestazione della sua conformità a quello eventualmente già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alle consigliere regionali di parità[201].

Ancor più di recente, a testimonianza di un quadro in continua evoluzione, si segnala come alle pubbliche amministrazioni sia riconosciuta la possibilità adottare misure *ad hoc* per attribuire «vantaggi specifici… al genere meno rappresentato»[202]. Può sin d'ora ipotizzarsi che un ulteriore passo in questa direzione venga compiuto con la revisione del Codice dei contratti pubblici, che estenderebbe tali regole a tutte le procedure a evidenza pubblica.

Nella fase attuativa, è divenuta operativa la previsione circa la certificazione della parità di genere[203], con cui l'azienda può testimoniare quanto intrapreso per superare o mitigare il *gender gap* in una pluralità di ambiti, ad esempio rispetto alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale, di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità, potendo altresì ottenere un bonus contributivo laddove superi le verifiche dell'organismo certificatore. Il complesso

191 D.l. 77/2021, conv. con mod. con la l. 108/2021. Decreto Dipartimento pari opportunità, 27 gennaio 2022, «Istituzione della Cabina di regia interistituzionale per la parità di genere».

192 S. Profeti, B. Baldi, *Le regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3/2021, pp. 431 ss.; S. Parisi, *Pnrr e meccanismi di raccordo: C'è vita oltre gli esecutivi?*, in N. Antonietti, A. Pajino (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia: problemi e prospettive*, Bologna, 2022, pp. 259 ss.; M. Trapani, *Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, pp. 181 ss.; G. Falcon, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, n. 4/2021, p. 723; C. Mainardis, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 151-152.

193 Previsto dalla legge di bilancio 2022 (art. 1, c. 139-147, l. 234/2021).

194 Decreto Dipartimento pari opportunità, 22 febbraio 2022.

195 Dpcm 14 ottobre 2021. Il tavolo è composto dai rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, delle Province autonome, degli Enti locali, di Roma capitale, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva.

196 V. art. 47, co. 4 e 5, d.-l. 77/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni-*bis*), per la cui attuazione sono state approvate Linee guida, adottate il 7 dicembre 2021, con Decreto del Ministro per le pari opportunità e della famiglia e del Ministro per le politiche giovanili; v. la Delibera n. 122 del 16 marzo 2022, adottata dall'ANAC, cui spetta il monitoraggio della misura.

197 Regolamenti (UE) 2021/2400 e 2021/241.

198 V. Piano nazionale per gli investimenti (a esso) complementari (PNC), d.-l. 59/2021, che prevede finanziamenti integrativi al PNRR con risorse nazionali.

199 È però possibile motivare il mancato rispetto, così sottraendosi all'obbligo previsto.

200 Art. 46, CPO.

201 A tale obbligo sono soggetti, a pena di esclusione dalla gara, gli operatori che occupano oltre cinquanta dipendenti, mentre in caso di un numero pari o superiore a quindici dipendenti e non superiore a cinquanta, vi è l'obbligo di produrre (e trasmettere alle RSA e alle consigliere regionali) la relazione, entro sei mesi dalla conclusione del contratto. Art. 47, co. 3, d.-l. 77/2021.

202 Art. 5 D.L. n. 36/2022.

203 Introdotta con l. del 5 novembre 2021 n. 162 (art. 4), di modifica del CPO art. 46-*bis*.

sistema prevede una serie di passaggi e il rispetto di alcuni requisiti minimi che spetta all'organismo certificatore verificare[204], anche quale requisito per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e individuandolo quale criterio premiale nelle commesse[205].

Rapida attuazione hanno altresì incontrato le azioni di sostegno all'imprenditoria femminile, con il "Fondo Impresa femminile", finalizzato a sostenere la nascita, lo sviluppo e il consolidamento delle imprese guidate da donne attraverso contributi a fondo perduto e finanziamenti agevolati[206] e con l'istituzione del Comitato Impresa Donna cui sono attribuiti compiti di attualizzare le linee di indirizzo per l'utilizzo delle risorse del Fondo e formulare raccomandazioni sui temi della presenza femminile nell'impresa e nell'economia.

In aggiunta a ciò e nel tracciare un solido quadro, sono inoltre state previste misure per estendere anche alle società, pur se controllate dalle amministrazioni pubbliche, l'equilibrio fra i sessi negli organi[207].

Inoltre, significativa è la modifica del Codice pari opportunità nel senso di inquadrare quale forma di discriminazione indiretta la modifica delle condizioni e dei tempi di lavoro idonee a generare uno sfavorevole impatto in ragione del sesso e delle esigenze familiari o ancora a limitare le opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali, questioni che grande impatto hanno nei termini di conciliazione vita privata-lavoro e in specie sul lavoro delle donne su cui maggiormente grava il carico di cura.

Testimonia il complessivo fermento sul tema il fatto che, dall'8 marzo 2021, il Servizio studi della Camera dei Deputati avesse avviato in via sperimentale l'analisi di impatto di genere quale elemento dei dossier di documentazione sulle proposte di legge di iniziativa parlamentare all'esame della Camera stessa[208].

4.3.2. Potenzialità e criticità del Piano e degli strumenti attuativi

Di certo, l'approvazione del Piano e dei suoi primi strumenti attuativi ha rappresentato un *unicum* sia in termini di finanziamenti, sia di capacità di intervento massiccio in ognuno degli ambiti da esso toccati, prestandosi a una lettura in chiaro-scuro. Appare fondamentale già la sua capacità di nominare lo stato di diseguaglianza, quantificandolo e restituendo a esso una posizione di centralità spesso non scontata nell'azione pubblica.

La consapevolezza dell'emergenza e dell'urgenza[209] di interventi volti al superamento dello squilibrio di genere ha condotto all'introduzione di strumenti che, per quanto limitati e fortemente condizionati da obiettivi economici/stici, porteranno di certo alcuni cambiamenti. Si pensi ai finanziamenti rivolti all'orientamento nella formazione alle materie scientifiche per abbattere gli stereotipi che tanto condizionano i percorsi individuali universitari e di riqualifica professionale o al tema del lavoro e dell'imprenditoria femminile, su cui si è intervenuto con azioni positive e la previsione di fondi *ad hoc*. Così anche l'obiettivo di sgravare le donne dal lavoro di cura per garantire loro più eque possibilità di carriera è di certo condivisibile, ad esempio laddove prevede il potenziamento degli asili nido (v. il Piano asili nido nella Missione 4) o il fondo per la cura per le persone non autosufficienti.

L'aspetto però di maggiore significato è da ricondurre al piano teorico-concettuale che definitivamente riconosce nell'Unione Europea qualcosa di assai distante da quella *comunità economica* finalizzata al libero scambio sancita nel Trattato di Roma (1948) e progressivamente evoluta verso una dimensione orientata al *progresso sociale*[210], mettendo al centro dell'azione pubblica l'obiettivo di non lasciare indietro coloro che sono penalizzati da una condizione personale legata al genere, all'età o provenienza territoriale. Per superare il quadro di diseguaglianza, il Piano mira dunque a «eliminare la distanza tra chi

204 Sul punto, v. le "Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere", approvate il 16 marzo 2022.

205 Art. 34, d.-l. n. 36/2022; art. 46-*bis*, CPO.

206 Legge di bilancio per il 2021. V. *https://www.mise.gov.it/index.php/it/incentivi/fondo-a-sostegno-dell-impresa-femminile*.

207 Si prevede una presenza del genere meno rappresentato per almeno due quinti dei componenti. L. 275/2021. V. *https://www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2022/03/12/parita-genere-lavoro-pnrr-rapporto-aziendale-differenza*.

208 Si è così dato seguito a un ordine del giorno – O.d.g. 9/Doc.VIII, n. 6/18, Spadoni e altri (testo modificato nel corso della seduta) – approvato nella seduta del 30 luglio 2020.

209 I. Pellizzone, *La violenza: impatto delle misure restrittive sulle donne e sui minori in una prospettiva di diritto costituzionale*, cit.

210 L. Bianchi, *L'impatto del PNRR sulla coesione economica e sociale*, in *PasSaggi Costituzionali*, n. 2/2021, pp. 52 ss.; A. Poggi, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 199 ss.; G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 130.

ha e chi non ha, di raffreddare la corsa di chi è avanti per accelerare quella di chi è indietro»[211], così da rendere possibile un miglior benessere complessivo e un maggiore livello di competitività, senza però assumere pienamente l'idea di una giustizia sociale. Nella stessa direzione pare orientata l'idea della promozione e valorizzazione delle competenze femminili per incrementare il PIL, non però al fine di superare le disparità che sistematicamente le penalizzano.

È assai rilevante l'essere riusciti a combinare gli aspetti di aumento della *quantità* dell'occupazione femminile, per quanto forte sia l'orientamento in settori e profili lavorativi in cui è più presente il lavoro femminile o che sono caratterizzati dal precariato e da basse remunerazioni, con quelli della *qualità*, comunque prevedendosi misure che riguardano tutti i livelli di carriera.

Fondamentale sarà poi il patrimonio conoscitivo che le misure previste consentiranno di far emergere[212], grazie all'azione di organismi e strutture delle quali si auspica una stabilità (si pensi, ad esempio, all'Osservatorio per la parità di genere).

Di certo, il P.N.R.R. e le misure attuative orientano con forza la leva pubblica verso obiettivi di parità di genere, segnando un impegno assai rilevante per il "peso" dell'amministrazione pubblica come operatrice economica (ad es. circa le commesse pubbliche).

Tuttavia, è importante essere consapevoli altresì dei limiti e delle zone d'ombra che il P.N.R.R. presenta, a partire dalla certamente insufficiente dotazione finanziaria[213], alla limitatezza degli obiettivi finalizzati sì al riequilibrio, ma con parametri che paiono essere battaglie di retroguardia, assumendo un quinquennio come limite per raggiungere risultati che l'Unione europea chiede all'Italia da quasi un ventennio[214]. Gli interventi specifici volti a superare le diseguaglianze sono poi assai limitati numericamente (quattro interventi su 34), la maggior parte avendo un impatto indiretto.

Vi sono poi alcune mancanze di strategia di medio periodo, non puntandosi ad esempio a valorizzare la possibile creazione di lavoro in settori in cui si ipotizza una crescita (si pensi all'ambito *green*), né a una garanzia dell'occupazione femminile, neppure nel pubblico impiego laddove di certo il decisore pubblico avrebbe (avuto) un ampio margine di manovra.

In generale, anche laddove le misure sono, sulla carta, di grande impatto, rischiano però di naufragare in ragione delle possibili eccezioni consentite. Si pensi, ad esempio, alla previsione come obbligatoria di una quota di occupazione femminile (30%), di certo importante, ma di natura temporanea e soprattutto limitata ai finanziamenti del P.N.R.R., peraltro tale da consentire il mancato rispetto mediante adeguata motivazione; anche l'assenza di indicazioni chiare sulla vigilanza nella sua applicazione sembra porre le premesse per un obbligo – netto sul piano normativo – che potrà però essere disatteso nella pratica, eludendo le previsioni.

Tale aspetto è ancor più significativo poiché gli investimenti del Piano sono concentrati in comparti caratterizzati da lavoro prevalentemente maschile (così, l'edilizia e le infrastrutture), che dunque beneficerà in prima battuta dell'aumento dell'occupazione[215]. Gli investimenti nel settore cultura potrebbero impattare maggiormente sulle donne, se però si terrà conto della situazione di fatto che vede un netto *digital (gender) divide* e una minore presenza delle donne nelle discipline STEM che tali settori chiamano in causa, ma pure del peso degli stereotipi che comunque svantaggiano le donne che intraprendono studi tecnico-scientifici, diversamente rischiando che sia ancora una volta l'occupazione maschile a trarne beneficio.

211 G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 130.

212 Sia pure rispetto alla violenza contro le donne, v. M. Corsi, *Rendere visibile l'invisibile*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso*, cit., p. 163, che sottolinea l'importanza di disporre di numeri in grado di quantificare la complessità del fenomeno.

213 Soltanto l'8% dei fondi del PNRR per la parità di genere sono considerati a impatto diretto. Degli oltre 38,5 miliardi di euro di fondi destinati alle misure per la parità di genere – oltre il 20% del totale – la maggior parte avrà un effetto indiretto e soltanto l'1,6% delle risorse del PNRR è su interventi rivolti alle donne (in particolare nelle missioni 4 e 5) e il 18,5% su interventi con un effetto solo indiretto sulla riduzione dei divari a sfavore delle donne. V. fonti del MEF: *https://www.mef.gov.it/focus/Le-diseguaglianze-di-genere-in-Italia-e-il-potenziale-contributo-del-PNRR-per-ridurle/*; v. *https://www.openpolis.it/le-misure-del-pnrr-che-potrebbero-favorire-la-parita-di-genere/*.

214 Si vedano le prese di posizione pubbliche di Linda Laura Sabbadini (Istat) su tali aspetti.

215 Nel complesso, il Piano coinvolge, per quasi l'80% delle risorse, i settori caratterizzati da una prevalenza di lavoratori di sesso maschile, mentre poco più del 18% è destinato a quelli in cui prevale la quota di forza-lavoro femminile. La restante parte degli interventi tocca infine le misure specificamente rivolte alla promozione del lavoro femminile nell'ambito di molteplici settori economici. V. *https://www.sace.it/education/dettaglio/pnrr-ed-empowerment-femminile-come-raggiungere-la-gender-equality*.

È però in generale l'idea di una donna presa in considerazione per la sua vocazione "naturalmente"[216] domestica e familiare, per il suo collocarsi professionalmente nell'ambito dei servizi di cura sia come dato di fatto, sia come proiezione futura verso cui tendere per accrescere l'occupazione femminile[217], a caratterizzare il Piano e gli strumenti attuativi, con un approccio che ripropone la dicotomia pubblico/privato che della dissimmetria di genere è l'origine.

Critica è poi la totale assenza nel Piano della prospettiva intersezionale, posto che considera *le donne* quasi come una categoria unitaria, non considerando l'impari collocazione sociale delle donne straniere o di chi manifesti condizioni di fragilità che intrecciano il genere (si pensi alla disabilità, ad esempio)[218].

Lasciando a margine ulteriori profili, come quello relativo ai controlli o alla difficile misurabilità dell'impatto[219], va infine criticamente rilevata la tensione paternalistica e liberale del P.N.R.R. – ad esempio nell'intendere il superamento della diseguaglianza di genere come finalizzato alla crescita economica e a eliminare un freno allo sviluppo economico – e di cui occorre tenere conto per non annullare l'impatto dei positivi aspetti che comunque il Piano presenta.

5. Per un P.N.R.R. "dalla parte di lei"

Una volta ripercorsa l'evoluzione e lo stato dell'arte del certamente problematico rapporto fra genere e pandemia, così come le soluzioni a vario livello adottate, appare interessante provare a ipotizzare i futuri sviluppi in chiave di mitigazione degli effetti della crisi economica successiva a quella sanitaria che certamente si abbatteranno più gravemente sulle donne[220]. L'occasione offerta dal Piano può davvero rappresentare la chiave di volta per innescare un cambiamento stabile delle politiche di genere nel contesto italiano, ai fini di un superamento dell'attuale assetto discriminatorio che lo caratterizza[221], per quanto occorra tenere conto dei profili di ambiguità che presenta.

Le previsioni mostrano come gli effetti della pandemia sulle donne si produrranno più gravosamente nei termini di minore guadagno e risparmio, lavoro maggiormente precario, che condurrà a un maggiore rischio di povertà, minore probabilità di accesso a servizi sanitari di qualità, a servizi sociali, scuole, maggiore carico di cura, ancor più nei contesti di fragilità sociale[222].

Per contrastare tale scenario, sarebbe fondamentale ancor più marcare la dimensione di genere del P.N.R.R., aumentando i fondi destinati alle misure che specificamente possono innescare un cambiamento di sistema, ad esempio in tema di asili nido e occupazione femminile, implementando gli interventi che stanno dando risultati significativi, ritarando gli obiettivi che paiono di minore impatto e valorizzando il principio del *gender mainstreaming*. Potrebbero ad esempio essere rafforzati gli strumenti di conciliazione già esistenti, ad esempio aumentando ulteriormente i congedi di paternità obbligatori e prevedendo altri interventi così da incentivare una maggiore condivisione degli obblighi domestici, anche per agire in chiave di superamento degli stereotipi che abbinano le sole competenze femminili alla cura[223]. Questo infatti, consentirebbe «a ciascuna famiglia di scegliere lo strumento o il mix di strumenti più adatto alla propria organizzazione familiare e lavorativa». Anche il rafforzamento dei «servizi per l'infanzia, asili nido e scuole materne, che devono tendere il più possibile alla universalità e alla gratuità», così come il ripensamento e la modifica del sistema dei congedi perché non sia più conveniente il

216 Tale avverbio è utilizzato nella consapevolezza del portato essenzializzante che ha assunto il riferimento alla natura delle donne come madri.

217 Fanno eccezione le misure volte a rafforzare la presenza delle donne nella formazione e nelle occupazioni STEM.

218 V. par. 2.4, del presente lavoro.

219 A. Lorenzetti, *PNRR e (dis)eguaglianza di genere: la grande illusione?*, cit., pp. 67 ss.

220 ONU, *The Impact of Covid-19 on Women*, 9 aprile 2020. T. Alon, M. Doepke, J. Olmstead-Rumsey, M. Tertilt, *The Impact of Covid-19 on Gender Equality*, in *Nber Working Paper*, n. 26947, *https://www.nber.org/papers/w26947.pdf*, aprile 2020; C. Werber, *The Covid-19 Recession Will Hurt Women More, but It Might Nudge Them toward Equality*, in *Quartz at work*, 15 aprile 2020.

221 A. Lorenzetti, *PNRR e (dis)eguaglianza di genere: la grande illusione?*, cit., pp. 67 ss.

222 A. Poggi, *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*, cit., 104-105, che richiama i documenti delle Nazioni Unite e della World Bank.

223 A. Pertici, *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere*, cit., pp. 40.

sacrificio della posizione lavorativa della donna[224] rappresenterebbero una importante evoluzione degli strumenti di conciliazione[225].

Occorre infatti mitigare il rischio che la conciliazione presenta, ossia che la sua «formale neutralità… [si trasformi] in discriminazione nei confronti di chi è ancora in modo assolutamente preminente titolare dei compiti di cura»[226].

L'occasione appare preziosa per rafforzare quanto già realizzato e previsto, ad esempio, valorizzando le competenze sulla prospettiva di genere nell'ambito del piano di reclutamento straordinario della pubblica amministrazione; prevedere figure formate e competenti sulle questioni di genere di certo contribuirebbe a orientare il P.N.R.R. non soltanto verso azioni rivolte alle donne, ma in una direzione che sia consapevole delle dinamiche di genere. Si pensi alla creazione delle figure del *gender advisor* o di un *gender focal point* da parte delle Forze Armate italiane che, da anni, rappresentano sul punto un riferimento internazionale di primo piano[227]. La presenza di un *gender local manager* che possa supportare le amministrazioni pubbliche di ogni livello o articolazione nell'attuare politiche pubbliche *gender sensitive* rappresenterebbe una sicura garanzia della stabilità dei risultati che potranno essere raggiunti e in definitiva di un deciso cambio di mentalità.

Sul piano più istituzionale, è interessante la proposta di «istituire anche in Italia un organismo permanente presso la presidenza del Consiglio dei ministri, come quello proposto dall'Asvis (Alleanza italiana per lo sviluppo sostenibile), per la concertazione con la società civile delle politiche a favore della parità di genere, ispirato all'Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes francese, che consentirebbe di dare forma a strategie coerenti e incisive[228].

Vi sono poi alcune azioni che possono apparire non immediate nella loro concretezza ma che invece hanno grande potenzialità in chiave di superamento delle diseguaglianze, come ricordato dagli organismi internazionali, ad esempio, quanto al coinvolgimento delle reti già esistenti relative ai diritti delle donne e delle ragazze, per sostenere la connettività e il flusso di informazioni vitali, assicurandosi che i dati relativi alle caratteristiche di genere siano disponibili, analizzati e utilizzabili[229].

Ma ciò che più darebbe una svolta decisiva non solo alle questioni di genere, ma al modo con cui nel contesto interno vengono affrontate, riguarda la capacità di leggere/interpretare il P.N.R.R. in una chiave *gender sensitive*, tenendo cioè conto del diverso modo, per donne e uomini, di abitare gli spazi pubblici ma anche privati mostrato dalla pandemia[230].

Assumere una esplicita attenzione alla prospettiva di genere nell'ipotizzare le misure per la ripresa post-pandemica o la loro attuazione significa infatti prendere atto degli impliciti sottointesi alla retorica del confinamento come garanzia della sicurezza che, se certamente è condivisibile assumendo il rischio come rischio da contagio, non è però ugualmente persuasiva laddove porta alla luce e rimarca le diverse condizioni sociali che lo spazio domestico riproduce, con un effetto moltiplicatore della diseguaglianza che, al tempo stesso, esso manifesta[231].

224 F. Rosa, Work-life balance *e pandemia*, cit., pp. 121 ss.

225 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1068, riferisce come «Nella timida direzione di misure stabili di incentivi, detrazioni e sussidi sembrerebbe andare il "Family Act", un disegno di legge delega che prevedrebbe un assegno mensile universale per tutti i figli fino all'età adulta e soprattutto introdurrebbe un congedo obbligatorio anche per i padri di dieci giorni».

226 E. Stradella, *L'impatto della pandemia sul lavoro precario nella prospettiva di genere*, cit., p. 134, ricorda infatti che «La fallacia dell'approccio neutrale, che cela la differenza sessuale per assorbirla in indistinti destinatari di tutela, sempre configurati intorno alle caratteristiche maschili (con un certo tipo di lavoro, di impegno, di ambizione), emerge anche dall'analisi sociologica che studia come e quanto la precarietà lavorativa condiziona la genitorialità in modo differenziato a seconda del sesso/genere del genitore, producendo nella lavoratrice, in alcuni casi, un'attitudine di adattamento alla precarietà stessa».

227 Il *Gender Advisor* è un consulente esperto in materia di pari opportunità e di prospettiva di genere che lavora nello staff del Comandante nell'ambito delle Missioni delle Forze Armate italiane, con competenze anche volte al supporto alla gestione del personale in chiave di integrazione e diffusione della sensibilità di genere. Il *Gender Focal Point* è invece una figura di supporto al *Gender Advisor* e si tratta di figure le cui attività sono «volt[e] a creare una rete di informazioni e di supporto sulle tematiche di genere per assicurare che tale fattore sia completamente integrato nelle attività quotidiane onde rendere più efficaci le stesse nel corso delle operazioni e incrementare la percezione positiva delle forze da parte delle comunità locali». R. Vinciguerra, *La prospettiva di genere nelle forze armate italiane*, in *Queste istituzioni*, 2021, 3, p. 2.

228 C. Bassu, *Diritto alla salute*, cit. V. i documenti Asvis, citati *supra*, nota 123 del presente lavoro.

229 Unicef (*Nota tecnica* del 6 aprile 2020) che lo indica tra le cinque azioni per la parità di genere nella risposta al Covid.

230 B. Pezzini, *Esterno e interno nella pandemia*, cit., pp. 9-29.

231 B. Pezzini, *Esterno e interno nella pandemia*, cit., p. 21.

Richiamando le parole di chi ha rilevato la topografia di genere emersa in ragione dell'emergenza[232], è così fondamentale assumere una consapevolezza di una nuova dimensione problematica del già problematico rapporto pubblico-privato che storicamente ha definito, in modo differente, gli spazi e soprattutto la diversa dislocazione *di genere* in cui donne e uomini abitano quegli spazi[233].

Proprio questa consapevolezza sembra capace di fondare l'occasione di rinnovamento offerta dalla crisi pandemica attraverso «[l']adozione di politiche femministe riguardo ad accesso al cibo, acqua e igiene, salute, educazione, diseguaglianza economica e sociale, violenza contro le donne, violenza domestica, accesso alle informazioni, abuso di potere alla trasformazione del rapporto tra produzione e riproduzione a favore di quest'ultima»[234], a patto che vi sia però una consapevolezza dei rischi, come pure di quella «serie di strutture di genere che vengono di norma incorporate nel diritto come se fossero (o pretendendo che siano) naturali e immodificabili, veri e propri impliciti di genere che definiscono quotidianamente gli assetti sociali e normativi»[235].

Al di là delle singole e puntuali misure e dei piani di uscita dalla crisi, appare dunque fondamentale «avviare la costruzione, in termini di politica del diritto, di un nuovo modello di lavoro costituzionalmente orientato, utilizzando i diritti delle lavoratrici come strumento per azionare trasformazioni giuridiche e sociali che riguardano tutti e tutte»[236].

Sarà così possibile orientarsi verso la ridefinizione delle coordinate spazio-temporali che la pandemia ha imposto e che si lega alla prospettiva di genere: «osservando la dimensione sessuata dei processi di trasformazione che, da un lato, hanno visto lo spazio domestico divenire totale e, dall'altro, ci hanno mostrato la tenace persistenza della contraddizione di genere nello spazio pubblico, a partire dalla prepotente assoluta priorità dei corpi imposta dalla drammatica diffusione del virus». Se un aspetto positivo è emerso dalla pandemia, letta attraverso una chiave di genere, è da rinvenire nell'attenzione suscitata dai corpi «contagiati o contagiabili dalla malattia» che ha «costretto a vedere, insieme all'intrinseca fragilità, l'irriducibile rilievo della loro differenza anche di genere, non ignorabile nell'ottica dell'effettività della garanzia del diritto costituzionale alla salute; in una diversa consapevolezza della centralità della cura e degli aspetti relazionali della medicina e dell'organizzazione della vita, anche il tema della medicina di genere ha preteso e ottenuto una nuova e diversa attenzione»[237].

Raccogliendo così l'invito di chi suggeriva di assumere la complessità come chiave metodologica e come categoria analitica nel confronto con le categorie dell'uguaglianza – non soltanto nella dimensione formale e sostanziale, ma anche nei termini di parità, pari opportunità, non discriminazione, diritto alla differenza – sarà così possibile «elaborare una topografia di genere dell'emergenza». Ciò appare essenziale non soltanto quale «mappatura attenta e meticolosa, che reinterroga l'uguaglianza a tutto tondo e riconosce in tutte le sue forme le persistenze della gerarchia di genere, ma soprattutto di una riflessione che coglie i nessi tra la dislocazione spazio-temporale imposta alle vite di tutte e di tutti dall'emergenza, da un lato, e la differente condizione di genere in cui donne e uomini abitano quegli spazi e quei tempi, dall'altro. E che impone di elaborare queste relazioni come una questione costituzionale fondamentale»[238].

Tali aspetti confermano come non sia fondamentale soltanto l'appartenenza sessuata o sessuale, ma specificamente la dimensione di genere che essa veicola e di cui è riflesso, ma anche come proiezione. Così assumendo l'uguaglianza, e in specie l'uguaglianza di donne e uomini, come regola dell'abitare gli spazi pubblici e privati[239] potrà intraprendersi un percorso di costruzione di una società che sia realmente *duale*, nel riconoscimento della presenza di donne e uomini, nelle loro esigenze e specifiche peculiarità e alla ricerca di quella "topografia di genere" che la pandemia ha solo fatto emergere più chiaramente ma che era già ben presente nel definire, in modo differente, gli spazi nel contesto dell'emergenza e nel dislocare la diversa condizione – *di genere* – in cui donne e uomini abitano quegli spazi[240].

232 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., pp. 185 ss.

233 B. Pezzini, *Esterno e interno nella pandemia*, cit., p. 10.

234 L. Ronchetti, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., p. 1059

235 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 185.

236 E. Stradella, *L'impatto della pandemia sul lavoro precario nella prospettiva di genere*, cit., p. 143.

237 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., pp. 187-188, cui si riferiscono anche le precedenti citazioni.

238 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 198.

239 B. Pezzini, *Una topografia di genere nella stagione dell'emergenza*, cit., p. 186.

240 B. Pezzini, *Esterno e interno nella pandemia*, cit., p. 10.

*Irene Spigno**

Discriminación y violencia de género en México en los tiempos del coronavirus: la verdadera pandemia para las mujeres

Sommario

1. Introducción. – 2. Ser mujer en América Latina antes del Covid-19: desigualdad y violencia de género. – 3. El impacto diferenciado del virus SARS-CoV-2 en las mujeres en México. – 4. ¿Nueva normalidad vs. viejo patriarcado? Reflexiones finales.

Abstract

La pandemia causata dal virus SARS-CoV-2 non solo ha generato una grave crisi sanitaria, ma ha avuto anche un impatto significativo in materia di diritti umani. La maggior parte dei governi ha adottato diverse misure, tra le quali quelle di confinamento (il cd. "lockdown"). Pur essendo delle misure neutre dal punto di vista del genere, visto che si applicavano a tutta la popolazione senza distinzione (con alcune eccezioni solo con riferimento ad alcune professioni), in realtà si trattava di una neutralità solo apparente poiché i suoi effetti sono stata più dannosi e discriminatori per le donne, specialmente in quei contesti, come quello latinoamericano, già caratterizzato ancora prima la pandemia, da una profonda disuguaglianza e violenza di genere. In questo quadro generale, il presente testo analizza come le misure adottate per far fronte alla emergenza sanitaria in Messico durante la pandemia abbiano avuto effetti differenziati e profondamente discriminatori per le donne.

The SARS-CoV-2 pandemic not only generated a severe health crisis but also had a significant impact on human rights. Most governments adopted various measures, including confinement (the so-called "lockdown"). Although these measures were gender neutral, since they applied to the whole population without distinction (with some exceptions only concerning some professions), in reality, it was only an apparent neutrality since its effects were more harmful and discriminatory on women, especially in those contexts, such as the Latin American one, already characterized - even before the pandemic-, by deep gender inequality and violence. In this general framework, the present text analyzes how the measures adopted to deal with the health emergency in Mexico during the pandemic have had differentiated and profoundly discriminatory effects on women.

* Directora General y Profesora Catedrática de Derecho Constitucional Comparado de la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila (México). La Autora quiere agradecer a la Mtra. Paloma Lugo Saucedo, investigadora del Centro de Derechos Civiles y Políticos de la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila (México) por su importante apoyo en la investigación y revisión final del presente trabajo.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introducción

La pandemia generada por el virus SARS-CoV-2 (más comúnmente conocido como la enfermedad del Covid-19) nos puso en frente a una situación totalmente inédita e impredecible. Nos ha recordado lo frágil y vulnerable que somos como personas y, más en general, como humanidad. Así mismo, puso de relieve cómo, en muy poco tiempo, todo el mundo tuvo que enfrentar los efectos de una profunda crisis de salud pública en la que la vida de todas las personas, sin distinción alguna, ha estado en grave riesgo.

Sin embargo, el virus SARS-CoV-2 no ha generado solamente una grave crisis sanitaria, sino que también ha implicado significativos impactos en el goce y disfrute de los derechos humanos, poniendo de manifiesto la incapacidad de los gobiernos para tomar decisiones urgentes a fin de garantizar la seguridad, libertad y vida de todas las personas.

En la gran mayoría de los países del mundo, las autoridades, en el intento de proteger a la ciudadanía en la lucha contra el virus, restringieron en alguna medida – y en algunos casos de manera desproporcionada – derechos y libertades fundamentales[1]. Una de las principales medidas adoptadas prácticamente en todo el mundo fue la del confinamiento (la así llamada "cuarentena"), que implicaba la obligación de quedarse en casa para la mayoría de las personas, con exclusión de quienes desarrollaban actividades consideradas esenciales, como las sanitarias y de seguridad pública, entre otras.

Sin embargo, si la medida del confinamiento fue una limitación inmediatamente muy evidente a la libertad de circulación de las personas, la pandemia ha potenciado una crisis de derechos humanos mucho más profunda por otras violaciones graves que quizás al principio eran casi invisibles e imperceptibles y que han tenido mayores afectaciones en los sectores más vulnerables de la población: personas privadas de la libertad personal, personas migrantes y refugiadas, personas integrantes de la comunidad LGBTIQ+, personas con discapacidad y, por supuesto, las mujeres.

Las medidas de confinamiento buscaban proteger la salud pública de toda la población en un momento en el que todavía no había ni medicamentos para tratar la enfermedad ni vacunas, y evitar el colapso de los servicios de salud. En ese momento de profunda incertidumbre y de ignorancia sobre el comportamiento del virus, así como de sus posibles consecuencias, las medidas adoptadas fueron iguales para todas y todos. Las medidas de confinamiento fueron gender neutral. Sin embargo, los efectos que estas medidas tuvieron fueron diferenciados, dependiendo de las personas a las que se dirigían. Se trató en realidad de una neutralidad solo aparente, ya que sus efectos fueron profundamente diversificados en hombres y mujeres y más perjudiciales para estas últimas, ocasionando que tales medidas terminaran siendo, por sus resultados, discriminatorias[2].

En particular, las mujeres se vieron más afectadas en dos aspectos: por un lado, en su carga de trabajo, que se incrementó de manera exponencial. De hecho, han sido y siguen siendo las mujeres quienes llevan la mayor carga de los trabajos de cuidado, como consecuencia de una profunda realidad discriminatoria en la que falta una distribución corresponsable de este tipo de trabajo, y que, además, no es valorado ni social, ni política, ni económicamente. El confinamiento implicó, entre otras cosas, repensar el concepto de espacio doméstico: los hogares se convirtieron en espacios recreativos, educativos y de trabajo. La conversión de los hogares en espacios de estudio, de trabajo económicamente remunerado y no remunerado, y de socialización implicó una invasión no solo de la privacidad de las personas, sino también de un espacio dedicado ordinariamente a los trabajos de cuidados, cuya carga, todavía y desafortunadamente, recae mayormente en las espaldas de las mujeres[3].

Por otro lado, al no incluir una perspectiva de género en la gran mayoría de las medidas implementadas para combatir la pandemia generada por el virus SARS-CoV-2 fue imposible combatir la otra grave pandemia que afecta a las mujeres mexicanas: la violencia en su contra por razones de género. Aunque la violencia de género en México no es novedad, el confinamiento la incrementó de manera

1 Sobre las medidas que se adoptaron en distintos Estados para enfrentar la pandemia se remite a las colaboraciónes publicadas en L.E. Ríos Vega, I. Spigno (dirs.), J.A. Estrada Marún, M. López Valdez (coords.), *Estudios de casos líderes nacionales y extranjeros. Vol. XXVI. La libertad de circulación en los tiempos de la pandemia COVID-19: el debate nacional, internacional y comparado*, México, Tirant lo Blanch, 2022. Véase también los distintos textos del número monógrafico sobre la contingencia sanitaria en *DPCE Online*, 2020, 43, 2.

2 Sobre los efectos diferenciados que las medidas adoptadas para enfrentar la pandemia tuvieron en las mujeres véanse B. Poggio, *Se il virus non è democratico. Squilibri di genere nella pandemia*, en *Sociologie*, 2020, 1, 1, pp. 37-50 y E. Catelani, M. D'Amico (eds.), *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*, Bologna, Il Mulino, 2021.

3 Sobre la relación entre violencia de género como fenómeno estructural, cuidado del hogar y discriminación véanse, *ex plurimis*, S. Federici, *Wages against housework*, Bristol, Falling Wall Press, 1975 y, de la misma Autora, *Revolution at point zero: Housework, reproduction, and feminist struggle*, New York, PM Press, 2020. Entre los trabajos de Nancy Fraser, *Las contradicciones del capital y los cuidados*, en *New Left Review*, 2016, 100, pp. 111-132.

exponencial, siendo los hogares los lugares donde las mujeres sufren la mayor violencia por el simple hecho de ser mujer[4].

La violencia de género en contra de las mujeres es un problema de dimensiones mundiales que en algunas regiones del mundo tiene proporciones muy alarmantes. Es el caso, por ejemplo, de América Latina, donde la violencia en contra de las mujeres por cuestiones de género es un problema estructural.

En el marco así brevemente descrito, en las páginas que siguen, se ofrecerán algunas reflexiones acerca del impacto que la pandemia produjo en las mujeres, tomando como punto de partida el contexto de profunda desigualdad y violencia de género que estas viven América Latina antes de la pandemia (par. 2), para luego analizar cómo las medidas adoptadas para enfrentar la contingencia sanitaria en México durante la pandemia han tenido efectos diferenciados para las mujeres (par. 3). Cierra el trabajo un apartado de consideraciones finales sobre las lecciones aprendidas durante la pandemia y la agenda pendiente para abordar el tema de la violencia de género en la región (par. 4).

2. Ser mujer en América Latina antes del Covid-19: desigualdad y violencia de género

América Latina y el Caribe se encuentran entre las regiones más peligrosas para las mujeres.

Las causas de la violencia estructural que sufren las mujeres – y especialmente las mujeres de bajos recursos en estas regiones – son varias. En primer lugar, hay que destacar la profunda desigualdad económica y social de tipo estructural que siempre las ha caracterizado[5]. Si bien América Latina y el Caribe no pueden ser consideradas como las regiones más pobres del mundo[6], según los datos recopilados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante "CEPAL"), el número de personas que viven en la pobreza en América Latina revela una situación alarmante: para el 2015, se ha observado un incremento tanto en las tasas de pobreza como de indigencia, donde casi 165 millones de personas se encuentran en situación de pobreza, de las cuales más de 60 millones se encuentran en situación de indigencia (pobreza extrema, que significa vivir con menos de $1.90 por día)[7], representando casi el 4% de la población[8].

Si bien no se ha demostrado la relación entre pobreza extrema y desigualdad[9], las regiones de América Latina y el Caribe siguen siendo las más desiguales del mundo[10]: según datos de 2014, el 10% de la población concentra el 71% de la riqueza, frente a la mitad de la población que se encuentra en situación de pobreza, que solo acumularía el 3,2%. En ese contexto, y en términos más específicos, sólo el 1% posee el 40% de la riqueza.

La desigualdad afecta de manera diferente a hombres y mujeres. Las mujeres son más vulnerables a caer y permanecer en la pobreza. A diferencia de la dinámica de la pobreza masculina, que se relaciona básicamente con el trabajo, la pobreza femenina también se vincula significativamente con la vida familiar y la sociedad. La falta de autonomía en la capacidad de generar ingresos de las mujeres las hace

4 Sobre este punto véase V.R. Scotti (coord.), *COVID-19: States' responses to the risk of increased domestic violence against women. Report for the call for submission of the UN Special Rapporteur on violence against women: COVID-19 and the increase of domestic violence against women*, 2020.

5 Véase L. Gasparini, G. Cruces, *Poverty and Inequality in Latin America: A Story of Two Decades*, en *Journal of International Affairs*, 2013, 66, p. 51 ff.

6 Véase The World Bank, *Poverty & Equity Data Portal*, 2019, disponible en http://povertydata.worldbank.org/Poverty/Home [Consultado el 26 de marzo de 2019].

7 Según la CEPAL una persona es "pobre" cuando el ingreso per cápita de su hogar es inferior al valor de la línea de pobreza, o el monto mínimo necesario para satisfacer sus necesidades esenciales: véase CEPAL, *Social Panorama of Latin America*, Santiago del Chile, 2007. Véase también S. Cecchini, A. Uthoff, *Poverty and Employment in Latin America: 1990-2005*, en *Cepal Review*, 2008, 94, pp. 41 ff.

8 Véase CEPAL, *Social Panorama in Latin America*, Chile, 2017, graphic II.1.

9 Cfr. C. Arriagada, *Pobreza en América Latina: Nuevos escenarios y desafíos de políticas para el hábitat urbano*, Santiago de Chile, 2000, p. 18.

10 La desigualdad en la distribución del ingreso se mide por el coeficiente de Gini: en los países con el coeficiente de Gini más bajo, el ingreso se distribuye de manera más uniforme. En cambio, aquellos con un coeficiente de Gini más alto son aquellos donde la desigualdad en la distribución del ingreso es mayor. Los datos sobre el coeficiente de Gini están disponibles en el sitio web del Banco Mundial: https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI.

especialmente vulnerables, particularmente en ciertas etapas de su ciclo de vida, como el embarazo, la lactancia, el cuidado de los niños pequeños y la vejez. Este fenómeno se denomina "feminización de la pobreza"[11]. La "perspectiva de género" también apunta a una perspectiva multidimensional porque se consideran los múltiples roles de hombres y mujeres en la casa, en el mercado laboral y en la sociedad, así como factores como la edad y la etnia que se interrelacionan con el género[12].

La desigualdad también está fuertemente relacionada con la violencia. No es casualidad que América Latina y el Caribe se encuentren dentro de las regiones más desiguales del mundo y las más inseguras fuera de las zonas de guerra. De acuerdo con el Informe Anual elaborado por el Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública de México en 2019[13], entre las 50 ciudades más peligrosas del mundo –en cuanto al número de homicidios– 42 se ubican en América Latina[14].

Sin embargo, también los datos sobre violencia de género son realmente alarmantes. En 2017, casi 3.000 mujeres fueron asesinadas en las regiones de América Latina y el Caribe por su pareja actual o anterior[15]. Brasil encabezando la lista con 1.133 mujeres asesinadas por razones de género[16]. No es casualidad que la región más desigual del mundo sea también la más violenta y sí representa un riesgo real de generar violencia estructural contra las mujeres y especialmente contra las mujeres de bajos recursos.

De acuerdo con los estudios realizados por el Banco Interamericano de Desarrollo[17], hay una relación estricta entre desigualdad y violencia. Por un lado, la desigualdad constituye un factor de riesgo para la aparición de violencia física en el hogar. Por otro lado, la desigualdad es consecuencia de la violencia, es decir, la violencia empobrece y frena el desarrollo económico, ya que: (a) la atención a las consecuencias de la violencia social y la violencia doméstica provoca gastos en el sistema policial, judicial y en la prestación de servicios sociales, servicios que, en su conjunto, comprometen recursos que podrían destinarse a actividades más productivas, y (b) en el caso específico de las mujeres que sufren violencia doméstica, son menos productivas en sus lugares de trabajo, lo que es una pérdida directa para la producción nacional.

11 La primera mención de esta expresión se encuentra en el trabajo de D. Pearce, *The Feminization of Poverty: Women, Work, and Welfare*, en *Urban and Social Change Review*, 1978, 11, pp. 28 ss. Su trabajo se centra particularmente en la descripción estadística relativa al aumento del número de hogares encabezados por mujeres en los Estados Unidos de América (que pasó del 10,1% en 1950 al 14% en 1976, lo que resultó en un aumento de 40%) y la correlación de ese hecho con el deterioro de sus condiciones de vida.

12 Véase C. Clert, *De la vulnerabilidad a la exclusión: género y conceptos de desventaja social*, en I. Arriagada, C. Torres (eds.), *Género y pobreza. Nuevas dimensiones*, 1998, 26. En cuanto a la dinámica de la pobreza, la perspectiva de género señala la importancia de entender el fenómeno como un "proceso" y no como un "síntoma", evitando así visiones estáticas, es decir, «"la pobreza como foto", que "naturaliza y congela las relaciones sociales, da cuenta escasamente de las relaciones del sistema de género y generación, no permite entender los procesos previos ni potencialidades y no permite entender la pobreza en dimensiones histórica macrosocial y micro en el hogar"»: M.C. Feijoó, *Desafíos conceptuales de la pobreza desde una perspectiva de género*, documento presentado a la Reunión de Expertos sobre Pobreza y Género, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización Internacional del Trabajo (OIT), Santiago de Chile, 12/13 de Agosto de 2003.

13 El Informe está disponible en el link http://seguridadjusticiaypaz.org.mx/files/Metodologia.pdf [Consultado el 20 de octubre de 2022].

14 15 de las 50 ciudades más peligrosas se encuentran en México (Tijuana es la primera en la lista con 138,26 homicidios por cada 100.000 habitantes; también Acapulco, Ciudad Victoria, Ciudad Juárez, Irapuato, Cancún, Culiacán, Uruapan, Ciudad Obregón, Coatzacoalcos, Celeva, Ensenada, Le siguen Tepic, Reynosa y Chihuahua están incluidas en la lista), 14 en Brasil (Natal, Fortaleza, Belem, Feira de Santana, Maceio, Vitória da Conquista, Aracaju, Salvador, Macapa, Campos dos Goytacazes, Manaus, Recife, Joao Pessoa, Terisina) y 6 en Venezuela (Caracas, Ciudad Guayana, Ciudad Bolívar, Barquisimeto, Maturín y Valencia). Dos ciudades colombianas están en la lista (Palmira y Cali), juntas con dos ciudades hondureñas (San Pedro Sula y Distrito Central), y El Salvador, Guatemala y Jamaica tienen una ciudad en la lista. Cuatro ciudades estadounidenses también están presentes: St. Louis, Baltimore, Detroit y Nueva Orleans. San Juan, la capital de Puerto Rico, también está entre las 50 ciudades más peligrosas del mundo.

15 Véanse los datos oficiales compilados por el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de la CEPAL, disponibles en https://oig.cepal.org/sites/default/files/nota_27_eng.pdf [Consultado el 20 de octubre de 2022].

16 Sin embargo, si se compara la tasa por cada 100.000 mujeres, en El Salvador el fenómeno tiene un alcance que no se ve en ningún otro lugar de la región: 10,2 feminicidios por cada 100.000 mujeres. En 2016, Honduras registró 5,8 feminicidios por cada 100.000 mujeres. En Guatemala, República Dominicana y Bolivia también se observaron altas tasas en 2017, iguales o superiores a 2 casos por cada 100.000 mujeres. En la región, solo Panamá, Perú y Venezuela tienen tasas por debajo de 1,0.

17 Véase los datos citados en M. Buviníc *et al.*, *La violencia en América Latina y el Caribe: un marco de referencia para la acción*, Washington D.C., 1999.

3. El impacto diferenciado del virus SARS-CoV-2 en las mujeres en México

México no es una excepción a este panorama. A pesar de tener un marco legislativo muy avanzado en la protección de los derechos de las mujeres[18], todavía existen roles y estereotipos de género profundamente arraigados[19] que, junto con una impunidad generalizada[20], son causa de los altos índices de violencia de género que se registran en el país.

Los datos sobre desigualdad y violencia de género contra las mujeres son particularmente alarmantes: la pobreza afecta a más del 43% de la población, y según el Índice de Gini, la desigualdad es de casi 50%[21]. México también enfrenta índices muy altos de violencia[22] y la violencia de género es un fenómeno complejo enraizado en las estructuras sociales[23].

Según los datos arrojados por la Encuesta Nacional sobre las Dinámicas de las Relaciones de los Hogares 2021[24], el 70,1% de las mujeres de quince años y más en México, han enfrentado violencia de cualquier tipo y por cualquier agresor, a lo largo de su vida. El 39,9% ha sufrido agresiones por parte de la pareja actual o última a lo largo de su relación. Entre 2014 y 2016, las entidades con las tasas más altas de feminicidios han sido Baja California, Colima, Chihuahua, Guerrero, Estado de México, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Sinaloa, Tamaulipas y Zacatecas[25]. Según los datos publicados por el Secretariado

18 En 2007 se promulgó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la cual constituye un pilar en el marco normativo para abordar la violencia contra las mujeres en el país. Así mismo, ha establecido la Comisión Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres (CONAVIM). Además, México ha suscrito y ratificado dos tratados internacionales para proteger los derechos de las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). También ha firmado y participado en la Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción y es miembro de la Comisión Interamericana de Mujeres. En el 2001, durante la presidencia de Vicente Fox Quesada se creó el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), una institución federal cuyo objetivo consiste en elaborar acciones y programas dirigidas a erradicar la violencia y la discriminación en contra de las mujeres. Entre los principales programas se destaca la Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres (AVGM), un mecanismo de protección de los derechos humanos de las mujeres único en el mundo que consiste en un conjunto de acciones de emergencia realizadas por el gobierno para hacer frente a la violencia feminicida o delitos similares que ponen en peligro el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres en un determinado territorio del país (estado o municipio): véase A.L. Damián Bernal, J.A. Flores, *Feminicidios y políticas públicas: declaratorias de alertas de violencia de género en México, 2015-2017*, en *Perspectiva geográfica*, 2018, 23, 2, pp. 33-57. Hasta la fecha (octubre de 2022) la AVGM ha sido declarada 25 veces en 22 entidades del país que incluyen 643 municipios: véase la información disponible en la página web: https://www.gob.mx/inmujeres/acciones-y-programas/alerta-de-violencia-de-genero-contra-las-mujeres-80739 [Consultado el 20 de octubre de 2022].

19 Véase J.L.E. Rodríguez, A.M. Ramírez, B.G. Vidaña, *Perspectiva de género en México: Análisis de los obstáculos y limitaciones*, en *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 2016, 13, pp. 12-36.

20 M. Carbonell, *Cuando la impunidad es la regla: Justicia penal y derechos fundamentales en México*, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2006, 39, 116, pp. 351-369.

21 De acuerdo con el Informe del Fondo Monetario Internacional sobre México de 2018, las tasas de pobreza se mantienen altas debido al escaso crecimiento per cápita de México en las últimas décadas. Además, las políticas sociales en el país no han sido tan bien focalizadas como podrían haber sido: de hecho, algunos programas sociales han beneficiado de manera desproporcionada a las personas que se encuentran en la parte superior en lugar de en la parte inferior de la distribución del ingreso. El Informe está disponible en https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2018/eng/assets/pdf/imf-annual-report-2018-es.pdf [Consultado el 20 de octubre de 2022]. Véase también D.M. Navarro, J.N. Robles, L.O. Hernández, *La mujer en México: inequidad, pobreza y violencia*, en *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 2014, 59, 220, pp.117-146.

22 Véase G.I. Ortiz, *Violencia institucional en México. Elementos para su análisis*, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, 2022, 5, 17, pp.119-132.

23 Véase M.P.C. Salgado, P.R. Blancas, T.P. Vázquez, *Feminicidio y violencia de género en México: omisiones del Estado y exigencia civil de justicia*, en *Iztapalapa. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2013, 74, pp.11-39.

24 La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de los Hogares (ENDIREH) 2021 que realiza el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) es la es la principal fuente de información sobre la situación de la violencia que viven las mujeres en nuestro país y constituye una referencia internacional por los estándares éticos y metodológicos que se aplican en su levantamiento.

25 Véanse los siguientes documentos elaborados por el INEGI: *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2016* (los principales resultados son disponibles en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf [Consultado el 20 de octubre de 2022]; *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2018* (los principales resultados son disponibles en https://www.inegi.org.mx/conteni-

Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, de enero a septiembre del año 2022, se registraron 695 presuntos delitos de feminicidio, figurando en los primeros lugares Estado de México, Nuevo León y Veracruz[26].

En este marco general, de profunda discriminación y violencia en contra de las mujeres por razones de género, la pandemia generada por la Covid-19 ha afectado a mujeres y hombres de manera diferente amplificando la discriminación y violencia de género ya existente en el país. En México, el primer caso de Covid-19 fue confirmado el 28 de febrero de 2020 y el 24 de marzo se implementó la "Jornada de la Sana Distancia", política federal que preveía la suspensión de todas las actividades consideradas "no esenciales" y el resguardo en casa[27].

Las mujeres sufrieron – y siguen sufriendo – más que los hombres los efectos de la pandemia y de las medidas que los gobiernos en distintos países del mundo adoptaron para controlar la difusión del virus[28]. Esto ha pasado también en México, donde frente a la indiferencia del gobierno federal hacia el incremento de la violencia de género durante la pandemia[29], ha sido la sociedad civil organizada y los movimientos feministas quienes intervinieron para resolver las necesidades y los problemas relacionados con la violencia en contra de las mujeres.

Medir el impacto diferenciado producto de las medidas adoptadas por el Gobierno federal para controlar la difusión del virus SARS-CoV2 no es una tarea sencilla, en particular en consideración del hecho que la información pública disponible es insuficiente en lo que se refiere a la calidad y formato de esta, característica esta que no permite realizar análisis completos de la discriminación y violencia que han sufrido – y siguen sufriendo – las mujeres. Al mismo tiempo, se trata de información temporalmente poco oportuna[30] y poco adecuada por falta de interseccionalidad (al no contar con información desagregada para mujeres indígenas, afromexicanas, con discapacidad y LGBTIQ+)[31], lo que impide tener un panorama claro y completo de cómo la pandemia puede haber afectado a las mujeres de manera diferenciada. Sin embargo, es posible identificar sectores específicos en los que las medidas que el gobierno mexicano adoptó para controlar la difusión del virus han generado impactos diferenciados, así

dos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf [Consultado el 20 de octubre de 2022]; y *Censo de Alojamientos de Asistencia Social 2015* (disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/caas/2015/doc/caas_resultados.pdf [Consultado el 20 de octubre de 2022].

26 Datos oficiales del Secretariado Ejecutivo de Seguridad Pública publicado en file:///Users/lic.paloma/Downloads/Info-delict-violencia%20contra%20las%20mujeres-Sep22.pdf [Consultado el 28 de octubre de 2022]

27 Véase el "Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que deberían implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)", publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de marzo de 2020.

28 Sobre este punto véase V.R. Scotti (coord.), *COVID-19: States' responses to the risk of increased domestic violence against women. Report for the call for submission of the UN Special Rapporteur on violence against women: COVID-19 and the increase of domestic violence against women*, cit.

29 Véase S.C. Arguedas, *El presidente Andrés Manuel López Obrador y Conapred, Conavim e Inmujeres, en el marco de la Covid-19 y la violencia contra las mujeres en México*, en *El Cotidiano*, 2021, 36, 225, pp.102-111.

30 En este sentido, en muchos casos, la difusión y disponibilidad de la información pública sobre algunas modalidades de violencia que han sufrido las mujeres durante la pandemia no ha sido inmediata, sino que hubo un desfase importante entre el momento en que se denunciaron ciertos hechos o se abrieron las correspondientes carpetas de investigación y cuando esa información ya era públicamente disponible (ya que para que esta información pudiera estar disponible podía pasar mucho tiempo, incluso hasta un año y medio). Este desfase temporal inevitablemente afecta a la posibilidad de emprender acciones informadas y oportunas de política pública: véase el Informe elaborado por Data Cívica, EQUIS Justicia para las Mujeres e Intersecta, *Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19*, 2020, pp. 47 ss.

31 *Ivi*, pp. 48-49.

como la pérdida de empleos y trabajos remunerados[32], la fuerte disminución de los ingresos percibidos por las mujeres[33] y al mismo tiempo el fuerte aumento del trabajo no remunerado en la vivienda.

En particular, la referencia es a labores de cuidado, limpieza y mantenimiento de la vivienda, al que se sumaron también las actividades de apoyo a la educación en línea por el cierre de las escuelas del sistema educativo del país[34], todas actividades que – todavía – recaen en su mayoría en las mujeres por las estructuras sociales basadas en la tradicional división sexual del trabajo que atribuye cargas y responsabilidades a mujeres y hombres en función de su sexo-género[35].

Debido a la aplicación de las medidas de confinamiento, las mujeres tuvieron que enfrentarse a un aumento de las labores que realizan dentro de las viviendas (mientras, obviamente, hubo una disminución de las actividades que requerían traslados fuera del hogar). Se trata de trabajo no remunerado que sin embargo tiene un importante valor económico[36], invisibilizado social y económicamente, que se puede medir a través de las horas promedio semanales trabajadas[37].

32 Durante la pandemia, la participación de las mujeres de 15 años y más en el mercado laboral se vio afectada por la suspensión de actividades no esenciales. Si bien, desde antes de la pandemia ya había una marcada diferencia en la participación de mujeres y hombres en el mercado laboral (véase A.S. Vargas, A.L.H. Merino, I.P. Hernández, *La participación laboral femenina y el uso del tiempo en el cuidado del hogar en México*, en *Contaduría y administración*, 2015, 60, 3, pp. 651-662), como consecuencia inmediata de esta contingencia sanitaria, se presentó un aumento de 2.7 millones de mujeres en la Población No Económicamente Activa (PNEA), es decir, que no realizaron actividades económicas y que no buscaron trabajo, de las cuales, 2.4 millones estaban ocupadas o desocupadas (en busca de empleo): véase en este sentido la información proporcionada por el INEGI y disponible en https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/mujeres/#Ocupacion_y_empleo [Consultado el 20 de octubre de 2022].

33 Según los datos reportados por el INEGI, la pandemia afectó directamente el ingreso laboral de las mujeres. Antes de la pandemia, de 2018 a 2020, el ingreso corriente, que monetiza todos los ingresos que recibe un hogar, como son las remuneraciones por trabajo, transferencias del gobierno y de otras familias, remuneraciones en especie, entre otros, había aumentado para las mujeres mayores de 60 años y para aquellas con estudios secundarios completos. Para todos los demás grupos de edad y de nivel de escolaridad, el ingreso había disminuido. En abril de 2020, 5 de cada 10 mujeres ocupadas disminuyeron su ingreso laboral y para julio del mismo año, 4 de cada 10 mujeres continuaban con una disminución en su ingreso. En 2020, las mujeres tenían en promedio un ingreso menor al de los hombres en 2,500 pesos mensuales (alrededor de 125 dólares americanos). Las mujeres que tuvieron la mayor afectación en el ingreso mensual derivado de la contingencia sanitaria fueron las de entre 20 y 29 años. Además, durante el 2020 y en comparación con el 2018, el ingreso mensual de las mujeres disminuyó para quienes contaban con nivel de preparatoria en adelante: véase en este sentido la información proporcionada por el INEGI y disponible en https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/mujeres/#Ingreso_y_gasto [Consultado el 20 de octubre de 2022]. Véase también F.E.A. Moguel, E.D.C.A. Pinto, *Una mirada a los trabajos de las mujeres en el contexto de la pandemia por COVID-19 en México*, en *GénEroos. Revista de investigación y divulgación sobre los estudios de género*, 2022, 29, 31, pp. 317-330.

34 De las más de 30 millones de personas inscritas en el ciclo escolar 2020/2021, casi el 70% contó con algún tipo de apoyo; en el 86% de estos casos, el apoyo fue proporcionado por la mamá o alguna otra familiar mujer. Véase L.L. Márquez, D. Castellanos-Simons, E.H. Padilla, A.B. Ramírez, *Estrategias de apoyo al aprendizaje escolar durante la pandemia por COVID-19 en familias monoparentales de jefatura femenina en dos contextos socioeducativos*, en *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 2022, 3.

35 Véase M.S. García, *Mujeres, trabajo de cuidados y sobreexplotación desigualdades de género en México durante la pandemia por COVID-19*, en *Espacio I+ D, Innovación más desarrollo*, 2020, 9, 25.

36 Según los datos reportados por el INEGI (y disponibles en https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/mujeres/#Trabajo_no_remunerado_y_educacion [Consultado el 20 de octubre de 2022], en 2020 el valor económico del trabajo no remunerado en los hogares fue de 6.4 billones de pesos, equivalente al 27.6 % del PIB del país, mientras que en 2019 fue de 5.5 millones, equivalente al 22.8% del PIB del país. En 2020, las mujeres aportaron 2.7 veces más valor económico que los hombres por su trabajo no remunerado en los hogares: es decir, por cada peso que los hombres aportaron en 2020, las mujeres aportaron 3. Entre 2019 y 2020 las actividades que presentaron mayor aumento fueron las de cuidados y apoyo, proporcionar alimentos, limpieza y mantenimiento de la vivienda. En 2020 el valor económico del trabajo no remunerado de las mujeres casadas o unidas fue de más del doble que el de las mujeres solteras y el triple que el de los hombres casados o unidos: véase también G.C. Pérez, *Los retos del trabajo en casa para mujeres que laboran en una institución de educación superior: lo remunerado y no remunerado en tiempos de pandemia*, en *GénEroos. Revista de investigación y divulgación sobre los estudios de género*, 2022, 29, 31, pp. 295-315.

37 En 2020, las mujeres trabajaron en promedio a la semana 13.9 horas (mientras que eran 13.7 en 2019) en actividades de trabajo no remunerado en los hogares, mientras que los hombres trabajaron 4.3 horas (en comparación con las 4.2 horas de 2019): véase https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/mujeres/#Trabajo_no_remunerado_y_educacion [Consultado el 20 de octubre de 2022].

El Covid-19 tuvo un impacto diferenciado también en el derecho a la salud, tanto física cuanto mental de las mujeres[38], así como en lo que se refiere a los derechos sexuales y reproductivos[39].

Sin embargo, uno de los impactos diferenciados más visible que la pandemia tuvo en las mujeres en Mexico fue el aumento de la violencia en su contra. En primer lugar, se ha registrado un alta de la violencia doméstica/familiar (como lo demuestra el incremento de las llamadas de auxilio así como del numero de carpetas de investigación y de feminicidios[40]).

Desde la implementación de la llamada "Jornada Nacional de Sana Distancia" y el confinamiento en México, el 24 de marzo de 2020, diversos informes han señalado que la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico se ha incrementado con mayor o menor intensidad, según los estados de la República. Las autoridades federales estiman que la violencia en contra de las mujeres en el país puede haber aumentado de 30 a 100% debido al incremento en el número de llamadas de emergencia recibidas en tres semanas. Asimismo, la Red Nacional de Refugios ha informado que desde que comenzó el aislamiento, las admisiones de mujeres a los albergues han aumentado un 5% y la orientación vía telefónica, redes sociales o correo electrónico ha aumentado un 60%[41].

Además, hay otras formas de violencia, estrictamente relacionadas con el contexto mexicano, tratandose de condiciones que elevan el riesgo de que las mujeres sean víctimas de violencia en el país.

En primer lugar, el uso excesivo del derecho penal para hacer frente a la pandemia[42], implicó un aumento en las detenciones y encarcelamientos. En las primeras semanas de la pandemia, se publicaron distintas iniciativas de reformas penales que preveían la sanción privativa de la libertad personal para, entre otras, quienes discriminaran o agredieran al personal de salud y funcionarios públicos[43], las perso-

38 Entre enero y junio de 2021, la Covid-19 fue la principal causa de muerte de las mujeres, presentando 38,496 más fallecimientos que en el mismo periodo de 2020 (seguido por las enfermedades del corazón y por aquellas generadas por la diabetes mellitus): cfr. los datos reportados en https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/mujeres/#Salud [Consultado el 20 de octubre de 2022].

39 El 10 de abril de 2020 se emitieron a nivel federal los "Lineamientos para la prevención y mitigación del COVID-19 en la atención del embarazo, parto, puerperio y recién nacido", con el fin de clasificar la atención médica durante el embarazo, parto y puerperio, así como el aborto y la atención del recién nacido como servicios esenciales (que por lo tanto no podían ser suspendidos durante la pandemia). Este documento por un lado contenía una sección de recomendaciones generales (con la indicación de una serie de medidas de prevención que era necesario fortalecer como el lavado frecuente de manos con agua y jabón, el uso de gel antibacterial y del equipo de protección para el personal de salud) y otra de recomendaciones específicas que establecía un plan estatal para garantizar la atención en salud reproductiva, identificando unidades de primer nivel de atención con espacios para atención prenatal y obstétrica, la planificación de instalaciones alternativas dedicadas a la atención materna: véase V.R. Scotti (coord.), *COVID-19: States' responses to the risk of increased domestic violence against women. Report for the call for submission of the UN Special Rapporteur on violence against women: COVID-19 and the increase of domestic violence against women*, cit., p. 38.

40 Según los datos elaborados por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), en abril de 2020 hubo 337 asesinatos de mujeres, que corresponde a la cifra mensual más alta registrada hasta ese momento: este número califica abril 2020 como el mes de abril con más asesinatos de mujeres desde el 2015: véase el Informe elaborado por Data Cívica, EQUIS Justicia para las Mujeres e Intersecta, *Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19*, cit., pp. 9 ss. Respecto al tipo de delitos de los que fueron víctimas las mujeres, se identifica una disminución en el robo o asalto en la calle o transporte público, así como de los delitos sexuales fuera de los hogares. En contraste, aumentaron los fraudes y las situaciones de violencia en el entorno familiar. En 2020, se registraron a nivel nacional 1,856,805 delitos en las averiguaciones previas iniciadas, investigaciones y carpetas de investigación abiertas. El delito de violencia familiar registró la segunda mayor frecuencia y es el único que muestra un aumento importante de 5.3% entre 2019 y 2020: véase E.A. Garrido, *Estado de excepción y pandemia de violencia en México*, en *Korpus 21*, 2022, pp. 455-468.

41 Véanse el Informe elaborado por Data Cívica, EQUIS Justicia para las Mujeres e Intersecta, *Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19*, cit. y J.V. Martínez, *Violencia de género en mujeres confinadas durante la pandemia por SARS-CoV-2*, en *Horizonte Sanitario*, 2022, 21, 2, pp. 222-228.

42 Véase en este sentido el *Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 2020, mediante el cual la Fuerza Armada resulta facultada para llevar a cabo tareas de seguridad publica junto con la Guardia Nacional: véanse también E.A. Garrido, *Estado de excepción y pandemia de violencia en México*, en *Korpus 21*, cit. y S.A.F. de Lara García, *Crisis en una crisis: el caso de México*, en *Anuario Latinoamericano. Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 2022, 12, 1, pp.103-119.

43 Véanse las iniciativas "Que reforma y adiciona los artículos 149, 180 y 189 del Código Penal Federal, con el propósito de proteger a los profesionales de la salud de actos de discriminación y ataques de odio, en razón de su profesión, cuando se declare una emergencia sanitaria" y "Que adiciona el artículo 189 del Código Penal Federal, en materia de delitos cometidos contra funcionarios públicos que salvaguardan la salud", propuestas el 28 de abril de 2020, disponibles en http://

nas con enfermedades graves o venéreas que pusieran en riesgo la salud de otra persona[44], las personas que robaran medicamentos, que elevaran o alteraran los precios de venta de artículos de consumo necesarios o medicamentos[45], que acapararan, ocultaran o se negaran a vender productos necesarios durante la emergencia sanitaria u otros desastres naturales[46], entre otras.

Otro elemento contextual que funge de marco del incremento de la violencia de género en contra de las mujeres en México durante la pandemia está relacionado con la fuerte militarización de la seguridad pública en el país. México, ya desde el 2006[47], ha adoptado, como una de sus prioridades, un modelo militarizado de seguridad pública, implementado con mayor intensidad en los ultimos años[48], que implica el uso de la fuerza para solucionar problemas sociales. La priorización de la militarización de la seguridad publica distrae recursos de otros programas como aquellos que atendían la violencia en contra de las mujeres por razones de género. En este sentido, las politicas federales de gestión de la contingencia sanitaria y la priorización de diferentes programas, acompañados de la negativa de las autoridades estatales a generar un diálogo con las organizaciones de las sociedad civil y en un contexto generalizado de "austeridad republicana"[49] derivaron en afectaciones importante de los recursos y programas públicos con enfoque de género[50]: ya desde inicio de 2019 se había anunciado la suspensión de los recursos públicos destinados a los refugios bajo la idea de entregar los recursos directamente a las mujeres vítimas de violencia de género contrariamente a cuanto previsto en los más altos estandares internacionales y nacionales en la materia, decisión luego revertida gracias a una importante movilización social. Sin embargo, en 2019, y a pesar de que esta decisión fue revertida, las demoras en la entrega de los recursos implicaron de facto que varios refugios no pudieron operar correctamente y muchos incluso cerraron y, al mismo tiempo, fuertes recortes presupuestales involucraron también a las Casas de la Mujer Indígena y a los Centros de Justicia para las Mujeres[51].

gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2020/abr/20200428-I-1.html#Iniciativa14 y http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2020/abr/20200428-I-1.html#Iniciativa5 respectivamente.

44 Véase la iniciativa "Que reforma el artículo 199 Bis del Código Penal Federal, para aumentar el castigo a toda persona que con conocimiento de causa de ser portador de un virus ponga en peligro su entorno", propuesta el 28 de abril de 2020, disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2020/abr/20200428-I-1.html#Iniciativa13 [Consultado el 20 de octubre de 2022].

45 Véase la iniciativa "Que adiciona el artículo 368 Sexties al Código Penal Federal, para tipificar el delito de robo de medicamentos", propuesta el 26 de marzo de 2020, disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/mar/20200326-III.pdf#page=123 [Consultado el 20 de octubre de 2022].

46 Por ejemplo, revisar la iniciativa "Que adiciona el artículo 254 Quáter al Código Penal Federal, en materia de delitos en contra del consumo y la riqueza nacionales durante contingencias que afecten de forma grave el orden público de forma temporal", propuesta el 19 de marzo de 2020, disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2020/mar/20200319-II.html#Iniciativa2 [Consultado el 20 de octubre de 2022].

47 Se trata de un modelo que se ha ido implementando ya desde el 2006 cuando el gobierno del entonces presidente Felipe Calderón Hinojosa, en el medio de una fuerte crisis de legitimidad por su apretado triunfo electoral y en un contexto de altos niveles de violencia en el país, declaró la cd. "guerra al narcotráfico", lo que implicó endurecer el sistema de justicia penal mediante distintas reformas legales y enfrentar directamente a los grupos delincuenciales, mediante la militarización de la seguridad ciudadana: sobre este punto sea permitido reenviar a I. Spigno, C. Zamora Valadez, *Evolución de la desaparición forzada de personas en México. Análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en J.M. Ibáñez Rivas *et al*. (coords.), *Desaparición Forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, impacto y desafíos*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2020, pp. 521-555 y, en particular, pp. 529 ss.

48 En este sentido, el actual gobierno de Andrés Manuel López Obrador ha ido fortaleciendo este modelo, destacando como una política prioritaria de su gobierno (que por lo tanto no se ha visto afectado por los recortes presupuestales) la creación, en 2019, mediante reforma constitucional de la Guardia Nacional, un nuevo cuerpo de seguridad de evidente corte castrense a pesar de ser definido como de mando civil: sobre este punto véase D.E.U. Bustamante, *El inconstitucional proceso de militarización de la seguridad pública en México: La Guardia Nacional*, en *In Jure Anáhuac Mayab*, 2022, 3, pp. 43-62.

49 Véase el Decreto por el que se establecen las medidas de austeridad que deberá observar las dependencias y entidades de la Administración Pública, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de abril de 2020.

50 Sobre este debate y en particular sobre la afectación a los programas de derechos humanos, véase E. Palma, *El gobierno de López Obrador y la disputa por la configuración del campo político*, en *Revista Foro Cubano (RFC)*, 2022, 3, 4, pp. 80-89.

51 Los centros de justicia para las mujeres son espacios que garantizan servicios interinstitucionales y especializados de atención con perspectiva de género para mujeres víctimas de violencia y sus hijas e hijos. Sobre el papel de estos centros durante la pandemia véase I. Arteta, *Centros de Justicia para las Mujeres ajustan servicios en contingencia por COVID-19*, en *Animal Político*, 29 de abril de 2020, disponible en https://www.animalpolitico.com/2020/04/centros-jusitica-mujeres-servicios-contingencia-coronavirus-covid-19/ [Consultado el 20 de octubre de 2022]. En general, sobre los fuertes recortes presupuestarios

Finalmente, hubo un contexto grave de falta de acceso a la justicia. Se ha puesto en evidencia como las autoridades judiciales mexicanas carecen de perspectiva de género, dando muy poca importancia a las necesidades de las mujeres víctimas de violencia durante la suspensión de labores. La tendencia general es hacia una muy poca importancia dada a las órdenes de protección[52], herramientas jurídicas de carácter urgente[53], que permiten una intervención inmediata para proteger a las mujeres víctimas de violencia, así como a las medidas precautorias tanto en materia familiar[54] así como penal[55] (que a diferencia de las órdenes de protección se dictan antes o durante un procedimiento judicial sea en materia familiar o penal). Además, hubo una deficiencia generalizada en la circulación de información relevante que pudiera permitir a las personas comprender cuáles eran los recuros jurídicos y las herramientas a las que pueden acceder y como, lo que inevitablemente se tradujo en una falta de acceso a la justicia para las mujeres.

4. ¿Nueva normalidad vs. viejo patriarcado? Reflexiones finales

La experiencia mexicana nos demuestra que, a pesar de algunas buenas iniciativas, en términos de medidas, estrategias y políticas públicas implementadas por autoridades federales y estatales en el país[56], estas no fueron suficientes ni oportunas en un contexto de profunda violencia en contra de las mujeres, al no incluir la perspectiva de género como eje transversal con carácter prioritario. La misma realidad se refleja también en la "nueva normalidad" que estamos viviendo a dos años de inicio de la pandemia generada por el virus SARS-CoV2.

que estas instituciones sufrieron durante la pandemia véase M.P.C. Salgado, M.R. Ruiz Trejo, *Antropólogas feministas frente a la pandemia en México*, en *Revista Uruguaya de Antropología y Etnografía*, 2022, 7, 1, pp. 31-45.

52 Según los datos reportados en el Informe elaborado por Data Cívica, EQUIS Justicia para las Mujeres e Intersecta, *Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19*, cit., solo 17 de los 32 poderes judiciales estatales establecieron guardias para la emisión de órdenes de protección en materia familiar, 2 no establecieron de manera explícita las guardias y 13 no las mencionaron como parte de su plan de contingencia sanitaria. En lo que se refiere a las guardias para la emisión de órdenes de protección en materia penal, 7 de los 32 poderes judiciales las mencionaron explícitamente, 7 las mencionaron, aunque de manera no explicita mientras que 18 no las mencionaron: *ivi*, pp. 19 ss.

53 Las órdenes de protección están previstas en el artículo 27 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007. Entre las medidas que se pueden adoptar mediante una orden de protección puede haber: la previsión de una distancia física entre la víctima y su agresor; la previsión de medidas de vigilancia para prevenir mayores daños a las víctimas; proporcionar espacios seguros para las víctimas como por ejemplo los refugios; el empoderamiento de las víctimas de violencia y la previsión de medidas de apoyo para ayudarlas a recuperar la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o represalias, entre otras

54 Según los datos reportados en el Informe elaborado por Data Cívica, EQUIS Justicia para las Mujeres e Intersecta, *Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19*, cit., pp. 20 ss., solo 7 de los 32 poderes judiciales estatales consideraron de manera explícita el establecimiento de guardias para la emisión de medidas precautorias en materia familiar, 3 de los 32 poderes las mencionas solo de manera implícita, y 22 las omitieron como parte de las medidas adoptadas durante la contingencia sanitaria

55 Sólo 5 de los 32 poderes judiciales de la República consideraron la necesidad de tener personal para la ratificación de las medidas de protección emitidas por ministerios públicos, 8 no establecieron medidas al respecto de manera explícita y la gran mayoría (19), omitieron el establecimiento de guardias presenciales: véase el Informe elaborado por Data Cívica, EQUIS Justicia para las Mujeres e Intersecta, *Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19*, cit., pp. 21 ss.

56 Entre las "buenas iniciativas" que se han adoptado en México, se puede destacar la apertura, en el sitio web de INMUJERES, el 7 de abril de 2020 de un blog con el título "¿Sufres violencia? ¿Temes que tu situación se agrave? No estás sola." El blog proporciona los números de teléfono a los que se puede llamar en caso de una situación violenta. En el mismo sitio web, existe un directorio digital creado por CONAVIM, de los Centros de Justicia de la Mujer de todo el país. El mismo día de la publicación del blog, el Gobierno federal también presentó el programa denominado "No estás sola. Estamos contigo", que consta de diversas acciones para canalizar denuncias, a través de un número de teléfono, chats de confianza, asistencia a través de videoconferencia, canalización a centros asistenciales y ayuda de profesionales como psicólogos y abogados. Por otro lado, comenzó a utilizar en las redes sociales un hashtag #ContigenciaSinViolencia que el gobierno del Estado de México comenzó a utilizar en una campaña contra la violencia intrafamiliar (sobre esto véase B. Fernández Nieto, *Violencia Doméstica en México durante el confinamiento por la pandemia COVID-19*, 2020, disponible en https://datapopalliance.org/violencia-domestica-en-mexico-durante-el-confinamiento-por-la-pandemia-covid-19/ [Consultado el 20 de octubre de 2022].

Si el virus, después de tantas mutaciones y variantes y de la llegada de las vacunas ya parece bajo control, la otra pandemia, la de la discriminación y la violencia en contra de las mujeres por razones de género, sigue estando totalmente fuera de control. La "nueva normalidad" no ha dejado de ser un viejo patriarcado. Es una "nueva normalidad" que se ha construido en los cimientos del tradicional estereotipo patriarcal, que no considera la perspectiva de género como algo necesario.

Si es cierto que el virus SARS-CoV2 tuvo un comportamiento muy raro y totalmente impredecible que puso en grave dificultad el sector médico de todos los países del mundo, tanto que incluso los más expertos virólogos reconocieron que se estaban enfrentando con un virus del que no sabían reconocer el comportamiento y, por lo tanto, estaban imposibilitados en adelantar posibles estrategias para contenerlo, una de las cosas que resultó inmediatamente evidente era que el virus podía tener efectos muy distintos dependiendo de la persona contagiada, afectando de manera más evidente las partes más vulnerables de cada cuerpo humano.

Análogamente, el virus tuvo el mismo efecto a nivel social, amplificando las problemáticas, sociales o económicas, ya existentes, de cada país. Ningún país estaba preparando para una pandemia mundial y menos los países que a lo largo de los años habían tomado la decisión de política publica de invertir menos recursos en sectores como la salud y la educación. Además, aunque es cierto que el virus contagiaba a todas las personas sin discriminación alguna, las desigualdades sociales marcaron diferencias importantes incluso en las posibilidades de sobrevivencia de las personas en lo que se refiere a la accesibilidad a las curas.

En el mismo sentido, la pandemia amplificó las brechas y desigualdades de género en distintos sectores (como el trabajo, la educación, la salud), especialmente en aquellos contextos ya marcados por una profunda desigualdad como América Latina. Uno de los principales efectos de la pandemia ha sido modificar de manera importante las dinámicas sociales, laborales y familiares. Nuestros hogares, nuestros espacios privados se trasformaron, convirtiéndose en "espacios recreativos", "escuelas" y "lugares de trabajo". Ya no se trataba solamente de un hogar. Se trataba de un lugar de confinamiento, donde nuestra privacidad estaba permanente violada.

Las medidas que adoptaron los Estados para evitar la propagación del virus fue la del confinamiento para todas y todos bajo el paradigma de la neutralidad de género. Numerosas actividades economicas que tradicionalmente se realizaban en otros espacios externos fueron redireccionadas al ámbito doméstico. Cerraron las aulas escolares. Cerraron los espacios de trabajo, las oficinas, los talleres, los comercios. Sin embargo, este redireccionamiento se hizo sin tomar en cuenta la realidad, una realidad – en muchos contextos – que es muy lejana de ser gender neutral. Las mujeres que desempeñaban sus actividades profesionales afuera de la casa tuvieron que irse adecuando para que estas pudieran conciliarse con el trabajo familiar doméstico, normalmente invisibilizado por ser una actividad de intercambio económico, sin que hubiese recursos, o algún tipo de política pública para ello.

Y un sector donde estas brechas fueron más evidentes ha sido seguramente el de la violencia de género. Mientras se concibe el hogar como el lugar donde nos sentimos seguras – y probablemente en aquel momento como el único lugar donde nos podíamos sentir seguras y seguros – al mismo tiempo es cierto que no para todas las personas el hogar es un lugar seguro. Y esto es aun más cierto para muchas mujeres, siendo el hogar uno de los lugares más peligroso para muchas mujeres que sufren violencia de genero. Y los Estados, una vez más, bajo la justificación de la emergencia sanitaria, no tomaron en consideración otra emergencia: el Holocausto silencioso que sufren las mujeres.

*María Leoba Castañeda Rivas**

Violencia en el seno de las familias mexicanas, ante Covid-19

Sommario

1. Introducción. – 2. Concepto de familia. – 3. Fuentes originadoras de la familia. – 4. Los fines de la familia. – 5. La convivencia familiar antes de la pandemia. – 6. La Convivencia en familia durante la pandemia Covid-19. – 7. Concepto de la violencia familiar. – 8. La organización mundial para la salud y el Covid-19. – 9. Violencia en el seno de las familias mexicanas, ante el Covid-19. – 10. Conclusiones.

Abstract

El Autor analiza los temas relacionados con la Violencia Familiar durante el Covid-19 en México.

The Author analyses the issues related to Family violence during Covid-19 in Mexico.

1. Introducción

Ya nos decía el jurista italiano Antonio Cicu, entre 1913 y 1916, período en que sus conocimientos en Derecho público se aplicaron a la materia familiar, que esta célula básica es más importante que el propio Estado, ya que, si la familia es fuerte, solidifica al Estado. Según él, la familia es, lo afirmó en 1913, en la Universidad de Macerata, en Milán, Italia, más importante que el propio Estado y concibió a esta célula como un hecho jurídico social que no se agota en la relación sexual ni en el hecho de la procreación[1]. Dentro de esos conocimientos también aprendimos que, el Estado debe proteger a dicha institución, a cada uno de sus miembros; y sobre todo, dotarle de las reglas adecuadas para hacer viable la relación entre padres e hijos; entre cónyuges, convivientes o concubinos; entre nietos y abuelos, es decir entre menores y personas de la tercera edad, y en general, lograr que ese núcleo tenga tal solidez, para convertirse en la simiente del Estado.

Nuestros lectores podrán coincidir en que el Estado y la familia, tienen similitud, porque en ambas instituciones, hay un soberano, un jefe, o jefa, una abuela, una tutora o tutor, es decir un encargado de llevar las riendas del núcleo primario; y por supuesto en el Estado encontramos gobernantes, gobernados; autoridades y ciudadanos, comunidades, grupos sociales, instituciones, y por tanto, en los dos supuestos existe una actitud tendiente a dirigir y delinear los fines, para que estos cristalicen.

En este orden de cosas una primera interrogante en este estudio, sería cuestionarnos si efectivamente la familia y el Estado, como los concebimos en el siglo XXI, con la gran protección de los derechos humanos, la transparencia, las luchas por la equidad de género, la rendición de cuentas, entre otros

* Doctora en Derecho, catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 A. Cicu, *El derecho de familia*, Trad. Santiago Sentís Melendo. Ed. Adiar, sociedad anónima. Buenos Aires, República Argentina, 1947, pp. 10 y 11.

grandes avances que como civilización hemos alcanzado, real y eficazmente cumplen sus fines. Nuestra premisa fundamental en este sentido sería determinar que ambas instituciones tienen sus propios fines, en ocasiones similares; sin embargo, la realidad, nos desconcierta, ya que, en el siglo XXI, tanto la familia cuanto el Estado han cambiado. La primera, ya no es la institución protectora que tradicionalmente concebíamos, tal vez ya no sea el "seguro" protector de los menores, las mujeres, los ancianos, a los hombres y mujeres que se desenvuelven en la colectividad y en el seno de sus hogares, dándoles garantías y respaldo ante las adversidades comunitarias; hoy no es necesario salir de casa, para sufrir maltrato o violencia, circunstancia que se evidencia en la última etapa que ha vivido la humanidad, al enfrentar feminicidios, violencia política, familiar, competencia entre ambos sexos; y una extrema ausencia de cultura frente a cuestiones como la pandemia que nos aqueja. Generalmente esa falta de cultura de convivencia armónica, donde los seres humanos, no manifestamos solidaridad ni prudencia, al tener que compartir el hogar 24 horas del día, durante los 7 de la semana.

¿Desempeña el Estado verdaderamente el papel que le corresponde, con eficiencia, eficacia y oportunidad, para proteger a las víctimas de sus propios parientes, o de quienes tienen con ellas una relación de derecho o, de hecho, que les obliga a permanecer bajo el mismo techo? ¿Es un gran desafío para las instituciones y las comunidades?

En este estudio, trataremos clarificar los aspectos ligados a esta problemática, la que inicia en el 2020, la de la pandemia, la de las atrocidades sufridas por mujeres, niñas y jovencitas adolescentes, quienes son victimizadas por los y las "fuertes" y "poderosos", en ocasiones por aquellos que les han engendrado o con quienes tienen alguna relación de parentesco o de cercanía familiar ¿Habrá quedado atrás ese propósito protector en que Cicu envolvía a la materia familiar?

La realidad, hoy, presenta cuestiones que el más prolífico escritor no habría imaginado en la más inspirada de sus noches de creatividad, la extrema y cruel violencia de que una niña pueda ser víctima, el feminicidio o la violación con saña, verbigracia.

Trataremos de dar algunos puntos de vista y alternativas de solución que se puedan aportar, a fin de encontrar un equilibrio y llegar a una nueva vida familiar, con el Estado como fiel aliado.

Para ello, se analiza por un lado lo que es la familia, tradicionalmente concebida; se aborda la problemática originada por la pandemia del coronavirus, se da una noción general sobre lo que significa violencia, para concluir con algunos casos emblemáticos, penosos, sobre la manera tan abrupta como se revela la violencia familiar; arribando a la conclusión de que la familia ya no es la misma. En ellas hoy se visibiliza maltrato, violencia, asesinato, lesiones y golpes, ya que el agresor está en casa, cuestión agravada porque la pandemia también nos ha permitido apreciar la falta de cultura de los seres humanos, para vivir en concordia y con solidaridad, como lo pregona el orden público en cualquier comunidad del orbe.

2. Concepto de familia

Es importante determinar qué es la familia, tema medular de este trabajo, definiciones de ella, pueden existir varias de diferentes autores, pero al final todas llegan a un punto común.

Aurora Sánchez sostiene que, desde la antigüedad, Aristóteles señaló que el hombre necesita vivir socialmente para realizar sus fines, explicando de este modo el carácter natural de la familia como primera organización humana[2]. De la misma manera clasificó a las organizaciones sociales que tienen como fin satisfacer otras necesidades humanas –naturales o artificiales- hasta llegar a la que definió como la más perfecta y abarcadora de todas: la sociedad política o Estado; así como la *polis* tiene su forma de autoridad, la familia tiene la suya propia, ejercida por el padre[3]. Efectivamente en la organización familiar y en la estatal, existe un soberano, jefe o líder.

Por su parte Dora Eusebio Gautreau señala: "la familia es la matriz de la sociedad, la célula fecunda de la historia, el fundamento de una sociedad en paz. Ella responde a un listado de necesidades humanas"[4].

2 A. Sànchez, *Orígenes Culturales de la Violencia en la Familia, Libro Colectivo Violencia Familiar y Abuso Sexual*, Segunda edición, Editorial Universidad, Ciudad de Buenos Aires, pp. 25 y 26.

3 Aristoteles, *La política*, cap. I, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

4 D.E. Eusebio Gautreau, *Derechos de la Familia y de la Personalidad*, Segunda edición, Ed. Mericarib, S.A., Santo Domingo, República Dominicana, p. 29.

Las definiciones anteriores conciben a la familia como la célula social, en la cual se basa el Estado para su debido entendimiento, que a través del tiempo se ha venido modificando y deteriorando, al compararla con sus conceptos esenciales, debido a la problemática presentada y hechos visibles, la cual ha generado incluso la necesidad de ampliar, mediante leyes y tratados internacionales, de los que la mayoría de los países a nivel internacional son parte, principalmente en lo concerniente a los derechos humanos, esenciales en la organización familiar.

Así, familia es la institución creada por la unión sexual de una pareja inicial que puede o no procrear descendientes y así generar el parentesco de su prole entre sí y con los respectivos parientes de cada progenitor, se crea también el parentesco por afinidad entre los parientes de cada progenitor entre sí[5].

El origen de la familia puede ser natural, convirtiéndose o no en concubinato si se cumplen las condiciones que marca la ley, o en un acto jurídico cuando la pareja se une en matrimonio. Esta institución está sancionada por el orden público e interés social, como se menciona en el artículo 138 Ter del Código Civil del Distrito Federal hoy ciudad de México, que transcribiremos posteriormente.

Para Santiago Carlos Fassi: "La familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella" [6].

Guillermo Floris Margadant en su obra Derecho Romano, señala, "en la época clásica, -romana- la familia era un grupo constituido por el *pater familias* y las personas libres sometidas a su potestad". [7] Es un linaje compuesto por ascendientes, descendientes y parientes colaterales, que provienen de un mismo tronco común; Al *pater familias* se le otorgaba la potestad de mujeres, esclavos, incapaces y niños.

Según Julián Guitrón Fuentevilla "en la historia han existido diversos tipos de familia, como la punalúa, la sindiásmica, la monogámica, la gens iroquesa, la gens griega, la nómada, la matriarcal, la patriarcal y la monoparental entre otras. En la actualidad se ha calificado a la familia como nuclear, extendida y ensamblada de personas del mismo o diferente sexo y otras"[8].

El concepto de familia tiene diversas acepciones, dependiendo del área de estudio en que se le analice, y son:

A.- Etimológica, procede del latín, familia, grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens, derivado de *famulus*, siervo o esclavo, que viene del osco *famel*[9]. Este concepto abrió su campo semántico para incluir a la esposa e hijos del *pater familias*, a quien legalmente le pertenecían. La palabra *famulus*, y sus términos asociados, a la raíz *fames* (hambre), de forma que esta voz se relaciona con el conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a quienes un *pater familias* tiene la obligación de mantener. Familia también es la "gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella"[10].

B.- Jurídica, en México muy pocos Estados de la República han aprobado un Código Familiar, en tanto que en la Ciudad de México, en el Código Civil del Distrito Federal[11], únicamente adicionó un breve "Título, Cuarto Bis: De la Familia y un Capítulo Único, que señala lo siguiente:

> "Artículo 138 Ter.- Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.
>
> Artículo 138 Quáter.- Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.
>
> Artículo 138 Quintus.- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.
>
> Artículo 138 Sextus.- Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares"

5 C. Fassi Santiago, *Estudios de derecho de familia*, Ed. Platense. Buenos Aires, República Argentina, 1962 p. 3.

6 C. Fassi Santiago, Ob. Cit. pp. 3 y 4

7 S. Margadant, G. Floris, *El derecho Privado Romano como introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, Editorial Esfinge, 19ª. Edición, Naucalpan Mexico, 1993, p. 194.

8 J. Guitròn Fuentevilla, *Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2016, p. 44.

9 J. Tapia Ramírez, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 11.

10 J. Cazares, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1971, p. 383.

11 Código Civil pare el Distrito Federal, p. 20 recuperado de http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a-0d2628615e069b140.pdf.

En sus orígenes el núcleo familiar demuestra solidaridad y apoyo entre sus miembros. Así como vemos el trabajo que las hormiguitas realizan de manera empática, para lograr un objetivo, la familia también generalmente, tiene esa tónica. Su propósito fundamental es crear una organización que solidariamente se apoya. Lo vemos en diferentes civilizaciones, en las cuales, incluso la familia se amplía a personas que no necesariamente descienden de un mismo tronco, pero que realmente se asimilan al grupo y comparten los fines comunes. Ante las adversidades, generalmente las comunidades y las familias se apoyan, trabajan unas, para beneficiar a otras y viceversa; por ello, en la actualidad, el fenómeno de solidaridad entre los miembros del grupo básico por excelencia, es una simiente para la organización del Estado. Entonces si existe esta finalidad, ¿por qué los integrantes de la familia nuclear, padres e hijos, y en ocasiones abuelos, quienes necesariamente tienen que vivir bajo el mismo techo como consecuencia de la pandemia, no han dado buen cauce a la convivencia en familia? No es un problema del Estado, no se resolverá con leyes o políticas públicas, es una forma y actitud de vida, producto del bienestar para lograr el buen vivir, pero efectivamente la familia en donde normalmente hay un jefe o una pareja que se convierten en jefes de la misma, normalmente tenían que salir a conseguir el sustento; y los hijos, hermanos entre sí, se desenvolvían en su escuela con otros compañeros distintos de sus parientes colaterales, y la triste realidad es que no se puede convivir en familia. Simplemente hay datos registrados de que en China en un mismo día 14 parejas concurrieron ante un juez, para manifestar que la vida en común era imposible y querían disolver su vínculo ¡Esto es insólito!, en una sociedad donde normalmente la mujer carece de voz y voto, o tradicionalmente carecía de esa facultad. En este contexto, categóricamente se afirma: la familia ha cambiado, y más se apreciará dicha circunstancia con la "nueva normalidad".

C.- Gramatical, familia significa prole o conjunto de individuos que tienen una condición común o grupo numeroso de personas[12].

D.- Sociológica, desde este punto de vista es una institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos que emergen de la relación intersexual y de la filiación. Para María Leoba Castañeda Rivas: "sociológicamente, la familia es el grupo de personas que se une en torno al hecho sexual de la procreación"[13].

Efectivamente en el siglo XXI, la organización social por excelencia, ha tenido muchísimos retos y desafíos que atender, entre otros, el respeto a los derechos humanos y la posibilidad de qué cada persona manifieste la preferencia sexual que le parezca prudente. Así, el concepto sociológico de familia, basado en la idea de relación sexual que produce o engendra descendencia, ha sido superado, ya que hoy, las propias leyes manifiestan que la procreación no es un efecto fundamental del núcleo social básico, posiblemente tengan el deseo de procrear, quienes se unen en pareja, pero tal vez no lo tengan; para ello se puede recurrir a las nuevas formas de poder concebir, mediante el uso de técnicas de reproducción humana. Quienes son de un mismo sexo y se unen, obvio no tendrán cualidades o capacidad para tener descendencia y por lo tanto si lo desean, disfrutan del derecho a utilizar las técnicas antes mencionadas.

3. Fuentes originadoras de la familia

A través de la historia de la humanidad, el origen de la familia ha cambiado, y las sociedades han pasado por diferentes concepciones y definiciones sobre el origen de la misma. La fórmula más arcaica surge con el nacimiento del primer hijo, lo que excluye la participación del varón en el proceso reproductivo, por lo que se puede pensar en un origen monoparental. Después de milenios de poligamia, surge la unión sexual permanente y exclusiva, sin rituales jurídicos o religiosos[14].

En este orden de cosas, Ignacio Galindo Garfias sostiene que la familia, como agrupación humana surgida de la naturaleza, deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación.

Pero este grupo social constituido originalmente por las tribus o clanes primitivos, por necesidades de orden socioeconómico de los pueblos cazadores y/o agricultores, y que surgió antes que cualquier idea de Estado o sociedad, ha sufrido una extraordinaria evolución y llega a nuestros días como una institución fuertemente influida por la cultura y, según dicen, en una grave crisis, ayuna de valores y principios.

12 Diccionario Hispánico Universal, Tomo Primero, Léxico, A-Z, E.M Jackson Inc. Editores, México, 1962, p. 446.

13 M.L. Castañeda Rivas *et al*., *Compendio de Términos de Derecho Civil*, Editorial Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 253.

14 M.A. Soto Lamadrid, *Síndrome de Alienación Parental y Justicia Restaurativa*, Ed. Beilis, 2011, Hermosillo Sonora, México, p. 3.

Si bien la motivación original de la familia se encuentra en las simples exigencias biológicas de la pareja heterosexual, al igual que en la reproducción y cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables de los progenitores, esta asociación ha adquirido, a través de milenios y precisamente por la influencia de los elementos culturales, una completa estabilidad que le da existencia y razón de ser, más allá de las simples motivaciones biológicas y económicas[15].

Dora Davison, por ejemplo, afirma que "el ciclo de la vida familiar se inicia con la unión marital de la pareja fundadora de la familia" aclarando que en la expresión unión marital se incluyen la matrimonial y la concubinaria y que "cuando una mujer y un hombre se enamoran y deciden compartir la intimidad, el techo y la vida, se crea entre ellos un lazo que los une como marido y mujer, por lo general formalizado (aunque no siempre) mediante el matrimonio legal", advirtiendo que la relación marital implica una mutua interdependencia afectiva económica y sexual[16].

Pero aun cuando admitamos que la familia tiene como referencia, la unión permanente de una pareja, esto no significa que el rito sea elemento indispensable, pues todo parece indicar que el vínculo fue tácito en épocas antiguas y que todavía hoy, en los Estados Unidos de Norteamérica, entre otros países, se admite legalmente el matrimonio consensual.

Resulta discutible la afirmación rotunda de Castán Tobeñas de que "el matrimonio, modo único constitutivo de la sociedad conyugal, es a la vez y por ello base fundamental de la familia, modo normal de constitución de la misma, puesto que de él se origina, a través de la generación seguida del hecho del nacimiento, la relación paterno-filial legítima, así como la relación parental"[17], ya que, en realidad, la familia como fenómeno natural no requiere del matrimonio tradicional para constituirse, ni antes en la historia ni hoy en las sociedades modernas, de aquí, el cambio legislativo en favor del concubinato y del parentesco surgido fuera de matrimonio como fuentes igualmente válidas del grupo familiar, aunque se trate de modelos informales y para algunos, inmorales.

De hecho, la conocida fórmula monoparental derivada de la unión sexual pasajera, en que la madre aparece sola con su vástago meses después de la cópula, constituye la primera manifestación de la familia pues, atendiendo a la naturaleza, históricamente, la fuente primaria de dicha institución es el lazo biológico y psíquico que une a la madre con su hijo. Por eso, Brigard argumenta que la familia original era matriarcal, por el predominio del parentesco matriz lineal en las tribus primitivas y la ignorancia generalizada de un vínculo paterno de carácter genético.

Y es que la relación consanguínea que identifica a los progenitores se hace visible en la procreación materna a través del parto, lo que no ocurre en relación al padre, quien debió recurrir a presunciones y semejanzas, aunque en la actualidad puedan usarse las pruebas biológicas, para constatar o negar el vínculo paterno.

Quienes afirman la universalidad de la familia subrayan la importancia de las necesidades sexuales y las exigencias de la reproducción humana, sostiene Sandra Domínguez, pero los efectos del embarazo y el parto sobre la mujer, así como la infancia prolongada del niño, se consideraron base explicativa de esta universalidad.

Es cierto que la madre y el hijo requieren el apoyo y cuidado que les asegura el matrimonio, pero estas necesidades pueden ser atendidas, aún fuera del vínculo conyugal o de la presencia del esposo-padre. La explicación de la familia como una constante en todas las comunidades humanas, debe buscarse en la naturaleza misma de la sociedad. Una teoría ampliamente aceptada se basa en las funciones realizadas por la familia para el mantenimiento y la continuidad de la especie humana. "Esta estructura social dice Murdoch's que se produce a través de la evolución cultural en todas las sociedades, es presumiblemente el único rasgo que se ajusta a una serie de necesidades básicas"[18].

En términos generales, el derecho mexicano reconoce como relaciones de familia el matrimonio, el divorcio, el concubinato, la sociedad de convivencia, la paternidad, la adopción, la patria potestad, la violencia familiar, la violencia de género y la tutela.

Igualmente se consideran sujetos del derecho familiar los cónyuges, concubinos, parientes, adoptantes y adoptados, niños, niñas, personas de la tercera edad, titulares de la patria potestad, tutores discapacitados o quienes tienen capacidades distintas e incapaces.

Entre los principales derechos, deberes y obligaciones originados de la familia son: los alimentos, la guarda y custodia, las obligaciones de crianza, la protección del Estado, entre otros.

15 I. Galindo Garfias, *Derecho Civil*, Primer Curso, Decimocuarta Edición Editorial Porrúa, México, 1995, pp. 447 y 450

16 D. Davison, *Separación y Divorcio, Un faro en el camino*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2006, P. 39.

17 J. Castan Tobeñas, *Derecho Civil Español*, Tomo V. Derecho de Familia, Madrid, España. 1976, p. 97.

18 M. A. Soto Lamadrid, Ob. Cit. pp. 1, 2, 3 y 4.

Los órganos estatales y jurisdiccionales intervienen en las relaciones familiares como auxiliares en la observancia y aplicación de las disposiciones del derecho familiar, al tiempo que los mediadores y fedatarios auxilian en la vida familiar institucional.

Heriberto López Romo, Director del Instituto de Investigaciones Sociales S.C. y ponente ante la única asociación profesional en Latinoamérica enfocada al sector de inteligencia aplicada a negocios y asuntos sociales, fundada en 1992, surgió originalmente para ser el centro institucional de la comunidad mexicana de investigación de mercados, opinión y comunicación, por sus siglas AMAI, que ahora congrega a toda la industria de generación y transformación de datos para la toma de decisiones, y está dedicada a propiciar y promover la profesionalización de la industria que representa, mejorar su calidad y fomentar que se reconozca su compromiso con el desarrollo de México, realiza una clasificación, señalando que en nuestro país existen 11 tipos de familias, con características y dinámicas diferenciales. Con base en esta clasificación es posible visualizar cómo cada uno de estos 11 tipos de hogares se comporta y vive de forma particular. Para información de nuestros lectores, se transcribe parte de dicho artículo por ser interesante para nuestro tema:

Los 11 tipos de familias son clasificados en tres grupos: [19]

1. las familias tradicionales,
2. las familias en transición y
3. las familias emergentes.

– LAS FAMILIAS TRADICIONALES son aquellas en las cuales están presentes el papá, la mamá y los hijos. Entre las familias tradicionales existen tres tipos:
  – las familias con niños,
  – las familias con jóvenes y
  – las familias extensas, es decir, aquellas en las cuales además del papá, la mamá y los hijos existe algún miembro de otra generación, como los abuelos o los nietos.

En su conjunto estos tres tipos de familias representan exactamente la mitad de los hogares en México.

– LAS FAMILIAS EN TRANSICIÓN no incluyen alguna de las figuras tradicionales, como el papá, la mamá o los hijos. Dentro de este tipo de familias se encuentran
  – las familias de madres solteras;
  – las familias de parejas jóvenes que han decido no tener hijos o postergar por un tiempo su nacimiento;
  – las familias formadas por una pareja adulta o cuyos hijos ya se fueron del hogar, también conocidas como "nido vacío";
  – las familias unipersonales, es decir, aquellos hogares donde sólo hay una persona, y
  – las familias co-residentes, o sea aquellos hogares en donde sus miembros son amigos o parientes sin agruparse en torno a una pareja. Aunque siempre ha existido, este tipo de familias en transición empezó a crecer de manera importante durante las décadas de los sesenta y setenta, como resultado de fenómenos poblacionales de la época como el empoderamiento de la mujer, la liberación sexual y la planificación familiar. Estas familias representan cuarenta y dos por ciento de los hogares en México.
– LAS FAMILIAS EMERGENTES, son el tercer tipo contemplado en esta clasificación, es decir, aquellas familias que han crecido principalmente a partir del nuevo milenio. En esta clasificación figuran
  – las familias de padres solteros,
  – las familias entre parejas del mismo sexo y
  – las familias reconstituidas, es decir, las familias que se forman cuando uno o los dos cónyuges han tenido relaciones previas. Las familias emergentes representan siete por ciento de los hogares. Y aunque la proporción no es muy grande, son familias que marcan tendencias.[20]

CARACTERÍSTICAS DE CADA UNO DE LOS TIPOS DE FAMILIA.

– LAS FAMILIAS FORMADAS POR PAPÁ, MAMÁ E HIJOS MENORES DE 12 AÑOS representan veintiséis por ciento de los hogares en México y constituyen el tipo de familia más fácil de encontrar. El motor de estas familias son los niños. El padre y la madre están permanentemente preocupados por propiciar y facilitar el sano desarrollo de los hijos…
– LAS FAMILIAS FORMADAS POR PAPÁ, MAMÁ Y JÓVENES representan quince por ciento de los hogares en México. Uno de cada seis hogares en México está integrado por papá, mamá y adolescentes o jóvenes mayores de doce años. En estas familias la preocupación principal es generar las

19 H. Lòpez Romo, *Los once tipos de familia en México*, octubre 2016, s/p, recuperado de: http://www.amai.org/revista_amai/octubre-2016/6.pdf. Agosto 9 del 2020.

20 *Ibidem*.

condiciones necesarias para que los hijos lleguen a ser adultos competitivos, brindándoles las oportunidades educativas y laborales necesarias para un buen desarrollo… En este grupo, los padres están muy preocupados por seguir siendo jóvenes, para estar a la altura de sus hijos y así poder entender y facilitar su desarrollo. Al ser sus hijos jóvenes más independientes, los padres buscan aprovechar esta etapa para procurar su propio desarrollo. Estas familias suelen ser permisivas y buscan tomar decisiones por consenso. La presencia de jóvenes imprime un espíritu emprendedor a este tipo de familia…

- LAS FAMILIAS EXTENSAS son las familias más tradicionales del país. Una de cada diez familias en México son familias extensas. Estas familias están integradas por el papá, la mamá, los hijos y algún miembro de otra generación. La mayor parte de las familias extensas se forman cuando el abuelo, la abuela o los dos habitan con la familia nuclear. Sin embargo, en las últimas décadas han crecido las familias extensas en las cuales la tercera generación se forma con la llegada de los nietos. La mayor preocupación de este tipo de familias es conservar y promover las tradiciones y los valores de la propia familia, de su comunidad y de su país. Suelen ser familias orgánicas y solidarias, en las cuales los problemas se resuelven por consenso, así como por decisión del jefe de familia, cuya autoridad es reconocida y respetada por todos los miembros de la familia…
- LAS FAMILIAS FORMADAS POR LA MADRE SOLA CON HIJOS O MAMÁ SOLTERA representan diecisiete por ciento de los hogares del país. Son el segundo tipo de familia en México. Aunque existen madres solteras que han elegido voluntariamente esta forma de vida, la mayoría de las madres solteras lo son por las circunstancias, en general por el abandono o la irresponsabilidad del padre. Su principal ocupación es sacar adelante a sus hijos en un entorno de escasas posibilidades socioeconómicas. Las responsables de estos hogares, son verdaderas heroínas, pues además de ser amas de casa y jefas de familia, necesitan buscar el sustento…
- LAS FAMILIAS DE PAREJA JOVEN SIN HIJOS representan cinco por ciento de los hogares. Se trata de parejas jóvenes que postergan el nacimiento de los hijos por falta de recursos o para prologar el disfrute de la relación. Cuando cuentan con más recursos, este tipo de familia es conocido como *Dinky, Double Income, No Kids*; en ellas, ambos miembros trabajan y por tanto cuentan con doble ingreso y mejor calidad de vida. La principal motivación de estas parejas es prolongar su unión, sentirse una pareja unida y sensual…
- LAS FAMILIAS FORMADAS POR PAREJAS MAYORES SIN HIJOS, también conocidas como "nido vacío", representan seis por ciento de los hogares. Son familias cuya pareja es mayor de cincuenta y cinco años, en las cuales los hijos ya dejaron el hogar. En algunos casos son parejas que nunca tuvieron hijos. Su principal preocupación es reaprender hábitos de alimentación y estilo de vida, para desarrollar un bienestar en los posteriores años de su vida.
- LA FAMILIA UNIPERSONAL representa once por ciento de los hogares en México. Esto significa que una de cada diez familias en México se integra por una persona que, al vivir sola, constituye su propia familia. Su mayor preocupación es desarrollar un estilo de vida que les permita no extrañar la compañía. Los hábitos de preparación y alimentación son muy diferentes a los de otros tipos de familias. Cocinan en pocas cantidades. No les gusta comer solos. Suelen comer con frecuencia fuera de casa…
- LA FAMILIA DE CO-RESIDENTES representa cuatro por ciento de los hogares. Está formada por un grupo de dos o más personas que viven en el mismo espacio, sin tener entre sí, una relación de pareja. Pretender lograr un entorno práctico, económico y divertido que facilite el tránsito hacia otra etapa de vida familiar o profesional. Viven con lo necesario...
- LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS, LOS "TUYOS, LOS MÍOS Y LOS NUESTROS" representan cuatro por ciento de los hogares en México. En ellas, uno de los cónyuges o ambos han tenido relaciones previas, por ello conviven los hijos de matrimonios anteriores, y en algunos casos los hijos de la nueva relación. Pretenden conciliar las tradiciones y los hábitos de los hogares originales con un nuevo estilo de vida. Tienden a tomar decisiones planeadas y racionales, para facilitar la convivencia entre las dos tradiciones[21].
- LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO representan casi uno ciento de los hogares. Aun cuando la proporción es pequeña, representa casi un cuarto de millón de hogares, con un impacto importante debido a su liderazgo e influencia en estilos de compra y consumo. Tres de cada cuatro, están formadas por hombres. Pretenden constituirse en una verdadera familia que actúe con total libertad, y seguir actuando como líderes en opinión, a la vanguardia en el consumo de productos y marcas. Están altamente equipados en tecnología, entretenimiento, equipos de limpieza y preparación de alimentos...

21 *Ibidem*.

– EL PAPÁ SOLO CON HIJOS O PADRE SOLTERO. Representa casi tres por ciento. Está compuesto por padres viudos o que al divorciarse buscaron la custodia de los hijos. Otros fueron abandonados por la pareja. Son permisivos, generalmente involucran a los hijos en las decisiones. Buscan facilitar el desarrollo de los hijos de una manera práctica y sin conflictos, acceden a sus deseos y tratan de complacerlos en todo...[22]

En la publicación 16:24 del miércoles 14 de octubre de 2020 de ANSA LATINA, agencia italiana de noticias, aparece un artículo fechado el 10 de octubre de 2020, en el cual se señalan datos reveladores actuales, del cambio de la estructura de la familia en México, el cual transcribimos por su importancia:

> *Cambia la estructura de la familia. Mujeres se casan cada vez menos, a la baja hogares nucleares*
> 18:57, 10 OCT – CIUDAD DE MEXICO – REDACCIÓN ANSA
>
> (ANSA) - CIUDAD DE MEXICO, 11 OCT - La estructura tradicional de la familia en México está experimentando cambios notables, con mujeres que se casan menos y optan por vivir en unión libre con su pareja y no tener hijos.[23]
>
> Así también se registra una reducción dramática de los hogares nucleares, que ahora sólo representan el 44,5%, según un estudio sobre el tema elaborado por ONU Mujeres y el reconocido "think tank" El Colegio de México.
>
> Según estadísticas oficiales, en 1990, las familias compuestas por una pareja y sus hijos representaban el 60% pero la cifra pasó a 50% en 2010, lo que marca una tendencia a la reducción de este modelo. El reporte, denominado "Familias en un mundo cambiante", forma parte de la denominada "Ficha México" del reporte "El Progreso de las Mujeres en el Mundo 2019-2020".
>
> Actualmente sólo el 45,4% de los hogares está formado por parejas con hijos (familia nuclear), mientras que el 25% lo forman padres, hijos y otros familiares y el 10,1% son "monoparentales", es decir, los encabeza una madre o un padre que viven con sus hijos.
>
> Hay además 9,7% de entidades "unipersonales" y 9,3% de "parejas solas", lo que rompe por completo con los viejos modelos de familias formadas por padre, madre e hijos.
>
> Un dato notable es que el 44,5% de las mujeres casadas se han separado o divorciado y sólo el 14,4% siguen casadas o en unión libre, mientras que el 34,7% son solteras y el 6,5% viudas.
>
> Otro elemento sobresaliente es que el 48% de los hogares dirigidos por mujeres es encabezado por una de las hijas, por encima del 42,5% encabezado por una madre y 9% por otra persona (abuela, tía o tutora).
>
> Los especialistas que elaboraron el informe hacen notar que ha aumentado el número de lo que denominan "hogares extensos", es decir, los formados por padres, hijos, abuelos u otros parientes, que en 1990 representaban uno de cada cinco y ahora uno de cada tres.
>
> Lo más preocupante es que esta modificación de la forma en que se organizaban las familias tradicionales está reproduciendo "la desigualdad y la discriminación o espacio de oportunidad", señaló Belén Sanz, representante de ONU Mujeres en México.
>
> Sanz consideró que las políticas públicas para atender a las familias deben enfocarse en forma "integral" a fin de "atender las desigualdades" en la llamada "célula básica de la sociedad" con "un fuerte énfasis en la autonomía económica de las mujeres".[24]
>
> "Para garantizar que las familias sean espacios de igualdad, exentos de discriminación, es prioritario avanzar en una agenda integral de políticas" por parte del Estado, afirmó Sanz.
>
> La funcionaria de la ONU estima que esto debe incluir "reformas legales, políticas públicas intersectoriales y recursos fiscales suficientes", afirmó Sanz.
>
> Como en los países ricos, en México también se está dando el fenómeno de que cada vez más personas viven solas, que pasaron de 5,4 a 9,7% en casi tres décadas, es decir, prácticamente se duplicaron las cifras de este tipo de "familia".
>
> Curiosamente, las familias monoparentales apenas aumentaron de 9,1 a 10,1% en este período, pero las parejas sin hijos se incrementaron de 6,8 a 9,3%, es decir, cerca del 50%.
>
> Del informe surge también la necesidad de "promover la autonomía en la toma de decisiones de adolescentes y jóvenes en el hogar de origen", es decir, la capacidad de cada persona para actuar y decidir libremente y de forma independiente, sin la influencia de terceras personas".
>
> Todos los individuos y en particular las mujeres, tienen el derecho a participar en la toma de decisiones", indicó Belén Sanz, quien dijo que esto incluye "el derecho a vivir relaciones democráticas en lugar de autoritarias". (ANSA)[25].

22 *Ibidem*.

23 ANSA-LATINA, La página web de la Agencia ANSA en América Latina, 16:24, miércoles 14 de octubre de 2020, recuperado de: http://www.ansalatina.com/americalatina/noticia/mexico/2019/10/10/cambia-la-estructura-de-la-familia_e2a4aa1d-4e3b-4fdd-8043-0698521c878d.html.

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*.

4. Los fines de la familia

La familia considerada como un elemento fundamental de la sociedad, requiere de protección legal al igual que los individuos que la integran, lo cual justifica la existencia del derecho familiar, mismo que regula las relaciones de carácter personal y patrimonial entre los miembros de la familia y frente a terceros.

En México la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º después de diversos párrafos que se le fueron adicionando, prevé textualmente lo siguiente:

> Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.
>
> Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.
>
> Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.
>
> Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.
>
> Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.
>
> Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.
>
> Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.
>
> Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.
>
> En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.
>
> Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.
>
> El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.
>
> Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.
>
> Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.
>
> El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas y las y los afromexicanos hasta la edad de sesenta y cuatro años y las personas que se encuentren en condición de pobreza.
>
> Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley. En el caso de las y los indígenas y las y los afromexicanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad.
>
> El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación[26].

26 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4º. Constitucional, recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm.

En el artículo constitucional transcrito se pretende garantizar los derechos de la familia y sus integrantes, lo cual al final del día, queda en buenas intenciones en el papel, pues no es, únicamente, por mandato legal, como este objetivo se puede alcanzar, se requieren políticas públicas, para que las familias tengan los medios económicos y sociales para integrarse a la sociedad.

El fin último de la familia es precisamente lograr que sus integrantes, cuenten con los medios necesarios para formar a su vez, otra familia, por lo que es imperante, para los padres o jefes de familia, procurar el logro de este objetivo, incluso de mejor forma que ellos mismos. El Estado como ente de la organización política, en algunos casos, como el de México, no necesariamente coadyuva en ello.

5. La convivencia familiar antes de la pandemia

Desde antes de la pandemia por COVID-19, la violencia contra las mujeres en México ya era un problema público preocupante.

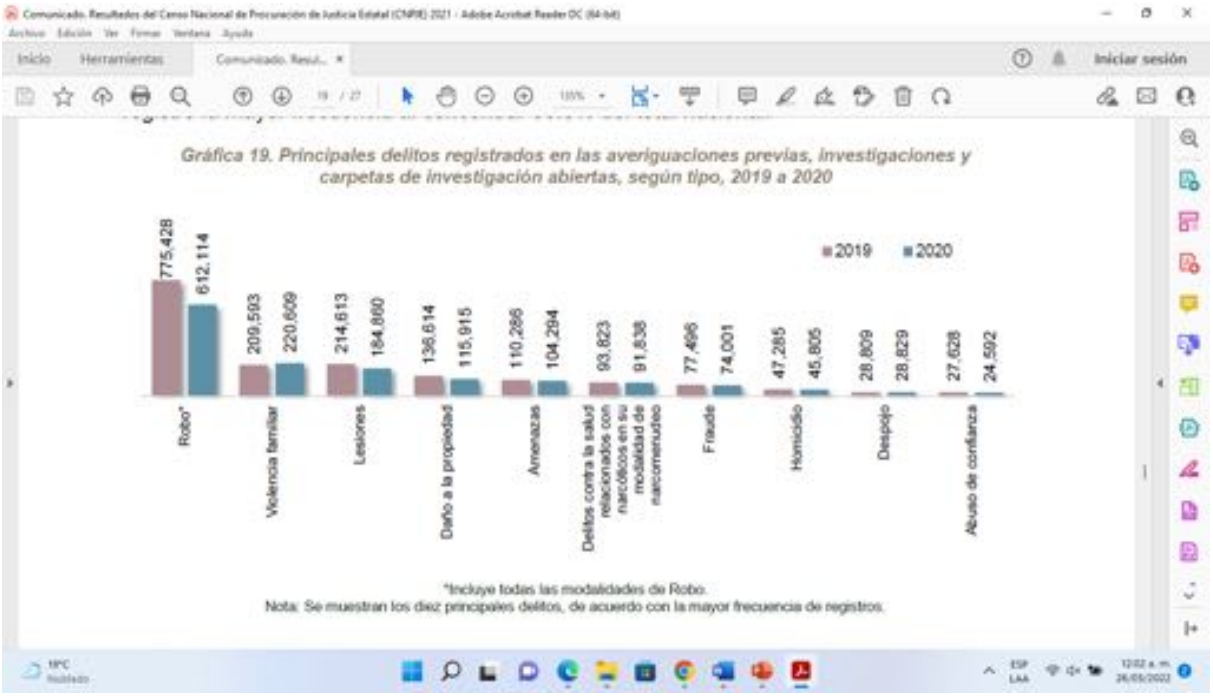
A pesar de las políticas que se han implementado para prevenir y atender este problema en las últimas décadas, algunos tipos violencia contra las mujeres no han disminuido, sino que incluso han aumentado.

La vida en familia durante la última etapa del siglo XX, hasta nuestros días, ya en el siglo actual, se ha visto deteriorada, en atención a una serie de fenómenos sociales, culturales, del ámbito político, el empoderamiento de la mujer, los derechos humanos como defensa para niñas, niños, adolescentes, personas de la tercera edad, todo ello enmarcado en las políticas de gobierno, en algunos casos erráticas, y sobre todo por la lucha de poder entre ambos sexos[27].

Es una realidad que actualmente los principios y valores manejados en el seno de la familia nuclear o extensa, han variado significativamente. Hay luchas de poder dentro de la familia extendida, competencia entre los géneros y, sobre todo, como las parejas, por situaciones económicas, deben trabajar fuera del hogar, han descuidado la crianza de los hijos en las diversas etapas de su formación, cuando son niños, al llegar a la adolescencia e incluso en la edad adulta.

Podríamos afirmar a *posteriori*, qué no se tiene una verdadera cultura para desenvolverse dentro de la familia. A nivel comunitario también se presentan graves problemas, la violencia, cuyo caso extremo genera la desaparición y en su caso, el asesinato de mujeres por el solo hecho de desenvolverse con esa cualidad, circunstancia que, en México, a lo largo y ancho del país, se ha convertido en un ilícito penal, el delito de feminicidio. Es también una conducta nociva, el maltrato que algunas mujeres, en situación de concubinas, novias, amantes o esposas, también violentan a sus propios hijos o a sus parejas. Esta situación se vivía en México, antes del año 2020 en que el mundo se sacudió ante una epidemia que llego al extremo de convertirse en pandemia por SARS- CoV-2.

27 https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/in-focus-gender-equality-in-covid-19-response/violence-against-women-during-covid-19



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI (comunicado de prensa del 3 de marzo de 2022 número. 143/22)28.

6. La Convivencia en familia durante la pandemia Covid-19

La pandemia por Covid-19 ha tenido consecuencias en las familias de México y de todo el mundo, debido al confinamiento para evitar contagios. En ese sentido, los datos de violencia familiar constituyen un indicador fundamental para implementar acciones públicas y así evitar o atender los daños que ésta ocasiona.

A partir de qué México presenció el primer caso de contagio por el virus SARS-CoV2, así como los primeros enfermos fallecidos, se concretó la política sanitaria denominada "quédate en casa" en el contexto de las "jornadas de sana distancia". Fue de esta manera como los grupos familiares, intempestivamente se vieron en la necesidad de trabajar desde casa, quienes tenían labores fuera del hogar; instruirse dentro del hogar, mediante el programa de educación por televisión, vía remota, a través de las plataformas Zoom, Teams, Meet, entre otras, haciéndose necesario que tanto los progenitores como los niños, en su caso la servidumbre, tenían que permanecer, sin lugar a dudas, bajo el mismo techo y con una convivencia forzosa. Todo ello en el contexto de qué los miembros de la familia no tuvieran alguna profesión que se considerara esencial, en tiempos de pandemia, verbigracia, ser médico, notario público, enfermera o enfermero, tripulante de alguna ambulancia o empleado en alguna dependencia de seguridad pública. Incluso los órganos jurisdiccionales, comenzaron a trabajar desde casa, dejando guardias en los juzgados y tribunales, mediante citas para desahogo de algunas etapas procesales que lo requirieran.

Así, la ya complicada convivencia familiar, se agravó a partir del 2020, concretamente en el mes de marzo, con la consecuencia natural, por llamarle de alguna manera, del inicio de la violencia familiar.

28 Art. 25, D. lgs. 198/2006, c.d. *Codice per le pari opportunità*, in sigla, CPO.

Fuente: Fiscalía General de Justicia.

7. Concepto de la violencia familiar

El concepto de violencia desde el punto de vista etimológico, nos remonta al latín *violentia*, asociado al adjetivo *violentus*, distinguiendo el proceder violento de un *individuo*, sobre vis, por *fuerza* o vigor, con raíz en el indoeuropeo *weie-, en alusión a querer tomar algo con tenacidad. Es la imposición forzada de una *persona* sobre otra, independientemente de la forma, contexto y vínculo de parentesco, sobre lo cual los organismos del estado y la *justicia* tienen *obligación* de *velar*. Puede surgir en la intimidad del seno familiar, como también en el ámbito laboral. Destacan figuras jurídicas como la violencia institucional o la violencia de género, así como la distinción de personas que se comportan violentamente, siendo conscientes de sus actos a pesar de no *poder* controlar sus impulsos[29].

La Real Academia Española define a la violencia como:

violencia
Del latín *violentia.*
1. f. Cualidad de violento.
2. f. Acción y efecto de violentar o violentarse.
3. f. Acción violenta o contra el natural modo de proceder.
4. f. Acción de violar a una persona.[30]

Jurídicamente, la violencia, siempre ha sido materia interesantísima, en los ámbitos civil, penal, administrativo, laboral, familiar, fiscal, corporativo, entre otras ramas del derecho. Nos preguntamos entonces qué es la violencia, normalmente es una acción o bien una omisión de aquel que usando la fuerza física, las amenazas, las maquinaciones o engaños, somete a otro para contratar, para que acepte condiciones en un acto jurídico, o bien para que cometa hechos que no necesariamente sean lícitos, y que comprometen al autor de la conducta, concediendo u otorgando un provecho a aquel que motiva o máquina al sujeto que violenta.

29 Recuperado de https://etimologia.com/violencia/ 15 octubre 2020.

30 Recuperado de: https://dle.rae.es/violencia 15 octubre de 2020.

Sabemos que hay violencia física, moral, de género, contra las mujeres o contra los niños, incluso hay violencia académica, violencia en el ámbito docente, o bien entre los compañeros de una escuela que ahora se le ha llamado el *bullying*, pero normalmente estamos frente a conductas que causan daño a un tercero.

Existen múltiples conceptos para definir lo que es la violencia familiar, desde teórico jurídicos, sociológicos y por supuesto legales, en el presente trabajo vamos a comenzar con las definiciones que nos dan nuestros Códigos Civiles, tanto el Federal como el local de la Ciudad de México, y que son del tenor siguiente:

Por lo que respecta al Código Civil Federal en México, sólo contiene en su Título Sexto un capítulo que se refiere a la violencia familiar, adicionado en 1997, que señala lo siguiente:

> CAPÍTULO III De la Violencia Familiar
>
> Artículo 323 bis.- Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes.
>
> Artículo 323 ter.- Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.
>
> Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato[31].

El Código Civil para el Distrito Federal hoy Ciudad de México, señala, lo siguiente:

> Capítulo III De la Violencia Familiar
>
> *Artículo 323 Ter.*- Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.
>
> A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar[32].
>
> *Artículo 323 Quáter.* - La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:
>
> I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;
>
> II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;
>
> III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarías por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en este Código tiene obligación de cubrirlas, y
>
> IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.
>
> No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas, niños y adolescentes.
>
> Para efectos de éste artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.
>
> *Artículo 323 Quintus*.- También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación,

31 Código Civil Federal, recuperado pp 40 de 44 Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm.

32 Código Civil para el Distrito Federal, recuperado de http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf.

instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

Artículo 323 Sextus.- Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.

En todas las controversias derivadas de violencia familiar, el Juez dictará las medidas a que se refiere la fracción VII del artículo 282 de este Código.

Artículo 323 Septimus.- Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador.

El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal[33].

De la transcripción de los dos artículos anteriores, encontramos que únicamente el Código Civil local hace referencia a las diversas clases de violencia familiar, como son: violencia física, psicoemocional, económica y sexual.

Efectivamente en el siglo XXI, la organización social por excelencia, ha tenido muchísimos retos y desafíos que atender, entre otros lo que se refiere a los derechos humanos y la posibilidad de qué cada persona manifieste la preferencia sexual que le parezca prudente.

Así, el concepto sociológico de familia, basado en la idea de relación sexual que produce o engendra descendencia, ha quedado superado, ya que hoy, las propias leyes manifiestan que la procreación no es un efecto fundamental del núcleo social básico, posiblemente tengan el deseo de procrear, quienes se unen en pareja, pero tal vez no lo tengan; para ello se puede recurrir a las nuevas o muy modernas formas de poder concebir, mediante el uso de técnicas de reproducción humana. Quienes son de un mismo sexo y se unen, obvio no tendrán cualidades o capacidad para tener descendencia y por lo tanto si lo desean, disfrutan del derecho a utilizar las técnicas antes mencionadas.

En la doctrina se ha discutido en cuanto al fenómeno de la violencia, incluyendo conceptos como el de violencia de género, domestica, intrafamiliar o familiar, las cuales si se analizan el significado de cada una de ellas, se puede concluir la unificación de criterios, con el objeto de denominarla, tal y como lo hace nuestro Código Civil, como violencia familiar.

Como lo señala Lázaro Tenorio Godínez, existen varios conceptos sobre violencia familiar, que si bien permiten involucrarnos en diferentes escenarios y disciplinas donde se han gestado, también lo es, que no se ha podido concretar una definición en el campo del derecho que permita ubicar dicho fenómeno en su justa dimensión, sin el riesgo de caer en ambigüedades al momento de transportarnos al ámbito de la justicia dentro de los tribunales[34].

En este sentido, debemos considerar también las cuestiones culturales, educativas, religiosas, de género entre otras, que dificultan el arribo a una concepción clara que permita, de ser el caso, la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes.

Para Cecilia Grossman, "existen características de la organización familiar que facilitan la aparición del fenómeno violento, a saber:

a) Una organización jerárquica fija e inamovible, basada en la creencia de desigualdades naturales.
b) Un sistema de autoridad en el que la distribución del poder se organiza en concordancia con las jerarquías, conformando relaciones de dominación/subordinación autoritaria

33 Código Civil para el Distrito Federal, *loc. cit*.

34 L. Tenorio Godinez, *La Violencia Familiar en la Legislación Civil Mexicana*, Teoría y Aplicación Jurisdiccional, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 31

c) La existencia de problemas económicos o sociales, suficientes para presionar las relaciones familiares.
d) Fuerte adhesión a los modelos dominantes de género o estereotipos de género.
e) Una comunicación de significados que invisibilizan el abuso e imponen naturalidad al hecho violento dentro de la familia.

Además de las condiciones estructurales de la violencia se suma una condición externa de consenso social, mantenida por sectores tradicionales que otorgan legitimidad al agresor y dejan sin recursos a la víctima para actuar frente a la situación"[35].

En México, prevalece la idea de considerar al hombre jefe de familia, y la esposa e hijos deben permanecer sujetos a su potestad. Esta concepción cultural alentada en algunos casos, por factores de tipo religioso, difíciles de romper, llega al grado de causar daños irreparables cuando los efectos de este pensamiento, llegan al extremo de atentar contra la dignidad que merece todo ser humano, cuando el sometimiento implica burlas, humillaciones, golpes, privación de la libertad, violación y otras conductas degradantes, extendidas lógicamente a los hijos.

Lázaro Tenorio señala que "en la violencia domestica existe una gran tendencia del varón a someter a la mujer. En la Convención de Belem Do Para, quedó definida la violencia, "como todo acto de violencia basado en una situación de género que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual o psicológica, incluidas amenazas, coerción, o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que se produzcan en la vida pública o privada

Luego entonces, es indudable que, en orden de importancia o trascendencia, la situación cultural, educativa o de género constituye la causa principal que desencadena los episodios de violencia familiar…

Segunda causa: La falta de comunicación y disposición en los roles de la pareja, ya sea dentro o fuera del hogar.

En tercer orden, como causas generadoras de violencia familiar o detonantes, podemos citar factores internos, es decir, las patologías que describen la psiquiatría, la psicología y el psicoanálisis, desde la psicosis hasta la histeria de conversión, desde la esquizofrenia simple hasta las fobias en sus diversas versiones, debiéndose incluir los trastornos de atención y de hiperactividad que convierte a los menores de edad en víctimas de violencia ante la incomprensión de sus familiares y padres.

Como factores externos se identifica la economía, pérdida de trabajo, cambio de actividad, ruidos, olores, el tránsito vehicular, el acelerado crecimiento urbano y demográfico, la contaminación, los horarios excesivos de labores, entre otras.

En conclusión, la violencia familiar no tiene su origen únicamente en aspectos relacionados con la educación, la cultura y el género, como lo sostienen algunos profesionistas, sino en factores internos y externos que la alientan" [36].

En este orden de cosas, coincidimos con Lázaro Tenorio en su conclusión, pero agregaríamos que los factores internos que a fin de cuentas pueden ser incluso enfermedades psicológicas y orgánicas como las patologías que se reflejan; también son trascendentes, como por ejemplo la violencia hacia sus congéneres en el trato cotidiano, entre los miembros de la familia ampliada, frente a los compañeros de trabajo, o las personas que de alguna manera forman parte del día a día, incluido el transporte del trabajo a casa y viceversa.

8. La organización mundial para la salud y el Covid-19

Definiciones generales.

Para entender la crisis que se vive a nivel mundial, recurrimos al origen de la palabras como covid-19:[37] "*pandemia*", "*epidemia*", "*cuarentena*", "*confinar*", "*confinamiento*", "*hipocondria*", "*asintomático*" o, por supuesto, "*coronavirus*" son hoy, términos ubicados en los puestos más altos de palabras buscadas en el diccionario.

35 C. Grossman, *La violencia en la Familia*, Editorial Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1992, pp.68-69.

36 *Ibidem*.

37 Real Academia Española, 19 de marzo del 2020, recuperado de https://www.rae.es/noticias/crisis-del-covid-19-apuntes-sobre-pandemia-en-la-lengua-española.

Sin duda, la crisis sanitaria genera por sí misma, terminologías por atender; sin embargo, posiblemente el término "*coronavirus"* ha entrado en nuestra conversación ordinaria.

"*Los coronavirus pertenecen a la familia "*Coronaviridae" Se usa invariablemente en singular o plural: el o *los coronavirus*. Su denominación se debe al parecido de la parte exterior del virus con la corona solar. Se trata de un nombre común tomado del latín científico y registrado en el *Diccionario de términos médicos* de la Real Academia Nacional de Medicina.

Covid-19

La Organización Mundial de la Salud OMS ha propuesto la abreviación "*COVID-19"* (a partir de *COronaVIrus + Disease* (enfermedad) + *[20]19*).

El acrónimo "COVID-*19"* que nombra la enfermedad causada por el SARS-CoV-2 se usa normalmente en masculino (*el COVID-19*) por influjo del género de *coronavirus* y de otras enfermedades víricas (*el zika*, *el ébola*), que toman por metonimia el nombre del virus que las causa. Aunque el uso en femenino (*la COVID-19*) está justificado por ser "*enfermedad"* (*disease* en inglés) el núcleo del acrónimo (*COronaVIrus Disease*), el uso mayoritario en masculino, por las razones expuestas, se considera plenamente válido.

En el sitio web de la Organización Mundial de la Salud (OMS)[38] se encuentra orientación sobre el brote de la enfermedad por coronavirus (COVID-19), este organismo está colaborando estrechamente con expertos mundiales, gobiernos y asociados para ampliar rápidamente los conocimientos científicos sobre este nuevo virus, rastrear su propagación y virulencia, con objeto de asesorar a las personas sobre las medidas para proteger su salud y prevenir la propagación del brote.

Las enfermedades infecciosas[39] son causadas por microorganismos patógenos como las bacterias, los virus, los parásitos o los hongos. Estas enfermedades pueden transmitirse, directa o indirectamente, de una persona a otra.

Diferencias entre un virus y una bacteria

En nuestro planeta y desde el comienzo de la vida, siempre han existido los virus y las bacterias. Pueden habitar en casi todo tipo de ecosistemas, ya que sus características permiten su desarrollo y adaptación a cualquier ambiente, incluyendo nuestro propio cuerpo. Al margen de estas similitudes, este tipo de organismos no tienen algo más en común. El hecho de conocer las características de cada uno, nos ayuda a entender sus efectos, y a aprender cómo cuidarnos para evitar posibles contagios.

Infección por virus

Los virus son gérmenes que atacan fácilmente el organismo, si *el sistema inmune está débil* se aprovechan de esta oportunidad e invaden las células sanas. Si la infección se debe a una bacteria es posiblemente necesario el antibiótico.

Si el profesional sanitario diagnostica que la infección proviene de un virus, podría indicar combatir los síntomas de diferente manera, verbigracia una gripe o resfriado, se combate con un antigripal, recomendado en ocasiones por el profesional de farmacia[40].

En la página electrónica de la OMS [41] se encuentra un link de preguntas y respuestas, el cual es importante señalar en el presente trabajo, ya que dicha información representa la realidad de la enfermedad, y las recomendaciones para su atención, brindada por este organismo internacional. En este orden de cosas, concluimos:

"¿Qué es un coronavirus?

Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades en animales o en humanos. De estos últimos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto

38 Organización Mundial de la Salud, consultado en internet el 19 de octubre de 2020, y recuperado de https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019.

39 Organización Mundial de la Salud, consultado en internet el 19 de octubre de 2020, y recuperado de https://www.who.int/topics/infectious_diseases/es/.

40 Diferencias entre un virus o una bacteria, artículo consultado en internet el 14 de octubre de 2020, https://salud.bayer.es/bayer-te-cuida/index.php/diferencias-virus-infeccion.

41 Organización Mundial de la Salud, link preguntas y respuestas, recuperado el 14 de octubre de 2020, de https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses.

más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19. Incluso han surgido diversas cepas del mismo.

¿Qué es la COVID-19?

Tanto este nuevo virus como la enfermedad que provoca se desconocían, hasta presentarse el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019. Actualmente la COVID-19 es una pandemia que afecta a gran parte de los países del mundo.

¿Qué puede hacerse para prevenir la propagación del virus?

Mantenerse al día sobre la información más reciente del brote de COVID-19, a la que puede acceder en el sitio web de la OMS y a través de las autoridades de salud pública a nivel nacional y local. Las autoridades de algunos países han conseguido ralentizar el avance de los brotes, pero la situación es impredecible y es necesario comprobar regularmente las noticias.

Hay varias precauciones que se pueden adoptar para reducir la probabilidad de contraer o propagar la COVID-19:

¿Existe alguna vacuna, medicamento o tratamiento contra la COVID-19?

Aunque algunas soluciones de la medicina occidental o tradicional o remedios caseros pueden resultar reconfortantes y aliviar los síntomas leves de la COVID-19, hasta ahora ningún medicamento ha demostrado prevenir o curar esta enfermedad. La OMS no recomienda automedicarse con fármaco alguno, incluidos los antibióticos, para prevenir o curar la COVID-19. Sin embargo, hay varios ensayos clínicos en marcha, tanto de medicamentos occidentales como tradicionales. La OMS está coordinando la labor de desarrollo de vacunas y medicamentos para prevenir y tratar la COVID-19 y seguirá proporcionando información actualizada a medida que se disponga de los resultados de las investigaciones.

Las formas más eficaces de protegerse a uno mismo y a los demás frente a la COVID-19 son:

– Lavarse las manos a fondo y con frecuencia.
– Evitar tocarse los ojos, la boca y la nariz.
– Cubrirse la boca con el codo flexionado o con un pañuelo. Si se utiliza un pañuelo, hay que desecharlo inmediatamente después de su uso y lavarse las manos.
– Mantener una distancia de al menos un metro con las demás personas.

¿Recomienda la OMS el uso de mascarillas médicas para prevenir la propagación de la COVID-19?

Actualmente no hay suficientes pruebas a favor o en contra del uso de mascarillas (médicas o de otro tipo) por personas sanas de la comunidad en general. Sin embargo, la OMS está estudiando activamente los datos científicos acerca del uso de mascarillas, los cuales evolucionan rápidamente, y actualiza continuamente sus orientaciones al respecto.

El uso de mascarillas médicas está recomendado principalmente en entornos sanitarios, pero puede considerarse en otras circunstancias (véase más adelante). Las mascarillas médicas deben combinarse con otras medidas clave de prevención y control de las infecciones, como la higiene de las manos y el distanciamiento físico.

Las mascarillas médicas y respiradores del tipo N95, FFP2 o equivalentes se recomiendan y deben reservarse para los trabajadores sanitarios que están atendiendo a pacientes. El contacto cercano con personas probablemente enfermas o con la certeza de padecer el virus, si su entorno es la principal vía de transmisión, verbigracia los trabajadores sanitarios, son los más expuestos, y deben protegerse al cien por ciento.

Las personas enfermas de COVID-19, que presenten síntomas leves, como dolores musculares, tos leve, dolor de garganta o cansancio, deben aislarse en su casa y usar una mascarilla médica de conformidad con la recomendación de la OMS sobre el cuidado en el hogar de los pacientes con posible infección por el virus de la COVID-19. Al toser, estornudar o hablar se puede generar gotículas que causan la propagación de la infección. Estas gotículas pueden llegar a la cara de otras personas cercanas y caer en el entorno circundante. El hecho de que una persona infectada que tose, estornuda o habla lleve una mascarilla médica puede ayudar a proteger de la infección a quienes están cerca.

Si una persona enferma necesita ir a un centro de salud, debe llevar una máscara médica.

Toda persona que cuide en casa a un enfermo de COVID-19 debe usar una mascarilla médica para protegerse. Una vez más, el contacto cercano, frecuente y prolongado con alguien con COVID-19 pone a los cuidadores en situación de alto riesgo.

Los responsables de la toma de decisiones a nivel nacional también pueden optar por recomendar el uso de mascarillas médicas por ciertas personas adoptando un enfoque basado en los riesgos. Este enfoque toma en consideración el propósito de la mascarilla, el riesgo de exposición y la vulnerabilidad del portador de la mascarilla, el entorno, la viabilidad de su uso y los tipos de mascarillas.

Cómo utilizar adecuadamente una mascarilla médica

Si opta por llevar una mascarilla, tenga en cuenta lo siguiente:

1) Antes de tocar la mascarilla, lávese las manos con un desinfectante a base de alcohol o con agua y jabón
2) Inspeccione la mascarilla para ver si tiene rasgaduras o agujeros
3) Oriente hacia arriba la parte superior (donde se encuentra la tira de metal)
4) Asegúrese de orientar hacia afuera el lado correcto de la mascarilla (el lado con color)
5) Colóquese la mascarilla sobre la cara. Pellizque la tira de metal o el borde rígido de la mascarilla para que se amolde a la forma de su nariz
6) Tire hacia abajo de la parte inferior de la mascarilla para que le cubra la boca y la barbilla
7) No toque la mascarilla mientras la lleve a efectos de protección
8) Después de usar la mascarilla, quítesela con las manos limpias; retire las cintas elásticas de detrás de las orejas manteniendo la mascarilla alejada de la cara y la ropa, para no tocar las superficies potencialmente contaminadas de la mascarilla.
9) Deseche la mascarilla en un contenedor cerrado inmediatamente después de su uso. No reutilice la mascarilla.
10) Practique la higiene de las manos después de tocar o desechar la mascarilla. Use un desinfectante a base de alcohol o, si están visiblemente sucias, láveselas con agua y jabón.

Tenga en cuenta que hay una escasez mundial de mascarillas médicas (tanto de mascarillas quirúrgicas como de mascarillas N95), por lo que estas deberían reservarse en la medida de lo posible para los trabajadores sanitarios.

Recuerde que las mascarillas no sustituyen otras formas más eficaces de protegerse a sí mismo y a los demás contra la COVID-19, como lavarse las manos con frecuencia, cubrirse la boca con el codo flexionado o con un pañuelo y mantener una distancia de al menos un metro con los demás. Consulte las medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus para obtener más información. Siga los consejos de la autoridad sanitaria nacional sobre el uso de mascarillas.

¿Cuánto tiempo transcurre entre la exposición a la COVID-19 y el desarrollo de síntomas?

El tiempo que transcurre entre la exposición a la COVID-19 y el momento en que comienzan los síntomas suele ser de alrededor de cinco o seis días, pero puede variar entre 1 y 14 días.

¿Qué relación hay entre la COVID-19 y los animales?

La COVID-19 se propaga por transmisión entre seres humanos.

Conocemos bastantes datos sobre otros virus de la familia de los coronavirus, y la mayoría de estos tipos de virus tienen su origen en animales. El virus de la COVID-19 (también llamado SARS-CoV-2) es un nuevo virus en los humanos. La posible fuente animal de la COVID-19 aún no ha sido confirmada, pero se está investigando.

La OMS sigue monitoreando las últimas investigaciones sobre este y otros temas relacionados con la COVID-19 y proporcionará información actualizada a medida que se disponga de nuevos datos.

¿Puede un animal doméstico u otro animal contagiarme la COVID-19?

Varios perros y felinos (gatos domésticos y tigres) han dado positivo en las pruebas de detección de la COVID-19 después de haber estado en contacto con humanos infectados. Además, parece ser que los hurones son susceptibles a la infección. En condiciones experimentales, tanto los gatos como los hurones pueden transmitir la infección a otros animales de la misma especie. Sin embargo, no existen datos probatorios de que estos animales puedan transmitir la enfermedad al ser humano y propagar la COVID-19. La COVID-19 se propaga principalmente a través de las gotículas que despide una persona infectada al toser, estornudar o hablar.

También se ha detectado el virus en visones criados en granjas que probablemente habían sido infectados por trabajadores. En algunos casos, los visones infectados por seres humanos han transmitido el virus a otras personas. Son los primeros casos notificados de transmisión del animal al ser humano.

¿Cuánto tiempo sobrevive el virus en las superficies?

Lo más importante sobre el contacto del coronavirus con superficies es que estas pueden limpiarse fácilmente con desinfectantes domésticos comunes que matarán el virus. Diversos estudios han demostrado que el virus de la COVID-19 puede sobrevivir hasta 72 horas en superficies de plástico y acero inoxidable, menos de 4 horas en superficies de cobre y menos de 24 horas en superficies de cartón.

Como siempre, debe la persona lavarse las manos con un desinfectante a base de alcohol o con agua y jabón. Evitar tocarse los ojos, la boca o la nariz.

¿Cómo comprar con seguridad comestibles?

En las tiendas de comestibles, mantener al menos un metro de distancia con los demás y no tocarse los ojos, la nariz o la boca. Si es posible, desinfectar los mangos y barras de los carritos o cestas antes de comprar. Al regresar a casa, lavarse las manos a fondo y también después de tocar y almacenar los productos adquiridos. Actualmente no hay ningún caso confirmado de contagio de la COVID-19 a través de los alimentos o de sus envases.

¿Son eficaces los antibióticos para prevenir o tratar la COVID-19?

No. Los antibióticos no son eficaces contra los virus, sólo contra las infecciones bacterianas. La COVID-19 está causada por un virus, de modo que los antibióticos no sirven frente a ella. No se deben usar antibióticos como medio de prevención o tratamiento de la COVID-19. En los hospitales, los médicos a veces utilizan antibióticos para prevenir o tratar infecciones bacterianas secundarias que pueden ser una complicación de la COVID-19 en pacientes gravemente enfermos. Únicamente deben usarse para tratar una infección bacteriana siguiendo las indicaciones de un médico."

De la transcripción anterior, a la conclusión del presente trabajo, la OMS ha considerado otro tipo de mascarillas para el uso de la población menor a los 60 años de edad, como las de tela, proporcionando una guía para su confección, uso y limpieza[42].

9. Violencia en el seno de las familias mexicanas, ante el Covid-19

Debido a la emergencia sanitaria en el mundo por la pandemia del coronavirus SARS- CoV-2 que causa la enfermedad del COVID 19, siguiendo las recomendaciones de la OMS, en México se tomaron medidas como la cuarentena, lavado de manos, sana distancia, el aislamiento (quédate en casa), entre otras, esta última, con consecuencias fatales para muchas familias mexicanas, que son de diversa índole: laboral, social, psicológica, mental, educativa, escasez de camas y dificultades para cremar o dar sepultura a los restos de enfermos, por la gran letalidad de la enfermedad. Incluso otro efecto sanitario muy importante, es el relativo a las cepas que ha generado el propio virus.

En este trabajo hacemos énfasis, por las graves consecuencias producidas, a la problemática generada en diversos países del mundo, especialmente en México, como consecuencia de la necesidad de tener que, recalcamos tener que convivir los integrantes de una familia, del tipo que fuere, dentro del mismo entorno físico, ante la divisa tan importante de evitar contagios, con el distanciamiento social.

De pronto, a partir de marzo de 2020, los miembros del núcleo social básico de la sociedad, acostumbrados a desarrollar sus actividades en la escuela, en el trabajo, en una oficina, de viaje, en juntas, congresos, en una empresa o establecimiento lejano a su hogar, entre otras diversas hipótesis de desenvolvimiento escolar, social y profesional, nuestro país, se debe involucrar en el "home office", las clases por televisión o plataformas digitales, las citas por zoom u otras plataformas, empezaron a presentarse algunas consecuencias posiblemente debido a que los hogares normalmente eran "dormitorios" y no zonas de convivencia común, independientemente de tener que aprender y familiarizarse con las tecnologías de la información y la comunicación TIC s, nos referimos a la violencia familiar, tópico central del texto que nos ocupa.

La convivencia de tiempo completo en un hogar, ha generado con esta pandemia un aumento exponencial en los casos de violencia familiar, ya sea entre cónyuges, contra los hijos, o cualquier integrante

42 OMS, recuperado el 24 de enero de 2021 https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks.

de ese grupo, vivan o no bajo el mismo techo. Desafortunadamente el Estado no ha sido capaz de implementar las políticas públicas y medidas necesarias, tanto para atender la crisis epidemiológica, cuanto la derivada de la violencia dentro de las familias. Es decir, vivimos una crisis sin precedente, inédita, en la cual se desconocen las pautas a seguir.

Casi a diario en los periódicos aparecen noticias sobre los efectos de la violencia familiar como resultado de las medidas sanitarias tomadas en nuestro país; al inicio de la pandemia, en el mes de marzo de 2020, se tomó la decisión por parte del gobierno de que la población se quedara en casa, con el consecuente cierre de negocios, oficinas públicas, privadas, empresas o negocios no esenciales, y se impuso la modalidad para algunos empleados de trabajar desde casa, situación que generó como veremos más adelante, un aumento de la violencia en los hogares

Para evitar contagios, México creo un semáforo epidemiológico que funciona de la forma siguiente:

> La pandemia por el coronavirus SARS-CoV-2 que causa la enfermedad del COVID-19 tiene al mundo paralizado y México no es la excepción. Para evitar contagios, y tener un regreso controlado de las actividades, en la llamada "nueva normalidad" el gobierno de México creó u semáforo epidemiológico. Es muy importante para todos conocer qué significa cada color para no poner en peligro nuestra salud y la de los demás.
>
> El semáforo tiene cuatro colores: rojo, naranja, amarillo y verde, y cada uno implica diferentes restricciones de movilidad para la población.
>
> El color rojo es la "máxima alerta sanitaria" que únicamente permite las actividades esenciales (como la minería, construcción y fabricación de equipo de transporte) regresen a la nueva normalidad.
>
> El color naranja, permitirá sólo algunas actividades "no esenciales" volver a la normalidad. Pero deberá existir un gran cuidado con los trabajadores más vulnerables como los adultos mayores, las mujeres embarazadas o personas con inmunodeficiencia.
>
> En el semáforo amarillo, podrán operar de nuevo, todas las actividades esenciales y no esenciales. Sin restricción alguna. Y no será hasta llegar al color verde, cuando las escuelas sean reabiertas junto con el resto de actividades de esparcimiento como cines, bares y gimnasios, por decir algunos de esos espacios. El semáforo se pondrá en verde cuando todos podamos regresar sin peligro a nuestra vida cotidiana en el exterior[43].

No obstante las medidas que se han tomado, sobre todo en la Ciudad de México, una de las ciudades más grandes y pobladas del mundo, la problemática se ha agudizado, ya que por necesidad económica, las personas salen a buscar el sustento, sin acatar las medidas implementadas, que no son coercitivas, como el "quédate en casa, usar cubre bocas, guardar la sana distancia, y lavado de manos continuo o uso de gel antibacterial. Existe un porcentaje de la población que vive al día y si no trabaja, no tiene lo necesario para su sustento.

En la Ciudad de México y zona conurbada, los semáforos rojo o naranja han prevalecido, y no se ha podido pasar, al semáforo amarillo, y por lo tanto, esta enfermedad ha llegado para quedar instalada, y será parte de la nueva normalidad.

Es este estado de cosas, se ha incrementado el número de casos de violencia familiar, reflejados en noticias dentro de los medios masivos de comunicación, sobre todo escritos y con base en lo declarado por organismos públicos o privados encargados de su atención y vigilancia El gobierno en algunos supuestos, ha pretendido minimizar la problemática.

No contamos por ahora con estadísticas certeras y firmes, pero las redes sociales y los medios de comunicación masiva, han puesto al descubierto algunos casos penosos, que se han hecho públicos, han sido materia de seguimiento, circunstancia que ha permitido sancionar a los victimarios. A falta de estadísticas actuales, confiables, nos basamos en evidencias mediáticas, en base a lo comunicado al pueblo.

Para muestra un botón, un ejemplo, es el caso siguiente:

"Un video que se hizo viral bajo el título: Notario de *#Edomex* agrede a su esposa en su casa; "¿quieres por las buenas o por las malas?", dice; en plena pandemia ya que estos hechos se verifican el 28 de mayo de 2020, el Notario Público 102 Horacio Aguilar Alvarez de Alva, del Estado de México, quien agrede a su esposa, queriendo sacarla de su domicilio, es importante ver el video, ya que alrededor de la víctima están el agresor y dos hombres más, uno que pretende ayudarla y otro aclarando ser el esposo, por lo que, quien pretendía ayudar, se queda en calidad de observador[44].

Gracias a la difusión, no obstante que el Notario Público envió una carta a la opinión pública pidiendo disculpas, la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos concluyó dicho proceso en contra del

43 ¿Qué significan los colores del semáforo Covid-19 en México? Consultado en la página de internet el 22 de octubre de 2020: Recuperado de https://www.amunet.com.mx/que-significan-los-colores-del-semaforo-covid-19-en-mexico/.

44 Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=5d-EZRYx-jA Se agrega la comprobación de la forma artera de la violencia familiar.

ahora ex fedatario público, luego de que el Departamento de Notarías, le notificó personalmente la revocación de la patente en las instalaciones de la Notaría Pública, ubicadas en el municipio de Naucalpan de Juárez, Estado de México.

El procedimiento inició luego de que el 27 de mayo se hiciera viral el video donde se muestra al exfuncionario, ejerciendo violencia física contra su esposa.

Con las pruebas públicas y notorias, se le considero responsable administrativamente, por la falta de probidad, ubicada como causa de incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley del Notariado del Estado de México.

Es notoria la conducta agresiva, el machismo y el desdén, con que este sujeto maltrata a su señora, aun cuando ella le rogaba no obligarla a abandonar la casa familiar. Se abrió una investigación y después de comprobar las irregularidades se determinó como sanción administrativa, la revocación de la patente notarial, generando el efecto de concluir su ejercicio como notario público[45].

También nos permitimos hacer referencia a la nota periodística dada en este asunto de violencia familiar por el periodista Joaquín López Doriga, que podrán revisar en el sitio de YouTube[46].

En este caso, la sanción, hasta donde se sabe, fue administrativa, pero en ningún momento se hizo alusión alguna a los efectos en el orden familiar, civil o penal del agresor; y en su caso, los derechos de la víctima, quien de haber continuado en ese "hábitat familiar", podría haber llegado a sufrir la más extrema de las violencias, que es el feminicidio.

En México contamos con un sistema de Normas Oficiales Mexicanas, elaboradas por la autoridad pública del área correspondiente, con la concurrencia de empresas y organismos públicos, privados, así como científicas y académicas, relacionados con ese ramo; la última publicada en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 16 de abril del 2009[47] bajo el título "Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención", "… es de observancia obligatoria para las instituciones del Sistema Nacional de Salud, así como para los y las prestadoras de servicios de salud de los sectores público, social y privado que componen el Sistema Nacional de Salud. Su incumplimiento da origen a la sanción penal, civil o administrativa que corresponda, conforme a las disposiciones legales aplicables.

Esta norma oficial mexicana (NOM), maneja indicadores de "abandono, violencia física, violencia psicológica y violencia sexual, además proporciona los lineamientos generales y criterios específicos a seguir, para la detección de casos de violencia familiar, su diagnóstico y tratamiento, con la obligación para el Director de la institución médica y no del médico tratante, de dar aviso al ministerio público que será el encargado de iniciar las acciones legales penales o delictivas que procedan en contra de él o los agresores.

La norma oficial mexicana (NOM), señala algunos datos médicos que deben tomarse en cuenta dentro de los indicadores pertinentes y aplicables. En caso de violencia física se encuentra cualquier evidencia que corresponda a: "lesiones o heridas, recientes o antiguas, con y sin evidencia clínica o mediante auxiliares diagnósticos, en ausencia de enfermedades preexistentes" como moretones, raspaduras, cortaduras, fracturas, quemaduras, luxaciones, lesiones musculares, golpes en la región de la cabeza, en la cara, etcétera. Se entiende como indicador de violencia física, cualquier "síntoma y signo indicativo de alteración a nivel del área psicológica; autoestima baja, sentimientos de miedo, de ira, de vulnerabilidad, de tristeza, de humillación, de desesperación, entre otros"[48].

Lo anterior es de gran relevancia, pero en realidad, son muchos los casos que no llegan a las instituciones de salud, ni siquiera a un médico que trate dichas lesiones, quien pueda tomar las medidas necesarias para dar seguimiento a los procesos legales necesarios.

Se supone para la mayoría de las personas, que nuestro hogar es un recinto donde podemos sentirnos seguros, protegidos e incluso felices, sin embargo, esto no es una verdad absoluta para todas las personas ya que existe la otra cara de la moneda, en la que el hogar representa un lugar de miedo, preocupación, incertidumbre, desesperanza e infelicidad.

Este tipo de situaciones no es nuevo, pero se ha convertido en un preocupante efecto de los tiempos actuales, debido a la pandemia por COVID-19 es el incremento de la percepción en la violencia domés-

45 Recuperado de https://www.24-horas.mx/2020/07/03/revocan-nombramiento-a-notario-que-agredio-a-su-esposa-en-edomex-video/.

46 J. Lopez Doriga, Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=5d-EZRYx-jA.

47 Recuperado de https://sidof.segob.gob.mx/notas/5087256.

48 Recuperado de https://www.gob.mx/conapo/documentos/norma-oficial-mexicana-046-ssa2-2005-violencia-familiar-sexual-y-contra-las-mujeres-criterios-para-la-prevencion-y-atencion diciembre 2020.

tica y de género, ya que estas pueden aparecer de la nada o hacerse más notorias, inclusive en aquellos ambientes que consideramos más estables. Sin embargo, no es una situación que se haya establecido por la "cuarentena" vigente en nuestro país; es más bien un hecho agravado por la falta de cultura para compartir el hogar conyugal, frente a la necesidad de permanecer en el, por la pandemia. Ahora, se podría acuñar el término "hogar de cristal", ya que la violencia contra mujeres, niñas y niños se da dentro de la casa familiar, y normalmente, como es costumbre, los victimarios son las personas más cercanas a la víctima, aquéllas en quienes más confianza podría tener la víctima o perjudicado. El maltrato escolar, hoy está dentro del hogar, la prepotencia y machismo se agrava aún más; incluso el 2021 año electoral mexicano, donde se disputan más de 21 mil puestos o cargos de elección popular, o sea por voto libre, público y directo, seguramente por lo que se observa hasta ahora, es posible que se incrementará la violencia de género, haciendo nugatorio el propio Acuerdo aprobado por el Congreso de la Unión, relativo a la paridad en todo, aprobado el 6 de junio de 2019, que reforma nueve artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para proporcionar un ambiente de equidad entre los géneros. Seguramente la pandemia hará más complejo el proceso, pero faltará voluntad de los actores políticos para cumplimentar el Acuerdo de paridad.

Pero ¿por qué el aislamiento ha sido detonante de estas problemáticas? De acuerdo con la señora Dubravka Šimonović relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, señala "… la violencia doméstica ya ha aumentado en muchos países, ya que las medidas que imponen el aislamiento obligan a varias mujeres a permanecer en sus hogares bajo el mismo techo que los perpetradores, aumentando la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia doméstica, incluidos los feminicidios. El riesgo se ve agravado por menos intervenciones policiales; el cierre de tribunales y el acceso limitado a la justicia; el cierre de albergues y servicios para víctimas, y la reducción del acceso a servicios de salud reproductiva".[49]

Casos de violencia familiar o feminicidios en México y el mundo deben ser miles diariamente, por lo que nos permitimos mencionar algunos ejemplos, que pueden ser revisados en la página de Internet señalada como fuente de dicha información:

1. En la revista Proceso, una publicación seria en el país, aparece bajo el título "Matan a golpes a Claudia Matilde, hermana de diputado federal; buscan al feminicida". Claudia Matilde Farrera Esponda fue hallada agonizando, con diversos golpes en todo el cuerpo, de los que ya no pudo recuperarse y falleció[50], consideramos la publicidad por ser hermana de un diputado federal, hecho suscitado en el Estado de Chiapas.

2.- En la misma revista, aparece bajo el título: "Reactivan investigación por muerte de Ángela en casa de rehabilitación de NL; indagan feminicidio" Ángela, de 15 años, murió el pasado 28 de febrero en la Casa de rescate Jesús Salva AC, luego de haber sido víctima de agresión sexual, de acuerdo con sus padres. El principal sospechoso es el pastor Jesús Pérez, quien conducía el refugio donde estaba hospedada la víctima[51].

3.- "Convocan a marcha para exigir justicia por el feminicidio de Sandra Ibeth, docente del Instituto Politecnico Nacional" Con la marcha, que partirá del Monumento a la Revolución al Zócalo, feministas y estudiantes exigen investigar el feminicidio de la profesora del IPN, Sandra Ibeth Ochoa García.[52] En este caso cabe mencionar que se trata de una docente del Instituto Politécnico Nacional, que es una de las instituciones educativas, reconocida en el país.

En cuanto a datos reales de la violencia familiar en México es muy difícil, ya que como sabemos, los gobiernos prefieren minimizar este tipo de casos, independientemente de aquellos que no se denuncias.

En nuestro País, los datos en realidad no son representativos de la realidad, y con tristeza, podemos sostener que el problema de la violencia en todas sus formas es grave, pero por ahora agudizado por la pandemia. México aun cuando en un tiempo se consideró un regreso a la normalidad limitado y el semáforo epidemiológico en naranja, la realidad es que iniciamos el año con semáforo rojo, lo cual no ha disminuido el crecimiento de contagios y muertos.

49 D. Šimonović, Relatora especial sobre el incremento de la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de la Comisión Derechos Humanos de la ONU Consultado y recuperado de: https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx.

50 https://www.proceso.com.mx/nacional/2020/12/29/matan-golpes-claudia-matilde-hermana-de-diputado-federal-buscan-al-feminicida-255276.html.

51 https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2020/12/23/reactivan-investigacion-por-muerte-de-angela-en-casa-de-rehabilitacion-de-nl-indagan-feminicidio-255037.html.

52 https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2020/12/11/convocan-marcha-para-exigir-justicia-por-el-feminicidio-de-sandra-ibeth-docente-del-ipn-254424.html.

En el diario digital denominado INFOBAE del sábado 23 de enero de 2021, se informa que "fueron asesinadas 2,240 mujeres en México en los primeros siete meses de 2020, de acuerdo con cifras oficiales. A pesar del confinamiento ante la pandemia por COVID-19, representa un promedio diario de 10.5 casos y un incremento de 3.1 puntos porcentuales comparado al año anterior"[53].

En el caso de los datos reales de violencia familiar, ocurridos durante el confinamiento por la pandemia, debemos considera que los datos oficiales en ningún momento podrán coincidir con la realidad, pues existen casos en los cuales no se presenta denuncia de los hechos violentos que ocurren en los hogares, debido a factores como, el temor, la imposibilidad de acudir a la autoridad correspondiente, no obstante que existe el número telefónico 911, o la posibilidad de denunciar un delito a través del sitio electrónico, creado por la Agencia Digital de Innovación Pública, solo para la Ciudad de México, en el cual entre otros delitos se puede denunciar la violencia familiar u otros delitos no incluidos en el listado que aparece en su página electrónica, en los cuales no se haya sufrido violencia, sitio que está a cargo de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México[54].

Conforme a las recomendaciones de la OMS "dirigidas a los proveedores de servicios de salud que entran en contacto con mujeres que han sufrido actos de violencia deben estar capacitados para identificar los signos propios de estas situaciones y responder de manera adecuada y segura. Las personas expuestas a la violencia requieren servicios de salud integrales y sensibles a las cuestiones de género, que aborden las consecuencias de la violencia tanto para la salud física como mental y que las ayuden a recuperarse. Las mujeres también pueden requerir servicios de intervención en casos de crisis para prevenir mayor daño. Además de prestar servicios médicos inmediatos, el sector de la salud puede convertirse en un medio de acceso decisivo para brindar asistencia mediante la respuesta a la violencia de pareja y a la violencia sexual contra las mujeres derivación a servicios específicos sobre violencia contra la mujer u otras formas de ayuda que las mujeres puedan necesitar posteriormente, como la seguridad social y la asistencia jurídica"[55].

Efectivamente la violencia familiar, considerada por la Organización Mundial de la Salud como un problema de salud pública y derechos humanos, afecta primordialmente a las mujeres y niñas, pero también desintegra al grupo básico por excelencia. La problemática que permanentemente se vive en este tema, lacera a la sociedad, aunado al grave problema del COVID 19, de esta pandemia que no reconoce ni distingue clase social, edad, sexo, credos religiosos ni ideas políticas, hay una circunstancia digna de mencionarse en un trabajo de esta naturaleza, se refiere a la violencia involuntaria cometida por los integrantes de la familia, sea cual fuere el grupo de hogar de qué se trate, cuando uno de sus miembros contrae esta enfermedad, letal, inmisericorde, difícil de combatir, quien se contagia, decíamos incluso por protección a su propia familia, debe permanecer aislado, sólo, sin posibilidad de convivir; y si fallece, deja la vida cotidiana, sin una despedida digna, sin compañía, no lo sabemos, pero posiblemente desconociendo lo que ocurre, pues hay quienes terminan con un coma inducido, un tubo en la tráquea, un respirador artificial, pero sin el calor ni el cariño de sus seres queridos, a su alrededor. Esta es entre otras, una causa de la pandemia que vive el mundo, efectivamente nos está dejando una gran enseñanza, pero nuestra pregunta es ¿cuándo va a parar, hasta dónde vamos a llegar? No lo sabemos, es algo que ni científicos ni investigadores pueden hasta hoy, definir. Seguramente los efectos en cadena, presionarán al núcleo social por excelencia, y como consecuencia de ello, también al Estado.

10. Conclusiones

1. La violencia, en cualquiera de sus formas, destacadas en este trabajo, es un problema de salud pública y derechos humanos, de los estados del globo terráqueo, de las autoridades y de los integrantes de la familia.

2. Ancestralmente se ha vivido la violencia de género, normalmente en contra de la mujer, por habérsele considerado durante varios siglos, como un ser vulnerable, el sexo débil, además de dotarle de incontables estereotipos que han impedido el avance de ambos géneros, al unísono.

53 INFOBAE, recuperado de 24 enero 2021. https://www.infobae.com/america/mexico/2020/08/26/fueron-asesinadas-2240-mujeres-en-mexico-en-los-primeros-siete-meses-de-2020-de-acuerdo-con-cifras-oficiales/.

54 Denuncia Digital Ciudad de México, recuperado el 24 de enero de 2021 https://denunciadigital.cdmx.gob.mx/.

55 OMS y Organización Panamericana para la Salud, recuperada el 20 de enero de 2021, https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/7705/WHORHR13_10_esp.pdf?ua=1.

3. Cuándo contrastamos los diferentes tipos de violencia, cuyo más extremo efecto es el Feminicidio, nos percatamos de que esa problemática debe atacarse de raíz, y seguramente nuestros lectores coincidirán conmigo en que la falta de cultura, el condicionamiento social, las formas tradicionales de educar a hombres y mujeres en el seno de la familia, son la fuente originadora de la violencia.

4. El mundo entero hoy, y posiblemente durante una larga época, tendrá que modificar su conducta, cambiar sus criterios educativos e informativos, para que en el propio seno del hogar, y con las políticas públicas que real y efectivamente pongan los estados miembros de la comunidad internacional, en práctica, podamos combatir la errática forma de convivencia que hoy, en pleno siglo XXI, seguimos alentando, pretendiendo que el varón es dueño de los medios de producción, y por lo tanto es el único que tiene derecho a desenvolverse en los diversos ámbitos de la competencia laboral, política, económica, entre otras.

5. Es un problema de cultura, el de la violencia, y amalgamado con la pandemia y la falta de oportunidades que está produciendo, la problemática en el seno familiar, se hace aún más aguda, habrá que esperar, cuantos divorcios, maltratos, violaciones a menores, adolescentes o mujeres de edad madura, sobrevivirán frente a esta grave problemática y sus efectos.

6. En tanto los ciudadanos del mundo no tomen conciencia y responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para el combate de la pandemia que vivimos, como son: el quedarse en casa cuando se requiera, lavado constante de manos a fondo y con frecuencia, o usar gel antibacterial, evitar tocarse los ojos, boca y nariz, cubrirse la boca con el codo flexionado o con un pañuelo el cual se debe desechar y lavarse las manos, por supuesto el uso de mascarilla y mantener una distancia de al menos un metro (sana distancia) con las demás personas, consideramos que la situación en nuestro país y el mundo, puede llegar al grado de que dichas medidas se vuelvan coercitivas y con alguna sanción, como ya ha ocurrido en algunos países.

Interventi

*Sara Boicelli**

La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento. Prospettive giusfemministe

Sommario

1. La gestazione per altri tra tradizione e nuove tecnologie. – 2. *Il corpo è mio e lo gestisco io:* libertà di scelta, autodeterminazione ed *empowerment*. – 3. La gestazione per altri come forma di sfruttamento: l'impatto del neoliberalismo sul diritto e il movimento femminista. – 3.1 La *commodification* della capacità riproduttiva delle donne. – 3.2 Un approccio intersezionale: l'*outsourcing* e la delocalizzazione del lavoro riproduttivo. – 4. La gestazione per altri altruistica: una possibile soluzione? – 5. Per una valorizzazione della dimensione relazionale della gravidanza.

Abstract

A causa della sua capacità di sollevare numerose e importanti questioni etiche e giuridiche, la gestazione per altri è ancora oggi un tema caldo sia nel dibattito pubblico che in quello accademico. L'articolo si focalizza sulle posizioni del cosiddetto "*choice feminism*", che vede nella GPA un'occasione di liberazione per le donne, e su quelle delle giuriste femministe che ritengono, al contrario, che la pratica rappresenti una forma di sfruttamento del corpo femminile, resa sempre più socialmente accettabile dal contesto neoliberale in cui essa si è (ri)affermata.

Due to its ability to raise several ethical and legal issues, surrogacy continues to be a divisive topic in both public and academic debate. This article focuses on the arguments of choice feminism, which considers surrogacy an opportunity for women's liberation, and those of feminist scholars who see it as a form of exploitation of the female body, made socially acceptable by the neoliberal context in which surrogacy has re-emerged.

1. La gestazione per altri tra tradizione e nuove tecnologie

A partire dalla fine degli anni Ottanta, quando il caso statunitense *Baby M*[1] ha attirato l'interesse di tutto il mondo, la gestazione per altri[2] ha iniziato a essere al centro di un acceso – e non ancora concluso – dibattito pubblico e accademico nazionale e internazionale, che ha condotto giuristi e attivisti a confrontarsi sull'opportunità di legittimare (e incentivare) la pratica.

* Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 *Baby M* è considerato il primo caso ufficiale di gestazione per altri. A seguito del rifiuto da parte della gestante (anche genitore biologico della bambina, insieme al padre committente) di consegnare la neonata ai committenti e di rinunciare ai propri diritti genitoriali, ha avuto inizio una lunga vicenda processuale, conclusa nel 1987 con la dichiarazione di invalidità del contratto da parte della Corte suprema del New Jersey.

2 Come sovente accade in relazione a temi etici così divisivi, anche il nome utilizzato per indicare la pratica è oggetto di un acceso dibattito. Riferirsi alla pratica come "maternità surrogata", "utero in affitto" o "gestazione per altri", infatti, consente

Tuttavia, nonostante la gestazione per altri abbia iniziato a guadagnare l'attenzione dell'opinione pubblica solo da pochi decenni e sia annoverabile, al pari della donazione di sperma e di ovuli, tra le *tecnologie riproduttive*, essa presenta una storia ben più risalente.

Invero, con tale denominazione si indica in modo generico quella pratica attraverso cui, a seguito di un accordo a titolo oneroso o gratuito, una donna inizia una gravidanza con il preciso intento di rinunciare, al suo termine, ai propri diritti genitoriali cedendo il nascituro alla coppia o al singolo committente[3]. Il primo caso "documentato" di gestazione per altri è già individuabile nel famoso racconto biblico dedicato alla storia di Abramo e della moglie Sara, in cui quest'ultima – sterile, dunque incapace di offrire al marito una discendenza biologica "legittima" – chiede all'uomo di giacere con la schiava Agar, così da poter avere figli per mezzo di essa. Tra gli innumerevoli spunti di riflessione[4], questo racconto consente di distinguere altresì tra le due possibili forme di gestazione per altri, quella *tradizionale* e quella *gestazionale*.

La prima, di cui è un esempio la vicenda raccontata nella Genesi, non richiede necessariamente l'intervento della scienza: l'ovulo fecondato è quello della gestante e il materiale biologico maschile appartiene all'uomo della coppia committente. Al contrario, la GPA *gestazionale* presenta – grazie al progresso scientifico, che ha consentito l'esecuzione del processo di fecondazione in laboratorio[5] – un ventaglio di possibilità decisamente più esteso: il gamete femminile potrebbe provenire dalla donna – o da una delle donne, anche se è più raro – della coppia committente (eventualità che non si presenta nel caso di una coppia di uomini omosessuali) oppure da una terza donna, diversa dalla gestante e dalla committente. Allo stesso modo, il gamete maschile potrebbe essere quello dell'uomo – o di uno degli uomini – della coppia committente, oppure essere donato da un soggetto terzo, estraneo alla coppia[6]. In altri termini, il progresso scientifico-tecnologico ha permesso un progressivo superamento della pratica nella sua forma tradizionale, determinando, al contempo, un allargamento significativo del bacino di fruitori della pratica[7], che oggi non può più essere considerata solo come uno strumento attraverso cui porre rimedio all'infertilità femminile.

Rispetto ad altre tecnologie riproduttive, pertanto, la gestazione per altri ha un impatto ancora più significativo sul contesto socio-culturale e sulle relazioni familiari: la sua inedita capacità di moltiplicare i ruoli genitoriali e di differenziare tra genitore sociale e biologico[8] sta determinando, infatti, un progressivo abbattimento della famiglia nucleare, ossia il modello familiare tradizionalmente inteso[9]. Risulta evidente, dunque, la sua attitudine a porre enormi questioni etiche e giuridiche; in particolar modo,

di rivelare, anche implicitamente, il proprio posizionamento rispetto al tema. Per questo articolo, si è deciso di optare per il termine più "neutro" e capace di restituire la complessità della pratica e delle questioni etiche che essa pone. Come si vedrà nel corso del paper, infatti, la gestazione per altri si caratterizza per essere una pratica "relazionale" (G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 85), capace di coinvolgere una molteplicità di soggetti e, in particolar modo, di racchiudere esperienze diverse.

3 O. S. Jovic, *Surrogate motherhood as a medical treatment procedure for women's infertility*, in *Medicine and law*, 2011, 1, p. 23.

4 Il racconto biblico fornisce numerosi spunti di riflessione. In primo luogo, consente di riflettere su come la pratica sia chiaramente nata nel contesto di una cultura definibile "*omosociale*", con l'intento di garantire la trasmissione dei geni paterni anche a fronte dell'infertilità della moglie (sul punto S. Pozzolo, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, in *Ragion pratica*, 2021, 1, p. 167). Inoltre, come sottolinea R. Bin, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2016, 2, pp. 1 ss., le vicende successive al concepimento e alla nascita di Ismaele evidenziano come la pratica abbia posto importanti quesiti giuridici fin dalla sua prima diffusione. Alcuni di questi, come la distinzione tra figli legittimi e illegittimi, sono ormai superati, mentre altri risultano ancora attuali: nella Genesi, ad esempio, dopo aver scoperto di essere incinta, Agar cerca di sottrarsi più volte al controllo di Sara, che viene ripristinato, contestualmente ai suoi diritti genitoriali, prima da Abramo e poi da un angelo, simbolo della Legge.

5 S. Pozzolo, *Locatio Ventris*, cit., p. 166. Più ampiamente, si veda inoltre A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, Mimesis, 2020.

6 G. Viggiani, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in *Ragion pratica*, 2021, 1, pp. 146 ss.

7 In tal senso, infatti, è evidente che la forma gestazionale consente anche a soggetti dapprima esclusi – come, ad esempio, coppie eterosessuali completamente sterili oppure coppie omosessuali – di avere accesso alla pratica.

8 L. Sugamele, *Aspetti critici della "gestazione per altri". Libertà o limite dell'autodeterminazione femminile: neo-patriarcato e tecnologia*, in *Scienza & Filosofia*, www.scienzaefilosofia.com, 2020, 23, p. 79.

9 Si tratta di un potenziale trasformativo che non viene negato dalle teoriche contrarie alla pratica. Si veda, a titolo di esempio, D. Satz, *Why Some Things Should Not Be For Sale. The Moral Limits Of Markets*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 131.

sull'esistenza di un diritto alla genitorialità tale da giustificare la legittimazione della pratica[10], ma anche sui diritti dei minori – specie il diritto a conoscere le proprie origini[11] e al riconoscimento formale dello *status filiationis* – e del loro bilanciamento con la tutela dell'ordine pubblico negli Stati in cui la pratica è illecita[12].

Da una prospettiva femminista, però, le questioni più rilevanti concernono il rilievo del corpo della donna e della sua capacità riproduttiva, rispetto alle quali ancora oggi il femminismo non è stato in grado di raggiungere una posizione unitaria. Invero, nel ricco panorama femminista alcune teoriche e attiviste sostengono apertamente la gestazione per altri (anche se, talvolta, solo quando sia eseguita a titolo gratuito), nella convinzione che essa rappresenti un mezzo per consentire alle donne di riscattarsi dall'immagine di soggetti troppo deboli ed emotivi per potersi autodeterminare. In questa prospettiva, la gestazione per altri è vista come un'opportunità per ottenere la medesima considerazione e rispetto riservati agli uomini e la lotta per la sua liceità come una strada da percorrere per raggiungere una piena emancipazione femminile. Tuttavia, vi sono altrettante femministe che considerano la GPA come una nuova forma di sfruttamento della capacità riproduttiva delle donne, inserendo la pratica e il suo sostegno da parte di un certo femminismo all'interno delle trasformazioni sociali e giuridiche determinate dall'avvento del neoliberalismo.

La prospettiva che si è deciso di adottare in questa sede è *giusfemminista*[13]: per questa ragione nei prossimi paragrafi si ricostruiranno gli argomenti avanzati a sostegno e contro la pratica da parte delle due correnti femministe sopracitate. In particolar modo, si analizzeranno le posizioni femministe rispetto alla GPA *commerciale*, soffermandosi solo nel penultimo paragrafo su quella definita "altruistica", da alcuni indicata come possibile soluzione a parte dei dilemmi etici sollevati dalla pratica.

Non si tenterà, invece, né di ricostruire il variegato regime giuridico della gestazione per altri – che, come è noto, dipende da esclusive scelte legislative nazionali – né di dar conto dei dibattiti sul diritto alla genitorialità e sulla posizione giuridica del nascituro che, pur costituendo elementi imprescindibili per una completa comprensione del tema, non sono strettamente legati alla valutazione della gestazione per altri come pratica di sfruttamento o di liberazione femminile.

10 Ad esempio, per Brighouse e Swift l'individuo è titolare di un diritto a diventare genitore, a instaurare un rapporto genitoriale, che è da distinguere, invece, dal diritto a un figlio biologico. Questo è un tema di particolare rilevanza per la comunità LGBTQIA+, in particolare per le coppie di uomini omosessuali che, per ovvie ragioni, non possono ricorrere ad altre tecnologie riproduttive per avere un figlio biologico. Tuttavia, come evidenzia Boucai, la tendenza di parte della comunità a rivendicare un diritto a procreare, invece che a diventare genitori, "*idealize a biological model of parenthood, and threaten to entrench regressive doctrines in family and constitutional law*." (M. Boucai, *Is Assisted Procreation an LGBT Right?*, in *Winsconsin Law Review*, 2016, p. 1107), rinforzando la priorità e l'importanza della filiazione biologica su quella adottiva. In un certo senso, potrebbe affermarsi che queste rivendicazioni aderiscano a un modello patriarcale e capitalista. Per approfondire il tema si rinvia a L. Guizzardi, *Il diritto di (far) fare un figlio: alcune riflessioni*, in *notizie di POLITEIA*, 2020, XXXVI, 140, pp. 64 ss.

11 Sul punto si rinvia a L. Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profli di diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 2016, 1, pp. 43 ss.

12 Come è noto, questo è un tema di grande rilevanza per l'ordinamento italiano. Per un approfondimento sulle problematicità relative alla trascrizione dell'atto estero di nascita si rinvia a S. Tonolo, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in questa *Rivista*, 2019, 2, pp. 61 ss. e K.T. Shappo, *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, in questa *Rivista*, 2020, 1, pp. 66 ss. Come è noto, questo è un tema di grande rilevanza per l'ordinamento italiano. Per un approfondimento sulle problematicità relative alla trascrizione dell'atto estero di nascita si rinvia a S. Tonolo, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in questa *Rivista*, 2019, 2, pp. 61 ss. e K.T. Shappo, *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, in questa *Rivista*, 2020, 1, pp. 66 ss. Tuttavia, diversi/e giuristi/e sottolineano come vi sia una tendenza a far coincidere con il principio del *best interest of the child* il solo diritto del minore al riconoscimento dello *status filiationis* acquisito all'estero, escludendo così qualunque altra valutazione sulla compatibilità della fattispecie in relazione ad altri valori, quali – ad esempio – l'interesse del minore alla conservazione del nome della madre. Elemento criticità individuato da diversi/e giuristi/e. In tal senso, come afferma J. Long, *Di madre non ce n'è una sola,* in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, CIRSDe, 2019, pp. 145 ss., sembra che tale principio operi al di fuori dell'ordine pubblico internazionale. Sull'incapacità del migliore interesse del minore così declinato a restituire l'interezza degli elementi qualificanti del complesso tema di cui si sta trattando si rinvia anche a B. Pezzini, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *op. cit*, pp. 202 ss.

13 Per una prospettiva *queer* si rinvia a A. Roth, *What Does Queer Family Equality Have to Do with Reproductive Ethics*?, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2016, 1, pp. 27 ss.; L. Guizzardi, *"Facciamo un figlio?" La presenza del Terzo nel progetto di due mamme o di due papà di avere un figlio*, in *AIS Journal of Sociology*, 2020, 15, pp. 87 ss.; L. Guizzardi, *La maternità surrogata nell'immaginario maschile gay*, in *gender/sexuality/italy*, www.gendersexualityitaly.com, 2020, 7, pp. 192 ss.

2. *Il corpo è mio e lo gestisco io:* libertà di scelta, autodeterminazione ed empowerment

Parte del femminismo liberale, da alcune teoriche denominato "*choice feminism*"[14], affronta il tema della gestazione per altri attraverso la specifica lente del principio di eguaglianza formale e della tutela dell'autonomia e della libertà delle donne in tema di diritti riproduttivi.

Per alcune esponenti di questa corrente, come l'avvocata Carmel Shalev e l'accademica americana Marjorie Shultz, infatti, negare la possibilità di prestarsi alla pratica – in particolare, nella sua forma commerciale – e/o prevedere un regime giuridico diverso da quello applicato alla donazione di sperma – di norma consentita anche nei Paesi in cui la GPA è illecita – rappresenta un'altra delle innumerevoli discriminazioni subìte dalle donne. In tal senso, l'illiceità della gestazione per altri è interpretata come un tentativo di intervenire sulla *libertà di scelta* femminile attraverso la previsione di limitazioni di natura paternalistica[15], finalizzate a "ingabbiare" le donne nel ruolo di persone troppo *fragili*, *materne* e *pure* per poter decidere legittimamente di mercificare il proprio corpo e le proprie capacità riproduttive[16].

Utilizzando le parole scritte dalla bioeticista femminista Chiara Lalli sulle pagine di *Internazionale*:

> "La questione riguarda anche la libertà di una donna di decidere di portare avanti la gravidanza per qualcun altro. E definire questa scelta come necessariamente un abuso, una violazione, una forma di schiavitù è un errore grossolano. Passare da 'io non lo farei' a 'nessuno dovrebbe farlo' non è un ottimo argomento. E se quella donna non è solo un corpo, sarà pure un cervello con la possibilità di decidere cosa fare del proprio corpo senza che nessuno si permetta di dare consigli non richiesti."[17]

Il divieto di GPA costituisce, insomma, una limitazione dannosa, che impone alle donne di adeguare i propri desideri e aspirazioni all'unico modello femminile accettato dalla morale corrente[18]. In particolare, quest'ultima è vista come discriminatoria, poiché vieta alle donne di prestarsi alla gestazione per altri commerciale, consentendo, al contempo, la donazione di sperma e il rapporto baliatico, per mezzo del quale le donne non vendono il proprio utero, ma il servizio del proprio seno[19].

A causa di una presunta e inedita alleanza tra alcune frange del femminismo ed esponenti politici e religiosi[20], dunque, per le femministe della scelta le donne continuano a essere considerate come "eterne

14 Il termine "choice feminism" è stato introdotto nel dibattito femminista da L. Hirshman, *Homeward Bound*, in *The American Prospect*, https://prospect.org/article/homeward-bound-d2/, 21 novembre 2005, (8/03/2023) con specifico riferimento ad alcune questioni relative al lavoro domestico femminile. Tuttavia, dopo il successo riscosso, ha iniziato a essere utilizzato per descrivere quella particolare corrente femminista che celebra la "scelta". La convinzione su cui essa si basa, infatti, è che ogni donna sia capace di giudicare da sé, senza interferenze, se qualcosa sia contro il proprio interesse; da ciò consegue che ciascuna delle sue scelte è da considerare legittima e limitabile solo in caso di danni a terzi. In tal senso, una scelta sbagliata e lesiva dei propri interessi è in ogni caso considerata preferibile a limitare la libertà delle donne. Per il complesso rapporto tra questa corrente femminista e le altre, spesso accusate dalla prima di essere paternaliste e moraliste, si rinvia a M. Ferguson, *Choice Feminism and the Fear of Politics*, in *Perspectives on Politics*, 2010, 8, 1, pp. 247 ss.

15 C. Shalev, *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè Editore, 1992, p. 126.

16 M. Shultz, *Reproductive technology and intent-based parenthood: an opportunity for gender neutrality*, in *Wisconsin Law Review*, 1990, 2, p. 380.

17 C. Lalli, *Il no pretestuoso di alcune femministe alla maternità surrogata*, in *Internazionale*, https://www.internazionale.it/opinione/chiara-lalli/2015/12/04/femministe-maternita-surrogata, 4 dicembre 2015, (8/03/2023).

18 *Ibidem*.

19 C. Lalli, *Dilemmi sulla Bioetica*, Napoli, Liguori, 2007, p. 209. La similitudine con il rapporto baliatico è sovente riproposta per sostenere la tesi della legittimità della gestazione per altri commerciale e la presenza di una generale incoerenza dell'ordinamento rispetto alle attività che concerno la commercializzazione del corpo della donna. Attraverso un contratto baliatico (a titolo oneroso) la balia assume su di sé l'obbligo di svolgere un'attività di allattamento e di cura dell'infante: come indica R. Bin, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit., p. 4, seppur fondato su una evidente disparità economica, questo accordo è stato di fondamentale importanza per la borghesia, in particolare di fine Ottocento e inizio Novecento, tanto da divenire oggetto di una specifica disciplina (D.lgs. 4 agosto 1918, n. 1395), ancora oggi sopravvissuta nelle disposizioni del Testo unico delle leggi sanitarie. Tuttavia, come sostiene B. Sgorbati, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2016, 2, p. 119, per quanto il contratto baliatico coinvolga una sfera delicata dei rapporti umani, le due attività oggetto della prestazione sono assai diverse: in un caso, infatti, si chiede di svolgere un'attività di cura, nell'altro di crescere e nutrire dentro il proprio corpo e di dare vita a un altro essere umano.

20 L'accusa più mossa nei confronti delle femministe che si oppongono alla pratica è, infatti, quella di essersi alleate con la Chiesa cattolica e i partiti conservatori, considerati espressione diretta del sistema patriarcale. A mero titolo di esempio, C. Lal-

incapaci"[21], soggetti rispetto ai quali il diritto deve essere utilizzato come una sorta di "badante"[22], non per impedire a terzi di cagionare dei danni, ma per evitare alle stesse di ledere, attraverso l'esercizio della scelta e l'autodeterminazione sul corpo, i propri interessi[23].

Tuttavia, la mera liceità della gestazione per altri di tipo commerciale non è ritenuta sufficiente per garantire alle donne una piena liberazione dall'oppressione patriarcale. Pur non essendo opinione universalmente condivisa, è diffusa l'idea che la pratica rappresenti un'occasione di emancipazione solo nel caso in cui la sua disciplina sia equiparata a quelle di tutte le altre tecniche riproduttive che implichino una cosiddetta "delega a procreare"[24]. Nell'ambito di queste tecnologie, si ritiene essere fondamentale e implicita, infatti, la volontà di colui o colei che fornisce il materiale biologico – o, nel caso specifico della gestazione per altri, il proprio corpo – a rinunciare, senza alcun diritto di ripensamento, a ogni pretesa e diritto genitoriale nei confronti del nascituro.

Differenziare giuridicamente la posizione del donatore di sperma e della gestante – negando al primo il diritto al ripensamento e riconoscendolo, invece, alla seconda – è considerato un tentativo di legare le donne alle loro caratteristiche biologiche, storicamente causa della loro posizione di subordinazione all'interno della società, alimentando e rafforzando l'idea non solo di una loro generale inaffidabilità e irrazionalità[25], ma anche quella convinzione, derivante dal culto della maternità[26], che il ruolo di madre sia talmente essenziale nella vita della donna da prendere il sopravvento "*over her formation of emotional, intellectual and interpersonal decisions and expectations, as well as over others' reliance on the commitments she has earlier made*"[27].

Al contrario, consentire la pratica nella sua forma commerciale e prevedere, contestualmente, l'esecuzione coatta della principale prestazione (la consegna del nascituro) consentirebbe la diffusione di una diversa concezione di soggettività femminile e di maternità. In particolare, si garantirebbe alle donne di essere finalmente viste come "razionali ed eticamente responsabili" [28] e, allo stesso tempo, si negherebbe la presenza di un innato istinto materno nei confronti del feto da parte della donna che lo porta in grembo, una credenza che nel tempo si è rafforzata soprattutto a causa degli obblighi sociali imposti alle madri biologiche dopo il parto[29].

li, *La strana alleanza contro la maternità surrogata,* in *Internazionale,* https://*www.internazionale.it/opinione/chiara-lalli/2016/02/03/dibattito-maternita-surrogata*, 3 febbraio 2016 (8/03/2023). Come è noto, la posizione dottrinale ufficiale della Chiesa cattolica riguardo alla gestazione per altri è da individuare nell'istruzione *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, in cui si afferma che la pratica è "contraria all'unità del matrimonio e alla dignità della procreazione della persona umana" e "una mancanza oggettiva di fronte agli obblighi dell'amore materno, della fedeltà coniugale e della maternità responsabile" (Congregazione per la dottrina della fede, *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*,www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_it.html1987, 22 febbraio 1987, 28 marzo 2023. È interessante notare come l'introduzione della pratica nell'ordinamento israeliano sia avvenuta, al contrario, grazie alla centralità del valore della procreazione nella religione ebraica, di cui si trova prova sia nella *Torah* che nel *Talmund*. Per un approfondimento sul tema si rinvia alla recente monografia E. Martinelli, *Procreazione e biotecnologie nel pensiero ebraico e nel sistema giuridico israeliano*, Torino, Giappichelli, 2023 e a E. Falletti, *Genitorialità e principio di uguaglianza: la via israeliana alla gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2022, 1, pp. 134 ss.

21 C. Lalli, *Dobbiamo parlare di maternità surrogata in modo razionale*, in *Internazionale*, https://www.internazionale.it/opinione/chiara-lalli/2016/09/27/maternita-surrogata-liberta-ricerca, 27 settembre 2016, (8/03/2023).

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

24 C. Shalev, *Nascere per contratto*, *cit*., p. 125.

25 *Ivi*, p. 126.

26 M. Shultz, *Reproductive technology and intent-based parenthood: an opportunity for gender neutrality*, cit., p. 382.

27 *Ivi*, p. 384.

28 C. Shalev, *Nascere per contratto*, cit., p. 127.

29 *Ibidem*.

3. La gestazione per altri come forma di sfruttamento: l'impatto del neoliberalismo sul diritto e il movimento femminista

Autodeterminazione e libertà rappresentano degli argomenti molto forti a sostegno della pratica. A prescindere dal posizionamento ideologico delle sue esponenti, infatti, le rivendicazioni femministe hanno come obiettivo la liberazione delle donne da una posizione di assoggettamento e dai vincoli storicamente e socialmente imposti sul loro corpo e sulla loro vita da parte del patriarcato. Tuttavia, come si è anticipato, una parte del femminismo contesta le posizioni favorevoli alla GPA, ritenendo che la gestazione per altri non rappresenti una pratica utile al raggiungimento dell'emancipazione femminile, bensì una forma di sfruttamento del corpo delle donne che ha potuto godere del beneficio di essere "riscoperta" in un periodo storico in cui l'ideologia dominante è quella neoliberale.

Per poter comprendere appieno le argomentazioni avanzate contro la GPA commerciale, è necessario chiarire alcune questioni preliminari sul neoliberalismo e sulle trasformazioni sociali e giuridiche che si ritiene siano state determinate dal suo avvento.

In primo luogo, è indispensabile considerare che, in questo contesto, il neoliberalismo non viene inteso come un semplice sistema economico, ma come un'ideologia e una razionalità governamentale[30] che costruisce attivamente – attraverso la presenza di incentivi e la minaccia di esclusione sociale [31] – una società in cui tutti gli individui si autogovernano e concepiscono il rapporto con gli altri membri della collettività in funzione di un solo principio, ossia quello della concorrenza generalizzata. Da ciò consegue che il soggetto neoliberale si autorappresenta come imprenditore di se stesso e ogni scambio con gli altri individui viene utilizzato come un'occasione di investimento per massimizzare i propri risultati e il proprio potenziale commerciale[32]. Si è di fronte, pertanto, a un processo di mercantilizzazione di ogni settore della vita e dei rapporti umani: il mercato non è più una parte dello spazio privato, ma invade ogni spazio, incluso quello pubblico[33].

Secondo alcune teoriche giusfemministe, ciò ha dato luogo a un importante processo di decostituzionalizzazione, che ha avuto tra i suoi principali esiti la risignificazione del principio di libertà in un'ottica unicamente mercantilistica[34]. Tale principio ha subìto, infatti, una forte minimalizzazione rispetto al passato: se alla sua affermazione la libertà veniva intesa come una condizione e identificata sia con un'assenza di schiavitù, ma anche di asservimento e assoggettamento, con l'avvento del neoliberalismo essa ha iniziato a coincidere con la sola capacità di compiere una scelta tra più opzioni[35]; una libertà ridotta esclusivamente alla scelta, della quale, peraltro, non viene indagata né la qualità delle opzioni possibili né le condizioni in cui essa viene compiuta[36].

Congiuntamente alla mercantilizzazione neoliberale, tale mossa riduzionistica viene considerata la causa dell'assimilazione della libertà personale alle libertà economiche, nonché della confusione tra diritti patrimoniali e fondamentali e del conseguente utilizzo del contratto e del diritto privato per regolamentare ogni pratica e attività umana[37].

30 P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2019, p. 6. Inoltre, si ritiene necessario precisare che la concezione di razionalità governamentale di Dardot e Laval non si riferisce al solo governo inteso come istituzione, bensì all'insieme di tutte quelle tecniche e procedure – non necessariamente realizzate da appartenenti al governo-istituzione – finalizzate a strutturare e organizzare sia l'azione dei governanti che quella individuale dei governati.

31 S. Vida, *Neoliberalismo, biopolitica e schiavitù. Il capitale umano in tempo di crisi*, in *Cosmopolis - Rivista di filosofia e teoria politica*, www.cosmopolisonline.it, 2016, XIII, 2.

32 P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, *cit*., p. 244.

33 A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 31.

34 W. Brown, P.E. Gordon, M. Pensky, *Authoritarianism: Three Inquiries in Critical Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, p.13.

35 O. Giolo, *Il diritto neoliberale*, Napoli, Jovene, 2020, p. 96.

36 In particolare, secondo A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione*, cit., pp. 66 ss. per considerare libera una scelta non è sufficiente che la persona sia autonoma, ma devono essere verificati tre diversi requisiti: lo status giuridico di soggetto libero, dunque deve essere accertato che il soggetto non sia sottoposto al dominio altrui; l'assenza di interferenze, pressioni e condizionamenti che potrebbero determinare la presenza di un controllo indiretto, pertanto devono essere valutate le risorse economiche così come le capacità culturali, morali, psicologiche del soggetto che compie la scelta; l'esistenza di una scelta alternativa che possa essere concretamente praticata.

37 A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione*, cit., p. 32.

Queste dinamiche sono particolarmente visibili con riferimento alle pratiche che concernono il corpo e gli atti della sua disposizione: prima escluso dalla commercializzazione e titolare di una specifica dignità, per taluni oggi il corpo è ridotto a una merce al pari di una casa o di un'automobile, uno strumento di (auto)investimento sfruttabile nell'ottica dell'accrescimento del potenziale commerciale. Una qualsiasi restrizione di tale disponibilità sembra essere classificata come un'ingerenza ingiustificata, una lesione della libertà individuale da parte di uno Stato eccessivamente moralista e paternalista[38].

Dal contesto appena descritto, risulta chiaro come una delle principali caratteristiche del neoliberalismo sia la sua pervasività. Non deve sorprendere, dunque, se alcune teoriche femministe ritengono che la nascita e la diffusione del *choice feminism* sia da interpretare come un sintomo della convergenza tra il movimento femminista e il pensiero neoliberale[39]. D'altronde, il femminismo della scelta è particolarmente compatibile con il neoliberalismo: esso si fonda, infatti, sulla convinzione che ogni scelta compiuta dalla donna sia intrinsecamente emancipatoria, anche (e in particolar modo) quando contempla la mercificazione del corpo; in tal senso, ogni comportamento che implichi una sorta di capitalizzazione delle proprie risorse e caratteristiche viene percepito come il segno di una donna emancipata, "imprenditrice di se stessa", capace di autoinvestire su di sé e di utilizzare come strumento a proprio vantaggio tutte quelle peculiarità che hanno sovente consegnato le donne stesse a un destino di oppressione e subordinazione. In altri termini, quando il soggetto che sceglie tra più opzioni è una donna, il semplice atto della scelta viene fatto coincidere con la sussistenza di una condizione di libertà e una rottura dalle catene dell'oppressione patriarcale, anche quando essa sembra aderire in toto alla tradizionale concezione del corpo della donna (servile, materno e del piacere)[40]. Qualsiasi tentativo di privare di tale possibilità di scelta le donne viene considerato, al contrario, un atto di oppressione.

In particolare, la gestazione per altri è considerata come una delle pratiche più problematiche che si ritiene siano state ingiustamente riabilitate dalla società neoliberale e dal *choice feminism*[41].

3.1. La *commodification* delle capacità riproduttive delle donne

Gli argomenti più utilizzati per opporsi alla gestazione per altri commerciale sono due. Il primo è strettamente legato a quel processo di mercantilizzazione della vita e dei rapporti umani di cui si è parlato nel paragrafo precedente: la pratica prevede, infatti, la *commodification* di beni – ossia il corpo e la capacità riproduttiva delle donne – che non dovrebbero essere sottoposti alle regole del mercato. In particolare, tra le femministe critiche della GPA è ancora molto sostenuta e diffusa un'argomentazione avanzata dalla filosofa Elizabeth Anderson all'inizio degli anni Novanta:

> *To say that something is properly regarded as a commodity is to claim that the norms of the market are appropriate for regulating its production, exchange, and enjoyment. To the extent that moral principles or ethical ideals preclude*

38 *Ibidem*.

39 Per necessità di semplificazione, nel corso dell'elaborato si parla genericamente di convergenza tra femminismo e neoliberalismo. Tuttavia, si ritiene necessario specificare che sul punto le posizioni divergono. Vi sono accademiche femministe, come Fraser ed Eisenstein, che sostengono la cosiddetta *teoria della complicità*, che afferma che il femminismo non ha semplicemente "assorbito" alcuni aspetti ideologici del neoliberalismo, ma che esso ha contribuito a fornire le basi sociali e culturali che hanno creato le condizioni ottimali per la sua affermazione (N. Fraser, *Oltre l'ambivalenza: la nuova sfida del femminismo*, in *Scienza & Politica. Per una Storia delle dottrine*, www.scienzaepolitica.unibo.it, 2016, 28, 54, pp. 87 ss.; H. Eisenstein, *A Dangerous Liaison? Feminism and Corporate Globalization*, in *Science and Society*, 2005, 69, pp. 487 ss.). Al contrario, McRobbie sostiene la *teoria dell'appropriazione*, per cui il neoliberalismo – intrinsecamente incompatibile con i principi promossi dal femminismo – è stato in grado di appropriarsi di alcune rivendicazioni del movimento col fine di introdurre una corrente femminista compatibile con il proprio progetto governamentale (A. McRobbie, *The Aftermath of Feminism. Gender, Culture and Social Change*, Los Angeles, Sage, 2009, pp. 1 ss).

40 M. Ferguson, *Choice Feminism and the Fear of Politics*, cit., p. 248.

41 La letteratura critica sul *choice feminism* è molto ampia e non si limita alla gestazione per altri. Invero, essa comprende riflessioni sull'apertura di questa corrente femminista alla chirurgia estetica e a pratiche di reificazione del corpo femminile, come la prostituzione e la pornografia (per alcuni spunti di riflessione si rinvia a B. Casalini, *Il femminismo e le sfide del neoliberismo Postfemminismo, sessismo, politiche della cura*, Roma, If Press, 2018, pp. 27 ss.). Più di recente, sembra aver destato particolare interesse *OnlyFans*, un sito che consente la monetizzazione di contenuti erotici e pornografici: ancora una volta, se per alcune femministe esso è un mezzo per consentire alle donne di emanciparsi attraverso una forma di *sex working* più sicura, per altre è, al contrario, una piattaforma che legittima e diffonde un pratica che reifica il corpo femminile e che comporta rischi concreti per chi decide di vendere i propri servizi sulla piattaforma (violenza verbale, etc.). Sul punto si rinvia a J. Littler, A. McRobbie, *Beyond anti-welfarism and feminist social media mud-slinging: Jo Littler interviews Angela McRobbie*, in *European Journal of Cultural Studies*, 2022, 25, 1, p. 333 e C. A. MacKinnon, *OnlyFans Is Not a Safe Platform for 'Sex Work.' It's a Pimp*, in *The New York Times*, https://www.nytimes.com/2021/09/06/opinion/onlyfans-sex-work-safety.html, 6 settembre 2021, (8 marzo 2023).

> *the application of market norms to a good, we may say that the good is not a (proper) commodity. Why should we object to the application of a market norm to the production or distribution of a good? One reason may be that to produce or distribute the good in accordance with the norm is to* fail to value it in an appropriate way. *Consider, for example, a standard Kantian argument against slavery, or the commodification of persons. Slaves are treated in accordance with the market norm that owners may use commodities to satisfy their own interests without regard for the interests of the commodities themselves*[42].

Pertanto, consentire la mercificazione del corpo femminile significa ridurre le donne da persone degne di rispetto e di considerazione a meri mezzi[43], a strumenti utilizzabili da altri individui per soddisfare esigenze e desideri, di solito di natura genitoriale[44]. Tuttavia, è comprensibile domandarsi perché tale considerazione dovrebbe essere valida in tema di gestazione per altri, quando non viene in alcun modo applicata nei riguardi della donazione di sperma.

La risposta fornita è che, a differenza di ciò che sostiene Shalev, non è ragionevole equiparare le due pratiche solo perché entrambe vengono ricomprese nell'alveo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Pur essendo lontana la volontà di aderire a una sorta di culto della sacralità della maternità, è evidente che da un punto di vista fisico le due tecniche in questione investono i corpi in modo del tutto diverso. Nel caso della GPA, infatti, si ha un corpo che produce – a seguito di terapie ormonali e attraverso una gravidanza di nove mesi – un altro corpo vivo, da cui poi si distacca; al contrario, nella donazione di sperma si mette a disposizione, senza l'utilizzo di particolari terapie, il materiale germinale utile alla procreazione[45]. Da ciò consegue un'altra importante differenza tra queste pratiche: invero, se con la donazione di sperma l'uomo non attribuisce alcun controllo sul proprio corpo, questo non si può affermare nel caso della gestazione per altri commerciale, attraverso cui la donna non si limita a vendere le prestazioni della gravidanza e della consegna del bambino, ma anche il controllo sul proprio

42 E.S. Anderson, *Is Women's Labor a Commodity?,* in *Philosophy & Public Affairs*, 1990, 19, p. 72.

43 *Ivi*, p. 80.

44 Rispetto al passato sembra esservi una differenza importante: in questo caso, infatti, lo sfruttamento avviene per mezzo di soggetti privati e non da parte dello Stato, storicamente interessato a controllare il corpo femminile per finalità politiche ed economiche (A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione*, cit., p. 40). Tuttavia, è importante sottolineare che, nonostante la GPA assolva soprattutto desideri individuali di genitorialità, vi è anche un interesse statale a incentivare la pratica. Invero, la gestazione per altri, così come le altre tecniche di procreazione medicalmente assistita, consente di trovare un rimedio concreto ad alcune delle cause della crisi della natalità vissuta dai Paesi occidentali; inoltre, in alcuni Paesi (ad esempio, l'India) è stata a lungo (o viene ancora prevista) una disciplina molto liberale per incentivare il turismo riproduttivo, al fine di garantire il costante mantenimento del florido mercato biomedico (M. Cooper, C. Waldby, *The biopolitics of reproduction. Post-fordist biotechnology and women's clinical labour*, in *Australian Feminist Studies*, 2008, 23, 55, pp. 57 ss.). In particolare, per L. Nuño, *Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler*, in *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 2016, 55, pp. 683 ss. l'introduzione della gestazione per altri commerciale non comporta altro che l'introduzione di una nuova clausola nel famoso *contratto sessuale* teorizzato da Carole Pateman. Per una disamina completa sul rapporto tra corpo femminile e politiche statali si rinvia a S. Federici, *Calibano e la strega: Le donne, il corpo e l'accumulazione originaria,* Milano, Mimesis Edizioni, 2015, pp. 72 ss., che in quest'opera - che unisce sociologia, storiografia e critica marxista-femminista - ha evidenziato alcuni importanti esempi di questo costante tentativo, da parte dello Stato, di sfruttare il corpo delle donne per rispondere a esigenze di carattere pubblico. Tra i più significativi, vi sono il cambiamento delle politiche sui contraccettivi tra il Medioevo e il Cinquecento – prima tollerati e poi, a seguito del calo demografico, criminalizzati –, ma anche l'istituzionalizzazione della prostituzione attraverso la creazione di bordelli municipali e la decriminalizzazione della violenza sessuale (ove compiuta nei confronti di donne appartenenti alle classi sociali più basse) tra il XIV e il XV secolo, previste per "indirizzare" e contenere le inquietudini dei lavoratori maschi e giovani più ribelli dell'epoca. Inoltre, per una riflessione sulla complessità e la contraddittorietà dell'esperienza della gravidanza, anche in un contesto storico come quello attuale, in cui l'Occidente si sente minacciato dalla crisi demografica, si rinvia a A. Biscaldi, D. Danna, C. Quagliarello, *Nella pancia delle donne. Prospettive socio-antropologiche sulla gravidanza nella società globale*, Milano, Ledizioni, 2023.

45 L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 216 ss. In particolare, nei suoi scritti Letizia Gianformaggio ha messo in evidenza come la valorizzazione delle differenze-specificità delle donne non sia un esempio di discriminazione, bensì un legittimo tentativo di evitare una concezione di eguaglianza, definibile come *sameness*, che impone alle donne di adeguarsi ai modelli e ai valori maschili. È nella finta neutralità, dunque, che si annida il rischio di peggiorare sensibilmente la condizione femminile. Questa opinione è condivisa anche dall'avvocata americana Catharine MacKinnon, per la quale: "Gender neutrality suggests, indeed, that it may be sex discrimination to give women what they need because only women need it. It would certainly be considered special protection. But it is not, in this approach, sex discrimination not to give only women what they need, because then only women will not get what they need. On this logic, sex discrimination law prohibits virtually nothing that socially disadvantages women and only women. Other than de jure, sex discrimination is a null set." (C.A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 222).

corpo[46]. Quest'ultimo è un elemento centrale e difficilmente superabile della pratica, in quanto consente ai committenti di avere la certezza che il principale scopo del contratto, ossia la consegna di un bambino sano al termine della gestazione[47], sia realizzato. Invero, le clausole contrattuali inserite in questi accordi sono variegate e spesso limitano in modo evidente la libertà della gestante: sovente sono previste rigide regole sull'alimentazione e sullo stile di vita da seguire durante la gravidanza[48] o la proibizione di comportamenti che potrebbero favorire la formazione di un legame affettivo con il nascituro[49]. Allo stesso modo, non è raro che alla gestante venga imposto di ottenere il previo consenso del medico scelto dai committenti prima di assumere farmaci, o che venga esclusa la sua autonomia rispetto a decisioni e/o visite mediche[50]. In altri termini, sembra più probabile che la gestazione per altri acuisca il controllo sul corpo delle donne e sulla loro sessualità[51], riconsegnando le donne a una posizione di subordinazione e relegandole a svolgere professioni riconducibili a una sorta di "ghetto femminile"[52], invece di rappresentare un'opportunità per potenziare l'autonomia delle donne e consentire il raggiungimento di una condizione di parità rispetto agli uomini.

3.2. Un approccio intersezionale: *l'outsourcing* e la delocalizzazione del lavoro riproduttivo

La seconda critica mossa nei confronti dell'apertura del *choice feminism* alla gestazione per altri concerne l'eccessivo individualismo e la carenza di una prospettiva intersezionale nell'analisi del tema: sostenere che la pratica sia intrinsecamente liberatoria significa perdere di vista che, a causa delle attuali caratteristiche e dinamiche presenti nel mercato della gestazione per altri, solamente alcune donne ottengono dei benefici dalla pratica, mentre altre rimangono in balia di rapporti iniqui a causa di condizioni economiche e sociali inferiori.

Invero, attualmente è ben visibile una netta distinzione tra le donne che producono la domanda e quelle che, invece, compongono l'offerta. Le prime sono donne che non riescono o non vogliono vivere l'esperienza della gravidanza, ma al contempo sono titolari di una disponibilità economica tale da potersi rivolgere a delle cliniche per diventare madri; al contrario, le secondo decidono di prestarsi alla pratica per rimediare alle proprie condizioni economiche, che sovente integrano gli estremi della povertà. Questo dato è ancora più problematico se si considera che la domanda viene alimentata dai Paesi occidentali, mentre l'offerta dai Paesi dell'est Europa o del sud-est asiatico[53]. Pertanto, a fronte di una

46 In tal senso, come afferma S. Pozzolo, *Gestazioni per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2016, 2, p.108: "(…) occorre non dimenticare che l'utero non è una parte separabile dal corpo della donna, rammentare che il corpo non è una macchina che si possa smontare e lo spirito non è un'anima che lo riempie come il liquido in una bottiglia. Il corpo non è abitato da un individuo, esso è la persona stessa: ciascuno è ciò che è perché ha quello specifico corpo, che si è forgiato anche attraverso la cultura nella quale è immerso".

47 D. Satz, *Why Some Things Should Not Be For Sale*, *cit*., p. 129.

48 S. Agosta, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 1, p. 86.

49 Su questo punto è interessante sottolineare l'osservazione di Anderson: l'esperienza della gestazione per altri è estremamente diversa dalla tipica gravidanza e comporta un lavoro emotivo importante per la donna gestante. Ciò non è da imputare a un'innata natura materna della donna, ma più che altro al fatto che, in tutti gli altri casi, le norme sociali in cui è immersa e che regolano la gravidanza sono esattamente l'opposto rispetto a quelle tipiche della GPA, proprio perché cercano di far costruire un rapporto affettivo tra donna e nascituro: "Her labor is alienated, because she must divert it from the end which the social practices of pregnancy rightly promote-an emotional bond with her child." (E.S. Anderson, *Is Women's Labor a Commodity?*, *cit*., p. 82).

50 *Ibidem*. Inoltre, come sottolinea D. Danna, *«Fare un figlio per altri è giusto». Falso!*, Bari, Laterza, 2017, p. 28, questo comporta – in California, come in altri Stati che consentono la GPA disciplinandola in modo molto liberale – la rinuncia al diritto all'aborto. Invero, essendo l'aborto considerato una mera decisione medica, la donna perde la propria autonomia.

51 *Ivi*, p. 128.

52 D. Satz, *Why Some Things Should Not Be For Sale*, cit., p. 128. È bene precisare che questo viene ammesso anche da alcune teoriche più favorevoli alla pratica, come la sociologa Amrita Pande: "[…] just as commercial surrogacy subverts these gendered dichotomies, it simultaneously reifies them. When reproductive bodies of women become the only source, requirement and product of a labor market, and fertility becomes the only asset women can use to earn wages, women essentially get reduced to their reproductive capacities, ultimately reifying their historically constructed role in the gender division of labor." (A. Pande, *Global reproductive Inequalities, Neo-eugenics and Commercial Surrogacy in India*, in *Current Sociology*, 2015, p. 12).

53 Il tema del turismo riproduttivo è di fondamentale importanza per comprendere l'estensione dei problemi etici sollevati dalla GPA e apre ad alcune riflessioni sul rapporto tra Paesi e individui occidentali e i cosiddetti "Paesi in via di sviluppo". Invero, come sottolinea F. Giacalone, *La fabbricazione del figlio tra genetica e diritto. Il corpo femminile quale laboratorio biopolitico*, in

donna che si libera dal peso della gravidanza e del parto, ve n'è un'altra che se ne fa carico, obbligandosi nei confronti di terzi a eseguire tutti i comportamenti necessari per garantire la nascita e la consegna di un bambino sano[54].

Alla luce di questo, diventa evidente come anche il ricorso alla retorica della libera scelta sia inadeguato per valutare la pratica: infatti, per poter definire libera la scelta della gestante, non è sufficiente che questa abbia preferito prestarsi alla gestazione per altri rispetto ad altre possibili forme di mercificazione del corpo (ad esempio, la prostituzione)[55], ma è necessario anche che si trovi in condizioni economiche, sociali e culturali che ne garantiscano una piena libertà. Non verificare la presenza di tali condizioni significa lasciare la gestante in balia di rapporti asimmetrici di potere, che si traducono inevitabilmente in clausole contrattuali inique e invasive, volte a tutelare i committenti (la parte "forte" del rapporto privato) e a legittimare pratiche di sfruttamento che sovente rasentano la schiavitù.

Ancora una volta, questo è un ostacolo difficilmente superabile in assenza di una disciplina internazionale sulla pratica. Al contrario di ciò che talvolta viene sostenuto da alcune giuriste femministe[56], non è il proibizionismo che caratterizza l'ordinamento di alcuni Paesi occidentali ad alimentare il turismo riproduttivo, bensì, trattandosi di una pratica sottoposta alle regole del mercato, sono gli stessi principi economici ad incentivare il fenomeno. Le donne committenti – o più in generale le coppie committenti – non si recano solo in quei Paesi del mondo in cui la pratica ha un costo inferiore, ma in particolare in quelli che prevedono una disciplina giuridica che tutela maggiormente la propria posizione[57], da cui consegue necessariamente una tutela minima o inesistente della donna gestante durante e dopo la gravidanza[58]. In tal senso, la gestazione per altri non sembra produrre l'effetto di emancipazione sperato,

EtnoAntropologia, 2019, 7, 1, p. 80 si è di fronte a "nuove forme di colonialismo sul corpo delle donne del terzo mondo", incentivate dal prezzo esiguo e dall'assenza di tutela nei confronti delle donne gestanti. Un colonialismo che è visibile anche nelle diversità presenti nelle narrazioni e nelle retoriche utilizzate per descrivere la gestazione per altri in Occidente e nei Paesi orientali. Le donne occidentali che si prestano alla pratica vengono descritte, infatti, come "angeli"; al contrario, nel caso del turismo riproduttivo sono i committenti a essere dipinti come coloro che danno alle donne l'occasione di uscire dalla povertà (A. Pande, *Wombs in labor. Transnational commercial surrogacy in India*, New York, Columbia University Press, 2014, pp. 173 ss.). Anche in A. Philipps, *Our bodies, Whose property*?, Princeton, Princeton University Press, 2013, p. 91 viene dato conto di un simile atteggiamento attraverso il racconto di una testimonianza di una coppia inglese: "[…] one surrogacy client explaining the decision to travel from the United Kingdom to India in these terms: 'You cannot ignore the discrepancies between Indian poverty and Western wealth…. We try our best not to abuse this power. Part of our choice to come here was the idea that there was an opportunity to help someone in India.". Sul punto si veda anche M.J. Guerra Palmero, *Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La "gestación subrogada" como nuevo negocio transnacional*, in *DILEMATA: Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 2017, 26, pp. 39 ss.

In tal senso, come sottolineano D. Maffía, P. Gómez, *Apuntes feministas acerca de la gestación subrogada,*in *Revista de Derecho de Familia*, 2019, 89, pp. 171 ss., la GPA non deve essere vista come una questione individuale, ma anche geopolitica.

54 S. Pozzolo, *Gestazioni per altri (e altre),* cit., p. 99.

55 A. Pande, "*At Least I Am Not Sleeping with Anyone": Resisting the Stigma of Commercial Surrogacy in India*, in *Feminist Studies*, 2010, 36, 2, pp. 292 ss.

56 Ad esempio, G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, cit., p. 81.

57 Di questo avviso è E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito, (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, p. 12, per cui il turismo procreativo non può dirsi il prodotto di un divieto legislativo, quanto di tutti i vantaggi che i committenti pensano di poter guadagnare rivolgendosi a cliniche straniere. In particolare, tra questi vantaggi possono essere individuati: "la facilitazione del percorso gestazionale grazie all'intermediazione di soggetti che, dietro compenso, forniscono le necessarie prestazioni professionali; la contrattualizzazione della prestazione surrogatoria, che garantisce ai committenti sia la possibilità di dettare clausole riguardanti lo stile di vita della madre biologica, il parto e l'eventuale interruzione di gravidanza sia, soprattutto, la coercibilità dell'accordo surrogatorio, nell'ipotesi in cui la madre biologica intenda revocare il consenso; infine, l'attribuzione della genitorialità giuridica in capo ai genitori intenzionali, senza che l'atto di nascita contenga alcuna informazione concernente la surrogazione e/o la madre biologica".

58 Come sottolinea C. Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità esproprio del corpo femminile*, in *Ragion pratica*, 2019, 2, p. 380, in Paesi come la Thailandia e l'India, le principali mete di turismo riproduttivo, alle donne è sovente stato riservato un trattamento disumano, come, ad esempio, l'imposizione di un parto cesareo sotto anestesia totale, accompagnato al divieto di vedere il bambino così come di conoscere informazioni basilari – sesso e salute del nascituro – per evitare la costruzione di un rapporto affettivo. In particolare, l'India rappresenta l'esempio più drammatico di turismo riproduttivo. Per diversi anni, infatti, il governo indiano ha previsto una disciplina molto liberale per attirare i committenti nel proprio Paese, tanto che nel 2009, secondo le stime della Commisione giuridica indiana, il business della gestazione per altri valeva 250 miliardi di rupie (sul punto K. Sharma, *Il governo indiano usa la gestazione per altri come arma politica*, in *Internazionale*, www.internazionale.it/notizie/kiran-sharma/2020/08/24/india-gestazione-per-altri-modi, 24 agosto 2020,

ma di consentire l'*outsourcing* e la delocalizzazione della riproduzione[59], alimentando le diseguaglianze di ceto sociale tra donne[60].

4. La gestazione per altri altruistica: una possibile soluzione?

Come si è anticipato, la gestazione per altri non presuppone necessariamente la presenza di un accordo a titolo oneroso tra le parti, potendosi essa configurare anche a titolo gratuito, dunque con la mera previsione di un rimborso per le spese sostenute durante la gravidanza. In tal caso, si parla più di preciso di gestazione per altri altruistica o solidale, la quale non ricalca il modello contrattuale della compravendita o della locazione, bensì quello della donazione.

L'assenza di un compenso è il motivo per cui questa forma di GPA viene sovente presentata, sia nel dibattito accademico giusfemminista che in quello pubblico, come un possibile compromesso tra le diverse posizioni del movimento e una soluzione ai difficili problemi etici e giuridici sollevati dalla pratica. Tuttavia, anche su questo punto non sembra esservi una posizione unitaria: la contrarietà alla gestazione per altri solidale e all'imposizione della gratuità a garanzia della libera scelta della donna è piuttosto diffusa nelle varie correnti femministe contemporanee, anche se le argomentazioni a sostegno di tale posizione differiscono sensibilmente.

In primo luogo, per alcune esponenti del femminismo della scelta consentire la pratica solo nella sua forma altruistica alimenta stereotipi dannosi e rafforza una visione binaria e tradizionale delle caratteristiche maschili e femminili. Anche se è ormai evidente, infatti, che entrambi i sessi possono conoscere l'altruismo e la bontà, e agire sulla base di essi, eliminare il compenso per il servizio gestazionale impone unicamente alle donne di agire guidate dalla sola purezza del proprio cuore, escludendo qualsiasi motivazione legata al mero lucro. Al contrario, sia uomini che donne dovrebbero essere posti nelle condizioni di poter esigere e ottenere un'adeguata retribuzione per l'utilizzo delle proprie capacità[61].

Un'altra obiezione sollevata nei confronti della forma altruistica concerne, più nello specifico, il meccanismo del dono, che non è ritenuto sufficiente, di per sé solo, né a impedire la reificazione e lo sfruttamento del corpo e delle capacità riproduttive[62] né a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti necessari per una libera scelta. L'assenza di un contratto oneroso non esclude, infatti, che la donna decida di prestarsi alla pratica a seguito di condizionamenti di natura economica e/o emotiva. A tal riguardo, un esempio paradigmatico può essere facilmente individuato nella GPA altruistica intra-fami-

(8/03/2023). Come si è anticipato, pur garantendo all'India di diventare il Paese leader nel settore, l'assenza di un rigido controllo ha determinato la presenza di abusi e trattamenti disumani sia durante la gravidanza che al momento del parto. Come emerge in una ricerca svolta da Amrita Pande, infatti, durante la gravidanza le gestanti indiane erano costrette a vivere nella clinica oppure in ostelli pagati dalla clinica stessa, così da poter essere sottoposte a un controllo ferreo, finalizzato a verificare il rispetto delle clausole contrattuali e a imporre tutti i comportamenti ritenuti più idonei a preservare la salute del feto (ad esempio, specifiche diete, assunzione di medicinali, etc.), e isolate dalla propria famiglia di origine, spesso utilizzata come "arma" per convincerle a comportarsi secondo il contratto per poter visitarla (A. Pande, *Wombs in labor*, *cit*., pp. 143 ss.). Ancora, le gestanti indiane venivano costrette a subire un parto cesareo, considerato più utile per diminuire o impedire l'attaccamento emotivo al bambino e anche per facilitare l'organizzazione del parto e della consegna, dunque per tutelare gli esclusivi interessi dei committenti (A. Pande, *Wombs in labor*, *cit*., p. 217). Per tutte queste ragioni, in India la gestazione per altri commerciale è passata dall'avere una disciplina molto liberale a essere vietata (per un *excursus* sulla disciplina indiana si rinvia a S. Agosta, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, *cit*., p. 84).

59 S. Pozzolo, *Gestazioni per altri (e altre).*, *cit*., p. 99. Sul punto si veda anche Alicia H. Puleo, *Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado el alquiler de úteros como extractivismo*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, 29, pp. 178 ss.

60 Per economia dell'elaborato, si è trattato principalmente della riduzione del principio di libertà a libertà di scelta a seguito dell'affermazione del neoliberalismo. Tuttavia, anche il principio di eguaglianza, considerato non funzionale al mantenimento dell'ordine neoliberale, ha subìto un forte processo di risignificazione, di cui se ne vedono i segni nella diffusione, nel linguaggio giuridico, politico e istituzionale, di termini come *equity*, pari opportunità e vulnerabilità utilizzati come sinonimi, ma che, in realtà, hanno un portato molto più circoscritto. In tal senso, sembra emergere la volontà di occultare l'esistenza delle diseguaglianze economiche e sociali, inevitabilmente prodotte dalle asimmetrie di potere presenti nell'ordine neoliberale, per farle ricadere in una qualificazione molto più generica e per farle considerare semplici e legittime differenze, accettabili e tollerabili, rispetto alle quali lo Stato non deve intervenire. In particolare, tale operazione viene alimentata proprio attraverso l'iper-valorizzazione della scelta individuale, che consente al soggetto neoliberale di accettare (anche) condizioni diseguali e peggiorative. Sul punto O. Giolo, *Il diritto neoliberale*, *cit*., p. 99.

61 M. Shultz, *Reproductive technology and intent-based parenthood: an opportunity for gender neutrality*, *cit*., p. 380.

62 L. Guizzardi, *Alcune riflessioni sulla gestazione per altri*, in *Iride*, 2020, 2, p. 273.

liare, in cui sono diverse le circostanze che possono determinare una cosiddetta "*undue influence*" nella decisione di prestarsi alla pratica: ad esempio, laddove la pratica coinvolga dei familiari stretti (genitori e figli oppure fratelli e sorelle) potrebbe sentirsi un obbligo emotivo a portare avanti la gravidanza. Inoltre, pur non essendo esplicitamente previsto un compenso, non possono essere escluse influenze di carattere finanziario, poiché una donna potrebbe essere obbligata a diventare gestante a causa di una dipendenza economica al membro della propria famiglia che vuole usufruire del servizio[63].

Una terza critica alla gestazione per altri solidale - diffusa principalmente tra chi si oppone alla pratica in tutte le sue forme, ma anche, in parte, da chi la sostiene – è che il confine tra GPA altruistica e commerciale sia in realtà molto labile, se non fuorviante. La debolezza di questo spartiacque è da individuare, in particolare, nella tendenza a utilizzare come discrimine la natura onerosa o gratuita della prestazione svolta dalla gestante; ciò, infatti, non è ritenuto sufficiente per escludere il carattere commerciale della pratica. In primo luogo, perché, negli ordinamenti che consentono la sola gestazione per altri altruistica, la disciplina fa riferimento a formule volutamente generiche, come quella di "equi rimborsi"[64]: di norma, questi rimborsi comprendono i costi delle spese mediche e di altra natura sostenute durante la gestazione[65], ma, non essendo indicate le specifiche voci rimborsabili, in alcuni Paesi si tollera, ad esempio, il risarcimento per il mancato guadagno, anche nell'ipotesi in cui la gestante sia disoccupata[66]. Il comprensibile e doveroso rimborso previsto per le spese sostenute durante la gravidanza, dunque, non rischia che essere altro che "il cavallo di Troia della GPA commerciale"[67]; un aggiramento che sovente può essere comunque tutelato dalla "forza del fatto compiuto"[68], poiché - come accade nel Regno Unito - i tribunali autorizzano retroattivamente anche gli accordi in cui il rimborso spese è comprovatamente eccessivo al fine di tutelare il *best interest of the child*.

Tuttavia, è importante sottolineare come il carattere commerciale della pratica potrebbe sussistere anche nel caso in cui si preveda, al fine di evitare un aggiramento delle norme, un divieto di rimborsare le spese sostenute dalla gestante[69]: come sottolinea la costituzionalista Silvia Niccolai, infatti, la totale gratuità della prestazione della donna non impedisce la formazione di un mercato attorno alle loro soggettività, ai loro corpi e capacità riproduttive[70]. Invero, sovente agenzie di intermediazioni professionali offrono ai committenti o ai genitori d'intenzione tutti i servizi necessari, in particolare (ma non solo) legali, che consentano loro di essere tutelati a tuttotondo e di ottenere un accordo che garantisca il raggiungimento del fine per cui viene stipulato, ossia ottenere un bambino sano[71].

63 Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Using Family Members as Gamete Donors or Surrogates*, in *Fertility and Sterility*, 2012, 98, 4, p. 800.

64 E. Olivito, *op. cit*., p. 20.

65 S. Cecchini, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto, www.biodiritto.org, 2019, 1, p. 331.

66 D. Danna, *«Fare un figlio per altri è giusto». Falso!*, *cit*., p. 6.

67 M. Terragni, *Un mercato dei figli*, in M. Piccoli (a cura di) *Gestazione per altri. Pensieri che aiutano a trovare il proprio pensiero*, Milano, Vanda Edizioni, 2017, p. 67.

68 E. Olivito, *op. cit*, p. 19.

69 Nel panorama italiano, questa è un'eventualità particolarmente osteggiata dalla sociologa Chiara Saraceno, per la quale il divieto totale del rimborso, apparentemente finalizzato a garantire l'altruismo della pratica, non è altro che un'altra forma di sfruttamento delle donne e dei loro corpi. Secondo l'accademica, infatti, la fattispecie della gestazione per altri non può essere equiparata alla disciplina della donazione di sangue, che chiede un impegno e uno sforzo decisamente inferiore alla donna (C. Saraceno, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *Giudicedonna.it*, www.giudicedonna.it, 2017, 1, p. 5).

70 S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *op. cit*, p. 216.

71 Il ruolo e le caratteristiche dell'intermediazione sono oggetto di grande interesse per Niccolai, che discute anche dell'idea di affidare il compito di intermediari a soggetti *non profit* o di volontariato. Per la costituzionalista, tuttavia, anche questa soluzione solleva una serie di problematicità, in particolare rispetto ai legami tra *non profit*, mercato e lavoro nella società odierna (S. Niccolai, *op. cit*., p. 216).

5. Per una valorizzazione della dimensione relazionale della gravidanza

Come è emerso nei paragrafi precedenti, il dibattito sulla gestazione per altri tende a polarizzarsi attorno a specifiche dicotomie, quali quelle di autodeterminazione/sfruttamento e altruismo/onerosità della pratica. Una tendenza che fatica a restituire la complessità della GPA nella sua dimensione concreta e che comporta il rischio sia di neutralizzare – attraverso un approccio esclusivamente incentrato sull'eguaglianza formale – le specifiche differenze femminili, sia di cadere nell'errore di essenzializzazione, ancorando la soggettività della donna alla sola esperienza della gravidanza[72].

Nel panorama giuridico italiano, la costituzionalista Barbara Pezzini ha teorizzato una possibile disciplina della "gravidanza per altri"[73], nel tentativo di coniugare l'esigenza di garantire la piena autodeterminazione delle donne con la tutela della loro libertà (non intesa come mera libertà di scelta) e la valorizzazione della dimensione relazionale e specifica della gravidanza[74]. In particolare, nella proposta della costituzionalista l'esigenza di attribuire alla maternità il giusto riconoscimento si traduce prima di tutto nell'introduzione di una "figura giuridica interamente nuova"[75], che garantisca alla madre biologica (da lei identificata nella gestante) di essere nominata e di veder riconosciuta la centralità del proprio ruolo nel progetto riproduttivo, senza che da ciò consegua, tuttavia, l'assunzione di responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro, mantenendo così una distinzione tra progetto riproduttivo e genitoriale[76]:

> […] una sorta di parentela biologica e non ad altri effetti giuridici: qui emerge la sostanziale differenza con il parto anonimo, che consente ad una donna di accogliere la maternità come progetto riproduttivo senza accogliere la maternità come progetto genitoriale solo al prezzo di una cesura, della scomparsa, della rimozione dalla propria vita e da quella del nato/a del proprio nome.[77]

Dalla valorizzazione della gravidanza discendono conseguenze specifiche anche nella valutazione della formazione della volontà della donna di contribuire, attraverso il proprio apporto biologico, a un progetto genitoriale altrui.

Invero, Pezzini prende le distanze dagli ordinamenti che considerano gli accordi di GPA già perfezionati in un momento antecedente alla gravidanza o al parto[78]. In tal senso, ella ritiene che la volontà della madre biologica sia il prodotto di un processo di formazione e di perfezionamento che inizia dal momento in cui la madre instaura un rapporto con i genitori intenzionali e che si completa solo nel

72 B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2017, p. 207.

73 Pezzini afferma sul punto: "Intendo consapevolmente usare la sigla GPA per riferirmi all'espressione 'gravidanza per altri', pur sapendo che tale acronimo rimanda più comunemente all'espressione 'gestazione per altri', che non mi sembra, tuttavia, un'opzione condivisibile, in quanto mette in primo piano il processo gestazionale evocandolo prima e persino al posto della donna in gravidanza, quasi come un processo oggettivato e 'disincarnato' dal corpo e dalla vita della donna, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica" (B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna*, cit., p. 194).

74 È bene precisare, infatti, che la sua proposta si fonda sul "principio anti-subordinazione di genere". Attraverso la lettura delle norme costituzionali, infatti, secondo Pezzini è evidente che la Costituzione prenda in considerazione le differenze tra i sessi, nominate con espresso riferimento all'art. 3 Cost., ma anche le differenze di genere. In tal senso, nella costituzione repubblicana possono essere individuate norme che riconoscono le differenti situazioni di fatto e i diversi ruoli ricoperti all'interno della società dalle donne, con particolare riferimento alla famiglia e alla riproduzione. Per questa ragione, per Pezzini viene rigettata la mera assimilazione della donna "entro costruzioni normative, categorie ed istituti nati e definiti entro un orizzonte di esperienza esclusivamente "maschile" (B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna*, *cit*., p. 186). Pertanto, l'eguaglianza non è da intendere come mera "*sameness*", ma deve essere declinata "in chiave antidiscriminatoria, antistigmatizzazione e, soprattutto, in chiave anti-subordinazione, valorizzando quella differenza che sarebbe resa irrilevante da un'uguaglianza normativa pensata in funzione meramente antidiscriminatoria" (B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna*, *cit*., p. 186).

75 *Ivi*, p. 221.

76 In tal senso, Pezzini sottolinea come attualmente il principio *mater semper certa*, pur essendo coerente, leghi inscindibilmente la maternità biologica a quella genitoriale, imponendo una continuità delle due esperienze (B. Pezzini, *Nascere in un corpo di donna*, *cit*., p. 220).

77 *Ivi*, p. 221.

78 B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna*, *cit*., p. 224.

momento in cui, "con il distacco del nuovo nato"[79], l'esperienza della gravidanza si conclude. Come sottolinea Pezzini, però, la relazione tra madre biologica e genitori d'intenzione potrebbe concludersi anche in un momento antecedente, qualora la prima decidesse di assumere su di sé la responsabilità genitoriale (materna) nei confronti del nato. È da escludere, per la costituzionalista, che i destinatari del progetto genitoriale possano essere individuati al di fuori di quei soggetti inizialmente presenti nella sua costituzione (madre biologica e genitori d'intenzione), sia nel caso in cui si tratti di individui specifici che di ignoti.

Inoltre, specifica che, a "salvaguardia della dignità essenziale di tutti gli esseri umani (…) coinvolti"[80] debba essere prevista la totale gratuità della relazione[81], escludendo, pertanto, anche lo scopo di lucro delle attività di intermediazione (se non addirittura la configurabilità delle stesse) tra gestante e genitori intenzionali.

Seppur convincente sotto numerosi punti di vista, questa proposta è basata su una concezione di gravidanza e di corpo femminile che, in un'ottica di conciliazione delle varie prospettive femministe, difficilmente può trovare consensi tra le femministe della scelta di stampo (neo)liberale, che vedono nell'assenza di un compenso per la prestazione e nella differenziazione delle discipline delle tecniche di procreazione medicalmente assistita una discriminazione nei confronti delle donne. Ancora, come riconosciuto dalla stessa Pezzini[82], si tratta di una disciplina che, al fine di impedire di ridurre la donna a mero strumento per esaudire le aspettative genitoriali altrui, è fortemente sbilanciata a favore della gestante: come si è affermato in precedenza, un simile regime giuridico non è in grado, in concreto, di disincentivare il turismo riproduttivo, nonostante la credenza, piuttosto diffusa, che sia il solo proibizionismo a contribuire ad alimentare il ricorso alla gestazione per altri in Paesi con discipline incapaci di tutelare la donna gestante.

In conclusione, pur non potendosi ragionevolmente escludere l'esistenza di donne che, mosse da altruismo o senza essere costrette dalle proprie condizioni di vita, vogliano prestarsi alla pratica, l'attuale contesto sociale e l'assenza di una disciplina trasnazionale sembrano rendere ostico trovare un equilibrio tra le diverse istanze del femminismo e individuare una disciplina che sia in grado di restituire alle donne quell'autodeterminazione sul proprio corpo e sulle proprie capacità riproduttive, che per così tanto tempo è stato loro negata, senza che il perseguimento di questo obiettivo sfoci nella legittimazione e nell'incentivazione di forme di sfruttamento e di lesione dell'integrità del corpo che continuano a relegare le donne, in particolar modo quelle povere, a una condizione di oppressione e subordinazione.

Tuttavia, le difficoltà mostrate dalle giusfemministe nel raggiungere una posizione unitaria e definitiva sul tema non rendono questo dibattito meno rilevante o attuale. Invero, le recenti vicende politiche italiane[83] hanno dimostrato che, anche a fronte di una disciplina consolidata, la gestazione per altri

79 *Ivi*, p. 226.

80 *Ivi*, p. 227.

81 Si precisa che Pezzini non esclude la compatibilità della copertura delle spese sostenute durante la gravidanza con questa disciplina. *Ibidem*.

82 Ivi, p. 229.

83 Si fa riferimento alle discussioni sorte a seguito del disegno di legge presentato dai senatori Rauti e Malan *"Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n.40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano"*, finalizzato a espandere l'intervento del diritto penale al turismo riproduttivo, attualmente non punito in Italia. Tuttavia, si sottolinea come il tentativo di introdurre un cosiddetto "reato universale di maternità surrogata" nell'ordinamento italiano non sia affatto una novità di queste ultime settimane: durante la XVII legislatura (2018-2022) sono state due, infatti, le proposte di legge volte a estendere l'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 12 co. 6 L. n. 40/2004. Per un'analisi sul punto si rinvia a M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei Deputati*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it/it/articolo/pelissero-surrogazione-maternita-diritto-punitivo-universale, 29 giugno 2021 (28/03/2023). Inoltre, si segnala l'appello dell'Associazione Luca Coscioni a legalizzare la pratica nella sua forma altruistica, a cui è seguito l'invito, rivolto a tutti i parlamentari interessati, di depositare la proposta di legge (già depositata nella precedente legislatura, ma mai discussa) elaborata dalla stessa di concerto con un gruppo di esperti. Il testo della proposta di legge è reperibile sul sito www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2023/03/2023-Gravidanza-solidale-e-altruistica-per-altri-Ass.-Luca-Coscioni-Altri.docx-1.pdf, 23 marzo 2023 (28/03/2023). È necessario evidenziare, però, come la Corte costituzionale non abbia mostrato alcuna apertura nei confronti della pratica, considerata incompatibile con i principi dell'ordinamento italiano. Nella sentenza n. 162 del 2014, la Corte ha esplicitato con estrema chiarezza che l'incostituzionalità del divieto di fecondazione in vitro di tipo eterologo – inizialmente previsto dalla L. n. 40/2004 – non può essere esteso in via analogica anche all'art. 12: la *locatio ventris*, che è l'elemento che consente di distinguere la gestazione per altri dalla mera fecondazione eterologa, è ritenuta, infatti, per escludere qualsiasi tentativo di assimilazione tra le due tecniche. Nel 2017, la Corte costituzionale ha confermato il proprio orientamento, affermando che la GPA "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni

continua a rappresentare un costante terreno di confronto e di scontro, rispetto al quale il giusfemminismo non può e non deve sottrarsi.

umane" (Corte costituzionale, sentenza del 22 novembre 2017 n. 272, punto 4.2). Il concetto di dignità a cui si riferisce la Consulta è da intendersi in senso *oggettivo*: per la Corte, infatti, le pratiche sono idonee a ridurre la sfera più intima dell'individuo a merce non devono essere valutate sulla base della percezione individuale dei soggetti, ma deve essere il legislatore a stabilire, interpretando "il comune sentimento sociale in un determinato momento storico" (Corte costituzionale, sentenza del 6 marzo 2019, n. 141, punto 6.1.) se una pratica possa legittimamente trovare tutela nell'ordinamento. Qualora questa valutazione fosse negativa, l'ordinamento ha l'obbligo di attivarsi per impedire una totale o parziale privazione della dignità di un essere umano, anche a fronte della presenza del consenso di chi la subisce. Come afferma A. Apostoli, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi,* in *Ragion pratica,* 2021, 1, p. 215: "La dignità declinata in senso oggettivo si pone quindi come presupposto logico e perciò anche giuridico-costituzionale dell'articolo 12, sesto comma, l. n. 40 del 2004, assorbendo qualsiasi altro diritto o interesse che potrebbe essere ricompreso nel bisogno o desiderio di far generare a qualcun'altra un bambino che porti il patrimonio genetico di almeno uno dei committenti.". Questa concezione di dignità è stata oggetto, però, di numerose critiche da parte di alcuni costituzionalisti. In particolare, per R. Bin, *Libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141 del 2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 novembre 2019, [online] (ultimo accesso: 27/09/2022): "La dignità umana "oggettiva" diventa […] il veicolo su cui ritorna a riempire la scena l'appello al buon costume, all'ordine pubblico, alla moralità corrente, con buona pace del principio di laicità che implica una visione tollerante e rispettoso del pluralismo dei progetti di vita degli individui. […]", ma anche, più di recente, F. Rescigno, *Per un habeas corpus "di genere"*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 325 ss. Nel 2021, la Corte ha nuovamente confermato il proprio orientamento giurisprudenziale, affermando che il divieto di gestazione per altri previsto dalla L. n. 40/2004 è da intendersi come un principio di ordine pubblico posto a tutela di alcuni valori fondamentali – tra cui la dignità della donna -, evidenziando, inoltre, come gli accordi di GPA, perlopiù commerciali (anche quando non dichiaratamente tali), comportino "un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate" (Corte costituzionale, sentenza del 28 gennaio 2021 n. 33, punto 5.1); per un'analisi sulle più recenti sentenze della Consulta si veda P. Veronesi, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2021, 3, pp. 483 ss.

*Camilla Caselli**

Gli strumenti intramurari ed extramurari a garanzia del diritto alla genitorialità dei padri detenuti. Buone pratiche e criticità

Sommario

1. Introduzione. – 1.2. I colloqui visivi. – 1.2.1. I colloqui via Skype (e la crisi pandemica). – 1.2.2. Modalità e luoghi dell'incontro tra padri detenuti e figli. – 1.2.3. Proposte di riforma: il diritto di visita. – 1.2.4. Il principio di territorializzazione della pena. – 1.3. La corrispondenza telefonica. – 2. Le misure extramurarie. – 2.1. I permessi. – 2.1.1. Il permesso-premio. – 2.1.2. La problematica polifunzionalità dei permessi-premio. – 2.2 La detenzione domiciliare. – 2.3 L'assistenza all'esterno dei figli minori?

Abstract

La condizione dei padri detenuti e le possibilità concesse loro di esercitare il ruolo genitoriale durante l'esecuzione della pena costituiscono l'oggetto di questo articolo. La disciplina prevista dalla legge di ordinamento penitenziario e dalle successive norme in materia prevede una differenziazione degli strumenti intramurari ed extramurari impiegabili da madri e padri per esercitare il loro ruolo genitoriale, ricalcando lo stereotipo che vede le madri come uniche detentrici del ruolo di cura e i padri come *breadwinner,* che persa la possibilità di occupare questa posizione nella famiglia, si trovano penalizzati nell'accesso al godimento del diritto all'affettività, declinato in relazione alla prole. L'analisi di tali strumenti verrà condotta non solo dal punto di vista di come sono formulate le norme, ma anche della loro concreta applicazione in una prospettiva sociologica.

This paper focuses on the condition of imprisoned fathers and the possibilities granted to them to exercise the parental role during the execution of the judgment. The legal framework envisaged by the penitentiary law and by the subsequent regulations on the subject provides for a differentiation of the intramural and extramural tools that can be used by mothers and fathers to exercise their parental role, tracing the stereotype that sees mothers as the only holders of the role of care and fathers as breadwinners, who have lost the possibility of occupying this position in the family, they find themselves penalized in accessing the enjoyment of the right to affectivity, declined in relation to the offspring. The analysis of these tools is conducted not only from the point of view of how the provisions are formulated, but also of their concrete application in a sociological perspective.

* Laureata in giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione

Secondo il XVII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione «complessivamente vi sono circa 60 mila figli/e di detenuti all'esterno delle carceri. Il numero è sicuramente approssimato al ribasso in considerazione di tanti casi sfuggiti alla rilevazione»[1]. Al 30 giugno 2022 i detenuti con figli erano 25.316 su una popolazione carceraria complessiva di 54.841 unità, di cui 2.314 donne[2].

Nonostante risulti che i padri costituiscono una percentuale estremamente elevata della popolazione detenuta, la disciplina attuale incentiva maggiormente la relazione madre-figli/e piuttosto che quella padre-figli/e. I contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia sono indicati dall'art. 15 ord. penit. all'ultimo posto tra gli elementi del trattamento, dopo la consolidata triade «istruzione, lavoro, religione»; tuttavia, sono l'unico elemento che viene nominato nell'art. 1 ord. penit. e che rientra nei principi fondamentali delle *European Prison Rules*[3] e delle *Mandela Rules*[4]. Possiamo quindi affermare che l'elenco dell'art. 15 sia costruito in ordine di importanza crescente. Quello a mantenere, migliorare o ristabilire relazioni affettive è anche e prima di tutto un diritto fondamentale della persona ristretta di particolare rilevanza altresì perché strettamente connesso al diritto alla salute. Infatti «la solitudine e l'impossibilità di avere continui e regolari contatti con propri cari sono spesso la causa di un crollo psicofisico, di cui risente non soltanto il detenuto ma l'intera famiglia»[5].

Ci sono due movimenti attraverso i quali i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia possono essere mantenuti. Un movimento dall'esterno verso l'interno che si sostanzia nell'entrata della società in carcere (colloqui visivi, corrispondenza telefonica e corrispondenza epistolare, su cui però non ci si soffermerà); e un movimento dall'interno verso l'esterno che riguarda gli istituti che consentono al detenuto di rientrare per un certo periodo di tempo nella società (permessi di necessità, permessi premio, detenzione domiciliare e assistenza dei figli all'esterno).

Partendo dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento, qui di seguito verranno rilevati quali sono i problemi che sussistono sul versante applicativo e si tenterà di dare conto delle possibili soluzioni già attuate in alcuni istituti penitenziari e delle proposte di riforma legislativa avanzate negli anni. Ci si dedicherà in particolare alla ricostruzione degli strumenti intramurari: quando si parla di paternità, essi rappresentano lo strumento principale con cui i padri possono avere contatti coi figli, rispetto alle madri per le quali sono previste norme *ad hoc*[6]. La presenza nell'ordinamento di queste norme denota l'adesione a un modello familiare profondamente connotato in termini di genere e ancorato ad una visione patriarcale della società, secondo la quale le donne sarebbero le uniche responsabili del lavoro riproduttivo e in grado di dare affetto ai figli. Se si accettasse invece che la rigida separazione dei ruoli teorizzata Talcott Parsons[7] non è più attuale, diventerebbe evidente che i modelli di padri-

1 Antigone, *Oltre il virus. XVII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2021.

2 I dati sono consultabili sul sito del Ministero della giustizia, nella sezione statistiche. L'indagine è limitata ai soli soggetti di cui è noto lo stato di paternità/maternità. Sono quindi esclusi non solo coloro che non hanno figli riconosciuti ma anche gli individui per i quali il dato non è disponibile. La parzialità di questi dati è problematica perché impedisce di tracciare le effettive dimensioni del fenomeno. Sull'importanza di raccogliere dati il più puntuali possibile per consentire ai ricercatori di fornire messaggi più chiari e affidabili ai governi in merito al tipo e alla portata delle misure necessarie per salvaguardare il benessere dei bambini con padri in carcere si veda G. Boswell, *Imprisoned Fathers and their Children: A Reflection on Two Decades of Research*, in *Child Care in Practice*, 2018, pp. 212-224.

3 Art. 7 *European Prison Rules*. Le *European Prison Rules*, elaborate dal Consiglio d'Europa, stabiliscono norme sulla gestione delle carceri e sul trattamento delle persone in carcere. Si applicano in tutti i 47 paesi del Consiglio d'Europa e forniscono una guida fondamentale al personale penitenziario su come proteggere e salvaguardare i diritti umani delle persone per tutto il periodo della loro detenzione.

4 L'art. 58 prevede che «ai detenuti sarà consentito, con i necessari controlli, di comunicare con la famiglia e gli amici a intervalli regolari». Le *Mandela Rules* sono standard minimi di tutela in materia di trattamento penitenziario delle persone detenute, adottate il 22 maggio 2015 dalla Commissione dell'ONU sulla prevenzione del crimine e della giustizia penale.

5 M. Napoli, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare: i diritti fondamentali alla prova del carcere* [e-book], Torino, Giappichelli, 2014, cap. III § 1.2.

6 Per un approfondimento sul regime detentivo delle detenute madri si vedano: S. Ciuffoletti, *Le politiche legislative sulla detenzione femminile in Italia. Tra effettività e propaganda*, in Studi sulla questione criminale, 9, 3, 2014, pp. 47-72; F. Faccioli, *L'immagine della donna criminale*, in Dei delitti e delle pene, 1983, I, I, pp. 110-133; S. Grieco, *La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive* possibili, in questa *Rivista*, 2023; A. Lorenzetti, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, pp. 151-168; T. Pitch, *la detenzione femminile: caratteristiche e problemi*, in E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch (a cura di), *Donne in carcere, ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Milano, Feltrinelli, 1992.

7 T. Parsons e R.F. Bales, *Famiglia e socializzazione*, Milano, Mondadori, 1974.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

autorevoli-*breadwinner* e di madri-angeli del focolare e madri-lavoratrici non sono realistici e nemmeno universali. Queste rappresentazioni stereotipate creano un limite rigido per il legislatore e il dibattito pubblico, che ne risultano ancora pesantemente influenzati[8].

Avere piena contezza della varietà della realtà permetterebbe al contrario di «cessare di legiferare per tutti imponendo qualcosa che è vivibile solo per alcuni e, similmente, smettere di vietare a tutti ciò che risulta intollerabile solamente ad alcuni»[9]. Simili considerazioni offrono un valido argomento a sostegno dell'approvazione dei disegni di legge di modifica della l. n. 354/1975, la cui discussione da anni non viene calendarizzata in Parlamento[10]. E soprattutto possono garantire che, nel momento in cui il detenuto ritornerà alla vita da libero, gli effetti della "disculturazione"[11] saranno più ridotti grazie al mantenimento di legami con la società esterna e la famiglia. Il detenuto potrà così sperimentare la possibilità di ricoprire un altro ruolo, diverso e non per questo di minor merito e dignità, che valorizzi la cura all'interno della famiglia, non in relazione al *quantum* economico che è in grado di apportare, ma secondo le capacità di assumersi responsabilità nella partecipazione attiva alla crescita dei figli.

1.2. I colloqui visivi

L'art. 18 ord. penit.[12] e l'art. 27 regolamento esecutivo (d'ora in poi reg. esec.) disciplinano i colloqui visivi. Nonostante l'importanza fondamentale di questo istituto, la disciplina dei profili essenziali non è demandata alla fonte primaria, ma si trova nel decreto del Presidente della Repubblica del 30 giugno 2000 n. 230 – il regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà - e in circolari dell'amministrazione penitenziaria. Tale impostazione costituisce una violazione del principio di legalità sostanziale, in quanto, venendo in gioco posizioni soggettive riconosciute dalla Costituzione, la legge dovrebbe fissare le finalità e costituire il mero fondamento del potere autoritativo di imporre restrizioni, ma dovrebbe anche predeterminare i presupposti di fatto e le modalità di esercizio[13].

L'art. 18 sancisce un diritto soggettivo del detenuto a poter sostenere con il coniuge, la persona convivente stabilmente con lui prima della carcerazione o che a lui era legata da una unione civile e chi vanta un rapporto di parentela o affinità entro il quarto grado[14], sei colloqui al mese[15] della durata di un'ora, di regola. La sua categorizzazione come diritto soggettivo implica la sua azionabilità davanti al magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 35-bis e dell'art. 69 c. 6 lett. b) e l'autorità competente a decidere sull'autorizzazione ha un limitato potere di negarla dovendosi limitare a una verifica attinente alla regolarità formale della richiesta e alla sussistenza del rapporto di parentela o convivenza[16].

8 Per un inquadramento sul diritto di famiglia attuale e gli stereotipi in esso contenuti si veda R. Pirosa, *L'impronta (v-) etero-patriarcale e adultocentrica nel diritto di famiglia italiano. Alcune riflessioni teorico-giuridiche a partire dal "ddl Pillon"*, in questa *Rivista*, n. 2, 2021, pp. 164 ss.

9 J. Butler, *Agire di concreto* in Ead., *La disfatta del genere*, Roma, Meltemi, 2006, p. 33.

10 Dal 1996 al 2014 ne sono stati presentati ben dodici (ddl. 1503/1996, 331/1997, 417/2001, 20/2002, 63/2006, 1179/2006, 3010/2008, 3801/2010, 381/2013, 983/2013, 1762/2013 1587/2014) ed hanno ad oggetto l'abrogazione del limite massimo di minuti settimanali di chiamata, l'ampliamento delle stanze destinate ai colloqui e la loro modifica affinché risultino il più possibile accoglienti, previsioni di colloqui della giornata di 12-24 ore, l'istituzione di stanze dell'affettività, ecc.

11 Sul significato del termine si vedano E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001 e A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Milano, Meltemi, 2019.

12 Per una disamina approfondita di questo articolo si veda F. Della Casa e G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. 231-271.

13 G. M. Napoli, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare* [e-book], Torino, 2014, cap. III, § 1.2.

14 Circ. D.A.P., 8 luglio 1998, n. 3478/5928; per i detenuti sottoposti al regime ex art.41-bis e per quelli inseriti nel circuito di «alta sicurezza» sono ammessi parenti e affini solo entro il terzo grado.

15 Le persone detenute per uno dei reati previsti all'art. 4-*bis* c.1 possono usufruire di un massimo di quattro colloqui al mese e i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ne hanno a disposizione solo uno. La differenza di trattamento in *peius* prevista per gli imputati e i condannati ex art. 4 bis ord. penit. per i quali si applichi il divieto di benefici non sembra compatibile con gli artt. 3 e 27 della Costituzione, con l'impianto complessivo dell'ordinamento penitenziario e neanche con le *European Prison Rules*.

16 Riguardo alle ipotesi in cui, in via assolutamente eccezionale e per un periodo di tempo limitato, si neghi il permesso con provvedimento motivato si veda F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 239.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Il numero di colloqui può essere mensilmente maggiore attraverso la possibilità, riconosciuta dal c. 10 art. 37 reg. esec., di concedere colloqui straordinari se il detenuto è gravemente infermo «o quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni[17] ovvero quando ricorrano particolari circostanze».

Le modalità esecutive, i giorni e gli orari in cui si svolgono i colloqui e le procedure di prenotazione sono indicati nel regolamento interno dell'istituto. Il colloquio del detenuto con i familiari è preceduto dai necessari adempimenti di sicurezza espletati dalla polizia penitenziaria, cioè dalla perquisizione personale del primo e dall'identificazione dei secondi, che sono anche sottoposti a controlli finalizzati a evitare che vengano introdotti nell'istituto sostanze stupefacenti[18], strumenti pericolosi o altri oggetti non ammessi.

A seguito di questo primo quadro giuridico è necessario proporre alcune considerazioni critiche.

Un primo elemento problematico è costituito dalla soglia dei dieci anni come limite massimo di età che il figlio può avere affinché al genitore detenuto possa essere concesso un colloquio straordinario ai sensi dell'art. 37 c. 9 reg. esec. Come è possibile osservare anche per la concessione di telefonate aggiuntive, da un punto di vista della garanzia sicurezza (vista la possibilità discrezionale della loro concessione) e del benessere psicologico che deriva dal mantenere contatti frequenti con i figli, non è chiaro perché questa possibilità non riguardi tutti i minori, indipendentemente dall'età.

Infine, riguardo alle modalità esecutive e alla necessità di effettuare perquisizioni personali e controlli sui detenuti e sulle persone ammesse ai colloqui è necessario rilevare la loro invasività. Già nella circolare del Programma Esecutivo d'Azione (PEA) 16/2007 del 10 dicembre 2009 vengono segnalati come allarmanti gli elevati livelli di ansia e preoccupazione che si riscontrano nei bambini che si recano a colloquio[19].

Essendo le procedure disciplinate dai singoli regolamenti di istituto, le prassi osservabili sul territorio italiano sono molto diverse. Sembra necessario a tal riguardo indicare una serie di esperienze positive messe in atto in alcune realtà, auspicando che possano diventare buone pratiche generalizzate.

La prima di queste è *Lo Spazio Giallo* «un sistema di accoglienza, attenzione e cura delle relazioni familiari in detenzione con al centro l'interesse del bambino»[20], in cui gli operatori del carcere possono intercettare i bisogni dei bambini e aiutarli a prepararsi all'incontro con il genitore. Uno degli elementi in cui si articola *Lo spazio Giallo* è *Trovopapà*, introdotto per la prima volta nel carcere di San Vittore nel 2007 grazie al lavoro della Onlus Bambinisenzasbarre: un percorso di accompagnamento del bambino, dall'ingresso all'uscita dal carcere, passando per tutte le tappe intermedie.

La *Carta dei figli di genitori detenuti*, redatta da Bambinisenzasbarre e sottoscritta dal Ministero della Giustizia e dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, fornisce un secondo utile strumento: all'art. 4, infatti, prevede la necessità di una preparazione specifica «sulle modalità di controllo adatte ai bambini e agli adolescenti, così che in ogni istituto penitenziario e istituto penale per i minorenni sia presente personale di polizia specializzato, adeguatamente formato per l'assistenza ai congiunti minorenni e alle famiglie durante le visite». Questa formazione sarà offerta dalla Direzione Generale della Formazione dell'Amministrazione Penitenziaria, in collaborazione con l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e l'Associazione stessa.

1.2.1. I colloqui via *Skype* (e la crisi pandemica)

Una modalità peculiare di svolgimento dei colloqui con congiunti e conviventi consiste nella videochiamata. Nonostante la legge di ordinamento penitenziario e il regolamento esecutivo non contengano una disciplina specifica per questa modalità di comunicazione, in base a quanto previsto dal D.A.P.[21], la

17 Il limite di età di dieci anni risulta più basso rispetto a quello di quattordici anni previsto dall'art. 18 c. 3 ord. penit. come modificato dal d.lgs. 123/2018. In base al criterio gerarchico stabilito dall'art. 4 disp. prel. c.c. dovrebbe applicarsi il limite più alto previsto dalla legge. Per risolvere tali conflitti interpretativi la Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (istituita dalla Ministra della Giustizia con decreto ministeriale del 13 settembre 2021) ha proposto di modificare l'articolo 37 c. 10 inserendo come limite di età quello dei quattordici anni.

18 Art. 103 D.p.r. 309/1990.

19 Circolare 10 dicembre 2009 - PEA 16/2007, Trattamento penitenziario e genitorialità - percorso e permanenza in carcere facilitati per il bambino che deve incontrare il genitore detenuto.

20 In https://www.bambinisenzasbarre.org/spazio-giallo-nel-carcere/

21 Circ. D.A.P., 29 gennaio 2019, n. 0031246.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

videochiamata deve essere equiparata ai colloqui ai fini dell'inquadramento giuridico della fattispecie e del richiamo alle norme applicabili.

La base giuridica per l'ammissibilità di questa modalità di espletamento dei colloqui è contenuta nella circolare D.A.P., del 2 novembre 2015, n. 0366755. Secondo quanto previsto in questo atto, l'accesso a internet «può e deve costituire per i detenuti e gli internati un proficuo strumento da impiegare in sicurezza per incrementare le offerte trattamentali». Tuttavia, solo con l'avvento della pandemia di SARS-CoV-2 questo strumento è stato efficacemente implementato. Ripercorrere cronologicamente quanto è avvenuto sotto questo profilo è importante per rilevare «la difficoltà strutturale e organizzativa (a volte culturale) per l'utilizzo delle nuove tecnologie, che l'emergenza sanitaria ha portato alla luce con forza sia nella sua attuale inadeguatezza che nella sua forte potenzialità»[22]. Sono stati investiti fondi nell'acquisto di nuove apparecchiature, si sono riorganizzati gli spazi per creare nuove postazioni; tuttavia, non è da ignorare la grande disomogeneità dell'offerta di servizi tra i vari istituti. Con la nota del 26 febbraio[23] il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria impone il grande obiettivo di assicurare "l'impermeabilità sanitaria" dell'intero sistema penitenziario riconoscendo che per prevenire il contagio delle persone detenute e degli operatori bisogna attuare un intervento trasversale di contenimento. In particolare, si prevede che i colloqui in presenza debbano essere sostituiti con quelli a distanza mediante le apparecchiature in dotazione agli istituti penitenziari e con la corrispondenza telefonica, che potrà essere autorizzata oltre i limiti.

Solo l'8 marzo 2020 interviene una fonte normativa di rango superiore. Sono infatti adottati il D.L. 8 marzo 2020, n. 11 (art. 2, commi 7 e 8): e il D.P.C.M. 8 marzo 2020, n. 11 (art. 2, lett. u)[24]: questi sospendono i colloqui in presenza con i familiari su tutto il territorio nazionale. Tuttavia, non viene data una comunicazione capillare e adeguata sulla durata del divieto e sulle modalità alternative di contatto: tablet e smartphone per effettuare i colloqui virtuali non sono ancora operativi. Molta di quella tensione sfocerà nelle proteste dell'8 e 9 marzo. In risposta, il capo dell'Amministrazione penitenziaria il 21 marzo emana una circolare in cui chiede a direttori e comandanti di illustrare adeguatamente alle persone detenute le misure adottate per garantire i contatti con i loro cari, tra le altre cose, attraverso «i colloqui a distanza che saranno possibili, oltre che con l'utilizzo di Skype, anche con le videochiamate da effettuarsi tramite le utenze mobili» grazie alla «acquisizione di oltre 1.600 telefoni mobili ed il prossimo acquisto di ulteriori 1.600 cellulari» e senza che debbano essere sostenute spese ulteriori da tutti i detenuti.

Le segnalazioni che sono giunte ad Antigone nei mesi successivi mostrano difficoltà di vario genere ad effettuare colloqui telefonici e via Skype, spesso dovute anche ai ritardi degli istituti nella riorganizzazione delle modalità di svolgimento: dalla mancanza di prolunghe per mettere in carica gli smartphone, al numero troppo esiguo di dispositivi rispetto ai detenuti e alla mancanza di privacy. In alcuni istituti, inoltre, spesso si è usato il tema sicurezza per limitare l'accesso a tali strumenti.

A maggio del 2020, anche in carcere si dà avvio alla fase 2: l'art. 4 c. 1 e 2 del D.L. n. 29 del 10 maggio 2020, prevede che possano riprendersi i colloqui in presenza con i familiari a partire dal 18 maggio, in forma contingentata, su decisione del direttore e dell'autorità sanitaria con schermi divisori e con un numero limitato di visitatori. A novembre del 2020 «con l'impennata dei contagi sia dentro che fuori dal carcere viene pubblicato il decreto che dividerà l'Italia in colori: nelle regioni arancioni e rosse i colloqui con i familiari sono di fatto interrotti»[25]. Con l'avanzare della campagna vaccinale e il graduale passaggio di tutte le regioni in zona bianca e gialla, i colloqui riprendono mantenendo le misure di prevenzione basate sulla protezione respiratoria (dispositivi di protezione individuale), igiene delle mani e distanziamento interpersonale e durante l'inverno 2021-2022 restano in presenza. Come per le persone in libertà, il cambiamento frequente da una zona all'altra ha determinato una grande difficoltà nel coltivare le relazioni. Il faticoso ritorno alla "normalità", per le persone ristrette è qualcosa di ancora più intensamente desiderato. Tuttavia, i due anni di isolamento dai contatti stabili con l'esterno - con le grandi ricadute psicologiche che questo ha comportato - non possono riportare alla già problematica "normalità" del pre-pandemia[26].

22 Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Relazione al Parlamento, 2021, p. 201.

23 La nota è rivolta ai soli provveditori regionali e ai direttori di Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige, Emilia-Romagna, Marche, Toscana e Sicilia. in:https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?facetNode_1=0_62&contentId=SDC249652&previsiousPage=mg_1_8

24 Questo ultimo decreto è stato poi aggiornato ed esteso nel tempo dal D.P.C.M. 26 aprile 2020 (art. 1, lettera y).

25 Antigone, *Covid e pandemia in Italia. La pandemia attraverso gli occhi di Antigone*, in *Oltre il virus. XVII rapporto sulle condizioni di detenzione*.

26 Per un approfondimento su quali fossero le condizioni delle carceri italiane prima e durante la pandemia di SARS-CoV-2 si vedano: S. Anastasia, P. Gonnella, *Inchiesta sulle carceri italiane*, Roma, Carocci, 2002; A. Margara, *Sorvegliare e punire: storia di*

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

1.2.2. Modalità e luoghi dell'incontro tra padri detenuti e figli

Secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 37 reg. esec., se non ci sono particolari ragioni di sicurezza o sanitarie, il colloquio tra il detenuto e i familiari avviene senza vetro divisorio sotto il mero controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria, solitamente attraverso un vetro a specchio collocato in un locale adiacente.

Al comma quarto viene inoltre previsto che «nel corso del colloquio deve essere mantenuto un comportamento corretto e tale da non recare disturbo ad altri» e in caso contrario la persona può essere sospesa dal colloquio. Il contatto fisico tra il detenuto e il familiare, condizione indispensabile per assicurare un trattamento conforme al senso di umanità (art. 27 co. 3° Cost.), trova una serie di ostacoli a esplicitarsi. Da un lato, le stanze riservate ai colloqui sono molto piccole rispetto al numero di soggetti che a ogni turno le frequentano e questo causa forte promiscuità. Dall'altro lato, anche il «sentirsi eccessivamente osservato, e quindi giudicato, nella sua relazione con il figlio e con i familiari può essere per il detenuto un grande limite, al punto da frenare l'espressione dei propri sentimenti e delle proprie emozioni»[27]. Ciò viene esasperato soprattutto dalla durata breve delle visite.

I regolamenti tra un istituto e un altro sono diversi e anche nello stesso carcere la disponibilità che si può incontrare varia tra gli agenti di polizia penitenziaria in servizio. Sarebbe auspicabile fissare regole comuni a livello nazionale, per garantire standard minimi di tutela delle relazioni e degli spazi affettivi, affinché la carcerazione, in quanto situazione transitoria, incida il meno possibile sul tessuto familiare.

La commissione Giostra, nella proposta di modifica dell'art. 18 c. 3 ord. penit., aveva configurato un diritto soggettivo azionabile di fronte al magistrato di sorveglianza a godere di locali destinati ai familiari che favorissero una dimensione riservata e collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Tuttavia, in sede di approvazione della riforma del 2018, il diritto soggettivo è stato degradato ad aspettativa di fatto che può essere oggetto al più di un reclamo ex art. 35 ord. penit. e la disposizione che ne risulta è etichettabile come *soft law*[28]. L'articolo riformato continua prevedendo che «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici». Anche in questo caso la disposizione ha natura programmatica e svolge la funzione di «fornire "dignità" legislativa a quell'insieme di "buone prassi" già adottate in molte realtà penitenziarie»[29]. Di seguito ne riporterò alcune a titolo esemplificativo.

Nel 2021 è stato firmato un Protocollo d'intesa tra Telefono Azzurro e Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, a rinnovo di un Protocollo d'Intesa tra le parti del 2013 a cui è seguita una proficua collaborazione. Il progetto "Bambini e Carcere" di Telefono Azzurro mira, tra le altre cose, a «supportare l'ingresso e la permanenza all'interno dell'istituto del bambino e dell'adolescente che si recano ad incontrare il genitore/parente detenuto attraverso l'allestimento di spazi idonei e la presenza del personale volontario specializzato ("Progetto Ludoteca")»[30].

Gli obiettivi specifici del progetto sono: creare un contesto stabile e accogliente in cui i minori e le loro famiglie possano ritrovarsi e coltivare buone relazioni familiari e col personale in servizio e dare la possibilità ai genitori di sperimentare nuovi modi di vivere il loro ruolo in famiglia. Il progetto, coordinato a livello nazionale, è gestito a livello locale dai volontari formati. Nel protocollo all'art. 4 si esplicita che il D.A.P. e Telefono Azzurro, «ove necessario, potranno verificare la possibilità di reperire fonti di finanziamento pubbliche o private, al di fuori degli ordinari capitoli di bilancio dell'Amministrazione, per la realizzazione delle attività previste nel presente Protocollo». Ritengo tale previsione problematica, perché sembra dimostrare che la creazione di spazi protetti per la tutela del diritto all'affettività sia qualcosa di serie B su cui investire e che le risorse, sempre limitate, non possano essere impiegate per fare altro che non sia manutenzione minima degli spazi.

Gli stessi obiettivi sono perseguiti dal progetto, attivo fino a dicembre 2019 nella Casa Circondariale di Ferrara, chiamato "I sabati delle famiglie", due ore di colloquio che padri e figli potevano trascorrere assieme al resto della loro famiglia con il supporto di volontari dell'associazione A.G.E.S.C.I. che affiancavano le operatrici del Centro comunale Isola del Tesoro e del Centro per le Famiglie. Il compito principale degli organizzatori era quello di tenere laboratori creativi affinché i colloqui potessero svolgersi

50 anni di carcere, in Questione giustizia, 2009, 5, pp.89-110; A. Sbraccia, *Carcere e socialità*, in *Parolechiave* 1/2021, pp. 77-88; V. Verdolini, *L'istituzione reietta. Spazi e dinamiche del carcere in Italia,* Roma, Carocci, 2022.

27 A. Augelli, *Il diritto agli affetti in carcere: creare spazi di incontro e di narrazione*, in *Minorigiustizia*, fascicolo 3, Milano, FrancoAngeli, pp. 204-211, p. 206

28 F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 248.

29 *Ibidem*.

30 Disponibile su: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_7_1.page?contentId=SCA1255802.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

in una dimensione più dinamica e con la produzione di "lavoretti" che i padri potevano portare nelle loro celle e i figli a casa, a ricordo dei momenti passati assieme. Infatti, come afferma Elisabetta Musi, «in una condizione di frequentazioni diradate e stentate, anche il dono di piccole cose può punteggiare il ricordo di un incontro, può tenere vivo il pensiero attorno alla memoria di una presenza, di cui l'oggetto rappresenta l'estensione simbolizzata»[31] e può limitare l'effetto disorganizzante[32] sul piano della tenuta della propria identità che si produce a causa dell'impossibilità di avere, gestire, scambiare e donare beni all'interno delle istituzioni totali.

Negli Istituti lombardi la Onlus Bambinisenzasbarre organizza anche laboratori di disegno riservati ai soli padri detenuti e ai figli. Anche grazie a queste proficue esperienze nel 2019 durante il rinnovo della sottoscrizione della Carta dei diritti dei bambini figli di genitori detenuti il Ministero della Giustizia riferisce un progressivo miglioramento delle condizioni in cui si svolgono i colloqui[33].

1.2.3. Proposte di riforma: il diritto di visita

A fianco di questi interventi di umanizzazione dello strumento dei colloqui, è importante dare conto di una iniziativa di riforma dell'art. 18 ord. penit. da più parti sostenuta. La proposta più importante, per il contesto plurale in cui è stata elaborata, è quella del tavolo 6 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale[34] e consiste nell'introduzione di un nuovo istituto giuridico: la visita. Questa può essere effettuata all'interno del carcere tra il detenuto e le persone con cui è autorizzato a fare colloquio senza un controllo visivo e/o auditivo da parte del personale di sorveglianza. Le visite si svolgono in apposite unità abitative collocate all'interno dell'istituto, adeguatamente separate dalla zona detentiva per la durata di minimo quattro ore a massimo sei, quando ci sono sufficienti spazi per garantirla. Nel decreto legislativo, 2 ottobre 2018, n. 123 con cui è stato riformato l'ordinamento penitenziario in attuazione della delega[35] della legge 23 giugno 2017, n. 103, però non ha trovato posto l'approvazione di questa modifica, nonostante fosse stata fortemente sostenuta da tutti i partecipanti al tavolo e negli anni precedenti fosse stata la protagonista di una serie di proposte di legge[36]. Solo la predisposizione di spazi frequentabili per un lasso di tempo sufficientemente lungo, infatti, può consentire un'espressione naturale dell'affettività conformemente alla normativa sovranazionale in cui si prevede che «the arrangements for visits shall be such as to allow prisoners to maintain and develop family relationships in as normal a manner as possible»[37].

31 E. Musi, *Rimanere padri "dentro". Il diritto alla famiglia*, in V. Iori, A. Augelli, D. Bruzzone, E. Musi, *Genitori comunque. I padri detenuti e i diritti dei bambini*, Milano, Franco Angeli, 2012, pp. 53-77, p. 58.

32 E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, cit. p. 30.

33 «Le sale d'attesa per bambini sono ora presenti in 80 istituti (nel 2016 erano 66). mentre le sale colloqui risultano presenti in 112 istituti (nel 2016 erano in 105); le ludoteche sono attive in 76 [...] grazie a questa crescente attenzione, tradotta in luoghi sempre più accoglienti per minori e loro genitori, sono aumentate nell'ultimo biennio anche il numero di visite che i figli minorenni hanno fatto ai genitori: per la fascia di età 0-5 anni si è passati da circa 14 mila richieste a 19.200, mentre la fascia 6-11 anni è salita da 13mila a poco più di 16mila. Uno spazio accogliente incentiva il rapporto genitore detenuto-figlio e favorisce l'affettività che viene coltivata nonostante le situazioni non siano ottimali», in https://www.bambinisenzasbarre.org/3-rinnovo-della-carta-dei-diritti-dei-figli-dei-genitori-detenuti/

34 Quella degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale è un'iniziativa promossa dal Ministero della Giustizia avviata nel maggio del 2015 e conclusasi nell'aprile del 2016 allo scopo di avviare una riflessione tra esperti di diversa formazione (docenti universitari, magistrati, avvocati, dirigenti penitenziari, rappresentanti del mondo del volontariato, della cultura e dello sport) nell'ambito del sistema dell'esecuzione penale e, in un secondo momento, sottoporre i risultati dei tavoli di lavoro all'opinione pubblica grazie alla copertura che l'iniziativa avrebbe ricevuto dai *mass media*. Il lavoro degli Stati Generali si è articolato in diciotto tematiche, che ricalcano in gran parte i punti della delega per la riforma di ordinamento penitenziario, i cui lavori avrebbero dovuto svolgersi parallelamente, in modo che gli Stati Generali potessero fornire spunti per modificare il disegno di legge e per la successiva redazione dei decreti legislativi delegati.

35 In particolare, questa si trova all'articolo 1, c. 85, lettere i) «disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari» e n) «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio».

36 Ci sono tre varianti: una contenuta all'art. 2 c. 1 della proposta di legge 1503/1996, la seconda nell'art. 1 c.1 della proposta 331/1997 il cui testo è riportato anche nelle proposte 417/2001, 63/2006, 1179/2006, 3010/2008, 3801/2010, 983/2013, 1587/2014 e nel ddl. 381/2013 e infine una terza variante contenuta nell'art. 1 c.1 della proposta di legge 3020/2002, questa formulazione è stata inserita anche nella proposta 1762/2013.

37 Art. 24.4 *European Prison Rules*.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

La seconda proposta, lanciata da Antigone onlus, vorrebbe la modifica dell'art. 18 ord. penit., in modo da inserire un diritto a ricevere visite private quattro volte al mese per due ore ciascuna con i congiunti e persone a cui sono legate da vincoli affettivi in locali attrezzati privi di sorveglianza, se non esterna. Questa proposta sembra ancor di più idonea ad attuare quanto scritto a commento dell'art.24.4 delle *European Prison Rules*: «[i]t is important that where possible intimate family visits should extend over a long period, for example, 72 hours, as is the case in many eastern European countries. Such long visits allow inmates to have intimate relations with their partners»[38].

È da precisare che nel nostro ordinamento esiste già un istituto chiamato "visita", disciplinato all'art. 61 c. 2 del reg. esec. in cui si prevede che per aiutare la persona detenuta ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli e a preparare la famiglia e il detenuto stesso al ritorno in libertà il direttore può «autorizzare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia». In questo caso, alla persona detenuta spetta un interesse legittimo la cui attuazione è subordinata all'esercizio di una discrezionalità tecnica da parte del direttore dell'istituto, più ampia in relazione al fatto che questi incontri con i familiari hanno finalità specifiche puntualmente individuate dalla norma.

Nel diritto di visita delle proposte di riforma citate precedentemente, invece, conservare il rapporto familiare e supportare sia la persona detenuta che la famiglia sono ritenute necessità proprie di ognuno per tutto il periodo di privazione della libertà e non solo in momenti di crisi.

Una delle obiezioni principali all'approvazione di queste riforme riguarda il bilanciamento del diritto alla coltivazione degli affetti con le esigenze di ordine e sicurezza che caratterizzano i singoli istituti, anche al fine di prevenire la commissione di reati. Tuttavia, se guardiamo al panorama internazionale, e in particolare al fatto che 31 Stati su 47 componenti del Consiglio d'Europa autorizzano le visite affettive da effettuarsi in compagnia del proprio partner è possibile constatare che un bilanciamento tra le due istanze non è così complesso.

1.2.4. Il principio di territorializzazione della pena

L'art. 14 c.1 ord. penit. riconosce in capo alle persone ristrette il diritto a vedersi assegnate ad un istituto caratterizzato dalla massima prossimità alla stabile dimora della famiglia, fatti salvi specifici motivi contrari. Tale disposizione, così come riformata dal d.lgs. 2 ottobre 2018 n.12, risulta conforme a quanto previsto dall'art. 17.1 delle *European Prison Rules*. Nell'altra fonte normativa internazionale di riferimento, la Convenzione Europea dei Diritti Umani, eventuali restrizioni all'esercizio del diritto alle visite familiari danno tendenzialmente luogo a violazioni dell'art. 8 Cedu[39], il quale riconosce un diritto comprimibile in relazione alle funzioni della pena e a ragioni di sicurezza, secondo una discrezionalità limitata[40]. In capo agli Stati sono riconosciute obbligazioni positive alla conservazione della vita familiare, fornendo alle persone detenute e alle loro famiglie una realistica opportunità di effettuare i colloqui. A tal fine è necessario tenere in considerazione le situazioni in concreto: le difficoltà economiche dei soggetti coinvolti, l'inefficienza dei sistemi di trasporto, la possibilità per le famiglie di lasciare per più giorni le loro attività quotidiane (lavoro, scuola) per raggiungere istituti penitenziari molto lontani.

L'art. 14 ord. penit. deve essere letto in combinato disposto con l'art. 42 il quale, al comma 1, prevede che «i trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari». L'art. 83 co. 1° reg. esec., pur non stabilendo l'obbligo di accettare le istanze[41] così come formulate dagli interessati, dovrebbe vincolare l'amministrazione a tenerne conto, tanto che se la stessa decide in senso difforme deve fornire adeguate spiegazioni.

38 Il documento è consultabile al seguente link: https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae, p. 54.

39 Per una ricostruzione puntuale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul punto si veda M. E. Salerno, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2-bis/2019, pp. 46-62.

40 Corte europea dei diritti umani, Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia.

41 L'art. 42 ord. penit. prevede che «Sulla richiesta di trasferimento da parte dei detenuti e degli internati per ragioni di studio, di formazione, di lavoro, di salute o familiari l'amministrazione penitenziaria provvede, con atto motivato, entro sessanta giorni». La Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario ha proposto l'introduzione di un seguente periodo all'art. 42 c. 2 prevedendo che «La richiesta formulata per fruire, in esecuzione di provvedimenti dell'autorità giudiziaria in materia di responsabilità genitoriale, di incontri tra genitore detenuto e figli minori, anche con la presenza di servizi sociali, deve essere decisa entro 30 giorni dalla presentazione». La Commissione ricorda, inoltre, che è essenziale assicurare l'applicazione concreta dei principi contenuti non solo nell'articolo 14 della legge, ma anche nell'articolo 45 e nell'articolo

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Tuttavia, i dinieghi sono frequenti. Già nei documenti finali degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale si osservava come «l'art. 42 o. p. (e il connesso art. 83 del Regolamento di esecuzione) sia stato sottoposto ad una sorta di "rinnegazione pratica"» [42], poiché sono frequenti trasferimenti, non sempre necessari in luoghi lontani dalle famiglie, che rendono difficoltosi i colloqui.

Se la legge 354/1975 riconoscesse il diritto all'affettività come un diritto umano fondamentale delle persone detenute e stabilisse le condizioni generali per il suo esercizio, così come era previsto nell'originaria delega al Governo n. 103/2017 alla lett. n) che però non è stata attuata, si garantirebbe maggiore possibilità di reclamare una tutela dei rapporti affettivi anche nel caso di mancato rispetto del principio di territorializzazione della pena.

Una delle prassi più problematiche che ostacola il pieno rispetto del principio di territorializzazione della pena consiste nei trasferimenti disciplinari. Essi sono una sanzione *extra legem* «per i detenuti che commettono aggressioni verso personale dell'Amministrazione penitenziaria o verso altri detenuti, che danneggiano i beni dell'Amministrazione o che commettono qualsiasi altra violenza»[43]. La loro base giuridica è costituita dall'articolo 42 ord. penit. che permette che venga disposto il trasferimento «per gravi e comprovati motivi di sicurezza»[44]. Una fonte di terzo grado, la circolare GDAP 0316870.U del 10 ottobre 2018, indica come motivi danneggiamenti alle cose o violenze al personale dell'istituto, sia avvenute che in potenza. Il trasferimento, nel secondo caso, è effettuato non con finalità punitiva bensì preventiva. Tuttavia, questa previsione rischia di legittimare una prassi preesistente e consolidata: il trasferimento in caso di infrazioni disciplinari, che «comportava l'interruzione del trattamento penitenziario, la moltiplicazione delle traduzioni e l'allontanamento del detenuto dalla propria famiglia»[45].

Secondo i dati riportati da Antigone, fra il 9 ottobre 2018 e il 5 marzo 2019 sono stati trasferiti 1829 detenuti, 520 persone in più rispetto allo stesso periodo nell'anno precedente[46]. E durante la pandemia, a seguito delle rivolte di marzo 2020, sono stati effettuati molti trasferimenti per motivi di sicurezza. A ciò si deve aggiungere che il blocco degli spostamenti, che ha reso l'intero Paese zona rossa, in quel periodo ha comportato, oltre al blocco dei colloqui, da un lato anche la sospensione dei trasferimenti c.d. per avvicinamento colloqui e dall'altro altri numerosi trasferimenti giustificati da esigenze di prevenzione del contagio[47]. Questo quadro rende chiaro quanto il principio di territorializzazione della pena come strumento per mantenere i legami familiari sia attuato in modo insoddisfacente.

1.3. La corrispondenza telefonica

Il secondo strumento intramurario per il mantenimento delle relazioni familiari è la corrispondenza telefonica (art. 18 ord. penit.).

L'art. 39 c. 2 reg. esec. prevede che i condannati e gli internati possano essere autorizzati dal direttore a telefonare all'esterno al coniuge o al convivente, ovvero, se vi sono ragionevoli e verificati motivi, a persone diverse, una volta a settimana, a prescindere dall'avvenuta effettuazione o meno di colloqui ordinari, con spese a carico della persona detenuta.

La cadenza settimanale delle telefonate è derogabile *in melius* in due casi: il primo è esemplificato nel c. 2 in cui si prevede che i detenuti «possono, altresì, essere autorizzati ad effettuare una corrispon-

61 del regolamento. L'articolo 45 prevede l'assistenza alle famiglie dei detenuti per migliorare le loro relazioni e rimuovere gli ostacoli al reinserimento sociale, mentre l'articolo 61 richiede la preparazione di programmi per mantenere i rapporti dei detenuti con le loro famiglie e garantire un buon rapporto con i figli, specialmente quelli in età minore, al fine di agevolare il loro ritorno nella società. È importante anche il principio di territorialità per permettere permessi che mantengano i rapporti familiari e rendere fattibile l'articolo 21 della legge, consentendo, se possibile, la continuazione del lavoro durante l'esecuzione della pena detentiva, anche a distanza di tempo (la relazione finale della commissione è consultabile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1641891225_riforma-sistema-penitenziario-cartabia-commissione-ruotolo-2021-relazione-finale.pdf).

42 Stati Generali dell'Esecuzione Penale, *Documento finale*, p. 18. Il testo è consultabile al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/documento_finale_SGEP.pdf

43 Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2019, p. 81.

44 Il fatto che i motivi di sicurezza debbano essere «gravi e comprovati» non riduce l'ampia discrezionalità dell'amministrazione in materia. «I due aggettivi, infatti, avrebbero avuto senso di fronte all'azionabilità da parte dell'interessato di uno specifico strumento di controllo sull'operato dell'autorità amministrativa competente al trasferimento, che invece non è previsto». F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 580.

45 Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2019, p. 82.

46 Ibidem.

47 Antigone, *XVI Rapporto sulle condizioni di detenzione 2020*, p. 144.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

denza telefonica con i familiari o con le persone conviventi in occasione del loro rientro nell'istituto dal permesso o dalla licenza». La seconda ipotesi è disciplinata dal c. 3 per i casi in cui vi siano motivi di urgenza o di particolare rilevanza, se si tratti di colloquio con prole di età inferiore ai dieci anni, o nel caso di trasferimento del detenuto.

La durata massima di ciascuna conversazione telefonica è di dieci minuti. Per i detenuti comuni di regola il tempo delle chiamate arriva a un'ora al mese e per chi è condannato per i reati di cui all'art. 4-bis comma 1 ord penit. a soli venti minuti; molto poco. Da un lato infatti è possibile che i colloqui in presenza siano ostacolati da problemi economici, di distanza o per la separazione conflittuale tra coniugi; dall'altro per i detenuti stranieri[48] avvalersi della corrispondenza telefonica può non essere immediato sia a causa delle carenze economiche che non consentono il pagamento della spesa telefonica, sia per le difficoltà di accertare le utenze tramite le ambasciate e i consolati, che non sempre forniscono tempestivamente le informazioni sull'utenza e sull'identità delle persone dichiarate. Per ovviare a questi problemi pratici, alcuni magistrati di sorveglianza avevano elaborato il sistema del permesso premio di breve durata finalizzato alla telefonata, in modo che il detenuto potesse uscire dal reparto detentivo e telefonare in apposite cabine istallate negli spazi aperti dell'istituto. Tuttavia, la Suprema Corte ha ritenuto che questa prassi violi quanto previsto dal regolamento esecutivo. Per rimediare all'eliminazione di questa soluzione giurisprudenziale, l'amministrazione penitenziaria[49] ritiene «indispensabile rivisitare il divieto[50] imposto rispetto alla effettuazione di telefonate verso le linee di telefonia mobile», perseguendo gli stessi obbiettivi di riduzione del disagio prefissati già nella circolare D.A.P. n. 3620/6070 del 6 luglio 2009 in cui si invitavano le direzioni ad accettare «con la massima elasticità consentita le istanze di colloquio o di corrispondenza telefonica provenienti dagli stranieri».

Una proposta di riforma per supportare ulteriormente l'esercizio effettivo del diritto al mantenimento dei rapporti familiari anche da parte dei detenuti stranieri consiste nell'impiego della linea internet. Le applicazioni di messaggistica istantanea che danno la possibilità di effettuare anche chiamate, come *Skype*, «rappresentano uno strumento di elevata sostenibilità economica, dati i costi estremamente limitati per la sua attivazione e, soprattutto, le potenzialità di ottimizzazione della spesa da parte dell'amministrazione e degli stessi detenuti»[51].

Le proposte di riforma però riguardano anche la durata delle chiamate, che costituisce un altro degli elementi problematici della disciplina in esame.

Agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale è stata proposta l'estensione da dieci a venti minuti del tempo massimo di durata delle telefonate, con possibilità di effettuarne di più nell'arco della settimana, mantenendo la durata massima complessiva. Nonostante questa fosse una proposta da valutare positivamente, la seconda, lanciata da Antigone Onlus, sembra ancora più favorevole poiché prevede l'introduzione di apparecchi telefonici in ogni cella utilizzabili attraverso scheda telefonica prepagata per una durata giornaliera massima di 30 minuti.

Un secondo ordine di problemi riguardanti la corrispondenza telefonica riguarda la discrezionalità lasciata all'amministrazione penitenziaria nella concessione di telefonate aggiuntive (art. 39 c. 3° reg. esec.).

È necessario soffermarsi sulla parte della norma in cui si fa riferimento alla prole di età inferiore ai dieci anni, per chiarirne la prassi applicativa. Nella circolare del D.A.P. n. 3533/5983 del 2003 si individuavano tre ipotesi distinte per cui potevano essere concesse telefonate aggiuntive: la presenza di figli minori di dieci anni, la sussistenza di motivi di urgenza o di particolare rilevanza ovvero l'avvenuto trasferimento del detenuto (art. 39 c. 2 reg. esec.). Tuttavia, con la sentenza n. 35569 del 4 giugno 2010 la Cassazione ha adottato un'interpretazione letterale più restrittiva, affermando che «i colloqui telefonici straordinari possono essere autorizzati con figli minori soltanto in casi di particolare rilevanza ed ur-

48 La sentenza della Cassazione Penale del 14 ottobre 2005, n. 44362, ha osservato «come proprio lo strumento telefonico rappresenti, specie quando trattasi di detenuti stranieri senza punti di riferimento in Italia, l'unico mezzo per consentire, nel più ampio contesto rieducativo, la risocializzazione del detenuto, permettendogli di coltivare quegli interessi affettivi».

49 Circ. D.A.P., 26 aprile 2010, n. 0177644.

50 Tale divieto era prescritto nella circ. D.A.P., 30 luglio 1993, n. 486767, poiché si riteneva che il telefono cellulare verso il quale effettuare la chiamata dall'interno dell'istituto avrebbe potuto essere utilizzato da chiunque e perciò anche da persone non legittimate: ciò poteva costituire una minaccia alla sicurezza.

51 M. C. Locchi, N. Pettinari, *L'utilizzo di Skype in carcere al fine del mantenimento e del rafforzamento dei rapporti dei detenuti con il mondo esterno*, in *Archivio penale*, Fascicolo 1, 2020, p. 19.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

genza» oppure, indipendentemente dalla presenza di figli minori di dieci anni, in caso di trasferimento del detenuto[52].

L'interpretazione della circolare del D.A.P. del 2003 sembra tuttavia preferibile perché «si sottolinea che da un punto di vista psicologico la minore età e la distanza dall'affetto genitoriale costituiscono di per sé un fatto rilevante ed urgente». Sarebbe però auspicabile non effettuare una differenza tra figli minori e maggiori di dieci anni. L'abrogazione di questa soglia di età non creerebbe un vuoto normativo pericoloso, perché resta sempre in capo all'amministrazione penitenziaria e al magistrato di sorveglianza un grado elevato di discrezionalità nelle scelte rispetto all'ampliamento degli strumenti di rapporto genitori figli.

2. Le misure extramurarie

Per misure extramurarie in senso ampio si intendono tutti gli istituti che permettono di svolgere l'esecuzione della pena fuori dal carcere anche se solo parzialmente a livello temporale. Ci sono strumenti che permettono una lontananza completa dal carcere come la detenzione domiciliare, altri in cui la permanenza in istituto è limitata a una sola parte della giornata, come la semilibertà; e altri strumenti permettono invece l'uscita sporadica dall'istituto come i permessi di necessità o i permessi premio o l'assistenza all'esterno dei figli minori ex art. 21-bis. Il fatto che si possa uscire dalle mura carcerarie significa godere di maggiori possibilità di coltivare i legami con l'esterno, che sono non solo quelli collegati al mondo degli affetti, ma anche al lavoro, allo studio e ai propri interessi culturali.

Alcuni di questi strumenti sono stati predisposti già all'entrata in vigore della l. n. 354/1975 al fine di garantire una specifica tutela alla maternità e all'infanzia[53]. Il quadro degli strumenti diretti a tutelare il rapporto genitori-figli si è poi ulteriormente arricchito con l'introduzione, a opera della legge Gozzini, della detenzione domiciliare (art. 47-ter ord. penit.), di cui è stato successivamente ampliato l'ambito di operatività mediante l'innalzamento dell'età del minore da tre a cinque e poi a dieci anni e mediante l'estensione della fruibilità anche al padre. Tuttavia, questo impianto di norme, già particolarmente complesso, è stato ritenuto insufficiente e inadeguato a offrire quella protezione che l'art. 31 della Costituzione vuole assicurare alle madri e ai loro figli[54]. La legge 40/2001, intitolata «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», ha quindi introdotto una nuova ipotesi di detenzione domiciliare e ha consentito l'assistenza all'esterno dei figli minori per limitare la loro presenza in carcere e assicurare «l'assistenza materna in modo continuato ed in ambiente familiare»[55].

Nondimeno, «occorre evidenziare che, nella materia *de qua*, esiste una significativa differenza nel trattamento riservato alla madre ed al padre, che ne tradisce la classificazione, rispettivamente, come genitore principale e genitore sussidiario: l'una comunque necessaria alla prole, l'altro soltanto là dove manchi la presenza materna»[56]. Infatti, l'interesse superiore del minore sembra indissolubilmente legato alla madre, tutelata da questi istituti, a cui i padri possono accedere solo nel caso in cui si verifichi

52 Tale impostazione è stata preferita anche dall'amministrazione penitenziaria che nella circ. D.A.P., 18 febbraio 2013, n. 3642/6092 «poiché maggiormente conforme al dettato dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale».

53 L'interesse del minore a crescere in un ambiente sereno e a non subire gli effetti deleteri della carcerazione e la tutela della maternità sono oggetto di specifica attenzione della normativa sovranazionale. Nella Risoluzione (A-2-51/89) il Parlamento europeo indica le donne come una categoria meritevole di una specifica tutela e sollecita gli Stati membri ad adottare strumenti alternativi al carcere. «Conferma di una spiccata sensibilità per questo tema viene, ancora recentemente, da una Raccomandazione del Comitato dei Ministri Europei (1469/2000), in cui si auspica che nei confronti delle madri e dei loro figli siano applicate misure alternative al carcere, dovendo questo essere considerato come *extrema ratio*, e che, qualora per la gravità dei delitti commessi e per la pericolosità del soggetto risulti ineludibile la pena detentiva, siano predisposti interventi di sostegno a favore della madre e del figlio e siano incentivati i rapporti con gli altri familiari, specie con il padre» (L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *Legislazione penale*, 2002, pp. 547-561, p. 547).

54 Nella *relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997*, in *Atti Camera. XIII legislatura, stamp. n. 4426* si osserva che «la tutela di tali situazioni soggettive, infatti, resta affidata a pochi istituti che possono ritenersi marginali, cioè il differimento dell'esecuzione della pena e la detenzione domiciliare» e che le strutture penitenziarie sono inadeguate a ospitare bambini per tempi prolungati.

55 *Relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997*, in *Atti Camera. XIII leg, stamp. n. 4426*.

56 G. Mantovani, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, Milano, LediPublishing, 2018, pp. 195-328, p. 199.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

l'infelice clausola che vede la madre deceduta o gravemente impossibilitata a dare assistenza ai figli o quando «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre»[57].

L'esercizio della paternità è quindi limitato e il fattore principale da cui deriva questa limitatezza consiste nel concepire l'esercizio di compiti di cura da parte dei padri come una possibilità secondaria rispetto a quanto è tenuta a fare la madre. Se non fosse sempre un caso eccezionale, un evento infausto a giustificare la presenza dei padri, ma venisse valorizzato il fatto che esattamente come le madri anch'essi sono parte di una famiglia e genitori, allora i benefici sarebbero multipli: per le madri che potrebbero condividere in un modo più paritario i compiti di cura, per i figli che svilupperebbero legami familiari più equamente bilanciati e per i padri che non si vedrebbero eccessivamente compresso il loro diritto alla vita familiare e potrebbero contare su uno degli elementi dell'art. 15 ord. penit. per la realizzazione di un progetto rieducativo vincente che li abbia come protagonisti.

2.1. I permessi

I permessi rappresentano il primo esperimento di contatto con la libertà accordato ai detenuti durante la loro permanenza in carcere. Attraverso la loro concessione l'autorità giudiziaria consente di trascorrere un periodo di tempo fuori dall'istituto «con l'adozione di una serie di cautele, che vanno dall'imposizione di determinate prescrizioni fino alla predisposizione di una scorta, e con l'obbligo, sanzionato anche penalmente, di fare spontaneamente rientro in istituto alla scadenza del termine»[58].

Originariamente la legge 354/1975 prevedeva all'art. 30 permessi concedibili per gravi ragioni familiari o altri gravi e accertati motivi di carattere umanitario, al fine di rendere la pena non contraria al senso di umanità. Data l'espressione generica usata dal legislatore, questo istituto venne presto impiegato per soddisfare anche esigenze rieducative e risocializzanti. Tuttavia, dopo l'entrata in vigore della legge l'opinione pubblica mosse numerose critiche, a cui il legislatore reagì con la legge del 20 giugno 1977 n. 450, formulando restrittivamente la clausola dell'art. 30 c. 2 ord. penit. e consentendo permessi di necessità «eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità». Lasciati alle spalle gli anni di piombo, la legge Gozzini introdusse un nuovo istituto: i permessi premio (art. 30-ter ord. penit.).

I permessi di necessità ex art. 30 ord. penit. possono essere concessi per due ordini di motivi: nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente (c. 1)[59] o «eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità» (c. 2).

Se la formulazione letterale del primo comma sembra inequivocabile, lo stesso non si può dire di quanto è prescritto al comma successivo. La seconda ipotesi, infatti, è definita con riferimento a tre elementi: il carattere eccezionale della concessione, la particolare gravità dell'evento e il fatto che questo riguardi la vita familiare.

L'analisi dell'interpretazione di questi requisiti permette di circoscrivere in modo stringente quali siano le ipotesi di effettiva operatività di questo istituto. È possibile osservare, infatti, che se inizialmen-

57 Art. 21-bis c. 3 ord. penit.

58 F. della Casa, G. Giostra, *Manuale di diritto penitenziario*, 2021, cit., p. 72.

59 Anche l'art. 21-ter, rubricato «Visite al minore infermo o al figlio, al coniuge o convivente affetto da *handicap* in situazione di gravità», riconosce il diritto del genitore a recarsi a far visita al figlio minore o al parente affetto da *handicap* «in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute» (c. 1). Poiché già attraverso l'art. 30 c. 1 ord. penit. era possibile vedersi riconosciuto un permesso per fare visita al minore in pericolo di vita, può suscitare qualche perplessità l'inserimento nel sistema di una disposizione così specifica. Tuttavia, «nell'art. 21-ter si fa riferimento anche alle "gravi condizioni di salute", espressione generica che si presta a interpretazioni assai late, tali da ricomprendere una vasta gamma di situazioni in cui si possano venire a trovare i bambini, specie se in tenera età» (F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 353). Nei vari disegni di legge presentati prima della legge n. 62 del 21 aprile 2011, che ha introdotto questo articolo, erano state avanzate ipotesi di aggiunta di un nuovo comma all'articolo 30 ord. penit. o di un articolo ad esso successivo poiché la *ratio* giustificativa di tali previsioni è analoga a quella dell'art. 30 ord. penit., che è volto a «tutelare le relazioni affettive e a impedire che alla afflizione insita nella detenzione si aggiunga quella derivante dalla impossibilità di assistere i propri cari e di esser loro vicino». Secondo quanto specificato nella relazione al disegno di legge presentato dalla deputata Ferranti e altri il 12 dicembre 2008, in *Camera dei Deputati. XVI legislatura, stamp. n. 2011*, «i destinatari della legge sono i minori a cui devono essere garantite tutte le opportunità, sia psicologiche che fisiche, a cui hanno diritto per crescere bene». È evidente quindi quanto la *ratio* umanitaria fosse quella prevalente tra le giustificazioni a sostegno dell'introduzione di tale disposizione. La collocazione attuale, invece, rimanda alla disciplina del lavoro all'esterno, con cui si è dato fondamento all'introduzione dell'art. 21-bis ord. penit. che disciplina l'assistenza dei figli all'esterno. L'unico elemento di similitudine con questo articolo, oltre alla tutela dell'interesse del minore, è costituito dalle condizioni restrittive per l'accesso alla misura da parte del padre. Egli, infatti, può assistere il figlio solo se la madre è morta o gravemente impossibilitata ad accudire la prole (la formulazione non è sovrapponibile a quella dell'art. 21-bis ord. penit. ma a quella della prevista per la detenzione domiciliare ex art. 47-ter ord penit. e a tal proposito si rimanda ai rilievi critici effettuati al par. 3.3).

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

te la magistratura di sorveglianza avesse interpretato i tre elementi in modo ampio al fine di dare una risposta, seppur parziale, a una serie di necessità familiari meritevoli di protezione, con la riforma del 1977 e l'introduzione dei permessi-premio meno di dieci anni dopo, la situazione è cambiata.

Innanzitutto, l'eccezionalità implica che l'evento non debba essere stato causato dalla persona detenuta che chiede la concessione del permesso e che debba essere episodico e tendenzialmente circoscritto nel tempo. Il fatto deve quindi essere «del tutto al di fuori della quotidianità, sia per il suo intrinseco rilievo fattuale sia per la sua incidenza nella vita del detenuto e nella sua esperienza di isolamento carcerario»[60].

Passando in rassegna la giurisprudenza, è possibile scorgere due indirizzi interpretativi opposti. Un orientamento più attento al principio di umanizzazione della pena associa il requisito dell'eccezionalità alla «idoneità del fatto ad incidere nella vicenda umana del detenuto»[61] gli effetti negativi che un diniego potrebbe produrre sugli altri familiari interessati[62]. Di conseguenza si è ammesso che gli eventi possano essere anche lieti.

Un orientamento più restrittivo, configurando una classificazione tra eventi fausti e infausti, ha negato la concessione del permesso per assistere alla nascita di un figlio (Cass., Sez. I, 19 luglio 2017, n. 3428), al suo battesimo (Trib. sorv. Torino, 21 febbraio 2007) o ai festeggiamenti per il suo diciottesimo compleanno (Cass. pen. sez. I, 20 ottobre 2011, n. 40660). E interpretando letteralmente il termine «evento» come accadimento nella vita socio-familiare del detenuto tendenzialmente circoscritto nel tempo, ha negato l'impiego del permesso di necessità per supplire all'impossibilità di colloqui visivi o di permessi premio.

In tale quadro giurisprudenziale molto disomogeneo, si aggiunge anche la tendenza a subordinare il riconoscimento del permesso di necessità alla tutela delle esigenze connesse alla pubblica sicurezza[63] ovvero all'adesione al programma trattamentale. Tuttavia, questi accertamenti non attengono alla *ratio* ispiratrice dell'istituto e si riferiscono ad interessi adeguatamente tutelabili mediante il ricorso a cautele addizionali indicabili nel provvedimento di concessione del permesso di cui all'art. 30 ord. penit. ex art. 64 reg. esec.

Al fine di limitare i casi - numerosi - di disparità di trattamento da parte dei giudici, è divenuta sempre più cogente la necessità di un intervento normativo.

Tuttavia, i permessi di necessità resterebbero sporadici e non adatti a garantire il mantenimento delle relazioni familiari in modo periodico come i permessi-premio.

2.1.1. Il permesso-premio

Il permesso-premio è disciplinato dall'art. 30-ter ord. penit. e dall'art. 65 reg. esec. e consiste nella possibilità riservata alle persone condannate detenute che hanno tenuto una condotta regolare e che non risultano socialmente pericolose di vedersi riconosciuto dal magistrato di sorveglianza un permesso della durata massima di quindici giorni (per un totale massimo di quarantacinque giorni ogni semestre di pena) al fine di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. Al momento della sua introduzione, grazie all'art. 9 della l. n. 663/1986[64], si è presentato come uno strumento «che attenua considerevolmente sia il carattere custodialistico del carcere, sia l'inevitabile componente emarginante della pena

60 Cass. pen., sez. I, 11/10/2016, n. 52820.

61 Cass. pen., sez. I, 19/07/2017, n. 3428.

62 Il Tribunale, Alessandria, sez. sorveglianza, 29 marzo 2012 con il decreto n. 51 afferma che, anche in applicazione dell'art. 3, comma 1, della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, l'evento familiare di particolare gravità, che legittima la concessione del permesso ai sensi del comma 2 dell'art. 30 legge n. 354 del 1975, può essere rappresentato da avvenimenti riguardanti la vita del figlio minore, rispetto ai quali l'assenza del genitore detenuto potrebbe gravemente turbare il processo evolutivo della personalità del figlio durante la fase fondamentale di passaggio dalla fanciullezza all'adolescenza (il caso riguardava il ricevimento del Sacramento dell'Eucaristia da parte del minore).

63 Tribunale di sorveglianza di Roma, ordinanza del 20 settembre 2016, confermata da Cass. pen. sez. I, del 14 dicembre 2017, n. 55797.

64 Già nel settembre del 1973 il Senato approvò un disegno di legge in cui all'art. 29 si prevedevano tre tipi di permessi; la terza tipologia - al comma terzo - era espressamente definita permessi speciali. Questi erano genericamente concedibili ai detenuti e agli internati che avessero tenuto «regolare condotta [...] anche al fine di mantenere relazioni umane». Tuttavia, nel successivo *iter* parlamentare il comma terzo venne soppresso e il testo definitivo che poi venne approvato divenendo la legge n. 354 del 1975 conteneva i permessi disciplinati ai primi due commi dell'art. 29: quelli concedibili «nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente» e quelli concedibili «per gravi e accertati motivi», che sono stati trattati nel paragrafo precedente.

detentiva»[65]. La giurisprudenza riconosce in questo istituto «la modalità privilegiata per il soddisfacimento di esigenze legate alla sfera emotiva e familiare»[66].

I presupposti oggettivi per l'accesso a questo istituto riguardano il *quantum* della pena da scontare. Questo comporta che solo poche categorie di detenuti possano beneficiarne, tanto che in tutto l'arco di tempo dell'anno 2021 in Italia si sono registrati solo 16.158 permessi premio di durata variabile, pari a circa 44 permessi al giorno, meno di uno ogni quattro carceri. Su questo dato ha influito certamente la diffusione dell'epidemia da COVID-19. Nel 2019 i permessi concessi sono stati 40.040, circa 109 permessi al giorno, uno ogni due carceri circa[67]. Il dato del 2019 rappresenta il picco in positivo di una tendenza che negli ultimi dieci anni è sempre stata in aumento partendo da 15.007 permessi concessi nel 2008, primo anno di cui sono disponibili i dati.

I presupposti soggettivi sono due ed hanno una formulazione non sufficientemente determinata: è necessario che i condannati abbiano tenuto una regolare condotta e che non risultino essere socialmente pericolosi.

Al comma 8 viene specificato che «la condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti[68] e nelle eventuali attività lavorative o culturali». Il comportamento personale deve essere valutato dal direttore dell'istituto, previo parere del gruppo di osservazione e trattamento. Dal punto di vista della correttezza, è da valutare il rispetto delle norme di condotta nei rapporti con gli altri detenuti, con il personale di custodia e quello di assistenza durante il periodo di esecuzione della pena. Il senso di responsabilità invece «tende a cogliere un criterio di condotta del soggetto che va oltre la mera osservanza delle regole ed indica quanto meno la premessa o l'attitudine ad una evoluzione positiva»[69].

Riguardo a questo primo requisito soggettivo è necessario osservare che se uno dei parametri di valutazione per la concessione di questo strumento trattamentale è la regolare condotta, per la cui sussistenza «non [è] sufficiente la mera "osservanza passiva delle regole penitenziarie", richiedendo, invece, il legislatore un *quid pluris* sussistente quanto meno ove sia posta in essere una valida premessa a un'evoluzione positiva oppure ove venga dimostrata l'attitudine a tale evoluzione»[70], allora è necessario che si dia attuazione al principio solidaristico che impone la creazione delle condizioni obiettive perché alle persone detenute siano offerte opportunità[71] di sperimentare in cosa consiste la funzione rieducativa della pena e arrivare a un progressivo reinserimento sociale[72].

Il secondo requisito soggettivo riguarda la pericolosità sociale, che deve essere accertata acquisendo il certificato penale dell'interessato, copia della sentenza di condanna e informazioni dagli organi di polizia del luogo di abituale dimora dell'interessato. La decisione deve, tuttavia, essere calibrata anche in considerazione del comportamento tenuto durante il periodo di detenzione. Si tratta di un giudizio prognostico sulla possibilità che il soggetto, una volta posto in libertà, possa commettere nuovi reati.

L'art. 30-quater disciplina le condizioni per la concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati ex art. 99 c. 4 c.p. Proprio quest'ultimo articolo e il comma quarto dell'art. 30-ter sono stati oggetto di una disamina approfondita durante gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale. Le proposte confluirono nel decreto legislativo attuativo della delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103, recante "Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", nella parte relativa alle modifiche all'ordinamento penitenziario. In particolare, l'articolo 9 del decreto legislativo prevedeva la modifica del comma 4 dell'articolo 30-ter, eliminando gli ostacoli alla fruizione dei permessi premio relativi al tipo di reato commesso, facendo salvi soltanto quelli per l'art. 4-bis c. 1 ord.

65 F. Giunta, *Commento art. 9, Legge 10 ottobre 1986, n. 663*, in *Legislazione penale*, 1987, pp. 135-144, p. 136.

66 B. Giors, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, cit., pp. 59-103, p. 89.

67 I dati sono consultabili sul sito del Ministero della Giustizia, nella sezione statistiche.

68 Con «attività organizzate negli istituti» si fa riferimento alle «attività singole o in comune che sono predisposte a norma degli artt. 12, 19 e 27 dell'Ordinamento penitenziario (attività di istruzione, attività culturali, ricreative e sportive)» (http://www.adir.unifi.it/odv/sportello/perpre.htm).

69 F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 429.

70 Corte costituzionale, 30 luglio 1997, n. 296.

71 Tali opportunità, secondo l'art. 13 ord. penit. devono essere individualizzate in relazione alle specifiche condizioni degli interessati. Per un approfondimento riguardo a tale prescrizione si veda S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 57-63.

72 F. Mantovani, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, Milano, Giuffrè editore, 1983, pp. 197-216, p. 206.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

penit. L'eliminazione della preclusione biennale alla concessione dei permessi premio è dettata da due motivazioni: innanzitutto tale divieto prescinde irragionevolmente dall'esistenza di un accertamento della responsabilità penale, perché si afferma che per l'esclusione sia sufficiente aver riportato una condanna o essere imputati per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà. In secondo luogo, impedisce al magistrato di sorveglianza di valutare la gravità del fatto e il livello di adesione al trattamento da parte della persona condannata.

L'articolo 10 del decreto legislativo prevedeva l'abrogazione dell'articolo 30-quater dell'ordinamento penitenziario che limita la concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati. L'intervento normativo si giustificava in quanto appariva incoerente consentire al recidivo reiterato l'accesso ai permessi premio solo dopo l'espiazione di un periodo di pena molto più lungo rispetto a quello previsto per gli altri condannati.

Nonostante l'impianto giustificativo della riforma fosse estremamente solido, i decreti attuativi non hanno recepito la proposta di modifica. Non sono quindi venute meno le restrizioni relative al tipo di reato commesso, basate su automatismi invece che su di un reale accertamento della responsabilità penale, così come permangono i limiti previsti per la concessione dei permessi premio ai recidivi. Un'altra occasione mancata.

2.1.2. La problematica polifunzionalità dei permessi-premio

Il permesso-premio è uno strumento previsto dalla legge Gozzini che viene concesso ai detenuti in virtù della loro condotta regolare durante il periodo di detenzione. Secondo alcuni studiosi, il permesso premio ha principalmente una funzione preventiva e rieducativa, mentre secondo altri rappresenta una ricompensa per i meriti acquisiti durante il periodo di detenzione[73]. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 188 del 4 aprile 1990, ha riconosciuto che il permesso premio svolge sia una funzione incentivante che rieducativa, poiché incoraggia la collaborazione del detenuto con l'istituto carcerario e consente il suo reinserimento graduale nella società. Tuttavia, negli ultimi decenni si è discusso sulla problematicità di subordinare l'esercizio del diritto all'affettività dei detenuti a requisiti di merito e sono state avanzate proposte di legge che prevedono la creazione di un nuovo istituto, noto come permesso di affettività.

Più recentemente gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale hanno proposto di introdurre un permesso che consente ai detenuti di trascorrere 10 giorni ogni semestre con i loro familiari o con le persone con cui hanno una relazione affettiva, se non c'è rischio che il detenuto commetta nuovi reati o non rientri in carcere al termine del permesso. Il diritto all'affettività è da considerare un diritto fondamentale e, pertanto, è giustificata la preferenza per uno strumento dedicato che non discrimini i detenuti in base alla durata della pena.

In questo contesto il discorso si arricchisce di una questione ulteriore. Tra l'esercizio del diritto fondamentale all'affettività e l'obiettivo di garantire la sicurezza si inseriscono disposizioni che prescrivono comportamenti affinché il soggetto, diminuendo il suo grado di antisocialità, possa vedersi concesso uno spazio di esercizio della dimensione affettiva il più simile a quanto sperimentato in libertà. Secondo il principio punitivo-premiale, declinato nei termini di premialità progressiva, la pena viene attenuata «parallelamente alla progressiva acquisizione delle abitudini sociali e del progressivo inserimento nella vita sociale»[74].

73 Per una disamina approfondita sulla polifunzionalità dei permessi premio si vedano: F. Giunta, *Commento art. 9, Legge 10 ottobre 1986, n. 663*, cit., pp. 135-144, pp. 136-137; A. Margara, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione giustizia*, 1986, p. 530; L. Tampieri, *I permessi premio e le norme in materia di permessi e licenze*, in G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè editore, 1987, pp. 135-167, p. 161.

74 F. Mantovani, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario,* in Fondazione «Avv. Angelo Luzzani» di Como (promosso da), *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, Milano, Giuffrè editore, p. 206.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Questo scambio tra Stato e detenuto parrebbe il frutto di un mutamento di fondo[75] nella strategia di controllo della società da parte dello Stato[76]: da organizzazione coercitiva[77], ora lo «Stato moderno tende sempre più a vestire l'abito di un'organizzazione a base utilitaristica».

Attraverso la spinta alla «superconformità»[78] il soggetto ottiene l'eliminazione degli ostacoli che si frappongono all'esercizio di un particolare diritto. Nel caso che qui rileva, è necessario chiedersi se la strumentalizzazione della possibilità di effettivo godimento del diritto all'affettività al fine di ottenere adesione al trattamento e diminuzione della pericolosità sociale possa essere compatibile con la qualificazione di quello stesso diritto come fondamentale. La riluttanza sempre più marcata ad approvare progetti di riforma che abbandonino la logica della premialità sembra confermare la tendenza a configurare i diritti dei detenuti come degradati rispetto a quelli delle persone libere. E questo nonostante la sentenza della Corte costituzionale del 6 agosto 1979, n. 114, sancisca che «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»[79].

2.2. La detenzione domiciliare

La detenzione domiciliare è uno strumento polifunzionale. Le due ipotesi, che vengono in rilievo in questo paragrafo, sono disciplinate agli articoli 47-ter primo comma lett. a) e b) e 47-quinquies ord. penit. e hanno come finalità primaria la tutela della relazione fra genitore e figli.

La prima ipotesi[80] prevede la concessione della detenzione domiciliare per donne incinte e madri, con figli conviventi di età inferiore a dieci anni[81] o figli disabili portatori di handicap totalmente invalidante a prescindere dall'età[82], che devono ancora scontare una pena detentiva, in origine o residua, non superiore a quattro anni. La tutela primaria perseguita dal legislatore è quella dell'interesse superiore[83] del minore e solo in seconda battuta della madre - e in via residuale del padre. Secondo la lettera b), infatti, la detenzione domiciliare può essere concessa anche al «padre, esercente la responsabilità genito-

75 Per un approfondimento sul mutamento della funzione della pena e delle strategie di controllo da parte degli Stati si vedano: S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale,* Roma, Ediesse, 2012; A. De Giorgi, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società del controllo,* Roma, Deriveapprodi, 2000; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, Il Mulino, 1977; T. Pitch, *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 1/2001, pp. 137-158; L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2006; E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 2004; C. Sarzotti, *Il campo giuridico del penitenziario: appunti per una ricostruzione*, im F. Belvisi, A. Facchi, T. Pitch, C. Sarzotti, E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale,* Torino, Giappichelli, 2010, pp. 181-234.

76 A. Febbrajo, *Pene e ricompense*, in Fondazione «Avv. Angelo Luzzani» di Como (promosso da), *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, 1983, pp. 97-120, p. 105.

77 A. Etzioni, *The active society. A theory of Societal and Political Processes*, New York: The free press, 1968, pp. 357 ss. Si vedano anche A. Garapon, *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia,* Milano, Raffaello Cortina, 2012, trad. it. R. Sabato, *La raison du moindre état: le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacobe, 2010; P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista,* Roma, DeriveApprodi, 2013, trad. it. R. Antoniucci e M. Lapenna, *La nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale*, La découverte, Paris, 2009; R. H. Thaler e C. R., *Sunstein Nudge - La spinta gentile*, Feltrinelli, 2014, trad. it. A. Olivieri, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness,* Yale University Press, 2008.

78 Si veda la tabella elaborata da Febbrajo in *Pene e ricompense*, cit., p. 102.

79 Riguardo alla necessità di preservare nella loro dimensione la più possibile estesa i diritti delle persone detenute durante il periodo di limitazione della libertà si veda S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2012, pp. 109-110).

80 Per una disamina approfondita dell'art. 47-ter primo comma lett. a) e b) ord. penit. si veda F. della Casa e G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 655-693.

81 Originariamente il limite di età della prole convivente era fissato a tre anni. L'età è stata elevata dapprima con la legge 296/1993 a cinque anni e poi con la legge 165/1998 a dieci anni per ampliare la gamma dei beneficiari.

82 È stata la Corte costituzionale con la sentenza del 5 dicembre 2005, n. 350, a introdurre questa ulteriore ipotesi.

83 In particolare, «appare opportuno sottolineare che la detenzione domiciliare è uno strumento di tutela del rapporto fra madre e figlio contro gli effetti dell'ingresso della prima nell'istituto penitenziario. Se invece la convivenza manca per una ragione diversa dalla carcerazione della donna (qualunque essa sia), la misura domestica è inapplicabile poiché viene meno la funzione di tutela contro la rottura (o il protrarsi di una sospensione) specificamente indotta dall'espiazione intramuraria» (G. Mantovani, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, cit., p. 216).

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

riale, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

La seconda ipotesi[84] è dedicata specificamente alle madri con prole inferiore a dieci anni a cui possono accedere esclusivamente da un previo stato di detenzione. In via residuale, come per le disposizioni esaminate precedentemente, il padre è ammesso al godimento della misura, alle stesse condizioni previste per la madre, «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri»[85] che a lui.

Il giudice può disporne la concessione quando non siano soddisfatti i requisiti prescritti all'art. 47-ter c. 1. Per controbilanciare l'innalzamento dei limiti edittali è stata introdotta la necessità di soddisfare due ulteriori presupposti «attinenti l'uno al profilo della pericolosità sociale (insussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti), l'altro al profilo affettivo[86] (possibilità di ripristinare la convivenza con i figli)»[87].

Le modalità attuative di entrambi gli istituti sono simili: il giudice è chiamato a prevedere nel provvedimento di autorizzazione disposizioni dedicate ai rapporti con l'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna – al quale sono riservati compiti di sostegno e di controllo.

La lista di luoghi in cui può essere effettuata la detenzione domiciliare si è progressivamente arricchita per garantire l'accesso a questa misura anche a persone che non disponevano di un domicilio idoneo alla vita con i figli e alla salvaguardia delle esigenze di sicurezza[88].

Nel testo originario dell'art. 47-ter ord. penit. solo la madre era ammessa alla concessione della detenzione domiciliare nel caso di figli minori fino a tre anni (limite originario, poi ripetutamente innalzato negli anni successivi). Nel 1990 è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale che ha portato alla declaratoria di illegittimità dell'articolo nella parte in cui non prevede che la detenzione domiciliare concedibile alla madre di prole inferiore a cinque anni con lei convivente possa essere concessa anche al padre detenuto, se la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole. Dopo tale sentenza, la valorizzazione della figura paterna è stata recepita e diffusa dal legislatore nel quadro degli istituti indirizzati alla salvaguardia della prole, ma in diverse varianti, ognuna delle quali riproduce la divisione dei ruoli familiari che vede la madre al primo posto nello svolgimento dei compiti di cura. Ripercorrere il ragionamento effettuato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 4 aprile 1990, n. 215, è esemplificativo. Il caso di specie riguardava un padre condannato per bancarotta

84 Per una disamina approfondita dell'art. 47-quinquies ord. penit. si veda F. della Casa e G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 704-717. Tale articolo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 31 Cost., l'art. 47-quinquies, commi 1, 3 e 7, l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare può essere proposta al magistrato di sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura, nel qual caso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 47, comma 4, della medesima legge. Per un commento alla sentenza 11 gennaio 2022 (dep. 3 febbraio 2022) n. 30, si vedano: A. Massaro, *Il preminente interesse del minore impone l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2/2022, pp. 806 ss. e il commento di S. Carnevale in Giurisprudenza costituzionale 1/2022, pp. 359-377.

85 Art. 47-quinquies c. 7 ord. penit. Rispetto alla clausola prevista per la detenzione domiciliare ex art. 47-bis, tale formulazione presenta due differenze. Innanzitutto, manca l'avverbio «assolutamente» riferito all'impossibilità per la madre di fornire assistenza al figlio. «L'avverbio mira a sottolineare la differenza tra impossibilità e gravi difficoltà, impedendo interpretazioni estensive» (F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 707). In secondo luogo, per una considerazione riguardo all'ulteriore presupposto «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre» si rinvia al paragrafo successivo.

86 La valutazione di questo profilo «esige una magistratura di sorveglianza adeguatamente "attrezzata" per procedere ad un accertamento discrezionale fuori dall'ambito, ad essa familiare, dell'idoneità della misura a favorire il recupero del reo a prevenire la commissione di nuovi reati. Il giudizio prognostico sull'utilità del beneficio per il figlio della persona condannata si muove invece sul terreno della valutazione del superiore interesse del minore, terzo rispetto alla vicenda esecutiva, inconsueto per la magistratura di sorveglianza. Per formularlo il giudice, già nel momento della prima applicazione della detenzione domiciliare speciale, dovrebbe disporre (anche) di informazioni sufficientemente articolate ed approfondite sulla situazione materiale ed affettiva del minore e sul suo rapporto con la madre donde l'urgenza di un effettivo coordinamento con gli organi giudiziari specificamente preposti alla tutela minorile e con i servizi sociali territoriali» (G. Mantovani, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in G. Mantovani, *Donne ristrette*, cit., pp. 219-220).

87 L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, cit., p. 555.

88 I luoghi indicati dalla legge Gozzini riproducevano sostanzialmente quelli che erano indicati dall'art. 284 c.p.p. per gli arresti domiciliari ed erano: la propria abitazione, un altro luogo di privata dimora o un luogo pubblico di cura o di assistenza. La legge Simeone aggiunse alla lista i luoghi di accoglienza. E la legge Finocchiaro consentì lo svolgimento della detenzione domiciliare speciale presso case di cura, assistenza o accoglienza sia pubbliche che private.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

fraudolenta che chiedeva di essere ammesso alla detenzione domiciliare per prendersi cura della figlia nata prematura di cui sua moglie, affetta da una psicosi di arresto e inabile al 70%, non era in grado di occuparsi. La Corte ha ritenuto fondata la questione, sottolineando che la mancanza di questa possibilità per il padre negava implicitamente il suo diritto e dovere di prendersi cura della figlia in caso di assenza o impossibilità della madre. Nonostante la Costituzione riconosca la pari responsabilità dei genitori nei confronti dei figli, la Corte ha fatto leva sulla protezione dell'infanzia prevista dall'articolo 31 cost. per confermare la madre come principale responsabile dei compiti di accudimento, dimostrando che la posizione dei genitori all'interno della famiglia non è paritaria.

2.3. L'assistenza all'esterno dei figli minori

L'assistenza all'esterno dei figli minori, disciplinata dall'art. 21-bis ord. penit., è una «modalità esecutiva diretta a consentire alla madre (nonché al padre), che non riesca ad ottenere la detenzione domiciliare, di provvedere alla cura dei figli in un ambiente non carcerario per un periodo di tempo predeterminato nel corso della giornata»[89]. Questo istituto contempera la funzione di prevenzione generale della pena con l'esigenza di garantire la continuità del rapporto genitore-figli, secondo modalità più limitate rispetto alla detenzione domiciliare speciale, poiché per una parte della giornata la madre o il padre che ne godono sono tenuti alla permanenza in carcere. L'istituto-base per la sua disciplina è quello del lavoro all'esterno. Proprio in virtù di questa collocazione, la relazione al d.d.l. governativo concernente «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», presentato il 24 dicembre 1997[90], la descrive come «un istituto che attribuisce ai compiti di cura lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa». L'equiparazione dei compiti di cura al lavoro è stata giustificata nella relazione alla Camera dei Deputati dal fatto che la forza risocializzante del lavoro (che concretizzava nello svolgimento di queste mansioni) come elemento del trattamento avrebbe potuto contribuire alla realizzazione della funzione rieducativa della pena. È interessante notare come per correggere la detenuta donna dalla condotta deviante che l'ha portata in carcere si faccia leva su questo tipo di lavoro, per auspicare un ritorno del suo comportamento alla conformità socialmente accettata. Anche in questo atto legislativo si scorge quindi «quel paradosso comune a tutte le società industrializzate per cui le donne costituiscono ormai ovunque una cospicua e irrinunciabile quota della forza-lavoro stabilmente inserita nell'organizzazione produttiva, ma ciò non ha indotto sostanziali mutamenti nel modo di concepire e rappresentare la loro esistenza»[91].

Questa narrazione ha come soggetto solo la donna. Non viene riproposta per la figura paterna che anzi, in questo caso rispetto alle formule che possiamo trovare negli articoli analizzati precedentemente, può vedersi riconosciuta la misura non solo se la madre è deceduta o assolutamente impossibilitata ma anche se non è possibile affidare la prole ad altri che a lui. La formulazione del comma 3 dell'art. 21-bis ord. penit.[92] è stata oggetto di questione di legittimità costituzionale nella parte in cui prevede che «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre». Nonostante la questione sia stata dichiarata manifestamente inammissibile, tra i «ritenuto» ci sono argomentazioni giuridiche che si presterebbero a sostenere una declaratoria di illegittimità costituzionale di tale disposizione. Nell'ordinanza, infatti, si legge che la norma oggetto di censura, oltre a privilegiare il rapporto tra madre e figlio minore, pospone la figura paterna ad altri soggetti, in ipotesi anche estranei alla cerchia parentale, e in questo modo sacrifica sia il diritto del minore a godere dell'assistenza e dell'affetto paterni, sia quello del padre a svolgere la funzione genitoriale.

Si assisterebbe anche a una violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 c. 1 Cost. poiché la norma imporrebbe un «trattamento largamente e irragionevolmente preferenziale alla madre rispetto al padre, discriminando […] quest'ultimo nell'accesso alla detenzione domiciliare c.d. "speciale"». Inoltre, la norma censurata soprattutto nei casi di prolungata carcerazione del genitore, finirebbe per «agevolare di fatto un processo di progressivo distacco e deresponsabilizzazione da parte del padre nei confronti del figlio minorenne, determinando così per quest'ultimo una condizione di sostanziale abbandono o comunque una crescita compromessa da squilibri interiori e da traumi psicologici», con contestuale aumento delle probabilità che il figlio diventi adolescente e poi maggiorenne senza aver goduto della

89 L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, cit., p. 559.

90 *Relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997*, in *Atti Camera. XIII legislatura, stamp. n. 4426.*

91 C. Ravaioli, *Tempo da vendere tempo da usare. Lavoro produttivo e lavoro riproduttivo nella società microelettronica*, Milano, Franco Angeli, 1986, p. 24.

92 Corte costituzionale, ordinanza del 9 luglio 2009, n. 211.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

vicinanza affettiva del padre; condizione in contrato con i principi sanciti dagli artt. 30, primo comma, e 31, secondo comma, Cost. Il riconoscimento dei danni derivanti dalla mancanza paterna non è assolutamente preso in considerazione nella relazione alla Camera dei deputati, in cui si fa afferma solamente che «la rottura della relazione madre-figli è sempre drammatica e si rivela particolarmente dannosa nei casi di pene lunghe, quando l'eventuale ripristino di un rapporto significativo è necessariamente rimandato a un momento assai lontano nel tempo»[93].

La giurisprudenza, tentando di limitare il più possibile la capacità escludente derivante dalla formulazione di questa disposizione, richiede la dimostrazione che in concreto non ci sia già una pratica per affidare la prole a soggetti diversi dal padre. Questa tendenza è da valutare positivamente.

Ripensare gli strumenti contenuti nella legge di ordinamento penitenziario tenendo separati il piano dell'effettivo godimento dei diritti fondamentali dal piano del trattamento rieducativo è il passo necessario da compiere per una riforma del diritto dell'esecuzione penale più giusto e dignitoso.

93 *Relazione al disegno di legge d'iniziativa governativa presentato il 24 dicembre 1997*, in *Atti Camera dei Deputati. XIII legislatura, stamp. n. 4426.*

GenIUS *anno 2023, numero 1* · · ·

*Maria Vittoria Izzi**

Ai margini di politica e ideologia: quale spazio per un discorso giuridico in materia di carriera alias? Brevi considerazioni in merito

Sommario

1. Introduzione. – 2. Identità di genere e diritto allo studio: le sfide delle identità T all'interno degli istituti di istruzione. – 2.1 Solidarietà sociale, autonomia scolastica e carriera alias. – 3. STOP carriera alias: la campagna dell'Associazione Pro Vita e Famiglia. – 3.1 La presunta minaccia alla "sana maturazione psico-fisica degli studenti". – 3.2. La (non) violazione delle norme civili, penali e amministrative. – 4. Uno sguardo al di là dei confini nazionali: l'esempio di Malta e della Norvegia. Quali prospettive future? – 5. Valutazioni conclusive.

Abstract

Il contributo mira ad approfondire in chiave critica l'attuale dibattito relativo all'adozione del regolamento per la carriera *alias* all'interno della scuola secondaria di secondo grado, analizzando le principali questioni giuridiche emerse sul punto. Nel perseguire tale intento argomentativo, particolare attenzione sarà posta sulla condizione delle persone *transgender* all'interno degli enti di istruzione e sugli elementi che attualmente impediscono una loro piena integrazione nei medesimi.

This paper focuses on the condition of transgender students in Italian high schools and on their right to education. Through the critical analysis of the current debate surrounding the use of the preferred name in schools, the contribute aims to draw the attention on the dynamics that prevent full integration of transgender students and on the consequences on the protection of their fundamental rights.

1. Introduzione

L'attualissimo dibattito avente ad oggetto la c.d. carriera *alias* si pone all'interno di una più ampia riflessione che, ancora una volta, orbita attorno alla collocazione delle identità *transgender* all'interno di un ordinamento giuridico – e, ancor prima, di un contesto sociale – rigidamente organizzato secondo i dettami del binarismo di genere.

La carriera *alias*, infatti, è oggi al centro di una vivace *querelle* che prende le mosse dall'iniziativa dell'Associazione Pro Vita e Famiglia, la quale ha dichiarato di aver diffidato circa centocinquanta scuole secondarie di secondo grado del territorio italiano che avevano adottato lo strumento in oggetto, intimando loro l'immediata rimozione dello stesso.

Il presente contributo si propone l'obiettivo di fornire un'analisi giuridica dei dubbi attualmente esistenti in materia di carriera *alias* e, nello specifico, delle principali argomentazioni proposte dalla succitata associazione. Si procederà, in primo luogo, ad un approfondimento delle condizioni e delle

* Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Bologna.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

problematiche che caratterizzano l'esperienza scolastica degli alunni *transgender*, differenziandola, così, da quella degli studenti *cisgender*. In secondo luogo si esamineranno le maggiori questioni prospettate dall'Associazione Pro Vita e Famiglia nelle diffide da lei redatte, con lo scopo di coglierne i più importanti nuclei di interesse giuridico. Infine, si proporrà una breve analisi comparativa, avente ad oggetto lo studio delle modalità con cui altri due Stati afferenti al Consiglio d'Europa – Malta e Norvegia – disciplinano l'esperienza didattica delle persone *trans*, con lo scopo ultimo di meglio comprendere le dinamiche osservabili nel contesto italiano e ipotizzare possibili strumenti per addivenire ad una migliore tutela delle persone *gender variant* negli ambienti didattici.

2. Identità di genere e diritto allo studio: le sfide delle identità T all'interno degli istituti di istruzione

Riflettere sulla condizione delle persone *transgender* negli istituti di istruzione significa discutere di diritto allo studio.

Questa premessa iniziale appare quantomai doverosa per comprendere fin da ora la portata di una riflessione che, al di là del clamore mediatico che attualmente la circonda, non può che partire dall'assunto ineluttabile che le vicende che riguardano la condizione delle persone *trans* negli enti d'istruzione incidono direttamente sull'effettiva tutela del loro diritto allo studio. Le ragioni che sottendono questa tesi sono chiare, oltreché empiricamente accertabili e statisticamente dimostrate[1].

Se è vero che nessun apparente problema si pone, in tali contesti, nel caso di coloro che, effettuato il percorso di transizione di genere, sono addivenuti alla rettifica anagrafica del sesso e del nome[2], è altrettanto evidente come un grave *vulnus* emerga negli ambienti deputati all'istruzione per quanto riguarda la situazione di coloro che sono in transizione di genere e per le persone *non binary*. Nel primo caso, infatti, sebbene temporanea, la situazione in cui essi si trovano fa sì che siano identificati – per un periodo più o meno breve di tempo – sulla base della loro identità anagrafica, evidentemente difforme dal genere percepito (e, eventualmente, esperito). Nel secondo caso, i soggetti *non binary*, per antonomasia "trasgressori della dicotomia di genere"[3], stazionano scomodamente in un'area grigia tra i due poli del binarismo, non vedendo, ancora oggi, la loro identità di genere garantita in alcun modo dall'ordinamento[4].

Quanto appena detto impone una duplice considerazione: *in primis*, richiede di valutare in che modo e con quali strumenti sia possibile tutelare il diritto all'identità di genere[5] dei diretti interessati in

1 La produzione scientifica relativa alle condizioni delle persone LGBTQI+ nei contesti di istruzione e alle conseguenze pregiudizievoli di un ambiente scolastico ostile è molto ampia. Si citano, a mero titolo esemplificativo: E. Payne, M. Smith, *The Big Freak Out*: *Educator Fear in Response to the Presence of Transgender Elementary School Students*, in *Journal of Homosexuality*, 2014, p. 399; UNESCO, *Out in the Open: Education Sector Responses to Violence Based on Sexual Orientation and Gender Identity/Expression: Summary Report*, Paris, 2016, pp. 23-33; UNESCO, *School Violence and Bullying: Global Status Report, Paris, 2017*, pp. 12, 27–28; E. Formby, *The Impact of Homophobic and Transphobic Bullying on Education and Employment*, Sheffield, 2013, pp. 16-20. Ad ogni modo, per un'analisi più esaustiva in materia si rinvia a A. Sørlie, *The Insufficiency of Gender Recognition Acts The Esample of Schooldays in Norway*, in E. Brems, P. Cannoot, T. Moonen (eds.), *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, Cambridge, 2020, pp. 82-85.

2 Nessun particolare problema riguarda, infatti, tali soggetti per quanto concerne la loro identificazione all'interno dell'istituto e, nello specifico, l'uso del nome e dei pronomi di elezione. Tuttavia, come si avrà modo di approfondire più nel dettaglio nel proseguo del presente contributo, anche l'esperienza formativa degli studenti transessuali addivenuti alla rettifica anagrafica è caratterizzata da peculiari problematiche e difficoltà. Sul punto, si veda *Infra*, paragrafo 4 del presente contributo, *Uno sguardo al di là dei confini nazionali: l'esempio di Malta e della Norvegia. Quali prospettive future?*.

3 C. Rinaldi, *Generi e sessi non normativi*, in R. Vitelli, P. Valerio (a cura di), *Sesso e genere uno sguardo tra storia e nuove prospettive*, Napoli, 2012, p. 181 e p. 185. In tal senso anche L. Bernini, *Maschio e femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010.

4 C. P. Guarini, *«Maschio e femmina li creò»... o, forse, no. La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in Federalismi.it rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, 2018, p.32; C. P. Guarini, *Appunti su "terzo sesso" e identità di genere*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 2019, pp. 12-13.

5 Diritto all'identità di genere nell'accezione delineata dalla Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985, n. 161; Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221; Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015 n. 15138; Corte europea dei diritti umani, sentenza del 11 luglio 2002, *Goodwin c. UK*.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

tali ambienti; in secondo luogo, impone una riflessione più ampia, che attiene alle modalità con cui sia, di fatto, possibile contemperare la tutela di tale diritto con la necessità di garantire concretamente anche tutti gli altri diritti del soggetto che vengono in rilievo nel contesto di riferimento[6].

Focalizzando l'attenzione sull'ambiente scolastico ed universitario, è facile osservare che la mancata coincidenza tra i dati anagrafici mediante i quali lo studente è individuato e il suo genere pone lo stesso nella condizione di non poter decidere liberamente se, ed eventualmente in che modo, condividere con i soggetti che lo circondano (compagni, colleghi, insegnanti, personale amministrativo ecc.) informazioni relative alla propria identità di genere. In altre parole, quindi, proprio perché individuati sulla base di dati anagrafici non coincidenti con la propria identità e, in alcuni casi, con il proprio aspetto, gli studenti in transizione di genere e gli studenti *non binary* sono costretti a continui *coming out* forzati. Nella situazione considerata, dunque, è innegabile che il loro diritto all'identità di genere risulti compromesso.

Ma si dirà di più, al di là dell'identità di genere, ciò che qui viene in rilievo è addirittura la più generica identità personale, presa in considerazione nel suo complesso e intesa ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione come il diritto ad essere riconosciuti, nel contesto sociale di riferimento e nella vita relazionale che lo caratterizza, secondo la propria effettiva identità[7].

In verità, non è soltanto il diritto ad essere riconosciti secondo la propria identità ad essere messo a repentaglio da questo genere di dinamiche, ma anche il diritto alla riservatezza, che al primo si connette strettamente[8].

Tale minaccia risulta evidente se si pensa che il soggetto, trovandosi nella situazione appena descritta – soprattutto laddove il suo aspetto sia in corso di mutamento –, può essere di fatto costretto a fornire informazioni e dati sensibili attinenti la propria sfera privata anche laddove non sussista una sua effettiva volontà a farlo, semplicemente perché le circostanze concrete in cui egli si trova gli impongono di motivare l'evidente discrepanza tra la sua identità e i suoi dati anagrafici. In altre parole, quindi, ciò che appare negata in questo genere di situazioni è la natura stessa della sfera personale: un concetto ampio, all'interno del quale rientrano senza dubbio alcuno sia la libertà di ciascun soggetto di stabilire autonomamente tutti gli elementi della propria identità personale, sia la sua facoltà di escludere taluno dalla conoscenza degli stessi[9].

Per completare la riflessione in oggetto, poi, l'attenzione deve cadere sulle caratteristiche dell'ambiente in cui la dinamica di cui discute si svolge.

Gli ambienti scolastici, ancor più di quelli universitari, giocano un ruolo fondamentale nello sviluppo personale e identitario di ciascun soggetto. Essi, infatti, non soltanto sono il luogo in cui durante l'infanzia e l'adolescenza gli individui trascorrono gran parte del loro tempo, ma sono altresì lo spazio deputato all'instaurazione dei primi – complessi – rapporti con i gruppi di pari: in altre parole, accanto alla famiglia, quella scolastica diventa la prima formazione sociale che vede l'estrinsecazione della personalità del soggetto[10].

Dunque, proprio alla luce di quanto appena detto, e semplificando una questione in verità ben più complessa, il riconoscimento dell'identità di genere dell'individuo da parte di coloro che, insieme al allo stesso, abitano lo spazio scolastico si pone come elemento fondamentale per la sua inclusione e, dunque, per un suo approccio sereno e redditizio all'attività formativa[11]. Al contrario, il mancato riconoscimento dell'effettiva identità, oltre a poter far insorgere una sensazione di malessere e disagio, si pone come

6 Chiaramente quest'ultima esigenza si lega a quella, più generica, di contemperare la pluralità di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, i quali si trovano in un "rapporto di integrazione reciproca", sicché non è possibile "individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri" e, per questo motivo, una loro effettiva garanzia deve tradursi in una tutela sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Così come stabilito dalla Corte costituzionale, sentenza del 28 novembre 2012, n. 264, paragrafo 4.1 considerato in diritto.

7 In questi termini ricostruisce per la prima volta il diritto all'identità personale, riportandolo all'alveo di nuovi diritti di cui all'art. 2 della Costituzione, la Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza del 22 giugno 1985, n. 3769.

8 Anche il diritto alla *privacy* trova la sua tutela costituzionale nell'art. 2 della Costituzione. Inoltre esso è disciplinato dalla legge nel c.d. Codice *privacy*, ovvero dal decreto legislativo n. 196/2003.

9 Tale concezione della sfera personale emerge in maniera evidente nella succitata pronuncia della Corte europea dei diritti umani dell'11 luglio 2002, *Goodwin v. UK*, paragrafo 90. In tal senso anche A. Sørlie, *The Insufficiency cit.*, p. 86.

10 A. Sørlie, *The Insufficiency cit.*, p. 82. F. Angelini, *«Generazione di adulti» e «generazioni di giovani» fra famiglia e scuola. Valori, diritti e conflitti nel rapporto educativo*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, p. 5.

11 Ead., pp. 84-85.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

condizione fondante di una mancata inclusione, la quale, a sua volta, può sfociare in episodi di discriminazione e bullismo[12].

Dunque, lungi dall'abbracciare l'atteggiamento patologizzante che da sempre anima parte della riflessione in materia di identità di genere non conformi[13], si ritiene opportuno evidenziare come questo elemento rivesta una rilevanza primaria nella riflessione sulla condizione delle persone *transgender* negli enti d'istruzione.

Infatti, il timore di essere isolati o di subire aggressioni fisiche o verbali, provocando una sensazione di generale insicurezza, è idoneo non soltanto a minare il rendimento scolastico dello studente ma anche la sua effettiva partecipazione all'attività didattica[14].

Quanto finora detto serve a dimostrare come l'esperienza *transgender* all'interno degli istituti di istruzione possa essere complessa e, soprattutto, come essa sia caratterizzata da condizioni concrete che la differenziano nettamente da quella degli studenti *cisgender*.

Non riconoscere tale dato e non elaborare ed adottare strumenti idonei ad ovviare le problematicità che potrebbero emergere, significa, in primo luogo, non garantire in concreto il diritto allo studio di questi soggetti, disattendendo non solo la norma dell'articolo 33 della Costituzione, ma anche dell'articolo 24 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Inoltre, comporta una trasgressione del principio sancito dall'articolo 16 dei Principi di Yogyakarta[15], il quale stabilisce il diritto ad un ambiente scolastico privo di discriminazioni basate sull'identità di genere, ponendo in capo allo Stato l'onere di attivarsi per realizzare in concreto tale previsione[16]. Dall'altro canto, poi, significa porre in essere un'aperta violazione del principio di eguaglianza (sancito dall'articolo 3 della carta costituzionale), tanto nella sua dimensione formale, quanto in quella sostanziale. L'eguaglianza formale, prescritta dal comma 1 dell'articolo 3 della Costituzione e intesa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale alla stregua di "trattamento uguale di condizioni uguali, e trattamento diseguale di condizioni diseguali"[17], trova il suo risvolto pratico nel programma delineato dall'eguaglianza sostanziale, di cui al comma 2 dello stesso articolo 3 della Costituzione. I due aspetti del principio, dunque, si caratterizzano per la loro complementarietà[18] e per la loro inscindibile comunione di intenti nel realizzare uno Stato in cui tutti gli individui vengano riconosciuti come eguali, poiché dotati di pari dignità, e in cui gli stessi abbiano pari possibilità di prender parte attivamente alla realizzazione del proprio bene e del bene comune[19].

12 E. Formby, *The Impact of Homophobic cit*., pp. 19 ss.; UNESCO, *School Violence cit*., pp. 27-28; A. Sørlie, *The Insufficiency cit*., in E. Brems, P. Cannoot, T. Moonen (eds.), *Protecting Trans Rights cit*., pp. 82-85; European Students' Union (ESU), *Statement on the Experiences and Rights of LGBT+ Students*, Brussels, 2017, pp. 3-4.

13 F. Saccomandi, *Spesso non binarie cit*., p. 19.

14 A. Sørlie, *The Insufficiency cit.*, p. 85.

15 I principi di Yogyakarta, elaborati nel 2006, hanno ad oggetto l'applicazione della normativa relativa alla tutela dei diritti umani, con riferimento all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Questi principi non hanno forza vincolante e rappresentano, piuttosto, una guida – elaborata da esperti del settore – sulle modalità con cui gli Stati, le organizzazioni internazionali e altri possibili attori debbano garantire la protezione dei diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Su questo aspetto si delinea, dunque, la differenza giuridica tra tali Principi e un trattato o convenzione internazionale (come la richiamata Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza). Infatti, i Principi di Yogyakarta non sono classificabili alla stregua di un trattato internazionale, ma rappresentano semplicemente una raccomandazione e un'indicazione sugli *human rights standards* ai quali gli Stati dovrebbero raccordare la tutela che offrono all'identità di genere e all'orientamento sessuale. I trattati internazionali, al contrario, sono dotati di forza vincolante per gli Stati che aderiscono agli stessi, obbligandoli ad adeguare la normativa interna alle previsioni in essi contenuti. Nell'ordinamento italiano, l'integrazione delle norme contenute nei trattati internazionali è garantita dalla previsione di cui all'articolo 10 della Costituzione, in forza della quale l'ordinamento interno italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Ciò significa che i trattati internazionali ratificati dall'Italia, una volta entrati in vigore, diventano parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano e assumono, per il richiamo dell'articolo 10, valore costituzionale.

16 Sul punto si veda UNESCO, *School Violence cit*., p. 12.

17 Corte costituzionale, sentenza del 26 gennaio 1957, n. 3, paragrafo 4 del considerato in diritto.

18 D. Florenzano, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, in D. Florenzano, D. Borgonovo Re, F. Cortese (a cura di), *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 147-148. Sul punto, inoltre, si citano L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, il Mulino, 2005; L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013; L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, Laterza, 2018.

19 F. Sorrentino, *L'eguaglianza formale cit*., in *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 13.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

L'eguaglianza formale fa riferimento, quindi, alla eguaglianza nelle condizioni di partenza[20]. Essa, cioè, si pone come elemento imprescindibile per l'affermazione delle pari opportunità, le quali, inevitabilmente, si basano non sulla cieca parificazione di tutte le situazioni, bensì sulla diversificazione ragionevole tra situazioni differenti[21]. La realizzazione in concreto di tale programma è permessa proprio dalla dimensione sostanziale dell'eguaglianza, delineata dall'articolo 3, comma 2, della Costituzione. Essa afferisce all'eguaglianza dei risultati[22], per la realizzazione della quale la Costituzione chiede allo Stato (inteso non come apparato, piuttosto come comunità) di adottare le iniziative idonee a correggere le possibili diseguaglianze di fatto esistenti[23]. Questo si traduce, concretamente, nell'adozione di quelle azioni positive necessarie a differenziare ragionevolmente il trattamento di situazioni che, in virtù delle peculiarità che le caratterizzano, richiedono un adattamento della disciplina[24]: nella creazione concreta, cioè, di quelle "discriminazioni rovesciate"[25], indispensabili per l'affermazione di un "diritto diseguale che produce eguaglianza"[26], scopo ultimo della previsione di cui all'articolo 3 della Costituzione.

Detto ciò, dunque, sarà facile concludere che, stante la presenza di elementi di fatto che concretamente differenziano l'esperienza formativa degli studenti *transgender* da quella degli studenti *cisgender*, la mancata previsione nei confronti di questi ultimi di azioni positive idonee a riconoscere le caratteristiche che contraddistinguono la loro condizione si traduce in un'irragionevole parificazione di situazioni tra loro differenti (in aperta violazione con l'articolo 3, comma 1 della Costituzione). Essa, inoltre, è accompagnata da un chiaro inadempimento dell'obbligo posto in capo allo Stato dall'articolo 3, comma 2, della Costituzione, il quale richiede un intervento positivo volto a garantire, in concreto, l'eguaglianza tra tutti gli studenti e la creazione delle condizioni concrete per la piena realizzazione di ciascuno di essi[27].

Per quanto finora esposto, dunque, sono chiari i motivi per i quali la mancata adozione di strumenti idonei a tutelare l'identità di genere dei soggetti *gender non conforming* all'interno degli enti di istruzione si ponga alla base di una violazione tanto delle norme, nazionali e sovranazionali, poste a garanzia del diritto allo studio, quanto del principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione. Ma, in verità, quest'ultima è una precisazione che potrebbe apparire perfino superflua e tautologica. Sarebbe, di fatti, impossibile aspettarsi che la mancata garanzia in concreto di diritti costituzionalmente sanciti – come sono quello all'identità personale e allo studio – non sia accompagnata dalla violazione del principio di eguaglianza, il quale fornisce la dimensione tangibile della previsione astratta di ciascuno di essi.

2.1. Solidarietà sociale, autonomia scolastica e carriera alias

Sono proprio le questioni finora esaminate che fondano l'esigenza di uno strumento idoneo ad addivenire ad una pratica risoluzione delle problematiche potenzialmente emergenti nei contesti in esame.

Dunque, in assenza di qualsiasi tipo di normativa in materia, la carriera *alias* nasce ormai più di venti anni fa nei regolamenti delle università proprio con questo fine[28].

20 A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2016, pp. 239.

21 Si fa riferimento, cioè, all'eguaglianza intesa nella sua accezione di *eguaglianza ragionevole*. Per approfondire tale significato dell'eguaglianza, A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico cit.*, Bologna, pp. 243-244 e F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, 2015, Vicenza, pp. 88-89.

22 A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico cit.*, p. 239.

23 A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico cit.*, p. 244.

24 D. Florenzano, *Il principio costituzionale cit.*, p. 147.

25 Id.

26 Id.

27 Per un interessante approfondimento sul principio di eguaglianza in ottica comparatistica si rinvia a N. Palazzo, *Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere delle persone trans*, in questa *Rivista*, 2021, p. 8 e a L. Giacomelli, *Ripensare l'uguaglianza. Gli effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Torino, 2018. Infine, per una riflessione sul principio di eguaglianza e riconoscimento delle identità *transgender* si rimanda a A. Schillaci, *Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India*, in questa *Rivista*, 2014, n.1, pp. 184 ss. e a P. Ridola, *Prefazione*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), Roma, 2014, pp. 11 ss.

28 La prima università ad introdurre il profilo *alias* è stata, nel 2003, l'Università degli studi di Torino, tramite il meccanismo del c.d. doppio libretto. Esso si differenzia, in parte, dalla carriera *alias* adottata all'interno delle scuole superiori. Infatti, attraverso il doppio libretto, il profilo burocratico coincidente con l'identità di genere dello studente sostituisce i dati anagrafici all'interno del sistema informatico e amministrativo dell'università; allo studente è fornita un indirizzo e-mail indicante esclusivamente il nome di elezione e soltanto il personale amministrativo deputato alla gestione della carriera *alias* può acce-

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Come noto, infatti, la carriera *alias* – che deriva dalla stipula di un accordo di riservatezza tra lo studente e l'ente di istruzione – permette alle persone che ne facciano richiesta di adottare un profilo burocratico provvisorio, confacente alla loro identità di genere e spendibile esclusivamente all'interno dell'istituto. Il profilo temporaneo fornito dall'identità *alias* permette allo studente *transgender* di essere individuato, in tutta la documentazione interna all'ente, esclusivamente con il proprio nome di elezione. Ovviamente, l'attivazione della carriera *alias*, producendo effetti esclusivamente all'interno dell'istituto scolastico di riferimento, non incide in alcun modo sulla rettifica anagrafica di sesso e nome, la quale resta disciplinata unicamente dalla legge 14 aprile 1982, n. 164.

Oltre allo scopo più evidente dell'istituto, apprezzabile anche *prima facie*, ovvero quello di facilitare l'esperienza delle persone *transgender* negli enti di istruzione e garantirne il diritto all'identità di genere, se ne coglie un secondo, che, dando contenuto al primo, ne costituisce l'effettiva struttura. Ovviando alle criticità di cui si è ampiamento discusso nel primo paragrafo di questo contributo, la carriera *alias* rappresenta uno strumento capace di dare concreta attuazione al principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione. La possibilità di utilizzare il proprio nome e genere di elezione negli ambienti di istruzione, infatti, mettendo al riparo da continue violazioni il diritto all'identità di genere e il diritto alla riservatezza del soggetto *transgender*, permette allo stesso di condurre un'esperienza formativa potenzialmente uguale a quella di una persona *cisgender*. La carriera *alias* è, dunque, idonea a garantire quella generale aspettativa di eguaglianza che sottende la previsione di cui al suddetto articolo della Costituzione. In altre parole, dunque, l'istituto di cui si discute è un chiaro esempio di strumento capace di rimuovere ostacoli di natura sociale "che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana"[29].

Differenziando l'esperienza degli studenti *trans* in modo proporzionato e confacente alle esigenze dalla stessa poste, cioè, la si riporta sui binari di una simmetrica – e altrimenti impossibile – corrispondenza con quella degli studenti *cis*.

Negli ultimi anni, con un'importante azione orientata a tale principio, la scuola superiore ha fatto proprio l'impiego della carriera *alias*[30], prima di allora utilizzata esclusivamente in ambito universitario[31].

Certamente, l'originaria introduzione della carriera *alias* negli atenei universitari ha rappresentato un primo e fondamentale passo verso l'effettiva inclusione dell'esperienza *trans* all'interno di un contesto tradizionalmente disciplinato sulla base del binarismo di genere. Ma, se possibile, l'apertura della scuola secondaria superiore a tale possibilità ha significato addirittura qualcosa in più, tanto dal punto di vista sociale quanto da quello strettamente giuridico.

In primo luogo, infatti, ha palesato una maturata maggiore consapevolezza dell'esistenza delle identità *transgender*. Inoltre, considerata l'obbligatorietà della scuola fino al sedicesimo anno di età[32], ha dimostrato una progressiva attenzione alle condizioni di vita delle persone *trans*. Quest'ultimo dato potrebbe apparire addirittura scontato, ma così non è e vale la pena approfondire il perché.

Fino a pochi anni fa, infatti, nel nostro ordinamento non si era registrata alcuna iniziativa volta a considerare la condizione degli studenti *transgender* all'interno delle scuole: il risaputo silenzio del legislatore in materia accompagnava una generale disattenzione sociale relativa alle molteplici sfide che le identità *T* sono costrette a fronteggiare pur di esercitare il proprio diritto (e, fino ad una certa età, obbligo) all'istruzione.

Questa lacuna, al di là delle sue intrinseche problematicità, tradisce un dato più profondo, di cui essa è, semplicemente, sintomo: la diffusa invisibilità dei minori *transgender*.

Ancora oggi, infatti, l'immagine socialmente più diffusa delle persone *trans* si caratterizza per una specifica narrazione della loro esperienza: spesso sofferta, sempre complessa e connessa a un lungo periodo di analisi della propria identità; appannaggio di persone adulte, tendenzialmente rappresentate in

dere ai dati anagrafici degli studenti e delle studentesse che la hanno attivata. Per un approfondimento si rinvia alla pagina web InfoTrans, dell'Istituto Superiore di Sanità: https://www.infotrans.it/it-schede-48-carriera_alias_universita.

29 Articolo 3, comma 2 della Costituzione.

30 In materia di carriera *alias* all'interno delle scuole si rinvia, per un ulteriore approfondimento, alla seguente pagina web: https://www.genderlens.org/regolamento-scolastico-per-la-carriera-alias/. Inoltre, per un elenco completo – e in continuo aggiornamento – delle scuole italiane che attualmente hanno attivato il regolamento per la carriera *alias* si rinvia alla seguente pagina web: https://www.genderlens.org/carriera-alias/carriera-alias-elenco-scuole-italiane/.

31 Per una lista completa degli Atenei universitari che attualmente hanno attiva la possibilità di richiedere la carriera *alias* si rinvia alla succitata pagina web InfoTrans dell'ISS, https://www.infotrans.it/it-schede-48-carriera_alias_universita.

32 L'obbligo scolastico è disciplinato dalle seguenti norme: legge n. 296/2006, articolo 1, comma 662; decreto ministeriale n. 139/2007, articolo 1; circolare ministeriale n. 101/2010, articolo 1.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

uno stato di disagio psicologico e sociale, che pervengono alla decisione della transizione come *extrema ratio* per ottenere una condizione di maggiore stabilità[33]. All'esperienza dei minori *trans*, in tutto ciò, è lasciato poco spazio, essa è poco indagata e sempre circondata da dubbi circa l'affidabilità di decisioni irreversibili prese in una così giovane età o durante un periodo complesso come l'adolescenza[34].

Quanto appena detto, lungi dall'assumere tonalità moralistiche, risulta utile esclusivamente a sottolineare l'importanza, anche simbolica, dell'introduzione della carriera *alias* nelle scuole superiori. Sebbene i limitatissimi effetti di tale strumento, infatti, la sua introduzione ha permesso, per la prima volta nel nostro ordinamento, agli studenti *trans* di autodeterminarsi all'interno all'istituto di istruzione che, per legge, fino al sedicesimo anno di età, sono obbligati a frequentare[35]. Attraverso la carriera *alias* essi, cioè, hanno la possibilità di imporsi con la propria identità e vederla tutelata nella scuola al pari di tutti gli altri studenti *cisgender*.

Al di là delle argomentazioni finora esposte, un ulteriore dato, per altro di natura più strettamente giuridica, si reputa degno di approfondimento.

Infatti, come già evidenziato, non sussiste alcuna previsione legislativa che regoli la condizione delle persone *transgender* negli istituti di istruzione. Sono assenti, per giunta, anche specifiche linee guida ministeriali sul punto, alle quali gli enti di istruzione del territorio italiano debbano – e possano – adeguarsi per la disciplina delle stesse.

Emerge, dunque, un evidente e problematico *vulnus* normativo in materia. La problematicità dello stesso si coglie nella misura in cui si pone l'attenzione al fatto che, laddove sussistessero precisi riferimenti normativi in materia, l'esperienza degli studenti *transgender* sull'intero territorio nazionale sarebbe unificata, sottratta – almeno in parte – alla discrezionalità del singolo ente di riferimento.

Nonostante questo innegabile dato, e con un'interpretazione sistematica delle stesse, potremmo dire che l'adozione dello strumento della carriera *alias* da parte della scuola superiore si pone in linea con le molteplici sollecitazioni ministeriali volte a far sì che la scuola realizzi l'inclusione e le pari opportunità per tutti gli studenti[36].

Inoltre, questa iniziativa risponde ad una esigenza di inclusione delineatasi nel contesto europeo e ben riassunta nella comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 novembre 2020, "Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025".

Il motivo per cui la scuola, attivando la carriera *alias*, dà concreta attuazione alle istanze di eguaglianza e di piena inclusione delineatesi tanto a livello nazionale quanto sovranazionale appare piuttosto evidente se si riflette sul concreto impatto che il riconoscimento dell'identità di genere può avere nel contesto scolastico.

Detto ciò, rimane un ultimo, fondamentale, aspetto da analizzare. Infatti, ciò che veramente fonda giuridicamente l'azione della scuola nell'adozione del regolamento per la carriera *alias* e che – si anticipa fin da ora – pone tale iniziativa al riparo da qualsiasi dubbio circa la sua liceità, è l'autonomia di cui l'ente scolastico gode. L'autonomia scolastica, affondando le sue radici nella previsione dell'articolo 33 della Costituzione e nel quadro disegnato dal titolo V della Costituzione (nello specifico, dall'articolo 117, comma 3), è riconosciuta agli enti deputati all'istruzione ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 59/1997,

33 F. Saccomandi, *Spesso non binarie cit.*, p. 19.; A. Lorenzetti, *Diritti in transito La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 93; R. Vitelli, P. Fazzari, P. Valerio, *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?*, in F. Corbisiero (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 230.

34 Del resto, come è ovvio che sia data la delicata fase di sviluppo che riguarda i soggetti non ancora maggiorenni, l'opportunità di aprire agli stessi la possibilità di avviare un percorso di transizione è discussa in dottrina. Le riflessioni si concentrano, più precisamente, intorno all'adeguatezza o meno di un riconoscimento giuridico dell'autodeterminazione di un soggetto la cui identità è, alla luce della fase di vita che si trova ad affrontare, ancora in via di sviluppo. Per approfondire la tematica si rinvia a P. Valerio, F. Santamaria, *Bambini e adolescenti con varianze di genere: questioni e dilemmi*, in L. Ferraro, F. Dicé, A. Postigliola, P. Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Milano, Mimesis, 2016, pp. 345 ss.

35 Evidentemente, l'autodeterminazione di cui qui si discute è limitata al contesto preso in esame, dal momento che come più volte chiarito – l'identità *alias* non presenta alcun profilo di ufficialità e non è spendibile al di fuori dell'istituto in cui viene attivata.

36 Si pensi, ad esempio, alle linee guida *Educare al rispetto: per la parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le forme di discriminazione*, adottate dal Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca con decreto ministeriale n. 5515/2017; alle linee guida *Linee di orientamento per azioni di prevenzione e di contrasto al bullismo e al cyberbullismo*, adottate dal Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca con decreto ministeriale n. 2519/2019.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

dell'articolo 1 del D.p.r. 275/1999 e dell'articolo 1, comma 16, della legge n. 107/2015 (c.d. Legge sulla Buona Scuola)[37].

Tale ultima previsione, per giunta, riveste in questa sede una rilevanza primaria, per due motivi principali: in primo luogo, infatti, con essa il legislatore ha inteso riconoscere alle scuole l'autonomia di adottare le misure concrete ritenute necessarie proprio al fine di promuovere le pari opportunità tra tutti gli studenti[38]; in secondo luogo, poi, è interessante osservare come proprio questa stessa norma, dopo l'approvazione della legge in cui è contenuta, sia stata oggetto di una importante polemica che, in una qualche misura, può richiamare quella che oggi circonda l'approvazione del regolamento per la carriera *alias*. Infatti, nei mesi successivi all'entrata in vigore della legge n. 107/2015 si sono registrate molteplici iniziative da parte di diverse regioni italiane volte ad adottare strumenti idonei a contrastare l'applicazione a livello regionale dell'articolo 1 comma 16 della suddetta legge[39]. Con un serrato richiamo all'articolo 29 e all'articolo 30 della Costituzione e attraverso una ricostruzione della previsione di legge come idonea a introdurre nella scuola l'insegnamento della teoria *Gender*[40], tali iniziative regionali avevano l'obiettivo di salvaguardare il compito dei genitori, assegnato loro in via esclusiva dalla natura e consacrato dalla Costituzione, di educare i propri figli[41].

Quello che nelle iniziative degli enti regionali si può cogliere, e che autorevole dottrina ha individuato, è una sostanziale "erroneità del presupposto interpretativo"[42]. È proprio questo elemento che, in verità, permette di individuare una somiglianza tra queste iniziative regionali – risalenti agli ultimi mesi del 2015 – e l'attuale campagna dell'Associazione Pro Vita e Famiglia avverso l'adozione della carriera *alias*. Infatti, l'adozione del regolamento per la carriera *alias* ben può delinearsi come forma di concreta attuazione della previsione di cui all'articolo 1, comma 16, della Legge sulla Buona Scuola, poiché essa contribuisce alla realizzazione del risultato cui tale norma è preordinata: non già quello di contaminare il percorso formativo con precetti di specifiche ideologie, bensì quello di garantire le pari opportunità tra tutti gli studenti, educando alle differenze e permettendo di identificare l'aula scolastica come uno spazio adibito all'apprendimento critico[43].

Tornando, ora, più in generale, al principio dell'autonomia scolastica, esso – costituzionalizzato dalla previsione dell'articolo 117 comma 3 della Costituzione – si inserisce evidentemente nella più ampia disciplina del riparto di competenze tra Stato, Regioni e autonomie locali, improntata dal principio della sussidiarietà di cui all'articolo 118 della Costituzione[44] e caratterizzante l'intero Titolo V.

L'articolo 1 del D.p.r. 275/1999 statuisce letteralmente che le autonomie scolastiche sono "espressioni di autonomia funzionale", intendendosi con tale locuzione che il margine di discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento all'ente è funzionale al miglior svolgimento dell'attività a cui esso è demandato[45].

La definizione del contenuto di tale potere, il cui significato giuridico non è stato dalla Costituzione espressamente delineato, è stata oggetto di importante riflessione dottrinale e giurisprudenziale[46]. Per ciò che rileva ai fini del presente contributo, si ritiene di concentrare l'attenzione sulla declinazione di autonomia così come individuata dall'articolo 3 del D.p.r. 275/1999, ovvero sul c.d. potere di indirizzo politico-amministrativo riconosciuto in capo al consiglio di istituto di ciascun ente. Tale potere, infatti, si esprime tanto mediante la delineazione del piano di offerta formativa, quanto mediante la facoltà di definire la progettazione "curriculare, educativa e organizzativa" maggiormente confacente alle necessità

37 A. Romeo, *Autonomia scolastica e diritti fondamentali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, pp. 1-5.

38 Ead., p. 10; M. Perini, *Educazione alla parità di genere: tra autonomia individuale, spirito repubblicano, famiglia e competenze regionali (senza dimenticare la libertà di insegnamento)*, in questa *Rivista*, 2016, pp. 150 ss.; https://www.editorialedomani.it/giustizia/le-carriere-alias-riconoscono-un-diritto-e-non-violano-alcuna-legge-mqgiysch.

39 M. Perini, *Educazione alla parità di genere cit.*, p. 153.

40 Id.

41 Id.; F. Angelini, *La famiglia e l'istruzione*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Napoli, 2014, pp. 67 ss. F. Angelini, *«Generazione di adulti» cit.*, pp. 5-12.

42 M. Perini, *Educazione alla parità di genere cit.*, p. 154.

43 Id; F. Angelini, *«Generazione di adulti» cit.*, p. 4.

44 G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini*, pp. 32-24.

45 L. Flore, *Autonomia e organizzazione del sistema scolastico italiano*, in G. Matucci, F. Rigano (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano, 2016, p. 119.

46 Ead., p. 118.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

concrete dell'istituto[47]. Ed è, di fatto, questo ultimo aspetto che rileva maggiormente nella riflessione sul regolamento per la carriera *alias*, alla cui adozione provvede il consiglio d'istituto.

Infatti, se, come stabilito dall'articolo 2 del D.p.r. 275/1999, la finalità dell'autonomia scolastica è anche quella di delineare interventi, che, tenendo conto delle caratteristiche specifiche degli studenti, mirino a garantirne il successo formativo e lo sviluppo della persona umana, allora ben si potrà concludere che l'adozione del regolamento per la carriera *alias* rappresenta un esempio tipico di applicazione di tale previsione normativa e, dunque, di esercizio dell'autonomia da essa prevista.

È proprio in applicazioni di questo tipo, cioè, che il principio dell'autonomia scolastica mostra le sue "due facce" [48]: oltre alla sua natura di valido strumento di decentramento, l'autonomia scolastica è un principio idoneo a permettere l'integrazione di componenti eterogenee ed esigenze differenti, capace di rendere possibile un'idea di "gestione sociale della scuola"[49] e di "scuola democratica" come proiezione tipica di uno Stato democratico[50].

Inoltre, ciò che emerge da un'analisi più dettagliata è che la stessa previsione di cui all'articolo 2 del D.p.r. 275/1999 appare preordinata ad offrire alla scuola una facoltà idonea a realizzare in concreto, nei suoi ambienti, la previsione di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Alla luce di quanto finora detto, cioè, la scuola, facendo uso della autonomia accordatale dall'ordinamento, adotta quelli che ritiene siano accomodamenti organizzativi necessari e, nel caso di specie, riconoscendo la possibilità di attivare presso di lei la carriera *alias*, dà prova della concreta attuazione di quell'inderogabile dovere di solidarietà sociale che, imposto dall'articolo 2 della Costituzione, si pone come *humus* fondamentale dell'intero impianto costituzionale, nonché della vita sociale stessa.

3. STOP carriera *alias:* la campagna dell'Associazione Pro Vita e Famiglia

Nel mese di dicembre 2022 l'Associazione Pro Vita e Famiglia Onlus ha dato notizia di aver provveduto a diffidare circa centocinquanta scuole superiori italiane che avevano attivato presso di loro il regolamento per la carriera *alias*, intimandogli l'immediata rimozione dello stesso[51]. Le accuse mosse dalla summenzionata associazione alla carriera *alias* si fondano principalmente su due differenti ordini di motivi: da un lato si ritiene che la carriera *alias*, individuata come un prodotto dell'ideologia *Gender*, sia uno strumento dannoso per la sana maturazione psico-fisica degli studenti (tanto più se minorenni); dall'altro, si evidenzia come le scuole, nella realizzazione di tale procedura, violerebbero una serie di norme prescritte dal diritto civile, amministrativo e perfino penale.

Ad un occhio esperto le preoccupazioni che animano l'iniziativa della Associazione Pro Vita e Famiglia non appaiono affatto nuove; anzi, esse ben si collocano all'interno delle valutazioni che, nel tempo, hanno circondato la riflessione giuridica sull'identità di genere, rievocandone evidentemente alcuni tratti distintivi.

Di fatti, le argomentazioni oggetto delle diffide di cui si discute, tornano a ribadire – estremizzandoli e contaminandoli di accenti di natura puramente ideologica e, talvolta, politica – due concetti già ben noti: la necessità di accertare che la volontà di esser riconosciuti secondo la propria identità di genere sia dotata di requisiti minimi di serietà, univocità e irreversibilità e la necessità di procedere al riconoscimento dell'identità di genere adottando procedure formali idonee a garantire la certezza delle relazioni giuridiche.

47 Ead., p. 120.

48 R. Calvano, *Scuola e costituzione tra autonomie e mercato*, Roma, 2019, p. 47. F. Angelini, *«Generazione di adulti» cit.*, p. 22.

49 F. Angelini, *«Generazione di adulti» cit.*, p. 22.

50 Ead., p. 3; J. Dewey, *Democrazia e amministrazione scolastica*, in J. Dewey, L. Borghi (a cura di), *Il mio credo pedagogico*, Firenze, 1971, p. 251.

51 https://www.provitaefamiglia.it/blog/carriera-alias-pro-vita-famiglia-abbiamo-diffidato-150-scuole-urgenteintervento-valditara; https://www.provitaefamiglia.it/blog/psicologo-la-carriera-alias-e-una-deviazione-che-crea-fratture-e-conflitti.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

3.1. La presunta minaccia alla "sana maturazione psico-fisica degli studenti"

Come anticipato, la prima grande argomentazione proposta all'interno delle diffide di cui si discute è relativa alla idoneità della carriera *alias* a compromettere la sana maturazione psico-fisica degli studenti[52].

L'associazione Pro Vita e Famiglia, infatti, ritiene che la carriera *alias* sia uno strumento pericoloso, idoneo ad incentivare e, al contempo, a banalizzare la transizione di genere[53].

Tale preoccupazione nasce, in primo luogo, dalla struttura dello strumento in oggetto. Infatti, per essere attivata, la carriera *alias* non richiede né una certificazione psicologica di diagnosi di disforia di genere, né altra documentazione medica che attesti un'effettiva transizione in corso. Cioè, ai fini della sua attivazione necessita esclusivamente di una dichiarazione di volontà dell'interessato (o, se minorenne, dei genitori dello stesso).

Questa caratteristica appare di centrale importanza nell'analisi dell'istituto almeno per due ordini di motivi.

Lo è, in primo luogo, per una questione di natura strettamente pratica: questo tratto è, in poche parole, ciò che permette alla carriera *alias* di configurarsi come un meccanismo di semplice e rapida risoluzione delle problematiche che possono emergere nei contesti didattici. In assenza di chiare disposizioni normative in materia, è proprio l'informalità di cui si caratterizza la carriera *alias* – giustificata dai suoi limitati effetti – a permetterle di essere uno strumento capace di tutelare in modo semplice ed efficacie le soggettività *transgender* nei contesti d'istruzione. Laddove venisse meno questo carattere e la procedura divenisse più lunga e/o burocratizzata, sarebbe la stessa *ratio* fondante dello strumento a rimanerne travolta.

C'è, poi, un altro elemento su cui riflettere. Infatti, al di là delle questioni strettamente pratiche, alla carriera *alias*, proprio per le modalità mediante la quale essa viene attivata, può essere attribuito un valore simbolico non indifferente. Tenendo sempre presenti i limiti oggettivi degli effetti che essa è in grado di produrre e le finalità a cui è – di fatto – deputata, ciò che colpisce nell'esame della carriera *alias* è certamente che, non richiedendo alcun altro elemento per l'attivazione se non una dichiarazione di volontà del diretto interessato, si pone come strumento idoneo a permetterne la piena e concreta autodeterminazione.

Non sorprende, dunque, né che sia proprio questo l'elemento su cui si focalizza l'attenzione di quanti guardano con sospetto a tale strumento, né che essa si esprima con toni di paternalistica preoccupazione, i quali chiaramente ricalcano, certamente esagerandoli, argomenti ben noti nella più generica riflessione in materia d'identità di genere.

Per comprendere meglio la considerazione proposta e cogliere le finalità argomentative per le quali è avanzata, bisogna partire da un dato di difficile contestazione: nell'ordinamento italiano, quello volontaristico non è di certo un elemento centrale nella tutela che la legge accorda all'identità di genere. Infatti, come noto, la Legge n. 164/1982 delinea un preciso procedimento per addivenire alla rettifica di attribuzione di sesso e, vincolando tale esito ad una serie di stringenti requisiti e alla pronuncia dell'organo giurisdizionale[54], detta una disciplina che si discosta evidentemente dal *modello self-determination* (o *self-identification*) che un numero sempre più ampio di Stati va adottando[55].

E, anzi, quei modelli normativi che consentono il riconoscimento dell'identità di genere dei singoli esclusivamente sulla base di una loro autodichiarazione, nel nostro ordinamento, sono stati spesso oggetto di serrate critiche da parte di quella dottrina che li ricollega sistematicamente al rischio che la

52 https://www.editorialedomani.it/giustizia/le-carriere-alias-riconoscono-un-diritto-e-non-violano-alcuna-legge-mqgiysch.

53 https://www.editorialedomani.it/idee/commenti/carriera-alias-ecco-perche-puo-danneggiare-gli-studenti-g2e0odtd.

54 Legge n. 164/1982, articolo 1: "La rettificazione di cui all'articolo 454 del codice civile si fa anche in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali.".

55 Si rimanda, sul punto, a M. Van den Brink, P. Dunne, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, Luxemburg, 2018, p. 59. Si veda anche N. Palazzo, *Terre di mezzo e mine vaganti cit.*, pp. 16 ss. Si ritiene necessario, inoltre, precisare che sempre più Stati procedono all'adozione di leggi che permettono alle persone *transgender* di addivenire alla rettifica di attribuzione di sesso esclusivamente sulla base della loro volontà, valorizzandone pienamente l'autodeterminazione. A tal proposito, si evidenzia come dall'inizio 2023 sia la Finlandia che la Spagna si siano mosse in tal senso. Sul punto si vedano, rispettivamente, https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/02/finland-new-gender-recognition-law-a-major-step-towards-protecting-trans-rights/ e https://www.hrw.org/news/2023/02/16/victory-fight-gender-recognition-spain-0. Infine, si reputa interessante rinviare a P. Cannoot, *The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System: Lessons from the Belgian Gender Recognition Act*, in E. Brems, P. Cannoot, T. Moonen (eds.), *Protecting Trans Rights cit.*, pp. 11 ss., per un *focus* sull'ordinamento belga, volto a dimostrare la tesi per cui la sola adozione di modelli *self-determination* non è, di per sé, idonea a garantire *tout court* la piena tutela dei diritti fondamentali delle persone *transgender*.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

rettificazione di sesso si basi su una volontà estemporanea, poco concreta e stabile nel tempo, con pregiudizio della certezza delle relazioni giuridiche[56].

Sebbene sia ovvio che la carriera *alias* sia cosa ben diversa rispetto al modello *self-determination*, se si pone l'attenzione sull'unico elemento che li accomuna ben si potrà concludere che esso è anche il motivo alla base preoccupazioni che animano tanto la critica dell'una quanto dell'altro. Cioè, quello che la carriera *alias* ha in comune con tale modello normativo e che giustifica il - forse azzardato - paragone è che, come in quest'ultimo, l'unico elemento effettivamente determinante per la sua attivazione è quello volontaristico. Ed è proprio la centralità dello stesso, che in entrambi i sistemi si fa spazio e produce i suoi effetti senza la necessità di intervento di terzi, a far emergere dubbi e preoccupazioni. La possibilità di ottenere un'identità (anche se provvisoria e informale) confacente al proprio genere senza alcuna diagnosi di disforia di genere o altra prova di effettiva medicalizzazione, ma solo sulla base dell'auto percezione del proprio genere, cioè, fonda il noto timore che la stessa sia animata esclusivamente da una decisione carente di qualsiasi requisito di serietà ed univocità.

E questa è la preoccupazione che si legge nelle riflessioni di quella parte di dottrina a cui sopra si faceva cenno e, in realtà, è la stessa che emerge con forza anche in due delle pronunce più rilevanti nel nostro ordinamento in materia di identità di genere: la sentenza n. 15138/2015 della Corte di cassazione e la sentenza n. 180/2017 della Corte costituzionale[57]. Non si dimentichi, infatti, che in questa occasione la Corte costituzionale letteralmente afferma che "va escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione".

Tornando, ora, alle diffide redatte dall'Associazione Pro Vita e Famiglia, alla luce della disamina fin qui condotta, si deve, in primo luogo, costatare come l'argomentazione proposta richiami, estremizzandoli, timori già ben noti. In secondo luogo, però, si ritiene doveroso evidenziare l'irriducibile differenza tra la stessa e le riflessioni a cui si è fatto riferimento: infatti, l'argomentazione della carriera *alias* come minaccia alla sana maturazione psico-fisica degli studenti, priva di qualsiasi effettivo fondamento empirico, scambia riflessioni di natura giuridica con considerazioni di matrice strettamente ideologica. Di questo è una chiara evidenza il fatto che l'argomentazione si fondi sull'allarmante richiamo alla minaccia della salute, per di più di soggetti potenzialmente minorenni[58]. Tale riferimento, nient'affatto casuale, sembra, piuttosto, idoneo a perpetuare, rafforzandola, quella narrazione patologizzata e patologiz-

56 In tal senso si veda M.E. Ruggiano, *Il diritto all'identità di genere: preoccupazioni per la decisione della Corte costituzionale nella sentenza n. 180 del 2017*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017; M. Cartabia, Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 426; G. Grisi, *Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi*, in S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggio in omaggio a Eligio Resta*, Roma, 2019, pp. 116 ss.

57 Si fa riferimento, ovviamente, alla sentenza del 20 luglio 2015 della Corte di Cassazione. In questa occasione, la Suprema Corte precisa che "il diritto al mutamento di sesso può essere riconosciuto soltanto se non determini ambiguità nella individuazione soggettiva dei generi, e nella certezza delle relazioni giuridiche, non potendo l'ordinamento riconoscere un *tertium genus* costituito dalla combinazione di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi. Al fine di tutelare l'interesse pubblico alla esatta differenziazione tra i generi in modo da non creare situazioni relazionali (unioni coniugali o rapporti di filiazione) non previste attualmente dal nostro sistema di diritto familiare e filiale è necessario per il mutamento di sesso un irreversibile cambiamento dei caratteri sessuali anatomici che escluda qualsiasi ambiguità". In questa circostanza, cioè, la Corte di cassazione ha delineato l'identità di genere come una vicenda – certamente – individuale, ma si è, poi, premurata di sottolineare come la stessa non possa essere considerata in modo isolato rispetto alla dimensione sociale, poiché con essa legata in profonde interazioni. La Suprema Corte, ha, quindi concluso che, per un corretto bilanciamento tra il diritto individuale (all'identità di genere) e l'interesse pubblico (alla certezza delle relazioni giuridiche) è necessario è necessario accertare che sia intervenuto un irreversibile, serio ed univoco mutamento dei caratteri sessuali secondari. La medesima posizione si coglie, poi, se possibile con ancor più forza, nelle parole della Consulta che, al paragrafo 5.2 del considerato in diritto della sentenza 13 luglio 2017 n. 180, esclude che l'elemento volontaristico possa assumere rilevanza prioritaria o esclusiva nell'accertamento dell'avvenuta transizione e conclude la sua motivazione in diritto affermando che è compito del giudice di merito accertare di volta in volta l'entità delle modificazioni intervenute sui caratteri sessuali e la loro idoneità a concorrere a determinare l'identità di genere del soggetto.

58 Sul punto, emblematico è il seguente articolo https://www.provitaefamiglia.it/blog/carriera-alias-de-mari-la-scuola-non-si-intrometta. La problematicità – nonché erroneità – di questo genere di narrazione è più che evidente: si parla esclusivamente di dismorfofobia, una condizione patologica disciplinata dal DSM-5 nell'ambito del disturbo ossessivo compulsivo e dei disturbi ad esso correlati; si utilizzano soltanto termini di natura medica; l'esperienza dei giovani transgender viene delineata come il mancato superamento di una normale fase adolescenziale caratterizzata da una supposta crisi di identità, superabile, ad ogni modo, tramite un buon percorso psicoterapeutico; si ritiene, infine, che la carriera *alias* sia soltanto un altro dei molti mezzi, adottati in accordo all'ideologia *Gender*, che, facendo leva sulla loro instabilità psicologica, spingono i più giovani ad una transizione che altrimenti non intraprenderebbero.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

zante delle identità *trans* a cui già si è fatto riferimento[59]. Ciò che da tale argomentazione emerge è, cioè, un'immagine della persona *transgender* come particolarmente problematica: caratterizzata da un'auto percezione del proprio genere talmente poco affidabile da poter essere messa in crisi – alla stregua della sua stabilità psico-fisica - da iniziative intraprese dall'istituto di istruzione che la stessa frequenta[60].

3.2. La (non) violazione delle norme civili, penali, amministrative

Quella della minaccia alla sana maturazione psico-fisica degli studenti non è l'unica preoccupazione che anima l'iniziativa dell'Associazione Pro Vita e Famiglia; infatti – come si anticipava –, accanto alla stessa, vi è l'argomentazione per la quale la scuola, adottando la carriera *alias*, violerebbe norme di diritto civile, amministrativo e penale.

Sotto questo profilo, ciò che viene prospettato all'interno delle diffide di cui si discute è che la carriera *alias* sia un atto viziato da incompetenza[61]. Tale vizio deriverebbe dal fatto che è, ovviamente, al di fuori dalle competenze di un ente scolastico intervenire nella modifica dei dati anagrafici degli studenti, rettificando atti di stato civile. Secondo la succitata associazione, la scuola non soltanto violerebbe la normativa di riferimento[62], ma, nel farlo, porrebbe in essere anche una condotta ipoteticamente configurabile come penalmente rilevante ai sensi dell'articolo 479 del Codice penale. Cioè, in altre parole, identificando nel registro di classe e nel registro del professore l'alunno mediante la sua identità *alias*, l'ente di istruzione rischierebbe di commettere, o di incitare, il reato di falsità ideologica in atti pubblici.

Appare perfino superfluo, in realtà, precisare come l'intero assunto di tale argomentazione sia errato. Infatti, come già più volte evidenziato, la carriera *alias* non è uno strumento mediante il quale addivenire alla rettifica del nome e del genere sull'atto di nascita: per tale finalità, piuttosto, il procedimento è quello delineato dalla legge n. 164/1982. Tramite l'adozione della carriera *alias* la scuola non opera, ovviamente, alcuna modificazione di atti di stato civile. Dunque, la carriera *alias* non è un atto viziato da incompetenza semplicemente perché con la sua adozione la scuola non agisce, appunto, al di fuori dell'ambito di sua competenza.

Per quanto riguarda, invece, la possibile configurazione del reato di cui all'articolo 479 del Codice penale, il nocciolo duro dell'argomentazione risiede nell'ormai appurata natura di atto pubblico del registro di classe e del registro del professore[63]. Se è, appunto, indubbio che tali atti abbiano natura di atto pubblico e, dunque, siano documenti il cui contenuto gode di fede privilegiata, è necessario domandarsi a quale contenuto degli stessi l'ordinamento riconosca tale peculiare caratteristica. La risposta all'interrogativo, in vero, è offerta dalla medesima giurisprudenza alla quale l'associazione si rifà per fondare la sua argomentazione. Infatti, la Corte di cassazione ha espressamente stabilito che la natura di fede privilegiata può essere riconosciuta esclusivamente al contenuto dei registri di classe volto ad attestare i fatti avvenuti alla presenza dell'insegnante, ovvero quelli da lui posti in essere[64]. Se, quindi, sicuramente il registro è idoneo ad attestare la presenza e l'assenza degli studenti, si dovrà assolutamente escludere che questo abbia un qualche valore fidefacente nell'attestazione della identità anagrafica degli stessi.

Cioè, in altri termini, in relazione all'identità degli alunni, il registro di classe – così come quello del professore – assume il ruolo pratico di associare ciascuno di essi ad un nominativo – anagrafico o *alias* che esso sia – e mai quello di accertare con qualche pretesa di veridicità tale nominativo. E ciò proprio

59 Per un approfondimento sui meccanismi con cui nell'ordinamento italiano permane una concezione e rappresentazione patologica delle identità *trans* e sulle modalità con cui ciò sia strettamente connesso alla regola binaria, si rinvia a F. Saccomandi, *Spesso non binarie cit.*

60 https://www.editorialedomani.it/giustizia/le-carriere-alias-riconoscono-un-diritto-e-non-violano-alcuna-legge-mqgiysch.

61 https://www.provitaefamiglia.it/blog/carriera-alias-pro-vita-famiglia-abbiamo-diffidato-150-scuole-urgente-intervento-valditara.

62 La rettifica degli atti di stato civile è attualmente disciplinata dal D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, Titolo XI, artt. 91 ss.

63 Consolidata giurisprudenza di legittimità si esprime in tal senso. Si cita, a proposito di registro di classe, Corte di cassazione, sentenza del 11 gennaio 2010, n. 714; a proposito del registro del professore, invece, Corte di cassazione, sentenza del 4 giugno 2021, n. 34479.

64 Corte di cassazione, sentenza del 21 novembre 2019, n. 47241, paragrafo 3 del considerato in diritto, in cui la Corte stabilisce che "non può che attribuirsi natura di fede privilegiata al contenuto dei registri di classe e dei registri dei professori, oggetto delle imputazioni in esame, per ciò che concerne la provenienza dei detti documenti da insegnanti di una scuola pubblica o ad essa equiparata, quindi da pubblici ufficiali, in relazione a quei fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o essere da lui compiuti, come tali dovendosi qualificare, all'evidenza, le attestazioni concernenti la presenza, la frequenza degli alunni e lo svolgimento dell'attività didattica".

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

per la *ratio* del documento di cui si discute, ovvero attestare l'attività didattica che si svolge alla presenza del pubblico ufficiale (cioè, del professore)[65].

Allora, fintanto che l'uso dell'identità *alias* avviene conformemente alla volontà del diretto interessato e l'attività è regolamentata dall'istituto d'istruzione, la sua attivazione sarà completamente inidonea – tanto sotto il profilo soggettivo, quanto sotto quello oggettivo – ad integrare il reato di falsità ideologica in atti pubblici[66].

Ma si dirà di più. Non soltanto la carriera *alias* è uno strumento indubbiamente lecito, ma la sua adozione si configura, piuttosto, come un'azione positiva dell'amministrazione scolastica necessaria e auspicabile al fine di tutelare una pluralità di diritti fondamentali degli studenti *transgender* che, altrimenti, rimarrebbe completamente priva di garanzia concreta[67]. Dunque, più che violare norme, la carriera *alias* pare porsi come un valido ed essenziale esercizio dell'autonomia scolastica idoneo a garantirne una vasta gamma[68].

Sul punto si ritiene di abbracciare la posizione di quanti, nell'esame dell'argomentazione avanzata dall'Associazione Pro Vita e Famiglia, hanno ricollegato l'introduzione della carriera *alias* ad un'applicazione estensiva del principio dell'accomodamento ragionevole[69]. Tale principio, introdotto in ambito lavorativo con il decreto legislativo n. 216/2003 con lo scopo di evitare discriminazioni dei lavoratori con disabilità, è stato applicato estensivamente dalla Corte di cassazione nell'ambiente scolastico con la sentenza n. 24414/2021. In questa occasione, decidendo definitivamente un caso avente ad oggetto l'affissione nell'aula scolastica del crocifisso, le Sezioni unite hanno avuto modo di definire il ragionevole accomodamento come "il luogo del confronto", privo di fondamentalismi o dogmatismi, caratterizzato, invece, dalla flessibilità e dal bilanciamento[70]. Secondo l'interpretazione che ne fornisce la Corte, l'accomodamento ragionevole "si traduce in soluzioni di mediazione" e "favorisce, insieme al raggiungimento di soluzioni concrete più eque, l'incontro e la creazione di un clima di mutuo rispetto, di condivisione e di comune appartenenza, di coesione ed intesa, particolarmente utile in uno spazio vitale di convivenza organizzata come l'aula scolastica"[71].

Seguendo tale linea interpretativa, allora, apparirà senz'altro evidente che con l'adozione del regolamento per la carriera *alias*, la scuola, servendosi dello spiraglio di flessibilità apertole dall'autonomia di cui essa gode, attui proprio una decisione improntata alla ricerca di una "soluzione mite", idonea ad addivenire ad un equo bilanciamento degli interessi emergenti dal contesto di riferimento e a una pratica tutela delle istanze che caratterizzano il pluralismo tipico della vita sociale e, nello specifico, scolastica.

Appurata l'insussistenza di qualsiasi profilo giuridico idoneo a fondare l'argomentazione avanzata dall'Associazione Pro Vita e Famiglia, resta un'ultima osservazione che vale la pena formulare.

Infatti, come si anticipava, anche questo secondo argomento – come il primo sulla sana maturazione psico-fisica – non suona poi così nuovo. Sembra, piuttosto, ricalcare la nota preoccupazione che nella tutela dell'identità di genere venga meno il rispetto di norme di diritto civile, ovvero amministrativo, capaci di mantenere e garantire la certezza dei rapporti giuridici.

La necessità che la rettifica di attribuzione di sesso avvenga all'esito di un preciso procedimento, idoneo a evitare l'insorgere di qualsiasi dubbio circa la stabilità e univocità delle relazioni giuridiche, emerge chiaramente nel nostro ordinamento. Si pensi, infatti, al procedimento tracciato dalla legge n. 164/1982: si tratta di un procedimento di natura giurisdizionale, nel quale è rimesso all'autorità giudiziaria il compito di accertare che il soggetto che la adisce soddisfi i plurimi requisiti imposti dall'ordinamento per addivenire alla rettifica. La solennità e formalità del procedimento, nonché l'autorità del giudice nel determinarne le sorti, sono, di fatto, preordinate a garantire che la rettifica di sesso sia

65 Rete Lenford, *La legittimità della identità alias nelle scuole: faq e risposte di Rete Lenford*, 2023, p. 2, in https://www.retelenford.it/wp-content/uploads/2023/01/FAQ-Identita-alias.pdf; https://www.edscuola.eu/wordpress/?p=158094.

66 Si rinvia a Rete Lenford, *La legittimità della identità alias nelle scuole cit.*, per un più completo approfondimento in materia.

67 Per approfondire questo aspetto si rinvia *Supra*, al paragrafo 2.1 del presente contributo, *Solidarietà sociale, autonomia scolastica e carriera alias*.

68 https://www.editorialedomani.it/giustizia/le-carriere-alias-riconoscono-un-diritto-e-non-violano-alcuna-legge-mqgiysch.

69 https://www.edscuola.eu/wordpress/?p=158094; https://www.tecnicadellascuola.it/carriera-alias-uno-strumento-che-tutela-gli-alunni-con-disforia-di-genere-perche-e-importante-per-una-scuola-inclusiva.

70 Corte di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza del 9 settembre 2021 n. 24414, paragrafo 19 dei motivi della decisione.

71 Id.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

l'affidabile risultato di un procedimento – ancora fortemente medico-orientato – idoneo ad accertare la serietà delle intenzioni dell'interessato e a garantire la stabilità dei rapporti giuridici coinvolti[72].

Allora, il timore che nella tutela dell'identità di genere tale garanzia venga meno si potrà ben riscontrare nelle osservazioni di una parte di dottrina che, ribadendone l'essenzialità, ritiene che il procedimento di rettifica di attribuzione di sesso non possa subire una "degiurisdizionalizzazione"[73].

Tale posizione, inoltre, si legge ancora una volta tra le righe delle celebre – e già richiamata – sentenza n. 180/2017 della Corte costituzionale, con la quale, la Consulta, ribadendo l'insufficienza dell'elemento volontaristico a fondare la rettificazione anagrafica, ritiene che il procedimento giurisdizionale rappresenti la soluzione idonea a contemperare gli interessi individuali e pubblicistici che la tutela dell'identità di genere chiama in campo[74].

Quanto finora esposto, ovviamente, ha l'intento di individuare la possibile linea di pensiero sottesa all'argomentazione proposta dall'Associazione Pro Vita e Famiglia avverso la carriera *alias*. Tuttavia, anche in questo caso, è doveroso precisare come, poi, di fatto, la stessa si discosti di molto dalla riflessione giuridica in materia.

Infatti, nelle diffide redatte dalla succitata associazione si osserva l'estremizzazione di tale orientamento e, soprattutto, la natura più strettamente ideologica della posizione adottata. Quest'ultima si coglie, in particolare, per il fatto che detta posizione sembra poggiare su quella che, richiamando una definizione già utilizzata, potremmo definire una fondamentale "erroneità del presupposto interpretativo"[75]. È proprio tale erroneità di fondo a guidare una ricostruzione interpretativa dell'istituto idonea a rappresentarlo in maniera difforme dalla sua effettiva dimensione: tanto con riferimento ai presupposti giuridici del suo funzionamento quanto relativamente agli effetti che esso, per sua natura, è preordinato a produrre.

4. Uno sguardo al di là dei confini nazionali: l'esempio di Malta e della Norvegia. Quali prospettive future?

Come si è già anticipato, l'adozione della carriera *alias* da parte della scuola secondaria di secondo grado ha risposto ad un'evidente esigenza di inclusione che, nel tempo, si è andata delineando anche nel contesto europeo[76].

A più riprese, infatti, tanto gli organi dell'Unione Europea, quanto organizzazioni e associazioni internazionali attive in tale settore, hanno invitato gli Stati membri ad adottare misure idonee a garantire *minimum standards* di sicurezza e inclusione degli studenti *transgender*[77].

72 Sul punto si rinvia a A. Nascosi, *Profili processuali del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso in Italia e Francia*, in questa *Rivista*, 2023, p.17 che, paragonando il procedimento giurisdizionale per la rettifica di attribuzione di sesso italiano con quello francese, evidenzia proprio il fatto che quello francese sia attualmente del tutto demedicalizzato, mentre, quello italiano, sebbene sia ormai sancita la non necessarietà dell'intervento chirurgico, presenta ancora un carattere strettamente legato all'aspetto medico della transizione. In tal senso, si veda anche F. Saccomandi, *Spesso non binarie cit.*, pp.11-13.

73 L. Ferraro, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?*, in *Questione Giustizia, trimestrale promosso dalla magistratura democratica*, p. 227. In tal senso si veda anche S. Celentano, *La Legge n. 164/1982. La rettificazione di attribuzione di sesso*, relazione presentata al Convegno di Studi Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto, Napoli, 2014.

74 Si fa riferimento, ovviamente, al paragrafo 5.2 del considerato in diritto della sentenza 180/2017, in cui la Consulta letteralmente osserva: "In coerenza con quanto affermato nella sentenza richiamata, va ancora una volta rilevato come l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere. Nel sistema della legge n. 164 del 1982, ciò si realizza attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici. Il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia è stato, infatti, individuato affidando al giudice, nella valutazione delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo, il compito di accertare la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere."

75 M. Perini, *Educazione alla parità di genere cit.*, p. 154.

76 Si rinvia *Supra*, al paragrafo 2.1 del presente contributo, *Solidarietà sociale, autonomia scolastica e carriera alias*.

77 Raccomandazione CM/Rec (2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere; ILGA Europe, *EU LGBTI Strategy 2020-2014 Key Eu Legislative and Policy Initiatives for LGBTI Rights in Europe and Beyond*.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

In generale, guardando all'Europa, non sorprende constatare che Malta sia stato il primo Stato e ad allinearsi concretamente a tali raccomandazioni. Infatti, nel 2015, il Ministero dell'educazione e dell'impiego ha adottato una *policy* governativa completamente dedicata alla condizione nelle scuole degli studenti *transgender, gender variant* e *intersex*[78].

La disciplina governativa maltese nasce con tre precisi scopi: promuovere un ambiente inclusivo, privo di qualsiasi forma di discriminazione o violenza; incoraggiare la creazione di una cultura delle differenze – di cui, ovviamente, anche quelle relative al genere fanno parte –; assicurare un ambiente scolastico che sia emotivamente, fisicamente e intellettualmente sicuro per i ragazzi *trans*, *gender variant* e *intersex*, in modo tale da garantir loro un'esperienza formativa idonea ad assicurarne il benessere e il successo negli studi[79].

Al fine di permettere la realizzazione degli obiettivi delineati, agli studenti *trans* e/o *intersex* è garantito il diritto di essere riconosciuti nell'istituto di istruzione conformemente al proprio genere: dunque, di usare il proprio nome di elezione e i propri pronomi di riferimento, di indossare un'uniforme che sia conforme al proprio genere, di utilizzare i bagni coincidenti con il proprio genere[80].

L'esistenza di una *policy* governativa che determina a priori le modalità con cui l'esperienza formativa delle identità *trans* (e, in questo caso, *intersex*) debba essere disciplinata ha degli evidenti punti di forza. Infatti, producendo i suoi effetti sull'intero territorio nazionale, vincola le scuole del medesimo ad adeguarsi a quanto stabilito, sottraendo da qualsiasi forma di loro discrezionalità la tutela in concreto dei diritti delle persone *transgender* che vengono in rilievo in tali ambienti.

Come noto, in Italia non sussiste una previsione normativa di questo tipo. Con un coraggioso slancio interpretativo potremmo ritenere che le previsioni che nel nostro ordinamento maggiormente si pongono nel solco dell'esigenza delineatasi a livello sovranazionale siano quelle contenute nei già citati decreto ministeriale n. 5515/2017 e decreto ministeriale n. 2519/2019 adottati dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Come già anticipato, infatti, l'adozione del regolamento per la carriera *alias* nelle scuole secondarie superiori può essere interpretato come una forma di attuazione dell'invito, in questi decreti contenuto, a creare un ambiente scolastico privo di discriminazioni e idoneo a garantire la sicurezza di tutti gli studenti.

Ovviamente, però, la differenza rispetto alla regolamentazione maltese è più che evidente: tali decreti non nascono con lo specifico intento di dettare linee guida per disciplinare l'esperienza formativa delle identità *gender non conforming*. Dunque, essi non fanno cenno alle modalità con cui, concretamente, disciplinare le questioni che le stesse pongono; in tali decreti è posta la necessità che le scuole adottino azioni positive per promuovere la piena integrazione di tutti gli studenti, ma non è specificato quali tali azioni debbano essere. Il che, se da un lato si pone nel pieno rispetto dell'autonomia di cui gli enti di istruzione godono, dall'altro, proprio per questo, rimette alla scuola la scelta discrezionale sul come intervenire: dunque, sul se adottare la carriera *alias* (e, anche, di fatto, sul come rispondere all'eventuale ricezione delle diffide di cui finora si è disquisito).

In verità, anche per questo motivo, per il momento, la carriera *alias* potrebbe apparire come un utile strumento nel nostro ordinamento. Infatti, si configura come una valida soluzione di compromesso, come una scelta di natura organizzativa effettuata dalla scuola, idonea a garantire i diritti fondamentali degli studenti e, al contempo, a riconoscerle il grado di autonomia che l'ordinamento le ha attribuito.

Nell'ambito di questa riflessione e con lo scopo di iniziare a guardare oltre la stessa, un'altra esperienza da osservare con interesse è, a parere di chi scrive, quella della Norvegia.

Il *Norwegian Gender Recognition Act* permette alle persone tra i sei e i sedici anni di procedere alla rettifica anagrafica del genere in forza della loro sola dichiarazione di volontà e del consenso dei genitori[81]. La scelta di consentire ai bambini di sei anni di accedere alla procedura in oggetto non è affatto ca-

78 Ministry of Education and Employment of Malta, Trans, *Gender Variant and Intersex Students in Schools Policy*, 2015.

79 Id., pp. 5-6.

80 UNESCO, *Out in the Open cit., p. 41;* Ministry of Education and Employment of Malta, *Trans, Gender Variant cit*., p. 5.

81 Più precisamente, la legge norvegese permette alle persone che abbiano compiuto il sesto anno di età di domandare la rettifica anagrafica del sesso. La richiesta del minore deve essere presentata da coloro che esercitano la responsabilità genitoriale sullo stesso e, laddove taluno di essi non presti il proprio consenso, è competenza dell'autorità giudiziaria verificare se la decisione di addivenire alla rettificazione di attribuzione di sesso sia nel *best interest* del minore e, nel caso, autorizzarla. Inizialmente, durante la discussione relativa al disegno di legge che ha portato all'adozione del *Norwegian Gender Recognition Act*, era stato proposto di indicare quale requisito anagrafico per procedere alla rettifica anagrafica l'età di sette anni. Tuttavia, il legislatore norvegese ha ritenuto più opportune individuarlo nell'età di sei anni per permettere ai minori *gender variant* di addivenire alla rettifica prima dell'inizio del percorso scolastico. Per approfondire ulteriormente la tematica si rinvia a A. Sørlie, *The Insufficiency cit.*, p. 74; F. R. Hartline, *Assessing Norway's Gender Recognition Act of 2016: Analysing Personal Experience of Legal Gender Change in International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 2020, p. 197.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

suale: essa, piuttosto, è preordinata a consentire agli stessi di iniziare il percorso formativo essendo già addivenuti alla rettifica anagrafica di nome e genere[82]. Così, permettendo agli interessati di addivenire alla rettifica anagrafica in età prescolastica, di fatto, la legge elimina a monte qualsiasi problema pratico relativo alla loro identificazione nell'istituto di istruzione.

Ovviamente, è palese come l'esperienza norvegese sia estremamente lontana da quella italiana. Nonostante ciò, si ritiene che guardando ad essa sia possibile sviluppare un'interessante riflessione.

Infatti, la Norvegia dimostra che, a prescindere dal modello normativo adottato dallo Stato per la rettificazione anagrafica di genere e nome, la condizione delle persone *transgender* all'interno degli enti di istruzione pone una serie di complesse problematiche, non trascurabili, difficili da gestire e risolvere per ragioni insite nella struttura stessa di tali enti. Ciò che rileva è, cioè, il carattere eteronormativo degli stessi, capace di impattare direttamente sull'effettiva tutela del diritto allo studio delle persone con identità di genere non conforme[83].

Cioè, anche negli ordinamenti in cui, per antonomasia, la sensibilità della collettività in materia ha raggiunto un profondo livello di affermazione, ben rappresentato da leggi capaci di garantire pienamente l'autodeterminazione delle persone *transgender,* la struttura binaria e eteronormativa del vivere sociale tradisce la sua presenza, dispiegando irrimediabilmente i suoi effetti[84]. Lo fa anche negli enti di istruzione: e, allora, anche laddove non si pongano particolari questioni per quanto riguarda l'individuazione degli studenti sulla base del nome di elezione e del genere, si osserveranno una serie di altre problematiche pratiche, capaci di incidere comunque sull'effettiva tutela dei diritti dei soggetti considerati. Sono problematiche, se possibile, connotate da un carattere ancor più pratico e tangibile rispetto a quelle relative all'uso del nome, afferenti, ad esempio, all'utilizzo del bagno o degli spogliatoi[85]. Problemi, cioè, come si diceva, direttamente derivanti dalle caratteristiche strutturali della scuola, pensata e costruita per esser abitata da persone chiaramente individuate come maschi o come femmine.

Quanto finora detto serve a riflettere sulla fase che ha raggiunto il nostro ordinamento nella tutela dei diritti degli studenti *gender non conforming*. Ben si potrà concludere, cioè, che la possibilità data agli studenti di essere individuati esclusivamente sulla base del loro nome di elezione e del loro genere non è affatto un punto di arrivo, bensì esclusivamente un primo passo verso l'effettiva tutela del loro diritto allo studio (oltreché della loro identità di genere).

Dunque, sebbene la carriera *alias* sia indubbiamente uno strumento di natura informale, caratterizzato da limiti e certamente perfezionabile, è innegabile che il suo impiego nelle scuole italiane svolga una funzione quantomai rilevante. Infatti, in un ordinamento come quello italiano, ben distante dai modelli normativi adottati dagli Stati a cui finora si è fatto riferimento, il regolamento per la carriera *alias* ha permesso di compiere un primo fondamentale passo verso il riconoscimento delle soggettività *T* nei luoghi di istruzione. Come già si è avuto modo di osservare, cioè, l'utilizzo della carriera *alias* ha permesso l'apertura, per la prima volta, della scuola alle identità di genere non conformi, dimostrando, certamente, una maturata consapevolezza delle medesime[86].

A quanto appena detto si collega, infine, un ultimo aspetto.

Configurandosi come uno strumento necessario per una prima forma di inclusione delle istanze che caratterizzano l'esperienza formativa delle persone *transgender*, la carriera *alias* aiuta a realizzare anche un'altra esigenza nascente dal contesto europeo: quella di educare alle differenze, creando una comunità basata sul pluralismo, sulla tolleranza e integrazione reciproca.

Un risultato, questo, che la carriera *alias*, in quanto soluzione di compromesso, può aiutare a raggiungere, identificandosi come un esempio di quello che, citando ancora una volta la sentenza 24414/2021, la Cassazione ha definito "l'incontro e la creazione di un clima di mutuo rispetto, di condivisione e di comune appartenenza, di coesione e di intesa, particolarmente utile in uno spazio vitale di con- vivenza organizzata come l'aula scolastica"[87].

82 A. Sørlie, *The Insufficiency cit.*, p. 81.

83 Sul punto è davvero illuminante ed esaustiva la riflessione di A. Sørlie, *The Insufficiency cit.*, pp. 82-94.

84 Ciò che opera è, per dirla con Wittig, la "*straight mind*", l'eterosessualità obbligatoria, dove il concetto di eterosessualità, ovviamente, non sta ad indicare l'orientamento sessuale in quanto tale, quanto, piuttosto, la norma sociale che esso sottende e che si lega strettamente al binarismo di genere. M. Wittig, *The Straight Mind and Other Essays*, Boston, 1992.

85 Ead., pp. 85-90.

86 Per un'analisi più approfondita del punto si rinvia *Supra*, paragrafo 2.1 del presente contributo, *Solidarietà sociale, autonomia scolastica e carriera alias*.

87 Corte di cassazione, sentenza n. 24414/2021, paragrafo 19 dei motivi della decisione.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

5. Valutazioni conclusive

La disamina fin qui condotta ha voluto analizzare in chiave critica, e senza alcuna pretesa di esaustività, l'acceso dibattito pubblico che, da qualche mese a questa parte, circonda la carriera *alias*. L'obiettivo primo del contributo, infatti, è stato quello di ricomporre le principali posizioni che animano tale dibattito, illuminando le possibili implicazioni giuridiche delle medesime.

Ciò che la riflessione condotta restituisce è, a parere di chi scrive, la prova concreta che le problematiche giuridiche connesse all'identità di genere vanno ben oltre il semplice riconoscimento della stessa. Il dibattito sulla carriera *alias*, cioè, ci impone di riflettere concretamente su un dato pratico, oggettivo ed inevitabile: l'ordine binario che dà forma al sistema giuridico e sociale che abitiamo comporta che le esistenze *transgender* pongano delle complesse questioni giuridiche non solo all'atto del loro riconoscimento legale, bensì in ogni sfera della loro vita sociale e personale[88]. L'iniziativa dell'Associazione Pro Vita e Famiglia, quindi, ci chiede di aprire gli occhi su una realtà complessa, quella scolastica, che diviene fertile terreno sul quale osservare l'operare pratico di questo meccanismo.

La produzione scientifica estera in materia, più volte richiamata nel corso del contributo, riflette la rilevanza di questo dato e la maggiore attenzione che, oltre i confini nazionali, ad esso si presta. L'analisi del caso norvegese, ad esempio, ci permette di osservare in concreto come la struttura eteronormativa della società renda pressocché inevitabile l'insorgere di problematiche di natura giuridica nei contesti istituzionali in cui si svolge la vita delle persone *transgender*, a prescindere dalle modalità con cui la legge nazionale permetta loro di addivenire alla rettificazione anagrafica.

Inoltre, come si è potuto costatare, guardare all'esperienza di uno Stato come la Norvegia permette sia di riflettere più approfonditamente sull'ordinamento italiano, sia di elaborare, a partire dall'osservazione dell'esperienza altrui, strumenti con cui far fronte a problematiche che, presto o tardi, lo riguarderanno. Ed in effetti, potremmo dire che questa è la seconda lezione che la *querelle* sull'identità *alias* ci svela: in realtà, tali problematiche già ci riguardano.

Per meglio spiegare il punto di arrivo del ragionamento che si sta proponendo, si ritiene interessante fare un ulteriore esempio pratico, questa volta guardando oltreoceano. Era, infatti, il maggio del 2019 quando si concludeva di fronte alla Corte Suprema degli Stati Uniti il caso *Joel Doe et Al. v. Boyertown Areas School District at Al*: un caso iniziato due anni prima e avente ad oggetto il difficile bilanciamento tra il diritto all'identità di genere e il diritto alla *privacy* nel contesto scolastico. Nello specifico, la vicenda giudiziaria prendeva le mosse dal ricorso proposto da uno studente *cisgender* di una *High School* della Pennsylvania, il quale riteneva che l'aver condiviso lo spazio dello spogliatoio con un compagno *transgender* avesse gravemente leso il suo diritto alla *privacy*.

Rinviando ad altre sedi per un approfondito studio di tale caso[89], lo si è proposto per sviluppare un'ultima riflessione. Infatti, nel 2019, mentre tale caso si concludeva negli USA, nel nostro Stato l'esperienza degli studenti *transgender* era ben lontana dal clamore mediatico che oggi, ad inizio 2023, la circonda. Eppure, al di là della superficie, nella dimensione sotterranea che caratterizza tutte le soggettività che si sottraggono con dissidenza ai rapporti di potere tipici del binarismo, tale esperienza si svolgeva nel medesimo modo in cui si svolge oggi. Essa, di fatti, poneva le stesse problematiche pratiche ed era caratterizzata dagli stessi drammatici rischi di ostracismo e violenza.

Allora, è proprio ponendosi in questa prospettiva che si può leggere l'attuale dibattito sulla carriera *alias* come un'importante occasione per instaurare, a livello nazionale, una profonda riflessione sulla condizione *trans* negli enti di istruzione. Potremmo dire che l'iniziativa dell'Associazione Pro Vita e Famiglia, seppur nella sua indubbia problematicità, abbia fornito agli studiosi del tema l'occasione per aprire un effettivo dibattito sul punto e, laddove essa non si arrestasse al mero invio di lettere di diffida, potrebbe fornire la stessa preziosa occasione anche alla giurisprudenza (la quale, da sempre, è stata la vera fautrice della disciplina sull'identità di genere nel nostro ordinamento).

Al di là della riflessione scientifica sul punto, infatti, emerge chiaramente la necessità che sia l'attenzione delle istituzioni statali a posarsi sulle dinamiche che caratterizzano l'esperienza sociale delle persone *gender non conforming*. In tal senso si porrebbe l'auspicata – e necessaria – iniziativa del legislatore, volta a modificare, integrandola delle istanze ad oggi emergenti dal contesto sociale di riferimento, una legge risalente ormai a quarantuno anni fa. Ma in verità, senza guardare troppo in là, in tal senso si porrebbe anche l'adozione di specifiche linee guida ministeriali su come disciplinare l'esperienza *trans* negli enti di istruzione.

88 F. Saccomandi, *Spesso non binarie cit.*, p. 5 e p. 21.

89 Si rinvia a M. Di Bari, *Il diritto all'identità di genere inizia al liceo. Una riflessione sul caso Joel Doe et Al. v. Boyertown Areas School District at Al.*, in questa *Rivista*, 2019, per una dettagliata ricostruzione del caso di cui si discute.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Perché tutto ciò abbia anche solo la possibilità di avvenire, però, dovrebbe cambiare l'assunto principale alla base dell'intero dibattito pubblico in materia di identità di genere: la sua natura è giuridica e sociale, nient'affatto ideologica.

Per addivenire a questo risultato, raccogliendo l'insegnamento di Foucault, è necessario guardare alle condizioni concrete che caratterizzano la vita dei diretti interessati, dar voce alle persone che quotidianamente esperiscono sulla loro pelle i meccanismi di cui finora si è parlato, cioè, "a tutti coloro che, in ogni luogo della società […] fanno della loro estraneità la possibilità di andare al di là della logica del bio-potere"[90].

Fino a che ciò non avverrà assisteremo alla completa snaturalizzazione della discussione pubblica in materia di identità di genere, di cui l'iniziativa dell'Associazione Pro Vita e Famiglia è solo il più recente degli esempi[91]. Una discussione, questa, che avendo ad oggetto diritti fondamentali, dovrebbe essere impostata secondo termini di tutela, garanzia e bilanciamento di interessi, piuttosto che nei termini di una battaglia ideologica.

90 A. Santambrogio, *Introduzione alla sociologia*, Bari, 2008, p. 218.

91 Un altro esempio di ciò è, indubbiamente, il dibattito che appena due anni fa circondava l'approvazione del disegno di legge "*Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*" (c.d. DDL Zan) e, più nello specifico, l'annosa definizione di identità di genere di cui all'articolo 1 lettera d dello stesso. Non è certo un caso, infatti, che i toni dell'odierna discussione in materia di carriera *alias* ricordino profondamente quelli di tale dibattito. Per approfondire quest'ultimo si rinvia a I. F. Cortés, *Il DDL Zan e il nodo dell'identità di genere*, in questa *Rivista*, 2021, n. 2, pp. 37 ss.

GenIUS *anno 2023, numero 1* · · ·

*Ana Valero Heredia**

Sessualità e discorsi dissidenti: un'analisi costituzionale

Sommario

1. Caratteristiche del *Sexual Speech*. – 2. La pornografia e i diritti delle donne. – 2.1. Il femminismo abolizionista. – 2.2. Il femminismo pro-*sex* e il porno femminista. – 3. La teoria *queer* e il post-porno: i corpi politici e militanti.

Abstract

Il *Sexual Speech*, o discorso pornografico, è stato tradizionalmente escluso dall'ambito di tutela della libertà di espressione perché si è considerato che non possedesse un carattere razionale o che comunque fosse dotato di un *low social value*. La categoria costituzionale per compiere tale esclusione è stata l'oscenità. In questo articolo si analizza l'uso della *obscenity* da parte delle corti costituzionali per dimostrarne che tale categoria è stata utilizzata come strumento per perseguitare i discorsi contrari al codice di valori dominante. Tra questi emergono il porno femminista e il post-porno come espressioni delle rivendicazioni e delle lotte del movimento *pro-sex* e *queer*.

Sexual speech, or pornographic speech, has traditionally been excluded from the scope of protection of freedom of expression because it was considered that it did not possess a rational character or that it was in any case endowed with a low social value. The constitutional category for making this exclusion was obscenity. This article analyzes the use of obscenity by the constitutional courts to demonstrate that this category has been used as a tool to persecute discourses contrary to the dominant code of values. Among these, feminist porn and post-porn emerge as expressions of the demands and struggles of the pro-sex and queer movement.

1. Caratteristiche del *Sexual Speech*

Da un punto di vista etimologico, la parola "pornografia" nasce nell'Antichità per fare riferimento alla "descrizione o rappresentazione delle prostitute o della prostituzione", e tuttavia, nel corso della storia, ha avuto infinite accezioni. Pertanto, con questo termine si è potuto fare riferimento all'arte sessualmente esplicita, alle opere con capacità di corruzione, a tutto quel materiale che cerca di ottenere una stimolazione sessuale nel suo destinatario, alla forma ultima di degradazione o persino, tra le altre cose, alla violenza verso le donne.

Si tratta, quindi, di una forma culturale la cui definizione è cambiata nel corso delle epoche in funzione delle convenzioni sociali, politiche o di genere. E, da un punto di vista giuridico, si tratta di una categoria con cui i tribunali si sono più volte interfacciati senza giungere a chiare conclusioni. Dunque, se c'è qualcosa che caratterizza più di tutto la pornografia è la sua natura mutevole, perché qualsiasi tentativo di stabilirne una definizione è strettamente condizionato non solo dalla soggettività di chi osserva, ma soprattutto dal momento storico in cui si osserva.

* Professoressa Associata di Diritto Costituzionale. Universidad de Castilla-La Mancha.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

È evidente che, quando il giudice Holmes della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel 1919, parlò per la prima volta del *Free Market of Ideas* come del metodo più adatto alla costruzione di un repubblicanesimo civico, in realtà stava pensando alle idee politiche come oggetto di tutela del *freedom of speech* per il loro carattere "razionale" e "discorsivo"[1]. Quindi, per autori quali Schauer, la pornografia è strettamente "ideata per produrre un effetto meramente fisico". Qualificandola come "assistenza sessuale", tale giurista arriva ad affermare che "poiché un vibratore non riceverà la tutela del Primo Emendamento, non la deve ricevere nemmeno la pornografia"[2]. Tale argomentazione si basa su una presunta distinzione tra la comunicazione ideata per fare appello all'intelletto e la comunicazione che cerca di stimolare gli istinti sessuali.

Nello stesso senso, Finnis sostiene che la pornografia "non appartiene alla sfera delle idee, della ragione, del contenuto intellettuale e nemmeno alla ricerca della verità, bensì alla sfera della passione, dei desideri, delle ansie dell'eccitazione". Questo autore afferma l'esistenza di una differenza costituzionalmente significativa tra "due aspetti della mente umana che spesso entrano in competizione tra loro: l'intelletto o ragione e le emozioni o passioni" e che alla pornografia manca "l'importanza sociale redentrice proprio perché non appartiene all'ambito delle idee, della ragione, del contenuto intellettuale e della ricerca della verità, bensì al regno della passione, dei desideri, dei capricci e dell'eccitazione". I due livelli costituzionali di espressione, afferma, sono definiti come "due regni della mente umana"[3].

In ambito giuridico, tali tesi furono accolte per la prima volta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Chaplinsky v. New Hampshire* del 1942[4], dove il giudice Frank Murphy – che scrisse la decisione unanime della Corte – dichiarò che restavano esclusi dal Primo Emendamento "certi tipi di discorsi ben definiti e strettamente limitati che non sono parte essenziale di nessuna esposizione di idee e che hanno un così basso valore sociale che qualsiasi beneficio dalla loro diffusione è chiaramente superato dall'interesse sociale di proteggere l'ordine e la morale", coniando in tal modo la dottrina del *low-value speech*.

Quindi, la proibizione di espressioni "senza valore sociale o comunicativo" sarebbe costituzionalmente possibile senza il bisogno di dimostrare alcun grado di minaccia di danno per la società. Tale dottrina fu reiterata più avanti nel caso *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* del 1991[5], in cui venne esclusa dal perimetro del Primo Emendamento la nudità nel ballo. Si può affermare che la dottrina del *low-value speech* continua a essere quella predominante nel dibattito circa lo status costituzionale del discorso sessuale.

Il mio disaccordo con questa tesi della Corte Suprema si basa sul fatto che, nel corso della storia, il *Sexual Speech* si è collocato in uno spazio che trasgredisce la norma che governa lo spazio comune e le rappresentazioni in esso accettabili e, quindi, la morale egemonica di ogni momento storico, cosa che gli conferisce un carattere chiaramente politico. La storia dell'espressione esplicitamente sessuale o pornografica è anche la storia della censura.

La sua proibizione e persecuzione vanno di pari passo con la creazione della categoria giuridica *Obscenity* nella maggior parte dei paesi europei e negli Stati Uniti. Osceno significa "fuori dalla scena" (fuori dalla scena pubblica) e il termine viene usato per categorizzare ciò che tende a corrompere la morale pubblica per la sua indecenza. La prima legge creata a tale scopo è l'*Obscene Publications Act* inglese del 1857 che non offriva una definizione concreta di ciò che si doveva intendere come oscenità o di quali requisiti dovesse avere un determinato materiale per essere considerato osceno. Per questo motivo, la sua definizione fu fin dall'inizio lasciata in mano ai tribunali, considerato che fu la *Court of the Queen's Bench* che, nel 1868, elaborò il *test* che sarebbe stato applicato in Gran Bretagna fino alla seconda metà

1 Opinione dissenziente del Giudice Holmes – alla quale aderì il Giudice Brandeis – alla sentenza della Corte Suprema nordamericana che risolve il caso *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919): "l'ultimo bene desiderato è meglio raggiunto dal libero scambio di idee; che la migliore prova della verità è il potere del pensiero di farsi accettare nella concorrenza del mercato, e che la verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere realizzati in sicurezza". Disponibile: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=250&invol=616.

2 F.S. Chauer, *Speech and Speech Obscenity and Obscenity; An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language,* in *College of William & Mary Law School, Faculty Journal*, num. 67, 1979, pp. 899-922.

3 J.M. Finnis, *Reason and Passion: the constitutional Dialectic of Free Speech and Obscenity*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 116, 1967, pp. 222-243, p. 225.

4 315 U.S. 568 (1942). Qualche anno prima, in *Near v. Minnesota* del 1931, 283 U.S. 697 (1931), la Corte aveva suggerito che l'oscenità non rientrava nel Primo Emendamento. Il presidente della Corte Suprema, Charles E. Hughes, in quel caso aveva affermato che, sebbene la censura a livello di libertà d'espressione e di stampa, fosse generalmente proibita, tali libertà non costituivano un principio assoluto. Un'eccezione, disse, riguardava i "requisiti basilari della decenza", in altre parole: il problema dell'oscenità. Le altre eccezioni riguardavano la sicurezza nazionale e il mettere in pericolo l'ordine pubblico con l'incitazione alla violenza. Si veda uno studio più dettagliato in R.F. Hixson, *Pornography and the Justices: The Supreme Court and the Intractable Obscenity Problem*, Southern Illinois University Press, 1996.

5 501 U.S. 560 (1991).

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

del xx secolo. Nel noto caso *Regina v. Hicklin*, la corte inglese stabilì che era proibito qualsiasi materiale tendente a "depravare e corrompere coloro le cui menti sono aperte a influenze immorali"[6].

Il cosiddetto *Hicklin test* fu impiegato sia per vietare le pubblicazioni scientifiche sulla contraccezione e la sessualità umana, sia le opere letterarie di molti dei più importanti scrittori del xix e xx secolo, come Gustave Flaubert, Émile Zola o James Joyce. E in Gran Bretagna rimase in vigore fino al 1959, anno in cui l'*Obscene Publications Act* fu modificato per escludere dalla censura le opere oscene "di interesse scientifico, letterario, artistico e l'apprendimento in generale".

Al termine della Prima guerra mondiale molti scrittori ed editori di lingua inglese, che fuggivano dal regime di censura vittoriano esteso in tutto l'Impero Britannico e negli Stati Uniti, si rifugiarono a Parigi dove la Terza Repubblica aveva stabilito ampie tutele per la *liberté de presse*. Le case editrici parigine pubblicarono molte delle più importanti opere della letteratura modernista oscena in lingua inglese. Dopo la pubblicazione di *Nanà*, di Émile Zola, che narra le vicende di una giovane che vive dedicandosi alla prostituzione, la stampa francese popolarizzò e ridefinì la parola pornografia per designare le pubblicazioni sessualmente esplicite.

Negli Stati Uniti, paese in cui la categoria costituzionale dell'oscenità è stata oggetto di un maggiore sviluppo giuridico e dottrinale, la Corte Suprema ha cercato di stabilire quali siano i limiti della regolamentazione statale dei materiali sessualmente espliciti attraverso una giurisprudenza tanto sfuggente quanto incerta e che, stando alle parole del Giudice Harlan, è "una questione che ha prodotto una varietà di punti di vista tra i membri della Corte che non ha eguali in nessun altro ambito del giudizio costituzionale"[7].

Nel caso *Roth vs. United States*, del 1956[8], il giudice Brennan della Corte Suprema definì oscena il tipo di espressione tendente a eccitare i pensieri lussuriosi o gli interessi lascivi del ricevente ("*prurient interest*") e, nel caso *Manual Enterprises v. Day*, del 1962[9], sostenne che la "manifesta offesa" e "l'appello all'interesso lascivo" erano due requisiti necessari perché i materiali in questione fossero considerati osceni.

Ma *Roth*, in linea con la modifica della legge inglese del '59, introdusse un nuovo criterio al fine di escludere dalla proibizione le opere che avevano "importanza sociale" (*reediming social importance*). E così dispose che "la rappresentazione del sesso, per esempio nell'arte, nella letteratura e nelle opere scientifiche divulgative, non costituisce di per sé ragione sufficiente per negare al materiale sessualmente esplicito la tutela costituzionale della libertà d'espressione e di stampa".

Il lassismo dei criteri stabiliti da *Roth* finì per trasformare la Corte Suprema degli Stati Uniti in una sorta di "commissione" dedita al controllo dei libri e dei film che giudicava secondo criteri molto soggettivi e variabili. Immersi in ciò che il giudice John Marshall Harlan definì "l'intrattabile problema dell'oscenità", i nove giudici supremi espressero cinquantacinque voti dissenzienti in tredici sentenze tra il 1957 e il 1967[10]. Quindi, da *Roth* fino all'inizio degli anni Settanta, le pronunce di oscenità divennero una serie di decisioni *per curiam* che, nella maggior parte dei casi, annullavano le condanne di tribunali di grado inferiore ma che non offrivano alcuna prova solida che le rendesse meno arbitrarie[11].

Dal nome di una di queste decisioni, *Redrup v. New York*, del 1967[12], si cominciò a parlare di un processo di *redrupping* per riferirsi al ruolo di censore della Corte che giudicava soggettivamente ogni singolo materiale che si trovava di fronte. Cosa che, stando alle parole del giudice Werhan, era "l'antitesi di un giudizio costituzionale guidato da principi".

L'incapacità della Corte di articolare una chiara definizione di osceno la condusse verso un periodo di caos e confusione che iniziò a sbloccarsi con la transizione alla presidenza della Corte dal giudice Warren al giudice Burger e con il considerevole ricambio nella composizione dei suoi membri in conseguenza alla nomina di quattro giudici conservatori da parte del Presidente Nixon[13]. Il nuovo presidente della Corte disprezzava apertamente i materiali osceni arrivando a descriverli, in un'occasione, come "l'immondizia della strada che bisogna ripulire e gettare nei bidoni della spazzatura", motivo per cui il

6 *Regina v. Hicklin*, (1868), Cockburn, C.J., Blackburn, Mellor, and Lush, J.J. (Queen's Bench).

7 *Interstate Circuit Inc. v. Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).

8 354 U.S. 476 (1957).

9 370 U.S. 478 (1962).

10 *Interstate Circuit Inc. v. Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).

11 K. Werhan, *Freedom of Speech*, Greenwood Publishing Group, Westport, 2004, p. 101

12 386 U.S. 767 (1967).

13 Nel 1969 Warren fu sostituito da Burger alla presidenza e poi vennero nominati i giudici Blackmun, nel 1970, e Power e Renquist, nel 1972.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

cambiamento di dottrina non si fece attendere e arrivò attraverso due casi storici in materia: *Miller vs. California* e *Paris Adult Theatre i vs. Slaton*[14], entrambi del 1973.

Il primo confermava la condanna del signor Miller per aver spedito opuscoli che sponsorizzavano la vendita di materiale per adulti e stabilì quella che ancora oggi rappresenta la dottrina in vigore in materia di oscenità negli Stati Uniti, nota come *Miller Test*, secondo cui l'espressione esplicitamente sessuale sarebbe considerata oscena in base a tre requisiti:

a) Se il cittadino medio, applicando gli standard della comunità contemporanea, considera l'opera, nel suo insieme, di interesse lascivo.
b) Se l'opera rappresenta o descrive atti sessuali in modo palesemente offensivo.
c) Se l'opera, presa nel suo insieme, manca di un serio valore letterario, artistico, politico o scientifico.

Anni dopo, nel caso *Pope vs. Illinois*, del 1987[15], la Corte modificò leggermente il terzo requisito del *Miller Test* aggiungendo che il serio valore letterario, artistico, politico o scientifico delle opere dovesse essere giudicato non secondo i parametri della comunità in cui si svolge il fatto, ma in base a quelli di una qualunque *persona ragionevole*. Tale cambiamento, tuttavia, manca di rilevanza nella misura in cui, come ammise lo stesso Stato dell'Illinois nel procedimento davanti alla Corte, l'opinione di una persona ragionevole sarà necessariamente condizionata, il più delle volte, da ciò che pensa la maggior parte dei membri della sua comunità[16].

Si osserva come, a differenza dell'incitamento alla violenza o della diffamazione intenzionale, categorie di espressione escluse dalla tutela del Primo Emendamento costituzionale statunitense per il danno causato a terzi, l'oscenità è esclusa per il mero fatto di supporre un attacco nei confronti dello spettatore che sarebbe indotto verso pensieri sessuali impuri o di cui offenderebbe le credenze. Nel giudicare l'oscenità, dunque, la natura offensiva del messaggio sostituisce il "principio di danneggiamento" che, come noto, presiede alla tradizione giuridica della corte anglosassone in materia di libertà d'espressione.

Tale criterio è anche presente nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo:

Già nel caso *Handyside v. the United Kingdom*, del 1976[17], in cui si procedeva in relazione al ritiro di un libro rivolto agli studenti che era stato qualificato come osceno in applicazione del citato *Obscene Publication Act* inglese, la Corte Europea affermò che "le leggi di ogni paese rappresentano il 'corpus' sociale più adatto a definire i limiti accettabili dalla morale di una società che vive in un momento e in un territorio specifici". Quindi, a livello pratico, abilita gli Stati a limitare l'espressione sessuale al fine di proteggere la morale sociale imperante.

E, anni dopo, nel caso *Müller and Others v. Switzerland*, del 1988[18], relativo alla confisca di tre opere di una mostra e alla successiva multa a dieci artisti con accusa di oscenità, la Corte di Strasburgo diede ragione ai tribunali svizzeri che giustificavano la misura poiché le opere erano suscettibili di "offendere gravemente il pudore sessuale di persone con una normale sensibilità".

Il giudice Spielmann formulò un'importante opinione dissenziente al verdetto di tale sentenza, in cui paragonò il relativismo e la vaghezza dei giudizi sull'arte sessuale alle persecuzioni subite, nell'Ottocento, da libri molto importanti quali *Madame Bovary* di Flaubert e *Les fleurs du Mal* di Baudelaire. E sostenne che sia le multe che la confisca delle opere d'arte violavano l'articolo 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo – che tutela la libertà d'espressione – data la natura relativa della nozione di oscenità e la dubbia giustificazione circa la "necessità" di un provvedimento di confisca da parte delle autorità svizzere. E fece appello all'urgenza di imporre limiti al margine di discrezionalità degli Stati per evitare che la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo rimanesse priva di forza giuridica.

Nel caso *Wingrove v. United Kingdom*, del 1996[19], la Corte di Strasburgo rinviò nuovamente alle autorità nazionali la capacità di determinare la portata della nozione giuridica di moralità rispetto alle opere d'arte che rappresentano atti sessuali. Il querelante impugnò il diniego di un certificato che gli avrebbe permesso di mostrare pubblicamente e di diffondere *Visions of Ecstasy*, un cortometraggio che presentava l'esperienza mistica di Teresa d'Avila in termini di rapimento erotico-carnale con Gesù crocifisso. La

14 413 U.S. 49 (1973).

15 481 U.S. 497 (1987).

16 J. Tehranian, *Sanitizing Cyberspace: Obscenity, Miller, and the Future of Public Discourse on the Internet*, in *Journal of Intellectual Property Law*, University of Georgia Law, Vol. 11, 2016, p. 10.

17 Sentenza 5493/72, del 7 dicembre 1976.

18 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 24 maggio 1988, *Müller and Others v. Switzerland*.

19 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 25 novembre 1996, *Wingrove v. United Kingdom*.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ribadì che i giudici nazionali godevano di una posizione migliore per pronunciarsi circa il potenziale offensivo dell'opera.

Il presidente Burger della Corte Suprema degli Stati Uniti sperava che *Miller* avrebbe invertito il proliferare di materiali sessualmente espliciti nella società, ma ciò non avvenne. La rivoluzione sessuale degli anni Sessanta e Settanta, l'avvento del video, della televisione via cavo e l'incipiente Internet hanno reso la legge incapace di limitare l'espressione sessuale, rendendo evidente l'inutilità dell'"oscenità" come categoria giuridico-costituzionale.

2. La pornografia e i diritti delle donne

Sebbene la categoria dell'*Obscenity* diventi inutile nell'attuale stato democratico per limitare la libertà di creazione esplicitamente sessuale, poiché la morale è un concetto legato a cosmovisioni religiose, ne emerge un altro bene giuridico che, per un settore del femminismo, è chiamato a svolgere tale funzione limitatrice: i diritti delle donne.

È a partire dalla metà degli anni Ottanta che il porno si è consolidato come un fenomeno di massa, cosa che ha dato luogo all'inizio di un acceso dibattito, attualmente inconcluso, in seno al movimento femminista, creando al suo interno una spaccatura che ancora oggi non è stata superata e che si è anzi intensificata negli ultimi decenni in conseguenza all'evoluzione sperimentata dal discorso pornografico digitale e al più diffuso consumo di narrazioni sempre più degradanti e violente contro la donna.

Tale divisione mette l'una di fronte all'altra le irriconciliabili posizioni delle cosiddette femministe abolizioniste e delle femministe pro-sesso. Mentre infatti per le prime la pornografia non è altro che l'incarnazione visiva del patriarcato e della violenza contro le donne, le seconde la concepiscono come un mezzo per canalizzare l'espressione erotica della donna e, di conseguenza, come un meccanismo per la sua liberazione sessuale.

2.1. Il femminismo abolizionista

Rispetto alla tradizionale posizione conservatrice basata sull'immoralità della pornografia, le femministe abolizioniste pongono la questione in termini di "danno alle donne". Secondo loro non c'è nulla di obiettabile nel fatto che l'espressione sessuale persegua e/o produca eccitazione sessuale o sia offensiva per la morale diffusa. A loro parere, diviene dannosa soltanto perché implica la degradazione, l'umiliazione o la violenza sulle donne.

Il movimento femminista anti-pornografia nasce nella seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso per mano di femministe come Catharine MacKinnon, Andrea Dworkin, Robin Morgan, Susan Brownmiller, Gloria Steinem e Kathleen Barry, tra le altre. Integranti principalmente del cosiddetto "femminismo radicale"[20], l'organizzazione madre sotto cui attuarono fu *Women Against Pornography*, fondata nel 1979 negli Stati Uniti. Tale organizzazione si dedicò, tra le altre cose, a tenere conferenze, pubblicare libri e articoli accademici, alla consulenza legale e all'attivismo sociale tramite manifestazioni quali la famosa marcia del 1979 a Times Square, dove riuscirono a riunire settemila donne sotto la guida di Andrea Dworkin e Robin Morgan. Al motto di "la pornografia è la teoria e lo stupro è la pratica"[21], di Robin Morgan, tale gruppo diede inizio a una vera e propria crociata contro il porno.

In Inghilterra, la *Campaign Against Pornography and Censorship* (cpc), gruppo creato nel 1989 al fine di influenzare l'adozione di leggi che regolassero la pornografia, chiedeva, come i movimenti femministi radicali negli Stati Uniti e in altri paesi europei, la regolamentazione della pornografia argomentando tale richiesta con il fatto che la pornografia arrecava danni alle donne. La "Dichiarazione Politica" di suddetto gruppo affermava:

"Crediamo che la rappresentazione delle donne come oggetti sessuali sia una delle espressioni più potenti e visibili degli atteggiamenti negativi del sessismo, ed è centrale per l'oggettificazione sessuale e, quindi, la disumanizzazione e la degradazione delle donne. Crediamo che la pornografia sia la descri-

20 Il femminismo radicale è una corrente interna al movimento femminista che sostiene che la radice della disuguaglianza sociale sia il patriarcato, definito come il sistema di oppressione dell'uomo sulla donna. Tale corrente pretende un riordinamento radicale della società in cui venga eliminata la supremazia maschile da tutti i contesti sociali ed economici, e che al contempo venga riconosciuto che le esperienze delle donne sono anche influenzate da altre divisioni sociali quali la razza, la classe e l'orientamento sessuale. Si veda S. Álvarez e C. Sàncez, E. Beltràn e V. Maqueira (a cura di), *Feminismos, debates teóricos contemporáneos*, Alianza, 2001.

21 R. Morgan, *Theory and Practice: Pornography and Rape*, in *Take Back the Night: Women on Pornography*, 1974, pp. 134-40.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

zione più estrema della donna come meno che umana e meno che uguale. Crediamo che la pornografia rinforzi la condizione di disuguaglianza delle donne presentandole come oggetti sessuali e 'sessualizzati' per l'eccitazione e la gratificazione degli uomini e che perpetui tale condizione di disuguaglianza. Pertanto, crediamo che la pornografia sia una propaganda contro le donne e che perpetui il sessismo, la discriminazione sessuale e la violenza sessuale".

Movimenti simili sorsero con forza anche in Germania e in altri paesi europei.

L'idea che la pornografia danneggi tutte le donne trova il suo fondamento, secondo alcune delle teoriche del femminismo abolizionista, nella cosiddetta *Speech-Act Theory*, sviluppata dal filosofo britannico J.L. Austin nel suo libro *How to Do Things With Words* (1962)[22] e sviluppata poi qualche anno dopo da un altro filosofo, lo statunitense John Searle, soprattutto nel suo libro *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language* (1969). Secondo tale teoria, gli "enunciati realizzativi (o performativi)" sono enunciati che, quando vengono proferiti, realizzano un atto più che dirlo e basta. Per esempio, quando diciamo "Sì, lo voglio", in occasione del matrimonio, non stiamo enunciando qualcosa ma, dicendolo in quella determinata circostanza, stiamo realizzando l'atto di sposarci.

Appoggiandosi a tale teoria, autrici come le britanniche Rae Langton e Jennifer Hornsby, hanno tentato di evidenziare come la pornografia produca un danno – *harm* – sulle donne in quanto gruppo. Per Langton, coloro che sostengono che la pornografia è tutelata dal Primo Emendamento, la vedono strettamente come *speech*, cosa che non tiene conto della tesi di Austin secondo cui si possono anche fare cose attraverso la parola. Così, sostiene che la pornografia appartiene alla categoria di espressioni che realizzano un'azione quando vengono semplicemente pronunciate, perché raccoglie quella che Austin chiamava forza "illocutoria"[23].

Nel suo importante articolo del 1993[24], *Speech Acts and Unspeakable Acts*, Langton sostiene che gli *speech-acts* della pornografia subordinano a tal punto le donne da trasformarle in oggetti sessuali, legittimando la violenza sessuale contro di loro e privandole del loro potere e dei diritti[25]. E afferma dunque che la pornografia è: 1) *verdictive*, e cioè classifica le donne come oggetti sessuali inferiori il cui scopo è "servire" i bisogni sessuali degli uomini; e 2) *exercitive*, e cioè legittima la violenza sessuale contro le donne, rappresentandone la degradazione in un modo che sostiene, celebra e autorizza[26].

Partendo dalla stessa base teorica, Jennifer Hornsby sostiene, in *Speech Acts and Pornography*, che le donne vengono silenziate dalla pornografia e che la loro libertà di espressione è violata dal discorso di coloro che rivendicano il diritto a produrre, acquistare e consumare materiale pornografico[27].

Dal canto suo, nel celebre saggio *The Sexual Contract* (1988)[28], la teorica politica britannica Carole Pateman ha portato a termine una lettura di genere della teoria rousseauiana del "Contratto sociale" affermando che, prima del contratto sociale, esiste un contratto sessuale che instaura la legge del diritto sessuale degli uomini sulle donne. Secondo questa autrice, la pornografia è uno degli strumenti che consentono il perpetuarsi di suddetto contratto perché si tratta di una pratica politica di potere. La pornografia è la teoria, sostiene l'autrice, e gli uomini imparano tale teoria per poi metterla in pratica attraverso stupri e altre aggressioni ai danni delle donne.

Sulla stessa scia, Kathleen Barry, un'altra celebre sociologa statunitense anti-porno, nel suo libro *Female Sexual Slavery* (1988)[29] ha sviluppato la teoria della "schiavitù sessuale" secondo cui la pornografia è la descrizione grafica di ciò che gli uomini pretendono dalle donne: "si tratta di un atto politico di dominazione, del tentativo di creare un'immagine delle donne che concordi con la visione che i maschi vogliono avere e con l'uso che vogliono fare di loro". Tra padroni e schiave, afferma, non ci può essere

22 J. Langshaw Austin, *How to Do Things With Words*, in *How to Do Things with Words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, 2, Oxford Clarendon Press, 1962.

23 Magnus Ullén, *The Solipsism of Pornography: Speech Act Theory and the Anti-Porn Position* in *Sexuality & Culture,* 2013, pp. 321–347.

24 R. Langton, *Speech Acts and Unspeakable Acts*, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, num. 4, 1993, pp. 293-330.

25 L. Papadaki sostiene che "oggettivare una persona consiste nel ridurla e sottovalutarla a tal punto da farle assumere lo *status* di cosa (smettendo così di essere persona)". Si veda: *Sexual Objectivation: from Kant to Contemporany Feminism*, in *Contemporany Political Theory*, 6, 2007, pp. 330-348.

26 R. Langton, *Speech Acts and Unspeakable Acts*, *cit*., pp. 307-308.

27 J. Hornsby, *Speech Acts and Pornography*, in *Women's Philosophy Review*, 10, 1993, pp. 38-45.

28 C. Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press in association with Blackwell Publishers, 1988; traduzione italiana *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Moretti&Vitali, Bergamo, 2015.

29 K. Barry, *Female sexual slavery*, Prentice Hal, 1979.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

una zona comune di gioco e piacere sessuale. La dominazione equivale alla violenza e la violenza equivale al sesso, la cui principale rappresentazione è la pornografia.

Ma, indubbiamente, le due autrici più importanti del femminismo anti-pornografico sono l'attivista Andrea Dworkin[30] e l'avvocatessa Catharine MacKinnon[31].

La premessa da cui parte Dworkin, statunitense scrittrice e attivista femminista radicale, è che l'uomo è un essere violento, così come è violenta la sua sessualità, considerato che, nella cultura patriarcale, impara fin da bambino a disumanizzare e a cosificare la donna.

In *Pornography: Men Possessing Women* (1981)[32], opera chiave della sua tesi, Dworkin dice che le inclinazioni sessuali aggressive dell'uomo sarebbero la base dell'imposizione di un potere, percepito come innato nel maschile, che giustificherebbe e pretenderebbe la dominazione e la conseguente sottomissione della donna. E il fenomeno per eccellenza che dimostrerebbe la sua naturale posizione di potere sarebbe il "coito", una forma di possesso in cui l'uomo "conquista" il corpo della donna attraverso la penetrazione. E quindi non esiste alcuna differenza tra il coito reciprocamente accettato e lo stupro. Da questa prospettiva i termini sono sinonimi.

Ma c'è dell'altro: le femministe abolizioniste ritengono che tutte le relazioni sessuali nella cornice di una società patriarcale siano inevitabilmente degradanti per le donne ed equivalgano alla violenza sessuale. E quindi qualsiasi tipo di consenso è solo apparentemente volontario. In tale contesto, la pornografia non solo rappresenta la donna nel ruolo di oggetto di uso sessuale maschile, ma la trasforma proprio in tale oggetto.

Allo stesso modo, Catherine MacKinnon, giurista accademica e attivista del femminismo radicale statunitense, afferma che la pornografia non è espressione o rappresentazione bensì un atto di supremazia maschile e di subordinazione delle donne. E che causa due tipologie di danno: da una parte, nelle donne che partecipano direttamente alle riprese pornografiche e, dall'altra, in tutte le donne come gruppo[33].

In riferimento al primo tipo di danno, MacKinnon menziona le riprese di *Deep Throat* perché, com'è noto, l'attrice del film, Linda Lovelace, che McKinnon rappresentò processualmente, nel 1980 pubblicò *Deep Throat*, un libro in cui parlava di botte e coercizione e svelava di non aver mai ricevuto un solo dollaro dei profitti del film arrivando ad affermare: "*When you see Deep Throat, you are watching me being raped*"[34]. Ma le attrici porno non sono al centro dell'analisi di MacKinnon. L'autrice è più profondamente preoccupata per la seconda tipologia di vittime, quella composta da tutte le donne della società. McKinnon sostiene che il consumo di pornografia da parte degli uomini conduca a un incremento delle aggressioni sessuali ai danni delle donne[35].

Queste posizioni portarono il femminismo abolizionista ad allearsi con il conservatorismo politico e religioso statunitense per cercare di proibire la pornografia: un esempio di ciò sono le ordinanze di Indianapolis e Minneapolis che furono entrambe dichiarate incostituzionali[36].

Più recentemente, Prada (2010) sostiene che la pornografia modelli i comportamenti e le preferenze sessuali fino a costruire la realtà sessuale e lo stesso desiderio sessuale "a partire da" e "perpetuando" i rapporti di potere dell'uomo sulla donna. Afferma infatti che "la pornografia offre come motivo di

30 A. Dworking (1946-2005). Scrittrice e attivista, leader del movimento antipornografia negli Stati Uniti. Laureata in Letteratura, autrice di una lunga lista di saggi, racconti e romanzi. Tra i suoi saggi troviamo: *Pornography. Men Possessing Women* (1981), *Civil Rights: A New Day for Women's Equality* (1988), *Right-Wing Women: The Politics of Domesticated Females* (1991), *In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings* (1997), *Heartbreak: The Political Memoir of a Feminist Militant* (2002).

31 C. Mackinnon è avvocatessa, laureata alla Yale University. Attualmente è docente di Diritto alla Michigan University e visiting professor ad Harvard. Tra i suoi libri: *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), *Only Words* (1993), *Women's Lives, Men's Laws* (2005), *Are Women Human?: And Other International Dialogues* (2006).

32 A. Dworkin, *Pornography: Men Possesing Women*, Putnam, 1981.

33 C. Mackinnon, *Only Words*, Cambridge Harvard University Press, 1993.

34 L. Lovelace, *Ordeal. The truth behind Deep Throat*, Citadel Press, 1980.

35 C. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

eccitazione l'umiliazione femminile, esaltando tale modello come desiderabile e trasformando la disuguaglianza tra uomini e donne in qualcosa di sessualmente eccitante"[37].

In Spagna, anche le teoriche femministe tradizionali come Valcárcel e De Quirós hanno preso posizione contro la pornografia interpretandola come una rappresentazione che degrada la donna. Recentemente, sulla stessa scia, Rosa Cobo, sociologa e teorica femminista abolizionista, sostiene che il nucleo della narrativa pornografica affonda le sue radici nel fatto che i maschi intendono i rapporti sessuali come violenza; le donne, dal canto loro, finiscono per ricevere tale aggressività e per accettarla come facesse parte della loro natura sessuale[38].

Ebbene, per verificare se le tesi abolizioniste abbiano solidità da un punto di vista giuridico, è necessario partire da una ponderazione tra, da una parte, i diritti delle donne, ovverosia la loro dignità, l'integrità fisica e psicologica e il loro diritto all'uguaglianza; e, dall'altra, la libera autodeterminazione sessuale dei consumatori adulti di pornografia, il libero sviluppo della loro personalità dal punto di vista sessuale, e la libertà d'espressione e creazione dei pornografi. Perché la limitazione dei secondi è ammissibile soltanto se si dimostra che il consumo di materiali pornografici genera una decisa e reale probabilità (e non una mera possibilità) di danneggiare le donne. Si tratta, in sintesi, di applicare alla questione della proibizione della pornografia la dottrina giuridica sulla libertà d'espressione del *clear and present danger*, maggioritaria nell'ambito della cultura giuridica anglosassone e che sembra avere sempre più seguaci in quella europea.

L'analisi, portata a termine fino ad ora, degli studi e dei dossier – psicologici e sociologici – dimostra che il consumo della pornografia può avere, al massimo, un effetto catalizzatore sugli uomini in cui era già presente una pregressa tendenza alla violenza. Non è quindi possibile stabilire il nesso casuale che sostengono le femministe abolizioniste tra il consumo di pornografia e l'incremento della violenza sessuale contro la donna[39].

Inoltre, un altro errore in cui incorrono le tesi abolizioniste risiederebbe nel non tenere in conto la fondamentale distinzione tra la fantasia sessuale, la finzione e la realtà; e nemmeno la capacità di discernimento di qualsiasi soggetto adulto, che si tratti di un uomo o di una donna. Ed è proprio l'assenza di tale capacità di discernimento e di distinzione tra la realtà e la finzione a poter giustificare misure restrittive della libera diffusione della pornografia quando i fruitori sono i giovani, al fine di rendere effettivo il mandato costituzionale di tutela della gioventù e dell'infanzia.

2.2. Il femminismo *pro-sex* e il porno femminista

Com'è noto, l'apice della pornografia come cultura di massa, a fine anni Sessanta, andò a coincidere con le lotte di insurrezione politica e di protesta contro i regimi sessuali e di genere affermatisi fino a quel momento. Di fronte alle posizioni abolizioniste provenienti dal femminismo maggioritario, negli Stati Uniti nacque, agli inizi degli anni Ottanta, la corrente del femminismo *pro-sex*, anche chiamata *sex-positive*, *sex radical feminism* o *sexually liberal feminism* che venne fondata come un movimento di lotta a favore di una sessualità libera intesa come elemento essenziale della liberazione delle donne. Dopo la questione delle ordinanze di MacKinnon e Dworkin, tale settore si costituì nel gruppo *Feminist Anticensorship Taskforce* (fact). E se *Women Against Pornography* (wap) si era alleata con le forze conservatrici per cercare di portare avanti le proprie iniziative, fact lo fece con i gruppi di editori, mass media, artisti e difensori dei diritti civili allo scopo di far dichiarare anticostituzionali le ordinanze.

Dalla sua prospettiva, il femminismo anti-pornografia è "etero-normativo" ed "etero-sessista" perché tratta l'eterosessualità come lo standard normativo in relazione al quale viene giudicata l'intera sessualità. Al contrario, le attiviste del femminismo *pro-sex* vedono la pornografia come uno strumento con una grande capacità di trasformare e rafforzare sia le donne sia le identità sessuali minoritarie.

37 N. Prada, *¿Qué decimos las feministas sobre la pornografía? Los orígenes de un debate*, in *La manzana de la discordia*, Vol. 5, gennaio-giugno, 2010, p.14.

38 R. Cobo, *Pornografía. El placer del poder*, Ediciones B, 2020.

39 A. Barak, W.A. Fisher, S. Belfry, D. R. Lashambe, *Sex, Guys, and Cyberspace: Effects of Internet Pornography and Individual Differences on Men's Attitudes Toward Women*, in *Journal of Psychology & Human Sexuality*, luglio, 1999; K. Boyle, *The Pornography Debates: Beyond Cause and Effect*, in *Women's Studies International Forum*, num. 23 (2), 2000, pp. 187–195; *Producing Abuse: Selling the Harms of Pornography", Women's Studies International Forum*, num. 34 (6), 2011. pp. 593–602; A. W. Eaton, *A Sensible Antiporn Feminism*, in *Ethics*, num. 117 (4), 2007, pp. 674–715; D.A. Kingston, N.M. Malamuth, P. Fedoroff, W.L. Marshall, *The importance of individual differences in pornography use: theoretical perspectives and implications for treating sexual offenders*", in *J. Sex Res*, 2009, pp. 216-232; D. Zillmann - J. Bryant, *Pornography's Impact on Sexual Satisfaction, Journal of Applied Social Psicology*, 1988, pp. 438-453.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Dal suo punto di vista, la posizione del movimento anti-pornografia ha voluto contrapporre la questione del piacere delle donne all'analisi esclusiva delle donne come vittime. Come sostiene Vance: "la sessualità è un terreno di restrizione, repressione e rischio, ma al tempo stesso di esplorazione, piacere e azione. Noi riteniamo che questa doppia azione sia importante, poiché parlare soltanto di piacere e gratificazione porta a ignorare la struttura patriarcale in cui agiscono le donne ma al tempo stesso riferirsi unicamente alla violenza sessuale e all'oppressione porta a ignorare l'esperienza delle donne nella loro scelta e attività sessuale e, inconsciamente, incrementa il terrore sessuale e la disperazione in cui vivono"[40].

E, come spiega Lucía Egaña nell'articolo *La pornografía como tecnología del género* (2007):

"Tali tendenze trovano eco nel governo di Reagan degli anni Ottanta, e di fatto confondono lo statuto della pornografia considerandola di per sé come una violazione e non come la conseguenza di un sistema maschilista che, tra le mille altre rappresentazioni, cerca, attraverso la pornografia, di perpetuarsi a livello di rappresentazione. Questa tendenza femminista nega, oltre a rifiutare nettamente la pornografia, che il desiderio femminile possa essere rappresentato. Non si propone mai la possibilità di appropriarsi dei mezzi di rappresentazione, ma semplicemente di censurarli".

Negli anni Settanta, e tuttora, il femminismo *pro-sex* rivendicava il diritto di sperimentare e scoprire, nel porno, le vie proibite alla sessualità femminile e l'importanza di un cambio di paradigma. Gayle Rubin, Carol Vance, Alice Echols e Patrick Califia furono alcune delle sue principali voci[41] alle quali si andarono anche ad aggiungere quelle delle teoriche *queer* come June Fernández, Paul B. Preciado o Judith Butler. In Spagna, dal 1983, il femminismo anticensura è incarnato da autrici come Osborne[42], la quale denuncia "l'appropriazione da parte della Nuova Destra – *The New Right* – di alcune delle proposte e delle iniziative del movimento anti-pornografia cosa che porterebbe l'insieme delle donne a perdere parte della strada che a fatica sono riuscite a conquistare nel corso di tutti questi anni di lotta".

È tuttavia importante tenere in conto che anche il cosiddetto movimento *PornYes* non nega che la pornografia *mainstream* o maggioritaria rappresenti le attività sessuali e i ruoli di genere in maniera sessista e che ignori e svilisca le esperienze e i desideri delle donne. Ma ritiene che tale realtà non giustifichi il rifiuto della pornografia di per sé. Stando alle parole di Rubin: "L'industria del sesso non è certo un'utopia femminista, e riflette il sessismo esistente nell'intera società. Si dovrebbero analizzare e confrontare le manifestazioni delle ineguaglianze di genere specifiche dell'industria del sesso, ma ciò non equivale a spazzare via il sesso commercializzato" (1984)[43].

Secondo la famosa frase dell'attrice porno e attivista Annie Sprinkle "la risposta al porno di cattiva qualità non è vietare il porno, ma fare dei porno migliori" che superino certi stereotipi e pregiudizi associati tanto al porno quanto alla visione stessa tradizionale della sessualità. Pertanto, "la risposta contro la pornografia dominante, etero-patriarcale, fallocentrica e sottoscritta a una concezione binaria dei corpi, è creare il nostro personale porno"[44]. E dunque, queste autrici propongono di costruire una teoria della sessualità non solo dal pericolo e dal senso di colpa, ma anche dal piacere. Quindi, per loro, la liberazione sessuale continua a essere un obiettivo fondamentale del movimento femminista e si rifiutano di considerare la pornografia come la principale causa di violenza ai danni delle donne.

Partendo da tale base, negli ultimi decenni il dibattito relativo alla pornografia è cambiato perché, nonostante l'industria pornografica che propone il modello patriarcale di sessualità sia quella dominante, è vero anche che si sono fatte avanti con forza proposte pornografiche che la combattono e che offrono modelli alternativi alla voce di "porno femminista" o "post-porno".

Il precedente per entrambe le proposte risale al 1984 quando Candida Royalle fondò *Femme Productions*, la prima produttrice cinematografica che provava a creare pornografia dal punto di vista "femmi-

40 C.S. Vance, Conference: "Towards a Politics of Sexualitys", H. Alderfer, B. Jaker, M. Nelson (eds.): *Diary of a Conference on sexuality, GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies,* 1982, p. 38, citato da R. Osborne, *Debates actuales en torno a la pornografía y a la prostitución*, in *Heresies, Revista de Sociología*, num. 12, 1981, p. 99.

41 V. Burstyn, *Women Against Censorship* y *Pornography Notebook,* Douglas & McIntyre, 1985, citato da R. OSBORNE in: *Debates actuales en torno a la pornografía y a la prostitución*, *cit*., p. 101.

42 Alcune delle opere più significative di R. Osborne sono: "La pornografía como «delito sin víctima» y la crítica feminista", *Sistema*, num. 57, novembre, 1983, pp. 97-106; *El discurso de la diferencia: implicaciones y problemas para el análisis feminista*, in *Desde el feminismo*, num. zero, dicembre 1983, pp. 30-43; e il suo libro *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad*, LaSal, 1989.

43 G. Rubin, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality* in *Pleasure & Danger: Exploring Female Sexuality* (Carole S. Vance, editor), Routledge&Kegan Paul, 1984.

44 M. Salanova, *Orígenes de la iconografía BDSM en la estética postporno*, Tesi conclusiva di 3.1. Master, Università Politecnica di Valencia, 2015, p. 215.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

nile", concentrandosi sul piacere della donna e curando la qualità del copione e della produzione[45]. È la nascita del cosiddetto "porno per donne" il cui obiettivo era da una parte renderne visibile il desiderio sessuale e, dall'altra, riconoscere loro uno spazio come consumatrici di pornografia.

A suddetto genere appartiene la cineasta svedese Erika Lust che, a capo della casa di produzione *Lust Films*, difende e produce una pornografia che offre un discorso basato sulla non violenza e l'uguaglianza, dove la donna riveste anche il ruolo di consumatrice attiva. Secondo Lust: "La pornografia, come qualsiasi espressione artistica e culturale, ha un discorso. Nel caso della pornografia tale discorso è suscettibile di essere affrontato da un'ottica femminista. Se noi donne non prendiamo parte al discorso pornografico in qualità di creatrici, il porno non farà altro che esprimere ciò che pensano gli uomini del sesso. Dobbiamo partecipare per spiegare come siamo, com'è la nostra sessualità e come viviamo l'esperienza del sesso. Se lasciamo che a farlo siano soltanto gli uomini, continueremo a essere rappresentate, nel porno, secondo la fantasia maschile: puttane, lolite, ninfomani etc. È necessario prendere parte al porno per generare uno spazio in cui siano rappresentate tutte le sessualità e le identità di genere"[46].

In sintesi, a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo iniziano a farsi strada nuove proposte che si svincolano completamente dai canoni convenzionali dell'industria pornografica. Ed è con il cambiamento del secolo che queste nuove voci promuovono la loro identificazione con il femminismo, catalogando le proprie produzioni sotto l'etichetta di "porno femminista". Secondo la concettualizzazione teorica di autrici come Taormino, Penley, Shimizu e Miller-Young nel libro *The Feminist Porn Book: The Politics of Producing Pleasure* una pratica pornografica femminista è quella che "usa immagini sessualmente esplicite per sfidare e complicare le rappresentazioni dominanti di genere, sessualità, origine etnica, classe, capacità, età, tipo di corpo e altri indicatori dell'identità. Si tratta di una pornografia che offre una reale pluralità di sessualità che si traduce nel mostrare varietà di corpi, desideri, pratiche e identità sessuali al di là di quelli definiti dall'eteronormatività, l'omonormatività, i canoni estetici e i ruoli sessuali generalizzati"[47].

Questo genere crea immagini alternative e sviluppa estetiche e iconografie proprie, inserendo elementi dei generi che l'hanno preceduto – porno per donne, per coppie o porno lesbico – e aprendosi alla possibilità di continuare a pensare e a riformulare i contenuti pornografici a partire dalla creazione artistica e sperimentale. Il porno femminista è interessato a: sfidare gli stereotipi sul modo in cui si produce e si consuma la pornografia e sugli stessi creatori/consumatori; prendere il controllo della produzione pornografica; fare e promuovere pornografia centrata sul piacere delle donne; demistificare e destigmatizzare la pornografia per le consumatrici e, infine, promuovere la positività sessuale enfatizzando gli usi educativi della pornografia. Inoltre, non concordando con l'ideale di bellezza rappresentato nella pornografia egemonica, quella femminista mostra corpi di donne non stereotipati e di tutte le età, che non sono solo rappresentati ma anche erotizzati. E le sue produzioni garantiscono anche condizioni di lavoro dignitose per tutte le lavoratrici, allo scopo di creare un ambiente di lavoro giusto, sicuro, etico e pienamente consenziente.

3. La teoria queer e il post-porno: i corpi politici e militanti

Strettamente connesso al movimento *queer* e alla teoria filosofica su cui si basa, il post-porno è un genere artistico con un'importantissima dimensione politica. Nasce in seno alle lotte del movimento *queer* e transfemminista e propone una rilettura (artistica) della pornografia *mainstream* a partire dalle dissidenze sessuali.

Com'è noto, la teoria *queer* affonda le sue radici nella filosofia post-strutturalista francese di Foucault e Derrida e proviene dal suo successivo adattamento al contesto statunitense avvenuto per mano di autrici quali Judith Butler e dalla sua revisione del concetto di "performatività"[48]. La filosofa mette

45 T. Taormino *et al.*, *The Feminist Porn Book: The Politics of Producing Pleasure*, The Feminist Press at The City University of New York, 2013.

46 E. Lust, *Porno para mujeres*, Melusina, 2008, p. 49.

47 M. Llopis, *El postporno era eso*, Melusina, 2010, p.10.

48 L'espressione "teoria *queer*" fu coniata da Teresa de Laurentis in un articolo pubblicato nell'estate del 1991 sulla rivista *Differences*. Tale articolo si intitolava *Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities* e l'autrice sosteneva la tesi secondo cui gli studi gay e lesbici debbano essere oggetto di una riflessione critica al fine di affrontare le differenze esistenti in seno alla comunità gay e femminista. Per approfondire la teoria *queer*, si veda C. Ortega Cruz, *Aportaciones del pensamiento queer a una teoría de la transformación social*, in *Cuadernos del Ateneo*, num. 26, 2009, pp. 42-56.

in discussione l'essenza delle categorie identitarie come effetto prodotto culturalmente, sia a livello politico che teorico. E la sua tesi principale si basa sul considerare il genere e l'identità in termini di performatività. Propone la definizione di genere come *performance*[49].

In *Gender trouble. Feminism and the Subversion of identity* Butler prende da Foucalt l'idea che non esistano un sesso biologico e un genere costruito, ma che l'unica cosa esistente siano corpi costruiti culturalmente e che non ci sia la possibilità di un sesso "naturale" perché gli avvicinamenti sessuali sono sempre mediati dalla cultura e dalla lingua. Con questo Butler fa saltare in aria il sistema sesso/genere. Il genere, quindi, non è che una ripetizione ritualizzata di convenzioni e tale rituale viene imposto socialmente grazie all'eterosessualità precettiva ed egemonica[50].

È dal tentativo di rompere con l'idea binaria di genere che nascono le nuove identità – chiamate *queer* – che mettono in discussione la legge eteronormativa della sessualità. Da tale corrente nasce il *Manifiesto Contrasexual* di Preciado come posizione ideologica dirompente che ritiene lo stesso sesso biologico la tecnologia di dominazione principale che limita le possibilità offerte dalle soggettività di genere:

"Gli organi sessuali non sono un preciso luogo biologico né una pulsione naturale. Sono una tecnologia di dominio eterosociale che riduce il corpo vivente a delle zone erogene in funzione di una ripartizione asimmetrica del potere secondo i generi (femminile/maschile), in modo che certi stati affettivi, certi organi e certe sensazioni coincidano con determinate reazioni anatomiche"[51].

A grandi linee, il pensiero *queer* sostiene che si debbano snaturare il genere, l'identità e persino il sesso perché tutte le identità sociali sono ugualmente anomale e, inoltre, rifiuta la classificazione degli individui in categorie universali quali quelle di "uomo" o "donna", "omosessuale", "eterosessuale", perché nascondono un enorme numero di variazioni culturali, nessuna delle quali è più importante o naturale delle altre[52]. E, di conseguenza, considera che si possono adottare strategicamente diverse identità che vanno concepite come mutevoli, in continua costruzione, e prive di prescrizioni. In sintesi, il movimento *queer* rifiuta la normalizzazione e qualsiasi nozione identitaria che si articoli in termini essenzialisti e, per i suoi componenti, non esistono differenze binarie di genere o sesso, bensì una miriade di differenze.

Si ritiene che il termine post-pornografia sia stato coniato dal fotografo Wink van Kempen negli anni Ottanta e che, con questa espressione, si riferisse alle creazioni sessualmente esplicite con un obiettivo non masturbatorio, bensì parodico e critico[53]. Il termine fu raccolto e reso popolare nel 1989 dalla precedentemente citata attrice dell'industria pornografica *mainstream* Annie Sprinkle[54]. Quest'ultima usò il suo corpo come strumento per educare il grande pubblico su questioni quali l'eiaculazione femminile, i ruoli sessuali, il potere del piacere e il potere dell'atto sessuale.

Nella sua opera *Anatomy of a Pin-up* (1991), Sprinkle raccoglie tutti gli elementi stereotipati che rappresentano la donna all'interno della pornografia egemonica, tipo corsetti attillati, reggicalze, lunghi stivali di pelle con tacchi a spillo e così via, e li fa seguire da ironici commenti sull'irrealtà di adattarsi a un modello che a malapena le permetterebbe di muoversi e respirare. Ma indubbiamente, la sua *performance* più rilevante è *Public Cervix Announcement* (1989-1995) in cui invitava gli spettatori a guardare all'interno della sua vagina tramite uno speculum e una torcia allo scopo di parodiare i miti e l'oscurantismo che hanno circondato i genitali femminili[55]. Nel 1991, Sprinkle pubblicò *Post Porn Modernist*[56] in cui presentava la sua evoluzione autobiografica attraverso *performance* multimediali che giocavano con l'immaginario pornografico, prendendo in giro gli stereotipi e la stessa estetica pornografica tradizio-

49 J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990.

50 Si può vedere un'analisi dell'opera di Butler in F. Nazareno Saxe, *La noción de performatividad en el pensamiento de Judith Butler: queerness, precariedad y sus proyecciones*, in *Estudios Avanzados*, num. 24, Università di Santiago del Cile, 2015, pp. 1-15. E in S. Lòpez, *Los cuerpos que importan en Judith Butler*, Paidos, 2019.

51 B. Preciado, *Manifiesto Contrasexual*, Editorial Anagrama, 2011, p. 17.

52 C. Herrera, El futuro es queer, in *Pikara Magazine*, 2011.

53 M. Llopis, *El postporno era eso*, op. cit., p. 22.

54 Annie M. Sprinkle (1954) è una riconosciuta sessuologa, educatrice sessuale, lavoratrice sessuale, spogliarellista femminista, attrice pornografica, presentatrice televisiva, editrice di rivista porno, scrittrice, produttrice di film pornografici, femminista statunitense. Si è diplomata in fotografia alla School of Visual Arts nel 1986 e, nel 1992, ha ottenuto un dottorato in Sessualità Umana presso l'Institute for Advanced Study of Human Sexuality di San Francisco. Attualmente, Sprinkle lavora come artista performer, artista visiva, cineasta, autrice ed educatrice sessuale.

55 Per uno studio dettagliato, si veda M.E. Romero Baamonde, *Escena postporno. Desbordes disciplinarios en las prácticas artísticas postpornográficas*, in *Revista de Estudios Hispánicos*, Vol. 7, num. 2, 2019, pp. 399-423.

56 A. Sprinkle, *Pos Porn Modernist*, Art Unlimited, Jackson Street Booksellers, 1991.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

nale. In questo modo, cercava di mostrare come la pornografia potesse svolgere un ruolo fondamentale nella riconfigurazione del sesso e della sessualità.

In precedenza, nel 1968, l'artista e femminista austriaca Valie Export[57] aveva realizzato la sua importante *performance*, *Action Pants: Genital Panic* (1969), in cui era entrata in un cinema a luci rosse di Monaco, interrompendo la proiezione, con indosso un paio di jeans tagliati all'altezza del pube e imbracciando una mitragliatrice, e aveva messo in mostra i genitali lasciandoli a disposizione degli spettatori. Nel 2005 Marina Abramović[58] avrebbe poi rivisitato tale *performance*, in *Seven Easy Pieces*, dotandola della raffinatezza e notorietà offerte dallo spazio del Guggenheim Museum di New York.

La "performatività" difesa da Butler si plasma sulle pratiche artistiche dell'arte contemporanea, in generale, e dell'arte post-pornografica, in particolare[59]. Considerando il corpo come punto centrale della teoria e della pratica della *performance*, artiste come la già citata Marina Abramović, ma anche Regina Fiz, Diana J. Torres, Valerie Solanas, Angélica Lidell o Catherine Opie mettono in discussione le categorie sessuali e di genere attraverso il proprio corpo. La persona che esegue la *performance* deve essere ritenuta separata dall'attrice/attore che è, fintanto che parla, recita e si muove a proprio nome, anziché incarnare un personaggio. Mette in scena il proprio "io", mentre l'attrice/attore impersona un ruolo "altro".

Prendendo loro come riferimento, le e gli attivisti della dissidenza sessuale adottano, soprattutto a partire dagli anni Novanta, nuove strategie politiche e usano, come strumento principale, la propria corporeità e i propri desideri per criticare gli effetti normalizzanti e disciplinari dell'ordine sessuale eteronormativo. In tal modo si apre uno spazio critico che concepisce la pornografia a partire da una dimensione politica che ha la capacità performativa di produrre corpi, piaceri e soggettività e che si rivela come uno spazio di lotta all'interno del femminismo *pro-sex*, del transfemminismo e del movimento queer.

Negli scritti di Paul B. Preciado, Itziar Ziga, Virginie Despentes e María Llopis si evoca l'insurrezione dei corpi, la costruzione di forme alternative di piacere, la ri-appropriazione delle tecnologie di produzione della sessualità, la sperimentazione corporea, e si propone un modo alternativo di costruzione del desiderio e del piacere[60].

La critica d'arte e curatrice indipendente Marisol Salanova offre la seguente definizione: "il post-porno è un movimento artistico che si propone di generare un diverso tipo di pornografia, ovverosia con un immaginario in cui possano rientrare sessualità periferiche e dissidenti che l'eteronormatività e il porno classico marginalizzano"[61]. Pertanto, la post-pornografia prevede un radicale rovesciamento del soggetto del piacere: ora sono le donne e le minoranze a riappropriarsi del dispositivo pornografico e a rivendicare altre rappresentazioni e altri piaceri.

Dal canto suo, l'artista e attivista María Llopis ritiene che la post-pornografia sia la rappresentazione di tutte le lotte *queer* e post-femministe, che cerchi una riappropriazione sovversiva del discorso pornografico commerciale da parte dei soggetti dissidenti rispetto ai modelli egemonici di sesso-genere

57 V. Export (1940) è un'artista femminista austriaca. Il suo lavoro comprende installazioni video, performance, cinema espanso, computer animation, fotografia, scultura e pubblicazioni d'arte contemporanea. Come artista è una pioniera nell'analisi delle politiche di genere. Nelle sue creazioni vengono trattati temi quali l'identità, il sesso e il corpo come modalità espressiva e come linguaggio.

58 M. Abramović (1946) è un'artista serba che si occupa di *performance* e la cui carriera è cominciata agli inizi degli anni Settanta. Attiva per oltre quattro decenni, ha descritto sé stessa come la "madrina dell'arte della *performance*". Il lavoro di Abramović esplora il rapporto tra l'artista e il pubblico, i limiti del corpo e le possibilità della mente.

59 J. Butler esplora il rapporto tra corpo e discorso e l'idea di *performance* e ripetizione, cosa che lei definisce come performatività, ovverosia "l'azione reiterata di materializzazione dei corpi sessuati". Butler sottolinea che la presentazione del genere tramite comportamenti regolati, così come le citazioni e le ripetizioni, mostra corpi che non costituiscono la frontiera naturale e culturale, come invece sostiene il discorso normativo, ma che è attraverso la performatività di genere che si produce la differenza sessuale. J. Butler e E. Weed, *The Question of Gender. Joan W. Scott's Critical Feminism*, Bloomington (IN), Indiana University Press, 2011.

60 Il libro della scrittrice e cineasta francese V. Despentes, *Teoría King Kong*, Random House, 2007 pp. 44-45 (traduzione italiana *King Kong Theory*, Fandango, Roma, 2020) è un riferimento per il movimento post-porno. Al suo interno afferma che: "Nella morale giudeo-cristiana è meglio esser prese con la forza che essere prese per cagne, ce l'hanno ripetuto fino alla nausea. C'è una predisposizione femminile al masochismo, e non proviene dai nostri ormoni, né dal tempo delle caverne, ma da un sistema culturale preciso; questa predisposizione ha implicazioni che intralciano l'esercizio delle nostre indipendenze. Voluttuosa ed eccitante, è al tempo stesso invalidante: essere attratte da quello che distrugge continua ad allontanarci dal potere."

61 M. Salanova, *Orígenes de la iconografía BDSM en la estética postporno*, tesi di Master, Università Politecnica di Valencia, 2015, p. 51.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

(basati sulla pura genitalità e sul coito) che prendono la parola, la videocamera o la scena per mostrare pratiche e desideri che non erano mai stati mostrati.

E Paul B. Preciado definisce il post-porno come "l'effetto del diventare soggetto di quei corpi e soggettività che finora avevano solo potuto essere oggetti abbietti della rappresentazione pornografica: le donne, le minoranze sessuali, i corpi non-bianchi o disabili, i transessuali, gli intersessuali e i transgender. Nel post-porno, quelle persone ignorate dal porno egemonico o usate per rappresentare fantasie altrui, spesso anche in modo denigrante, prendono le redini e si filmano o agiscono esprimendo la propria sessualità, diventando protagoniste con un copione stabilito da loro stesse"[62].

Pertanto, l'espressione post-pornografica si avvale di strumenti quali la *performance* – o azione artistica –, il video, la fotografia, la scrittura e il disegno per perforare, attraverso una schietta esibizione della sessualità, gli immaginari sessuali egemonici e le costruzioni binarie di genere e sesso, dando visibilità allo scambio di ruoli, all'erotizzazione delle diverse parti del corpo e a identità e pratiche escluse dai convenzionali e industriali flussi del desiderio. E così, la post-pornografia sconvolge ciò che è tradizionalmente considerato bello, desiderabile e/o accettabile in un contesto sessuale, proprio come fece a suo tempo il post-modernismo in ambito artistico[63]. E, inoltre, trasgredisce normatività corporee, estetiche e di genere.

Citando nuovamente Preciado, "il post-porno non è un'estetica, bensì l'insieme di produzioni sperimentali derivanti dai movimenti di empowerment politico-visivo delle minoranze sessuali: i paria del sistema farmacopornografico (i corpi che lavorano nell'industria sessuale, puttane, e attori e attrici porno, le donne dissidenti del sistema eterosessuale, i corpi transgender, le lesbiche, i corpi con diversità funzionale o psichica…) rivendicano l'uso dei dispositivi audiovisivi per la produzione della sessualità"[64]. La tesi di Preciado va oltre quella di Butler, perché non propone solo di eliminare il senso normativo, gerarchico e disciplinare dei generi socialmente costruiti, ma anche di decostruire la materialità dei corpi sessuati. Corpi resi uguali da un organo, l'ano, centro universale di uguaglianza e scambio, che supera la subordinazione e la dominazione implicite negli organi eterosessuali: vagina e pene.

La ricerca del piacere, il controllo e il possesso del proprio corpo, insieme all'obbligo di riaffermare la propria identità individuale, divengono un'arma contro un sistema che utilizza il sesso come strumento di dominio e alienazione. Un'arma che si canalizza e si esprime attraverso l'arte e che considera i corpi come "corpi politici", corpi con un fine, quello di demistificare le "questioni morali fortemente radicate nelle mentalità della società (come la sottomissione sessuale femminile, il mito della verginità o della masturbazione)"[65].

Il post-porno riesce a stravolgere i tradizionali rapporti di potere e a utilizzare la pornografia come un necessario campo di battaglia per rendere visibili determinate identità e sessualità, e come un'opzione politica per lottare contro le egemonie esistenti. Ed è, pertanto, "la branca del femminismo *pro-sex* applicata alla rappresentazione visiva delle sessualità non-normative"[66].

Potremmo indicare le seguenti caratteristiche della post-pornografia attuale: le sue creazioni sono a basso budget; possono essere girate "all'aperto" e svolgersi in spazi pubblici; scartano il classico primo piano della penetrazione vaginale o anale, e le penetrazioni che vengono mostrate sono prevalentemente portate a termine dalle donne sugli uomini; si presentano "altri" corpi: tatuati, corpi considerati obesi, corpi non belli da un punto di vista occidentale; e si procede con la ripresa a mano.

Tra le/gli attivisti post-porno che lavorano in Spagna menzionerei, in primo luogo, Diana J. Torres conosciuta come "Diana pornoterrorista". Come lei stessa spiega nel suo libro *Pornoterrorismo*[67] nelle sue azioni esplora pratiche solitamente considerate marginali, utilizzandole come strumenti politici per

62 In Spagna, il post-porno si è rafforzato a xxi secolo già iniziato, e uno dei momenti fondamentali fu, nel 2008, il congresso *Feminismo Porno Punk*, guidato dal teorico *queer* P. B. Preciado (precedentemente noto come Beatriz Preciado) il cui *Manifiesto contrasexual*, pubblicato in Spagna nel 2000 è stato un testo chiave per gli studi sulla post-pornografia, il transgender e il queer, e per il quale la post-pornografia è una proposta politica di dissidenza sessuale. A tale congresso presero parte le più importanti figure a livello internazionale – come il fotografo *trans* Del Lagrace Volcano, la cineasta Tristan Taormino o la stessa Sprinkle – e artisti e attivisti nazionali – come le *Post Op*, Diana Pornoterrorista o María Llopis e Águeda Bañón con il suo progetto *Girls who like porno* –.

63 L. Engaña Rojas, *Atrincheradas en la carne. Lecturas en torno a las prácticas postpornográficas,* Edicions Ballaterra, 2017, p. 364.

64 B. Preciado, *Manifiesto Contrasexual,* op.cit., p. 37.

65 M. Ferré Baldrich, *El maig de les dones. El moviment feminista a Catalunya durant la Transició,* Universitat Rovira i Virgili & Arola Editors, 2018, p. 158.

66 E. Moreno Hernández - M. Domènech Ibáñez, *Cuerpos lesbianos en (la) red. De la representación de la sexualidad lesbiana a la postpornografía*, Università Politecnica di Valencia, 2010.

67 D.J. Torres, *Pornoterrorismo*, Editorial Txalaparta, 2010.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

rivendicare una sessualità libera da pregiudizi. Nelle sue *performance*, sono abituali pratiche quali lo *squirting*, l'eiaculazione femminile, che lei considera un atto politico che spezza l'immagine del sesso discreto, silenzioso e che non lascia tracce che si è imposta quando si parla del sesso della donna.

Un altro collettivo di artiste e attiviste post-pornografiche è *Post Op* che indaga sul genere e sulla post-pornografia lottando per la ri-sessualizzazione dello spazio e della sfera pubblica. Il nome proviene dal termine con cui l'istituzione medica indica le persone transessuali dopo l'intervento di riassegnazione del sesso, e come critica a questo. Tali attiviste ritengono che tutti noi siamo modellati dalle tecnologie sociali che ci definiscono in quanto a genere, classe sociale e razza. Insieme a Diana Pornoterrorista hanno preso parte al documentario, del 2015, di Antonio Centero e Raúl de la Morena intitolato *Yes, we fuck* sulla diversità funzionale e la sessualità.

E infine, pur senza stabilire un decalogo esaustivo, cito, a seguire, alcune espressioni corporee e sessuali tipiche del post-porno:

In primo luogo, vale la pena menzionare i "corpi drag" che Judith Butler considera un chiaro esempio dei meccanismi di produzione dell'identità di genere come unità fittizia perché, per lei, il corpo è una continua e incessante materializzazione di possibilità. Lo spettacolo drag, in cui una persona porta a termine comportamenti e mette in scena azioni culturalmente associate a un determinato genere, è una *performance* in cui si evidenzia la teoria della performatività di Butler. Attraverso l'imitazione e la messinscena, il drag mette in discussione l'idea essenzialista del femminile e del maschile mostrando in tal modo il carattere performativo del genere: se uno dei generi può ripetere e imitare le azioni dell'altro, allora è evidente il carattere costruito dei ruoli e delle identità di genere. Pertanto, secondo Butler, tale *performance* è una parodia del genere che ha la potenzialità sovversiva di snaturare e destabilizzare la struttura del genere dominante e il binarismo.

Alcuni dei più noti precursori delle drag queens o drag king sono: l'artista statunitense Vito Acconci con la sua opera *Conversions* (1971), in cui l'artista presenta una serie di fotografie del suo corpo nudo in cui nasconde il pene tra le gambe in modo da far sembrare che abbia la vagina; o l'artista andaluso José Pérez Ocaña, travestito anarchico e attivista lgbti+ che divenne un'icona di resistenza alla dittatura franchista durante l'epoca della transizione spagnola. Ocaña è stato uno degli iniziatori dell'attivismo *queer*. Nelle sue opere si travestiva servendosi di abiti e trucchi e metteva in scena atteggiamenti e gesti culturalmente considerati come femminili.

In secondo luogo, meritano una menzione speciale anche le pratiche sadomasochiste. Le femministe *pro-sex* degli anni Ottanta difesero le pratiche bdsm come espressione di una sessualità femminile profondamente radicale che sovverte non solo la costruzione sociale dei generi ma anche i modi di intendere una relazione sessuale. È a partire da questo sguardo che il bdsm entra nella post-pornografia come espressione di pratiche contro-sessuali possibili fuori dalla norma. La fluidità e la flessibilità con cui i partecipanti al gioco si scambiano il potere è la chiave del suo essere minaccioso per l'ordine prestabilito. Nelle pratiche bdsm l'intero corpo diviene una zona erogena escludendo quanto di genitale e quanto di esclusivamente sessuale. Un esempio potrebbe essere il film *The Black Glove* (1997) della regista Maria Beatty dove, a differenza dei primi piani tipici del porno, si ricorre a un ampliamento dell'inquadratura al fine di mostrare la messinscena del gioco sessuale sadomasochista. E un altro è l'adattamento cinematografico del romanzo *Baise-moi* di Virgine Despentes, del 2000, che contiene sesso esplicito e scene di violenze e che, in tal modo, va a smontare il concetto di femminilità associata a debolezza e a sottomissione.

Concludendo, i cosiddetti porno femminista e post-pornografia sono generi che elaborano un discorso estetico che riscatta la dimensione artistica possibile nella pornografia e la sua dimensione politica attraverso la rappresentazione di altri corpi, altri desideri e altre forme di piacere. A differenza del porno *mainstream*, il carattere sovversivo di questi è tanto evidente quanto la loro dimensione artistica, due valori essenziali tradizionalmente legati al discorso sessualmente esplicito. Ciò risulta particolarmente rilevante dalla prospettiva giuridico-costituzionale perché, oltre a riunire nelle loro creazioni elementi indiscutibilmente artistici, il porno femminista e il post-porno hanno un chiaro obiettivo politico: mettere in discussione le visioni egemoniche della sessualità e dell'espressione sessuale e rivendicare il ruolo delle minoranze in tale ambito. Tutto questo riporta il discorso sessuale al luogo da cui non sarebbe mai dovuto uscire, ovverosia all'ambito della libertà di espressione artistica dei suoi creatori.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

*Giuseppe Maria Palmieri**

La politica criminale in materia di "violenza di genere": le mimose del legislatore

Sommario

1. La politica criminale a tutela delle donne: le mimose del legislatore? – 2. Precetti indeterminati e continui "giri di vite". L'evoluzione di una disciplina ineffettiva. – 3. La l. n. 69 del 2019. Il "codice rosso" e i dubbi sulla indispensabilità della nuova fattispecie di "*revenge porn*". – 3.1 Alcune altre novità introdotte dalla riforma del 2019. Inconsapevolezza o mancanza di volontà? – 4. Il problema è socio-culturale. Ipotesi applicative di vittimizzazione secondaria e stigmatizzazione della condotta di vita della donna: il ritorno all'attenuante per causa d'onore. – 5. Fluidità del concetto di "genere" e necessaria amoralità del diritto penale. Per una efficace tutela di tutte le persone.

Abstract

La politica criminale in materia di violenza di genere presenta le note caratteristiche della legislazione penale simbolica dell'emergenza. Il lavoro passa in rassegna l'evoluzione della disciplina del settore, ponendo in evidenza le caratteristiche comuni che accompagnano i molteplici interventi normativi che si sono susseguiti nel tempo. Le più note criticità sono connesse con le esigenze di determinatezza, offensività, ragionevolezza e funzione della pena in termini di prevenzione positiva. Inoltre, gli interventi penali in materia, sovente, contengono la clausola di invarianza finanziaria, che preclude qualsivoglia azione che imponga gravami economici per la finanza pubblica. Pur in presenza di un poderoso arsenale sanzionatorio, apparentemente rivolto alla tutela delle donne, i dati statistici relativi alla ricorrenza sociale del fenomeno non diminuiscono, e le motivazioni di alcune recenti decisioni giurisprudenziali ripropongono surrettiziamente arcaici, e si sperava superati, istituti improntati ad una cultura maschilista e paternalistica. Alla luce della ineffettività della disciplina ci si interroga, anche, sulla adeguatezza del concetto di "genere" a rappresentare un determinato oggetto di tutela penale, per via della fluidità della relativa definizione. Il problema della discriminazione è socio-culturale. Nell'ottica di un ampio intervento che coinvolga i differenti settori dell'esperienza sociale, politica e del diritto, lo strumento penale dovrebbe essere utilizzato in maniera sussidiaria, osservante dei fondamentali valori sanciti in Costituzione, e rivolto, in maniera eguale ed effettiva, alla tutela di tutte le persone.

The criminal policy on gender-based violence presents the well-known characteristics of the symbolic law of the emergency. The work reviews the evolution of the discipline of the sector, highlighting the characteristics of the community that accompany it and the multiple regulatory interventions that have followed over time. The best known critical issues are connected with the need for determination, offensiveness, reasonableness and function of the sanctions in terms of positive prevention. Furthermore, the criminal interventions on the matter often contain the financial invariance clause, which precludes any action that imposes economic taxes on public accounts. However, in the presence of a powerful sanctioning arsenal, apparently committed to the protection of women, and the statistical data relating to the non-decreasing social well-being of the phenomenon, and the motivation of some recent jurisprudential decisions are surreptitiously archaic, and if foreseeable outdated, consolidated imprints of a male-dominated and paternalistic culture. In the light of the ineffectiveness of the discipline, questions have also

* Ricercatore di diritto penale Università di Napoli, Federico II.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

been raised about the adequacy of the concept of "gender" to represent a certain object of criminal protection, due to the fluidity of the relative definition. The problem of discrimination is socio-cultural. In the light of a broad intervention involving different sets of social, political and juridical experiences, the penal instrument will be used in a subsidiary manner, in observance of the fundamental values enshrined in the Constitution, and addressed, in an equal and effective manner, to all the protection of all people.

1. La politica criminale a tutela delle donne: le mimose del legislatore?

Il tema della violenza di genere ha ad oggetto un diffuso fenomeno di discriminazione, perpetrato dagli esponenti di una subcultura maschilista[1], nei confronti di persone che, per via di arcaici pregiudizi paternalistici, vengono identificate come appartenenti ad un "genere" più debole, e può presentarsi sotto molteplici forme[2].

In presenza di continui sviluppi del settore, di natura sociale, legislativa, interpretativa, l'argomento risulta costantemente attuale, ed il giurista penalista è tenuto sempre desto.

L'impostazione culturale di discriminazione nei confronti della donna trova espressione in un consolidato orientamento politico-legislativo che informa il nostro sistema penale non da oggi, e che è stato oggetto di una, se non altro apparente, evoluzione.

Fino a pochi lustri fa era diffusa l'interpretazione dell'art. 51 c.p. – esercizio del diritto – in un'ottica di riconoscimento della scriminante dello *ius corrigendi* a favore del marito che realizzava percosse o lesioni nei confronti della moglie; fino al 1981, era presente all'interno del nostro ordinamento l'art. 544 c.p., in applicazione del quale, il cosiddetto matrimonio riparatore operava come causa di estinzione del reato, con riferimento ai delitti contro la libertà sessuale e alla corruzione di minorenni;

fino alla stessa data, vigeva l'art. 587 c.p., che prevedeva un'ipotesi attenuante (cosiddetta per causa d'onore) relativa ai delitti di omicidio e lesioni perpetrati nei confronti di coniuge, figlia, sorella, qualora il fatto fosse realizzato "nell'atto in cui l'autore ne scopra la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa arrecata all'onore suo o della famiglia". Tali sentimenti riaffiorano nel noto triste, recente, caso di cronaca in cui il padre della ragazza di nome Saman, nel confessare l'omicidio della figlia, dichiara di averla uccisa "perché non poteva far sporcare l'onore della loro famiglia".

Fino al 1996, il reato di violenza carnale era inserito tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, e soltanto successivamente trasposto tra i delitti contro la persona.

Nel 1968, la Corte costituzionale ha dovuto dichiarare la illegittimità della norma *ex* art. 559 c.p., che prevedeva la punibilità dell'adulterio, ma soltanto se commesso da parte della moglie[3].

A fronte di questo quadro normativo, si è assistito ad un mutamento di tendenza che, tuttavia, rischia di rivelarsi soltanto apparente.

Nonostante una fervida produzione legislativa nel settore, già soltanto da alcuni recenti dati, emerge un approccio culturale caratterizzato da proclamati interessi di tutela delle donne, ma da risultati non coerenti con le aspettative[4].

In Italia, ad esempio, il sistema elettorale, con riferimento alle cosiddette quote rosa, prevede, per la presentazione delle liste dei partiti, una percentuale minima di persone di sesso femminile decisa dalla

1 Per tutti, V. Beechey, *On patriarchy*, in *Feminist rev.*, 3, 1979, p. 66 ss.; G. Lerner, *The creation of patriarchy. Women and history*, V, 1986; A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, a cura di V. Gerratana, Torino 1975.

2 Al riguardo, v., *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, Istanbul 2011, (ratificata in Italia con l. n. 77/2013), in *Gazz. Uff.*, n. 153 del 2.7.2013, che, all'art. 3 prevede che «con l'espressione "violenza nei confronti delle donne basate sul genere" si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere, che provocano o sono suscettibili di provocare, danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica, economica, (…) o che colpisca le donne in modo sproporzionato» per una efficace sintesi del testo della Convenzione, v. A. Di Stefano, *La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012, p. 1 ss.

3 Corte costituzionale, sentenza 19 dicembre 1968, n. 126 in *Gazz. uff.*, n. 328 del 1968, e sentenza del 3 dicembre 1969, n. 147, in *Gazz. uff.*, n. 311 del 1969.

4 F. Filice, *Femminicidi di Bologna e Genova: perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, in *Quest. giust.*, 15.04.2019, p. 1 ss., 2, evidenzia come «in assenza di importanti correttivi in termini di *pari opportunità*, le donne, mantenendo il primato nell'adempimento dei compiti legata alla gestione domestica e alla cura dei figli, continueranno ad avere minori possibilità di carriera dei colleghi maschi».

legge[5], ed un'altra ulteriore, volontaria, decisa dai partiti; eppure, all'esito delle ultime elezioni politiche (2022) si è formato un parlamento in cui non è mai stata numericamente inferiore la presenza di persone di sesso femminile. Un sistema che formalmente presenta strumenti di garanzia e uguaglianza, ma che agevolmente riesce ad essere eluso mediante le scelte operate da chi predispone concretamente l'ordine e la collocazione dei candidati all'interno delle liste[6].

Anche la politica criminale del settore non è esente da criticità; in maniera oramai costante, infatti, si caratterizza per interventi di natura emergenziale[7] che, sovente, assumono un ruolo meramente propagandistico e di facciata[8].

Nonostante il noto arsenale sanzionatorio disposto dalla disciplina penalistica del settore, è recente la notizia secondo cui, più di un terzo degli omicidi volontari commessi tra il 2019 e il 2021 è stato perpetrato nei confronti di persone di sesso femminile; circa centoquindici omicidi volontari su duecentosettanta, sono stati realizzati nei confronti di donne, quasi tutte vittime di violenza cosiddetta domestica[9].

L'impostazione politico-legislativa, apparentemente rivolta a uguaglianza e parità, risulta, piuttosto, caratterizzata da interventi che appaiono non del tutto consapevoli, oppure non del tutto interessati[10], in ordine alle modalità mediante cui perseguire le prefissate finalità.

Si assiste, infatti, alla elaborazione di norme penali che, predisponendo una tutela rafforzata e differenziata per determinate categorie di destinatari, rischiano, piuttosto, di rimarcarne, e conservarne, la relativa posizione di debolezza[11].

Un orientamento istituzionale che sembra presentare un'analogia con il convenzionale omaggio della pianta di mimose in occasione della festa della donna: un apparente riguardo accompagnato da una costante mortificazione.

2. Precetti indeterminati e continui "giri di vite". L'evoluzione di una disciplina ineffettiva

La violenza di genere può presentarsi sotto differenti forme, tutte raccapriccianti, alcune più di altre. Purtroppo non sono isolati episodi di brutali sopraffazioni fisiche, fondate su riprovevoli pregiudizi, e rese possibili da rapporti di forza sperequati a favore dell'aggressore.

6 V., l. 165 del 2017, Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, in *Gazz. uff.* n. 264 del 2017.

7 Per tutti, sul "diritto penale dell'emergenza", si veda, S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, p. 1 ss.

8 Senza pretese di esaustività, sull'uso simbolico del diritto penale, A. Baratta, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico,* in *Studi in memoria di G. Tarello,* II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano 1990, p. 36 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto penale piegato al consenso*, in *Il Mattino*, 22 maggio 2015, 1 ss.; W. Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschütz,* in *NStZ*, 1989, p. 553 ss.; S. Moccia, *Legalità e flessibilità dell'intervento penale,* in *Crit. dir.*, 2002, 3,4, p. 239 ss.; *Atti del dibattito AIPDP La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, con presentazione di L. Risicato, *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, *passim*; con specifico riferimento al tema che ci occupa, G.D. Caiazza, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, p. 589 ss.

9 V., Ministero dell'interno, Analisi dati I semestre 2020-2021 – *Vite violate*, in *www.interno.gov.it* .

10 V., ad esempio, per tutte, la clausola di invarianza finanziaria, inserita all'art. 21 della l. n. 69 del 2019, recante, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, in *Gazz. uff.*, n. 173 del 25.7.2019, che conferma che, sovente, "il diritto penale non passa per il mef".

11 In tal senso, v., F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto "maschile" a difendere le donne*, in *Giudicedonna.it*, 1/2019, p. 1 ss., 5 ss., 10 ss., che osserva come, «alla massimizzazione della violenza punitiva – innalzamento delle pene, creazione di nuove fattispecie – [potrebbe] corrisponde[re], la massimizzazione dello stereotipo di genere in base al quale (…) i maschi riaffermano la propria sovranità su un territorio anche tramite la difesa del corpo delle donne».

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

A fronte di tali situazioni, l'opinione pubblica, e di conseguenza molti politici, non mancano di invocare, per queste categorie di criminali, "tolleranza zero", interventi penali "esemplari", neutralizzazioni *sine die*[12].

Tuttavia, in un sistema da Stato sociale di diritto, fondato sulle garanzie affermate in Costituzione[13], qual è il nostro, il diritto penale è "*Magna Charta* del delinquente"[14], anche di fronte alle manifestazioni più deplorevoli[15].

Il diritto penale incide su beni fondamentali, il suo utilizzo non può prescindere dall'osservanza delle garanzie fondamentali. Tecniche legislative, dal carattere emergenziale, che non tengano in dovuto conto tali acquisizioni, su tutte, la finalità di integrazione sociale della pena[16], risultano carenti anche sul piano della effettività[17].

Mediante lo strumento penale non possono regolarsi fenomeni sociali, quanto piuttosto perseguire l'obiettivo di tutela di legittimi beni giuridici[18]. Tuttavia, l'evoluzione legislativa in materia si caratterizza per disorganicità, introduzione di norme *slogan*, non di rado problematiche sul piano della determinatezza, ragionevolezza/proporzione, funzione della pena[19], nonché per un costante irrigidimento dei regimi sanzionatori relativi a norme già esistenti[20].

12 Sull'inaccoglibilità della teoria penale della prevenzione generale negativa, fondata su regimi punitivi sproporzionati, per finalità di intimidazione-deterrenza, da realizzarsi mediante strumentalizzazione del singolo individuo, v. per tutti, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p. 83 ss.; con particolare riferimento al settore che ci occupa, in specie alla recente riforma di cui alla l. n. 69 del 2019, cit., sulla quale si veda, *infra*, par. 3, T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida dir.*, 37, 7.7.19, p. 51 ss., 51, evidenzia come «l'omaggio tributato con reiterato rigore alle virtù "salvifiche" della prevenzione generale negativa (e cioè puramente intimidativa), spinta fino al parossismo, è vano e vuoto».

13 Per tutti, F. Bricola, *Teoria generale del reato,* in *Nss. D. I.,* XIX, Torino 1973, 7 ss.; Id., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70,* in *Quest. crim.*, 1980, p. 179 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma 1989, pp. 199, p. 351, 353 ss.; A. Fiorella, *Reato in generale,* in *Enc. dir.,* XXXVIII, Milano 1987, p. 770 ss.; S. Moccia, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1989, 1006 ss.; Id., *Brevi note in tema di riserva di legge statale in materia penale e normativa regionale a tutela dell'ambiente,* in *Regioni,* 1990, p. 1519 ss.; Id., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* cit., p. 1 ss.; Id., *Legalità e flessibilità dell'intervento penale* cit., 239 ss.; Id., *Sistema penale e principi costituzionali: Un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, p. 1720 ss.; F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, in Aa.Vv., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere - C. Longobardo - V. Masarone - F.Schiaffo - A. Sessa, Napoli 2017, p. 475 ss.; D. Pulitanò, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale,* in Aa.Vv., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova 2005, p. 27 ss.

14 F. Von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, 1905, p. 80.

15 Sulla «amoralità del diritto penale, [che] sembra talora il prezzo da pagare perché sia preservata la sua laicità», v., M. Donini, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici. A margine della categoria dell'*offense *di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546 ss., 1562.

16 Per tutti, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 83 ss.

17 Sul "binomio garanzia-effettività", ossia, necessaria osservanza delle garanzie sancite in Costituzione, per il perseguimento di maggiori *chance* di effettività del sistema nella tutela di beni, v., S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 1 ss.

18 Per tutti, F. Bricola, *Teoria generale del reato, cit.,* p. 7 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 161 ss.; W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in Aa.Vv., *Jenseits des Funtionalismus. Arthur Kaufman zum 65. Geburstag*, a cura di L. Phllips-H. Scholler, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 130 ss.; Id., *Sistema penale e principi costituzionali, un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, cit., p. 1742; D. Pulitanò, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, in *Quest. crim*., 1981, p. 117 ss.; A. Cavaliere, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in Aa.Vv., *Costituzione. Diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Milano 1998, pp. 133 ss., 150.

19 Sulla necessaria interazione tra i principi penalistici sanciti in Costituzione, ai fini della elaborazione di un sistema effettivo in ordine alla tutela dei beni giuridici, orientato alla funzione penale della integrazione sociale, v., S. Moccia, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato,* cit., 1006 ss.; più recente, S. Moccia, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, cit., p. 1720 ss.

20 Proprio con riferimento al più recente intervento legislativo in materia, ossia la l. n. 69 del 2019, cit., T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51, osserva come «i giri di vite sanzionatori non incrementano di per sé, né punto né poco, la tutela di alcuna vittima: sono destinati a lasciare le cose esattamente come le hanno trovate»; più in generale, D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont*., 3/2019, p. 235 ss., (235), ove l'Autore afferma: «Passione del punire, è il messaggio trasmesso dalla maggioranza di governo in questa XVIII legislatura», e continua osservando che, (246), «al legislatore che fa leva sulle minacce di pena, giocando al rialzo, va chiesto che cosa prevede di ottenere»;

Sono note, ad esempio, le difficoltà interpretative derivanti dalla ampia formula "atti sessuali"[21], introdotta nel 1996 nella nuova fattispecie di violenza sessuale. Infatti, nonostante la più adeguata collocazione codicistica rispetto al precedente reato di «violenza carnale»[22], la nuova legge, in quanto tipica "legge manifesto", è stata considerata fin da subito un "passo indietro" rispetto alla situazione precedente, un *boomerang*, una riforma che non poteva che considerarsi fallimentare[23].

La giurisprudenza si è dovuta prodigare in acrobazie interpretative, nel tentativo di fornire un significato quanto più univoco e coerente della locuzione "atti sessuali".

Sono note le ampie oscillazioni che, nel tempo, hanno conferito a tale formula i più differenti significati: dalle interpretazioni più ristrette, riferite a condotte che consistano «quantomeno in toccamenti di parti del corpo altrui, suscettibili di essere – nella normalità dei casi – oggetto dei prodromi, diretti al conseguimento della piena eccitazione e dell'orgasmo»[24], a quelle interpretazioni secondo cui andrebbero inclusi «tutti gli atti indirizzati verso zone erogene»[25], con le conseguenti difficoltà di definizione e di parità di trattamento derivanti dal concetto di erogeno, ed ancora, soluzioni interpretative che determinano un macroscopico ampliamento della nozione di "atti sessuali", corrispondente a «qualsiasi atto che, anche se non esplicato attraverso il contatto fisico, sia finalizzato a porre in pericolo la libertà dell'individuo attraverso l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente»[26], dunque, eventualmente, anche soltanto la mera "vista di una certa parte del corpo" .

---

ed ancora, (247) «le pene inflitte e da eseguire seguono all'inosservanza della legge, a un non funzionamento della tutela. Segnalano problemi non risolti»; di poco precedenti le riflessioni di, C. D. Leotta, *Femminicidio* (Voce), in *Dig. disc. pen.*, 2014, VIII, 1 ss., secondo cui, «lo strumento di repressione penale (…) non potrà in alcun modo assurgere, neanche lontanamente, a misura, ai sensi dell'art. 12, par. 1 della Convenzione di Istanbul, finalizzata a promuovere i cambiamenti nei comportamenti socio-culturali delle donne e degli uomini, al fine di eliminare pregiudizi, costumi, tradizioni e qualsiasi altra pratica basata sull'idea di inferiorità della donna o su modelli stereotipati dei ruoli delle donne e degli uomini»; per un quadro d'insieme sull'evoluzione della disciplina si veda il recente contributo di B. Romano, *La violenza sessuale di genere*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, p. 1041 ss.

21 V., G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. pen.*, 03.03.2020, p. 1 ss.; A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova 1996, p. 86 ss.; A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 1997, p. 1163 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna 2013, pp. 237 ss., 241-242; V. Musacchio, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, in *Giust. pen.*, 1996, 2, p. 118 ss.; L. Picotti, *Il delitto sessuale da sfogo "non autorizzato" della libidine a "rapporto interpersonale" illecito. Spunti di riflessione sull'evoluzione e la riforma dei reati sessuali*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova 1996, p. 419 ss.; E. Silingardi, *La nozione di "atti sessuali" con riferimento alle norme contro la violenza sessuale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, fasc. 4/5, 1999, p. 1077 ss.

22 Com'è noto, con l. n. 66/1996, *Norme contro la violenza sessuale*, in *Gazz. uff.*, n. 42 del 20.2.1996, è stato abrogato il reato di «violenza carnale», previsto dall'art. 519 c.p., collocato nell'ambito dei «delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», ed è stato introdotto il nuovo reato di «violenza sessuale», *ex* art. 609 *bis* c.p., nell'ambito dei «delitti contro la persona»; sul tema, v., G. Balbi., *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit., 1, sia pur nell'apprezzamento della collocazione nell'ambito dei delitti contro la persona, evidenzia la criticità connessa con la «ulteriore collocazione nella sezione intitolata ai delitti contro la libertà personale», e valuta la eventuale opportunità della introduzione di un nuovo Capo o una sezione denominati «Delitti contro la personalità sessuale»; ancora, Id., *Violenza sessuale (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma 1998, p. 1 ss.; Id., *Violenza e abuso sessuale*, in Aa.Vv., a cura di D. Pulitanò, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Torino 2019, p. 281 ss.; G. Ambrosini, *Violenza sessuale*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, 1 ss.; A. Cadoppi, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Crit. dir.*, 1996, p. 127 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 237 ss.; L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012, 1 ss.; B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano 2002, p. 6 ss.

23 G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., pp. 241-242; sulle relative difficoltà applicative, v., C. Longobardo, *Brevi note in margine a due recenti sentenze in tema di violenza carnale e sulla rilevanza della violenza morale (sent. n. 1636/99 e n. 13070/99)*, in *Crit. dir.*, 1999, 4, p. 563 ss.; sul tema, G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit., p. 1 ss., 1, nell'ambito di una prospettiva di riforma improntata a determinatezza/proporzione/ragionevolezza/parità di trattamento, evidenzia «le difficoltà incontrate dalla prassi nell'applicazione della normativa, non di rado tradottesi in soluzioni problematicamente compatibili con il rispetto della tassatività».

24 Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 11 novembre 1996, n. 3800 in *Ind. pen.*, 1998, 199 ss.; in senso conforme, più recente, con riferimento alla cosiddetta "mano morta", v., Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 4 luglio 2000, n. 7772, in *Cass. pen.*, 2001, 2116 s.m.

25 Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 27 aprile 1998, n. 6651, in *Foro it.*, 1998, II, 505, con nota di G. Fiandaca.

26 Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 15 novembre 1996, n. 1040, in *Giust. pen.*, 1998, II, 25; al riguardo, si veda, E. Silingardi, *La nozione di atti sessuali con riferimento alle norme contro la violenza sessuale*, cit., p. 1084.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Una norma indeterminata, che si presta a profondo arbitrio da parte dell'interprete, può prestare il proprio uso a disparità di trattamento che, piuttosto che perseguire finalità di prevenzione positiva, rischiano di risultare funzionali alla realizzazione di un effetto criminogeno[27].

Neanche la cosiddetta fattispecie di *stalking*, introdotta con decreto legge nel 2009[28], sembra esente da criticità.

Il riferimento è alle difficoltà probatorie in ordine ad elementi costitutivi della fattispecie, derivanti da profili di indeterminatezza del precetto[29], nonché alla irragionevolezza di alcune ipotesi aggravanti ivi previste[30].

Al di là di ulteriori incertezze descrittive, determinano disagi applicativi tutti e tre i tipi di evento che, alternativamente tra di loro, danno vita alla configurazione della fattispecie: il «perdurante e grave stato di ansia o di paura», il «fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto, oppure di persona al medesimo legata da relazione affettiva», l'«alterazione delle (…) abitudini di vita» della vittima del reato. Eppure, già Feuerbach ci insegnava che non dovrebbe costituire oggetto di tutela penale ciò che non può essere materialmente provato in un'aula di tribunale[31].

Inoltre, profili di irragionevolezza sorgono dall'ipotesi aggravante fondata sulla "relazione affettiva", presente o passata, tra l'autore e la vittima. Ai fini della definizione dell'offesa, infatti, non è la condotta di vita dell'agente, la "colpa d'autore"[32], a dover essere considerata, quanto piuttosto l'intensità dell'offesa al bene.

Analoghe considerazioni, che confermano la portata simbolica della norma di "atti persecutori", possono rivolgersi all'aggravante fondata sulla natura informatica o telematica dello strumento mediante cui viene arrecata l'offesa; per quanto probabilmente meno frequente, un'offesa arrecata di persona, verosimilmente, presenterà un grado di offensività più significativo, rispetto alla medesima offesa perpetrata mediante un mezzo di comunicazione a distanza.

Infine, il regime sanzionatorio della fattispecie in esame, il cui precetto risultava già connotato dalle citate criticità fin dalla sua originaria stesura, è stato sottoposto a continui "giri di vite" che, ad oggi, la rendono più grave delle lesioni volontarie e dell'omicidio colposo[33].

I "giri di vite", applicati ad una norma già esistente, rappresentano la dimostrazione del fallimento della politica criminale adottata fino a quel momento, il fallimento proprio di quelle norme incriminatrici a cui l'inasprimento sanzionatorio viene applicato. Tali aumenti sanzionatori valgono esattamente quello che costano a chi si affanna a predisporli, ossia, niente; al contrario, piuttosto, rischiano di determinare aporie e sperequazioni sistematiche[34].

---

27 Per tutti, S. Moccia, *Legalità e flessibilità dell'intervento penale*, cit., p. 239 ss.

28 La fattispecie è stata introdotta con d.l. n. 11 del 2009, conv. in l. n. 38 del 2009 in *Gazz. uff.*, n. 95 del 24.04.2009, in anticipo rispetto all'art. 34 della Convenzione di Istanbul del 2011, in cui è previsto che «le parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare un comportamento intenzionale mirante a compromettere seriamente l'integrità psicologica di una persona con la persecuzione o le minacce», e sottoposto ad aumento sanzionatorio nel 2013 mediante l'art. 1 *bis* co.1 d.l. n. 78/2013, in *Gazz. uff.* n. 153 del 2 luglio 2013, conv. in l. n. 94/2013, in *Gazz. uff.* n. 193 del 19.8.2013.

29 V., G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 224 ss., 226, secondo cui «è lecito dubitare che il legislatore italiano del 2009 sia riuscito a conseguire l'obiettivo di una piena compatibilità tra il nuovo reato di atti persecutori e quell'esigenza di sufficiente determinatezza che per vincolo costituzionale dovrebbe connotare la legiferazione in materia penale. (…) la descrizione legislativa delle condotte tipizzate nell'art. 612 *bis* presenta diverse zone di indeterminatezza»; sul tema, v. anche, G. Losappio, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di atti persecutori* "stalking the stalking", in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, p. 869 ss.; A. M. Maugeri, *Lo* stalking *tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino 2010, *passim*, p. 148 ss.; A. Valsecchi, *In tema di* stalking, in *Dir. pen. cont.*, 15.12.2010, 1 ss.; Id., *Il delitto di "atti persecutori"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2009, 1377 ss.; A. Alberico, *La reiterazione delle condotte nel delitto di atti persecutori*, in *Dir. pen. cont.*, 18.5.2011, p. 1 ss.

30 V., G. Fiandaca-E.Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 224 ss.; F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e del nuovo delitto di "Atti persecutori"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 819 ss.

31 J.A. von Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I Teil, Erfurt 1799, p. 12 ss.

32 Sul tema della incriminazione della condotta di vita, della "colpa d'autore", in violazione della necessaria adeguata considerazione dell'offesa, e sulle sperequazioni sistematiche che possono derivarne, v., per tutti, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 157 ss.

33 Art. 9 co. 3 l. n. 69 del 2019, cit.

34 T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51, sia pur con specifico riferimento alla riforma del 2019, più nota sotto il nome di codice rosso.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Con riferimento al rapporto tra indeterminatezza del precetto e severità della pena, è sempre attuale l'insegnamento di Beccaria secondo cui «uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, quanto piuttosto l'infallibilità di esse»[35].

La politica criminale descritta fino ad ora viene confermata dall'intervento legislativo del 2013, diffusamente noto come "legge sul femminicidio"[36].

A differenza di quanto derivante dal diffuso impatto mediatico[37], con tale legge non è stata introdotta alcuna nuova fattispecie di "omicidio aggravato in quanto perpetrato ai danni di una donna", quanto, piuttosto, si è proceduto esclusivamente a irrigidimenti sanzionatori riferiti a norme già vigenti[38].

Anche questa riforma appare coerente con la politica criminale, simbolica, che impronta il settore, e che, al di là della funzione di ansiolitico per la collettività[39], non riesce a soddisfare le esigenze di tutela per le quali è stata predisposta[40].

3. La l. n. 69 del 2019. Il "codice rosso" e i dubbi sulla indispensabilità della nuova fattispecie di "revenge porn"

Nel descritto panorama normativo, si inserisce la recente riforma - l. n. 69 del 2019 –, «in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere»[41], cosiddetta del "codice rosso", nota all'opinione pubblica anche sotto il nome di "*revenge porn*".

Mediante questo intervento, vengono inserite nel codice penale alcune nuove fattispecie, viene previsto l'inasprimento del regime sanzionatorio per alcuni reati già esistenti, tra cui, ad esempio, violenza sessuale e atti persecutori, nonché, sul piano procedurale, viene predisposta la creazione di un canale preferenziale, accelerato, per alcune specifiche fattispecie delittuose[42].

35 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano 2003, a cura di A. Burgio, p. 78, che continua affermando che «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità».

36 Per una diffusa trattazione della normativa in esame, anche fondata su dati statistici relativi al fenomeno che è chiamata a fronteggiare, v., per tutti, C. D. Leotta, *Femminicidio* (voce), cit., p. 1 ss.; Macrì F., *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1, p. 11 ss.; per una trattazione critica sul tema, che ne evidenzia la natura simbolica, v. G. Viggiani, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e prospettive* de jure condendo, in questa *Rivista*, 2-2019, p. 130 ss.

37 Per un apprezzamento della potenziale efficacia pedagogica della riforma, G. Pavich, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, XII, 2013, p. 4314 ss.

38 Per tutti, in questa sede, v., F. Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, cit., p. 11 ss.

39 V., G. Fiandaca, *Il diritto penale piegato al consenso*, cit., p. 1 ss.; con specifico riferimento alla politica criminale adottata in tema di, cosiddetto, femminicidio, D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., p. 246.

40 Per una interessante analisi della disciplina, comprensiva di una indagine sui dati statistici del fenomeno, v. C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2019, p. 1181 ss., 1182-1183; con specifico riferimento alla riforma in esame, D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 246, evidenzia come «l'inasprimento delle pene edittali è il tipo di risposta ricorrente lungo la storia delle riforme 'di parte speciale', dagli anni '70. (…) Chi 'dà i numeri' degli aumenti di pena li presenta come rafforzamento della tutela». (…) «Il messaggio populista funziona: inteso a coagulare consensi, è a ciò idoneo, ha una sua razionalità rispetto ai suoi scopi di *politique politicienne*».

41 L. n. 69 del 2019, cit.

42 Da qui la formula "codice rosso", per indicare alcune fattispecie a cui destinare, sul piano procedurale, un "trattamento urgente", accelerato, sul punto, v. A. Portalupi-F.Villasi, *Presente e futuro della violenza di genere. A che punto siamo dopo il codice rosso*, in *Dir. pen. uomo*, fasc. 4, 2020, p. 71 ss.; A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, p. 163 ss.; *Corte Suprema di Cassazione, Rel. n. 62/19, Relazione su novità normative, Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, 27.10.2019, p. 1 ss., 4 ss.; per una analisi critica delle procedure preferenziali disposte per le fattispecie introdotte, v. L. Algeri, *Il cd. codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime della violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, p. 1363 ss.; D. Russo, *Emergenza "Codice Rosso". A proposito della legge 19 luglio 2019 n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Sist. pen.*, 1/2020, 1 ss.; sulla natura retributiva dei discutibili aumenti sanzionatori, v. C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., p. 1184.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Con riguardo agli aspetti sostanziali della riforma, sono sorte alcune perplessità in ordine alla effettiva irrinunciabilità delle nuove fattispecie, alle tecniche di redazione adottate, alla conseguente coerenza sistematica[43].

La "norma simbolo" della riforma è rappresentata dalla "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti", introdotta all'art. 612 *ter* c.p., ed erroneamente nota come "*revenge porn*"[44]. Nonostante quanto diffusamente considerato, la norma, a differenza di alcuni precedenti normativi di altri ordinamenti[45], non incrimina una vera e propria ipotesi di *revenge porn*[46], in quanto, per la sua configurabilità non è indispensabile che la "diffusione di immagini o video privati, a contenuto sessuale" si realizzi per vendetta, tramite internet, ad opera di un *ex partner* della vittima, ed al fine specifico di nuocerle o punirla.

L'art. 612 *ter* c.p. punisce «chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate». La stessa pena è comminata per «chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde, senza il consenso delle persone rappresentate, al fine di recare loro nocumento». In analogia con la disciplina dello *stalking*, anche qui è prevista un'aggravante a effetto comune qualora «i fatti siano commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è, o è stata, legata da relazione affettiva alla persona offesa, ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici»[47]. L'ag-

43 C. Parodi, Revenge porn: *una risposta sanzionatoria adeguata?*, in *Ilpenalista.it*, 10.09.2019, p. 1 ss., 2, ed anche Id., *La tutela della persona nella realtà telematica:* revenge porn *e* cyber, in *magistraturaindipendente.it*, 2.2.2020, p. 1 ss., 2; e, M. Mattia, Revenge porn *e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, in *Legislaz. pen.*, 18.07.2019, 1 ss., sostengono l'utilità della introduzione del reato di cui all'art. 612 *ter* c.p., in un'ottica di funzione stigmatizzante della stessa; per un'analisi critica degli elencati, ampli, aspetti della riforma, v., F. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal codice Rocco al codice rosso*, in *Dir. pen. uomo*, 20.11.2019, p. 1 ss.; G.M. Caletti, Revenge porn *e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, p. 63 ss., 82 ss.; T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51 ss.; A. Valsecchi, *Codice rosso e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., p. 163 ss.

44 V., N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo* cybercrime *disciplinato dall'art. 612* ter *c.p.*, in *Legislaz. pen.*, 20.1.2020, p. 1 ss., 4 ss.; si consideri che, all'art. 40 della Convenzione di Istanbul del 2011, è previsto che «le parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che qualsiasi forma di comportamento indesiderato verbale, non verbale o fisico, di natura sessuale, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, segnatamente quando tale comportamento crea un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, sia sottoposto a sanzioni penali o ad altre sanzioni legali».

46 Secondo *www.dictionary.cambridge.org*, per *revenge porn* deve intendersi, «*private sexual images or films showing a particular person that are put on the internet by a former partner of that person, as an attempt to punish or harm them*».

47 Sul tema, C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., 1184; con riguardo all'aggravante della diffusione del mezzo telematico e sulla relativa potenzialità ad amplificare gli effetti di alcune condotte penalmente rilevanti, v. L. Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in Aa.Vv., *Cybercrime*, Milano 2019, a cura di A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, p. 35 ss.; Id., *Reati informatici*, in *Enc. Giur., agg.*, VIII, Roma 2000, p. 1 ss.; G. Pica, *Internet* (Voce), in *Dig. disc. pen.*, Torino 2004, p. 425 ss.; N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo* cybercrime *disciplinato dall'art. 612* ter *c.p.*, cit., p. 34.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

gravante diviene a effetto speciale qualora «i fatti siano commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza».

Sul piano della tecnica di redazione, si confermano le criticità già descritte con riguardo a precedenti interventi nel settore, e derivanti soprattutto dall'uso di formule indeterminate e di una descrizione casistica delle condotte.

Oscillazioni interpretative sono inevitabili a fronte delle difficoltà di applicare in maniera uniforme concetti quali il «contenuto sessualmente esplicito» degli atti[48], la relativa "destinazione a rimanere privati", la sussistenza di "un legame affettivo, presente o passato" tra l'autore e la vittima[49].

Qualche dubbio sulla ragionevolezza della norma sorge anche dalla previsione del medesimo regime sanzionatorio a fronte di condotte che potenzialmente possono presentarsi dotate di differente intensità offensiva[50]; infatti, mentre le condotte di invio, consegna e cessione, possono essere destinate anche ad una sola persona, le condotte di pubblicazione e diffusione, per definizione, sono destinate ad una molteplicità più estesa, potenzialmente indeterminata, di soggetti[51]. Nonché, come già esposto in sede di art. 612 *bis* c.p., dall'aggravio di sanzione derivante dalla qualità dell'autore[52].

Ulteriori perplessità sorgono in ordine alla indispensabilità della nuova fattispecie oppure, quantomeno, alla possibilità di un intervento più organico con riferimento ad altre fattispecie già presenti nell'ordinamento[53].

48 A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit.,p. 163 ss.; A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, in *Studium Juris*, 1/2020, p. 1 ss., 5; C. Parodi, *La tutela della persona nella realtà telematica:* revenge porn *e* cyber, cit., p. 4-5; B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612* ter *del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, in Aa.Vv., *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di Id. - A. Marandola, Pisa 2020, pp. 105 ss., 106, pur sulla scorta degli orientamenti interpretativi creatisi con riferimento alla simile formula contenuta nell'ultimo comma dell'art. 600 *ter* c.p., evidenzia come, «sarà la giurisprudenza a dovere ricostruire la nozione di "immagini o video a contenuto sessualmente esplicito"; la Corte Suprema di Cassazione, Rel n. 62/19, Relazione su novità normative, *Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, cit., p. 19, su «l'espressione semantica *"immagini o video a contenuto sessualmente esplicito"*, [afferma che la stessa,] per la sua intrinseca genericità, risulta suscettibile di ingenerare difficoltà interpretative e, perciò, potenzialmente lesiva dei principi della riserva di legge e di tassatività cristallizzati all'art. 25 Cost.».

49 Per un articolato tentativo di fornire un preciso perimetro applicativo, v., N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo* cybercrime *disciplinato dall'art. 612* ter *c.p.*, cit., p. 21 ss.; critico, sulle difficoltà interpretative della norma, B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., pp. 105 ss., 106.

50 N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo* cybercrime *disciplinato dall'art. 612* ter *c.p.*, cit., p. 27 ss.

51 V. M. Mattia, Revenge porn *e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, cit., p. 13; B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., p. 106; A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., p. 163 ss.

52 Sul tema, C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., 1184, evidenzia come «non [sia] del tutto chiaro perché la violenza nel rapporto di coppia debba essere punita più severamente indipendentemente da chi ne sia l'autore e da chi ne sia la vittima».

53 V., B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., p. 105 ss.; S. Orlando, *La tutela penale della* privacy *nel* cyberspazio, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2019, p. 180 ss., 183 ss.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Il bene giuridico dell'art. 612 *ter* c.p. è rappresentato dalla riservatezza[54], ed a tal riguardo, non mancano norme con cui sorgono difficoltà di sovrapposizione applicativa[55].

Tra queste, precipuo interesse sorge dalla comparazione con l'art. 167 co. 2 del Codice della *privacy*[56], che, disciplinante il «trattamento illecito dei dati personali», comprende anche le "attività di raccolta, registrazione, utilizzo, comunicazione, diffusione[57], di qualsiasi informazione, anche sessua-

54 Cfr. B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., p. 105 ss.; Corte Suprema di Cassazione, Rel n. 62/19, Relazione su novità normative, *Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, cit., p. 19; T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 51 ss., 54; C. Parodi, *La tutela della persona nella realtà telematica:* revenge porn *e* cyber, cit., p. 2; sul tema della tutela penale della riservatezza, si vedano, F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza, in Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1069 ss.; P. Patrono, Privacy *e vita privata*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 1 ss., 3; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1979, p. 40 ss.; G. Vassalli, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, p. 24 ss.; sulla definizione del concetto di libertà morale, quale bene giuridico di categoria oggetto di tutela delle fattispecie previste dagli artt. 610 ss. c.p., sia pur in tempi antecedenti alla riforma in esame, v. E. Mezzetti, *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, *1999*, p. 267 ss.; per E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, p. 204 ss., il concetto di riservatezza presenta caratteristiche di eccessiva indeterminatezza per assurgere a legittimo bene giuridico; al riguardo, S. Fiore, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani* XXVII, 1998, pp. 1 ss., 3, 4, evidenzia la necessità di «determinare legislativamente la natura delle informazioni personali che, per il loro particolare contenuto, devono godere di una maggiore tutela»; per una attenta e critica disamina delle differenti posizioni in ordine alla configurabilità o meno del legittimo bene giuridico della riservatezza, v., T. Vitarelli, *Vita privata nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino 1999, pp. 1 ss.; sul tema, si veda, F. Mucciarelli, *Informatica e tutela penale della riservatezza*, in Aa.Vv., *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di L. Picotti, Padova 2004, p. 173 ss.; S. Niger, *Le nuove dimensioni della* privacy*: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova 2006, p. 43 ss.; sul bene giuridico della riservatezza, come oggettività giuridica di riferimento del delitto di trattamento illecito di dati (personali), P. Troncone, *La tutela penale della riservatezza e dei dati personali*, Napoli 2020, pp. 106 ss., p. 139 ss.; sulla tutela della riservatezza nel *cyberspace*, L. Picotti, *Reati informatici, riservatezza, identità digitale*, in *www.aipdp.it*, 2004, 1 ss., 4 ss.; fondamentale, per tutti, S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, Bologna 1995, p. 19 ss.; Id., *Progresso tecnico e problemi istituzionali nella gestione delle informazioni,* in Aa.Vv., Privacy *e banche dati,* a cura di N. Matteucci, Bologna 1981, p. 30 ss.; sul concetto di riservatezza, come derivazione ed ampliamento del *right to be let alone* , S.D. Warren – L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard law rev.*, 4, n. 5., 1890, 193 ss.; nel nostro ordinamento, i primi riconoscimenti dell'esigenza di riconoscere il «diritto alla riservatezza», si devono a, A. Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1938, p. 174 ss.; P. Rescigno, *Il diritto ad essere lasciati soli*, in *Synteleia per Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, p. 98 ss.

55 Sui rapporti con il reato di diffamazione, A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., p. 4, G. Adamo, *L'inquadramento normativo del* Revenge porn*: un illecito plurioffensivo*, in *Diritto.it*, 21.1.2020, 1 ss., 9 ss.; F. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal codice Rocco al codice Rosso*, cit., p. 10 ss.; G.M. Caletti, Revenge porn *e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienza angloamericane*, cit., p. 83 ss.; M. Mattia, *Revenge porn e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, cit., 10, 71; C. Parodi, *La tutela della persona nella realtà telematica:* revenge porn *e* cyber, cit., 3 ss.; A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., p. 163 ss.163 ss.; per un'analisi critica della "diffamazione a mezzo internet", con una particolare attenzione al ruolo dell'offesa al bene, si veda C. Longobardo, *Il ruolo dell'evento nella diffamazione a mezzo internet*, in *Crit. dir.*, n. 3-4, 2000, 504 ss.; sui più articolati rapporti che possono presentarsi con il reato di «interferenze illecite nella vita privata», per tutti, P. Patrono, Privacy *e vita privata*, cit., p. 1 ss., 2, 13; T. Vitarelli, *Vita privata nel diritto penale*, cit., pp. 1 ss. 6 ss.; in merito alla relazione, che non può definirsi "semplice e lineare", tra la norma in esame e l'art. 617 *septies* c.p., «diffusione di riprese e registrazioni fraudolente», introdotto dal d.lgs. n. 216/2017, in *Gazz. uff.*, n. 8 del 11.1.2018, v., B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., pp. 105 ss., 109.

56 V., art. 167, d.lgs. 196/2003, in *Gazz. uff.*, n. 174/2003, coordinato con il d.lgs. n. 101/2018, di adeguamento al *GPDR*, in *Gazz. uff.* del 4.9.2018; sull'art. 167 cod. privacy, all'esito delle recenti riforme, V. Manes – F. Mazzacuva, GDRP *e nuove disposizioni penali del codice della privacy*, in *Dir. pen. proc.* 2019, p. 171 ss.; F. Resta, *I reati in materia di protezione dei dati personali*, in Aa.Vv., *Cybercrime*, cit., p. 1020 ss.; S. Orlando, *La tutela penale della privacy nel* cyberspazio, cit., p. 178 ss., 188 ss.; sempre attuale sul tema, seppur in tempi precedenti alle più recenti riforme, A. Manna, *Il commento* sub *Codice della privacy: nuove garanzie per i cittadini nel Testo Unico in materia di protezione dei dati personali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1 ss., 17 ss.; Id., *Il trattamento dei dati personali: le sanzioni penali*, in Aa.Vv., *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano 2001, p. 339 ss.

57 Art. 4 Regolamento UE 2016/679, cit.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

le[58], riguardante una persona[59]". Al di là della previsione del dolo specifico presente nella norma della disciplina speciale, sembra che la fattispecie oggettiva del reato di "diffusione illecita di materiale a contenuto sessualmente esplicito" possa rientrare integralmente nel perimetro applicativo dell'art. 167 co. 2 cod. *privacy*.

La portata simbolica dell'art. 612 *ter* c.p. trova conferma nella comparazione con il terzo comma dell'art. 600 *ter* c.p. in tema di pornografia minorile, laddove, qualora la condotta di "diffusione di materiale pornografico, con qualsiasi mezzo, anche telematico", abbia ad oggetto persone di minore età, all'art. 600 *ter* c.p., è prevista una pena più lieve[60].

3.1. Alcune altre novità introdotte dalla riforma del 2019. Inconsapevolezza o mancanza di volontà

Come anticipato, resta da interrogarsi in ordine alla necessità ed organicità sistematica, dunque effettività, delle nuove norme di cui alla riforma del 2019, laddove, ciascuna di esse sembra presentare i noti caratteri della legislazione dell'emergenza[61].

Il nuovo art. 387 *bis* c.p. introduce una nuova fattispecie, in materia di violazione di misure cautelari, che sembra non aggiungere molto alla disciplina già vigente in materia. La nuova norma dispone la pena della reclusione da sei mesi a tre anni, nel caso di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare, divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, nonché dell'ordine di allontanamento di urgenza dalla casa familiare.

Fino alla entrata in vigore di tale disposizione, per la violazione delle su indicate misure cautelari già erano disposti la sostituzione o il cumulo della misura con altra più grave, *ex* artt. 276 e 299 c.p.p., fino agli arresti domiciliari e alla custodia cautelare in carcere; ed in caso di violazione di queste ultime si applicava, e può continuare ad applicarsi, il reato di evasione, *ex* art. 385 co. 3 c.p., punito con il più severo regime sanzionatorio della reclusione da uno a tre anni.

La recente riforma non abroga né esclude l'applicabilità di tale più efficace e preesistente disciplina e, dal momento che la nuova fattispecie non dispone né l'arresto in flagranza, né l'applicazione di misure coercitive, appare verosimile che il mero inizio di un nuovo procedimento penale non venga percepito come uno strumento dotato della auspicata efficacia preventiva[62].

Anche la disciplina della sospensione condizionale della pena viene sottoposta a modifica, mediante l'art. 165 co. 5 c.p.[63], in cui è previsto che, nei casi di condanna per una serie di delitti "di genere", la sospensione condizionale è subordinata alla partecipazione a «specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupino di prevenzione, assistenza psicologica e recupero». Tuttavia, al secondo comma dell'art. 6 l. n. 69 del 2019, viene anche specificato che «dall'attuazione delle disposizioni di cui al primo comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica», e pertanto, non riesce ad intendersi come tali percorsi possano essere attivati, intrapresi, e perseguiti.

Un'ulteriore, nuova, norma che desta alcune perplessità è rappresentata dall'art. 583 *quinquies* c.p., in materia di "deformazione o sfregio permanente del viso"; mediante tale intervento, si è proceduto all'abrogazione della circostanza aggravante di cui all'art. 583 co. 2 n. 4 c.p., ed alla creazione di un'autonoma fattispecie di reato, incriminante la medesima offesa.

58 Per una dettagliata analisi degli elementi essenziali della fattispecie di cui all'art. 167 cod. *privacy*, v., C. Parodi, *La nuova disciplina penale della riservatezza*, in *www.ilpenalista.it*, 09.11.2018, p. 1 ss.; con una particolare attenzione anche alla corretta definizione della relativa oggettività giuridica, v., S. Orlando, *La tutela penale della privacy nel* cyberspazio, cit., 178 ss., 188 ss.; sul "nocumento all'interessato", che ben può essere rappresentato anche dalla «propalazione da parte dell'indagato di informazioni relative alla vita sessuale della persona offesa», v., Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 7 febbraio 2017, n. 29549, in *Codice delle leggi penali speciali*, Piacenza 2019, 2992.

59 Art. 4 Regolamento UE 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e che abroga la direttiva 95/46/CE, in *Gazz. uff.* UE, 4.5.2016.

60 In tal senso, V., B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., pp. 105 ss.; Id., *Art. 612 ter c.p. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, in Aa.Vv., *Codice penale commentato*, a cura di A. Gaito - B. Romano - M. Ronco, *Wolter Kluwer on line*, 2020, p. 1 ss., 4.

61 Sull'ampio tema del "binomio garanzia-effettività", mortificato dalla "legislazione penale dell'emergenza", S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 1 ss.

62 V. T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 52, afferma il peggioramento in termini di effettività della nuova disciplina, rispetto alla precedente, endoprocessuale, già prevista dal codice di procedura penale; per un conforme punto di vista, si veda, A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., p. 163 ss.

63 Art. 6 l. n. 69 del 2019, cit.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Il regime sanzionatorio – reclusione da otto a quattordici anni – è più severo di quello disposto per altre ipotesi di lesioni, quali ad esempio evirazione o castrazione, o perdita o mutilazione di un arto o di un organo, che, seppur risultando di eguale o più elevata gravità, continuano a costituire tradizionali ipotesi di circostanze aggravanti del reato di lesioni (volontarie, gravissime), per le quali la pena, più lieve ma non lieve, è della reclusione da sei a dodici anni[64].

Peraltro, da una interpretazione fedele alla portata semantica del precetto, deriva anche il rischio che tale fattispecie possa trovare applicazione in ipotesi in cui lo sfregio al volto consista in una cicatrice sì permanente, ma di lieve entità[65].

La anticipata disorganicità della disciplina emerge anche da un ulteriore elemento. La eliminazione della "deformazione o sfregio permanente al viso" dalle aggravanti di cui all'art. 583 co. 2 n. 4 c.p., comporta la impossibilità di configurare tale offesa tra le lesioni gravissime, qualora la condotta sia di natura colposa. In tale ultima ipotesi, deformazione e sfregio del viso, né potranno essere sussunti sotto il nuovo art. 583 *quinquies* c.p., né potranno più configurare un'ipotesi di lesione gravissima; qualora di natura colposa, deformazione o sfregio, seppur permanenti, potranno essere sussunte esclusivamente sotto la disciplina delle lesioni colpose gravi[66].

Altre modifiche della riforma in esame consistono nell'innalzamento di regimi sanzionatori, dalla natura intimidativo-deterrente, di fattispecie già vigenti[67].

Le descritte soluzioni, piuttosto che segnare un passo in avanti verso l'uguaglianza, rischiano di alimentare la disparità[68]; la frequenza statistica di una fattispecie non legittima un trattamento più severo, pertanto «lungo la china di un diritto penale di contrasto all'atavismo subculturale, la parità di trattamento sarebbe più che mai d'obbligo»[69].

La tutela penale dell'uguaglianza rischia di aprire le porte della disuguaglianza[70].

Una effettiva tutela della donna, come di ogni altro essere umano, dovrebbe essere perseguita mediante un impegno sociale e culturale improntato alla parità e al rispetto, verso tutti, indistintamente. Appare evidente che una legislazione "speciale" che si ponga l'obiettivo di creare una tutela "rafforzata" per una determinata categoria di destinatari, non riesce a sortire gli effetti sperati.

64 Sulle criticità della disciplina, v., A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., p. 7; M.G. Gallisai Pilo, *Lesioni e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino 1993, p. 1 ss.; A. Manna, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, in *Arch. pen.*, 3/2020, p. 1 ss., 3 ss.

65 Sul punto, A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., p. 7.

66 T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 55; A. Manna, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., p. 6 ss.

67 Sulla ineffettività dei cosiddetti giri di vite, v. *supra*, par. 2; in questa sede, C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 78; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 235 ss.; con specifico riferimento al tema in esame, T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 51 ss., 51.

68 Per tutti, sulla irragionevolezza delle soluzioni penalistiche caratterizzate da sproporzione e disparità di trattamento, V. Caravita, *Art. 3,* in Aa.Vv., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Crisafulli - Paladin, Padova 1990, p. 13 ss.; G. Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penale,* in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale,* vol. I, a cura di Id. - N. Mazzacuva - M. Pavarini - R. Zanotti, Torino 2000, p. 288 ss.; Id., *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, in *Delitti,* 1998, 29-48; F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 264 ss.; D. Pulitanò, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli 2012, *passim*, p. 21 ss.; G. Vassalli, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*,1991, 699 ss.; Id., *Introduzione*, in Aa.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Id., Napoli 2006, p. IX ss.; G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in Aa. Vv., *Il giudizio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1994, p. 180 ss.; in rapporto al tema specifico, A. Manna, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., p. 3 ss.

69 T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 55.

70 F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, cit., p. 7, evidenzia «le difficoltà di una perimetrazione rigorosamente legislativa delle tendenze espansive della tutela penale dell'uguaglianza».

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

4. Il problema è socio-culturale. Ipotesi applicative di vittimizzazione secondaria e stigmatizzazione della condotta di vita della donna: il ritorno all'attenuante per causa d'onore

L'arsenale sanzionatorio, come visto, non manca, eppure il fenomeno non si attenua.

Le aggressioni e le violenze sulle donne, come per altre categorie di reati e persone verso cui talvolta è stata proposta una tutela speciale, differenziata, rafforzata, non rappresentano la causa del fenomeno da contrastare, quanto piuttosto l'effetto, la punta dell'*iceberg*. Rispetto a queste, è noto, il diritto penale arriva dopo, riesce ad intervenire soltanto in una fase già patologica, in un momento in cui la degenerazione dei rapporti interpersonali si è già concretizzata, e le relative conseguenze non sono più rimediabili[71].

Il tema della violenza "di genere" va affrontato sul piano culturale, mediante il superamento dello "stereotipo di genere *virilista* che la innesca" [72], che, alla luce di alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali, invece, sembra saldamente presente nella diffusa cultura patriarcale che impronta la nostra società.

È recente la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato l'Italia per via delle motivazioni di una sentenza della Corte di Appello di Firenze del 2015 che, in violazione dell'art. 8 CEDU, risultano fondate integralmente su argomenti discriminatori di "genere"[73].

Il caso è noto – sette ragazzi rispondono di violenza sessuale nei confronti di una giovane donna –, e pertanto non lo si riporta in questa sede[74]; tuttavia, appare opportuno ricordare alcuni argomenti che, del tutto estranei all'accertamento del fatto, hanno fondato la convinzione del collegio in ordine all'attendibilità delle dichiarazioni della persona offesa.

La ragazza sarebbe stata una "persona instabile" in quanto cresciuta con una madre malata e un padre assente, e questo l'avrebbe resa un "soggetto fragile, disinibito, e dedito a rapporti sessuali occasionali".

La sera dei fatti oggetto del processo, la ragazza indossava un paio di "mutandine rosse".

La ragazza, nelle proprie esperienze passate, sarebbe stata dedita a "rapporti bisessuali", desumibili dalla scelta artistica della stessa di partecipare, in precedenza rispetto ai fatti per cui è processo, alla creazione di un cortometraggio a carattere sessuale.

Secondo le convinzioni della Corte, la scelta di presentare denuncia dopo pochi giorni dall'accaduto sarebbe stata dettata soltanto dalla volontà della ragazza di stigmatizzare quella iniziativa di gruppo, dalla intenzione di respingere, dalla propria sfera psicologica e morale, "quel discutibile momento di debolezza e fragilità, che una vita non lineare come la sua avrebbe voluto censurare e rimuovere".

Nessuno degli argomenti riportati, com'è evidente, risulta funzionale all'accertamento del reato di cui all'art. 609 *bis* c.p.

L'attenzione, piuttosto, viene rivolta alla condotta di vita della denunciante, nei confronti della quale la corte di Appello – composta da due donne ed un uomo – muove giudizi di natura morale e stigmatizzante.

I giudici del Collegio, d'altronde, infatti, nulla hanno ritenuto di dover riportare in ordine alla condotta di vita e alle abitudini sessuali delle sette persone, di sesso maschile, imputate nel processo.

La Corte Edu, nelle motivazioni della sentenza di condanna, ha affermato che «il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'Appello trasmettono i pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e sono suscettibili di impedire l'effettiva salvaguardia dei diritti delle vittime di violenza di genere», pur in presenza – continua la Corte in maniera non altrettanto, del tutto, condivisibile –, di un "quadro legislativo soddisfacente"[75].

71 Con riferimento al tema in esame, A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., p. 10.

72 F. Filice, *Femminicidi di Bologna e di Genova. Perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, cit., p. 4.

73 Sent. Corte edu, del 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, n. 5671/16; per alcune note critiche, tra le altre, M. Bouchard, *La vittimizzazione secondaria all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. uomo*, 09.06.2021, 1 ss.; N. Cardinale, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per una violenza sessuale di gruppo: la Corte edu condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, in *Sist. pen.*, 14.06.2021, 1 ss.; L. D'Ancona, *Vittimizzazione secondaria: la pronuncia della Cedu*, in *Quest. giust.*, 17.06.2021, 1 ss.; C. Amodio-C. Crea, *Violenza di genere e* «judicial stereotypinge». *(Nota a Corte eur. diritti dell'uomo 27 maggio 2021. J.L.)*, in *Foro it.*, 2021, 146, p. 576 ss.

74 Corte di Appello di Firenze, n. 858 del 2015.

75 Sul tema, v., N. Cardinale, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, cit., p. 5.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

La conferma della ineffettività del vigente assetto normativo-penale è fornita da un significativo dato culturale, che continua ad emergere da recenti decisioni giurisprudenziali, improntate da pregiudizi discriminatori.

Sono recenti le decisioni in cui riaffiora, per via interpretativa, l'attenuante per causa d'onore; in questi casi, vengono riconosciute le attenuanti generiche, sulla base di alterazioni dello stato emotivo dell'aggressore[76], causate da aspettative deluse dalle scelte di vita della vittima.

Dunque, in presenza del su descritto arsenale sanzionatorio, in cui sono presenti diverse ipotesi di aggravanti speciali fondate su un'apparente finalità protettiva delle persone appartenenti al genere considerato più debole, in fin dei conti, in sede applicativa trovano riconoscimento attenuanti generiche, fondate su arcaici stereotipi di genere che, illusoriamente, si ritenevano superati.

In un caso di omicidio volontario realizzato da un uomo nei confronti di una donna, nell'ambito di una relazione sentimentale, i giudici della Corte di Assise d'Appello di Bologna (tre donne su otto giudici, di cui una togata e due popolari)[77] confermano la sussistenza dell'aggravante dei motivi abietti e futili, in quanto l'omicidio fu «l'espressione di un intento meramente punitivo nei confronti di una donna che si mostrava poco sensibile per le fragilità dell'imputato, e che con tale atteggiamento gli lasciava immaginare di potersi stancare della relazione e di decidere di lasciarlo».

L'aggravante dei motivi abietti e futili, dunque, viene riconosciuta in quanto l'imputato, spinto da un "immotivato" sentimento di gelosia, aveva agito per insicurezza riguardo alla stabilità del rapporto con la donna.

Al contempo, i giudici decidono di modificare la sentenza di primo grado in ordine al mancato riconoscimento delle attenuanti generiche, e dichiarano l'equivalenza tra queste e la riconosciuta aggravante.

Le attenuanti *ex* art. 62 *bis* c.p. vengono concesse sulla base degli stessi elementi che la Corte ha utilizzato per argomentare la sussistenza dell'aggravante dei motivi abietti e futili: ossia, l'omicida avrebbe agito per «una soverchiante tempesta emotiva e passionale», determinata, proprio, però, da quello stesso, "immotivato", sentimento di gelosia, fondante l'aggravio di pena *ex* art. 61 co. 1 n. 1 c.p.

Non è isolato in giurisprudenza[78], per quanto neppure pacificamente accoglibile[79], il riconoscimento degli stati emotivi e passionali come strumento per la configurabilità delle attenuanti generiche, tuttavia, in questa sede, l'aspetto più problematico riguarda il dato secondo cui, le alterazioni emotive, che vengono poste come strumento per la configurabilità dell'attenuante, derivano da aspettative arbitrarie da parte dell'aggressore, in ordine alle libere scelte, e alla condotta di vita, della propria vittima.

In un'ulteriore ipotesi applicativa relativa ad un altro caso di omicidio volontario, realizzato da un uomo nei confronti della propria moglie[80], l'orientamento culturale che muove le motivazioni della giudice non cambia.

Il PM esclude la riconoscibilità delle attenuanti generiche in vista dell'indole violenta dell'imputato, ed il GUP afferma che le considerazioni del PM sono senz'altro corrette; tuttavia, ritiene non potersene condividere le conseguenze che ne derivano.

Secondo il GUP, il PM valorizzerebbe in modo sproporzionato la personalità dell'imputato, trascurando, piuttosto, «il ben più significativo apprezzamento che merita il contesto in cui l'omicidio si colloca». Nella descrizione del "contesto" da valorizzare ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, la giudice fa espresso riferimento alla condotta di vita della vittima, che intratteneva una relazione con un altro uomo.

76 Non si intende in questa sede affrontare i problemi derivanti dalla *fictio* di imputabilità derivanti dall'art. 90 c.p., riguardo ai quali, in osservanza dell'art. 27 co. 1 cost., si aderisce alla posizione di, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 157 ss., 150-160, secondo cui, è sempre necessario accertare la sussistenza della capacità di intendere e di volere, e questa non può mai presumersi.

77 Corte di Assise d'Appello di Bologna, n. 29 del 2018, con una sintetica nota di commento di, M. Dova, *Eccessi emotivi e responsabilità penale: la controversa sentenza della corte di assise di appello di Bologna*, in *Dir. pen. cont.*, 11.03.2019, 1 ss.; in commento, si veda anche, F. Filice, *Femminicidi di Bologna e di Genova. Perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, cit., p. 1 ss.

78 Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 5 aprile 2013, n. 7272, in *Ced Cass. pen.*, 2014; Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 15 novembre 1982, n. 2897, in *Ced Cass. pen.*, 1983; Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 2 marzo 1971, n. 217, in *Ced Cass. pen.*, 1971; Gup Genova, sent. n. 1340 del 2018; Corte di Assise d'Appello di Bologna, n. 29 del 2018.

79 Per una posizione critica in ordine alla presunzione di irrilevanza, quanto piuttosto sulla necessità dell'accertamento degli stati emotivi ai fini della sussistenza della capacità di intendere e di volere, si rinvia a *supra*, nota n. 77 (3 note su).

80 Gup Genova, sent. n. 1340 del 2018; per alcune considerazioni critiche, v., F. Filice, *Femminicidi di Bologna e di Genova. Perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, cit., p. 1 ss., 5.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Nella ricerca di motivazioni su cui fondare il riconoscimento delle "generiche", il GUP afferma che a carico dell'imputato non si sarebbero evidenziati precedenti atteggiamenti di "violenza gratuita".

Ed a tal riguardo, sorge più d'una perplessità.

Innanzitutto, dagli atti processuali emergono precedenti episodi di aggressioni per via dei quali l'imputato risulta recidivo specifico; ma ancor più, c'è da interrogarsi sul significato che il giudice abbia inteso assegnare alla locuzione "violenza gratuita".

C'è da chiedersi in quale circostanza, al di fuori delle ipotesi scriminanti normativamente previste, la violenza del marito sulla moglie possa considerarsi "non gratuita". L'interpretazione che se ne coglie è che possano riconoscersi degli spazi di tolleranza entro i quali la violenza dell'uomo sulla donna, che ne delude le aspettative, tutto sommato, possa considerarsi accettabile; un ritorno alla vetusta e superata, su citata, interpretazione dello *jus corrigendi*?[81]

Altro elemento che forma il ragionamento della giudice, ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, è quello secondo cui, «non c'è riscontro, ma non può neppure escludersi», che vi siano state "telefonate provocatorie ricevute dall'uomo, mentre la moglie era insieme all'amante, nonché che gli siano state inviate alcune registrazioni dei loro rapporti sessuali".

In ripetuti passaggi della sentenza, alla donna viene "imputata" una condotta ambigua, secondo cui, in sintesi, mentre intratteneva la relazione con l'amante, continuava a stimolare l'attenzione del marito, gli diceva di amarlo, e quasi contestualmente che «gli faceva schifo», che era disposta a tornare con lui, e al contempo di non essere pronta a lasciare l'amante.

Con riguardo al preciso momento in cui si realizza l'aggressione, in sentenza si legge che, «è credibile che la donna, ubriaca, contraddittoria, e incoerente come sempre, abbia provocato il marito, mettendo a dura prova il suo autocontrollo. La scena non ha testimoni, [continua la giudice], ma è indiscutibile che i toni della discussione si siano molto accesi, e che la donna, completamente ubriaca, possa avere fatto o detto qualunque cosa».

Nonostante la "straordinaria efficacia lesiva dell'azione", da riconoscersi "per le caratteristiche del coltello", "per la violenza con cui questo è stato spinto nel corpo della vittima", e "per la localizzazione del colpo in zona vitale in cui è estremamente agevole e prevedibile l'effetto letale", tuttavia, continua la giudice, l'impulso dell'uomo a colpire la moglie «è scaturito da un sentimento misto di rabbia e disperazione, delusione e risentimento, acuito, [tra le altre ragioni], dal comportamento sempre più ambiguo della donna»; uno stato d'animo molto intenso, conclude la giudice, «umanamente non del tutto incomprensibile».

Alla luce degli esposti sviluppi argomentativi, pur non potendosi riconoscere l'attenuante della provocazione *ex* art. 62 co. 1 n. 2 c.p., «il contesto in cui il gesto si colloca vale a connotare l'azione omicidiaria, in una ipotetica scala di gravità, su di un gradino sicuramente più basso rispetto ad altre fattispecie analoghe», in quanto, si legge, l'uomo «ha agito in reazione al comportamento della donna, del tutto incoerente e contraddittorio, che l'ha illuso e disilluso nello stesso tempo, (…) con la promessa, invano, di un futuro insieme».

E' questo il contesto, relativo a libere per quanto moralmente sia pur non apprezzabili scelte di vita della donna, a cui la giudice ritiene di assegnare un ruolo decisivo ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche per l'omicida[82].

In sostanza, si assiste a un ritorno alla fattispecie di "omicidio e lesioni personali a causa d'onore", di cui all'abrogato art. 587 c.p.

Si intende la necessità, in sede applicativa, di contemperare tutti gli elementi, esterni ed interni al reato, che contribuiscono a delineare l'interezza del panorama a cui il giudice deve commisurare la sanzione da infliggere. E si intende, dunque, che nell'ambito di situazioni drammatiche come quelle descritte, possano emergere esigenze di prevenzione positiva, sia generale sia speciale[83], che portino ad alleviare il carico sanzionatorio; ma, tra i molteplici elementi che entrambi i giudici, soprattutto la seconda, prendono in considerazione a tal fine, bisogna interrogarsi sul significativo ruolo assegnato alla stigmatizzazione della condotta di vita delle vittime.

81 V., *supra*, par. 1.

82 Gup Genova, sent. n. 1340 del 2018, pp. 20-21.

83 Per l'accoglimento della teoria della integrazione sociale, fondata sulle istanze della prevenzione speciale e generale positiva, come unica soluzione legittima all'interno del nostro ordinamento, v., S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 83 ss.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

5. Fluidità del concetto di "genere" e necessaria amoralità del diritto penale. Per una efficace tutela di tutte le persone

Le fattispecie analizzate in questa sede sono fattispecie comuni, possono essere realizzate da chiunque nei confronti di chiunque[84]; la loro collocazione sotto un'unica etichetta di "violenza domestica" o "di genere", presupponendo che la vittima sia necessariamente una donna, potrebbe risultare fuorviante[85]; seppur probabilmente con frequenza minore, i reati in esame possono essere realizzati anche a parti invertite, o comunque da e a danno di ciascuno, senza che rilevi il genere di appartenenza.

La tutela penale dell'uguaglianza, come predisposta dal nostro legislatore, si caratterizza per una valorizzazione smisurata della componente ideologica, che rischia di mortificare il necessario, ragionevole, bilanciamento tra offesa e pena. Eppure, tale componente ideologica non trova alcun richiamo all'interno delle norme in esame. Ulteriori perplessità, pertanto, hanno ad oggetto le disfunzioni derivanti dall'uso di tali fattispecie in contesti estranei alla violenza di "genere" o "domestica"[86].

Rischia di risultare inadeguata una politica criminale a binario differenziato, incentrata su una tutela, apparentemente rafforzata, ma a ben vedere asistematica[87], delle persone appartenenti ad una manifestazione di genere che, secondo parametri obsoleti, viene considerata più debole. In tal modo, il rischio che si corre è proprio l'inverso, ossia rinforzare le dinamiche di prevaricazione da parte di chi opera mediante tale politica criminale[88].

All'interno del nostro sistema penale, sono presenti norme generali in grado di disciplinare adeguatamente ogni situazione. Non mancano al codice del '30 severi strumenti sanzionatori, e per il perseguimento della tutela egualitaria di ogni persona sarebbe sufficiente applicare i valori fondamentali, affermati, tra gli altri, agli artt. 2 e 3 Cost.[89].

84 T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 51-52, non manca di osservare come «la violenza domestica e di genere può esprimersi nelle forme delittuose più diverse, dalle percosse all'omicidio, dal sequestro di persona alla minaccia, e così via declinando»; le nuove fattispecie introdotte possono sì realizzarsi in ambito familiare o essere rivolte ad una persona di sesso femminile, «ma non necessariamente. Si tratta di fattispecie "comuni", [dunque] (…) in definitiva, violenza domestica e violenza di genere non costituiscono che un'etichetta, attraente, ma piuttosto ingannevole»; sul tema, A.E. Waldman, *Law, privacy, and online dating: "revenge porn" in gay on line communities*, in *Law&social inquiry*, 2019, p. 1 ss.; senza espresso riferimento alle fattispecie oggetto del presente esame, tuttavia in relazione a «norme che guardano con particolare favore a categorie di vittime particolarmente vulnerabili (donne, minori, pubblici agenti)», F. Palazzo, *La tutela della persona: dignità, salute, scelte di libertà*, in *Dir. pen. cont*. 23 settembre 2019, 1 ss., parla di «diritto penale della disuguaglianza»; negli stessi termini, con precipuo riferimento alla riforma del 2019, Id., *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., p. 3-4.

85 F. Filice, *Diritto penale e genere*, in *Dir. pen. uomo*, 11 settembre 2019, fasc. 9/19, p. 11 ss., e anche in *Dir. pen. cont*., 29.9.2019, 1 ss., 2 osserva che «l'indagine sulla violenza di genere, se vuole essere efficace e utile, deve spostarsi da un prospettiva di semplice *policy* (…) a una prospettiva di autentica indagine causale».

86 F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, cit., p. 1 ss., nell'ambito di una trattazione del "diritto penale dell'uguaglianza", evidenzia come, fattispecie incriminatrici finalizzate al contrasto di ideologie culturali discriminatorie sono «colpite con pene davvero draconiane (…) [che rischiano di] investire anche fatti che nulla hanno di tutto ciò e rispetto ai quali nessuna esigenza di rafforzamento si pone».

87 Per tutti, F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., p. 1 ss.

88 V., *supra*, par., 1; nonché, F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., p. 1 ss., 5 ss., 10 ss.; sia pur con riferimento agli *hate crimes*, ed in specie al cosiddetto ddl Zan, per una prospettiva secondo cui «il riferimento al sesso (…) rend[erebbe] indiscutibile l'esigenza di una tutela rafforzata», v. L. Goisis, *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, in questa *Rivista*, 2-2021, p. 9 ss., 13; per una analisi critica che pone in connessione i fondamenti politico criminali, comuni, della legislazione in esame con quelli dei cosiddetti crimini d'odio, di cui agli artt. 604 *bis* e *ter* c.p., v., F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., 4 ss., 6, l'A. evidenzia che, qualora dovesse vedere la luce la riforma del 604 *ter* c.p., l'autore del reato "di genere" si troverà a dover rispondere due volte per la componente ideologica della propria condotta; sul tema, D. Pulitanò, *Potere della parola, parole del potere*, in *Sist. pen*., 18.11.2022, p. 1 ss., 13, afferma essere «ragionevole domandarsi se i benefici delle leggi contro l'istigazione all'odio non siano superati dagli svantaggi»; sul tema, si veda, M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenJus*, 2015, p. 14 ss., 19 ss.; Id., *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust*., 4/2015, p. 37 ss.

89 L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, in Aa.Vv., *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, a cura di P. Vulpiani, Roma 1988, p. 56 ss.; con riferimento al concetto di "discriminazione multipla, intersezionale o additiva", P. Femia, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir. I tematici*, vol. I - *Contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano 2021, p. 499 ss., 508, evidenzia come «ogni incremento di complessità (…) produce ulteriori distinzioni in una catena senza fine».

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Al fine di perseguire un'effettiva prospettiva di parità ed uguaglianza, tra i sessi e tra tutte le diverse manifestazioni di genere dell'umanità, potrebbe considerarsi dotato di maggiore effettività un sistema di tutela penale a binario unico[90], osservante della natura personalistica della nostra Costituzione.

Senza la necessità di ricorrere a nuovi *escamotage* propagandistici, mediante l'introduzione di norme speciali, sarebbe sufficiente, e legittimo, l'utilizzo di strumenti tradizionali; il riferimento è alle classiche circostanze aggravanti comuni, applicabili nelle ipotesi in cui il soggetto abbia agito «per motivi abietti e futili», con «crudeltà verso le persone», «con abuso di autorità o di relazioni domestiche, con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità», oppure, su tutte, profittando di condizioni di "minorata difesa".

Eppure, all'inverso, in sede applicativa, non è isolato l'utilizzo delle "attenuanti generiche" al fine di operare soluzioni discriminatorie e stigmatizzanti, contrarie, proprio, alla politica criminale, apparentemente, approntata dal legislatore.

Probabilmente, uno dei problemi da cui deriva la ineffettività di una politica criminale "speciale", casistica, che si ponga l'obiettivo di perseguire in maniera differenziata una certa categoria di aggressioni sta in una presunzione statica, aprioristica, dell'oggetto della violenza. Una politica criminale di tal fatta non tiene conto del dato secondo cui l'identità di genere deriva da una molteplicità, soggettiva, di fattori, tra cui le caratteristiche biologiche del soggetto – che non necessariamente determinano l'appartenenza ad uno dei due sessi biologici tradizionalmente riconosciuti, componenti il binarismo maschio/femmina –, le modalità mediante cui tali caratteristiche vengano percepite dal soggetto, le modalità mediante cui tali caratteristiche vengano espresse dal soggetto nel mondo esterno[91].

Data la fluidità del concetto di genere[92], sovente caratterizzato da una molteplicità di stereotipi, espressioni, "disforie", una tutela penale fondata sulla definizione di tale oggetto rischia di non avere grandi margini di effettività[93].

Ancor più, dall'affermazione di una necessaria tutela speciale delle donne, rischia di derivare un effetto, inverso, di rinvigorimento dello stereotipo di genere mediante cui "il maschio riafferma la propria sovranità"[94].

Interventi di tal fatta, rappresentando l'espressione di un approccio paternalistico[95], culturalmente confuso rispetto al problema, non riescono a risultare produttivi[96].

90 F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, cit., p. 1 ss.

91 Così, nell'ambito di un'approfondita analisi sulla identità di genere, e sui conseguenti effetti giuridici, F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss., 4; per una diffusa ed attuale trattazione dei molteplici profili giuridici che vi risultano connessi, si veda, M. Pelissero-A. Vercellone, *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino 2022.

93 Sul tema della "genderizzazione" del diritto penale, e sui relativi rischi in rapporto ad una lettura sistematica dell'art. 3 Cost., F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., p. 1 ss., 4, evidenzia come «la definizione della violenza di genere [risulti] strettamente correlata alla nozione di genere», di cui, 10 ss., espone le difficoltà definitorie, nonché, 12, la non "standardizzabilità" della relativa identità; sull'articolato rapporto tra i concetti di sesso e genere, e sulla definizione di "identità di genere" che può derivarne, opera un'accurata trattazione, che prende le mosse dal contenuto del cosiddetto ddl Zan, I. Fanlo Cortes, *Il ddl Zan e il nodo dell'identità di genere*, in questa *Rivista*, 2-2021, 37 ss.; sui profili di indeterminatezza che ne possono derivare sul piano penalistico, v. M. Pelissero, *Relazione conclusiva del Focus: il ddl Zan tra diritto penale, democrazia, pluralismo*, in questa *Rivista*, 2-2021, p. 68 ss., 69-70.

94 F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto "maschile" a difendere le donne*, cit., p. 1 ss., 5 ss., 10 ss.; si veda anche Id., *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss.

95 Per tutti, senza pretese di esaustività, S. Canestrari, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino 2014, p. 5 ss.; A. Cavaliere, *Introduzione a uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 3/2017, 1 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 922 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc., pen.*, 2007, p. 546 ss.; Id., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano 1991, p. 165 ss.; F. Mantovani, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, I, Bari 1994, p. 519 ss.; S. Moccia, *Bioetica o "biodiritto"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 1990, p. 863 ss.; D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2006, p. 55 ss. M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 ss.

96 F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto "maschile" a difendere le donne*, cit., 10; si veda anche Id., *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss.

Peraltro, quand'anche il legislatore fosse mosso dalle migliori intenzioni, è sempre la clausola di invarianza finanziaria ad accompagnare ogni intervento penale in materia.

Gli artt. artt. 5 e 6, l. n. 69 del 2019, ad esempio, prevedono, rispettivamente, la specifica formazione del personale di polizia impegnato nel trattamento degli autori dei "reati di genere", e la subordinazione della sospensione condizionale della pena alla partecipazione, da parte del condannato, a specifici percorsi con finalità di prevenzione, assistenza psicologica, recupero; eppure, l'art. 21 chiude la l. n. 69 del 2019, sancendo che «dall'attuazione delle disposizioni di cui alla presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»[97].

Inoltre, l'art. 18 l. n. 69 del 2019 abroga l'art. 5 *bis* co. 2 lett. d) l. n. 119/2013 in tema di "sicurezza e violenza di genere"[98] nella parte in cui prevedeva che venissero riservati un terzo dei fondi regionali per "i diritti e le pari opportunità"[99], «alla istituzione di nuovi centri e di nuove case-rifugio per contrastare il fenomeno della violenza contro le donne»[100].

Come noto, e già anticipato, il diritto penale arriva tardi, nella fase patologica del fenomeno, una effettiva politica di parità ed uguaglianza non può perseguirsi se non mediante un approccio multidisciplinare[101], che coinvolga i differenti settori dell'esperienza sociale, politica e del diritto, improntato ad investimenti, anche economici, finalizzati al superamento degli stereotipi che, avviluppando la società, non ne permettono il pieno sviluppo[102].

97 Art. 21, l. n. 69 del 2019, cit.

98 L. n. 119/2013, in *Gazz. uff*. n. 242 del 15.10.2013.

99 Si tratta del «Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, di cui all'articolo 19, comma 3, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, in *Gazz. uff*. n. 186 del 11.08.2006.

100 Sul tema, v., D. Russo, *Emergenza Codice rosso*, cit., 1 ss., 15 ss.; T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 51 ss.; F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto maschile a "difendere" le donne*, cit., p. 1 ss.

101 M. Donini, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in Aa.Vv., *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia - A. Cavaliere, Napoli 2016, p. 64 ss.; sulla necessità di un "diritto penale minimo, sussidiario", per tutti, A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale*, in *Delitti*, 1985, p. 443 ss.; F. Bricola *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela,* in *Studi in memoria di G. Delitala,* Vol. I, Milano 1984, pp. 99 ss., 101 ss.; L. Ferrajoli, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Crit. dir*., 2001, p. 44 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 174 ss.; Id., *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali, e politica criminale agli albori della postmodernità*, in Aa.Vv., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di Id., Napoli 2002, p. 123 ss.; C.E. Paliero, Minima non curat praetor. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985; C. Roxin, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius* 1966, 3, p. 36 ss., 37 afferma che «il diritto penale è un male necessario, se esso supera i limiti della necessità resta soltanto il male»; Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 2001, p. 37 ss.; per di più si consideri che l'art. all'art. 8 della Convenzione di Istanbul del 2011 afferma che «le parti stanziano le risorse finanziarie e umane appropriate per un'adeguata attuazione di politiche integrate, di misure e di programmi destinati a prevenire e combattere ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione»; all'esito dell'entrata in vigore della cosiddetta riforma Cartabia, d.lgs. n. 150/2022, risulta attuale l'interrogativo relativo al ruolo che potrà svolgere il "sottosistema del tutto alternativo della giustizia riparativa", riguardo alla cui natura ed ai relativi possibili profili di effettività si rinvia a R. Muzzica, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *Sist. pen*., 2/2023, p. 21 ss.

102 In tal senso, con specifico riferimento al tema che ci occupa, A. Portalupi-F.Villasi, *Presente e futuro della violenza di genere. A che punto siamo dopo il codice rosso*, cit., p. 89 ss.; D. Leotta, *Femminicidio* (Voce), cit., p. 1 ss.; M. Guerra, *La violenza di genere: l'attuale sistema di tutela penale alla luce dei più recenti interventi*, in *Cass. pen*., VI, 2015, p. 2117 ss.; con portata più ampia, per tutti, M. Donini, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, cit. p. 64 ss.; al riguardo, F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., p.6, evidenzia come «la principale modalità di conservazione della condizione di subalternità sociale ed economica delle donne passa attraverso la silente perpetrazione, all'interno delle famiglie, di modelli educativi differenziati per bambini e bambine», ed ancora - *ivi*, 18 - come «occorra contrastare fin dall'infanzia stereotipi di genere basati sul dominio del maschio eterosessuale (maschio alfa), come correlato all'identità maschile, e dunque virile».

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Commenti

*Francesca Brunetta d'Usseaux**

Il genitore è sempre genitore: la Corte Costituzionale austriaca e le coppie omoaffettive femminili

Sommario

1. La questione. – 2. Le coppie dello stesso sesso e i loro figli nel diritto austriaco. – 3. La procreazione medicalmente assistita. – 4. L'acquisizione dello *status* di genitore. – 5. La decisione della Corte.

Abstract

Nella coppia omoaffettiva femminile, entrambe le madri devono poter acquisire lo *status* genitoriale al momento della nascita del bambino, indipendentemente dal fatto che si sia utilizzata o meno la PMA, pena la violazione del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazione. Il ricorso ad altri strumenti per realizzare la genitorialità, come ad esempio l'adozione da parte della madre sociale, non risponde al superiore interesse del minore.

In the homo-affective female couple, both mothers must be able to acquire parental status at the time of the child's birth, regardless of whether or not PMA techniques have been used; otherwise there would be a violation of the principle of equality and the prohibition of discrimination. Recourse to other means of achieving parenthood, such as adoption by the social mother, does not serve the best interests of the child.

1. La questione

Prima dell'intervento della Corte Costituzionale del 30 giugno del 2022[1], il diritto austriaco distingueva, quanto all'acquisto dello *status* di genitore, tra coppie di sesso diverso e coppie omoaffettive. Se, nel primo caso, padre era considerato colui che era sposato con la madre al momento del parto[2], quando si trattava di coppie femminili, la partner della madre acquisiva la qualità di "altro genitore" (nella defi-

* Professoressa Associata di Diritto Privato Comparato, Università di Genova.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 *Verfassungsgerichtshof*, 30 giugno 2022, G 230/2021-20, consultabile in www.ris.bka.gv.at: la Corte ha affrontato la questione con un procedimento sollevato d'ufficio. Nel diritto austriaco infatti, i giudici costituzionali, oltre a decidere in via incidentale (qualora aditi da una corte inferiore o anche dal singolo cittadino nell'ambito del cd. *Individualverfahren*) e in via astratta (quando la questione di incostituzionalità sia stata posta da una serie di organi specificamente individuati dalla Carta costituzionale), possono anche sollevare la questione d'ufficio, con un *Prüfungsbeschluss*, nel caso nutrano dubbi circa la costituzionalità di una disposizione che deve essere applicata in un caso sottoposto al loro giudizio.

2 Secondo quanto stabilito dal § 144 ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, *JGS* 946/1811) intitolato "Discendenza dal padre e dall'altro genitore", padre è considerato l'uomo con il quale la madre è coniugata al momento del parto (sempre che non sia deceduto 300 giorni prima della nascita del bambino); padre è anche colui il quale abbia riconosciuto la paternità o la paternità del quale sia stata dichiarata giudizialmente.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

nizione legislativa) solo ed unicamente se la coppia aveva fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita (PMA)[3].

Questa pratica medica che consiste di diverse tecnologie riproduttive[4] era stata introdotta in Austria nel 1992[5] e, a seguito di una modifica intervenuta nel 2015[6], l'accesso, inizialmente previsto solo per le coppie eterosessuali coniugate, era stato ampliato per ricomprendervi anche le coppie femminili. Vista la nuova possibilità di procreare disciplinata e riconosciuta legislativamente, si era reso necessario modificare anche le disposizioni del codice civile dedicate all'acquisizione dello *status* genitoriale ed in particolare i §§ 144 e 145 ABGB: la madre intenzionale viene considerata altro genitore solo quando sia stata utilizzata la PMA per realizzare il progetto procreativo[7]; in caso contrario, per poter essere riconosciuta quale "altro genitore" dal diritto, deve ricorrere all'adozione.

Questa è la situazione sulla quale si innesta la decisione in commento: la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimi il § 144 ABGB e parte del § 145 ABGB perché ha ravvisato una violazione del principio di uguaglianza (*Gleichheitsgrundsatz*) *ex* Art. 7, I della Costituzione austriaca[8], così come degli artt. 8 e 14 CEDU, posto che l'acquisto dello *status* di genitore non deve dipendere dal modo in cui il figlio è stato concepito e dal tipo di coppia nel quale entra a far parte[9].

3 Infatti, il § 144 ABGB, al secondo comma, riprende specularmente la dizione del primo comma (vedi nota 2), ponendo come prima condizione per la cogenitorialità che la madre biologica si sia sottoposta a PMA tra i 300 e i 180 giorni prima della nascita. In questo caso, alla madre intenzionale, designata "altro genitore", si applicano analogamente tutte le disposizioni dettate per la figura paterna (e la paternità); questo in virtù della clausola generale inserita nel terzo comma del medesimo articolo. La problematica concernente l'acquisto della genitorialità nelle coppie femminili non è prerogativa dell'ordinamento austriaco; ad esempio in Francia, dove la nuova legge sulla bioetica del 2021 (su cui cfr. G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, in questa *Rivista*, 2022, 1, p. 88 ss) ha previsto la possibilità di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie dello stesso sesso femminili (oltre che per donne *single*), al fine dell'acquisizione dello *status* di genitore è richiesto un "riconoscimento congiunto anticipato", su cui si veda *A. M. Lecis Cocco Ortu, La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto,* in questa *Rivista*, 2021, 2, p. 102 ss.. Come noto, in Italia l'accesso alla PMA è precluso alle coppie dello stesso sesso, tuttavia la problematica è oggetto di dibattito anche nel nostro ordinamento, cfr. G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. 230/20*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 417.

4 Cfr. M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII.

5 *Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG)*, BGBl. Nr. 275/1992. Per la genesi della legge B. Hadolt, *Reproduktionstechnologiepolitik in Österreich: Die Genese des Fortpflanzungsmedizingesetzes 1992 und die Rolle von Expertinnen*, in *IHS Sociological Series Working Paper* 74, dicembre 2005, Wien. Su cui vedi meglio *infra*, nr. 3.

[redacted]

7 Il § 145 ABGB (Riconoscimento del padre e dell'altro genitore), richiede, tra le varie formalità che debbono essere espletate per il riconoscimento del figlio, che all'ufficiale di stato civile sia fornita prova del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

8 Art. 7.: "(1) Tutti i cittadini della Federazione sono eguali davanti alla legge. Privilegi di nascita, sesso, ceto, classe, confessione religiosa, sono esclusi", cfr. E. Greif, *Gleichgeschlechtliche Ehen in Österreich, Historische Entwicklung und aktuelle Rechtslage*, in *Benediktion von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften* E.Volgger/F.Wegscheider (Hrsg.), Regensburg, 2020, p. 22 ss.

9 La Corte ha stabilito che le disposizioni dichiarate incostituzionali, ovvero il § 144 ABGB e la seconda frase del § 145 ABGB, cesseranno di avere vigore il 31 dicembre 2023; i giudici hanno concesso al legislatore un lasso di tempo congruo, consci del fatto che la dichiarazione di incostituzionalità dei paragrafi citati comporta la necessità di interventi diversificati, se non di una rivalutazione complessiva dell'istituto della filiazione.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

2. Le coppie dello stesso sesso e i loro figli nel diritto austriaco

Per inquadrare correttamente la fattispecie pare opportuno richiamare, seppur succintamente, il percorso di tutela delle coppie dello stesso sesso e dei loro figli, attuato in Austria attraverso interventi sia legislativi sia giurisprudenziali, soprattutto della Corte costituzionale[10], in costante dialogo con la Corte europea dei diritti dell'Uomo[11]. Una pietra miliare è stata certamente la decisione *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010, la quale, nel ricomprendere anche le relazioni tra persone del medesimo genere nell'alveo della vita famigliare *ex* art. 8 Cedu[12], ha aperto la strada a profondi cambiamenti sia in Austria, sia in altri ordinamenti europei. Nel medesimo anno è stata introdotta la *eingetragene Lebenspartnerschaft*[13], l'unione civile per coppie dello stesso sesso, ricalcata sul modello tedesco; tre anni dopo, nel 2013, sempre grazie alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo e al caso *X e altri contro Austria*[14], si è permesso anche al partner o alla partner del medesimo genere del genitore biologico di adottare il di lui o di lei figlio, possibilità inizialmente non prevista dalla legge sull'unione registrata[15]. La procreazione medicalmente assistita, disciplinata, come già accennato, con legge dal 1992[16] e inizialmente ammessa solo per coppie di sesso diverso, è stata resa accessibile nel 2105 anche alle coppie di donne unite civilmente grazie all'ennesimo intervento della Corte Costituzionale[17], ripreso poi dal legislatore[18]. L'anno successivo è stata la volta della modifica alla disciplina dell'adozione congiunta: il *Verfassungsgerichtshof* ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di adozione congiunta di un bambino terzo rispetto alla coppia da parte dei partner registrati[19]. Le differenze tra unione civile e matrimonio si erano talmente affievolite[20] che, nel 2017, a seguito dell'ennesimo intervento dei giudici costituzionali[21], l'istituto matrimoniale è stato aperto anche alle coppie formate da persone del medesimo genere: la differenza allora esistente tra matrimonio, quale istituto riservato alle coppie eterosessuali, e unione civile, dedicata invece solo alle coppie dello stesso sesso, viola, secondo i giudici, il principio di uguaglianza contenuto nel già citato art. 7, I della Costituzione austriaca[22].

10 E. Gitschthaler, *Aktuelles aus dem österreichischen Familien- und Erbrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ* 2022, p. 1439: l'Autore segnala come le riforme legislative più rilevanti nel diritto di famiglia austriaco degli ultimi 15 anni siano state due, la legge sul cognome dei figli *KindNamRÄG* 2013 (*BGBl* I 2013/15) e la legge di modifica delle successioni *ErbRÄG* 2015 (*BGBl* I 2015/87); per il resto, l'evoluzione del diritto in questo settore è garantita fondamentalmente dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Nello stesso senso anche J. Pierer, *Abstammung*, in *Handbuch Familienrecht*, A. Deixler-Hübner (Hrsg.), Linde, 2020, p. 237.

11 La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'ordinamento austriaco, ha valore di legge costituzionale federale (*Bundesverfassungsgesetz*), cfr. E. Greif, *ivi*, p. 17 ss.

13 *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, *BGBl* I 135/2009 su cui N. Benke, *Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009. Weder Ehe noch Familie*, in *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht* 1, 2010, p. 19.

14 Corte Edu, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria,* reperibile in *Articolo 29*, www.articolo29.it.

15 Il legislatore è intervenuto modificando la disciplina delle adozioni con l'*Adoptionsrechts-Änderungsgesetzes* del 1° agosto 2013 (*BGBl*. I 179/2013); S. Falcetta, *La Corte di Strasburgo e la eteronormatività: una indagine comparativa delle sentenze Schalk and Kopf e X and Others contro Austria*, in *Articolo 29*, www.articolo29.it, 2014: secondo l'autrice, le due sentenze citate "hanno acquisito rilevanza primaria nell'indicare il grado di apertura e di attivismo giudiziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di matrimonio egalitario e second-parent adoption, rivendicazioni centrali nella piattaforma programmatica dei movimenti omosessuali europei".

16 Vedi *supra* nota 5.

17 VerfGH 10 dicembre 2013, G 16/2013 ua, consultabile in www.ris.bka.gv.at.

18 Vedi *supra* nota 6.

19 VerfGH 11 dicembre 2014, G119-120/2014- 12G, reperibile in www.ris.bka.gv.at su cui sia consentito il rinvio anche a F. Brunetta d'Usseaux, *La coerenza dell'ordinamento e l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso: la decisione della Corte costituzionale austriaca dell'11 dicembre 2014*, in questa *Rivista* 2015, p. 240.

20 Nel tempo erano state equiparate al matrimonio, ad esempio, anche la disciplina del doppio cognome e il requisito della presenza di testimoni alla cerimonia.

22 Di conseguenza, dal 1° gennaio 2019, il § 44 del codice civile, dedicato al matrimonio, non parla più di marito e moglie ma di "due persone" (*"Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwey Perso-*

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Il legislatore austriaco ha però omesso, fino ad ora, di intervenire in maniera più organica, lasciando così sussistere incongruenze, incertezze, se non veri e propri vuoti normativi[23]. Ad esempio, per quanto concerne la disciplina dell'acquisizione della paternità ex § 144, comma 1, prima parte, ABGB, è stabilito che padre sia considerato colui che è sposato con la madre al momento del parto[24]. Manca un riferimento al partner unito civilmente alla madre, tanto da chiedersi se anche quest'ultimo possa acquisire *ipso iure* lo *status* giuridico di padre qualora il bambino nasca nel perdurare dell'unione civile. Similmente si è posta la domanda se la moglie della madre acquisisca o meno lo *status* di "altro genitore", poiché il § 144, comma II, prima parte, ABGB contempla solo l'ipotesi dell'unione civile registrata: nonostante l'entrata in vigore del matrimonio per tutti nel 2019, manca una disposizione che regoli esplicitamente la genitorialità della madre intenzionale coniugata con la madre biologica. Sebbene si propenda, in entrambi i casi citati, per un'interpretazione costituzionalmente orientata della regolamentazione codicistica, in modo che sia il padre unito civilmente (e non solo il coniuge) sia la madre coniugata (e non solo la partner unita civilmente) acquisiscano automaticamente lo *status* di genitore a fronte della nascita di un bambino nella coppia, permangono problemi di coordinamento, in particolare proprio con riferimento all'*Abstammungsrecht*, alla filiazione, entrata nel mirino della Corte Costituzionale con la sentenza in commento[25].

3. La procreazione medicalmente assistita

La PMA era molto diffusa in Austria già dagli anni '70: si stima che nel 1985 siano stati 200 i bambini concepiti attraverso queste tecnologie riproduttive[26]. Con l'entrata in vigore della legge, nel 1992[27], è stato però normato l'intero procedimento: dal luogo in cui deve essere svolto l'intervento, ovvero istituti ospedalieri espressamente autorizzati, ai requisiti di forma per la necessaria autorizzazione dei futuri genitori, ai tempi e modi di una eventuale revoca del consenso[28]. L'approccio iniziale era stato restritti-

nen gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten"). Analogamente la legge sulle unioni civili stabilisce che *"Eine eingetragene Partnerschaft kann begründen, wer volljährig und entscheidungsfähig ist"* (L'unione registrata può essere conclusa da chi sia maggiorenne e capace di intendere e di volere), con obliterazione di qualsiasi riferimento al genere. S. Ferrari/B.A. Malatschnig, *Aktuelle Entwicklungen im österreichischen Familien- und Erbrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2021, p. 1446 ss: la tendenza alla pressoché totale "equiparazione" tra matrimonio e unione civile è criticata da parte della dottrina, che avrebbe auspicato invece il mantenimento dell'unione civile quale vera alternativa al matrimonio; i dati testimoniano tuttavia il successo dell'istituto, il cui numero è triplicato nel 2019 rispetto all'anno precedente, con una percentuale di 90 % di unioni tra persone di sesso diverso.

23 Questa la critica di C.Kohler/W.Pintens, *Entwicklungen im europäischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2021-2022*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2022, p. 1405, così anche T. Maier, *Ehefrau und eingetragene Partnerin der Mutter als Elternteil auch ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung? Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 144 Abs 2 Z 1 ABGB*, in *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht* (EF-Z) 2019, p. 210.

24 Per il testo completo della disposizione vedi *supra*, nota 2.

25 Per analoghi rilievi nell'ordinamento tedesco cfr. A. Schwonberg, *Diskussionsteilentwurf fur ein Gesetz zur Refom des Abstammungsrechts, Ein Überblick*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ*, 2019, p. 1303: anche in Germania infatti la necessità di riorganizzazione del diritto di famiglia e soprattutto un ripensamento del diritto della filiazione è unanimemente condivisa; il Ministero federale della giustizia e per la tutela dei consumatori ha presentato, nell'aprile del 2019, un progetto che si fonda sull'assunto che le disposizioni del BGB in tema di filiazione non siano più rispondenti alle esigenze delle varie costellazioni famigliari che si vanno via via creando e nelle quali la genitorialità genetica, sociale, biologica e giuridica sono sempre più slegate le une dalle altre. Il progetto dovrebbe servire anche a colmare le lacune e risolvere i dubbi che si sono creati a seguito dell'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, dato che il legislatore non avrebbe valutato tutte le ricadute che ci sarebbero state sullo *status* di genitori e figli.

26 W. Posch, *Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie*, Gutachten, 10. ÖJT, Bd. I/5, 1988, p. 8.

27 Cfr. *supra*, nota 5.

28 Il consenso all'utilizzo della tecnica di procreazione medicalmente assistita deve essere scritto; nel caso di partner di un'unione civile l'autorizzazione deve assumere la forma di atto notarile, formalità necessaria peraltro anche quando vengano utilizzati gameti di un soggetto terzo rispetto alla coppia. La donna può revocare il consenso fino al momento dell'impianto; per l'uomo vale invece la regola per cui la revoca del consenso è permessa fino al momento dell'unione dei gameti maschili e femminili.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

vo[29]: l'accesso alle diverse tecniche di PMA era permesso solo a coppie di coniugi o conviventi di sesso diverso ed era vietata l'inseminazione eterologa. Eccezionalmente poteva essere utilizzato il seme di un terzo donatore, ma solo qualora coniuge (o partner) fossero affetti da sterilità (§ 2 *FMedG*).

La disciplina è rimasta pressoché immutata fino all'intervento della Corte costituzionale del dicembre 2013[30], che ha affrontato alcune delle problematiche appena indicate. Secondo i giudici, ad esempio, il fatto che l'accesso alla PMA fosse permesso alla coppia convivente, se di sesso diverso e non invece alla coppia unita civilmente, qualora dello stesso sesso, è una distinzione priva di senso, perché l'unione civile offre un quadro relazionale decisamente più stabile rispetto alla mera convivenza. Si tratta di una scelta incoerente che intacca la rilevanza dell'istituto dell'unione civile registrata. Inoltre, il presupposto legislativo per cui l'accesso alla PMA eterologa era consentito solo a fronte di una diagnosi medica di sterilità del coniuge o del partner maschile, escludeva qualsiasi possibilità legale di accesso alla procreazione medicalmente assistita alla donna *single* o facente parte di una coppia omoaffettiva: ciò costituiva una differenza di trattamento ingiustificata e discriminatoria. Il legislatore, come già accennato sopra, ha fatto proprie queste considerazioni modificando nel 2015 la disciplina della PMA permettendo, per quanto qui di interesse, l'accesso anche alle coppie femminili, sia unite civilmente sia semplicemente conviventi.

4. L'acquisizione dello status di genitore

Una volta ammesso che le coppie formate da persone del medesimo genere femminile possono concepire ricorrendo alle tecniche di PMA, si è reso necessario modificare anche le disposizioni, contenute nel codice civile, concernenti l'acquisizione dello *status* di genitore. Si è previsto, quindi, l'inserimento di un secondo comma al § 144 ABGB, il quale, ricalcando la disciplina contenuta in riferimento alla figura paterna, stabilisce che la madre intenzionale, parte del progetto procreativo, è considerata automaticamente "altro genitore", quando il bambino nasca in costanza di unione. Così facendo, anche la coppia omoaffettiva può godere della protezione accordata alla "soziale Familie" come una coppia eterosessuale, con conseguente tutela anche del minore rispetto ad eventuali ingerenze di terze parti nella famiglia stessa[31]. Tuttavia, solo alla condizione già più volte ricordata per cui la co-mamma può essere considerata "altro genitore" solo a fronte del ricorso, da parte della madre gestante alla PMA nel lasso di tempo di 300-180 giorni prima della nascita.

Quando invece il minore sia stato concepito con mezzi diversi, come ad esempio una donazione privata[32] o sia nato da un rapporto sessuale occasionale, l'istanza di genitorialità della madre intenzionale

29 Per completezza si ricorda qui che la legge contiene anche un esplicito divieto di gestazione per altri (§ 3 punto 3 *Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG*), su cui cfr. F. Teichmann, *Umgehungsmöglichkeiten des Leihmutterschaftsverbots in Deutschland, Österreich und der Schweiz am Beispiel der Ukraine*, *Medstra*, 2022, p. 93: a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, il diritto austriaco prevede però la responsabilità penale solo del medico che infranga il divieto di gestazione per altri contenuto nel § 3 della legge. E. Bernat, *ivi*, p. 274 segnala come la Corte costituzionale austriaca abbia decretato che, indipendentemente dal divieto di gestazione per altri previsto dalla legge, eventuali atti giuridici stranieri che indichino i genitori intenzionali quali genitori giuridici, vadano riconosciuti nell'ordinamento austriaco (VfGH 14 dicembre 2011 -B 13/11-10, in www.ris.bka.gv.at), non essendo tali atti contrari all'ordine pubblico; così anche J. Pierer, *ivi*, p. 255. Questa interpretazione, discussa in dottrina, corrisponde anche alla posizione assunta dal *Bundesgerichtshof* tedesco (BGH 10 dicembre 2014 – XII ZB 463/13, in www.juris.bundesgerichtshof.de). Per quanto riguarda l'Italia cfr., da ultimo Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 30 dicembre 2022 n. 38162 che invece indica l'adozione in casi speciali quale strumento atto a riconoscere la genitorialità del padre d'intenzione, su cui si veda l'approfondimento in *Famiglia e Diritto*, 5, 2023, p. 408 ss, con nota introduttiva di M. Sesta e contributi di G. Recinto, M. Dogliotti e A. Spadafora. Per una panoramica delle diverse regolamentazioni in ottica comparata vedi J. Valc, *Rechtlicher Rahmen der Leihmutterschaft in Vergleichsperspektive*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 2022, p. 166.

31 J. Pierer, *ivi*, p. 243: il diritto austriaco si basa sul principio della *soziale Abstammung*, che tradotto letteralmente significa "discendenza sociale"; la legge contempla l'esistenza di casi in cui discendenza biologica e giuridica non coincidono, dando però prevalenza alla seconda, a tutela della famiglia nel suo complesso e soprattutto del minore. Qualora si renda necessario, le parti interessate hanno i mezzi atti a far accertare la verità biologica: tuttavia, sempre a tutela del minore, il diritto ad esercitare l'eventuale azione di riconoscimento non è in capo al padre biologico, ma necessita dell'autorizzazione del figlio stesso (nel caso di minore età con il sostegno degli enti preposti e con assenso della madre), *ivi*, p. 289.

32 Nell'area tedesca il termine utilizzato è *Becherspende*, donazione effettuata attraverso la raccolta del seme maschile, letteralmente, "in un bicchiere", cfr. E. Bernat, *ivi*, p. 271 (nella terminologia di *commom law*, si tratta dei cd. *turkey baster babies*.).

deve attuarsi attraverso la *Stiefkindadoption* (§ 197, comma 4, ABGB), quindi attraverso il meccanismo dell'adozione del figlio della coniuge o della partner registrata. Il dato legislativo ci restituisce, quindi, un quadro di regole diverse sull'acquisto dello *status* di genitore a seconda che ci si muova all'interno di coppie di sesso diverso o formate da persone del medesimo genere.

La diversa disciplina era stata giustificata all'epoca dell'entrata in vigore delle disposizioni con argomentazioni riprese anche dal governo austriaco nella sentenza in commento: sarebbero diverse, e quindi non confrontabili, le situazioni di partenza. La presunzione di paternità si fonda sulla naturale predisposizione dell'uomo al concepimento, a differenza di quanto accade nella coppia di donne[33]: questo giustificherebbe regole più stringenti in questo secondo caso. Inoltre, si deve assicurare al bambino il diritto di avere contezza della propria ascendenza genetica: ciò sarebbe possibile solo se il concepimento avvenisse all'interno di un procedimento normato come quello della PMA[34].

Per contro, l'abbandono del "criterio di collegamento" della procreazione medicalmente assistita creerebbe una situazione di obiettiva incertezza per il minore: sarebbe estremamente difficoltoso determinare i legami di filiazione qualora, ad esempio, la co-mamma non fosse neanche unita civilmente alla madre gestante; andrebbe inoltre ripensata la complessiva regolamentazione del disconoscimento di paternità e maternità, attualmente basata sull'esistenza o meno del legame genetico[35].

Il compromesso tra interesse pubblico alla certezza degli *status* e tutela del minore può evidentemente tollerare il fatto che un bambino nato in una coppia eterosessuale acquisisca "d'ufficio" due genitori, madre e padre (quest'ultimo, peraltro, anche in assenza di un legame biologico, che non viene verificato), diversamente da quello che accade per il minore che nasca in una coppia di donne, che acquisisce una sola figura genitoriale, a meno che non si possa fornire la prova dell'avvenuta PMA.

A sostegno dell'impianto legislativo così delineato, il governo austriaco, sempre nel parere fornito alla Corte Costituzionale nella sentenza qui in commento, richiama anche l'esperienza tedesca. In Germania, dal 1° ottobre 2017[36] qualsiasi coppia, sia di sesso diverso sia formata da persone del medesimo genere, può contrarre matrimonio. Anche in questo ordinamento però, solo il coniuge maschile diventa automaticamente padre al momento della nascita: la chiara dizione del § 1592 BGB che parla espressamente di *Vater,* esclude l'applicazione analogica della regola alla coppia di coniugi femminili. In Germania quindi, la coniuge della madre, *de lege lata*, può ottenere il ruolo di secondo genitore solo attraverso la *Stiefkindadoption*, l'adozione del figlio del coniuge[37]. Per la Corte Federale di Cassazione tedesca[38] un legame di discendenza biologica può essere dato per presupposto solo in caso di paternità, cosa che invece non è possibile nella coppia femminile; questo renderebbe le due situazioni differenti, eliminando

33 Cfr. i lavori preparatori *Erläuterungen zur RV des FMedRÄG* 2015, 445 BlgNR 25. GP, 12 s., su cui anche J. Pierer, *ivi*, p. 288: nelle unioni tra persone dello stesso sesso genitorialità giuridica genitorialità biologica necessariamente non coincidono, da qui la diversa disciplina della filiazione.

34 § 20, comma 2, *FMedG*. In realtà, non essendo la madre obbligata a fornire le informazioni richieste non è assicurata la realizzazione dello scopo della norma (cfr. sentenza in commento, p. 6).

35 La questione è stata affrontata nell'ordinamento tedesco da OLG Stuttgart, 7 aprile 2022, 11 UIF 39/22, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2022, p. 1292 con nota di P.M. Reuβ: un bambino era stato concepito con gameti donati privatamente da un uomo ad una coppia femminile coniugata; sia la madre intenzionale sia il donatore rivendicavano il proprio diritto ad essere indicati come genitore del minore. L'uomo aveva richiesto l'accertamento giudiziale della propria paternità, che era stata dichiarata a seguito dell'effettuazione del test del DNA (occorre rammentare che nell'ordinamento tedesco l'accertamento della paternità del donatore è escluso solo in caso di ricorso a tecniche di fecondazione artificiale come disciplinate dal *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG*), del 3 dicembre 1990, in *BGBl* 1990 I, p. 2746 e non invece nel caso di donazione di gameti tra privati). I giudici non hanno ravvisato profili di illegittimità costituzionale ed in particolare del principio di uguaglianza perché nella fattispecie, l'azione per il riconoscimento della paternità da parte del donatore/padre genetico è permessa sia rispetto alle coppie eterosessuali sia rispetto a quelle dello stesso sesso. Nella nota di commento indicata, l'Autore auspica che quando finalmente il legislatore tedesco vorrà affrontare la questione della filiazione in maniera organica, venga presa in considerazione anche la problematica appena citata, con esclusione della possibilità di riconoscimento di paternità ex § 1600 BGB.

36 *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschiessung für Personen gleichen Geschlechts*, del 20 luglio 2017, BGBl 2017, I, p. 2787.

38 BGH, 10 ottobre 2018, XII ZB 231/18, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ,* 2018, p. 1919 con nota critica di A-M. Kaulbach/C. Pickenhahn/H. von Scheliha, *Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ,* 2019, p. 768, secondo le quali sussisterebbe una violazione dell'art 3, II, prima frase GG. Cfr. anche E. Bernat, *Die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das während aufrechter Ehe zweier Frauen geboren wird, Überlegungen aus Anlass von BGH 10.10.2018, XII ZB 2311181*, in *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht* (EF-Z), 2019, p. 200.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

alla radice qualsiasi intento discriminatorio. Non si tratterebbe neanche di una lacuna legislativa, che il giudice sarebbe chiamato a colmare: non era nelle intenzioni del legislatore equiparare le coppie di sesso diverso e quelle composte da persone dello stesso genere quanto alla filiazione, che non può essere considerata alla stregua di un effetto del matrimonio.

5. La decisione della Corte

La seppur articolata e puntuale argomentazione del governo austriaco anche con riferimento alla vicina esperienza tedesca non convince la Corte Costituzionale. Non si discute del fatto che, dal punto di vista del concepimento, sussistano differenze tra coppie eterosessuali e coppie formate da persone dello stesso sesso: tuttavia, il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazione hanno proprio lo scopo di impedire che ad una differenza basata sul genere e sull'orientamento sessuale siano collegate conseguenze giuridiche diverse. Nel caso della coppia di donne, la madre biologica viene posta di fronte ad un'alternativa: o si avvale della procreazione medicalmente assistita e ottiene la tutela della propria famiglia "sociale", oppure attua la propria libertà di scelta procreativa, ma perde il conseguente diritto. La disciplina legislativa non regge neanche il vaglio alla luce del principio del superiore interesse del minore, previsto esplicitamente dalla Legge costituzionale federale sui diritti dei bambini del 2011[39]: non si comprende come il concepimento attuato con l'uno o con l'altro mezzo possa attribuire in un caso e sottrarre nell'altro, diritti di cura, diritti di mantenimento, diritti ereditari. Il minore che nasce in una coppia dello stesso sesso femminile, per poter avere due genitori, deve sperare che la madre intenzionale richieda l'adozione: ma, se da un lato nessun obbligo incombe sulla donna, dall'altro non si tratta neanche di una via sempre percorribile[40].

Sono queste le argomentazioni che portano i giudici costituzionali austriaci alla dichiarazione di incostituzionalità dei §§ 144 ABGB e 145 ABGB (nella parte in cui fa rifermento alla documentazione necessaria per attestare l'avvenuta PMA)[41].

La decisione si colloca nel solco della ormai costante giurisprudenza della Corte che, come si è visto *supra*, in applicazione del principio di uguaglianza ex art. 7 della Costituzione sta, ormai da anni, sottraendo terreno alle differenze di trattamento tra coppie eterosessuali e coppie dello stesso sesso.

L'abrogazione del § 144 ABGB costringe il legislatore, che non pare sempre pronto a recepire i cambiamenti nella società, ad un intervento entro la fine di quest'anno.

39 *Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern*, 15 febbraio 2011 BGBl. I 4/2011, art. 1: *"Jedes Kind hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein"*. Art. 2, primo comma: "*Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen*".

40 Per il diritto italiano si veda Corte Costituzionale 9 marzo 2021, n. 32, in *Articolo 29*, www.articolo29.it: nel caso di specie, come noto, a fronte del concepimento di due gemelle nate attraverso il ricorso alla PMA in una coppia di donne, la madre intenzionale non può procedere all'adozione per la mancanza di assenso della madre biologica: i giudici costituzionali segnalano l'evidente peggiore condizione in cui versano i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne "rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo", situazione che compromette la tutela dei loro interessi; cfr. A. Schillaci, *Non imposta né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in questa *Rivista*, 2021, n.2, pp. 1 ss. Il problema che pone l'alternativa del ricorso all'adozione è ben delineato da S. Stefanelli, *Stato giuridico e parentale del minor adottato nei casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.* in questa *Rivista*, 2023 (*online first*): l'Autrice, pur muovendo dai diversi presupposti del nostro ordinamento quanto alla possibilità di ricorso alla PMA, mette in evidenza che la "via alternativa all'adozione", tutt'ora preferita anche dal legislatore italiano, sembrerebbe contraddire l'esigenza di tutela e protezione del minore; per lo meno nei casi in cui il genitore intenzionale dovesse decidere di avvalersi del suo "diritto di ripensamento", non richiedendo l'adozione, ad esempio per eventuali malattie che affliggono il nato oppure per il venir meno del rapporto con l'altra parte del progetto procreativo.

41 Per un approfondimento di analoga problematica in Germania, cfr. P.M. Reuβ, *Das Abstammungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ* 2021, p. 824: vista l'inerzia del legislatore quanto alla riforma della filiazione, potrebbe essere la Corte Costituzionale Federale a fungere nuovamente da traino. L'Oberlandesgericht Celle (OLG Celle 24 marzo 2021 – 21 UF 146/20 in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2021, p. 862) e il *Kammergericht* Berlino (24 marzo 2021 – 3 UF 1122/20 in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2021, p. 854) hanno sollevato questione di legittimità costituzionale del § 1592 BGB, perché non permette l'automatico acquisto della genitorialità della coniuge o compagna femminile della madre, diversamente da quanto accade per il padre, lamentando la violazione degli artt. 3 e 6 *Grundgesetz*.

Le opzioni sembrano essere due: se si muove dall'assunto della correttezza di una disciplina per cui, in assenza di ricorso alla PMA, non sia permesso l'automatico acquisto della genitorialità da parte del o della coniuge, partner o convivente della madre, si potrebbe neutralizzare il profilo di discriminazione ad oggi esistente tra coppie dello stesso sesso e coppie eterosessuali applicando la medesima disciplina anche alle seconde. Il ricorso all'inseminazione "privata" dovrebbe escludere l'automatico riconoscimento della "seconda" genitorialità, indipendentemente dal fatto che sia quella paterna o quella materna[42]. La seconda opzione sarebbe invece quella di prescindere dal diverso metodo procreativo utilizzato per l'attribuzione della genitorialità[43]: si imporrebbe però la revisione di una serie di disposizioni legislative, al fine di assicurare che la scelta procreativa, seppur attuata al di fuori del percorso di PMA, sia responsabile e durevole[44].

L'auspicio è che questa decisione sia lo spunto per un intervento sulla filiazione che metta al centro l'uguaglianza dei figli, comunque concepiti, che permetta l'individuazione univoca delle figure genitoriali del minore[45] con disposizioni chiare, e che, sottraendo il legame di filiazione alla disponibilità delle parti in causa[46], realizzi relazioni stabili realizzando così veramente il miglior interesse del minore.

42 Così C. Fischer-Czermak, *Reform des Anerkenntnisses der Vaterschat/Elternschaft, Überlegungen aus Anlass VfGH 30.6.2022, G 230/2021-20*, in *Österreichische Juristenzeitung* 2022, p.1035: rimangono delle perplessità quanto poi all'effettiva attuazione della disciplina.

43 J. Pierer, *Abstammungsrecht fur gleichgeschlechtliche Paare verfassungswidrig*, in *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht* 2022, p. 115.

44 Tra tutte, la disciplina del disconoscimento di genitorialità, che non potrebbe più fondarsi sull'assenza di un legame biologico, posto che, come già più volte ricordato, nelle coppie dello stesso sesso la filiazione biologica e quella giuridica divergono sempre, analogamente peraltro a quanto accade nel caso di donazione di gameti maschili da parte di un terzo, fattispecie in cui è esclusa la possibilità di disconoscimento del nato.

45 Cfr. U. Pesendorfer, *Elternschaft der eingetragenen Partnerin/Ehegattin der Mutter- Einschränkung auf medizinisch unterstützte Fortpflanzung verfassungswidrig*, in *Interdisziplinäre Zeitschrift Familienrecht IFam*, 2022, p. 229. Per l'esperienza tedesca cfr. D. Coester-Waltjen, V. Lupp, P.M. Reuβ, E. Schumann, B. Veit, *Göttinger Aufruf zur Modernisierung des Abstammungsrechts*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2021, p. 1790.

46 D. Coester-Waltjen, *Die Herausforderung der Reproduktionsmedizin für das deutsche Abstammungsrecht, in Forum Familienrecht* 2022, p. 279: con riferimento al diritto tedesco, l'Autrice ricorda come la necessità di riforma della filiazione non dipenda solo dal progresso medico quanto alle tecniche di procreazione e neanche dal riconoscimento delle coppie dello stesso sesso come fondamento di famiglia e matrimonio: il ripensamento necessario è più generale ed investe la filiazione a partire dalle mutate concezioni sociali rispetto a sessualità, relazioni di coppia e genitorialità.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

*Anna De Giuli**

Ridefinire il concetto di violenza sessuale in una prospettiva sistemica. La recente normativa spagnola a tutela della libertà sessuale.

Sommario

1. Introduzione. – 2. La "violenza sessuale" come forma di discriminazione. – 3. Per una risposta integrale alla violenza sessuale. – 3.1. Politiche pubbliche e prospettiva sistemica alla violenza: quali strumenti di contrasto alla violenza? – 4. Su (alcune) modifiche al Codice penale spagnolo. – 4.1. Gli abusi sessuali come forme di violenza sessuale. – 4.2. Quale modello di consenso per l'ordinamento giuridico spagnolo?

Abstract

Di recente è stata approvata in Spagna la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* che si propone di affrontare il fenomeno della violenza sessuale secondo una prospettiva sistemica, col fine di adeguare l'ordinamento giuridico spagnolo agli obblighi assunti con la *Convenzione di Istanbul*. Il presente contributo intende mettere in evidenza come la legge rappresenti una risposta integrale e trasversale alla "cultura" della violenza sessuale. Nel compiere ciò, dapprima si prenderà in considerazione la nozione di violenza sessuale in essa elaborata. In secondo luogo, verranno evidenziati gli strumenti di contrasto da sviluppare nelle politiche pubbliche, riconducibili ad un'ottica sistemica. Infine, sarà dedicata una specifica attenzione alle modifiche introdotte dalla nuova redazione dell'art. 178 del Codice penale spagnolo, con particolare riguardo all'eliminazione della fattispecie di *abuso sexual* e alla definizione di consenso.

Recently, the Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, whose purpose is to deal with the phenomenon of sexual violence from a systemic perspective, has been passed in Spain with the aim to align the Spanish legal system with the obligations assumed with the Istanbul Convention. This essay intends to highlight how the law represents an integral and transversal response to the "culture" of sexual violence. To do so, the notion of sexual violence elaborated on the law will be examined. Secondly, a focus will be put on the contrast tools that should be developed in public policies, which are derived from a systemic point of view. Lastly, special attention will be directed to the modifications introduced in the new drafting of the art. 178 of the Spanish Penal Code, from the elimination of the case of abuso sexual to the definition of consent.

* Dottoranda di ricerca in Filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", Università degli Studi di Milano.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione

La *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* (d'ora in poi *LO Libertad sexual*) è stata pubblicata il 7 settembre 2022[1], nel numero 215 del *Boletin Oficial del Estado* (BOE), ed è entrata in vigore nell'ordinamento spagnolo a partire dal 7 ottobre 2022, fatte salve le eccezioni previste nella Venticinquesima Disposizione finale[2]. Questa legge trova la sua giustificazione sia nelle evidenze statistiche, che fanno emergere come la violenza sessuale colpisca le donne in maniera sproporzionata[3], sia nella necessità di ottemperare agli obblighi previsti dalla *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica* (d'ora in poi *Convenzione di Istanbul*)[4] e ad alcune misure definite nel *Pacto de Estado contra la Violencia de Género* adottato nel 2017[5].

La *LO Libertad sexual* si propone, da un lato, di costituire una cornice normativa stabile e chiara che possa garantire il principio di sicurezza giuridica e la coerenza interna dell'ordinamento e, dall'altro, di adottare un approccio "integrale" – come si evince dallo stesso titolo della legge – al diritto alla libertà sessuale e all'eliminazione delle violenze sessuali, oggetto della normativa. Si tratta di obiettivi ambiziosi che si riflettono sia sul suo rango normativo che sulla metodologia intersezionale promossa[6].

Per quanto concerne il sistema delle fonti, si tratta di un atto normativo che, in virtù dell'art. 81 *Constitución española* (d'ora in poi Cost. Es.), assume la forma di legge "orgánica" in quanto la disciplina in essa prevista incide su alcuni diritti fondamentali[7]. Infatti, essa si propone di proteggere in maniera integrata e trasversale[8] il bene giuridico della libertà sessuale, intesa sia in termini "positivi", come auto-

1 Il presente contributo ha ad oggetto l'analisi della *LO Libertad sexual* nella versione menzionata nel corpo del testo. Gli indesiderati effetti determinati dalla modifica della fattispecie di *agresión sexual* – quali le scarcerazioni e le diminuzioni di pene – verificatesi a fine 2022, nonché le riforme normative avvenute nel 2023, non sono stati menzionati nel testo, poiché posteriori alla redazione e presentazione dell'articolo qui proposto.

2 In concreto, la disposizione prevede un termine di 6 mesi dalla data di pubblicazione nel BOE per l'applicazione del Capitolo I ("Alcance y garantía del derecho") del Titolo IV ("Derecho a la asistencia integral especializada y accesible") e del Titolo V ("Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad"), e posticipa l'applicabilità dell'art. 33 lett. e («Asesoramiento jurídico previo y asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita») alla futura modifica della *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita,* richiesta dalla Ventunesima Disposizione finale. Secondo quanto previsto dalla Venticinquesima Disposizione finale, tale progetto di riforma dovrà essere presentato entro un anno dalla data di pubblicazione nel BOE della *LO Libertad Sexual*.

3 Sul punto, oltre ai dati derivanti dalla *Macroencuesta sobre Violencia Contra la Mujer del año 2019* riportati nel Preambolo, nella *Memoria del Analisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica De Garantía Integral de la Libertad Sexual* (MAIN), alle pp. 59-64, vengono riportati i dati derivanti da diversi documenti, tra cui: *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual de 2018*; *Informe sobre Violencia contra la Mujer 2015-2019 del Portal de la Criminalidad del Ministerio del Interior*; *Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2019*.

4 Il *Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence* (GREVIO), quale organo di esperte ed esperti indipendenti che monitorano e valutano l'implementazione della *Convenzione di Istanbul* nelle legislazioni degli Stati parte, ha formulato delle raccomandazioni alla Spagna nel 2020, richiedendole di intervenire sul quadro normativo riguardante la violenza sessuale, di prendere in considerazione le forme di discriminazione intersezionale e di rinforzare la formazione dei professionisti, tra le altre. GREVIO/Inf(2020)19, *Baseline evaluation report. Spain*, Adopted on 15 October 2020, Published on 25 November 2020.

5 All'interno del *Pacto de Estado contra la Violencia de Género*, oltre alle misure che si riferiscono alla corretta applicazione della Convenzione di Istanbul (Misure 103 e 104), si segnalano, in particolare, quelle relative ai servizi di attenzione alle vittime di violenza (Misure 164, 252 e 253), e quelle che promuovono le attività di sensibilizzazione e formazione (Misure 250, 254 e 255). Il *Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género* è disponibile al link: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf.

6 Quest'ultima verrà presa in considerazione nel paragrafo 3.1.

7 In tal senso, nel linguaggio giuridico spagnolo si usa l'espressione "reserva de ley orgánica", talvolta accompagnata da "por razones de materia", per riferirsi all'art. 81 Cost. es. che individua al primo comma le materie che devono essere disciplinate solo con Ley Orgánica, soggette ad una maggioranza qualificata (secondo comma). Art. 81 Cost. es.: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

8 Sulla rilevanza dell'adozione di questo rango normativo, sembra opportuno riportare la riflessione di Juana Maria Gil Ruiz con riferimento alla *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (d'ora in poi *LO Violencia de Género*): «En este sentido, elevar a categoría de Ley Orgánica el esfuerzo legislativo por eliminar dicha lacra social, significa reconocer el derecho fundamental de las mujeres como ciudadanas a poder vivir en paz; así como

determinazione nel prendere decisioni legate alla sessualità, sia in termini "negativi", come non costrizione a compiere atti sessuali[9]. La libertà sessuale, pur non essendo esplicitamente prevista nella Cost. Es., viene ricondotta nell'ambito dei valori fondamentali della dignità (art. 10 Cost. Es.), dell'eguaglianza (art. 14 Cost. Es.), della vita e dell'integrità fisica e morale (art. 15 Cost. Es.) e della libertà e sicurezza (art. 17 Cost. Es.). Tuttavia, il carattere "orgánico" è limitato, così come definito dalla Diciassettesima Disposizione finale, alle disposizioni contenute nel Titolo Preliminare[10] e solo ad alcune Disposizioni finali[11], mentre le restanti disposizioni hanno rango ordinario[12].

È possibile individuare due parti nella struttura della legge[13]: la prima, che coincide con gli otto Titoli che la compongono, riguarda i meccanismi di indagine, prevenzione e (in)formazione sul fenomeno della violenza sessuale e sui diritti riconosciuti alla vittima; la seconda, può essere individuata nelle disposizioni finali, che rivestono una speciale importanza in ragione delle modifiche normative ivi prefigurate, finalizzate a restituire conformità all'ordinamento giuridico spagnolo. Sul punto, pare interessante notare quanto sia frequente ricondurre – o, meglio, ridurre – la radicale trasformazione perseguita dalla *LO Libertad sexual* alle disposizioni finali e, in particolar modo, alla modificazione di fattispecie di reato nel Codice penale (CP) spagnolo, tant'è che a livello mediatico tale legge è nota come "La Ley del Solo Sí es Sí". Attribuendole questa denominazione, viene, però, totalmente oscurato il profondo cambio di paradigma in essa promosso, che risiede nello sviluppo di un concetto di violenza sessuale in chiave sistemica, come sarà specificato successivamente nel testo.

Nel contributo qui proposto si procederà, in primo luogo, all'analisi della nozione di violenza sessuale adottata dalla *LO Libertad sexual*, come parte di un processo di comprensione del fenomeno nei suoi termini strutturali, iniziato già nel 2004 (2); in secondo luogo, verrà presentata la risposta integrale data dalle politiche pubbliche (3), evidenziandone gli elementi più significativi (3.1). Infine, dopo aver presentato alcune modifiche apportate al CP (4), l'attenzione sarà rivolta alla nuova redazione dell'art. 178 CP con particolare riguardo all'unificazione delle fattispecie di *abuso sexual* e *agresión sexual* (4.1) e alla definizione di consenso (4.2). L'obiettivo non sarà quello di trattare in maniera esaustiva tutti i cambiamenti introdotti dalla legge, bensì fornire una comprensione della prospettiva sistemica in essa promossa alla luce del contesto giuridico di riferimento.

abordar dicha problemática de manera integral, implica reconocer que la Violencia de género es algo más que la estricta "violencia doméstica"». J.M. Gil Ruiz, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, 2008, p.15.

9 La compresenza della "libertà di" e della "libertà da" nella definizione di libertà sessuale rimanda a Bobbio. Sul punto l'Autore afferma «affinché si possa dire che un'azione è libera basta il fatto negativo di non essere impedita o costretta; affinché si possa dire che è libera la volontà occorre non già il fatto negativo di non essere determinata, ma il fatto positivo di essere autodeterminata» N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995, p. 66.

10 Il Titolo Preliminare comprende l'oggetto e la finalità della legge (art. 1), i principi guida (art. 2) e l'ambito di applicazione (art. 3).

11 In concreto, sono le seguenti disposizioni finali: la Prima (par. 1) in cui si aggiunge un secondo comma all'art. 13 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; la Seconda che modifica la *LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación*; la Quarta che modifica la *LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*; la Sesta che modifica la *LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*; infine, l'Undicesima che modifica la *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo*.

12 Si tratta, infatti, di una "ley orgánica parcial". In tal senso, la dottrina costituzionale spagnola ammette la possibilità che in una stessa legge vi siano alcune disposizioni che seguono la procedura aggravata prevista per le leggi di rango "orgánico" in quanto connesse ai diritti fondamentali perseguiti dalla stessa legge (Art. 81 Costituzione Spagnola) ed altre disposizioni che, invece, seguono le procedure stabilite per le leggi ordinarie. Tale distinzione riveste una speciale rilevanza soprattutto relativamente a possibili modifiche future, anche alla luce delle competenze riservate alle singole Comunità Autonome. Sentencia Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero de 1981. Cfr. E. Linde Paniagua, *Las leyes orgánicas parciales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, in *Revista de administración pública*, 1981, 94, pp. 339-344.

13 C. García Vidales, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual: breve comentario panorámico de una norma que aspira a ser transformadora*, in https://blog.sepin.es/2022/09/ley-garantia-integral-libertad-sexual

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

2. La "violenza sessuale" come forma di discriminazione

L'articolo 3 della *LO Libertad Sexual* definisce la violenza sessuale come «qualsiasi atto di natura sessuale non consensuale o che condizioni il libero sviluppo della vita sessuale in qualsiasi ambito pubblico o privato, incluso l'ambito digitale»[14]. Si esplicita, poi, l'inclusione della «mutilazione genitale femminile, il matrimonio forzato, lo stalking con connotazione sessuale e la tratta di esseri umani con fini di sfruttamento sessuale»[15] nel concetto di violenza sessuale e, più nello specifico, come casi di «feminicidio sexual»[16].

Si tratta di una definizione ampia di violenza, il cui proposito sembra essere, da un lato, quello di non esaurire la violenza nell'uso della forza e di non confinarla all'ambito domestico[17] e, dall'altro, quello di dare conto delle plurime forme di violazioni dei diritti umani che possono essere incluse nel novero della violenza sessuale[18]. Inoltre, l'approccio sistemico al fenomeno della violenza sessuale emerge nel Preambolo della legge, in cui si precisa che le violenze sessuali non possono essere trattate come meri accadimenti individuali ed episodici. In tal senso, il cambio di paradigma promosso consiste nel considerarle come un problema a livello sociale, incardinato nella stessa struttura e cultura della società.

In realtà, tale approccio non è nuovo all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo, essendo stato introdotto per la prima volta nel 2004 dalla *LO Violencia de Género*. Una legge, questa, che, pur non essendo esente da critiche ad opera della letteratura femminista[19], ha il merito di aver provato ad affrontare la violenza di genere[20] secondo una prospettiva «integrale e multidisciplinare, a partire dal processo di sensibilizzazione ed educazione»[21]. Nella *Exposición de Motivos* viene, peraltro, riconosciuto che la violenza di genere sia il «simbolo più brutale della diseguaglianza esistente nella nostra società»[22], essendo ricondotta alle storiche relazioni di potere tra uomo e donna. Tuttavia, sebbene si affermi che la violenza sia una «manifestazione della discriminazione, [della] situazione di disuguaglianza e [del]le relazioni di

14 [Trad. nostra]. Art. 3.1 *LO Libertad sexual* «cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital»

15 [Trad. nostra]. Art. 3.1 *LO Libertad sexual:* «mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual».

16 L'art. 3.1 *LO Libertad sexual* specifica che per "feminicidio sexual" si intende «[el] homicidio o [el] asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales». Le condotte a cui si riferisce sono quelle summenzionate nel testo.

17 Come accaduto con la *LO Violencia de Género*, cfr. infra nel testo.

18 Se l'intento fosse effettivamente quello di non delimitare in maniera stringente il concetto di violenza sessuale per favorire un'individuazione più ampia delle forme in cui essa si manifesta, si potrebbe intravedere una vicinanza alla prospettiva di MacKinnon, la quale promuove «un approccio "più giurisprudenziale che definitorio" che si concentri sugli abusi legati alla differenza sessuale, e, accomunando violenze, sfruttamenti e discriminazioni, consideri fatti, pratiche e norme non solo come violenze ad alcune donne ma come elementi di un sistema complessivo di diseguaglianza (MacKinnon 1984)». A. Facchi, *A partire dall'eguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto*, in *About Gender: International journal of gender studies*, https://riviste.unige.it/aboutgender, 2012, p. 130; C. A. MacKinnon, *Differenza e dominio. Sulla discriminazione sessuale*, in A. Besussi e A. Facchi (a cura di), *Le donne sono umane?*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

19 M.J. Añón Roig, R. Mestre I Mestre, *Violencia Sobre Las Mujeres: Discriminación, Subordinación y Derecho*, in J. Boix Reig, E. Martínez García (a cura di), *La nueva Ley contra la Violencia de Género*. Madrid, Iustel, 2005; M.J. Añón Roig, *Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/, 2016, 33.

20 Secondo quanto previsto nell'art. 1 della *LO Violencia de Género*, per "violenza di genere" si intende: la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.» (comma 1) e comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (comma 3), includendo pure quelle violenze che «con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad» (comma 4).

21 [Trad. nostra]. II° Exposición de Motivos, *LO Violencia de Género*: «integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación».

22 [Trad. nostra]. I° Exposición de Motivos, *LO Violencia de Género:* «el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad».

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

potere tra uomini e donne»[23], essa viene, poi, limitata all'ambito privato delle sole relazioni di coppia, anche qualora non ci fosse convivenza. In questa (grande) lacuna si inserisce la *LO Libertad sexual* che cerca di dare risposta anche alle forme di violenza (sessuale) nei confronti delle donne che avvengono al di fuori della relazione affettiva, proseguendo, quindi, il cammino iniziato dalla *LO Violencia de Género*, in ottemperanza agli obblighi assunti a livello internazionale.

Nel Preambolo della *LO Libertad sexual*, il patriarcato viene presentato come la cornice entro cui si verificano le violenze sessuali, adottando, così, una posizione decisamente più marcata rispetto a quella assunta dall'allora pioniera *LO Violencia de Género,* poiché viene nominato esplicitamente il sistema di potere da cui derivano certe strutture discriminatorie. Inoltre, nel ricondurre le violenze sessuali all'ordine patriarcale, si chiarisce il funzionamento di questa struttura di potere, affermando che in ogni violenza esercitata a livello individuale risiede e si riafferma un messaggio implicito di dominazione sul piano collettivo, nei confronti delle donne, delle bambine e dei bambini. In tal senso, il danno sofferto dai singoli individui si dirama nei confronti di quelle collettività, convertendosi in una «questione di Stato».

Sebbene queste siano le premesse dalle quali prende le mosse la legge, in realtà nell'intero testo non viene mai nominata la "subordinazione"[24]. Il "potere", la "dominazione" o le "relazioni di potere" vengono richiamate unicamente nel Preambolo e la condizione di "superiorità" o, viceversa, di "vulnerabilità" appaiono solo nelle disposizioni del CP. La scelta di non introdurre all'interno del testo normativo l'elemento del potere, può essere fondata su due differenti ragioni: la prima, è quella di evitare l'uso di termini che possano essere facilmente oggetto di divergenze interpretative, così prediligendo una nozione ampia di violenza sessuale nell'art. 3 *LO Libertad sexual* e, al contempo, prevedendo l'*enfoque de género*, quale principio guida della legge (art. 2 lett. c) che permetterebbe di ricondurre la violenza alla subordinazione; la seconda riguarda la preoccupazione di questa legge che sembrerebbe essere quella di creare un apparato che possa prevenire e contrastare le violenze sessuali, in primo luogo, attraverso la formazione del personale educativo, sanitario, di polizia e giudiziario. Risulta, comunque, suggestiva la loro assenza alla luce della presenza di espressioni come "stereotipi di genere" e "relazioni di genere" che sembrano godere di una maggiore accettazione[25], forse, per la loro attenuata incisività relativamente alla condizione di subordinazione. A prescindere dalla vaghezza che caratterizza l'espressione "relazioni di genere" su cui non ci si sofferma anche in ragione del numero esiguo di volte in cui è stata usata, il riferimento a "stereotipi di genere"[26] permette di ricomprendere all'interno della medesima locuzione concetti quali: *sex stereotype*, *sexual stereotype*, *sex-role stereotype* e *compounded stereotype*[27]. Si tratta di un'espressione che, da un lato, affievolisce la denuncia verso il loro uso pregiudizievole, diversamente dalla scelta effettuata dal legislatore nella *LO Violencia de Género* che aveva utilizzato l'espressione «estereotipos sexistas o discriminatorios»; dall'altro lato, però, permette di non orientare la ricerca ai soli stereotipi che hanno effetti discriminatori. In tal senso, adottare un approccio ampio alla comprensione degli stereotipi, oltre a ridurre i *bias* che possono insinuarsi nella loro ricerca, consente di interrogarsi sui differenti piani su cui operano gli stereotipi – legati al sesso, alla sessualità, ai ruoli ed alle intersezioni tra fattori di discriminazione – permettendo, così, l'adozione di un approccio sistemico.

Ebbene, quanto è stato detto finora acquista un maggior significato alla luce della prospettiva sostenuta, all'interno della letteratura spagnola, dal Diritto Anti(subor)discriminatorio Critico. Innanzitutto, si afferma la necessaria ridefinizione del concetto di discriminazione all'interno della cultura giuridica

23 [Trad. nostra]. Art. 1 della *LO Violencia de Género* «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

24 Ci sono due riferimenti a "persona subordinata", entrambi nella Tredicesima Disposizione finale, ma riguardano la specifica relazione tra superiore e subordinato in ambito militare.

25 Si tratta, comunque, di numeri bassi: 11 nel caso degli "stereotipi di genere" e 2 per le "relazioni di genere".

26 La *LO Libertad sexual* non fornisce una definizione di "stereotipo di genere". In questa sede, si richiama quella usata da Cusack che lo definisce come «a generalised view or preconception about attributes or characteristics that are or ought to be possessed by, or the roles that are or should be performed by, men and women». Cfr. S. Cusack, *Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, Office of the High Commissioner for Human Rights, 2014, p. 17.

27 Queste distinzioni sono state elaborate da Rebecca J. Cook & Simone Cusack. Il primo è lo "stereotipo relativo al sesso" riguardante i connotati di natura fisica o biologica (es. la forza). Il secondo è lo "stereotipo sessuale" che ha a che vedere con le caratteristiche e gli attributi che emergono nella sfera della sessualità (es. l'iniziativa, il desiderio...). Il terzo sono gli "stereotipi sui ruoli sessuali" intesi come ruoli che hanno o dovrebbero avere uomini e donne nella società. Infine, gli "stereotipi composti" si riferiscono all'interazione tra genere ed altri fattori, come l'età, l'orientamento sessuale, la disabilità, ecc. Cfr. R. J. Cook, S. Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*, University of Pennsylvania Press, 2009, pp. 29-34.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

proprio in base alla visione sistemica. In particolare, viene proposto il concetto della "subordiscriminazione" che viene intesa come «l'insieme di trattamenti [o condotte] che, assumendo significato in uno o vari sistemi di potere, rendono inferiore lo status di certi gruppi sociali e impediscono che questo status cambi (ossia, lo riproducono)»[28], al fine di superare la bilateralità degli attuali concetti di discriminazione (diretta e indiretta), dando maggiore rilevanza all'elemento del "potere su"[29]. Inoltre, si critica che a livello statale si mantengano distinte le risposte date al fenomeno della violenza e a quello della discriminazione come se fossero ontologicamente separate: operazione, questa, portata avanti dal diritto antidiscriminatorio moderno e che si rispecchia nell'adozione di due differenti legislazioni – da un lato, la *LO Violencia de Género* e, dall'altro lato, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* – all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo. Ciò su cui insiste il Diritto Anti(subor)discriminatorio Critico è la necessità di riconoscere il carattere sistemico della violenza *e* della discriminazione[30], sottolineando l'urgenza di una ridefinizione di entrambi i concetti.

Come è stato segnalato da Maria Ángeles Barrére Unzueta, il fatto che la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna* (d'ora in poi CEDAW) non includesse nel suo testo originario del 1979 un riferimento al legame tra discriminazione strutturale e forme di violenza ha portato a promuovere misure individuali verso le donne vittime, in linea con il paradigma individualista promosso dalla cultura giuridica liberale, senza prendere in considerazione il problema secondo una prospettiva sistemica[31]. In questa direzione è stata riassestata la *CEDAW* che esplicita il legame tra discriminazione e violenza nella *General recommendation No. 19* del 1992[32] relativa alla Violenza contro le donne, poi ripresa nella *General recommendation No. 35*[33], incidendo sulla necessaria predisposizione di misure di contrasto a livello sociale che vadano oltre la risposta al singolo episodio. Anche la *Convenzione di Istanbul* ha preso posizione in tal senso[34], definendo all'articolo 3 la "violenza nei confronti delle donne" come «una forma di discriminazione contro le donne», peraltro riconoscendo anche il potenziale "istituzionale" della violenza[35].

La Spagna, dunque, con la *LO Libertad sexual* abbandona il paradigma individualista per accogliere una prospettiva sistemica nella comprensione del fenomeno della violenza contro le donne, sebbene sia

28 M.A. Barrère Unzueta, *Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio*, in *Anuario de filosofía del derecho*, 2018, 34, 11-42.

29 La necessità di includere in ambito giuridico anche il concetto di "oppressione" è stata avvertita anche al di fuori del Diritto Antidiscriminatorio Critico, sul punto cfr. almeno I. M. Young, *Justice and the Politics of difference*, Princeton University Press, 1990; L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne, diritto*, A. Facchi, C. Faralli e T. Pitch (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2005; D. Morondo Taramundi, *«... che finalmente si consideri violazione del principio giuridico dell'eguaglianza (…) l'oppressione anziché la discriminazione». Sul contributo di Letizia Gianformaggio alla critica del diritto antidiscriminatorio: due tasselli e un indirizzo*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Diritto, potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Napoli, Jovene editore, 2016, p. 65 e ss.

30 Uno stesso trattamento può considerarsi al contempo violento e discriminatorio. Sul punto, Maria Ángeles Barrére Unzueta, nella relazione tenuta al "*IV Congreso Internacional Género y Derecho*" pone l'esempio di un trattamento di svantaggio nei confronti di una donna incinta in ambito lavorativo che si configura come una discriminazione diretta, tuttavia problematizza che il licenziamento di una donna incinta possa essere inteso anche come una condotta di violenza (non fisica, ma economica, psicologica...). La relazione tenuta da Maria Ángeles Barrére Unzueta al congresso è disponibile su Youtube: Filosofía del Derecho Universidad de Granada, *IV Congreso Internacional Género y Derecho: Violencia estructural de género y nuevo orden jurídico*, Pubblicato il 14 aprile 2022, disponibile al link https://www.youtube.com/watch?v=P_uGRe6xsD8.

31 M. A. Barrére Unzueta, *El derecho antidiscriminatorio y sus límites*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2014, pp. 118-119.

32 La *General recommendation No 19* chiarisce sin dal primo paragrafo che la «Gender-based violence is a form of discrimination», evidenziando che non in tutti i report degli Stati emergeva la «close connection between discrimination against women, gender-based violence, and violations of human rights and fundamental freedoms».

33 Si segnala, in particolare, il paragrafo 9: «The concept of "violence against women", as defined in general recommendation No. 19 and other international instruments and documents, has placed an emphasis on the fact that such violence is gender-based. Accordingly, in the present recommendation, the term "gender-based violence against women" is used as a more precise term that makes explicit the gendered causes and impacts of the violence. The term further strengthens the understanding of the violence as a social rather than an individual problem, requiring comprehensive responses, beyond those to specific events, individual perpetrators and victims/survivors».

34 Sul fondamentale contributo dato dalla Convenzione di Istanbul all'inclusione della prospettiva sistemica, cfr. J.M. Gil Ruiz (a cura di), *El Convenio de Estambul. Como Marco de Derecho Antisubordiscriminatorio*, Dykinson, S.L., 2018.

35 Si fa riferimento all'articolo 5.1 della *Convenzione di Istanbul*, con riguardo alla possibilità che anche «le autorità, i funzionari, i rappresentanti statali, le istituzioni e ogni altro soggetto pubblico» possano essere soggetti attivi della violenza nei confronti delle donne.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

questo un cammino in divenire che dovrà sfociare in una riconfigurazione del concetto di discriminazione che, così come è attualmente definito, risulta inadeguato per supportare la portata "sovversiva" di questo approccio.

3. Per una risposta integrale alla violenza sessuale

I differenti strumenti di contrasto e di tutela alla violenza sessuale previsti dalla *LO Libertad sexual* evidenziano la portata trasversale della risposta pubblica richiesta per contrastare il fenomeno della violenza sessuale. In particolare, gli otto titoli che la compongono hanno ad oggetto l'attività di indagine e raccolta dati, la sensibilizzazione, la prevenzione e la formazione, nonché le questioni legate all'accesso alla giustizia delle vittime e al diritto alla riparazione. Nel definire tali attività, si afferma la necessità di una stretta collaborazione tra i differenti organi che, nell'ambito delle loro competenze, vengono a contatto con potenziali casi di violenza sessuale. Prima di procedere nell'analisi della prospettiva sistemica nell'ambito delle politiche pubbliche adottata dalla *LO Libertad sexual* (3.1.), di seguito verranno segnalate alcune delle disposizioni più significative.

Risulta interessante il riconoscimento di una «responsabilità istituzionale» in capo alla pubblica amministrazione nell'individuare e riconoscere casi di violenza sessuale, avendo il dovere, oltreché di attivarsi ed intervenire, di denunciare i casi che riguardano bambine e bambini[36]. Tale responsabilità viene declinata con riguardo all'ambito educativo (art. 19), sanitario (art. 20), sociosanitario e dei servizi sociali (art. 21), richiedendo l'elaborazione di protocolli che promuovano la prevenzione ma anche, appunto, l'intervento delle differenti amministrazioni. In particolare, in ambito sanitario si afferma la necessità di promuovere queste misure a livello statale, potendo poi migliorarle al livello delle Comunità autonome, e si affida alla Commissione contro la Violenza di Genere, con l'ausilio dell'Osservatorio della Salute delle Donne, il compito di creare linee guida riguardanti non solo le violenze recenti ma anche quelle più datate. Inoltre, sempre in linea con il ruolo – nonché la responsabilità – dei poteri pubblici nel contrastare il fenomeno della violenza sessuale, si prevede una «riparazione simbolica» (art. 57) consistente nel riconoscere le violenze e restituire dignità alle vittime tramite dichiarazioni istituzionali.

Rispetto all'attività di indagine (art. 5), si segnala l'attenzione sia alle violenze sessuali avvenute in territorio spagnolo sia a quelle le cui vittime sono donne spagnole che si trovano all'estero. Inoltre, viene promossa un'analisi dei fattori che (ri)producono le diverse forme di violenza sessuale, adottando una prospettiva intersezionale[37], e viene contemplata l'individuazione di nuovi indicatori utili a comprendere l'entità del fenomeno e le forme che esso assume.

Non viene, poi, trascurato l'aspetto economico, sia in termini di promozione dell'autonomia (economica e lavorativa) della vittima – compresa all'interno del più ampio diritto all'assistenza integrale specializzata e accessibile (Titolo IV) –, sia come diritto alla riparazione (Titolo VII). In primo luogo, vengono predisposti sussidi e aiuti economici alle vittime che non raggiungono il reddito minimo mensile (*salario minimo interprofesional*, fissato a 1000€ nel 2022)[38], potendo essere percepiti per un periodo di tempo che varia in base alle circostanze personali e familiari della vittima (art. 41)[39]. Di base, il periodo

36 In conformità anche a quanto previsto nel Titolo II dalla *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*.

37 L'approccio intersezionale permette di prestare attenzione alle particolari situazioni di svantaggio sofferte da certe persone quando più assi di discriminazione convergono tra loro. Nel caso della *LO Libertad sexual*, adottare un approccio intersezionale significa prendere in considerazione l'interazione tra "l'essere donna" con altri fattori di discriminazione come la disabilità, l'etnia, la povertà, ecc. Sui benefici di tale approccio, si riporta quanto segnalato da Makkonen: «The intersectional approach is particularly useful in exposing new forms of discrimination which have hitherto remained hidden from the public. This is because it directs attention to those who are the most disadvantaged, i.e those who are disadvantaged within the disadvantaged, those who constitute a minority within a minority, those who have been marginalized both within the general society and their primary reference group. Intersectional analysis brings to the international focus those that have so far been most distant from it». T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute For Human Rights Åbo Akademi University, 2002, p. 36

38 È possibile consultare l'evoluzione del *salario minimo interprofesional* nell'ordinamento spagnolo dal 2004 ad oggi al link https://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia_6/contenidos/guia_6_13_2.htm.

39 Sulla compatibilità o alternatività di questi sussidi con altri compensi o sovvenzioni economiche, si riporta il comma 4 dell'art. 41 *LO Libertad sexual*: «Estas ayudas serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial, o, alternativamente, con cualquiera de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Igualmente, serán compatibles con las ayudas

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

di erogazione del sussidio è di 6 mesi con una possibilità di proroga, mentre nei casi in cui la vittima sia una donna con una disabilità uguale o superiore al 33% oppure sia una donna con figli a carico, il sussidio copre rispettivamente 12 o 18 mensilità, potendo arrivare fino a 24 mensilità nel caso in cui la vittima conviva con una persona con disabilità uguale o superiore al 33% (art. 41.2). In secondo luogo, si prevede una risposta diversificata in base alle condizioni lavorative della vittima, qualora fosse disoccupata, lavoratrice dipendente o imprenditrice[40]. Infine, si contempla il diritto alla riparazione nei termini di un risarcimento del danno e dei pregiudizi materiali e morali, tenendo conto degli specifici concetti di danno derivanti dalle violenze sessuali[41], di cui si dovrà rispondere in ambito civile (art. 53).

3.1. Politiche pubbliche e prospettiva sistemica alla violenza: quali strumenti di contrasto?

La prospettiva sistemica, precedentemente menzionata, è stata adottata non solo con riferimento alla comprensione del fenomeno della violenza ma anche con riguardo all'approccio che deve caratterizzare le politiche pubbliche. In tal senso, se la violenza sessuale è un problema strutturale, la risposta istituzionale deve "attaccare" quella struttura nei termini di un cambiamento della cultura che ad essa sottende e che ne permette la perpetuazione e la riproduzione. Su questo punto, possono essere individuati almeno tre profili: metodologico, formativo e mirato all'adozione di campagne istituzionali con specifici destinatari.

Il primo profilo, quello metodologico, è evidente sin dal Preambolo ed è poi ripreso nell'art. 2 della *LO Libertad sexual*, in cui viene esplicitata l'adozione dell'intersezionalità e della prospettiva di genere. Per quanto concerne l'intersezionalità, viene posto in risalto come la discriminazione basata sul genere possa essere invisibilmente unita ad altri fattori di discriminazione, come la disabilità, l'etnia, l'orientamento sessuale, ecc. Il legislatore, sul punto, richiama talvolta la discriminazione intersezionale, talaltra le discriminazioni multiple, altre volte ancora entrambe[42]. Nei casi in cui la normativa si riferisce alla predisposizione di attività di indagine e formative che tengano conto dell'approccio intersezionale, vengono usate formule quali: «incluse le violenze che sono legate a forme di discriminazione intersezionale o multipla», «vittime di discriminazione intersezionale» e «le situazioni di donne, bambine, bambini e adolescenti colpiti da forme multiple e interconnesse di discriminazione, come le donne con disabilità o quelle migranti, tra le altre». Sono formule generiche che, pur specificando alcuni casi intersezionali, si presentano come clausole aperte che hanno il solo fine di richiamare l'attenzione affinché le ipotesi di intersezione vengano incluse nella definizione delle menzionate attività. Oltre a queste formule, è possibile individuare alcune disposizioni che adottano un approccio intersezionale al fine di garantire i diritti e l'accessibilità ai servizi previsti nella *LO Libertad sexual*, tenendo conto delle specifiche barriere che possono essere sperimentate dalle donne. È il caso, per esempio, della lingua che può supporre un limite per le persone straniere o mute, ma anche per le donne che vivono in zone rurali in cui, talvolta, si parla unicamente nelle lingue co-ufficiali (*Catalán, Gallego, Euskera* e *Valenciano*). In tal senso, vengono previsti servizi di interpretariato di differenti tipologie come la lingua dei segni, la sottotitolazione e le traduzioni (art. 33.1.g), oltre a rendere disponibili le informazioni anche nelle lingue riconosciute in ogni comunità autonoma (art. 34). Vengono, poi, contemplati servizi di supporto e assistenza che devono

previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; con las ayudas establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, y con la percepción de las ayudas que establezcan las comunidades autónomas en este ámbito material».

40 Nel caso di disoccupazione, viene inclusa in programmi specifici per vittime di violenza sessuale finalizzati alla assunzione lavorativa (art. 39). Nel caso di lavoratrici dipendenti o subordinate vengono giustificate le assenze e i ritardi causati dalle condizioni fisiche e psicologiche derivanti dalla violenza sessuale, oltre ad avere diritto alla sospensione o ridefinizione dell'orario di lavoro, nonché alle mobilità geografica (art. 38). Inoltre, qualora la vittima richiedesse un congedo o un trasferimento di sede, si riconoscono alle imprese agevolazioni economiche per l'assunzione di personale. Nel caso delle imprenditrici, invece, viene sospeso il pagamento dei contributi per un periodo di sei mesi, pur conteggiandolo come periodo a effetti pensionistici (art. 38).

41 L'art. 53 individua i seguenti: «a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad; b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida; e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva».

42 Sulle distinzioni terminologiche, cfr. T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights Åbo Akademi University, 2002.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

essere adattati anche alle specifiche esigenze delle donne con disabilità (art. 33.1 lett. h e art. 49.3)[43] ed anche la situazione della donna migrante in situazione amministrativa irregolare viene tenuta presente predisponendo specifiche garanzie (come il diritto alla residenza ed al lavoro) che rendano effettivi i diritti previsti nella *LO Libertad sexual* a tutela delle vittime di violenza sessuale (art. 36)[44]. La prospettiva di genere si riflette invece nel riferimento agli stereotipi di genere nei termini già visti, ma anche nell'approccio che deve essere adottato dai differenti enti. Sul punto, pare interessante segnalare che con riferimento al disegno dei servizi di salute mentale si richiede l'uso di una «prospettiva di genere e dei diritti umani», suggerendo, quindi, un approccio più ampio di tutela, che non si limiti all'analisi di genere.

Con riguardo al secondo profilo, quello formativo, esso viene articolato su più piani ed interessa i differenti professionisti indicati nel Titolo III, ossia i docenti, le Forze e Corpi di Sicurezza, i giudici, gli avvocati, i procuratori, il personale in ambito penitenziario e gli agenti consolari. Innanzitutto, viene richiesto che nel concorso pubblico il programma di esame includa anche le violenze sessuali e l'adozione della prospettiva di genere, declinata secondo le specificità del proprio ambito lavorativo. Viene, poi, richiesta la previsione di una formazione continua e permanente su queste tematiche, talvolta anche come requisito per la promozione interna, come è il caso delle Forze e dei Corpi di Sicurezza (art. 26). Inoltre, l'inclusione di contenuti riguardanti l'eguaglianza e l'eliminazione delle violenze sessuali deve essere inclusa nei piani di studio universitari, altrimenti valutati in maniera negativa nelle Relazioni realizzate in merito dagli organi competenti. Sebbene non sia inclusa nel Titolo III, è prevista anche una specifica attività di formazione per coloro che lavorano con i mezzi di comunicazione e con la pubblicità, richiedendo che questi vengano preparati anche alle narrazioni delle violenze sessuali in maniera non stereotipata e, più in generale, siano adeguatamente formati a riconoscere gli stereotipi di genere, al fine di prevenirne l'impiego, ancorché involontario (art. 10 e 11).

Infine, il terzo profilo riguarda i destinatari delle campagne istituzionali di prevenzione e informazione (art. 9): oltre a prevedere campagne dirette a tutta la popolazione, rendendole accessibili in base alle diverse circostanze – come l'età, la disabilità, la lingua e l'abitare in zone rurali – vengono previste campagne specificatamente dirette a uomini, adolescenti e bambini. In tal senso, gli uomini sono visti come uno degli «agenti del cambiamento» (art. 9.1.f), essendo necessario sensibilizzarli sia ai pregiudizi basati sui ruoli stereotipati sia alle forme di violenza sessuale, ivi incluse le richieste dei servizi di sfruttamento sessuale e la pornografia (art. 9.1.b).

4. Su (alcune) modifiche al Codice penale spagnolo

Il cambiamento più atteso – nonché mediatico e controverso, ma sul punto ci si soffermerà nei paragrafi che seguono – è avvenuto nella Quarta Disposizione finale, recante modifiche al Codice penale (CP) spagnolo e, in particolare, al Titolo VIII che viene intitolato "Delitti contro la libertà sessuale", con l'eliminazione del riferimento all'*indemnidad sexual*. Tale bene giuridico può trovare il suo corrispettivo nell'ordinamento italiano nell'integrità fisio-psichica degli individui minorenni in termini di un corretto sviluppo della propria sessualità (Corte di Cassazione, sentenza del 23 maggio 2018 n. 23205). In tal senso, contrariamente a quanto potrebbe desumersi, alla modifica dell'intestazione del Titolo VIII non ne è conseguita l'estromissione delle disposizioni riguardanti le persone minorenni. Al contrario, le disposizioni sono rimaste pressoché inalterate, prevedendo alcuni cambiamenti: da un lato, vengono aggravate le pene nel caso di molestie sessuali su minori particolarmente vulnerabili (art. 184.3 e 184.4 CP) e, dall'altro lato, all'art. 192.3 CP viene previsto che la decadenza dalla responsabilità genitoriale sia

43 Si riportano, di seguito, i testi delle due disposizioni. Art. 33.1 lett. h *LO Libertad sexual*: «Asistencia personal, como un recurso disponible para las mujeres con discapacidad que fortalezca su autonomía ante todas las actuaciones judiciales, las medidas de protección y de apoyo y los servicios para las víctimas». Art. 49.3 *LO Libertad sexual*: «También realizarán el acompañamiento a las víctimas que lo soliciten a lo largo del proceso judicial, con las especificidades necesarias en caso de víctimas con discapacidad».

44 L'art. 36 *LO Libertad sexual* dispone che: «Las víctimas de violencias sexuales en situación administrativa irregular, de acuerdo con la legislación de extranjería, gozarán de los derechos reconocidos en esta ley orgánica en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas. Asimismo, tendrán derecho a la residencia y trabajo en los términos previstos para las autorizaciones por circunstancias excepcionales en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en aquellos supuestos no regulados en esta norma y que serán desarrollados reglamentariamente».

obbligatoria – e non solo facoltativa[45] – nei casi dei cap. I (*agresión sexual*), II (*agresión sexual* a minori di 16 anni) e V (prostituzione, sfruttamento sessuale e corruzione di minori).

Le modifiche apportate al Codice penale hanno interessato anche l'ambito digitale. Come si è visto, la *LO Libertad sexual* ha prestato una certa attenzione a questo settore, includendolo nella definizione di "violenza sessuale" e ricomprendendo nell'ambito del femminicidio sessuale anche «la diffusione di atti di violenza sessuale, la pornografia non consensuale e la minorile in tutti i casi, e l'estorsione sessuale attraverso mezzi tecnologici»[46] (art. 3 *LO Libertad sexual*). Ciò si è tradotto nell'inserimento di un nuovo comma all'art. 172.ter.5 CP, riguardante la creazione di annunci o profili falsi sui social network che possano generare nella vittima situazioni di minaccia, molestie o umiliazione, e nell'integrazione dell'art. 197.7 CP, che estende la responsabilità a coloro che diffondono le immagini o i video intimi ottenuti senza il consenso della persona offesa, prevedendo una multa.

Inoltre, è stato modificato il delitto di minaccia che non richiede più, come elemento oggettivo, una alterazione "grave" del normale sviluppo della vita quotidiana, ma basta che essa si realizzi (art. 172. ter.1 CP)[47]. Viene, poi, incluso il c.d. *catcalling* all'interno dell'ingiuria o vessazione ingiusta di carattere lieve, intendendo come tale la condotta di: «Chiunque si diriga a un'altra persona con espressioni, comportamenti o proposizioni di carattere sessuale che creano alla vittima una situazione oggettivamente umiliante, ostile o intimidatoria» (art. 173.4 CP)[48]. Ulteriori cambiamenti riguardano le persone giuridiche, includendole tra i possibili autori del delitto di trattamenti degradanti (art. 173.1 CP) e aggravando le pene nei casi di sfruttamento sessuale, prostituzione e corruzione di minori, prevedendone pure l'estinzione (art. 189.ter.d CP)[49].

Come si è visto, le modifiche al Codice penale sono eterogenee e meriterebbero una specifica analisi, tuttavia, in questa sede, l'indagine verterà unicamente nella nuova redazione dell'art. 178 CP, trattando, dapprima, l'inclusione della fattispecie di "*abuso sexual*" nella nuova redazione della fattispecie di "*agresión sexual*" (4.1), per poi approfondire l'introduzione della definizione di consenso nel CP (4.2). Nel compiere ciò, si faranno emergere alcune specificità che caratterizzano l'esperienza giuridica spagnola.

4.1. Gli abusi sessuali come forme di violenza sessuale

Prima della modifica operata dalla *LO Libertad Sexual*, l'articolo 178 CP disciplinava l'*agresión sexual*, stabilendo che «chiunque attenti alla libertà sessuale di un'altra persona, utilizzando violenza o intimidazione, sarà punito come responsabile di violenza sessuale con la pena di prigione da uno a cinque anni»[50]. L'articolo 181 CP puniva invece l'*abuso sexual*, prevedendo che «chiunque, senza violenza o intimidazione e senza che vi sia consenso, realizzi atti che attentino alla libertà o integrità sessuale dell'altra persona, sarà punito, come responsabile di abuso sessuale, con la pena di prigione da uno a tre anni o

45 La precedente redazione dell'art. 192.3CP prevedeva che «La autoridad judicial *podrá* imponer *razonadamente*, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento(…)» (corsivo aggiunto). Invece, con la modifica apportata dalla *LO Libertad sexual*, l'art. 193.3 CP dispone che «La autoridad judicial *impondrá* a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento(…)» (corsivo aggiunto).

46 [Trad. nostra]. Art. 3, *LO Libertad Sexual*: «la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos».

47 La formulazione dell'art. 172.ter.1 CP precedente alla *LO Libertad sexual* era «Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, *altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana* (…)», e viene modificata nel seguente modo «Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de esta forma, *altere el normal desarrollo de su vida cotidiana* (…)» (entrambi corsivi aggiunti).

48 [Trad. nostra]. Art. 178 CP: «Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad».

49 La lettera d dell'art. 189.ter CP che prevede la «Disolución de la persona jurídica» è stata aggiunta con la *LO Libertad sexual*, tra le modifiche al CP previste nella Disposizione finale Quarta.

50 [Trad. nostra]. Art. 178 CP (anteriore alla riforma): «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años».

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

con una multa da diciotto a ventiquattro mesi»[51]. L'uso o meno della forza (fisica o psichica) era l'elemento che differenziava le due fattispecie, giustificando un differente trattamento penale sulla base di un distinto grado di lesività della condotta delittuosa.

Pare necessario fare qualche ulteriore specificazione rispetto ai casi che, per la lettera dell'art. 181 CP, rientravano nel perimetro di applicazione del reato di *abuso sexual*. In base al secondo comma dell'art. 181 CP, si configurava la fattispecie di *abuso sexual* qualora la vittima non fosse cosciente o vi si facesse abuso di un suo disturbo mentale, o la sua volontà fosse stata annullata mediante l'uso di farmaci o droghe. Allo stesso modo, pure il caso in cui il responsabile del reato otteneva il consenso «avvalendosi di una situazione di manifesta superiorità che limiti la libertà della vittima» (art. 181.3 CP)[52] si ricadeva nell'*abuso sexual*.

Per quanto concerne l'analisi che verrà condotta in questa sede, finalizzata a far emergere i problemi relativi al consenso nei casi di violenza sessuale nel contesto spagnolo, assume rilevanza la distinzione tra la condotta di "*prevalimiento de una situación de superioridad*", prevista come *abuso sexual* (art. 181.3), e quella di "*intimidación*", intesa come *agresión sexual* (art. 178 CP), che c'era prima della riforma al CP operata dalla *LO Libertad sexual*. Il carattere vago di tali formulazioni e le difficoltà che esse comportavano nel ricondurre la condotta all'una o all'altra fattispecie erano già state sottolineate nel 1999 dal *Tribunal Supremo* spagnolo nella sentenza n. 838/1999. Nel caso di specie, pur risultando provato che la vittima minorenne fosse stata «obbligata» ad avere relazioni sessuali e che l'imputato si era avvalso della «differenza di età, della situazione di abbandono della bambina orfana e di un rapporto quasi-genitoriale», non risultava provata la minaccia con un coltello e, pertanto, il *Tribunal Supremo*, richiamando il principio *in dubio pro reo*, emise una condanna per *abuso sexual*[53].

Numerosi sono stati negli anni i tentativi da parte degli organi giudiziari di restituire chiarezza alla «sottile linea divisoria»[54] tra queste due modalità di condotta. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, mentre il *prevalimiento* si ha quando l'agente riesce ad ottenere un "consenso viziato" ponendo in essere un certo tipo di condotta[55], l'intimidazione comporta un "annullamento della volontà" della vittima. Inoltre, l'intimidazione si estrinseca in una minaccia di un male concreto che sia di un'entità tale[56] da eliminare qualsiasi possibilità di resistenza della vittima, oltre ad essere sufficientemente grave

51 [Trad. nostra]. Art. 181.1 CP (anteriore alla riforma): «El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses».

52 [Trad. nostra]. Art. 181.3 CP (anteriore alla riforma): «La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima».

53 Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 838/1999, de 10 de febrero de 1999. Si riportano, in lingua originale, alcuni emblematici paragrafi contenuti nel Fundamento de Derecho 5° che danno conto del ragionamento condotto dall'organo giudiziario: «Ahora se pretende que existió el delito de agresión sexual que ha venido a sustituir al de violación por haberse tenido el acceso carnal usando fuerza o intimidación (en este caso, intimidación). Se funda en que en los hechos probados se dice que el acusado "obligó a la niña" a tener relaciones sexuales. Se concreta en el propio relato de hechos que el acusado se aprovechó de la diferencia de edad, de la situación de desamparo de la niña huérfana y de la relación cuasiparental a que antes nos hemos referido. La expresión "obligó" ha de entenderse, por tanto, en este sentido, no en el de que hubiera habido algún acto de fuerza o amenaza. Por eso la sentencia recurrida condenó por el delito de estupro de prevalimiento y no por violación. (…) Ciertamente a veces es difícil distinguir los casos de abuso sexual (o estupro de prevalimiento), como el aquí examinado, de esos otros en que ha de condenarse por agresión sexual (o violación) por existir intimidación. La frontera entre el prevalimiento de una situación de superioridad y la intimidación es algo que no puede, a veces, conocerse con precisión. Desde luego, si al respecto queda alguna duda en el Tribunal, debe aplicarse la solución más favorable al reo ("in dubio pro reo"), en este caso, condenando por estupro y no por violación del Código Penal anterior».

54 Espressione utilizzata nel Fundamento de derecho 1° della Sentencia núm. 398 de la Audiencia Provincial Las Palmas, 11 de diciembre de 2018, che rimanda ad una formula simile («la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible» usata dalla STS núm. 769/2015, de 15 de diciembre.

55 I requisiti definiti dalla dottrina del TS sono: "1) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta. 2) Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima. 3) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual». STS núm. 291/2015, de 21 de Mayo, Fundamento de Derecho 1°.

56 Alcuni autori hanno individuato nell'espressione "bastante" il livello di gravità della minaccia richiesto nei casi di violenza sessuale. Sul punto, cfr. P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España*, in P. Faraldo Cabana, M. Acale Sánchez (a cura di), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 293; E. Ramon Ribas, *El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre (RJ 1999,7597)*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 2003, 10, pp. 268-269.

da permetterne l'inclusione nella fattispecie di *agresión sexual*[57]. Tale configurazione fa supporre che in un caso di *prevalimiento* la libertà sessuale della vittima viene intaccata solo parzialmente, lasciando un certo margine di volontarietà nel subire un abuso. In tal senso, pare coerente concepire una gradualità nei modi con cui si realizza l'atto intimidatorio in un ordinamento giuridico in cui la forza è l'elemento che distingue due fattispecie penali di violenza sessuale. È chiaro, però, che tale concezione risulta incompatibile con una concezione di violenza sessuale, attualmente condivisa nell'Unione europea, che include ogni «atto sessuale non consensuale» (art. 36 *Convenzione di Istanbul*): è l'assenza di consenso – e non la presenza della forza – l'elemento qualificante della violenza sessuale, in quanto l'attacco al bene giuridico della libertà sessuale emerge nel momento in cui vi è un difetto di consenso, fermo restando che l'uso della forza (fisica o psicologica) possa comportare un aggravio della pena (art. 46 *Convenzione di Istanbul*).

In questa linea, infatti, si sono inserite negli anni le critiche avanzate da alcune giusfemministe che ne contestavano l'incomprensibile distinzione[58]. Tuttavia, ciò che ha destato l'attenzione dell'opinione pubblica è stato il caso *La Manada*[59] che ha reso evidente i problemi legati al consenso nella disciplina penale. Su una medesima istruttoria dibattimentale (che comprendeva anche materiali video), le interpretazioni dei giudici sono state le più eterogenee: dalla condanna per *agresión sexual*[60] all'assoluzione[61], nonché la soluzione mediana di condanna per *abuso sexual*[62]. Complice anche un alto grado di mediaticità, questo caso – insieme ad altri di violenze sessuali di gruppo[63] – ha permesso di far emergere con forza quanto fosse critica questa «sottile linea divisoria» tra *intimidación* e *prevalimiento*.

Proprio per adeguare il codice penale spagnolo alla definizione di violenza sessuale richiesta dai trattati internazionali ratificati dalla Spagna, la *LO Libertad sexual*, nella Disposizione finale quarta, elimina la distinzione tra *abuso sexual* e *agresión sexual* nel CP precedentemente menzionata, prevedendo unicamente la fattispecie di *agresión sexual* (nuovo art. 178 CP) definita nel seguente modo «Chiunque realizzi qualsiasi atto che attenti alla libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso». Alla

57 I. Altuzarra Alonso, *El delito de violación en el código penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional*, in *Estudios de Deusto*, www.revista-estudios.deusto.es/, 2020, 68, pp. 538-539.

58 M.A. Barrère Unzueta, *La violencia de género desde una perspectiva sistémica y su proyección en la cultura jurídica*, in A. I. Pérez Machío, J. Goizueta Vértiz, *El sistema judicial al servicio de la ciudadanía*, Universidad del País Vasco, 2019, p. 31 e ss.; A. Asua Batarrita, *El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales*, in P. Laurenzo Copello, M.L. Maqueda Abreu, A. M. Rubio Castro (a cura di), *Género, violencia y derecho*, 2008, p. 131 e ss.

59 Si tratta di un caso di stupro sessuale di gruppo, di 5 uomini nei confronti di una donna, diventato mediatico poiché era stato "ridotto" ad un caso di *abuso sexual*, in quanto la vittima lo aveva subito in maniera passiva e, dunque, non c'erano prove che attestassero la "violenza" della condotta posta in essere dai condannati, posto che l'ambiente intimidatorio non era sufficiente. La condanna in primo grado e in appello era di "Delito continuado de abuso sexual [por prevalimiento]", poi diventata di "Delito continuado de agresión sexual" nella decisione del TS.

60 Questa è la tesi sostenuta in appello da due giudici nel "voto particolare" (*dissenting opinion*) nella Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de [STSJ] Navarra n. 8/2018 de 30 de noviembre, pp. 62-103) e la decisione maggioritaria del Tribunal Supremo (STS n. 344/2019, de 4 de julio). Sul punto, per esempio, il TS rileva: «En consecuencia, la descripción fáctica, permite apreciar que la víctima sufrió durante el tiempo que duró la agresión una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que los acusados se excedieron en el "modus operandi", más allá de los concretas acciones intimidatorias efectuadas, con acciones tales como (…). Conducta que le fue impuesta a la víctima, de la que se desprende una clara denigración como mujer» (p. 92).

61 Questa è la tesi sostenuta da uno dei giudici dell'Audiencia Provincial de Navarra che, nel suo "voto particolare", dedica un'intensa analisi alla ricostruzione dei fatti, alla credibilità della vittima ed al principio accusatorio. Sentencia 38/2018 de 20 de marzo de 2018 de la Audiencia Provincial de Navarra (SAPN 38/2018), pp. 134-370. Si riporta, a titolo esemplificativo, uno degli argomenti utilizzati: «Finalmente, a mi juicio, no puede establecerse como "a priori" que una joven con edad más cercana a los 19 que a los 18 años e iniciada en las relaciones sexuales a los 16, no esté dotada de suficiente madurez personal como para decidir, con la necesaria autonomía, las relaciones sexuales que quiera mantener, por personalísimas razones que solo le incumben a ella, mucho menos en una sociedad como la actual en la que los individuos, con independencia de su sexo, han alcanzado de hecho un considerable grado de libertad para autodeterminarse sexualmente» (SAPN 38/2018, p. 253).

62 Decisione maggioritaria sostenuta sia in primo grado (SAPN 38/2018) che in appello (STSJ Navarra 8/2018 de 30 de noviembre).

63 Basti pensare a "La Manada de Sabadell" o "La Manada de Manresa". Per un'analisi dei casi di stupro di gruppo in Spagna dal 2016 al 2020: https://geoviolenciasexual.com/agresiones-sexuales-multiples-en-espana-desde-2016-casos-actualizados/

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

soppressione del delitto di *abuso sexual* è seguita una riduzione delle cornici edittali previste per le fattispecie di reato contemplate dal Capitolo I ("De las agresiones sexuales") del Titolo VIII CP, ridimensionata rispetto all'iniziale progetto di legge in ragione di una potenziale compromissione del principio di proporzionalità[64].

4.2. Quale modello di consenso per l'ordinamento giuridico spagnolo?

Il consenso in ambito penale è altamente problematico non tanto a livello definitorio, quanto a livello probatorio: stabilire quando esiste il libero consenso appare infatti un'operazione molto complessa. Non a caso, le critiche mosse a questa legge vertono sull'inversione dell'onere probatorio, in conflitto con il principio di presunzione di innocenza riconosciuto nell'art. 24 della Cost. Es.. Posto che l'obiettivo di questo contributo non è inserirsi nell'ampio dibattito presente in letteratura su questo punto[65], bensì analizzare la *LO Libertad sexual* all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo, di seguito si forniranno alcune ragioni – certamente non esaustive – per evidenziare come lo "scandalo" prodotto dall'adozione di un modello di consenso dove "Solo si è sì" non sembra essere proporzionale all'effettiva portata innovativa della formulazione di consenso proposta.

La nuova definizione del consenso – da cui discende la denominazione di "La Ley del Solo Sí es Sí" – presenta la seguente formulazione: «Si intenderà che c'è consenso solo quando questo sia stato manifestato in maniera libera attraverso atti che, in base alle circostanze del caso, esprimano in maniera chiara la volontà della persona» (nuovo art. 178 CP)[66]. Lo *yes model*, però, non rappresenta una novità nella comunità internazionale, essendo stato adottato, per esempio, dal Regno Unito[67], dalla Svezia[68] e dalla Croazia[69]. Un modello di consenso affermativo richiede uno sforzo aggiuntivo nel porre i partner sullo stesso piano al fine di verificare la validità del consenso, superando alcuni dei «miti dello stupro» (come, per esempio, quelli legati a "Lui non aveva intenzione" o "Non è davvero stupro")[70] e promuo-

64 In particolare, il CF aveva evidenziato una notevole riduzione della pena massima prevista (in media, dai 2 ai 4 anni in meno) rispetto a quanto previsto nella redazione del CP precedente alla *LO Libertad sexual*. Invece, nel testo definitivo, pur mantenendosi le medesime pene minime, sono state modificate quelle massime, talvolta coincidendo con quelle previste dal precedente CP, talaltra prevedendo una riduzione di 1-2 anni. *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, pp. 72-74.

65 Cfr. B. Burghardt, L. Steinl (a cura di), *Special Issue 5: Sexual Violence and Criminal Justice in the 21st Century*, in *German Law Journal*, https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/, 2021, 22, p. 691 e ss.; S. P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, New York, Oxford University Press, 2020.

66 [Trad. nostra] Art. 178 CP: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

67 Section 74, *Sexual Offences Act 2003*: "For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice».

68 Si riporta di seguito la traduzione inglese del Sweden Criminal Code, Chapter 6 (On Sexual Offences), Section 1: "When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether *voluntariness was expressed by word or deed or in some other way*. A person can never be considered to be participating voluntarily if: 1. Their participation is a result of assault, other violence or threat of a criminal act, a threat to bring a prosecution against or report another person for an offence, or a threat to give detrimental information about another person; 2. The perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury, mental disturbance or otherwise in view of the circumstances; or 3. The perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person's position of dependence on the perpetrator.» (corsivo aggiunto), reperibile al link https://www.government.se/4a4563/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf Per un'analisi del contesto giuridico e, in particolare, dell'evoluzione che ha portato a introdurre il Negligent Rape nel Codice penale svedese, Cfr. M. Baldini, W. Svedberg Andersson, *Swedish rape legislation from use of force to voluntariness - critical reflections from an everyday life perspective*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, 8, 2, pp. 95-125.

69 Lo European Institute for Gender Equality (EIGE), con riguardo all'art. 152 Criminal Code croato, ne specifica il tenore: "Consent under Paragraph 1 of this Article exists if the person voluntarily decided to enter into sexual intercourse or an equivalent sexual act and who was able to make and express such decision. It is considered that such consent does not exist especially if sexual intercourse or an equivalent sexual act is done with the use of threats, deception, abuse of power against the person who is dependent on the perpetrator, taking advantage of the person who was not able to express their rejection, or of a person who has been illegally abducted/kidnapped». Disponibile al link https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu/croatia-sexual-assault-excl-rape

70 I miti dello stupro cui si fa riferimento in corpo testo sono quelli individuati da Mara Martini e Norma De Piccoli. Sebbene la loro riflessione non sia calata specificatamente sul consenso affermativo nei reati sessuali, i miti individuati dalle autrici

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

vendo una comunicazione più cosciente circa la volontarietà nel compiere l'atto sessuale[71]. Peraltro, il recente Baseline Evaluation Report sulla Germania[72], elaborato da GREVIO, ha permesso di chiarire quale sia lo standard richiesto dall'art. 36 della *Convenzione di Istanbul*[73]. Infatti, il *no model* adottato dalla Germania nel 2016[74] non risulta conforme all'art. 36 della *Convenzione di Istanbul* poiché, richiedendo un'opposizione espressa (verbale o non), non tutela quei casi in cui la vittima subisce in maniera passiva lo stupro, essendo, questo, un comportamento tenuto di frequente da parte delle vittime, secondo quanto evidenziato dalla comunità scientifica[75]. In tal senso, ad una rigida applicazione del *no model* ne deriverebbe una fuorviante interpretazione dello stato inerte della vittima intesa come una prestazione del consenso all'atto sessuale.

Inoltre, nel momento in cui viene riconfigurata la fattispecie di *agresión sexual*, il cui nucleo risiede nell'assenza di consenso, non sembra che il legislatore possa esimersi dal definire cosa intenda per consenso: sul punto divergono le posizioni assunte dal *Consejo Fiscal* (d'ora in poi CF) e dal *Consejo General del Poder Judicial* (d'ora in poi CGPJ) nelle Relazioni (precettive ma non vincolanti) emesse con riguardo al progetto di *LO Libertad sexual*. Mentre il CF reputa opportuna e adeguata la definizione proposta[76], il CGPJ considera che le difficoltà probatorie relative all'assenza di consenso non possano trasferirsi all'ambito della tipicità, oltre a ritenere che essa sia «*innecesaria*»[77]. Su quest'ultimo punto, il CGPJ sostiene che, allo stato attuale, la dottrina della Seconda Sala (quella penale) del *Tribunal Supremo* non ha avuto difficoltà nel determinare quando ci fosse stato o meno il consenso, convergendo su quanto contenuto nell'art. 70 delle Regole di Procedura e Prova della Corte Penale Internazionale (2000) che prevede un'enucleazione di casi in cui, in materia di violenza sessuale, "il consenso non può essere inferito da" [78].

si legano a diversi argomenti che sono alla base della propensione verso l'adozione di modelli di consenso affermativo. Cfr. M. Martini, N. De Piccoli, "Prevenire la violenza sessuale: legittimazione della violenza. Analisi di un percorso di formazione", in N. De Piccoli, C. Rollero (a cura di), *Sui generi: identità e stereotipi in evoluzione?*, CIRS De – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, 2018, pp. 164-174.

71 Per una riflessione sui benefici e sugli effetti dell'adozione dello *yes model*, anche alla luce di un'ottica comparata tra Paesi degli Stati Uniti, cfr. N. J. Little, "From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law", in *Vanderbilt Law Review*, 2005, 58, pp. 1321-1364. Inoltre, si veda il recente contributo di Luciana Goisis sulla violenza di genere in un'ottica comparata, con particolare riferimento ai modelli di consenso. L. Goisis, "La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico", in *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere,* 16 maggio 2023 (online first), reperibile al link http://www.geniusreview.eu/wp-content/uploads/2023/05/Goisis_Violenza_comparata.pdf

72 GREVIO/Inf(2022)2, *Baseline Evaluation Report. Germany,* Adopted by GREVIO on 24 June 2022; Published on 7 October 2022.

73 Art. 36.2 Convenzione di Istanbul: «Il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto».

74 "Fiftieth law to amend the Penal Code - Improving the protection of sexual self-determination", pubblicato nel Bundesgesetzblatt Teil I, 2016-11-09, vol. 52, pp. 2460-2463.

75 GREVIO/Inf(2022)2, *Baseline Evaluation Report. Germany,* Paragraph 252: «This means, for example, that the wording of Article 177 of the German Criminal Code may not allow for prosecution in cases where the victim remains passive but does not consent. For the act to be punishable under German legislation, the victim must express her opposing will verbally or otherwise. This, in turn, means that criminal proceedings will focus on the actions of the victim rather than those of the accused, creating room for gender stereotypes and rape myths to resurface. As GREVIO has had occasion to note in previous reports, research on the neurobiology of sexual trauma, conducted on victims of rape, shows that "freezing" (what is known as "tonic immobility") is a common reaction by victims associated with subsequent post-traumatic stress disorder (PTSD) and severe depression». Rispetto alle ricerche statistiche, GREVIO alla nota 267 riporta quanto segue: «Research studies show that a substantial number of victims do not resist the perpetrator in any way: tonic immobility is described as an involuntary, temporary state of motor inhibition in response to situations involving intense fear. In various studies, significant immobility was reported by 37% to 52% of sexual assault victims. See Moller A., Sondergaard H. P. and Helstrom L. (2017), "Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression", in Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica, 2017; 96: pp. 932-938».

76 Si vedano, in particolare, le pp. 64-65 del *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*.

77 Si vedano, in particolare, i paragrafi 217 e 217 del *Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 25 de febrero de 2021, por el que se ha aprobado el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*.

78 International Criminal Court, *Rules of Procedure and Evidence*, Rule 70 relativo ai "Principles of evidence in cases of sexual violence", la cui formulazione è la seguente: "In cases of sexual violence, the Court shall be guided by and, where appropriate, apply the following principles: (a) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where force, threat of force, coercion or taking advantage of a coercive environment undermined the victim's ability to give voluntary and genuine consent; (b) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where the victim is incapable

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Confrontando il regime probatorio in esso previsto con la definizione offerta dal nuovo art. 178 CP, non pare che lo stato delle cose sia cambiato radicalmente, se non per far sì che il legislatore ne espliciti la definizione nella formulazione stessa della fattispecie. Infatti, dire che il consenso deve essere «manifestato in maniera libera» (nuovo art. 178 CP) non si discosta dal prevedere che esso non debba essere inferito (lett. a-b, rule 70) quando viene meno la capacità di dare un consenso volontario e genuino (*alias*, libero). Allo stesso modo, prevedere che la volontà sia espressa «in maniera chiara» risulta in linea con la regola secondo cui non si può derivare un consenso dal silenzio o dalla mancanza di resistenza della denunciante (lett. c, rule 70). A questo si aggiunge il fatto che il CGPJ richiama a titolo esemplificativo la fattispecie di lesione (art. 147 CP)[79] nella quale viene prevista una circostanza attenuante qualora la persona offesa abbia prestato il proprio consenso in maniera "libera, valida, spontanea ed espressa" (art. 155 CP), senza, però, criticarla, nonostante sia ben più particolareggiata rispetto ai termini previsti per la fattispecie di *agresión sexual*.

Ebbene, dato che la linea interpretativa seguita dal TS non si discosta da quanto previsto dalla definizione introdotta dalla *LO Libertad sexual* e posto che il modello di consenso affermativo si conforma a quanto richiesto dalla *Convenzione di Istanbul*, l'inclusione della definizione all'interno della fattispecie potrebbe essere addirittura più appropriata in termini di certezza giuridica, anche alla luce del fatto che essa tiene conto della preminenza delle circostanze specifiche del caso.

La *LO Libertad sexual* prende, dunque, in considerazione il fenomeno della violenza sessuale in maniera integrale, a partire dalla promozione di attività di prevenzione, sensibilizzazione e formazioni, quali fondamentali pilastri al fine di contrastare il fenomeno sin dalle radici (culturali e patriarcali), sino all'introduzione di cambiamenti in termini di diritto sostanziale (non solo in ambito penale, ma anche civilistico e lavoristico) per quei casi in cui si verifica la violenza sessuale. Inoltre, questa legge, attraverso l'adozione di una prospettiva sistemica, prosegue quel cammino, promosso dal Diritto Anti(subor) discriminatorio critico, che porta al progressivo riconoscimento del binomio violenza (sessuale) e discriminazione. Sarà necessario attendere la *Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas* (art. 60 *LO Libertad sexual*) – che dovrà essere approvata entro un anno dalla pubblicazione della legge – per comprendere come verrà data attuazione a quanto previsto in questa legge, essendo richiesto un intenso coordinamento tra poteri pubblici, nell'ambito delle specifiche competenze statali e delle autonomie locali.

of giving genuine consent; (c) Consent cannot be inferred by reason of the silence of, or lack of resistance by, a victim to the alleged sexual violence; (d) Credibility, character or predisposition to sexual availability of a victim or witness cannot be inferred by reason of the sexual nature of the prior or subsequent conduct of a victim or witness».

79 La definizione della fattispecie del reato di lesione data dall'art. 147 CP è: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico».

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

*Maria Chiara Errigo**

Il linguaggio di genere e la mancata modifica del Regolamento del Senato

Sommario

1. Linguaggio, declinazioni, diritto. Considerazioni introduttive. – 2. Linguaggio di genere, voto segreto e la mancata modifica del regolamento del Senato. – 3. Parlamento, comunicazione istituzionale e parità di genere. Qualche osservazione.

Abstract

Prendendo in esame la mancata introduzione nel Regolamento del Senato di una specifica disposizione volta a promuovere il linguaggio di genere nella comunicazione istituzionale e nelle attività dell'Amministrazione considerata, il presente contributo prova a svolgere una riflessione intorno al potere della lingua e a come l'adozione di determinate regole linguistiche possa in qualche modo plasmare la realtà, ponendosi in attuazione dello stesso principio di eguaglianza di genere.

Starting with the failure to introduce in the Senate Rules of Procedure a specific provision aimed at promoting gender language in institutional communication and in the activities of this Administration, this paper tries to carry out a reflection around the power of language and how the adoption of certain linguistic rules can somehow shape reality and place itself in implementation of the of gender equality.

1. Linguaggio, declinazioni, diritto. Considerazioni introduttive

> *Le parole non sono bolle che, leggere, svolazzano nell'aria per poi all'improvviso scoppiare e sparire per sempre. Al contrario, le parole hanno un peso e una consistenza […]. Con le parole agiamo sul mondo, sulla società, sulle persone, a volte in modo più eclatante di altri, ma il rapporto tra lingua e realtà è sempre strettissimo*[1].

Le parole plasmano la realtà; con le parole si "costruiscono" mondi, storie, regole, che a sua volta si diffondono e innervano il vivere sociale, l'esperienza umana delle cose e delle relazioni[2]. Allo stesso modo, linguaggio e diritto rappresentano due dimensioni in stretta connessione, quali «*"istituti primari", nati dalla convenzione sociale […] "sistemi" tendenti a una forte organizzazione interna, ma anche in*

* Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università di Parma.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 M. Manera, *La lingua che cambia*, Torino, Eris edizioni, 2021, 9, 11.

2 «*Non vi sono dubbi sull'importanza della lingua nella «costruzione sociale della realtà»: attraverso di essa si assimilano molte delle regole sociali indispensabili alla nostra sopravvivenza, attraverso i suoi simboli, i suoi filtri si apprende a vedere il mondo, gli altri, noi stesse/i e a valutarli*», così A. Sabatini, *Il sessismo nella lingua italiana*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1987, 19.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

perpetuo riassetto nel divenire storico della società medesima»[3]; esiste un legame profondo e sostanziale fra norma giuridica ed espressione linguistica, la quale dà forma al diritto, divenendo elemento costitutivo del processo di interpretazione e applicazione della norma stessa[4]. Attraverso le strutture linguistiche, la norma si rivela, si materializza e agisce sulla realtà sociale. Eppure, la lingua non è soltanto un puro "strumento" formale; essa è un fattore ulteriore e decisivo per l'espressione e l'efficacia del messaggio che si vuole veicolare.

Nei tempi più recenti, lingua e diritto sembrano trovare un particolare punto di congiunzione nella rappresentazione e valorizzazione del *genere*[5]. Il percorso di eguaglianza fra uomo e donna comincia ad estendersi anche con un'attenzione particolare al piano linguistico, sul quale si riflettono evoluzioni sociali ed esigenze di riconoscimento di un cammino che, tuttavia, si presenta, oggi, ancora incompiuto. La lingua risente indubbiamente della storia culturale della propria società, ma, al contempo, presenta un carattere prezioso di "mutevolezza", una "risorsa" attraverso la quale trovano spazio trasformazioni ideologiche e sociali[6].

È stato evidenziato come la lingua italiana si costruisca attraverso una prospettiva androcentrica, utilizzando quindi il genere maschile come parametro generale di riferimento[7]; tuttavia, occorre considerare che l'utilizzo di un linguaggio grammaticalmente corretto prevede, in realtà, la declinazione dei sostantivi al corrispettivo maschile o femminile (a seconda del genere del soggetto a cui si faccia riferimento)[8]. Nondimeno, questa operazione, che sembra a prima vista così scontata, appare in realtà molto più ardua di quello che possa sembrare. Le abitudini linguistiche e culturali costituiscono un freno significativo alla messa in atto di formulazioni, che, seppure appaiano, per così dire, "nuove", rientrano perfettamente nel dettato grammaticale della lingua considerata.

Dal punto di vista più strettamente tecnico-linguistico, la declinazione dei nomi al maschile e al femminile sottende di per sé a ragioni di carattere più che altro organizzativo – pragmatico, dirette a meglio soddisfare il proprio interlocutore; infatti, «*in italiano l'assegnazione del genere grammaticale, per gli esseri animati, viene effettuata su base referenziale, cioè in base al sesso del referente (quindi un essere maschile è di genere grammaticale maschile e un essere femminile di genere grammaticale femminile): se l'assegnazione del*

3 F. Sabatini, *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale dei testi*, in M. D'Antonio (a cura di) *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, CEDAM, 1990, 675 ss.

4 Si veda A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, 125, affermando che «*La lingua, tuttavia, non è affatto una vietata porticina di servizio attraverso la quale il diritto naturale s'introduce di soppiatto – essa è piuttosto il grande portone attraverso il quale tutto il diritto entra nella coscienza degli uomini. Dal momento che il diritto da applicare […] è rivestito della forma linguistica, la sua applicazione si deve bene o male adattare a questa forma*»; R. Sacco, *Lingua e diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2000, 119, secondo cui «*la conoscenza del diritto, il diritto stesso, hanno bisogno della lingua. È dunque possibile interrogarsi sulla misura e sui modi in cui la lingua serve ai bisogni del diritto e della giurisprudenza*»; P. Caretti, *Discutere del linguaggio dei giuristi per riflettere sul loro ruolo oggi: qualche considerazione a conclusione del Convegno "La lingua dei giuristi"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, n. 3, 1ss.; B. Malaisi, *Il linguaggio di genere in ambito giuspubblicistico*, in *federalismi.it*, 4 maggio 2011, 1 ss.

5 In merito al concetto di genere, si deve precisare che «*[a]l di fuori del dominio strettamente grammaticale, la parola genere è usata per indicare il sesso del referente umano […]. Tra genere e sesso non vi è tuttavia un rapporto di stretta sinonimia. […] il sesso rappresenta una categoria strettamente biologica, cui vengono tuttavia associati, per effetto di una costruzione culturale, tratti e ruoli destinati a distinguere, e spesso discriminare, uomini e donne*», così S. Luraghi, A. Olita, *Introduzione*, in S. Luraghi, A. Olita (a cura di), *Linguaggio e genere*, Roma, Carocci, 2006.

6 Di nuovo A. Sabatini, *Il sessismo nella lingua italiana*, nell'ambito delle sue *Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua*, cit., evidenzia come la lingua sia soggetta a trasformazioni di carattere ideologico e valoriale, attraverso le quali determinate parole – la studiosa fa l'esempio di termini come "giudeo" o "negro" – vengano sentite come inadeguate, offensive, discriminatorie, dando luogo ad un mutamento degli usi linguistici, frutto certamente di una «*precisa azione socio-politica*», 98.

7 Ad esempio, si veda C. Robustelli, *Linguaggio di genere*, in M. Beneforti, L. Candiani, L. Galigani (a cura di), *Pistoia. Tracce, storie e percorsi di donne*, Roma, EUS, 2017, 151 ss.; S. Baldin, *Eguaglianza di genere e principio antisubordinazione. Il linguaggio non discriminatorio come caso di studio*, in questa *Rivista*, 2016, n. 1, 75 ss.

8 Ai fini della declinazione al femminile o al maschile, appare estremamente chiarificatrice la seguente classificazione di carattere tecnico-linguistica, in base alla quale i sostantivi sono categorizzati in questo modo: 1) nomi indipendenti o di genere fisso, dove maschile e femminile sono nomi completamente diversi (ad esempio, marito e moglie; fratello e sorella); 2) nome di genere comune, che possiedono un'unica forma al maschile e al femminile (l'individuazione di uno o dell'altro sarà determinata in base all'articolo; ad esempio, il/la docente, lo/la astronauta); 3) nomi di genere promiscuo, i quali possiedono un'unica forma per maschile e femminile e riguardano solitamente il mondo animale. In questi casi, il genere è indicato attraverso l'apposizione dell'aggettivo corrispondente (ad esempio, la giraffa maschio, la giraffa femmina); 4) nome di genere mobile, nell'ambito dei quali si hanno desinenze diverse per maschile e femminile, o, talora, per quest'ultimo, si aggiunge un suffisso (ad esempio, maestro/maestra; direttore/direttrice). Sul punto, cfr., V. Gheno, *Nomi professionali femminili: singolarità o normalità?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 2, 3-4.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

genere non rispetta questa distribuzione possono verificarsi equivoci»[9]. In questa prospettiva, l'utilizzo generalizzato del maschile, talora, può rivelarsi esso stesso fuorviante, riconnettendo l'immagine della persona a cui si fa riferimento a quel determinato genere, anche laddove non sia così, finendo per creare e inviare una informazione ambigua o inesatta[10].

Il problema del linguaggio di genere o dell'utilizzo di un linguaggio maggiormente inclusivo è un argomento fortemente discusso, progressivamente emerso con l'ingresso delle donne nella vita politica e sociale, nell'ambito di ruoli professionali fino a qualche tempo fa esercitati (o in taluni casi, esercitabili) soltanto dall'uomo. La discussione sorge, in particolare, con riguardo alla declinazione dei cosiddetti nomi agentivi, relativi cioè a cariche, professioni, titoli (professore/professoressa; avvocato/avvocata; sindaco/sindaca; chirurgo/chirurga; deputato/deputata; senatore/senatrice), in relazione ai quali la versione al femminile è spesso percepita come cacofonica o come forzatura rispetto al linguaggio "ordinario". Secondo Alma Sabatini, nel suo importante saggio *Il sessismo nella lingua italiana*, «*non vi sono dubbi che, all'origine del problema degli agentivi, vi è la netta divisione dei ruoli fra donne e uomini e la preclusione di alcune carriere alle donne […] Esisterebbe anche un problema analogo di forme linguistiche maschili per occupazioni "femminili" (più raro e diversamente risolto)*»[11].

In passato, ad esempio, l'uso di un linguaggio prettamente maschile ha legittimato l'esclusione delle donne da determinate categorie professionali e dalla vita politica. Nel primo caso, il riferimento è alla vicenda di Lidia Poët alla quale fu negato il diritto di esercitare la professione forense, proprio in quanto il dettato legislativo contemplava soltanto il termine "avvocato" e non il corrispettivo femminile, affermandosi in quella vicenda che «*non è poi un argomento tanto lieve quello del trovarvisi sempre adoperato il genere mascolino avvocato, e mai la parola avvocata, che pure esiste nella lingua italiana, e si usa nel comune parlare. Non si disconosce che quando nelle leggi si usa il genere mascolino, uomo, il più delle volte, ma non sempre, si può intendere compreso altresì il femminino, la donna; ma ciò non potrà e non dovrà mai ammettersi quando pel legislatore si sarebbe dovuto, come nel caso speciale, creare una capacità e condizione giuridica particolare affatto nuova, del tutto sconosciuta nelle precedenti leggi già imperanti nella materia, e di più contraria alle antiche tradizioni storico-giuridiche, ad ogni constumanza, e di introdurre una sì radicale innovazione nell'esercizio di una professione d'indole virile prevalente […]. Sicuramente è da credersi che se il legislatore avesse avuto cotale straordinario intendimento, avrebbe inserto nelle disposizioni generali della legge una chiara ed espressa dichiarazione*»[12].

Nel secondo caso, invece, il termine «regnicoli», presente all'art. 24 dello Statuto Albertino (in base al quale «*tutti i regnicoli […] sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici […]*»), fu interpretato in modo restrittivo, inteso quale riferimento ai soli soggetti di genere maschile, con il mancato riconoscimento in capo alle donne dei relativi diritti politici, evidenziando che «*ove si ponga mente alle esigenze a cui si intese soddisfare mediante la concezione dello Statuto, si scorgerà di leggieri che i suoi compilatori non potettero avere lo intendimento di parificare a tutti gli effetti la condizione della donna a quella dell'uomo*»[13].

9 C. Robustelli, *Pari trattamento linguistico di uomo e donna, coerenza terminologica e linguaggio giuridico*, in R. Zaccaria (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Camera dei Deputati, Roma, 15 settembre 2011, 182.

10 M. Manera, *La lingua che cambia*, cit., 34 ss.

11 A. Sabatini, *Il sessismo nella lingua italiana*, cit., 25.

12 Corte di Cassazione, Torino, Ud. 18 aprile 1884, in *Il Foro Italiano*, 1884, Vol. 9, 352; cfr., inoltre, il commento alla sentenza «*La nostra legislazione — dicono gli scrittori i quali sono contrari all'esercizio dell'avvocatura per parte delle donne — ha un carattere prevalentemente maschile. Invero, ogni qualvolta le donne sono state poste in grado di esercitare un diritto od una funzione che avesse rapporto, direttamente o indirettamente, con la vita pubblica politica o amministrativa dello Stato, esse lo hanno dovuto ad una legge speciale ed espressa […]. Così essendo, è evidente come per ammettere le donne all'esercizio dell'avvocatura sarebbe necessario un testo esplicito, non potendo il silenzio della legge interpretarsi nel senso di un'ammissione*» in *Il Foro Italiano*, Vol. 9, 341. Sul caso di Lidia Poët e sull'ingresso delle donne nell'avvocatura italiana, si veda, C. Viale, *Lidia e altre. Pari opportunità ieri e oggi: l'eredità di Lidia Poët*, Milano, Guerini Next, 2022.

13 Cfr., Corte di cassazione, Roma, Ud. 15 dicembre 1906, in *Il Foro italiano*, 1907, vol. 32. Si tratta del caso di un gruppo di maestre marchigiane, che nel 1906 presentarono l'iscrizione alle liste elettorali del Comune di Senigallia. La richiesta, accolta dalla relativa Commissione elettorale, fu subito impugnata tramite ricorso dal procuratore del Re. Si apre, così, una vicenda giudiziaria per il riconoscimento del godimento dei diritti politici delle donne: il ricorso venne rigettato dalla Corte d'Appello di Ancona (la cosiddetta sentenza Mortara), affermando che l'espressione "regnicoli" di cui all'art. 24 dello Statuto Albertino faceva riferimento sia a uomini sia a donne; la sentenza, tuttavia, venne poi riformata dalla Corte di cassazione, secondo la quale per un tale riconoscimento sarebbe stata necessaria apposita disposizione di legge e nel termine "regnicoli" non poteva essere, dunque, ricompreso anche il genere femminile. Per i giudici, l'esclusione delle donne dalla vita politica era qualcosa di "ovvio" ed era testimoniata anche dal fatto che «*la legge elettorale politica vigente non solo non contiene una speciale disposizione che dia alle donne il diritto all'elettorato, ma contiene invece disposizioni, dalle quali è dato argomentare come il legislatore abbia voluto*

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

In questa prospettiva, lingua, genere, diritto si ritrovano legati; la declinazione linguistica riflette un atteggiamento culturale e sociale, con conseguenze anche sul piano giuridico. Dall'altra parte, però, come è stato evidenziato, se «*le strutture di genere che influenzano la costruzione del diritto operano in modo specifico come implicito*», il diritto può agire «*a sua volta, nella costruzione del genere svelando e rovesciando l'implicito*»[14]. Attraverso il diritto, dunque, può trovare affermazione una rilettura delle strutture di genere, la quale si costruisce attraverso un principio di eguaglianza, che non è semplicemente formale, ma deve essere letto e attuato nella sua sostanza, ponendo in essere strumenti e strategie necessarie al suo raggiungimento. Se il dettato dell'art. 3 della Costituzione italiana non permette più di intendere la parola declinata soltanto al maschile in termini restrittivi, escludendo le donne, è altresì vero che «*da ciò non può dedursi il divieto o l'inopportunità di volgere al femminile i nomi delle cariche*»[15], dei titoli, delle professioni. La declinazione al maschile di "ruoli" nell'ambito dei quali, tipicamente, la presenza femminile è minore e/o si è inserita a fatica, rimane un aspetto su cui riflettere e dove il linguaggio di genere, in questo senso, sembra poter costituire un ulteriore strumento per dare attuazione al principio fondamentale di eguaglianza fra uomo e donna, intendendosi per "parità" non un «*adeguamento alla norma "uomo", bensì reale possibilità di pieno sviluppo e realizzazione per tutti gli esseri umani nelle loro diversità*»[16].

2. Linguaggio di genere, voto segreto e la mancata modifica del regolamento del Senato

Il linguaggio di genere all'interno del contesto politico-istituzionale vive un processo di affermazione ancora molto frammentario. In particolare, l'utilizzo della declinazione al femminile dei nomi di cariche e titoli, sebbene si dimostri oggi maggiormente diffuso, si presenta ancora disomogeneo. A ciò deve aggiungersi la scelta linguistica del Governo dell'attuale legislatura, nell'ambito del quale la Presidente del Consiglio dei Ministri, prima donna a ricoprire questa carica dall'inizio della Repubblica italiana ha espressamente chiesto di essere chiamata "il Signor Presidente", declinando il nome della carica al maschile[17]. La scelta della Presidenza del Consiglio dei ministri sembra porsi, in qualche modo, in linea con un'altra e precedente decisione operata dal Senato nel corso dell'approvazione del proprio nuovo Regolamento. Infatti, a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2020, che introduce modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione italiana, determinando la diminuzione del numero dei parlamentari, rispettivamente, a 400 nel caso della Camera dei Deputati, a 200 nel caso del Senato[18], quest'ultimo ha provveduto a riadattare il proprio Regolamento, approvando un nuovo testo a fine

negar loro siffatto diritto», 83. Sul punto, si veda, altresì, N. Sbano (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, Bologna, Il Mulino, 2004; G. Maestri, *Linguaggio giuridico di genere e cariche istituzionali: rileggere l'eguaglianza*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, Torino, Giappichelli, 2019, 428-429.

14 Il riferimento è a B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015, 202; cfr. altresì B. Pezzini (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio, Vol. II, Lezioni, casi, materiali, Bergamo, Bergamo University Press, 2012.

15 Così, G. Maestri, *Linguaggio giuridico di genere e cariche istituzionali: rileggere l'eguaglianza*, cit., 430.

16 A. Sabatini, *Il sessismo nella lingua italiana*, cit., 99; emblematiche anche le parole di G. Capograssi, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 493, affermando che le diseguaglianze «*costituiscono un dato inalterabile della struttura della vita, ma proprio assicurare la eguaglianza di condizioni in questo ambiente di diseguaglianze naturali, […] un rendere possibile proprio il funzionamento delle diseguaglianze naturali e il loro reciproco e complementare innestarsi, in un ambiente, nel quale siano appunto assicurate a tutti gli individui […] le condizioni, perché ognuna di queste forze abbia la piena possibilità di realizzarsi pienamente*»; A. D'Aloia, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio sconfinato*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 4, 40, «*l'eguaglianza sostanziale, non mira allo scardinamento dell'ordinamento sociale esistente, e della complessa rete di valori e logiche di cui si compone l'edificio costituzionale, ma al suo inveramento, nella complessità degli equilibri che esso contiene*».

17 Dopo l'inizio della nuova legislatura e la nomina del Governo, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha fatto presente tramite apposita nota ufficiale che l'appellativo da utilizzare per riferirsi al Presidente del Consiglio dei Ministri è, appunto, «il Signor Presidente del Consiglio dei Ministri, On. Giorgia Meloni» (benchè a rivestire questa carica sia una donna), eliminando, così, fin da subito possibili disomogeneità all'interno della comunicazione istituzionale ed eventuali declinazioni al femminili della relativa carica (questo, forse, avrebbe potuto rappresentare anche una opportunità per influenzare le abitudini linguistiche delle persone, che attualmente prediligono ancora il maschile).

18 L. cost. 19 ottobre 2020, n. 1 "Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei Parlamentari", G.U. n. 261 del 21 ottobre 2020.

luglio 2022. In particolare, fra gli emendamenti presentati, emerge quello a prima firma della Senatrice Maiorino, in base al quale veniva proposta l'aggiunta di un apposito articolo, volto a promuovere, anche all'interno della comunicazione istituzionale e dell'attività amministrativa del Senato, l'utilizzo di un linguaggio "inclusivo". L'emendamento, che sarebbe stato inserito nella veste dell'articolo 5 bis del Regolamento, mirava ad aggiungere la seguente formula: «*il Consiglio di Presidenza stabilisce i criteri generali affinché nella comunicazione istituzionale e nell'attività dell'Amministrazione sia assicurato il rispetto della distinzione di genere nel linguaggio attraverso l'adozione di formule e terminologie che prevedano la presenza di ambedue i generi attraverso le relative distinzioni morfologiche, ovvero evitando l'utilizzo di un unico genere nell'identificazione di funzioni e ruoli, nel rispetto del principio della parità tra uomini e donne. 2. La Giunta per il Regolamento formula proposte per l'adeguamento del testo del Regolamento ai criteri stabiliti ai sensi del comma 1*»[19]. L'emendamento così elaborato assegnava, dunque, al Consiglio di Presidenza il compito di provvedere alla fissazione di criteri specifici in base ai quali rendere il linguaggio utilizzato nell'ambito delle varie attività del Senato maggiormente rappresentativo. Tuttavia, come è noto, la proposta non ha trovato il riscontro sperato e non è riuscita a raggiungere la maggioranza necessaria per la propria approvazione[20].

Il linguaggio di genere (o, come recitava la proposta, *inclusivo*) costituisce un tema molto discusso, soggetto, in generale, a forti resistenze culturali, e sebbene autorevoli linguisti/e si siano espressi a favore[21], affermando che la lingua italiana prevede grammaticalmente la declinazione di entrambi i generi, rimane una questione ancora aperta.

Il rigetto della proposta di modifica del Regolamento del Senato appare più che altro come un'occasione mancata, che avrebbe sicuramente potuto fare chiarezza sul punto, orientando il dibattito; sebbene l'utilizzo del linguaggio di genere non possa, di per sé, risolvere le disuguaglianze fra uomo e donna, esso, tuttavia, costituisce uno dei "mezzi" a disposizione, una possibilità per rendere, anche attraverso le strutture linguistiche, una rappresentazione più "equa" della realtà.

Non è da trascurare, inoltre, un'altra caratteristica che ha contraddistinto la votazione in esame; essa, infatti, a seguito di apposita richiesta da parte di un congruo numero di senatori, si è svolta a scrutinio segreto. L'art. 113 del precedente Regolamento del Senato, al IV comma, prevedeva la possibilità che un gruppo composto da almeno 20 senatori potesse chiedere – soltanto in determinati casi, fra i quali, appunto, l'approvazione delle modifiche al Regolamento – di utilizzare questa modalità di votazione[22].

19 Emendamento 5.0.200 recante "disposizioni per l'utilizzo di un linguaggio inclusivo" all'art. 5 della proposta di modificazione del Regolamento del Senato, proposto dalla Senatrice Alessandra Maiorino, alla cui firma si sono aggiunte quelle delle senatrici Julia Unterberger, Felicia Gaudiano, del senatore Gianmauro Dell'Olio, e di tutti gli altri componenti del gruppo del Movimento 5 stelle. Per ulteriori informazioni in merito alla seduta di approvazione del nuovo Regolamento del Senato tenutasi in data 27 luglio 2022, si veda il resoconto stenografico della stessa https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/Resaula/0/1358327/index.html?part=doc_dc-ressten_rs (ultima consultazione in data 22.12.2022).

20 In particolare, la votazione ha visto 152 voti favorevoli, 60 contrari, 16 astenuti. Al fine di ottenere la relativa approvazione sarebbe stato necessario la maggioranza assoluta, pari a 161 voti.

21 Si veda, in particolare, la sezione *L'Accademia della Crusca e la questione del genere nella lingua*, sul sito della Accademia medesima, che raccoglie saggi, articoli, interviste, attraverso i quali si prende in esame proprio l'utilizzo di un linguaggio di genere https://accademiadellacrusca.it/it/contenuti/l-accademia-della-crusca-e-la-questione-del-genere-nella-lingua/16406 (ultima consultazione in data 05.01.2023). Si veda, altresì, C. Robustelli, *Lingua italiana e questioni di genere. Riflessi linguistici di un mutamento socio-culturale*, Roma, Aracne, 2018; V. Gheno, *Femminili singolari. Il femminismo è nelle parole*, Firenze, Effequ, 2019; F. Fusco, *La lingua e il femminile nella lessicografia italiana tra stereotipi e invisibilità*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2012; S. Luraghi, A. Olita (a cura di), *Linguaggio e genere*, cit.; S. Cavagnoli, *Linguaggio giuridico e lingua di genere. Una simbiosi possibile*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2013.

22 L'attuale Regolamento del Senato, così come modificato nella seduta del 27 luglio 2022 e a seguito della riduzione del numero dei parlamentari, prevede che possa chiedere la votazione a scrutinio segreto non più un gruppo pari a 20 senatori, bensì composto da 12 senatori; in alternativa, tale richiesta può essere effettuata «*da uno o più Presidenti di Gruppi che, separatamente o congiuntamente, risultino di almeno pari consistenza numerica*» (così l'art. 113, II co.). Sempre l'attuale Regolamento del Senato prevede, anche questa volta, altre ipotesi in cui può essere richiesto lo scrutinio segreto: in particolare, oltre a tutte le votazioni riguardanti persone e le elezioni mediante schede, qualora il prescritto numero di senatori lo richieda «*sono inoltre effettuate a scrutinio segreto le deliberazioni che incidono sui rapporti civili ed etico-sociali di cui agli articoli 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31 e 32, secondo comma, della Costituzione; le deliberazioni che concernono le modificazioni al Regolamento del Senato*», (art. 113, IV co. e IV co. bis). In ogni caso, si precisa che «*lo scrutinio segreto può essere richiesto solo sulle questioni strettamente attinenti ai casi previsti nel comma 4. In relazione al carattere composito dell'oggetto, può essere proposta, ai sensi dell'articolo 102, comma 5, la votazione separata della parte da votare a scrutinio segreto*» (art. 113, IV bis co.) e che «*[l]e votazioni finali sui disegni di legge avvengono, di regola, a scrutinio palese, a meno che, trattando tali disegni di legge prevalentemente le materie di cui al precedente comma 4, non sia avanzata richiesta di votazione a scrutinio segreto. Sulla prevalenza decide il Presidente sentita, ove lo creda, la Giunta per il Regolamento*» (art. 113, VII comma).

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

L'opportunità dell'utilizzo del voto palese o segreto da parte delle Camere è stato oggetto di numerose riflessioni all'interno del dibattito politico-istituzionale; il tema, già emerso in Assemblea Costituente[23], costituisce ancora una questione spinosa, che periodicamente riaffiora, soprattutto alla luce di questioni particolarmente dibattute. Senza potersi addentrare, in questa sede, all'interno di un tema così esteso, occorre ricordare, tuttavia, che il voto segreto nelle delibere parlamentari possiede una duplice chiave di lettura: da un lato, esso costituisce uno strumento attraverso il quale salvaguardare l'autonomia e la libertà di scelta del singolo/a parlamentare, trovando la sua base giustificatrice nell'art. 67 della Costituzione, che stabilisce il divieto di mandato imperativo; dall'altra, il voto segreto può condurre anche verso una deresponsabilizzazione del deputato/senatore o della deputata/senatrice, che "protetto" dallo scudo della segretezza del proprio voto, finisce per disattendere l'attuazione del programma politico (in questo senso, si pensi al fenomeno dei cosiddetti "franchi tiratori")[24]. La Costituzione nulla specifica in merito all'adozione del voto palese o segreto nelle delibere parlamentari (ad eccezione dell'elezione del Presidente della Repubblica, per cui è stabilito lo scrutinio segreto, e del voto relativo al rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento, che, al contrario, deve essere sempre palese). Le ragioni di una mancata cristallizzazione nel testo costituzionale delle modalità di voto delle assemblee parlamentari sono da ricercarsi nei lavori dell'Assemblea Costituente e nel dibattito svoltosi attorno all'elaborazione dell'art. 69 del progetto di Costituzione (oggi art. 72, Cost.)[25]. In quella sede, è noto l'emendamento proposto dall'On. Aldo Moro, volto ad eliminare l'espressione "a scrutinio segreto", affermando che «*l'uso e forse l'abuso che, si è fatto di questo mezzo di votazione hanno dimostrato l'opportunità di rivedere per lo meno le modalità che lo regolano. Io non voglio entrare nel merito dell'ammissibilità o meno di questo mezzo di votazione nella Camera. Però mi ripugna che si faccia richiamo, niente meno che nel testo costituzionale, a questo sistema particolare di votazione del quale si possono dire due cose: da un lato tende ad incoraggiare i deputati meno vigorosi nell'affermazione delle loro idee e dall'altro tende a sottrarre i deputati alla necessaria assunzione di responsabilità di fronte al corpo elettorale, per quanto hanno sostenuto e deciso nell'esercizio del loro mandato*»[26]. La disciplina, dunque, è stata demandata ai regolamenti parlamentari, che hanno previsto, in un primo momento, un ampio utilizzo del voto segreto nelle proprie delibere, fino alla riforma del 1988, nell'ambito della quale

23 Il "problema" del voto segreto in Assemblea Costituente emerge a partire dalla seduta del 23 aprile del 1947 nell'ambito della quale era stata avanzata la richiesta di utilizzare tale modalità di votazione in merito al primo comma dell'art. 23 del progetto di Costituzione, riguardante il matrimonio. In quella sede, infatti, pur essendo stata sottolineata l'eccezionalità di questa modalità di voto, essa costituì un precedente importante, aprendo la strada ad un impiego più frequente dello scrutinio segreto; per una ricostruzione sull'introduzione dello scrutinio segreto nei lavori del Parlamento italiano e sui lavori dell'Assemblea Costituente, si veda, in particolare, il contributo di F. Sparisci, *Il voto segreto dalla Costituente ai lavori di oggi*, Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, 1987, n. 3, 79 ss., il quale, fra l'altro, evidenzia come l'utilizzo del voto segreto in Assemblea Costituente rispondesse ad esigenze soprattutto organizzative, rendendo più veloci le deliberazioni da svolgere, cfr., 84.

24 B. Pezzini, *La questione del voto segreto in Parlamento*, in *Diritto e Società*, 1985, n. 1, 159 ss., indicando come «*ogni discussione su questo tema si articola tra due poli, che sono le due facce contrapposte del segreto/strumento di indipendenza* a segreto/*irresponsabilità*». Sul punto, si veda più recentemente F. Biondi Dal Monte, *Svelare il voto. La percezione del voto parlamentare tra comunicazione politica e rappresentanza*, in *Osservatorio delle fonti*, 2017, n. 2, 4 ss.; L. Gianniti, N. Lupo, *Diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2008, 187 ss. Più in generale, la modalità di votazione a scrutinio segreto vede la sua introduzione nell'ambito dello Statuto Albertino del 1848, prevedendolo come obbligatorio per la votazione dei disegni di legge (così l'art. 63 dello Statuto: «*Le votazioni si fanno per alzata e seduta, per divisione e per scrutinio segreto. Quest'ultimo mezzo sarà sempre impiegato per la votazione del complesso di una legge, e per ciò che concerne al personale*»); la norma statutaria era stata poi recepita nei regolamenti di Camera e Senato, nell'idea di preservare l'autonomia dei parlamentari davanti al Re o al Governo. Il voto segreto ha subito una sua temporanea eliminazione soltanto con il periodo fascista, con l'emanazione della L. n. 129/1939. Successivamente, esso è stato invece nuovamente applicato, a partire dai lavori dell'Assemblea Costituente e poi nei più recenti regolamenti parlamentari. Si veda, altresì, A. Casu, *Voto segreto e voto palese nei regolamenti parlamentari dal 1848 ai giorni nostri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1986, 553 ss.

25 Il testo dell'articolo su cui si dibatteva recitava in questo modo: «*ogni disegno di legge deve essere previamente esaminato da una Commissione di ciascuna Camera secondo le norme del rispettivo regolamento; e deve essere approvato dalle Camere, articolo per articolo, con votazione finale a scrutinio segreto*», sul punto, si veda *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1970, vol. IV, 3240 ss.; si veda, altresì, P. Passaglia, *Art. 72*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 1347 ss.

26 Di nuovo, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1970, vol. IV, 3240 ss. Dal resoconto dei lavori dell'Assemblea Costituente emerge che la discussione attorno alla formulazione dell'art. 69 (oggi, art. 72, Cost.) fu particolarmente vivace, con la presentazione di diversi emendamenti, alcuni dei quali sulla stessa linea di Moro, volti ad eliminare l'espressione "a scrutinio segreto" (ad esempio, è il caso di Clerici, 3241, e di Persico, 3248) e, in taluni casi, finanche proponendo la sua sostituzione con l'inserimento del voto per appello nominale (ad esempio, Nobili Tito, 3241, e Caronia, 3250), ritenendo alla fine più opportuno lasciare tale scelta all'autonomia delle Camere.

si è verificato un cambio di passo e, sebbene con alcune differenze fra Camera e Senato, l'utilizzo del voto segreto costituisce una possibilità "eccezionale", attivabile soltanto in determinate condizioni[27].

Se la segretezza del voto nelle delibere parlamentari, quindi, riveste comunque un suo ruolo, operando una tutela sulla libertà di "coscienza" del singolo, talora, la sua applicazione sembra aver condotto ad una mancata promozione della sfera dei diritti e di libertà (si pensi non solo al presente caso, ma anche a quello del ddl Zan)[28].

L'approvazione dell'emendamento sul linguaggio inclusivo, volto a declinare al femminile/maschile i *nomina agentis* (senatrice/senatore; deputata/deputato; la/il Presidente…), avrebbe potuto rappresentare un passaggio significativo, considerando, più in generale, anche che all'interno dei regolamenti parlamentari (né in quello della Camera, né in quello del Senato) non si rinviene, peraltro, alcun meccanismo diretto a valorizzare la rappresentazione di genere[29]. Nel caso del Senato, la comunicazione ufficiale, dunque, rimane declinata al maschile, che, sebbene nel tempo abbia acquisito un valore anche omnicomprensivo (maschile non marcato o maschile sovraesteso o inclusivo), non è per sua natura neutro[30].

3. Parlamento, comunicazione istituzionale e parità di genere. Qualche osservazione

La questione dell'adozione di un linguaggio maggiormente rappresentativo ed inclusivo in documenti ufficiali è in qualche modo risalente; deve essere ricordato, ad esempio, il contributo di Olympe de Gouges che nel 1791 scriveva la *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*[31], in aperta contrapposizione alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, sostituendo ogni volta che fosse necessario i termini "uomo" e "cittadino" con "donna e uomo" o "cittadina e cittadino", nel tentativo di "rompere" «*l'universalismo che tende ad utilizzare in modo neutrale il termine maschile*»[32]. Certo, Olympe de Gouges attraverso l'introduzione di parole come "donna" e "cittadina" provava a compiere un'operazione non semplicemente di carattere linguistico, ma sostanziale e politica, rivendicando anche per la donna un ventaglio di possibilità e prerogative, che sono rimaste, per molto tempo, destinate soltanto all'uomo (o al cittadino)[33].

Oggi, anche laddove le Carte costituzionali utilizzino la sola declinazione maschile, nessuno dubita più che tali forme linguistiche includano anche le donne e che ad esse spettino eguali diritti, ma si è trattato di un percorso relativamente recente, complesso, faticoso (si pensi, ad esempio, all'ordinamento italiano dove è soltanto a partire dal 1960 che alle donne viene riconosciuta la possibilità di partecipare e accedere anche agli impieghi pubblici implicanti l'esercizio di poteri giurisdizionali e di potestà

27 G. Fiorucci, *Camera dei Deputati: il nodo del voto segreto*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 135 ss.

28 Per un commento, cfr. L. Gianniti, *Corsi e ricorsi del voto segreto a margine della bocciatura del ddl Zan*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 4, 948 ss.; si vedano altresì le osservazioni di G. Pasquino, *Il voto segreto andrebbe abolito, tranne che…*, in *Formiche.net*, 20 ottobre 2021, disponibile al link https://formiche.net/2021/10/abolizione-voto-segreto-pasquino/ (ultima consultazione 28.12.2022), il quale, alla luce della votazione a scrutinio segreto in merito al ddl Zan, evidenzia le problematicità connesse a questa modalità di votazione e la sua opportunità soltanto laddove in discussione vi sia una persona.

29 Sebbene la questione dell'utilizzo del linguaggio di genere sia parzialmente diversa, si sottolinea che a livello parlamentare e nell'ambito dei relativi regolamenti, non è presente alcun meccanismo promozionale volto a valorizzare la partecipazione delle donne a commissioni o in altri organi di nomina parlamentare; in merito all'equilibrio di genere e alle procedure di nomine, si veda, in generale, la ricerca curata da G. Cerrina Feroni, T. Groppi (a cura di), *Procedure di nomina ed equilibri di genere*, Il Mulino, Bologna, 2022, e più in particolare, sia consentito rinviare, anche a M. C. Errigo, I. M. Lo Presti, *Le procedure di nomina di competenza parlamentare e governativa: analisi comparata e proposte per un (ri)equilibrio nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 2020, n. 3, 455 ss.

30 C. Robustelli, *Linee guida per l'uso del genere nel linguaggio amministrativo*, Progetto genere e Linguaggio. Parole e immagini della Comunicazione svolto in collaborazione con l'accademia della Crusca, progetto realizzato con il finanziamento della Regione Toscana, L. R. n. 16/2009 Cittadinanza di genere, 2012, 4 ss.

31 Cfr. O. de Gouges, *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, Roma, Caravan edizioni, 2012.

32 Così A. Loche, *La liberté ou la mort. Il progetto politico e giuridico di Olympe de Gouges*, Modena, Mucchi editore, 2021, 63.

33 Sul punto, si veda altresì M. D'Amico, *Linguaggio, Costituzione e discriminazione di genere*, in M. Brambilla, M. D'Amico, V. Crestani, C. Nardocci (a cura di), *Genere, disabilità, linguaggio. Progetti e prospettive a Milano*, Milano, FrancoAngeli, 2021, 16.

politiche)[34], sul quale occorre ancora lavorare per abbattere stereotipi che permangono sull'immagine della donna all'interno della società attuale.

Pertanto, senza forzature e a fronte dell'attuale maggiore partecipazione delle donne alla vita pubblica e alle più varie categorie professionali, appare in qualche modo auspicabile provare ad attuare un cambiamento delle abitudini linguistiche, quantomeno nell'ambito della comunicazione istituzionale[35]. Essa, infatti, presenta un risvolto diverso rispetto al linguaggio privato e colloquiale; come ha fatto notare la senatrice Unterberger nel corso della seduta del 27 luglio 2022, a proposito dell'emendamento sul tema del linguaggio inclusivo, «*non parliamo del privato. Non contestiamo che ognuno si possa nominare, definire come vuole. Parliamo del Regolamento del Senato ed è una questione che riguarda tutte le donne, se tutte le ministre sono ministri e se la Presidente del Senato, la seconda carica dello Stato, è «il signor Presidente*»[36].

Sebbene le *Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua italiana* di Alma Sabatini[37] del 1987, frutto di uno studio promosso dalla Presidenza del Consiglio delle ministri e dalla Commissione delle Pari Opportunità, non abbiano ricevuto particolare applicazione, in tempi più recenti sono emersi interventi di sensibilizzazione e linee guida all'uso di un linguaggio maggiormente rappresentativo nell'ambito della pubblica amministrazione[38]. Tuttavia, per quanto riguarda le assemblee parlamentari

34 È infatti soltanto con la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 1960 che viene sancita l'incostituzionalità dell'art. 7 della Legge n. 1176/1919, attraverso il quale si stabiliva che l'ammissione delle donne «*a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici, esclusi soltanto, se non vi siano ammesse espressamente dalle leggi, quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato secondo la specificazione che sarà fatta con apposito regolamento*». Secondo la Corte, tale disposizione realizzava un contrasto "irrimediabile" «*con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza*», affermando che «*la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa, non può comportare, cioè, un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge. Una norma che questo facesse violerebbe un principio fondamentale della Costituzione, quello posto dall'art. 3, del quale la norma dell'art. 51 è non soltanto una specificazione, ma anche una conferma*». La questione trae origine dalla vicenda di Rosa Oliva, che, dopo la laurea in Giurisprudenza, avrebbe voluto accedere al concorso per la carriera prefettizia, ma la sua domanda fu rigettata in quanto, appunto, donna. Alla storica sentenza n. 33/1960 ha fatto seguito poi l'adozione della Legge n. 66/1963 con la quale si stabiliva l'ingresso delle donne «*a tutte le cariche, professioni e impieghi pubblici compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge*», cfr. M. D'Amico, *Una parità ambigua*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2020, 71 ss.; I. Alesso, *Il quinto Stato*, Milano, FrancoAngeli, 2012, 18 ss.; B. Pezzini, *Uno sguardo di genere sulla sentenza n. 33 del 1960*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, n. 5, 31 ss.; S. Sciarra, *"Effetto farfalla". La sentenza n. 33 del 1960*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, n. 5, 49 ss.

35 V. Gheno, *Nomi professionali femminili: singolarità o normalità?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 2, 7, secondo cui «*si dovrebbe tenere conto che la lingua vive e cambia al cambiare della realtà. E se la realtà è cambiata nel senso che le donne oggi possono accedere (o possono accedere più facilmente) a carriere e posizioni dalla quali prima erano del tutto escluse o erano presenti in maniera fortemente minoritaria, è naturale che la lingua […] tenga conto di questo cambiamento*»; sulla difficoltà di superare il "peso" della tradizione, si veda anche T. Groppi, *I diritti delle donne: dalla rivoluzione mancata alla rivoluzione incompiuta. E ora?*, in *DPCE online*, 2021, n.1, «*la questione dei diritti delle donne è forse la sfera nella quale il peso della tradizione è più forte e gli strumenti del diritto e della politica sembrano troppo deboli, incapaci di scardinare paradigmi radicati nei millenni*».

36 Si veda dal resoconto stenografico della 456^ seduta pubblica, del Senato della Repubblica (XVIII legislatura), Mercoledì 27 luglio, 36.

37 Le *Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua italiana*, proposte da Alma Sabatini all'interno del libro *Il sessismo nella lingua italiana*, cit., 96 ss., contenevano indicazioni fortemente innovative, fra cui, ad esempio, evitare di utilizzare le parole *uomo/uomini* in termini universale e sostituirle con espressioni come *essere umano/persona* (ad es., non dire "i diritti dell'uomo", bensì "i diritti umani"); utilizzare la declinazione al femminile, qualora i nomi femminili siano numericamente prevalenti (ad es., non dire "Marta, Beatrice e Francesco sono andati al cinema", bensì "Marta, Beatrice e Francesco sono andate al cinema"); evitare di anteporre al cognome femminile anche l'articolo (ad es., non dire "la Meloni sostiene che…", bensì "Meloni sostiene che…"). Fra le varie raccomandazioni, vi era anche quella relativa alla declinazione dei nomi agentivi di cariche, titoli, professioni. La proposta di Alma Sabatini, tuttavia, non ricevette l'attenzione sperata e le sue *Raccomandazioni* non furono adeguatamente attuate; tuttavia, molte indicazioni contenute in quel contributo risultano oggi attualissime, nell'intento di mettere in pratica un uso maggiormente "rappresentativo" della lingua italiana.

38 In particolare, a partire dal *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche* del 1994, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ricomprendeva anche una sezione dedicata a rendere il linguaggio maggiormente inclusivo, e successivamente anche il *Manuale di Stile. Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche. Proposta e materiali di studio*, 1997, a cura di Alfredo Fioritto, si vedano documenti più recenti come: C. Robustelli, *Linee guida per l'uso del genere nel linguaggio amministrativo*, cit.; *Guida alla redazione degli atti amministrativi. Regole e suggerimenti*, a cura del gruppo di lavoro promosso dall'Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica (ITTIG), e dall'Accademia della Crusca, 2011, disponibile al link http://www.ittig.cnr.it/Ricerca/Testi/GuidaAttiAmministrativi.pdf, (ultima consultazione il 10.01.2023), 28; *Linee guida per l'uso del genere nel linguaggio amministrativo del MIUR*, 2018; *Linee guida per l'uso di un linguaggio rispettoso delle differenze di genere*, Agenzia delle Entrate, 2020. Da un punto di vista normativo, si veda, invece, la

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

(in realtà, come è stato rilevato, per gli organi costituzionali più in generale[39]) non si rinviene l'utilizzo di particolari regole per l'uso di un linguaggio inclusivo, con il susseguirsi, fra l'altro, di posizioni contrapposte sul punto (si vedano, ad esempio, le diverse posizioni di Laura Boldrini e di Maria Elisabetta Casellati)[40].

In taluni casi, l'opposizione all'adozione del linguaggio di genere sembra risiedere non solo nella volontà di preservare lo stile e la tradizione linguistica, ma anche nel rispetto dello stesso principio di eguaglianza formale, in quanto differenziare il nome della carica al maschile o al femminile violerebbe «*la neutralità delle definizioni disposte dalla legge. […] Ciascuno ha libero accesso a cariche e impieghi pubblici senza distinzione fra uomini e donne. Per cui non si può avvalorare alcuna distinzione di genere nella qualificazione delle cariche, fondata sulla personalità di chi la ricopre. La Costituzione chiede solo di essere applicata e non essere integrata in modo creativo e personalistico. Insomma, non è possibile introdurre specifiche per sottolineare il genere di chi ricopre una carica pubblica, perché la Costituzione ha annullato, a monte, questa possibilità, affermando, appunto, l'eguaglianza generale*»[41]. In realtà, come già evidenziato, l'utilizzo del maschile non marcato non ha di per sé un valore neutro; inoltre, da un punto di vista strettamente tecnico-linguistico, il riferimento al significato della carica istituzionale o del ruolo si rinviene all'interno della radice del nome considerato (ad esempio, sindac*) ed è poi la desinenza (o il suffisso, nel caso, ad esempio, di direttrice) che aiuta a chiarire se a ricoprire tale carica sia un uomo o una donna[42].

L'utilizzo di un linguaggio maggiormente "inclusivo", dunque, rimane un argomento ancora molto dibattuto, come si evince anche dalla mancata modifica del Regolamento del Senato e dalla sua votazione avvenuta a scrutinio segreto. La perdurante declinazione al maschile dei ruoli sembra contribuire ad evidenziare un problema di «*diseguaglianza strutturale, prodotto di relazioni sociali*»[43], sostanziandosi in un processo quasi involontario, inconsapevole, poiché frutto di sedimentazioni culturali, che tendono ad operare proprio come presupposti *impliciti*[44].

L.R. Emilia-Romagna 27 giugno 2014, n. 6, *Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere*, che all'art. 9 prevede specifica disposizione sull'adozione di un linguaggio di genere e di un lessico delle differenze, prevedendo al III comma che «sarà predisposta idonea informativa al personale che tenga conto di una efficace semplificazione linguistica degli atti e di una redazione fedele ad un linguaggio comprensibile e veritiero oltre che rispettoso del genere». È rimasto allo stadio delle proposte, invece, il progetto di legge "*Disposizioni in materia di concordanza dei titoli funzionali in base al sesso della persona cui sono attribuiti negli atti delle pubbliche amministrazioni*" (n. 4335/2017), presentato alla Camera dei Deputati il 28 febbraio 2017, in base al quale si proponeva di vincolare tutte le amministrazioni pubbliche a concordare, in base al genere, titoli accademici, funzionali, professionali, nella redazione di ogni disposizione normativa. Il progetto di legge è consultabile al seguente link http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0050530.pdf (ultima consultazione 10.01.2022).

39 S. Baldin, *Eguaglianza di genere e principio antisubordinazione. Il linguaggio non discriminatorio come caso di studio*, cit., 86.

40 In particolare, si ricordi l'attività di sensibilizzazione svolta dall'Onorevole Laura Boldrini, durante la sua Presidenza alla Camera dei Deputati, con l'invio anche di un'apposita lettera a deputate e deputati sull'utilizzo di un linguaggio declinato al maschile o al femminile, 5 marzo 2015 (il testo della lettera è disponibile al link https://st.ilsole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Correlati/Documenti/Notizie/2015/03/Mydocument.pdf; ultima consultazione in data 05.01.2023); successivamente, invece la posizione dell'ex Presidente del Senato, Maria Elisabetta Alberti Casellati (C. Robustelli, *La grammatica, bellezza, non è un'opinione*, in *Il Sole 24 ore – Alley Oop*, 15 novembre 2018, disponibile al seguente link https://alleyoop.ilsole24ore.com/2018/11/15/cariche-al-femminile-lagrammatica-bellezza-non-e-unopinione/, ultima consultazione in data 05.01.2023), che ha espressamente richiesto di essere denominata al maschile ("il Presidente"). Sul punto e sull'utilizzo dei *nomina agentis* declinati al femminile nei resoconti stenografici delle assemblee parlamentari, si veda, di nuovo, G. Maestri, *Linguaggio giuridico di genere e cariche istituzionali: rileggere l'eguaglianz*a, cit., 427 ss. È interessante segnalare l'esperienza francese, che all'interno del Regolamento dell'Assemblea nazionale ha inserito all'art. 19 apposita disposizione, mediante la quale si chiarisce che «*Les fonctions exercées au sein de l'Assemblée sont mentionnées avec la marque du genre commandé par la personne concernée*» (art. 19, III co.)

41 M. Sgrelli, *Volgere al femminile la neutralità delle cariche pubbliche è una decisione sicuramente incostituzionale*, reperibile al seguente link http://www.accademiadelcerimoniale.com/news/volgere-al-femminile-la-neutralita-delle-cariche-pubbliche-e-una-decisione-sicuramente-incostituzionale-di-massimo-sgrelli/, (ultima consultazione 28.12.2022), 11 gennaio 2017.

42 Sul punto si veda l'intervista a Cecilia Robustelli sulla rivista *Wired*, A.R. Longo, *9 buone ragioni per parlare al femminile (e usare sindache)*, 24 giugno 2016 disponibile al link https://www.wired.it/play/cultura/2016/06/24/ragioni-parlare-femminile-sindache/ (ultima consultazione 10.01.2022).

43 S. Baldin, *Eguaglianza di genere e principio antisubordinazione*, cit., 81.

44 Si veda anche V. Valenti, *Introduzione. La questione di genere: una sfida (ancora attuale) per le democrazie del XXI secolo*, in P. Torretta, V. Valenti (a cura di), *Il corpo delle donne. La condizione giuridica femminile (1946-2021)*, Torino, Giappichelli, 2021, XXX.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Tuttavia, il principio di eguaglianza, che insieme all'art. 2 informa l'intero edificio costituzionale[45], mira al conseguimento di una parità di fatto[46], che non si ferma al contrasto delle discriminazioni *formali*, ma guarda a "ciò che sta sotto" (seguendo l'etimologia del termine *sostanziale*, appunto da *sub-stare*), alle strutture sociali, alla dinamica profonda delle relazioni umane[47]. In questo senso, il concetto di eguaglianza va oltre la dimensione antidiscriminatoria e assume valore di «*antisubordinazione, che riconosce l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un assetto di potere*»[48]. Soltanto in questa chiave si rende possibile «*un processo di ri-definizione di tutti i soggetti coinvolti, in cui lo spazio stesso viene ridefinito per essere reso abitabile da tutti e da tutte*»[49].

Il linguaggio di genere (o inclusivo), dunque, potrebbe costituire uno strumento in attuazione anche di quel principio antisubordinazione che permea l'impianto costituzionale; la lingua presenta una valenza socio-politica in grado di incidere sulla realtà sociale e istituzionale, contribuendo al rovesciamento di quelle strutture di genere che si rivelano ancora presenti.

Sotto questa luce, declinare il linguaggio della comunicazione istituzionale delle assemblee parlamentari appare inserirsi all'interno di un processo di valorizzazione delle differenze, di ridefinizione dei modelli e di costruzione di un sistema di partecipazione paritaria fra uomo e donna. La comunicazione istituzionale costituisce un canale pubblico, ufficiale, all'interno del quale anche l'adozione di un determinato atteggiamento linguistico può costituire un "segnale" e fungere da modello, contribuendo alla diffusione di un linguaggio maggiormente "rappresentativo". Questo "potere" insito nella capacità delle parole di "dare forma" alla realtà sociale appare ancora più emblematico se il contesto di riferimento è quello delle assemblee parlamentari, che costituiscono, appunto, l'organo rappresentativo per eccellenza, il cuore della democrazia, la sede "creativa" delle leggi, e dove l'utilizzo di determinati usi linguistici, quali la declinazione del genere dei nomi, tra femminile e maschile, diventa un'ulteriore forma di riconoscimento della partecipazione delle donne alla vita pubblica, fornendo una rappresentazione più adeguata della realtà istituzionale.

45 Per questo riferimento si veda, N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1995, 76 ss.

46 S. Baldin, *Eguaglianza di genere e principio antisubordinazione*, cit, 79.

47 In generale, si veda A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002.

48 B. Pezzini, *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, Torino, Giappichelli, 2019, 11; si veda, inoltre, sempre B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, Jovene, 2009, 1141 ss.

49 Ivi, 12.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

*Sofia Esther Brito Vukusich**

La pregunta por el pacto sexual en una nueva Constitución: contribuciones de los movimientos feministas al proceso constituyente chileno

Sommario

1. Introducción. – 2. Los movimientos feministas: desde la crítica al pacto sexual de la Constitución de 1980 hacia una Convención Constitucional paritaria. – 2.1. La reforma constitucional que habilita el proceso constituyente de 2019. – 2.2. La paridad de género en la Convención Constitucional. – 3. El enfoque de género de la propuesta de texto constitucional. – 3.1. Democracia paritaria. – 3.2. Replantear el sujeto de derechos. – 3.3 La transversalización del enfoque de género en las instituciones y derechos sociales. – 4. Reflexiones finales: desafíos del constitucionalismo feminista a la luz de un nuevo proceso constituyente.

Abstract

Este texto propone un análisis de los antecedentes que consolidaron el proyecto de nueva Constitución de 2022, el cual es el primero a nivel mundial en redactarse desde una Convención Constitucional paritaria. Se plantea una lectura del contexto de los movimientos feministas en Chile, y de las normas del texto rechazado como fruto de sus articulaciones y alianzas que buscan consolidar el enfoque de género como principio transversal de su arquitectura. A partir de esto, se propone su sistematización en normas relativas a la democracia paritaria, el replanteamiento del sujeto de derechos, y la transversalidad del enfoque de género en las instituciones estatales y la formulación de derechos sociales. Finalmente se plantean algunos de los desafíos que enfrenta este diseño de propuesta de constitucionalismo feminista, ante la reciente promulgación de un nuevo itinerario constituyente.

This text proposes an analysis of the background that consolidated the project of the new Constitution of 2022, as the first to be drafted in a gender parity Constitutional Convention. A reading of the context of the feminist movements in Chile is proposed, and of the norms of the text rejected as a result of their articulations and alliances that seek to consolidate the gender approach as a transversal principle of their architecture. From this, its systematization is proposed in norms related to parity democracy, the rethinking of the subject of rights, and the transversality of the gender approach in state institutions and the formulation of social rights. Finally, some of the challenges faced by this design of feminist constitutionalism proposal are presented, given the recent promulgation of a new constituent itinerary.

* Egresada de derecho por la Universidad de Chile.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introducción

Tanto el desarrollo del constitucionalismo liberal moderno como del pensamiento feminista[1] tienen sus raíces en la emergencia del individualismo como ficción de la vida social[2]. Los conceptos de libertad e igualdad de ambas corrientes se van distanciando en medida que la reivindicación de lo personal como político de los movimientos feministas, va poniendo en tela de juicio la separación liberal entre las esferas pública y privada. Siguiendo a Carole Pateman, podemos situar su fundamento conceptual en la respuesta de John Locke al poder paternal defendido por autores como Robert Filmer, mediante la cual traza una distancia entre el poder político y el poder paternal sobre los hijos en la esfera privada y familiar. Esta separación constituye también una división sexual, nos dice Pateman: "Las feministas [por su parte] están intentando desarrollar una teoría de la práctica social (...) -que incluiría a las mujeres y hombres por igual- basada en la interrelación, y no en la separación y oposición -de la vida individual y la colectiva, o de la vida personal y la política-. A un nivel inmediatamente práctico, esta necesidad se expresa en la que quizá sea la conclusión más clara de las críticas feministas: si las mujeres han de participar plenamente, como iguales, en la vida social, los hombres han de compartir por igual la crianza de los hijos e hijas, y otras tareas domésticas. Mientras a las mujeres se las identifique con este trabajo 'privado' su estatus público siempre se verá debilitado"[3].

En esta línea, la noción de pacto sexual[4] como posición de sujeción de las mujeres en el contrato social que representa la ficción originaria del liberalismo, es ilustradora al momento de intentar delinear la necesidad de la disputa del ordenamiento jurídico por parte de los movimientos feministas, y se hace aún más nítida en los procesos constituyentes[5]. El derecho como un entramado de discursos y tecnologías de poder producidas por las sociedades patriarcales, reproduce un orden desde el punto masculino[6], establece su experiencia como universal o neutral, a la vez que regula ciertas particularidades de la vida de las mujeres e identidades disidentes al orden sexogenérico, desde una diferencia, que implica a su vez, una distancia: nos sitúa en la vida social con menores grados de autonomía y mayores grados de indefensión[7]. La aplicación diferenciada de las normas jurídicas ha llevado al desarrollo de diversos métodos de análisis jurídicos feministas[8], que parten de la puesta en común de los relatos que expresan las condiciones de violencia y desigualdad que se viven en cada sociedad por el solo hecho de ser reconocida como mujer -o no responder a la ficción del ideal masculino-, y se replantean con ello, la producción situada de conocimiento frente al punto de vista 'imparcial' que presupone la investigación científica.

Como señala Alia Trabucco: "el feminismo ha enfrentado cientos de veces las barreras impuestas a las mujeres por los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Son incontables las estrategias adoptadas en los tribunales y en los parlamentos, porque la historia del feminismo ha sido también una historia contra la ley"[9]. Del cómo transitamos desde ese constante 'contra el derecho' a poder plantearnos desde un constitucionalismo feminista[10] que presenta candidaturas feministas a una Convención Constitucional paritaria, y reconoce el Estado como un lugar de disputa, sin duda, hay como el mismo movimiento feminista, múltiples posiciones. Sobre las luchas luchas en el campo del derecho, donde la construcción

1 T. Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid, Editorial Trotta, 2003 (1998).

2 C. Pateman, *Críticas feministas a la dicotomía público/privado en: Perspectivas feministas de la teoría política,* Carmen Castells (comp.), Buenos Aires, Editorial Paidós, 1996, p. 37.

3 Ibíd., p. 48.

4 C. Pateman. *El contrato sexual.* Barcelona, Anthropos: Ciudad de México, Universidad Autónoma. 1995 (1988).

5 Sobre investigaciones que analizan el impacto de género en las constituciones del mundo, véase: L.Luchas y T.Marks, *The Women and Constitutions Project,* en línea: http://law.duke.edu/capstone/constitutionaldesign.html.

6 N. Fraser, *Iustitia Interrupta*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997; M. Young. I*ntersecting Voices. Dilemmas of Gender. Political Philosophy and Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1997; J. Butler, *Gender trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 1999.

7 Un claro ejemplo de ello es la discusión sobre la despenalización del aborto, y del reconocimiento legislativo de los derechos sexuales y reproductivos.

8 K. Barlett, *Feminism Legal Methods,* Harvard Law Review, vol. 3, nº. 4, 1990.

9 A. Trabucco, *Contra el derecho en: Por una Constitución feminista*, Santiago, Libros del Pez espiral, 2020, p. 189.

10 N. Garay. *Constitucionalismo feminista: Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial en: Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. En: Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino. València, Corts Valencianes, 2014. pp. 265-279.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

de las relaciones de género se enmarcan en un terreno de poderes y técnicas, que delinean discursos, reglas y prácticas contradictorias[11], debemos reconocer que el camino ha sido sumamente sinuoso: hasta el año 1989 las mujeres fuimos consideradas incapaces relativas, a la luz del Código Civil. La ley de divorcio se aprueba recién el año 2004, y solo desde el año 2017 la interrupción voluntaria del embarazo se permite en las causales de riesgo de vida de la madre, inviabilidad fetal y violación, con una fuerte regulación de la objeción de conciencia personal e institucional, que ha entorpecido su aplicación práctica. Los movimientos feministas, han dado cuenta en su trayectoria de denuncia, reivindicación y disputa de los espacios de representación política, el anhelo de la transformación de la democracia y de la igualdad[12], como principios ordenadores de la vida en común. Pese al triunfo de la opción "Rechazo"[13] en la propuesta de nueva Constitución de 2022[14], el ejercicio de lectura desde este texto constituyente desde su perspectiva feminista, habilita volver a preguntarse las estrategias de superación del pacto sexual, el estado de los movimientos sociales actuales en Chile, y los debates aún abiertos en la relación entre género y derecho.

El proceso constituyente chileno vivido entre 2019 y 2022 se origina en tres reformas constitucionales (Ley nº21.200/2019, nº21.216/2020 y nº21.298) a la Constitución de 1980, que habilitaron un procedimiento institucional para su reemplazo. La nº21.200 nace del acuerdo de los principales partidos políticos con representación parlamentaria, llamado "Acuerdo por la paz y la nueva Constitución" que consagra el reemplazo constitucional por una única vez con fechas establecidas, y no una cláusula general. Esta ley incorpora un nuevo título al Capítulo XV de la Constitución vigente denominado: "Reforma de la Constitución y del procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República". El 25 de octubre de 2020, en medio de la crisis por la pandemia de la Covid-19, se realiza el plebiscito de entrada, donde el 78,27% de las y los electores aprueban el inicio de la redacción de un nuevo texto constitucional con un 78,99% para la opción "Convención Constitucional" (compuesta en su totalidad por ciudadanas y ciudadanos electos para su elaboración), descartando así la opción de una "Convención Mixta", en que la mitad de sus integrantes serían designados por el Congreso. Como complemento a la regulación propuesta por la ley nº21.200/2019, y gracias a la demanda social por una "asamblea constituyente plurinacional y paritario", se aprueban las leyes para incorporar la paridad de género, escaños reservados para pueblos originarios, la participación de listas de independientes y cuotas para personas con discapacidad en las listas electorales (leyes nº21.216/2020 y nº21.298/2020). Las elecciones de las y los integrantes de la Convención Constitucional se realizaron el 15 y 16 de mayo de 2021, cuyos resultados dieron lugar a un órgano donde de los 155 escaños, alrededor de un 60% no pertenecía a ningún partido político, 17 escaños representaron a los pueblos indígenas, y con la paridad se logró que 78 de los escaños fueran de hombres, mientras que 77 de mujeres[15].

Con el triunfo de la opción "Rechazo", articulada en la campaña "una que nos una", se instala en el debate público la valoración negativa de la Convención Constitucional, como un espacio de discusión política problemático, donde la inexperiencia o falta de experticia derivó en un proyecto constitucional que no supo leer a la sociedad chilena. Esta lectura es compartida por los partidos políticos con representación parlamentaria, que el 12 de diciembre de 2022 presentan un acuerdo parlamentario que culminó en la reforma constitucional contenida en ley nº21.523/2023. En esta se establece que los órganos constituyentes serán una Comisión de expertos designados por el Congreso, un Consejo Constitucional electo por la ciudadanía, y un Comité técnico de admisibilidad que tenga como función velar por que se respeten los límites de contenido, llamadas 'bases constitucionales' que se fijan desde el acuerdo de diciembre. Todos estos órganos deberán tener una conformación paritaria. Se regula un número proporcionalmente menor de escaños reservados para pueblos indígenas solo para el Consejo Constitucional; y la participación de pactos electorales independientes queda excluida.

11 J. Butler, *óp. cit.*

12 A. Bennet y S. Lamadrid, *Cronología del movimiento feminista en Chile 2006-2016*. Rev. Estud. Fem., Florianópolis , 27, (3), 2019. [en línea] <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2019000300216&lng=en&nrm=iso> [Consulta: 1 de noviembre de 2022]; M. Toro, Debates feministas latinoamericanos: Institucionalización, autonomía y posibilidades de acción política. Tesis (Magíster en Estudios Latinoamericanos). Santiago, Universidad de Chile. 2007.

13 En el plebiscito del 4 de septiembre de 2022, la propuesta resultó rechazada con alrededor del 62% de los votos válidamente emitidos.

14 Para ver el texto oficial aprobado por la Convención, véase: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf.

15 Eso se equilibra en 77 hombres y 77 mujeres, luego de la renuncia del constituyente Rodrigo Rojas Vade, véase: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58464987; https://elpais.com/internacional/2021-09-21/renuncia-el-constituyente-que-engano-a-chile-con-un-cancer-inventado.html.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

A continuación, se propone un análisis de los antecedentes que consolidaron el proyecto de nueva Constitución de 2022, desde el contexto de los movimientos feministas chilenos actuales que catalizan la norma de la paridad en el órgano constituyente. En el apartado siguiente, se plantea una lectura del enfoque de género del proyecto de texto constitucional rechazado. Para ello, se analizan las normas propuestas, desde tres ámbitos: el concepto de paridad y democracia paritaria; el reconocimiento de otras subjetividades de derecho, tales como las mujeres, diversidades y disidencias sexuales y de género, como modo de irrupción para la consagración de la igualdad sustantiva; y, por último, el enfoque de género en los derechos sociales e instituciones. A modo de conclusión, describo los principales desafíos que presenta la configuración de una democracia paritaria en la disputa institucional, a la luz del rechazo masivo de una propuesta de nueva Constitución, en un proceso constituyente que continuará su curso en 2023.

2. Los movimientos feministas: desde la crítica al pacto sexual de la Constitución de 1980 hacia una Convención Constitucional paritaria

Las Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), articulan una tendencia a nivel latinoamericano de procesos de reemplazo constitucional que permiten la promoción de importantes transformaciones en sus países y sociedades[16]. Este "nuevo constitucionalismo latinoamericano" ha sido revisado por constitucionalistas como Roberto Gargarella[17], en tanto estas Constituciones continúan con la tradición de un poder vertical y centralizado, que no altera la distribución del poder. Su novedad se articula desde el reconocimiento de nuevos sujetos y derechos, pero mantienen los elementos centrales del sistema político presidencialista. Desde el pensamiento feminista, se destaca el trabajo de Ochy Curiel sobre la experiencia de la Asamblea nacional constituyente de 1991, analizando el discurso jurídico como tecnología de poder-saber para prescribir los términos en que debe definirse la nación. La crítica de las definiciones de familia y las relaciones de parentesco que se legitiman en el pacto constitucional, como problema jurídico y político, en tanto matriz de reconocimiento para las políticas de salud, empleo, acceso a la vivienda, y con ello, en la organización socioestructural y sociosimbólica de la nacionalidad[18], vuelve a la tensión de los movimientos sociales (indígenas, socioambientales, estudiantiles, feministas y disidentes) al proponerse disputar sus demandas desde el lenguaje jurídico.

Para efectos de este trabajo, me detendré específicamente en la configuración de los movimientos feministas, comprendidos como la alianza de las organizaciones de mujeres, feministas y disidentes que desde su experiencia política deciden disputar el proceso de reemplazo constitucional, consolidando una expresión situada del constitucionalismo feminista. Las articulaciones feministas que deciden disputar la redacción de una nueva Constitución en el proceso constituyente en Chile, que inicia en el año 2019, se encuentran en aquel momento, desde una posición de fuerza social, dada la visibilidad que adquieren las movilizaciones del año 2018, en que las ocupaciones de los establecimientos educacionales ("tomas feministas") de todo el país, estallan frente a la ausencia de respuestas institucionales a casos de violencia de género (principalmente de acoso y abuso sexual). El proceso vivido al interior de estos espacios de protesta demostró la complejidad de la conciencia feminista que venía desarrollándose como práctica de resistencia al modo de compresión de la política desde los movimientos sociales. La dimensión 'generizada' de esta lucha en el campo educativo, cristalizó su estrategia en la demanda por la educación pública y no sexista, apostando a la configuración de un modelo educativo que cuestionara la ausencia de la garantía estatal de los derechos sociales, sino que con ello reconociera las manifestaciones de precarización concretas que vivimos las mujeres y disidencias. Con ello, se reivindican experiencias como la creación de la Colectiva Universitaria de Disidencias Sexuales, la Coordinadora Feminista Universitaria, el Congreso por la Educación No Sexista del año 2014, el surgimiento de Ni una Menos a

16 G. Delamaza, C. Heiss y Y. Welp. *¿Para qué sirve una Constitución Política en América Latina?* Polis Revista Latinoamericana, 2021, 20 (58), 2-21.

17 R. Gargarella. *El "nuevo constitucionalismo Latinoamericano"*. Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral, 48(1), 169-174. Direitos Democráticos & Estado Moderno Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno Faculdade de Direito da PUC-SP https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM, Nº2, junio, 2021; R. Gargarella, *Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"*. Revista Uruguaya de Ciencia Política, 27(1), 109-129. https://dx.doi.org/10.26851/rucp.27.5.

18 M. Zambrano, *Análisis Del Discurso jurídico y El régimen Heterosexual desde la antropología de la dominación. Maguaré*, vol. 27, n.º 1, enero de 2013, pp. 310-3, https://revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/view/43241.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

nivel internacional, y la discusión del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales que culmina con la dictación de la Ley Nº21.030 en 2017. Cada uno de estos hitos denota la necesidad de un proceso de articulación y reconocimiento feminista dentro y fuera de las instituciones, a través de la generación de espacios de encuentro como la Asamblea Ni una Menos Chile, y de disputa interna, como con la creación de los protocolos contra el acoso sexual.

Como señala Alejandra Castillo, la protesta estudiantil feminista permitió, desde la creación de protocolos, el reconocimiento del universalismo de la ley, su interpelación y presentación de demanda, y la constitución de la enunciación y de una política feminista[19], que se desenvuelve también en la dimensión 'feminista' o 'de género' de otras luchas sociales, como en el movimiento por las pensiones dignas, la salud, la vivienda y las luchas socioambientales. Desde las movilizaciones feministas del 2018, comienzan a crecer y surgir diversas agrupaciones, colectivas y organizaciones tales como la Red de Docentes Feministas, Autoras de Chile, la Asociación de Abogadas Feministas la Red de Actrices de Chile, Trabajadoras de la Música y la Red de mujeres por el derecho a la ciudad. A su vez, se multiplican las asambleas territoriales, los cabildos de mujeres, fortaleciéndose la Coordinadora feminista 8 de marzo. Desde este proceso, se logran puntos de encuentro intergeneracionales que logran quebrar las antiguas divisiones entre autonomía e institucionalidad, o entre movimiento social y ONG en un marco de debate horizontal. Una muestra de ello fue la creación de la Asamblea Feminista Plurinacional como red de articulación para la defensa de los derechos humanos, la visibilización de la violencia política sexual en la revuelta de octubre y la configuración de una disputa feminista del proceso constituyente con las consignas "Juntas hacemos historia" y "Nunca más sin nosotras"[20]. Las mujeres, diversidades y disidencias se hacen visibles dentro de un momento de movilización general, en el que —como muy pocas veces en la historia— no se ocultan sus exclusiones de género tras la "metafísica de lo humano-universal"[21]. Asimismo, la performance *Un violador en tu camino* de LasTesis es central, pues permitió a los movimientos trascender el momento de movilización situado en un territorio nacional, a la vez que poner sobre la mesa la necesidad de cuestionar el pacto sexual al que están sometidas mujeres y disidencias en las narrativas del 'pacto social'[22].

2.1. La reforma constitucional que habilita el proceso constituyente de 2019

Si bien, durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet, en el año 2015, existió un intento de llevar adelante un proceso constituyente, no fue sino hasta la revuelta social de octubre de 2019, que la demanda por una asamblea constituyente se volvió masiva. Con las movilizaciones desplegadas por todo el país, los principales partidos políticos de representación parlamentaria definen a modo de dar salida institucional al conflicto, el itinerario para el reemplazo de la Constitución de 1980. En conjunto a las fechas de los plebiscitos de entrada, elección de los integrantes del órgano constituyente y el plebiscito ratificatorio de salida, la reforma constitucional Nº21.200/2019, reguló aspectos específicos del funcionamiento de la futura Convención Constitucional y las normas electorales para la elección de sus integrantes. Se estableció un plazo de 9 meses para la redacción del texto constitucional, prorrogables por 3 más. Se define un quórum de dos tercios para aprobar las normas constitucionales y el reglamento de votación de las normas, y se mandata a la constitución de una secretaría técnica que fuese conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional.

También, se disponen límites al contenido de la nueva Constitución: respetar el carácter de república del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales y ejecutoriadas, y los tratados internacionales. Asimismo, se regula la facultad de establecer normas transitorias, con la prohibición de poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular, salvo para aquellas instituciones que fueran suprimidas o modificadas sustancialmente[23].

19 A. Castillo. *Revuelta, feminismo y Nueva Constitución en Chile*. Revista de Ciencias Sociales Ambos Mundos, 2021, (2), 47-53. https://doi.org/10.14198/ambos.20999, p.52.

20 Véase: https://www.clacso.org/nunca-mas-sin-nosotras/.

21 N. Richard. *El repliegue del feminismo en los años de la transición y el escenario Bachelet*, en: Feminismo, género y diferencia(s). Santiago, Palinodia, 2008.

22 C. Pateman, *óp.cit*, 1995.

23 Constitución Política de la República de Chile, art. 135.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

2.2. La paridad de género de la Convención Constitucional

La paridad de género en la Convención Constitucional chilena responde a un importante avance en materia de ampliación democrática. A nivel comparado, se encuentran procesos constituyentes donde no hubo cuotas ni ningún otro mecanismo de acción afirmativa, tales como Camboya en 1993 (5 de 115 escaños); y, Bosnia y Herzegovina (1995, con ninguna representante mujer). Por otra parte, han existido procesos constituyentes donde las mujeres son designadas y no electas directamente: Eritrea en 1994 (21 de 50 escaños); Ruanda en 2000 (3 de 12 escaños); y Kenia en 2009 (3 de los 9 escaños del Comité de Expertos, y 5 de los 26 escaños del Comité Parlamentario Selecto). En este último proceso existió una dirección general que establecía el mandato a considerar la representación de las mujeres. Finalmente, se encuentran procesos en que existió una cuota, tales como, Etiopía de 1994 (3 de 27 escaños); Nepal de 2008, que establecía una cuota de al menos un tercio del total de candidaturas propuestas; y Egipto de 2013, cuyo proceso regulaba que al menos 10 miembros debían representar jóvenes y mujeres[24].

Con respecto a la experiencia latinoamericana, se destaca el caso de Argentina en 1994, donde de 305 convencionales constituyentes, 80 (26,2%) escaños fueron ocupados por mujeres[25], siendo ese el porcentaje de representación institucional femenina más alto hasta la fecha. En palabras de María José Lubertino, esto fue decisivo en la inclusión de tratados internacionales en materia de derechos humanos, acciones afirmativas y el reconocimiento de mayor autonomía de las mujeres ante la embestida de los sectores vinculados a la Iglesia[26]. Ecuador en 2008, consagra el mandato a que las listas de representantes a la Asamblea Nacional Constituyente debían estar compuestas por el 50% de hombres y 50% de mujeres, con un mandato de alternancia entre géneros. Por su efecto, las mujeres alcanzaron 45 escaños, constituyendo el 35% de la Asamblea, las cuales provenían principalmente de los movimientos feministas y sindicales.[27] En esta misma línea, cabe recalcar el proceso constituyente boliviano de 2009, el cual estableció una cuota mínima de un 40% de mujeres en las listas de candidaturas a la Asamblea Constituyente. Con ello, un 33,7% del órgano fue integrado por mujeres, correspondiente a 86 a escaños[28]. Entre las mujeres electas se efectúa un pacto para hacer propuestas de forma conjunta, trabajo que fue respaldado por diversas expresiones de activismo y organizaciones que se agruparon en torno a la Coordinadora de la Mujer[29]. De sus propuestas, los ejes más relevantes fueron la igualdad y el reconocimiento de derechos de la maternidad, el empleo digno, la violencia sexual y el aborto. Con respecto a su influencia, las investigaciones de Mariene Choque[30] dan cuenta de importantes ganadas en materia de derechos fundamentales, y que las mayores resistencias de los hombres de la Asamblea Constituyente se dieron en materia de aborto, y la consagración de la paridad y alternancia de género.

En el caso chileno, con la reforma de la Ley nº21.216/2020, que además regula la conformación de pactos electorales de independientes[31], se aseguró que en cada distrito electoral cuyo número de escaños fuese par, se presentase igual número de candidatos y candidatas, y en los distritos impares, que la diferencia entre hombres y mujeres no fuese superior a uno. Las listas de los pactos electorales, tanto

24 Véase: https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/wp-content/uploads/2021/07/Observacio%CC%81n4-Ge%CC%81nero-y-NC-VF.pdf.

25 Corporación Humanas, *Cambios constitucionales y derechos humanos de las mujeres: por un proceso constituyente inclusivo, participativo y paritario*, 2017, véase: https://www.humanas.cl/17002/.

26 M. Lubertino. *constituciones para todos y todas*, en Reformas 96 constitucionales y equidad de género. Informe final Seminario Internacional, Santa Cruz de la Sierra, 21 al 23 de febrero de 2005. Santiago, Naciones Unidas.

27 S. Goyes, *De las cuotas a la paridad: el caso del Ecuador.* En: La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina: Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica, 2013.

28 Corporación Humanas Humanas, *óp.cit.*

29 Coordinadora de la Mujer, *Hitos en las estrategias de acción política de las mujeres en tres décadas* (Modulo 1A), 2014. Véase: http://www.coordinadoradelamujer.org.bo/observatorio/index.php/profundizar/principal/boton/ 2/sub/9/tem/.

30 Choque Aldana, Marlene, *Paridad y alternancia en Bolivia: Avances y desafíos de la participación de las mujeres en la política.* En: La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina: Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica, 2013.

31 Constitución Política de la República de Chile, disposición vigesimonovena: De las listas de independientes. Para la elección de los integrantes de la Convención Mixta Constitucional o Convención Constitucional se podrán presentar listas de candidatos independientes, las que se regirán por las siguientes reglas: Dos o más candidatos independientes podrán constituir una lista electoral. Esta lista regirá exclusivamente en el distrito electoral en el que los candidatos independientes declaren sus candidaturas. Las listas electorales de candidaturas independientes podrán presentar, en cada distrito, hasta un máximo de candidaturas equivalente al número inmediatamente siguiente al número de Convencionales Constituyentes que corresponda elegir en el distrito de que se trate(...).

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

de partidos políticos como de independientes, debieron estar encabezadas por una mujer, alternándose sucesivamente con las candidaturas de hombres. Junto con ello, se contempló una regla de corrección paritaria en el resultado de la elección, para que no hubiese ningún género subrepresentado por distrito. De este modo, en caso de que en un distrito de cuatro escaños sean elegidos dos hombres y dos mujeres, no sería necesaria la corrección; pero, en caso de que fueran asignados a tres o cuatro personas del mismo género, la corrección operó reemplazando a la persona menos votada por la persona del sexo subrepresentada más votada del mismo partido o pacto electoral. Así las cosas, 77 escaños fueron utilizados por mujeres, y si bien, no existieron mecanismos directos para la incorporación de diversidades y disidencias sexuales y de género, de la totalidad de los 155 escaños, las candidaturas electas de la comunidad LGTBIQ+ representaron un 3,9%[32], conformándose una red de constituyentes disidentes[33] y una Colectiva de constituyentes feministas.

3. El enfoque de género de la propuesta de texto constitucional

Luego de instalada la Convención constitucional, comenzó la discusión de su reglamento para establecer los principios, organización, funcionamiento y reglas procedimentales del flujo de las normas. En esta labor se utilizan los primeros tres meses, a lo que le siguió el cronograma de discusión de las iniciativas de normas en las comisiones temáticas, que se estructuran en: (1) Comisión sobre sistema político, gobierno, poder legislativo y sistema electoral; (2) Comisión sobre principios constitucionales, democracia, nacionalidad y ciudadanía; (3) Comisión de forma de estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal; (4) Comisión sobre derechos fundamentales; (5) Comisión sobre medio ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico; (6) Comisión sobre sistemas de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional; y (7) Comisión sobre sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios. Finalmente, un último periodo de armonización, redacción del preámbulo y las normas transitorias, el cual también fue trabajado en comisiones que debían presentar un informe de normas para ser ratificadas o rechazadas por el pleno.

Durante todo el proceso de discusión constitucional, la Colectiva de constituyentes feministas y la red de constituyentes disidentes trabajan como espacios de articulación para la presentación conjunta de normas en las distintas comisiones temáticas, el trabajo de indicaciones, así como para conseguir que dichas normas sean finalmente aprobadas en el pleno por el quórum de dos tercios. En lo que sigue, se revisarán las normas aprobadas que provienen de estas articulaciones al interior de la Convención, y sus vinculaciones con las organizaciones sociales que presentan propuestas ciudadanas a través del mecanismo de iniciativa popular de norma.

3.1. Democracia paritaria

El primer artículo de la propuesta constitucional rechazada de 2022 define a Chile como un Estado social y democrático de derecho, que se constituye como república solidaria y cuya democracia es inclusiva y paritaria. Todos los órganos colegiados del Estado, los autónomos constitucionales, los superiores y directivos de la Administración, así como los directorios de las empresas públicas y semipúblicas, deben ser paritarios. El deber de paridad se define como el de asegurar que "al menos el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres" (art.6), en otras palabras, la propuesta establece para estos órganos e instituciones una paridad de piso mínimo y no de un tope. Esto se complementa con las normas relativas al Servicio Electoral, donde se estipula como deber de este órgano, el garantizar la paridad y promover la alternancia en los órganos unipersonales, asegurando que las listas electorales sean siempre encabezadas por una mujer (art. 161). Asimismo, se consagra un deber de promoción estatal de la paridad en las otras instituciones públicas, y en general, en todos los espacios públicos y privados, debiendo adoptar medidas para la representación de personas de género diverso, a través de los mecanismos que establezca la ley. Así las cosas, el principio de inclusión se plasma en un mandato legislativo en el art. 6, para la representación de las identidades de género que cuestionen el binomio mujer/varón.

32 Véase: https://plataformacontexto.cl/contexto_factual/una-convencion-constitucional-diversa-pero-sin-la-representacion-de-personas-trans-y-no-binaries/.

33 Véase: https://radio.uchile.cl/2021/07/19/red-de-constituyentes-disidentes-los-convencionales-que-buscaran-plasmar-en-la-constitucion-las-demandas-de-las-disidencias-sexuales/.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Con respecto a la regulación de partidos políticos, el art. 163 establece que todas las organizaciones políticas[34] que cuenten con reconocimiento legal, deben implementar la paridad de género en sus espacios de dirección, asegurando la igualdad sustantiva en sus dimensiones organizativa y electoral, promoviendo la plena participación política de las mujeres y destinando financiamiento electoral proporcional al número de dichas candidaturas. De igual forma, se establece un mandato legislativo para incentivar la participación de las diversidades y disidencias sexuales y de género en los procesos electorales.

Finalmente, la propuesta menciona específicamente ciertos órganos que deberán guiarse por la paridad. En el poder legislativo, tanto el Congreso de Diputadas y Diputados (art. 252) como la Cámara de las Regiones[35] (art. 254), se definen como órganos deliberativos, paritarios y plurinacionales. Las policías (art. 297) y las Fuerzas Armadas (art. 299) deben incorporar la perspectiva de género en el desempeño de sus funciones y promover la paridad en espacios de toma de decisión. La función jurisdiccional también debe regirse por los principios de paridad y perspectiva de género (art. 312). En caso de declararse estado de excepción, debe constituirse una comisión de fiscalización dependiente del Congreso de Diputadas y Diputados, de composición paritaria y plurinacional (art. 305). Todos los órganos autónomos se rigen por el principio de paridad, promoviendo la implementación de medidas de acción afirmativa que permitan asegurar que al menos el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres (art. 350). Por último, con relación al procedimiento de reemplazo total de la Constitución, se regula la composición paritaria y territorialmente equitativa de la Asamblea Constituyente, cuya única función es la redacción de una propuesta de nueva Constitución (art. 387).

Si bien, tanto la Convención contra todas las formas de discriminación hacia la mujer de 1979 (CEDAW), como la Declaración de la Plataforma Acción en Beijing de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer ONU en 1995, incluyen mandatos al Estado para la promoción de la igualdad de género en la participación política, en Chile las políticas de acción afirmativa son particularmente recientes. Con la Ley nº20.840 de 2015 se establece la inscripción de listas paritarias, en que ninguno de los dos sexos puede superar el 60% del total de la lista. De no cumplirse, se aplica una penalización que consiste en el impedimento del partido de competir en las elecciones generales. Con ello, se crea un incentivo económico para los partidos en que resulten mujeres electas, con el cual pueden implementar y desarrollar actividades de fomento a la inclusión y participación de las mujeres en política, y un reembolso adicional a todas las candidatas que disputan elecciones parlamentarias y que cumplen de forma estricta con el proceso de rendición de gasto electoral administrado por el Servicio Electoral. Por su parte, la Ley nº20.915 de 2016, establece como actividad propia de los partidos políticos, la promoción y política inclusiva y equitativa de las mujeres. En su organización interna, los estatutos de cada partido deben asegurar que ninguno de los sexos supere el 60% de sus miembros[36].

La propuesta de 2022 buscaba modificar el orden de representación que de forma histórica había estado constituido desde y por el universal masculino. Alejandra Castillo relata en *El desorden de la democracia*[37], el recorrido que desde el siglo XIX realizan las mujeres chilenas para incorporarse a los espacios de decisión política y ser reconocidas como ciudadanas. En 1875, amparadas en la universalidad de derechos de la Constitución de 1833, un grupo de mujeres exige su inscripción en el registro nacional de electores y hacer efectivo el derecho a voto. Dentro de sus argumentos sostenían que el texto constitucional reconocía el derecho a sufragio a todos los chilenos que hubiesen alcanzado la mayoría de edad de veintiún años y pudieran leer y escribir, lo que en concordancia con el art. 25 del Código Civil, interpretaba la palabra "chilenos" en inclusión de los individuos de ambos sexos. Sin embargo, negativa y exclusión se basó en que: "nadie supuso en 1833 que pudiera sostenerse la afirmativa, nosotros creemos que no deben ser calificadas como creemos que una mujer no podría ser elegida senador, Diputado, Presidente de la República, Ministro de Despacho, etc.[38]", como relata Jorge Huneeus en 1879. Los deberes de ciudadanía se consideraban en esta época, incompatibles con el rol de las mujeres en el orden de las

34 La propuesta de texto constitucional no presenta una regulación de los partidos políticos, sino que utiliza el término 'organizaciones', como categoría más amplia, ante el debate que se instala desde las y los constituyentes que articulan sus candidaturas desde pactos electorales independientes.

35 Órgano de representación regional, que constituye la segunda cámara del poder legislativo, y se encarga principalmente de concurrir a la formación de las leyes de acuerdo regional.

36 J. Arce-Riffo. *Ley de cuotas a la chilena: notas para una autopsia. En: La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*. Santiago, LOM, 2018. pp.77-95.

37 A. Castillo. *El desorden de la democracia*. Santiago, Palinodia, 2014.

38 J. Huneeus. *La Constitución ante el congreso o sea comentario positivo de la Constitución chilena*. Santiago, Imprenta de los Tiempos. 1879. p. 33.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

familias. Así las cosas, la Ley de elecciones de 1884 consigna explícitamente la exclusión de las mujeres en el art. 7 de la Carta Fundamental de 1833.

Para la redacción de la Constitución de 1925, delegadas feministas y del movimiento cívico femenino participaron en la Asamblea Constituyente de Obreros e intelectuales, en conjunto con integrantes de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile y delegados sindicales, y en cuyas discusiones los derechos políticos de las mujeres cobran un rol central. No obstante, el texto constitucional final, termina siendo redactado por 122 'hombres destacados', convocados por el Presidente de la República, y el único principio de los emanados de la Asamblea Constituyente que se incorpora es la separación entre la Iglesia y el Estado. A diferencia de la operación de la Constitución de 1833, donde se devela que la ciudadanía corresponde únicamente a la masculinidad, el texto constitucional de 1925 no nos incluye, pero en aquella exclusión se interpreta un llamado al que el legislador en un futuro tendrá la última palabra para resolver la cuestión definitiva de los derechos políticos de las mujeres, cuando lo estime oportuno[39]. La promesa de la inclusión se deja abierta, hasta que en 1934 se reconoce el derecho a voto femenino en las elecciones municipales, y en 1949 el derecho a voto en las elecciones presidenciales y parlamentarias.

La consagración de la democracia paritaria reactualiza el debate sufragista por la igualdad y la representación democrática, planteando el debate sobre si el incremento de la presencia de mujeres significa una efectiva mejora en su representación sustantiva. Dada la histórica acusación hacia las mujeres sobre nuestra incapacidad de articular más que discursos desde los particularismos[40], pensadoras feministas como Celia Amorós han planteado que en la incorporación de las mujeres a la política subyace siempre "el signo de la duda y la sospecha frente a su dificultad para hablar un lenguaje suficientemente universal"[41]. Siguiendo esta sospecha, Nelly Richard plantea con relación a la expectativa de que la paridad implique una democratización real de las relaciones de poder entre géneros, la tensión latente por el qué significa la voz y el voto de las mujeres en un universo que se ha trazado desde la masculinidad[42]. Ante la pregunta sobre cómo ser constitutivas de un nuevo pacto social, y no solo incorporadas al orden androcéntrico vigente, la propuesta plantea otros modos de subjetividades merecedoras de reconocimiento jurídico.

3.2. Replantear el sujeto de derecho

Desde el preámbulo de la propuesta constitucional de 2022, el lenguaje inclusivo marca el estilo escritural de sus normas: "Nosotras y nosotros, el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones, nos otorgamos libremente esta Constitución, acordada en un proceso participativo, paritario y democrático". Pese a que en lo relativo a derechos fundamentales, se mantiene la nomenclatura proveniente de la reforma de 1999 de la Constitución de 1980[43], que cambia "todo hombre", por "toda persona", se enuncia el sujeto femenino y luego el masculino de manera diferenciada, en ciertos derechos y cargos públicos. Así, en el art. 114 relativo al derecho a la nacionalidad se establece: "son chilenas y chilenos quienes: a) hayan nacido en el territorio de Chile (...); b) sean hijas e hijos de madre o padre chilenos nacidos en el territorio extranjero. En la misma línea, se mantiene en lo relativo a la reforma del año 2018[44], el nombre de la cámara baja como el Congreso de Diputadas y Diputados (art. 252 y siguientes). Dentro de quienes no pueden postular a los órganos del poder legislativo, el art. 258 se refiere a: quien ejerza la presidencia de la República o quien subrogue en el ejercicio de la presidencia en el tiempo de la elección, y luego se refiere diferenciadamente a: las funcionarias o funcionarios en servicio activo de las policías (...); las y los militares en servicio activo. Por su parte, en la regulación del poder ejecutivo, se establece que el gobierno y la administración del Estado corresponden a la Presidenta o Presidente de la República (art. 279). Con respecto al poder judicial, el art. 310 relativo a su independencia consagra también la diferencia: las juezas y jueces que ejercen jurisdicción son independiente entre sí y de todo otro poder o autoridad, debiendo actuar y resolver de forma imparcial (...)". Del mismo modo, la regulación de la

39 J. Guerra. *La Constitución de 1925*, p. 83, citado en: A.Castillo, *El desorden(…) óp.cit.*

40 J. Scott, *Gender and the Politics of History*, Nueva York, Columbia University Press, 1988.

41 C. Amorós. Mujer, participación, cultura política y estado. Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 1990, p. 61.

42 N. Richard. *óp cit*, 2008, p. 68.

43 Una de las primeras disputas a nivel constitucional de las ONG y organizaciones feministas y de mujeres, fue el reemplazo de la palabra "hombres" por "personas" y la incorporación del segundo inciso del art. 19 nº2 relativo a la igualdad formal, el cual establece que "hombres y mujeres son iguales ante la ley". Quienes en aquel debate se oponían, presentan nuevamente como argumento la universalidad de la experiencia masculina y la neutralidad del vocablo "hombre" como representante de la especie humana.

44 Véase: https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/diputados-camara-baja-cambiara-nombre/631206/.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Contraloría General de la República consagra en el art. 353, el que este órgano pueda ser dirigido por un contralor o contralora, y en lo relativo al Banco Central encontramos que su dirección y administración está compuesta por siete consejeras y consejeros (art. 362), cuya proporción al ser un órgano autónomo -como se decía en el apartado anterior- se rige por el principio de paridad, dejando a la ley las medidas de acción afirmativa para su promoción.

El problema del sujeto aparece no solo en el reconocimiento de la diferenciación que hace patente la igualdad entre hombres y mujeres para ser nacionales, ciudadanos y detentar cargos públicos, a través de la demarcación del sufijo femenino y masculino en cada sustantivo. La propuesta reconoce, además, la igualdad sustantiva de mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género, consagrando su representación efectiva como principio y condición mínima para el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia y la ciudadanía (art. 6). En el art. 25, se complementa este deber del Estado de promoción de la igualdad sustantiva, incorporando el concepto de igualdad de género, para las mujeres, niñas, diversidades y disidencias sexuales y de género, tanto en el ámbito público como privado. Con este concepto se inauguran una serie de derechos en cuya formulación se excluye al sujeto masculino. La Convención Constitucional opta por el reconocimiento de derechos específicos para mujeres, niñas, diversidades y disidencias de género y sexuales, en base a erradicar diversas modalidades de la desigualdad del pacto sexual imperante.

En la propuesta de estas normas, las organizaciones feministas de la sociedad civil se articularon para presentar iniciativas populares de normas (en adelante IPN) a través de una plataforma web de participación ciudadana que se dispuso desde la Convención Constitucional. Aquellas iniciativas que lograron reunir más de 15.000 firmas se tramitaron dentro de las comisiones temáticas, con el mismo procedimiento que las iniciativas constitucionales de las y los constituyentes. Así las cosas, la iniciativa popular feminista #IniciativaPopularFeminista por una vida libre de violencia para mujeres, niñeces, diversidades y disidencias sexo genéricas, reunió 18.127 firmas y el apoyo de la Colectiva feminista de convencionales, presentándose a través de la IPN nº57-50.754[45]. Lo sustancial de esta propuesta se recoge en el art. 27 que reconoce el derecho a una vida libre de violencia de género para todas las mujeres, las niñas, las adolescentes y las personas de las diversidades y disidencias sexuales y de género. Con ello, se establece un deber estatal de adoptar las medidas necesarias para su erradicación y de los patrones socioculturales que la posibilitan. Esta norma se complementa con el art. 89, que establece el derecho a participar en un espacio digital libre de violencia, y que mandata a la especial protección a mujeres, niñas, niños, adolescentes y diversidades y disidencias sexuales y de género, en las acciones de prevención, promoción, reparación y garantía de este derecho.

En materia de derechos sexuales y reproductivos, la Asamblea Permanente por la legalización del aborto en Chile, presenta la IPN n°5.938/01-4[46], que logró reunir 25.709 apoyos ciudadanos y por parte de la Colectiva feminista se presenta la Iniciativa convencional constituyente (ICC) nº221-4[47]. El art. 61 de la propuesta considera a toda persona como titular de estos derechos, los cuales comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción. Luego, regula específicamente para las mujeres y personas con capacidad de gestar, las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones; explicitando que la ley regulará el ejercicio de estos derechos[48].

Con respecto a la identidad de género, la tramitación de la IPN nº41-10.234[49] que reunió 16.434 firmas, presentada por Disidencias Unidas Reconstruyendo Alianzas Sexopolíticas (D.U.R.A.S)[50], culmina en el art. 64, que establece: "Toda persona tiene derecho al libre desarrollo y pleno reconocimiento de su identidad, en todas sus dimensiones y manifestaciones, incluyendo las características sexuales, identidades y expresiones de género, norma y orientaciones sexoafectivas. El Estado garantiza su ejercicio a través de leyes, acciones afirmativas y procedimientos".

45 Véase: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/Iniciativa-popular-57-50754.pdf.

46 Véase: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/IPC-1-4.pdf.

47 Véase: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/221-4-Iniciativa-Convencional-de-la-cc-Ramona-Reyes-sobre-Derechos-sexuales-y-Reproductivos-2340-hrs.pdf.

48 Dentro del debate se agrega este inciso relativo a la regulación legal, para evitar críticas de sectores que pudieran pensar en el derecho al aborto sin plazos establecidos.

49 Véase: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/Iniciativa-Popular-41-10234.pdf.

50 Articulación de más de 42 organizaciones, colectivos y movimientos LGBTIQ+.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Pero además de la universalidad de la experiencia femenina y de las diversidades y disidencias sexuales y de género, se reconocen los derechos para ciertos sectores específicos, en los que se evidencia la necesidad de especial protección. Así, la ICC nº482-3[51], respaldada además por el trabajo de la Red ecofeminista de mujeres rurales y autónomas, inspira el art. 242 que establece el mandato al Estado para adoptar las medidas necesarias para prevenir la violencia y superar las desigualdades que enfrentan mujeres y niñas rurales. También se reconocen derechos para las personas privadas de libertad[52], enfatizando el art. 30 que: "las mujeres y personas gestantes tienen derecho, antes, durante y después del parto, a acceder a los servicios de salud que requieran, a la lactancia y al vínculo directo y permanente con su hija o hijo, teniendo en consideración el interés superior de niñas, niños y adolescentes". Este mandato se especifica aún más en el art. 338, que establece que "en el caso de mujeres, personas gestantes y madres de lactantes, el Estado adoptará las medidas necesarias, tales como infraestructura y equipamiento, en los regímenes de control cerrado, abierto y pospenitenciario". Complejizando el llamado de Olympe de Gouges[53] sobre el reconocimiento de los derechos de las mujeres y ciudadanas,en el marco de la revolución francesa, la propuesta hace explícita la existencia de otras identidades que se separan del sujeto masculino. Se apuesta por términos abiertos, que incorporen diversas experiencias y modos de ser nombradas titulares de derechos.

3.3 La transversalización del enfoque género en instituciones y derechos sociales

El principio rector del art. 6 se especifica en este último conjunto de normas, reconociendo que los poderes y órganos del Estado deberán incorporar transversalmente el enfoque de género en su diseño institucional, de política fiscal y presupuestaria, y en el ejercicio de sus funciones. Así, en lo relativo a las relaciones internacionales (arts. 14 y 296), el ejercicio de las funciones públicas (art. 165), y en el poder judicial, el enfoque de género se menciona expresamente. Por ejemplo, dentro de las atribuciones del Consejo de Justicia[54], relativas a la formación y capacitación de las funcionarias, funcionarios y auxiliares de la administración de justicia, se establece la finalidad de eliminar estereotipos de género y garantizar la incorporación del enfoque de género, el enfoque interseccional y de derechos humanos en sus funciones (art. 343). La función jurisdiccional debe ejercerse bajo un enfoque interseccional y garantizar la igualdad sustantiva (art. 311). Cualquiera sea la competencia de los tribunales, los asuntos sometidos a su decisión, deben resolverse con enfoque de género (art. 312)[55].

En materia de derechos sociales, este enfoque se consagra como uno de los principios orientadores del derecho a la educación, reconociendo su carácter no sexista (art. 34). Con ello, se garantiza de forma autónoma el derecho a la educación sexual integral, en cuyos fines se encuentra pleno reconocimiento de las diversas identidades y expresiones de género y la sexualidad; la erradicación de los estereotipos de género, y prevención de la violencia de género y sexual (art. 40). Por su parte, el art. 44 reconoce el principio de enfoque de género para la dirección del Sistema Nacional de Salud. En el derecho al trabajo, se reconoce la igualdad salarial bajo la fórmula "igual remuneración por trabajo de igual valor" (art. 46); el trabajo doméstico y de cuidados como trabajos socialmente necesarios e indispensables para la sostenibilidad de la vida y el desarrollo de la sociedad; en conjunto con un deber de promoción de la corresponsabilidad social y de género e implementación de mecanismos para la redistribución del trabajo doméstico y de cuidados, procurando que no representan una desventaja para quienes la ejercen (art. 49). El derecho a la seguridad social para quienes ejerzan trabajos domésticos y de cuidados (art. 45), y la garantía del derecho al cuidado (art. 50), con la creación de un Sistema Integral de Cuidados,

51 Véase: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/482-3-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-la-cc-Francisca-Arauna-sobre-Derechos-de-Mujeres-rurales-2101-31-01.pdf.

52 Véase: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/611-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-cc-Valentina-Miranda-sobre-Derechos-de-las-Personas-Privadas-de-Libertad.pdf.

53 "En este contexto, en una etapa histórica de grandes cambios políticos y económicos, Olympe de Gouges publicó en 1791 la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en cuyo Artículo primero y en contestación a la igualdad sesgada manifestaba que: «La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común». De Gouges partió del supuesto rousseauniano de que «la ley debe ser la expresión de la voluntad general; sólo que en la constitución de esta voluntad no puede haber discriminación por sexos". C. Amorós. Tiempos de feminismos. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad, Madrid, Cátedra, 2000.

54 Propuesta de nueva Constitución 2022, art. 342: El Consejo de la Justicia es un órgano autónomo, técnico, paritario y plurinacional, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es fortalecer la independencia judicial. Está encargado de los nombramientos, gobierno, gestión, formación y disciplina en el Sistema Nacional de Justicia.

55 Véase:https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/539-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-la-cc-Barbara-Sepulveda-sobre-administracion-de-justicia-1510-01-02-1.pdf.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

que debe promover la autonomía personal e incorporar los enfoques de derechos humanos, de género e interseccional. Por último, en lo relativo al derecho a la vivienda, se consagra el derecho a una vivienda digna y adecuada, que permita el libre desarrollo de una vida personal, familiar y comunitaria, con el mandato al Estado para crear viviendas de acogida en casos de violencia de género y otras formas de vulneración de derechos, según determine la ley (art. 51).

Tomando en consideración que cada una de estas normas da lugar a un debate por sí solas, sintéticamente puede sostenerse, que con la ampliación del catálogo de derechos sociales y la garantía de su progresividad, se buscaba hacer visibles las relaciones entre producción y reproducción de la vida humana, recuperando los debates feministas de los años setenta[56]. El modo en que se garantizan estos derechos sociales intenta establecer mandatos de redistribución, que se complementan al reconocimiento y a la paridad de género desde el punto de vista de la representación en los poderes políticos.

4. Reflexiones finales: desafíos de las contribuciones de los movimientos feministas a la luz de un nuevo proceso constituyente

A partir de esta somera revisión del contexto de producción de la propuesta constitucional de 2022 y las principales normas que se articulan desde las constituyentes y organizaciones feministas y disidentes, se intenta dar cuenta del aporte al constitucionalismo feminista que representa la experiencia de la primera Convención Constitucional paritaria a nivel mundial. El marco que se dibuja desde la democracia paritaria como un atributo fundamental del Estado social y democrático de derechos, recoge el anhelo por la igualdad en su dimensión material o 'sustantiva', buscando revertir la noción de pacto sexual a través de un nuevo modo de comprender las necesidades que emanan de la experiencia femenina y disidente de en la vida social.

Ante el rechazo de esta propuesta, y la continuidad del proceso de reemplazo constitucional en Chile mediante nuevos órganos, continúa abierta la pregunta sobre cuál será el modo en que se considerará la Constitución de 1980 como pacto sexual, y el nuevo proyecto de Constitución como alternativa a dicho marco. Para los movimientos feministas y disidentes, se vislumbran como desafíos, el análisis del impacto de su irrupción en estos últimos años, y las tensiones propias que conlleva el pensarse desde lo múltiple —es decir, como corriente de pensamiento, actoría social, en la disputa cultural y en la participación institucional—. La potencialidad de una articulación que coadyuve y sostenga las disputas dentro del proceso venidero, y la importancia de que quienes participen tanto del Comité de Expertas y Expertos, como del Consejo Constitucional definan sus posiciones en torno categorías como enfoque de género, interseccionalidad, a la luz de los debates institucionales a nivel comparado y la normativa internacional de derechos humanos.

En esta línea, discusiones como el reconocimiento o abolición del trabajo sexual, la despenalización del aborto o legislación específica de los derechos sexuales y reproductivos, dan cuenta de la multiplicidad de estrategias que pueden articularse en cada sociedad, y qué es lo que se considerará como 'lograr' la igualdad sustantiva. Para el constitucionalismo feminista, la interrogante se vuelca nuevamente sobre el modo de ser reconocidas como titulares de derechos, cuánto se han transformado las relaciones cotidianas, las experiencias de mujeres y disidencias en torno al espacio público, y el debate mismo sobre la división de las esferas público y privada, como modo de organizar la sociedad.

Superar las relaciones de género, en base a la convivencia pacífica de relaciones realmente igualitarias entre mujeres y hombres57, requiere volver a pensar cómo reconocer otras identidades y la necesidad de derechos específicos58, sin dejar de advertir la importancia de replantear la arquitectura del poder del sistema político. Como señala Nancy Fraser, un modelo de cuidado universal que involucre en el concepto de justicia, el desarrollo de políticas de reconocimiento como de redistribución, puede inducir a que la sociedad toda, y no solo las mujeres, realicen un trabajo primario de cuidados necesa-

56 A. Ciriza *Apuntes para una crítica feminista de los atolladeros de género*, Revista Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas, Mendoza, año 8. n°9, diciembre 2007, pp. 23-41.

57 N. Garay. *Las Declaraciones de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791 y de Independencia de Haití de 1804 en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Aportes desde el constitucionalismo feminista*, en Revista Letras Jurídicas, 28, México, Universidad Veracruzana, 2013.

58 L. Cigarini, *Apasionadas por la política. indecisas para actuar en la vida públíca*, en: El Viejo Topo, No. 73, 1994, pp. 36-38.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

rios para la reproducción de la vida59. Esto nos permite, repensar la identidad de género como aquel marco estable de procedimientos regulados por la repetición60, abriendo la discusión sobre los modos en que hemos sido invisibilizadas y/o nombradas en los ordenamientos constitucionales. Así mismo, la propuesta constitucional chilena de 2022, habilita la apertura al debate sobre esos otros modos de nombrarnos y reconocernos como sujetas de derecho, desde el constitucionalismo feminista.

59 N. Fraser. *óp. cit.*

60 M. Rosenberg, *Género y sujeto de la diferencia sexual. El fantasma del feminismo*, en: Género, psicoanálisis, subjetividad, Buenos Aires, Paidós, pp.267-289.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

*Marisol Edith Gonzales Usquiano**

La Constitución de la diversidad: el proyecto constitucional chileno, como espacio de reconocimiento en clave de género e interculturalidad

Sommario

1. El espacio constitucional: antecedentes, contexto y actoras del proyecto. – 2. Diversa y paritaria: identidad, género y orientación sexual en el proyecto constitucional. – 3. Más allá del género: la variable intercultural en el texto constitucional. – 4. Reflexiones finales.

Abstract

Los movimientos sociales-feministas en Chile obtuvieron un gran resultado que se consagró en el proyecto de Constitución. En el presente texto abordaré los principales avances en clave de género plasmados en este primer proyecto, así como los principales hallazgos, en el reconocimiento de derechos para las mujeres, pueblos indígenas, disidencias y diversidades sexuales. Todo ello será abordado desde una perspectiva interseccional y decolonial, que concluirá en el augurio de nuevos intentos por nombrar y dar voz a grupos poblacionales invisibilizados y oprimidos históricamente.

The social-feminist movements in Chile obtained a great result that was enshrined in the draft Constitution. In this text I will address the main advances in terms of gender embodied in this first project, as well as the main findings, in the recognition of rights for women, indigenous peoples, dissidents and sexual diversities. All this will be approached from an intersectional and decolonial perspective, which will conclude in the augury of new attempts to name and give voice to historically invisible and oppressed population groups.

1. El espacio constitucional: antecedentes, contexto y actoras del proyecto

En su discurso inaugural Elisa Loncon, lingüista mapuche, quien fue elegida como presidenta de la Asamblea Constituyente en Chile, expresó: *"Esta fuerza es para todo el pueblo, para todos los sectores y regiones, para todas las naciones originarias que nos acompañan, para todas las organizaciones y la diversidad sexual. Este saludo es para las mujeres que caminaron en contra de todo sistema de dominación"*. Sus palabras dieron inicio a uno de los procesos más importantes en la agenda feminista y social en Chile, que buscaba cambiar la constitución pinochetista imperante.

Si bien es cierto aquellas palabras pronunciadas daban cuenta del momento constitucional que abordaremos, esta historia de cambio tuvo uno de sus momentos más importantes en mayo del 2018 y

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de Docencia del curso de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

octubre del 2019[1], donde miles de mujeres y diversidades alzaron su voz ante el sistema heteropatriarcal que les oprimía.

Las sociólogas Débora de Fina y Francisca Figueroa[2] han realizado un recuento de los hechos generados alrededor del "Mayo feminista en Chile", en donde más de 20 Universidades fueron tomadas por alumnas y profesoras, ante las denuncias no atendidas de violencia, acoso sexual y hostigamiento de las que eran víctimas por parte de profesores y autoridades de sus casas de estudios. En todas estas tomas el elemento separatista cobró gran importancia pues solo se permitía el ingreso a mujeres cis o trans a las actividades de protesta al interior de dichas instituciones.

La toma de las universidades, trasladó la protesta a las calles, en donde se convocaron marchas feministas[3] en diversas partes de Chile, a fin de llevar al espacio público aquellos casos de violencia que eran comunes a un grupo específico de la población: las mujeres y las diversidades de género.

Dichas intervenciones, asambleas y acciones de protestas buscaban entre sus reclamos, lograr que las autoridades educativas, la sociedad y el Estado, implementaran medidas para romper con el círculo de violencia continua al que eran sometidas sin ser escuchadas[4].

En este punto, es importante señalar que la gesta del Movimiento Feminista en Chile se remonta a 1990, en donde la ola del feminismo comenzó a articularse con diversas figuras políticas; se crearon instituciones como Servicio Nacional de Mujer (SERNAM), de tal manera que posterior a la dictadura de Pinochet, la clave de derechos y la importancia de la mujer en el espacio público sea repensado[5].

Desde ese momento hasta ahora, las crisis sociales características de Latinoamérica, generaron la articulación feminista sin necesariamente plasmar una territorialidad explícita en la esfera pública y cotidiana. Es por ello que, en mayo del 2018, se marcó un primer hito en la visibilización de la diversidad y los problemas existentes de violencia machista y la diferencia injustificada, que recaían principalmente en lo asignado como femenino.

Posterior a la revuelta de estudiantes, en octubre del 2019, una nueva conmoción social se generó producto del alza al precio del pasaje del metro, creándose una ola de descontento al que se sumaron personas de diversas edades y posturas, frente a la represión policial agresiva en contra de las estudiantes de secundaria que se movilizaron en contra de dicha alza. Los reclamos buscaban desarticular el sistema neoliberal que impregnaba todo el ordenamiento jurídico y cuya base se encontraba en las disposiciones de la Constitución de Chile[6].

Dicha revuelta tuvo una gran represión por parte del gobierno, evidenciada en los grandes enfrentamientos entre la ciudadanía y las fuerzas policiales, en lugares como estaciones y metros del país. Dicha respuesta estatal fue abiertamente rechazada desde diversos sectores.

Una de las características que se observa de esta movilización, es su carácter espontáneo, ya que no se vio el surgimiento de la misma como correlato de convocatorias masivas por parte de partidos políticos o de grandes colectivos, fue más bien la muestra generalizada de descontento ante un régimen culpable de las diversas desigualdades sociales en Chile hasta ese momento[7].

1 D. De Fina y F. Figueroa, *Nuevos "campos de acción política" feminista: Una mirada a las recientes movilizaciones en Chile*, en *Revista Punto y Género Revista Online*, 2019, no. 11, https://revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/view/53880/56639.

2 *Ibidem*, p. 57.

3 *Ibidem*, p. 52-53, El término feminista empezó a ocupar gran parte del espacio público para volverse parte de la cotidianidad de los intercambios, y la comunicación de la experiencia de violencia compartida entre mujeres diversas.

4 *Ibidem*, p. 65, "(1) la incorporación de protocolos contra la violencia de género y acoso (es importante considerar que en algunas universidades los protocolos ya existían, sin embargo, estos no estaban siendo cumplidos de manera correcta o en su totalidad); (2) La implementación de cursos de género obligatorios y la incorporación de material bibliográfico de autoras mujeres en las asignaturas; (3) La finalización o disminución de contratos de algunos profesores con demandas de acoso; (4) La creación de un departamento de género e identidad, el cual debe ser compuesto por profesionales que manejen esta área trabajo; (5) Nuevo reglamento para el beneficio de padres y madres de las universidades que les facilite la vida académica; (6) y, finalmente, el respeto por el nombre social de los estudiantes y funcionarios transgéneros".

5 S. Sola-Morales y C. Quiroga, *El Mayo feminista chileno de 2018, en la cresta de la cuarta ola. Uso y apropiación de las redes sociales*, en *Revista Punto y Género Revista Online*, 2021, no. 15, p. 205, https://revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/view/64413.

6 N. Rojas, *Movimientos de Mujeres en Chile y el camino hacia una Constitución Feminista*, en *Anuario del Conflicto Social Revista Online*, 2021, no. 10, p. 33 y 41, https://revistes.ub.edu/index.php/ACS/article/view/ACS2020.10.7/33082.

7 *Ibidem*, p. 41.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Esta movilización social con enfrentamientos de toda índole gestados desde el Estado, permiten observar dos de los aspectos recogidos en el proyecto constitucional que abocan la presente reflexión: el género y el sistema económico.

Chile hasta este momento se había construido sobre la base de un Estado neoliberal[8], en donde ciertos grupos sociales son los que soportaban la carga de trabajo y económica, enriqueciendo sólo a un grupo selecto. Si pensamos esta variable económica a luz de la variable de género, identidad y etnicidad, encontraremos que la carga de trabajo en la sociedad la terminan asumiendo las mujeres, y en especial aquellas mujeres racializadas.

No es casualidad que, en este tipo de regímenes, existan brechas laborales sumamente marcadas entre mujeres y varones, precisamente al ser asignado a las primeras las labores de cuidado, maternidad y tareas domésticas[9]. De esta manera, la movilización de octubre de 2019, significó también el poner en la agenda pública el descontento por parte de las mujeres y diversidades en torno al sistema capitalista y heteropatriarcal, erigido por varones y sus intereses propios, dejando de lado sus necesidades.

Esta problemática, puesta en evidencia masivamente a través de los sucesos de mayo del 2018 y octubre del 2019, tuvieron su producto final en octubre del 2020, cuando el pueblo chileno decidió que era momento de generar un nuevo texto constitucional que recogiera estos reclamos frente a un régimen heredado de los años de dictadura afrontados por el país. Dicha aprobación se dio con un total de 5.899.683 (78.31%) de la población[10].

Para poder llevar a cabo dicha forma de reivindicación a través de la reforma constitucional, los actores que intervinieron son una primera fuente de observación. Entre las candidaturas generales tenemos 1278 de los cuales se eligieron 138, mientras que de las 110 candidaturas correspondientes a los pueblos indígenas fueron elegidas 17[11].

De acuerdo a los datos analizados por el Centro de Investigación Periodística de Chile[12], el 86% de candidatas pertenecían a rostros nuevos en la esfera política y un porcentaje igual de alto correspondía a los candidatos varones, que ascendían a un 76%. De la misma forma, los escaños reservados a pueblos indígenas se dividieron en un total de 71% en el caso de mujeres y 58% en el caso de varones.

La presencia de actores políticos provenientes de nuevos e independientes sectores, marcó un nuevo tenor en las expresiones recogidas en el proyecto constitucional respecto al género, la diversidad y la interculturalidad.

A raíz de la observación a estos datos, podemos afirmar que la asamblea constituyente se orientaría a movilizar el discurso feminista y llevarlo al texto constitucional. Existieron 45 mujeres, de las 77 electas para integrar la asamblea constituyente, que se declararon públicamente como feministas y quienes orientaron sus discursos a recoger las demandas de ese sector. Dichos discursos se concatenaron a la lucha de clase, el quebrantamiento de la desigualdad originada en el sistema de mercado, la relación con el territorio y la presencia de la diversidad en la vida social y política[13].

Las temáticas a las cuales se orientaron los discursos de las candidatas ganadoras, se encuentran justamente en el mensaje de Elisa Loncon, que nos da cuenta de una expansión y reivindicación de ese sector de la población que ha soportado históricamente el peso del trabajo, la desigualdad y la violencia.

Estos factores no solo se entrecruzan a través de las experiencias desde el género, si no también se desentrañan a través de las políticas económicas y su incidencia en la sobreexplotación de los recursos de los pueblos indígenas y las comunidades del sur, que han sido vistas desde la otredad.

8 *Ibidem*, p. 33-34.

9 Y dado que la forma del trabajo asalariado está constituida por lógicas masculinas asociadas a la patriarcal diferenciación social de roles entre hombres y mujeres, la incorporación laboral de las mujeres -principalmente en los sectores bajos y medios- ha implicado una constante "doble negociación"11 entre dos lógicas: la del trabajo reproductivo, doméstico y de cuidados con la del trabajo asalariado. *C. Carrasco, ¿Conciliación? No, gracias. Hacia una nueva organización social. Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos, 2003,16-34p,* en C. Ruiz y C. Medina, *El Neoliberalismo y su promesa incumplida de emancipación: Bases del malestar y de la ola feminista, Revista Anales de la Universidad de Chile Revista Online*, 2018, no.14, p. 194-195, https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/51152.

10 Servicio Electoral de Chile (SERVEL). Revisado el 1 de septiembre del 2022, https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10.

11 *Ibidem.*

12 J. Piscopo y P. Siavelis, *Convención Constituyente: ¿Caras Nuevas o las mismas de siempre*?, *Centro de Investigación Periodística (Ciper)*, 2021.

13 A. Bustos, *Feminismo en la Constitución: Mujeres electas adelantan debates esenciales del proceso, en Diario y Radio de la Universidad de Chile*, 2019. https://radio.uchile.cl/2021/06/05/feminismo-en-la-constitucion-mujeres-electas-adelantan-debates-esenciales-del-proceso/.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

La forma de elección, de la que hablaremos más adelante, supone que al menos dentro de ese 50% de integrantes mujeres, y pertenecientes en muchos casos a la diversidad, se propongan como puntos de agenda el acceso a derechos sexuales y reproductivos, las condiciones laborales, las éticas de cuidado y reparación, la participación política y todo aquello relacionado con eliminar las conductas legislativas liberales y privatistas[14].

Después de 9 meses, la redacción del texto constitucional con la inclusión de estas propuestas y discusiones, vió la luz; cumpliendo con el plazo de un año otorgado a la asamblea para poder terminar y entregar el proyecto a ser votado.

Posterior a la entrega del proyecto constitucional al presidente Daniel Boric, se dio un espacio para que todas las personas que fueran a ejercer su voto, pudieran leer dicho texto y manifestar su conformidad o no con el mismo a través de las elecciones. Estas fueron llevadas a cabo el 4 de septiembre del 2022, en donde se presentaron el 85,7% de la población a realizar su derecho al voto[15].

La gesta del texto constitucional, producto de las manifestaciones sociales y el descontento por el régimen derivado de la dictadura militar, finalmente no recibió la aprobación de la población, que lo rechazó con un 61.89%[16]. Ello nuevamente colocó al país frente a la necesidad de la elaboración de un nuevo proyecto, que según los analistas no supondría necesariamente dejar de lado las propuestas contenidas en la redacción del texto inicial.

A raíz del rechazo a este proyecto constitucional, es importante cuestionarnos sobre los elementos que fueron parte de su contenido y poder plantear problemas y aciertos tras la manifestación del pueblo chileno frente a las demandas sociales realizadas.

En los siguientes acápites recorreremos dos elementos principales para entender la importancia del proyecto constitucional y los aspectos que se dejarían atrás, luego del rechazo mayoritario que obtuvo esta propuesta. Estos elementos versarán sobre el género y la etnicidad, analizados desde un enfoque interseccional e intercultural.

2. Diversa y paritaria: identidad, género y orientación sexual en el proyecto constitucional

Seguramente el primer elemento que salta a la vista del nuevo texto constitucional es la referencia a las mujeres y a las diversidades sexo-genéricas, ya que por primera vez en Latinoamérica se hace mención explícita a dichos grupos sociales en una Constitución.

La razón de su importancia y por qué es trascendental en el país chileno, se puede encontrar en un aspecto previo, el cual parte de entender tres aspectos relevantes para comprender las identidades y cómo intervienen en factores decisivos de la vida política y social. Estos factores son el sexo, género y orientación sexual.

Durante muchos años se analizó el sexo como una categoría separada al género, las feministas de los años 70 por ejemplo, señalaron el elemento "sexo" como lo anatómico y fisiológico; mientras que, al género, como la representación de la sociedad y su incidencia en la conducta de las personas. Se precisó que la desigualdad social entre hombres y mujeres se encontraba basada en aspectos sociales, más que en las diferencias sexuales[17].

Una década más tarde, tal como señala Kogan[18], se replantea el debate sexo-género y se enmarca dentro del estudio de ambos como aspectos ligados al desarrollo cultural y la interpretación que se le daba, apareciendo el cuerpo como un elemento entre ambos.

Si partimos de la idea clásica, que aún es socialmente difundida, de la atribución del sexo al aspecto biológico marcado por un carácter genético, cromosómico y físico; y al género como producto de la

14 M. Rios, *Feminismo y proceso constituyente en Chile: El protagonismo de las mujeres, en la Revista con la A Revista Online*, 2021, no. 75, p. 4, https://conlaa.com/feminismo-y-proceso-constituyente-en-chile-el-protagonismo-de-las-mujeres/?output=pdf.

15 Servicio Electoral de Chile (SERVEL). Revisado el 1 de septiembre del 2022. https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10.

16 *Ibidem*.

17 A. Fausto-Sterling, *Cuerpos Sexuados. La política del género y la construcción de la sexualidad*. Editorial Muselinas, Barcelona, 2006, p. 18.

18 L. Kogan, *Género-cuerpo-sexo: apuntes para una sociología del cuerpo, en Debates en Sociología Revista de Derecho PUCP*, 1993, no. 18, pp. 35-57, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6676.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

experiencia social; arribaremos a un primer punto de conflicto entre quienes consideran que el aspecto físico/biológico es inmutable y determinante en la construcción de la identidad y otras posturas que identifican que el sexo también responde a una serie de significados que parten de interpretaciones sociales realizadas desde las ciencias médicas principalmente[19]. Es aquí precisamente donde interviene el cuerpo, como el locus, o contexto histórico en donde tiene lugar el debate sobre la identidad, pues es la apariencia un principal reproductor del género[20].

De esta manera surge también la necesidad de llamar la atención, sobre los patrones y expectativas, y entenderse ambos componentes (sexo y género) de forma bidireccional. Esto quiere decir que cuando al nacer nos asignan como mujeres u hombres, también se está designando la forma en cómo se espera que nos comportemos en sociedad.

Este discurso construido acerca del binario masculino-femenino, supone tal como arrojó un estudio en la Escuela de Medicina de la Universidad de Wisconsin[21], la existencia de límites primarios socialmente trazados dentro del binario sexo/género, sosteniendo que solo existen dos opciones para cualquier categoría de identidad y que, en tanto ellos, se debe encajar en una o en la otra. Dichas categorías deben ser opuestas y basadas en la suposición errónea que, si alguien es una "mujer", es decir posee una vulva, cromosomas XX u óvulos; o que alguien es "hombre", que posee pene, cromosomas XY o esperma, traerá como resultado que ambos actúen, piensen y sientan, dentro de los parámetros de la femineidad y la masculinidad.

El binario entonces en los términos descritos y la expectativa de correspondencia, se basa en la creencia que el sexo y el género se encuentran entrelazados uno con el otro. De esta manera moverse en dicho espectro de dualidad, supone que todas las personas son cisgénero; invisibilizando otras identidades o diversidades sexo-genéricas, como las personas trans e intersexuales.

Estos problemas evidenciados a través de una categorización en binarios, son consumados a través de prácticas violentas, pues se marca una diferencia entre aquello considerado como normal y "otro" fuera de esa consideración. Un ejemplo claro de ello son las prácticas médicas respecto a las personas intersexuales que busca mantener, en términos de Anne Fausto Sterling, una "mitología de lo normal" destinada a modificar el cuerpo de estas personas para acomodarlo dentro de una u otra categoría de sexo/género. Esto se convierte en una forma de control de los géneros, dado que al poseer ambos genitales y/u órganos internos asociados a una función reproductiva; desafían constantemente la división inicial basada en el cuerpo como masculino o femenino[22].

En el caso chileno, al igual que otros países en Latinoamérica, tiene enquistado en su texto constitucional y en su cuerpo normativo, la representación binaria del género en donde lo femenino termina siendo subordinado a lo masculino. Ello se traduce en la nula o poca referencia a las mujeres y con mayor razón a todas las diversidades de género pertenecientes a la comunidad LGTBIQ+.

Precisamente este problema evidenciado, es lo primero en cuestionarse con la conformación de la asamblea. La fórmula adoptada, se tradujo en que de los 155 escaños generales y los 17 reservados para pueblos indígenas; la mitad debería estar conformados por mujeres. Esto supuso todo un logro, dado que las necesidades de las mujeres provenientes de diversas agendas estarían representadas en las discusiones, trayendo como resultado 29 artículos con referencias explícitas al género, mujeres, diversidades y disidencias.

Tras una lectura de los artículos mencionados, nos encontraremos con áreas temáticas que engloban diferentes aristas: la igualdad, paridad, no violencia y cultura. Este proyecto de Constitución no solo fue paritario en el diseño y elección de representantes, encargados de su redacción, si no que el tema de la paridad se vio reflejado a lo largo de las disposiciones constitucionales.

19 A. Fausto-Sterling, *Cuerpos Sexuados. La política del género y la construcción de la sexualidad.* Editorial Muselinas, Barcelona, 2006, p. 31.

20 L. Kogan, *Género-cuerpo-sexo: apuntes para una sociología del cuerpo, en Debates en Sociología Revista de Derecho PUCP*, 1993, no. 18, pp. 37, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6676.

21 K. Henningsen, "*Transgender and Trans Health 101". Women, Health, and Healthcare.* University of Wisconsin, Madison, 2015, pp. 84.

22 A. Fausto-Sterling, *Cuerpos Sexuados. La política del género y la construcción de la sexualidad*. Editorial Muselinas, Barcelona, 2006, p. 23.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Más allá de la paridad en los aspectos políticos y parlamentarios, también fue exigida hacia las otras instituciones de carácter público o semipúblico, y para el establecimiento de obligaciones de los órganos de supervisión[23].

Este aspecto de la paridad, está ligado estrechamente a la demanda feminista por el derecho a la participación política de las mujeres y las diversidades de género, que se traduce en la demanda por un reconocimiento sustantivo de su injerencia en los aspectos importantes del país.

Así mismo, supone dar cabida al reclamo por una igualdad sustancial y no solo meramente formal[24], la cual hasta este momento podría dar una falsa idea de que el sistema funcionaba igual para todas las personas, sin embargo, al observar las relaciones laborales, conyugales, con el sistema justicia, se pone en evidencia el profundo desconocimiento de la realidad que aqueja a este grupo.

El aseguramiento de la paridad, no solamente para aspectos políticos, sino también como la cara del nuevo Estado respaldado en el marco constitucional, no fue la única innovación. Otra temática relacionada a lo paritario tiene que ver con todos los dispositivos relacionados a asegurar la igualdad y no discriminación.

No hay que perder de vista que desde el Derecho Internacional, la igualdad y no discriminación es un principio utilizado en el diseño legislativo y de implementación de políticas públicas, estableciendo responsabilidades específicas hacia los estados parte, como en el caso de Chile.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha enunciado como:

> 100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende "directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona". El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas[25].

En el propio proyecto de Constitución analizado, se habla del irrestricto respeto a los derechos humanos y al derecho internacional[26], como elementos que aseguran el respeto a todas las personas, sin ningún

23 Artículo 6
2.Todos los órganos colegiados del Estado, los autónomos constitucionales, los superiores y directivos de la Administración, así como los directorios de las empresas públicas y semipúblicas, deberán tener una composición paritaria que asegure que, al menos, el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres.
Artículo 344 - Consejo de la Justicia
3.Sus integrantes serán elegidos de acuerdo con criterios de paridad de género, plurinacionalidad y equidad territorial.
Artículo 350
Todos los órganos autónomos se rigen por el principio de paridad. Se promueve la implementación de medidas de acción afirmativa, asegurando que al menos el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres.
Disposición Transitoria Sexta
1.La regla de paridad de género a que se refiere el artículo 6 será aplicable a los órganos colegiados de elección popular a partir del proceso electoral nacional, regional y local que se lleve a cabo inmediatamente después de la entrada en vigor de esta Constitución, según corresponda. Para ello, el Poder Legislativo deberá dictar o adecuar la ley electoral, considerando lo establecido en el artículo 161. (...)
(...)5. Corresponderá a la Contraloría General de la República velar por el cumplimiento de la paridad de género en los órganos directivos y superiores de la Administración del Estado.

24 F. Olsen, *El sexo del Derecho, en D. Kairys (ed.), The Politics of Laws, Pantheon,* Nueva York, 1990, pp. 34-35.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03, 17 de septiembre del 2003.

26 Artículo 14
1.De igual forma, se compromete con la promoción y el respeto de la democracia, el reconocimiento y protección de los derechos humanos, la inclusión, la igualdad de género, la justicia social, el respeto a la naturaleza, la paz, la convivencia y la solución pacífica de los conflictos y con el reconocimiento, el respeto y la promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

tipo de distinción. En este punto, considero hacer mención a las causales enumeradas el proyecto constitucional chileno para abordar la discriminación:

> *Artículo 25*
>
> 4. Está prohibida toda forma de discriminación, en especial cuando se funde en uno o más motivos tales como nacionalidad o apatridia, edad, sexo, características sexuales, orientación sexual o afectiva, identidad y expresión de género, diversidad corporal, religión o creencia, raza, pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal, opiniones políticas o de otra naturaleza, clase social, ruralidad, situación migratoria o de refugio, discapacidad, condición de salud mental o física, estado civil, filiación o condición social, y cualquier otra que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos.

Como podemos observar, cada uno de los elementos colocados está desafiando la cisheteronormativa, en tanto hasta este momento histórico, las necesidades reguladas y los estándares constitucionales provenían de un contexto dictatorial, y donde hombres con poder, eran quienes se encontraban detrás del diseño, aprobación e implementación de determinado cuerpo normativo, sin reparar en las condiciones y necesidades basadas en el género.

Este artículo del proyecto constitucional, se encuentra atravesado por un enfoque de género, pero además por uno de capacidades, intercultural, antirracista y anticapitalista, representando las demandas de mayo del 2018 y octubre del 2019.

Como señalamos al principio de este acápite, este proyecto constitucional es el primero en Latinoamérica en mencionar de manera explícita a las diversidades y disidencias de género, dentro de las cuales se ubica todas las personas parte de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, personas trans (incluidas las personas no binarias), intersexuales, queers, así como otras identidades fuera de la heteronormatividad. Ser nombradas implica el reconocimiento y la revalorización de sus voces en la lucha por derechos.

Es importante mencionar que en el 2018 se aprobó una ley de identidad de género tras 5 años de debates y su entrada en vigencia en diciembre del 2019, ha permitido un reconocimiento identitario, en especial respecto a las condiciones de vida de las personas trans, quienes luego de dicha ley, pudieron acceder a cambio de nombre y sexo de sus documentos de identidad mediante un trámite administrativo y tan solo a través de su manifestación de voluntad[27].

Dos años más tarde, en diciembre del 2021, se promulgó la Ley de Matrimonio Igualitario, que permitía la unión de personas del mismo sexo, así como también una serie de reconocimiento en procesos de filiación; ya sea por adopción o por técnicas de reproducción asistida, como la in vitro[28].

A pesar de la existencia de ambas leyes, las personas de la comunidad LGBTIQ+, en especial las personas trans siguen siendo víctimas de diversas formas de violencia, de discriminación y de crímenes transodiantes[29]. Esta violencia es originada principalmente por el desafío al binarismo de sexo/género que representan dichas personas.

Al concebirse el género, a partir de la asignación sexual de las personas, todo aquello que cruce o se ubique fuera del espectro de femenino y masculino, será más violentado; eliminando a las personas trans y diversidades del esquema de representación. Por otro lado, este binario se ha establecido de forma vertical, en donde lo femenino queda subyugado a lo masculino, rompiendo con la idea de igualdad entre las personas[30].

Precisamente este proyecto constitucional, busca reivindicar la representatividad de las diversidades y disidencias. La construcción del texto, es un ejercicio que busca normalizarlas e incluirlas dentro del esquema de reconocimientos de derechos por el solo hecho de ser personas parte del Estado chileno. "*La población LGBTIQA+ ha estado presente dentro de la constituyente con 7 representantes de la Red Disidente, pero también desde la sociedad civil con esta propuesta, cabildos regionales, espacios de conversación con la academia e incluso recogiendo experiencias internacionales, que dan un sustento a la norma presentada conforme*

27 El 45,5% de las mujeres trans señala que ya realizó el trámite para el cambio de sexo y nombre legal, mientras que un 36,4% tiene planeado hacerlo y el 18,1% solo reporta que no lo ha hecho. Informe Anual de los Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile, 2020, p. 5.

28 *Ibidem*, p. 233.

29 *Ibidem*, p. 38.

30 P. Kristin, *"Primary Health Care and the LGBTQIA+ Patient Experience". Women, Health and Healthcare*, University of Wisconsin-Madison, 2015, p. 84.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

a estándares de derechos humanos de la Convención de Derechos de Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y numerosos pronunciamientos de la misma índole"[31].

Muchas personas a menudo se pueden preguntar, ¿cuál es la importancia de nombrar en los textos constitucionales?, la respuesta tiene que ver con la formación histórica de los estados y el papel de lo normativo en el respeto y reconocimiento de derechos. En las sociedades latinoamericanas donde existe heterogeneidad y altos índices de violencia, se hace necesario la existencia de normas que señalen de forma explícita a quienes protegen, puesto que existe una interpretación maliciosa y contraria a los Derechos Humanos, en la que si no se señala algo entonces no se le protege.

Tal es así que, en el proyecto de constitución, se ha querido poner especial énfasis en la erradicación de la violencia de género, a través de 6 de los 29 artículos en donde se contempla un respeto a los derechos humanos con enfoque de género.

Se ha previsto a través de dichos artículos, mecanismos de prevención, reacción, así como la creación de casas de acogida, capacitaciones al personal, actividades que erradiquen cualquier forma de violencia, con un énfasis especial en niñas, adolescentes, madres gestantes y diversidades sexuales[32].

Este espacio, que es la Constitución, bajo estos ideales de diversidad y paridad, también son una forma de justicia ambivalente, de acuerdo a lo propuesto por Nancy Fraser. Ello en tanto este tipo de población no solo necesita acciones afirmativas, como el hecho de la existencia de leyes específicas como la ley de identidad de género o la ley de matrimonio igualitario; si no también la existencia de acciones transformadoras[33]. Al ser la Constitución la base fundante del ordenamiento jurídico en Chile, desde donde se desprende el corpus iuris; es imperativo que se señale a todas las personas, pueblos y sujetos sobre los cuales se genera esta protección, en un reconocimiento a la lucha histórica de protección y reivindicación de derechos.

Reconocimiento y redistribución[34], son necesarias, para que, dentro de la lucha contra el neoliberalismo y la importación de políticas públicas extractivistas, hetero patriarcales, construidas fuera de las necesidades de las personas en su totalidad; se construyan y reconstruyan nuevos discursos que distribuyan los mismos recursos para el fomento de las capacidades en todas las personas.

Ligado a la construcción de los recursos, es que el texto constitucional hace una clara alusión a tres derechos en específico; la salud, derechos sexuales y reproductivos y el derecho al trabajo. En donde cabría analizar los aspectos más relevantes.

Respecto al derecho a la salud, a través del artículo 44°, se genera la existencia de un Sistema de Salud, que sea de carácter universal, público e integrado; además de enlistar una serie de principios como el enfoque de género, la no discriminación y la interculturalidad.

Precisamente enlazado al derecho a la salud, el proyecto de constitución propone una serie de accesos a derechos sexuales y reproductivos, de acuerdo a la asistencia médica en los casos de partos, interrupción voluntaria del embarazo e incluso educación sexual integral.

Cabe resaltar que la redacción de los derechos sexuales y reproductivos, integran aspectos como el consentimiento y el placer; los cuales son temáticas reclamadas desde una agenda feminista, al ser características negadas a las mujeres en los encuentros sexuales, que les restan agencia y simbolizan diferentes formas de violencia contra sus cuerpos.

Una de las intervenciones más relevantes es el aborto. En chile desde el 2017, existe una ley para interrupción voluntaria del embarazo en los siguientes casos: riesgo en la vida de la gestante, la inviabilidad del feto y por casos de violación. Sin embargo, a pesar de dicha ley, continúan existiendo trabas en su implementación, ya que al menos el 47% de personal de la salud alude a objeción de conciencia en casos de violación para no practicarlos; ello sumado al estigma y desconocimiento por parte de la ciu-

31 R. Mallea y J. Mella, *Ni un paso atrás: Derecho a la identidad en la nueva Constitución, Diario Online El Mostrador*, 2022, https://www.elmostrador.cl/braga/yo-opino/2022/04/01/ni-un-paso-atras-derecho-a-la-identidad-en-la-nueva-con stitucion/.

32 Por mencionar algunos de los que veremos a lo largo del texto:
Artículo 51
4. El Estado garantiza la creación de viviendas de acogida en casos de violencia de género y otras formas de vulneración de derechos, según determine la ley
Artículo 89
1.Toda persona tiene derecho a participar de un espacio digital libre de violencia. El Estado desarrollará acciones de prevención, promoción, reparación y garantía de este derecho, otorgando especial protección a mujeres, niñas, niños, adolescentes y diversidades y disidencias sexuales y de género.

33 N. Fraser, *Reflexiones Críticas desde la posición "Postsocialista"*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

34 *Ibidem*, pp. 18-19.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

dadanía, así como persecución y criminalización para aquellas personas gestantes que se interrumpen el embarazo fuera de las causales[35].

Hasta el momento no existe una norma que de forma explícita señale a los derechos sexuales y reproductivos como un derecho humano; sin embargo, sin embargo, la existencia de dichos derechos se desprende del derecho a la salud, así como la mención en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo en 1994[36]. En dicha reunión se plasmaron las aristas más importantes de los derechos reproductivos en la mujer y el varón partiendo de la premisa de reconocimiento de igualdad entre ambos.

Entre los aspectos reconocidos, se señaló la importancia del acceso a información para la planificación familiar, así como incluir la salud sexual como parte de la salud reproductiva. A pesar de que a nivel internacional existe un reconocimiento a este tipo de derechos, estos han sido históricamente abordados desde la capacidad reproductiva de las personas asignadas como mujeres, y su vínculo con el establecimiento de familias.

La propuesta del texto constitucional al incluir términos como el placer y el cuidado, insertan la capacidad de agencia como un elemento clave; en donde las decisiones sobre la salud sexual van más allá de lo meramente reproductivo, formando parte de su libertad para poder entablar vínculos de tipo sexual o llevar a cabo las acciones que les conduzcan al mayor estado de bienestar.

Finalmente, otro gran tema que abarca este proyecto, es la asignación del trabajo y los roles de cuidado. Es importante recordar que el espacio público fue concebido como masculino y cisheteropatriarcal, precisamente porque históricamente las mujeres tuvieron negada la posibilidad de trabajo. No es hasta 1857, que un grupo de mujeres trabajadoras de una fábrica protestan por derechos laborales y se insertan de esa manera las necesidades de las mujeres que también salían a laborar además de dedicarse al cuidado de los hijos[37].

Un tema que viene siendo abiertamente discutido desde el feminismo, son las labores domésticas como espacios de trabajo no remunerados y la necesidad de establecer cuidados y/o remuneraciones para dichos espacios.

Por un lado, en el nuevo texto constitucional se ha propuesto la disminución de brechas laborales a través de su art. 46, en donde se señala lo siguiente:

> Las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a una remuneración equitativa, justa y suficiente, que asegure su sustento y el de sus familias. Además, tienen derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor.

La forma en que se encuentra redactado este artículo, responde a las últimas cifras recogidas por el Instituto Nacional de Estadísticas en Chile, que indican que, entre diciembre del 2021 y enero del 2022, las mujeres chilenas tuvieron una participación en el mercado laboral de 48.3% en relación con los hombres quienes obtuvieron un 69.6%[38]. Así mismo, esta brecha laboral se encuentra explicada en los trabajos domésticos y de cuidado que históricamente han sido asignados a las mujeres.

Respecto al salario, las cifras recogidas también pueden evidenciar el trato desigual que existe ante labores iguales; siendo que por cada 100 pesos que gana un hombre una mujer recibe 71.9 pesos[39].

Esta asignación femenina del trabajo, ha querido ser superada en el nuevo proyecto de constitución, es por eso que debemos detenernos en las propuestas contenidas en los artículos 49° inciso 2 y 50° inciso 2:

> *Artículo 49*
>
> El Estado promueve la corresponsabilidad social y de género e implementará mecanismos para la redistribución del trabajo doméstico y de cuidados, procurando que no representen una desventaja para quienes la ejercen.

35 M. Freixas, *Cinco años después, la ley de aborto en 3 causales arrastra trabas en Chile. Unidad Empresarial de la Sociedad Suiza de Radio y Televisión (swissinfo)*, 2022.

36 S. Galdos, *La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva, en Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, vol. *30*, no. 3, Perú, 2013, pp. 455-460.

37 J. Cortés, *Triangle Shirtwaist: el incendio que hizo avanzar el reconocimiento de los derechos de la mujer. Amnistía Internacional*, 2023, https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/triangle-shirtwaist-derechos-de-la-mujer/.

38 Ministerio de la Mujer y Equidad de Género Chile, *Diagnóstico de brechas salariales entre géneros, en Iniciativa de Paridad de Género en Chile*, 2019.Consultado el 1 de septiembre del 2022, https://iniciativaparidadgenerochile.minmujeryeg.gob.cl/?page_id=4449.

39 *Ibidem*.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Artículo 50 - derecho al cuidado

El Estado garantiza este derecho a través de un Sistema Integral de Cuidados, normas y políticas públicas que promuevan la autonomía personal y que incorporen los enfoques de derechos humanos, de género e interseccional. El Sistema tiene un carácter estatal, paritario, solidario y universal, con pertinencia cultural. Su financiamiento será progresivo, suficiente y permanente.

Ambos artículos, realizan un reconocimiento expreso del trabajo doméstico y de cuidado que realizan las mujeres; y que tal como hemos podido observar, representa una diferenciación en el logro y participación en igualdad de condiciones.

Una similar situación se puede apreciar en torno a las condiciones laborales de las personas de la comunidad LGTBIQ+ que representan las diversidades y disidencias sexuales y de género. En este caso de acuerdo al XX Informe Anual de Derechos Humanos elaborado por El Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), se encontró un 26.7% de denuncias por discriminación en espacios de trabajo, ligadas a los cambios de empleo (30.1%), temor al despido (13.2%), no comentar su orientación sexual o identidad de género (28,7%) y costos económicos (12.5%)[40].

Como se señaló líneas arriba, Chile es un país que actualmente cuenta con una ley de identidad de género y una de matrimonio igualitario, que formalmente inciden en las brechas de discriminación que pueden sufrir las personas de las diversidades y disidencias sexuales y de género. Sin embargo, tal como ha intentado sostener este proyecto constitucional, se hace necesario una mención explícita a este grupo poblacional, que ya presenta dificultades ligadas a la precarización del trabajo, la explotación y violencias a causa de la LGTBIQfobia interiorizada en la sociedad.

3. Más allá del género: la variable intercultural en el texto constitucional

Hasta este momento se ha puesto en evidencia, el importante trabajo que ha realizado la asamblea constituyente en la reivindicación de los derechos de las mujeres, de las diversidades y disidencias sexuales y de género; sin embargo, se hace relevante a la luz de quienes han participado de este espacio constitucional, hacer una clara mención a las mujeres representantes de los pueblos indígenas.

En el acápite anterior, el discurso de Elisa Loncon, mujer mapuche, hacía referencia a los pueblos del sur y la idea de una Constitución que incorporara sus luchas y sus voces. Ello debido a que a través de la historia no han obtenido la relevancia política ni pública, a pesar de haber participado de procesos importantes para el pueblo chileno, durante, antes y después de su vida independiente[41].

No hay que perder de vista, que Chile está conformado por 12.8%[42] población indígena siendo que las mujeres indígenas, representan el 51% de esa población. Los pueblos indígenas en Chile están compuestos por los pueblos mapuche, aymara, rapanui, lican antai, quechua, colla, diaguita, kawesqar y yagan[43], siendo que el pueblo mapuche es el más numeroso, concentrando el 83.8%[32] de población indígena.

Sin embargo, pese a ser un gran número, sus necesidades particulares como pueblo han sido invisibilizadas y muchas veces desconocidas, incluso desde el feminismo occidental.

Desde un enfoque interseccional, debemos entender que la variable de género se puede entrecruzar con otras variables, como en este caso sería la etnia, la cultura, la clase social y el acceso a recursos[44], todas estas variables terminan por construir la identidad de una persona o de un grupo.

40 El Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), XX Informe Anual de Derechos Humanos, Chile, 2020, pp. 37-38.

41 E. Loncon, *Las Mujeres Mapuche y el Feminismo, Centro de Investigación Periodística (Ciper)*, 2020, https://www.ciperchile.cl/2020/03/13/las-mujeres-mapuche-y-el-feminismo/.

42 Instituto Nacional Estadístico de Chile, Censo Poblacional del 2017.

43 J. Piscopo y P. Siavelis, *Convención Constituyente: ¿Caras Nuevas o las mismas de siempre?, Centro de Investigación Periodística (Ciper)*, 2021, https://www.ciperchile.cl/2021/02/06/convencion-constituyente-caras-nuevas-o-las-mismas-de-siempre/.

44 K. Williams, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. Stanford Law Review*, 1991, no. 43, v. 6, pp. 1.241-1.299.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Existen además tres presuposiciones recogidas desde el feminismo de occidente: la idea de que existe solo una mirada al grupo "mujeres", y que este es universal e irrevocable en su constitución, de la mano con la segunda, que presenta evidencia universalista al respecto[45].

Dicha concepción no tiene en cuenta, las otras variables identitarias como la pertenencia a un pueblo originario. Así mismo, como tercera presuposición, se encuentra la forma en cómo se enuncian las luchas y voces, en donde las mujeres del "tercer mundo" siempre son pobres, marginalizadas, sin agencia; frente a un contraste muy fuerte con las mujeres de occidente que buscan romper con un tipo específico de patriarcado enunciado como el único y verdadero[46].

Si nos remontamos a la historia, luego del momento de Pacificación de la Araucanía, las mujeres Mapuche tuvieron un rol importante en la socialización de su cultura, y pasaron de tener un rol complementario a uno de relevancia pública y política en su comunidad. Incluso la idea de machismo que puede existir dentro de dicha comunidad, es percibida por las mujeres, como parte de la injerencia externa después de los procesos colonizadores, en los que aún se encuentran hasta la actualidad por el propio gobierno central[47].

Tan poco recogidas han sido las necesidades de las mujeres indígenas, que incluso desde el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, existió una negativa de conformar un área institucional específica que trabaje con ellas[48]. Este tipo de acciones refuerzan un olvido sistemático e institucional, llevando a una vulneración no solo por ser mujeres, sino además por ser indígenas y vivir en situación de pobreza.

Precisamente, desde los discursos elaborados por las comunidades indígenas existe un fuerte reclamo por la tierra y la erradicación de un sistema económico neoliberal y extractivista; resaltándose la participación de mujeres como Macarena Valdés, quien fue hallada muerta en su casa, presuntamente suicidada, después de haberse opuesto a la construcción de la hidroeléctrica Global GP en la comunidad Newen de Tranguil[49].

Estos aspectos fueron recogidos desde la conformación de la asamblea constituyente con la reserva de 15 escaños para los pueblos indígenas, que cobró aún mayor relevancia con la elección de una mujer mapuche como la presidenta de la misma. Estos reclamos culturales se ven evidenciados desde el inicio del proyecto de constitución a través de su artículo 1° y 5° en donde se señala:

> *Artículo 1*
>
> *1. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico.*
>
> 2. Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.
>
> 3. La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.
>
> *Artículo 5*
>
> 1. Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado.
>
> 2. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley.
>
> 3. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones."

Hablar de un Estado plurinacional y el reconocimiento de los pueblos originarios como naciones, en el texto de la constitución, significa una verdadera ruptura con el anterior régimen; que además de violento, era evidencia de un abandono a los reclamos urgentes respecto al vínculo con el territorio, la

45 C. Tapalde, *Bajo los ojos de occidente, Academia Feminista y discurso colonial, L. Suárez y A. Hernández (ed), Descolonizando el Feminismo: Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Editorial Cátedra, Madrid, 2008, p. 5.

46 Ibidem, p. 5.

47 R. Leiva, *Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche, en Revista IIDH*, 2015, v. 62, pp. 177, https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35517.pdf.

48 E. Loncon, *Las Mujeres Mapuche y el Feminismo, Centro de Investigación Periodística (Ciper)*, 2020, https://www.ciperchile.cl/2020/03/13/las-mujeres-mapuche-y-el-feminismo/.

49 *Ibidem.*

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

protección de líderes ambientales y una relación con la naturaleza fuera de la burbuja antropocéntrica de la mayoría de regiones de Latinoamérica.

Este reconocimiento, cobra una real importancia, a la luz de la conformación cultural y geográfica de Chile, en donde existe un sector de la población y de mujeres pertenecientes a las comunidades indígenas que habitan espacios urbanos y que encontraron un respaldo constitucional a sus derechos como personas parte de una comunidad originaria.

Un ejemplo de los derechos colectivos, llegó gracias a la participación de activa de dos mujeres mapuche, las hermanas Nicolasa y Berta Quintreman, quienes junto a otras familias intentaron evitar la inundación en los cerros de sus antepasados ocasionados por la construcción de la represa Ralco, a manos de la transnacional Endesa. Dicha lucha, llegó hasta la Corte IDH mediante el Informe No. 30/04(petición 4617/02), que finalizó con la solución amistosa entre el estado de Chile y las familias mapuche pewenche en marzo de 2004[50].

Tras este primer paso de reconocimiento de la existencia de los pueblos y una mirada desde el género al reconocimiento de las mujeres indígenas, podemos poner en relevancia, la participación económica y laboral de este grupo de mujeres.

Si bien es cierto, existen diferencias entre las mujeres dentro de la sociedad chilena, también existen puntos de convergencia. Uno de ellos es el aspecto económico y laboral, en donde las mujeres indígenas, pese a su participación dentro de los mercados y el comercio, siguen padeciendo las consecuencias de una precarización de su trabajo, sumado a la informalidad de sus labores, a la poca presencia que se le otorga dentro del mercado laboral; en el que los varones de sus comunidades siguen obteniendo el rol preponderante[51].

Existe una tasa de desempleo del 45% y un porcentaje de inserción laboral de las mujeres indígenas de 47% frente al 71% que representan los hombres.[52] Sin embargo, dicha información no quiere decir que las mujeres indígenas no realicen trabajo alguno, si no que el tipo de trabajo que realizan no se encuentra representado en ninguna cuenta estatal. Todo ello, dentro de la lógica de un sistema capitalista, en donde la informalidad e ingresos casuales, así como las actividades domésticas, del campo y de cuidado, no son consideradas como "verdaderas" formas de trabajo[53].

Estas formas de opresión y violencia, han buscado ser superadas mediante la redacción del proyecto de constitución incorporando nuevas formas de apreciar el trabajo desempeñado por mujeres; pero además explicitando la óptica interseccional a las políticas estatales.

Un segundo aspecto a tomar en cuenta, es que existe un desconocimiento respecto a la construcción de los roles de género dentro de los pueblos indígenas y por ende las necesidades y papeles de esas mujeres.

Como vimos a través de las presuposiciones heredadas del feminismo de occidente, se cree que todas las mujeres viven de igual manera los efectos del machismo, en donde la preocupación por los hijos, la exacerbación de la fertilidad y el trabajo del hogar, son considerados como aspectos indeseables en la vida de una mujer.

Dentro de los pueblos indígenas, como en el caso de aymaras y mapuches, la cosmovisión de la comunidad se ha planteado desde la complementariedad de lo femenino y masculino, y es más bien que, con los procesos de la colonización y el mercado capitalista, se fue marcando una subordinación de lo femenino a lo masculino. Sin embargo, aún se pueden encontrar que existen otras variables, como la edad o ciertas actividades, que pueden marcar el prestigio de lo femenino sobre lo masculino[54].

50 R. Leiva, *Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche, en Revista IIDH*, 2015, v. 62, pp. 25-26, https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35517.pdf.

51 E. Loncon, *Las Mujeres Mapuche y el Feminismo, Centro de Investigación Periodística (Ciper),* 2020.

52 *Ibidem.*

53 Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, Documento de trabajo: Mujeres de Pueblos Indígenas en Chile: Sistematización de algunos elementos, Santiago de Chile, 2017.

54 Hemos visto que una de las cualidades que diferencia a las mujeres de los hombres y a lo femenino de lo masculino es el prestigio; lo que se expresa en la existencia de jerarquías, donde a lo masculino se le asigna mayor grado de prestigio, otorgándoseles mayores grados de autoridad y poder. Sin embargo, la categoría de género se cruza con otros sistemas de prestigio: la edad o fase del ciclo vital y el rango social que otorga el "sistema de cargos comunales". Ello hace que lo femenino y la mujer puedan situarse también en rangos superiores respecto de los seres masculinos. A. Carrasco y V. Gavilan, *Género y Etnicidad: Ser Hombre y Ser Mujer entre los Aymaras del Altiplano Chileno, en Diálogo Andino Revista Online*, 2014, no. 45, p. 177, https://www.scielo.cl/pdf/rda/n45/art14.pdf.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Además, podemos encontrar una pérdida masiva de valores culturales y violaciones sistemáticas a los derechos culturales de las mujeres indígenas, lo cual también ha marcado la pérdida de prestigio y de su rol en la comunidad como maestras de la tradición[55].

En ese sentido, las categorizaciones adoptadas de teorías sobre el género, rara vez serán aplicadas dentro de los parámetros de lo que en las comunidades se entiende como femenino y masculino, por lo que las necesidades propiamente occidentales o construidas por las mujeres de contextos urbanos no puede extrapolarse a los contextos rurales, sin previamente entender cómo se tejen las cosmovisiones.

Entender el intercambio y la complementariedad de las energías masculinas y femeninas, que encuentran su plenitud máxima de acuerdo con la tradición, en el matrimonio[56], nos lleva al tercer y último aspecto que se ve planteado a lo largo de la propuesta constitucional; esta es la situación de las diversidades sexuales y de género.

Dentro de las comunidades mapuche y aymara, de acuerdo a los recuentos históricos, se habla de la presencia de personajes que transitan tanto la energía masculina como femenina[57], y que en la actualidad son desconocidos o son aspectos de los que no se habla en las mismas comunidades.

Ello es resultado precisamente del proceso colonizador. Con la llegada de misiones a Chile y la consigna de evangelizar, personajes como los machi weye, epupillian, fueron censurados y conminados al silencio[58], por lo que las infancias crecieron desconociendo dichas prácticas que en un momento de su comunidad fueron completamente normales y que ocupaban una posición dentro de las tradiciones.

Es importante hacer hincapié, en que los términos de género, comunidad LGBTIQ+, son conceptos no enmarcados dentro de una cosmovisión perteneciente a los pueblos indígenas, y más bien son una importación lingüística y conceptuales desde occidente; por lo que no sería eficiente intentar calzar las identidades de la diversidad, vinculadas a este tránsito entre lo masculino y femenino como lo entendemos dentro del binarismo sexo/género o desde la concepción de la heterosexualidad[59].

Así mismo, resulta interesante observar como en el texto constitucional tampoco se hace una referencia explícita a lo que contemporáneamente reconocemos como comunidad LGTBI Q+, y más bien se ha utilizado o preferido utilizar el término diversidades y disidencias sexuales y de género; puesto como ha quedado en evidencia, existe más de una forma de entender la identidad de las personas que componen el pueblo chileno.

El texto constitucional, genera un gran acierto al plasmar directamente los enfoques de género, interculturalidad y el respeto a las naciones y pueblos indígenas, con todo y lo que sus cosmovisiones, creencias y prácticas culturales enmarcan. Solo de esa manera este proyecto de constitución alcanza los objetivos plurinacionales que se propone desde su primer artículo.

4. Reflexiones finales

Más allá del rechazo al texto constitucional que se presentó como el primer proyecto en Chile y que ha plasmado una reforma a un texto abiertamente violento y desconocedor de todas las voces; es importante señalar que existe un planteamiento claro, explícito y sobre todo crítico, por nombrar aquello que ha permanecido históricamente invisibilizado y violentado: las mujeres, los pueblos indígenas y las diversidades y disidencias de género.

55 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mujeres Indígenas, OEA, 2017. https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Brochure-MujeresIndigenas.pdf.

56 S. Knowlton-Latkin, *El Género y la Sexualisas como herramientas coloniales: lo que significa ser epupillan (dos espíritus) en contextos mapuche, Independent Study Project*, 2018, Collecction 2894. https://digitalcollections.sit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3919&context=isp_collection.

57 En la bibliografía tenemos registros de que hasta el siglo XVII había prácticas documentadas de machi weye, es decir, de personas que asumían un rol espiritual que podía transitar en diferentes tipos de energías, generalmente eran hombres que se feminizaban en contextos ceremoniales. A. Catrileo, *Para no olvidar: ¿Por qué visibilizar una memoria epupillan*?, *AKADEMOS Revista online*, 2020, V. 6, p. 60, https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/posts/article/view/1856/2114.

58 *Ibidem*, p. 62.

59 S. Knowlton-Latkin, *El Género y la Sexualidad como herramientas coloniales: lo que significa ser epupillan (dos espíritus) en contextos mapuche, Independent Study Project (ISP)*, p. 8, https://digitalcollections.sit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3919&context=isp_collection.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Estos 29 artículos redactados, le han dado un nuevo matiz a la discusión pública sobre la representación y redistribución de recursos y de derechos, y considero que ha marcado un claro visor sobre la diversidad tan vasta y particular que puede presentar el pueblo de Chile. Sería mezquino señalar que el hecho de haber sido rechazado hace que sus líneas no tengan valor alguno.

Por el contrario, este proyecto constitucional significará un punto de partida importante, para discutir la configuración de los derechos fundamentales, el sistema laboral y el mercado neoliberal que durante muchos años ha imperado en Chile y que precisamente ocasionó las movilizaciones sociales más contundentes de los últimos años en Latinoamérica.

El voto por una nueva constitución, no es otra cosa, que el resultado de años de lucha por parte de las mujeres en toda su diversidad, las identidades LGBTIQ+, que han puesto sus propias vidas en las calles para reclamar los derechos que les pertenecen por el solo hecho de ser personas.

GenIUS *anno 2023, numero 1* · · ·

Diritti e dintorni

*Fabio Libasci**

Dalla legge del silenzio alla parola. Annie Ernaux e la scrittura dell'aborto

Sommario

1. Introduzione. – 2. La legge e il silenzio. – 3. Il tempo e la traccia. – 4. La scrittura e il senso.

Abstract

La vita e l'opera di Annie Ernaux testimoniano del passaggio, repentino e per molti versi liberatorio, da una sessualità attraversata dall'interdetto e dalla paura di rimanere incinta a una sessualità sganciata dal vincolo della riproduzione. Questo passaggio, qui accennato sommariamente, non ha però provocato una diffusione della parola così come è avvenuto per altre esperienze di liberazione. Non si è passati dal silenzio alla parola ma dall'interdetto all'oblio. Pochissimi testi letterari parlano dell'aborto e ancora meno sono quelli che rivendicano la carica autobiografica. *L'événement*, che Annie Ernaux pubblica nel 2000, è anche per questo così prezioso. Proveremo a leggerlo da angolature diverse: esplorando lo spessore del silenzio attorno all'aborto prima e dopo la legge Veil, provando a seguire il dispiegarsi dell'evento così come Ernaux lo racconta e infine raccogliendo la sua riflessione sulla scrittura e la memoria che fa da contrappunto e da ossatura al racconto.

Annie Ernaux's life and work testify to the abrupt and in many ways emancipatory transition from a sexuality marked by interdiction and the fear of becoming pregnant to a sexuality unencumbered by the constraint of reproduction. This transition, briefly mentioned here, did not, however, provoke a diffusion of the word in the same way as it did for other liberation experiences. It did not go from silence to speech but from interdict to oblivion. Very few literary texts speak of abortion and even fewer claim autobiographical status. L'événement, that Annie Ernaux published in 2000, is also for this reason so valuable. We will try to read it from different perspectives: by exploring the depth of the silence around abortion before and after the Veil law, by trying to follow the unfolding of the event as Ernaux recounts it, and finally by collecting her reflections on writing and memory that act as counterpoint and framework to the story.

1. Introduzione

L'opera di Annie Ernaux, coronata dal Premio Nobel nel dicembre 2022, ci accompagna ormai da quasi cinquant'anni, nel tentativo sempre rinnovato di comprendere la Storia a partire dalla propria. L'auto-socio-biografia[1] praticata e rivendicata dalla scrittrice non è che il nome dato al desiderio di raccontare alcuni avvenimenti chiave della propria esistenza dentro il loro contesto storico-sociale. A partire dal

* Assegnista di ricerca di Lingua francese, Università degli Studi di Udine.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Cfr. A. Ernaux, *L'écriture comme un couteau. Entretien avec F.-Y. Jeannet*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 2011 [2003], p. 23.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

presente della scrittura, dall'urgenza di un ricordo, di una canzone[2] o di un oggetto, Ernaux si sforza ogni volta di afferrare la verità del passato, di un passato comune alla sua classe sociale di appartenenza, di un passato che non ha mai avuto accesso alla Storia.

Di recente, la sociologa Rose-Marie Lagrave ha così riassunto il lavoro portato avanti dalla scrittrice: «livre après livre, tu déplies ta vie et en relates les événements»[3]. E in effetti Ernaux ad ogni nuovo libro ci offre allo stesso tempo un evento capitale e la chiave per poterlo comprendere. A partire da *L'événement* (2000) si avverte poi nelle sue scelte quasi un'urgenza, un rinnovato bisogno di sfidare la legge del silenzio attraverso alcuni temi e parole: è il caso appunto del libro appena citato nel quale racconta l'esperienza dell'aborto. Ma è il caso anche di *Mémoire de fille* (2016) nel quale esplora la difficoltà del raccontare l'esperienza traumatica[4] della prima volta, quanto mai fondatrice per una donna, soprattutto in quegli anni e di *Le jeune homme* (2022) nel quale racconta un amore ancora attraversato dal pregiudizio: quello di una donna per un uomo molto più giovane.

Nel quadro del presente saggio mi interesserò all'evento forse capitale per una donna, alla sua decisione, un tempo sanzionata dalla legge, oggi oscurata dalla discrezione, di non portare avanti una gravidanza. La vita e l'opera di Annie Ernaux testimoniano in effetti del passaggio, repentino e per molti versi liberatorio, da una sessualità attraversata dall'interdetto e dalla paura di rimanere incinta a una sessualità sganciata dalla riproduzione, da una legge sanzionatoria a una legge che, pur con alcuni limiti, sancisce di fatto la libertà della donna di assumersi le sue scelte di fronte alla possibilità o meno di diventare mamma.

Eppure, ed è ciò che proveremo a capire, questo passaggio, qui accennato sommariamente, non ha provocato una diffusione della parola come è avvenuto per altre esperienze di liberazione avvenute negli stessi anni: penso solo all'omosessualità. Non si è passati dal silenzio alla parola ma piuttosto dal silenzio all'oblio: pochissimi testi letterari parlano dell'esperienza dell'aborto e ancor meno assumendone la carica autobiografica. Ciò renderà ancora più preziosa la testimonianza di Ernaux che proveremo a leggere in tre momenti: esplorando meglio lo spessore di questo silenzio attorno all'aborto prima e dopo la legge Veil, provando a seguire il dispiegarsi dell'evento così come Ernaux lo racconta e infine raccogliendo la sua riflessione sulla scrittura e la memoria che fa da contrappunto e da ossatura al racconto.

2. La legge e il silenzio

In una conversazione con Rose-Marie Lagrave, Annie Ernaux ricorda come «à sa parution, en 2000, *L'événement* a été reçu dans le silence et l'indifférence, parfois une hostilité à peine masqué. Que ce soit un texte sur l'avortement clandestin, que j'ai subi, étudiante, mais aussi sur la mémoire et l'écriture, a été entièrement occulté»[5]. Vent'anni dopo, il successo del film tratto dall'opera di Ernaux e diretto da Audrey Diwan rovescerà l'indifferenza con cui era stato accolto il libro. Occorre dunque riflettere sulle ragioni di tale ostilità, come su quelle di un simile successo del film premiato con il Leone d'oro al Festival di Venezia nel 2021. Si potrebbe affermare qui che nel 2000 pubblicare tale libro equivale ad aprire «cette boîte de Pandore où personne n'ose aller regarder»[6], in un momento in cui, forti di una legge destinata a non essere messa in discussione, nessuno vuole ricordare un passato lontano che i più volevano dimenticare. Vent'anni dopo il film entra invece in un dibattito, per certi versi molto forte pur se non continuo, tra i fautori di un ritorno al passato dai tratti antidemocratici e oscurantisti e i difensori dei diritti acquisiti, tra un'Europa che guarda con orgoglio alla tradizione delle battaglie per i diritti civili e un'Europa che cerca di minarne le basi e rendere più difficile l'applicazione di alcune leggi considerate patrimonio delle lotte democratiche.

Il rischio di una nuova polarizzazione nel dibattito pubblico, il rischio di dimenticare cos'era l'aborto prima di una legge che lo regolasse altrimenti, così come il rischio di mettere in discussione una

2 Cfr. B. Blanckeman, *La chanson, les chansons*, in F. Best, B. Blanckeman, F. Dugast-Portes, (Sous la direction de), *Annie Ernaux: le Temps et la mémoire*, Paris, Stock, 2014, pp. 442-458.

3 A. Ernaux - R. M. Lagrave, *Une conversation*, Paris, éditions EHESS, 2023, p. 72.

4 Sulla scrittura del trauma nella letteratura francese si veda, tra gli altri, A. Gefen, *Réparer le monde. La littérature française face au XX siècle*, Paris, Corti, 2017, pp. 85-107.

5 A. Ernaux - R. M. Lagrave, *Une conversation*, *cit.*, p. 41.

6 Ivi, p. 64.

legge, tutt'altro che perfetta, era stato già messo in luce dal sociologo Luc Boltanski nel 2004 in un libro fondamentale: *La condition fœtale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*. In questo libro, il sociologo si sforza di pensare la questione dell'aborto dentro la più ampia trasformazione della vita privata e della relazione tra i sessi avvenuta nella seconda metà del Novecento, in Francia e nel resto dell'Europa, specialmente tra gli anni Sessanta e Settanta. A me pare che una lettura incrociata con il libro di Annie Ernaux sia possibile, quasi necessaria: entrambi, con strumenti e scopi diversi, descrivono il mondo femminile mentre cerca di affrancarsi da una legge punitiva; entrambi cercano di tenere viva l'attenzione su una nuova legge passibile di essere attaccata.

La legge, in effetti, viene evocata da Annie Ernaux ne *L'événement* in almeno due momenti e con due scopi diversi: se in un primo tempo la legge è soprattutto quella scritta, un articolo riportato nel Nouveau Larousse Universel[7], in un secondo tempo la norma pare quasi materializzarsi e invadere lo spazio intorno:

> *elle était partout. Dans les euphémismes et les litotes de mon agenda, les yeux protubérants de Jean T., les mariages dits forcés, Les parapluies de Cherbourg, la honte de celles qui avortaient et la réprobation des autres […]. Et, comme d'habitude, il était impossible de déterminer si l'avortement était interdit parce que c'était mal, ou si c'était mal parce que c'était interdit. On jugeait par rapport à la loi, on ne jugeait pas la loi*[8].

Non sarà inutile ricordare che questi due riferimenti alla legge sono preceduti da un paragrafo nel quale la scrittrice definisce come clandestina la propria esperienza dell'aborto e nel quale porta alla luce il paradosso di una legge, quella Veil del 1974, che liberando le donne dalla clandestinità le riconsegna a un nuovo silenzio.

> *Que la forme sous laquelle j'ai vécu cette expérience de l'avortement - la clandestinité - relève d'une histoire révolue ne me semble pas un motif valable pour la laisser enfouie - même si le paradoxe d'une loi juste est presque toujours d'obliger les anciennes victimes à se taire, au nom de « c'est fini tout ça », si bien que le même silence qu'avant recouvre ce qui a eu lieu. C'est justement parce que aucune interdiction ne pèse plus sur l'avortement que je peux, écartant le sens collectif et les formules nécessaires simplifiées, imposées par la lutte des années soixante-dix - « violence faite aux femmes », etc. - affronter, dans sa réalité, cet événement inoubliable*[9].

In queste righe emerge la ragione di un libro come *L'événement*, allo stesso tempo inutile e necessario, possibile nella forma che Ernaux decide di dargli solo grazie alla legge Veil e al tempo trascorso dalle formule militanti[10]. Lo sforzo della scrittrice è in effetti quello di restituire questo tempo contrassegnato dalla forza della legge e dal peso della clandestinità, un tempo di silenzio e di parole appena pronunciate, un tempo in cui la parola del medico era simile a un verdetto di morte. Boltanski ci aiuta a comprendere il quadro storico-sociale nel quale si iscrive il racconto di Ernaux e il suo tentativo di comprendere il rapporto tra la legge e la clandestinità, il silenzio e la parola. Il sociologo conferma da par suo la difficoltà di parola quando si tratta di nominare l'esperienza dell'aborto: «bien qu'il soit légalisé depuis près de trente ans, constitue toujours un événement de la vie dont il est difficile de parler»[11]: l'aborto «est quelque chose dont on ne parle pas ou dont on ne parle qu'avec gêne»[12]. Secondo il sociologo continuano a esistere nei confronti della pratica abortiva una forma di indignazione-tolleranza e una serie di discorsi nei quali ciò che è ufficiale e pubblico e ciò che è ufficioso e privato si trovano invischiati in modo problematico. Da questa condanna-tolleranza, riconoscimento e oblio, nascerebbe la difficolta di una rappresentazione dell'aborto nello spazio pubblico e quando ciò accade «la mise en récit ou en images est le plus souvent accompagnée de justifications politiques ou morales qui l'inscrivent dans une critique de l'ordre existent, mais elle est rarement donnée telle quelle, sur le mode du cela-va-de-soi.

7 Cfr. A. Ernaux, *L'événement*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 2001 [2000], p. 29.

8 Ivi, pp. 46-47.

9 Ivi, p. 27.

10 Si veda l'importante documento costituito da *Le procès de Bobigny* pubblicato per la prima volta nel 1973 e ripubblicato nel 2023 in occasione del cinquantenario. Con la prefazione di Simone de Beauvoir e preceduto da uno scritto di Gisèle Halimi, il libro riunisce gli atti del processo a carico della giovane Marie-Claire Chevalier, allora adolescente e accusata di aver abortito, tenutosi a Bobigny nell'autunno del 1972. La eco mediatica del processo fu tale da spingere il governo e l'allora presidente della Repubblica Francese Valery Giscard d'Estaing verso la promulgazione della legge Veil, dal nome di colei che l'aveva proposta, l'allora Ministra della Salute Simone Veil.

11 L. Boltanski, *La condition fœtale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Paris, Gallimard, coll. NRF essais, 2004, p. 21.

12 Ivi, p. 30.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

Pratique courante […], l'avortement n'est jamais traité comme une pratique ordinaire»[13]. Su questo punto la nostra analisi diverge però da quella del sociologo: in Annie Ernaux, infatti, il tentativo di mostrare ciò che è l'aborto, nel suo caso ricordiamolo clandestino, non è esente dal fare memoria di una pratica illegale, vissuta nella vergogna e nel silenzio. In Annie Ernaux vedremo infine come l'esperienza dell'aborto faccia di lei una persona nuova e dia inizio a una nuova vita. Ritroviamo però ancora una volta Boltanski quando si tratta di comprendere un'altra divisione che attraversa *L'événement*: la separazione tra l'universo maschile e quello femminile. Nel libro, l'autrice mette chiaramente in luce che «l'avortement fait partie des pratiques de la culture féminine, accomplies de façon cachée, à l'écart de l'espace public et, plus généralement, de l'univers des relations officielles, sur lequel s'exerce une autorité détenue essentiellement par des hommes»[14]. Ne *L'événement*, come vedremo nella seconda parte della nostra analisi, l'universo maschile si tiene in disparte, incapace di raccogliere una parola appena accennata, complice di una legge che avendo istituito non può disconoscere. Tutto ciò è assai più comprensibile se prendiamo come riferimento i medici presenti nel libro di Ernaux. Ve ne sono diversi nel racconto: c'è il dottor N., che certifica la gravidanza, c'è il generalista del boulevard d'Yser che pare sentirsi sollevato quando la riaccompagna alla porta, c'è la guardia medica la notte dell'aborto, c'è poi il giovane chirurgo dell'Hotêl-Dieu e infine il dottor V., il medico di famiglia che Ernaux chiama una volta tornata dai genitori. Tutti sembrano confermare il loro ruolo ufficiale in una vicenda che è allo stesso tempo strettamente personale e intensamente pubblica: tutti sembrano preferire affidare il corpo di una giovane che vuole abortire nelle mani silenziose di una «faiseuse d'ange»[15], termine che appare in Francia verso il 1880, in un'epoca in cui la penalizzazione contro l'aborto comincia a essere pensata come misura d'igiene sociale. Non è senza ragione che Ernaux sottolinea l'ambiguità di un corpo medico cosciente del fatto che «en face d'une carrière brisée, une aiguille à tricoter dans le vagin ne pesait pas lourd»[16]; ambiguo nel rivelare dopo quel che serviva prima: «le docteur V., votant à droite et au premier rang à la messe le dimanche, ne pouvait me donner qu'après l'adresse qu'il me fallait avant. Assis sur mon lit, c'est à peu de frais qu'il jouissait de la complicité qu'il avait toujours manifestée à l'égard d'une bonne élève de « milieu modeste », qui passerait peut-être dans son monde»[17].

Questo è il mondo che ruota attorno alla questione dell'aborto fino all'entrata in vigore in Francia nel 1975 della legge Veil. Boltanski ci ricorda assai correttamente che tale legge non intende legalizzare l'aborto, ancor meno legittimarlo, ma solo depenalizzarlo e renderlo possibile in taluni casi: «la femme enceinte que sont état place dans une situation de détresse» peut demander à un médecin l'interruption de grossesse»[18]. In questo modo «elle admet seulement que, dans certaines circonstances, l'avortement, qui est un mal, peut être pratiqué si, et seulement si, ce mal empêche l'accomplissement d'un mal plus grand encore»[19]. La legge Veil rimase in vigore fino alla promulgazione della legge Aubry del 4 luglio 2001 «qui a étendu à quatorze semaines d'aménorrhée le délai legal d'avortement»[20] oltre a rinforzare «le délit d'entrave à la pratique de l'IGV»[21]. In questo modo si viene a compiere un processo verso una più ampia libertà della donna iniziato alcuni decenni prima e che aveva avuto nella legge Veil un primo e importante riconoscimento. Certo, la legge Aubry non ha cancellato il conflitto attorno alla questione dell'aborto. Bolanski nota a ragione che si va verso una «dédramatisation»[22]. L'aborto dovrà essere sempre più «un de ses actes nécessaires pour régler un petit problème médical comme tant d'autres, plus facile. Résoudre que beaucoup d'autres et, en tout cas, d'une manière des plus discrètes, tout se passant dans le face à face entre le patient et son médecin, faisant peu appel au langage et qui serait presque sans trace»[23]. *L'événement* sarebbe allora un libro doppiamente importante, un documento storico[24], un

13 Ivi, pp. 35-36.

14 Ivi, p. 110.

15 Cfr. ivi, p. 120.

16 A. Ernaux, *L'événement*, *cit*., p. 46.

17 Ivi, p. 116.

18 L. Boltanski, *La condition fœtale*, *cit*., p. 226.

19 Ivi, p. 228.

20 Ivi, p. 199.

21 Ivi, p. 229.

22 Ivi, p. 322.

23 Ivi, pp. 322-323.

24 Cfr. D. Viart, *Annie Ernaux, historicité d'une ouvre*, in *Annie Ernaux: le Temps et la mémoire*, *cit*., p. 28.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

libro possibile tra due silenzi, tra un silenzio carico di vergogna e uno discreto quanto l'espulsione della «cosa», tra il Manifesto delle 343[25] e la pillola abortiva: «on peut supposer qu'on n'en parlera plus et que l'avortement aura donc « disparu »[26]. Questa utopia facilmente realizzabile negli ultimi due decenni sembra scontrarsi sempre di più con il tentativo di restaurare un passato mitico e che d'altronde non è mai esistito «dans lequel on pouvait se contenter d'accueillir des enfants venus dans la chair sans avoir à prendre sur soi de *les faire* ou pas»[27]. Questa tensione tra due mondi, due visioni opposte è certamente la nostra, è quella che attraversa *L'événement* in un dispositivo narrativo che racconta il tempo e la traccia di un silenzio che cerca di farsi parola, di una scelta resa difficile, resa drammatica da chi deve salvaguardare l'ordine prestabilito. *L'événement* è soprattutto il tentativo di oggettivare uno stato, di mettere una parola al posto di un silenzio: «je suis enceinte. C'est l'horreur»[28]; di dare un nome, impossibile a questa cosa che porta dentro di sé. «Il faut que cette chose-là parte», scrive quando scopre di essere incinta: la notte in cui abortisce il feto è continuamente chiamato «cela»[29], ciò. Come se le parole dovessero soprattutto confermare che non si trattava di un bambino e del resto è proprio Boltanski a insistere sul rapporto tra parola e riconoscimento. Noi esseri umani riconosciamo attraverso la parola gli esseri che portiamo nella carne: è questo processo che percorre tutta la gestazione che fa di un feto un essere umano o che al contrario fa di un feto una cosa[30]. Questo processo in un senso o nell'altro solo una madre può compierlo: poche hanno saputo raccontarlo come ha fatto Annie Ernaux.

3. Il tempo e la traccia

L'événement è per molti versi il racconto di una corsa contro il tempo, un racconto possibile grazie al suo carattere indimenticabile, alle tracce lasciate in un'agenda e in un diario, alla memoria dei nomi e dei luoghi. I tempi forti come l'8 novembre, data nella quale annota di essere incinta, sono intervallati da periodi più o meno lunghi e incerti in cui la grande Storia, l'assassinio di Kennedy ad esempio, «ce n'était déjà plus quelque chose qui pouvait m'intéresser»[31]. La memoria si confronta con i frammenti di diario, «je me vois dans les rues en train de marcher continuellement»[32], con tutto ciò che né il diario né l'agenda contiene: «je n'éprouvais aucune appréhension à l'idee d'avorter. Cela me paraissait, sinon facile, du moins faisable, et ne nécessitait aucun courage particulier. Une épreuve ordinaire»[33]. Il racconto ritrova i nomi e le situazioni di un'odissea che la porterà lentamente ad approdare alla verità che conosciamo già. Ernaux sembra ritrovare la geografia disordinata di una ragazza che cerca il modo e la persona che l'aiuti ad abortire. Ogni strada, ogni quartiere può essere quello giusto ma ogni strada la riporta indietro senza risultato con solo la traccia della sua disperazione ogni giorno più spessa. Nell'agenda ritrova la contraddizione di un tempo allo stesso tempo velocissimo e immobile, l'incapacità ad occupare altrimenti le sue giornate, la necessità di dover agire nell'urgenza, di nascondere alla madre la traccia di un mestruo che non arriva. Scrivendo ritrova intatta la capacità di oblio di quei mesi: «il m'arrivait d'oublier que j'étais enceinte de deux mois»[34], così come l'indirizzo della «faiseuse d'anges», impasse Cardinet, XVIIème arrondissement, Parigi. A discapito della realtà attestata in un diario e in un'agenda di quanto sta raccontando, Ernaux sembra ora dubitare di quanto scrive, come se cercasse una prova supplementare, una traccia materiale di tutto ciò che materiale non è: «il ne me semble disposer d'aucu-

25 Il «Manifesto delle 343» apparso nel numero del 5 aprile 1971 su Le Nouvel Observateur fece scandalo non tanto e non solo per il suo contenuto, quel milione di donne all'anno che ricorrevano all'aborto illegale, quanto per le firme che seguivano e che dichiaravano così di essere alcune di quelle donne. Tra le firme ricordiamo qui quella di Simone de Beauvoir, di Catherine Deneuve, di Françoise Sagan.

26 L. Boltanski, *La condition fœtale*, *cit*., p. 323.

27 Ivi, pp. 329-330.

28 A. Ernaux, *L'événement*, *cit*., p. 21.

29 Cfr. Ivi, pp. 100-102.

30 L. Boltanski, *La condition fœtale*, *cit*., pp. 70-75.

31 A. Ernaux, *L'événement*, *cit*., p. 24.

32 *Ibid*.

33 Ivi, p. 32.

34 Ivi, p. 65.

ne certitude concernant les sentiments et les pensées, à cause de l'immatérialité et de l'évanescence de ce qui traverse l'esprit»[35]. È senz'altro per questo che la seconda parte de *L'événement* è contrassegnata dalle date: Ernaux stessa ne sottolinea la necessità: «écrire la date est pour moi une nécessité attachée à la réalité de l'événement»[36]. L'8 gennaio si reca a Parigi, al passage Cardinet, e non impasse Cardinet come aveva scritto qualche pagina prima, per incontrare Mme P.-R. È soprattutto la materialità dell'incontro che Ernaux vuole portare alla luce, l'assenza di patetismo: «Mme P.-R. savait certainement qu'un discours limité aux détails techniques évitait les larmes et les épanchements qui font perdre du temps, ou changer d'avis»[37]. Non in ultimo il dovere quasi di tradurre la fierezza discreta della donna in questione: «la satisfaction secrète d'avoir, dans son deux-pièces, passage Cardinet, le même pouvoir que les médecins qui lui disaient à peine bonjour. Il fallait donc prendre cher, pour les risques, pour ce savoir qui ne serait jamais reconnu et la honte qu'on aurait d'elle ensuite»[38]. Il 15 gennaio è nuovamente a Parigi, per abortire questa volta. Ernaux ripercorre la giornata, il tempo impiegato per ogni movimento, lo sguardo fisso all'orologio; si sforza di ricostituire ogni movimento, ogni traccia che l'evento ha lasciato nella memoria. Eppure, Ernaux stessa riconosce l'impossibilità di una restituzione integrale nel testo indicata dal brusco passaggio dal passato al presente, dalla traccia alla riflessione: «je suis parvenue à l'image de la chambre. Elle excède l'analyse. Je ne peux que m'immerger en elle. Il me semble que cette femme qui s'active entre mes jambes, qui introduit le spéculum, me fait naître. J'ai tué ma mère en moi à ce moment là»[39]. Tiphaine Samoyault ha voluto leggere questa frase come il «moment d'une double naissance, qui se fait au prix de deux morts, de la mère et d'enfant. On tue la fille en devenant comme sa mère […]; on tue la mère en prenant sa place»[40]. D'altra parte, Ernaux insiste anche sulla nascita, la sua, della donna che un giorno scriverà *L'événement*.

A questo punto il racconto diventa concentrato: Ernaux aspetta, ogni momento può essere quello giusto, ogni ora può essere di troppo. Aspetta, poi ritorna a Parigi da Mme P.-R. Per tre volte compie il tragitto che da Rouen la porta alla cancellazione di quella traccia che porta con sé. Nel diario aveva annotato: «je me demande combien il va falloir de temps à cet embryon pour mourir et être expulsé»[41]. Quel tempo arriva, è il 20 gennaio. La successione di frasi brevi sottolinea la necessità di fare ordine tra le immagini, le azioni fatte allora, e pur nella loro secchezza non possono non tradire lo stupore: «je n'avais pas imaginé avoir cela en moi. Il fallait que je marche avec jusqu'à ma chambre. Je l'ai pris dans une main - c'était d'une étrange lourdeur - et je me suis avancée dans le couloir en le serrant entre mes cuisses. J'étais une bête»[42]. Il tempo raccontato si restringe ancora: sono le ore successive che vengono riportate sulla pagina: l'emorragia, la necessità di chiamare un medico, il ricovero all'Hotêl-Dieu, la certezza di aver perduto il corpo d'adolescente e di avere adesso «un corps semblable à celui de ma mère»[43], lo stupore di fronte a un corpo che continuava a portare traccia di un'assenza.

Dopo il 25 gennaio, giorno delle dimissioni, il tempo torna a essere meno percutante: febbraio è un mese freddo e soleggiato, marzo è il mese del racconto a Jacques S., Ernaux è incapace di riportare la traccia esatta del ritorno alla normalità: forse aver ripreso a scrivere la tesi, ad andare al cinema? È l'infelicità che solca il tempo, è la traccia di quell'infelicità che continuerà a dividere la sua vita tra un prima e un dopo come Ernaux stessa scrive alla fine: «je n'ai jamais revu Mme P.-R. Je n'a jamais cessé de penser à elle. Sans le savoir, cette femme sans doute cupide - mais c'était pauvre chez elle - m'a arrachée à ma mère et m'a jetée dans le monde. C'est à elle que je devrais dédier ce livre»[44]. Ernaux va a cercare infine al passage Cardinet la traccia materiale di quel che ha vissuto e poi raccontato: «je voulais retrouver le

35 Ivi, p. 74.

36 Ivi, p. 76.

37 Ivi, p. 79.

38 Ivi, p. 80.

39 Ivi, p. 85.

40 T. Samoyault, *Création, procréation dans l'ouvre d'Annie Ernaux*, in F. Best, B. Blanckeman, F. Dugast-Portes, (Sous la direction de), *Annie Ernaux: le Temps et la mémoire*, Paris, Stock, 2014, p. 358.

41 A. Ernaux, *L'événement*, *cit*., p. 97.

42 Ivi, pp. 100-101.

43 Ivi, p. 109.

44 Ivi, p. 123.

GeniUS anno 2023, numero 1 · · ·

café où j'avais attendu l'heure d'aller chez M. P.-R. […]. j'avais l'impression de reproduire les gestes d'un personnage sans rien éprouver»[45].

Se il tempo trascorso le impedisce di provare quelle stesse emozioni di allora, il ritorno sugli stessi luoghi le permette di correggere alcuni dati: la chiesa nella quale era entrata prima di recarsi da Mme P.-R., era Saint-Charles-de-Monceau e non San Carlo Borromeo.

Quasi sollevata, Ernaux termina scrivendo: «sur le quai de la station Malesherbes, je me suis dit que j'étais revenu passage Cardinet en croyant qu'il allait m'arriver quelque chose»[46]. La sola cosa, non è poco, che le è successa è aver trovato la forma e le parole per dare corpo all'evento a un tempo indicibile e indimenticabile. E c'è voluto del tempo.

4. La scrittura e il senso

All'inizio de *L'événement*, Ernaux scrive: «depuis des années, je tourne autour de cet événement de ma vie. Lire dans un roman le récit d'un avortement me plonge dans un saisissement sans images ni pensées, comme si les mots se changeaient instantanément en sensation violente»[47]. Subito dopo continua scrivendo che «je me disagi aussi que je pourrais mourir sans avoir rien fait de cet événement. S'il y avait une faute, c'était celle-là»[48]. È poi un sogno a condurla alla scrittura del libro che abbiamo letto: «une nuit, j'ai rêvé que je tenais entre les mains un livre que j'avais écrit sur mon avortement, mais on ne pouvait le trouver nulle part en librairie et il n'était mentionné dans aucun catalogue. Au bas de la couverture, en grosses lettres, figurait EPUISÉ. Je ne savais pas ci ce rêve signifiait que je devais écrire ce livre ou s'il était inutile de le faire»[49].

Ernaux aveva già parlato del suo aborto all'interno de *Les armoires vides* ma con un'altra voce e con un'altra struttura: lì era Denise Lasur a parlare in quello che doveva essere soprattutto un romanzo[50]. Oggi diremmo che si trattava di una autofiction e d'altronde la stessa Ernaux ne parla in questi termini: «ce livre sera lu par la critique comme un roman, par les lecteurs comme un roman autobiographique. Pas comme un roman par mes proches, évidemment»[51]. C'è allora una differenza tra *Les armoires vides* e *L'événement* ? Ernaux esita, poi riconosce che «je n'ai effectivement la même voix dans *Les armoires vides* et dans *L'événement*. Le changement se produit avec *La place*. Pas seulement celui de la voix, mais celui de la posture de l'acte d'écrire»[52]. *La place* è in effetti il libro della svolta. Pubblicato nel 1983, è il primo libro dove «toute fictionnalisation des événements est écartée»[53]. Grazie alla pubblicazione de *L'atelier noir*, diario di scrittura di Ernaux, pubblicato una prima volta nel 2011 e poi ripubblicato nel 2022, possiamo seguire la difficoltà e il desiderio di scrivere quello che diventerà *L'événement*, desiderio che prende forma per la prima volta proprio all'indomani della pubblicazione de *La place*. È il 30 settembre del 1984 quando evoca la possibilità di includere in un racconto di donna, lei medesima, l'aborto[54]. Ne parla ancora in una nota del 1989 dove per la prima volta vediamo disegnarsi l'ossatura scarnificata del libro che abbiamo letto: «l'avortement reste un grand *nœud*, sans doute contient-t-il le familial, ma mère, l'avorteuse»[55]. Nel 1990 ne parla due volte: «1964: une mort aussi d'une certaine façon»[56]; «évoquer le « voyage » avec l'avorteuse, rue Cardinet, pour pouvoir écrire le livre, mais après»[57]? Ernaux crede

45 Ivi, p. 127-128.

46 Ivi, p. 130.

47 Ivi, pp. 24-25.

48 Ivi, p. 25.

49 Ivi, p. 26.

50 Cfr. A. Ernaux, *L'écriture comme un couteau*, *cit*., p. 27.

51 Ivi, p. 28.

52 Ivi, p. 31.

53 Ivi, p. 23.

54 Cfr. A. Ernaux, *L'atelier noir*, Paris, Gallimard, coll. L'imaginaire, 2022, p. 41.

55 Ivi, p. 52.

56 Ivi, p. 66.

57 Ivi, p. 71.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

ancora di poter includere il racconto dell'aborto nel grande libro che continua a pensare e a rimandare, *Génération*, e che pubblicherà solo nel 2006 con grande successo ma con un altro titolo: *Les Années*. Tra il 1992 e il 1999 si rende sempre più conto che l'evento rischia di invadere e minare la struttura ancora fragile di un libro in costruzione: «peut-être pourrais-je intégrer « une année » à l'intérieur de Génération, comme Proust le fait pour *Un amour de Swann*»[58]. In quegli anni la attraversa spesso l'idea di un ritorno all'impasse Cardinet[59] senza decidersi a intraprendere ancora la direzione del racconto, del libro che si chiamerà semplicemente *L'événement*. Nel 1998 scrive: «aujourd'hui, je repense à l'avortement, en 64, l'expérience totale que ce fut. Un nouveau départ ? Ou quelque chose à intégrer plus tard»[60]. Sorprende la lettura di questa indecisione appena due anni prima la pubblicazione del libro in questione che matura come racconto autonomo solo alle fine del 1998; il 10 novembre scrive: «réfléchi à A63, comme l'événement des femmes de ce siècle, jusqu'en 75»[61], appena due giorni dopo annota: «A63, en filigrane, possible. Le retour rue Cardinet peut être le début d'une vie de femme dans le siècle»[62]. L'anno dopo, nel 1999, è ormai intenta a scrivere il libro che abbiamo letto; «tous les matins jusqu'à'au 15 février, je travaille sur A63 afin de savoir si c'est faisable - si j'ai le désir de ça»[63]: *L'événement* riporta in effetti come tempo di scrittura: « de février à octobre 99»[64].

Leggendo *L'événement* colpisce anzitutto una cosa: Annie Ernaux «tend à présenter d'une manière coextensive le saisissement d'une épreuve déterminante et la remontée aux origines de l'écriture»[65]. L'uso dell'arte del montaggio[66] fa si che il lettore si trovi a leggere la storia dell'evento e quella della sua scrittura, la parola e il senso, quasi come se usasse contemporaneamente microscopio e telescopio. Si avverte soprattutto lo sforzo per raggiungere la verità nuda di quei mesi: «je m'efforcerai par-dessus tout de descendre dans chaque image, jusqu'à ce que j'aie la sensation physique de la « rejoindre », et que quelques mots surgissent, dont je puisse dire, « c'est ça »[67]. Per Ernaux scrivere vuol dire questo: ricostituire la realtà di una vita, di un evento «à travers des faits précis, à travers les paroles entendues»[68] ed è in quest'ottica che l'uso del diario e dell'agenda si rivela necessario quanto un documento[69]. Sono le frasi indelebili a guidarla[70].

Tuttavia, Ernaux sa bene che scrivere, tracciare questa storia, significa inevitabilmente costruire un senso: «celui du malheur en marche inéluctablement»[71], senso a cui resiste raccontando le diverse peripezie «l'interminabile lenteur d'un temps qui s'épaississait sans avancer, comme celui des rêves»[72]. Più avanza nel racconto e più sente quasi il bisogno di giustificare quel che sta scrivendo, il senso di questo gesto: «d'avoir vécu une chose, quelle qu'elle soit, donne le droit imprescriptible de l'écrire. Il n'y a pas de vérité inférieure. Et si je ne vais pas jusqu'au bout de la relation de cette expérience, je contribue à

58 Ivi, p. 85.

59 Cfr. ivi, p. 108. Il ritorno all'impasse Cardinet, o passage Cardinet, è evocato anche in *Passion simple*: «Une fois, le désir violent m'est venu d'aller passage Cardinet, dans le XIIème, là où j'ai avorté clandestinement il y a vingt ans. Il me semblait que je devais absolument revoir la rue, l'immeuble, monter jusqu'à l'appartement où cela s'était passé. Comme espérant confusément qu'une ancienne douleur puisse neutraliser l'actuelle », A. Ernaux, *Passion simple*, Paris, Gallimard, coll. Blanche, 1991, p. 64.

60 Ivi, p. 111.

61 Ivi, p. 120.

62 Ivi, p. 121.

63 Ivi, p. 127.

64 A. Ernaux, *L'événement*, *cit*., p. 130.

65 F. de Chalogne e F. Dussart, *L'écriture romanesque d'Annie Ernaux*, in F. de Chalogne et Dussart (dossier coordonné par), *Annie Ernaux, une écriture romanesque*, *Littérature* n. 206, 2022, p. 13.

66 Cfr. ivi, p. 14.

67 A. Ernaux, *L'événement*, *cit*., pp. 26-27.

68 A. Ernaux, *L'écriture comme un couteau*, *cit*., p. 34.

69 Cfr. Ivi, p. 37.

70 Cfr. É. Hugueny-Léger, *Annie Ernaux: une écriture palimpseste ? Inscriptions, effacements et possibilités de réinventions dans son ouvre*, in *Annie Ernaux: le Temps et la Mémoire*, *cit*., p. 54.

71 A. Ernaux, *L'événement*, *cit*., p. 48.

72 *Ibid*.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

obscurcir la réalité des femmes et je me range du côté de la domination masculine du monde»[73], con chiaro riferimento al libro di Pierre Bourdieu[74].

Per Ernaux scrivere è quasi sempre riflettere sul potere della scrittura, su ciò che è necessario scrivere, altresì su ciò che ha ancora il diritto di non rivelare, ad esempio il nome della donna che l'ha fatta abortire, nome pure così importante: «je n'a caps le droit, par l'usage d'un pouvoir non réciproque, d'exposer, dans l'espace public d'un livre, L.B., une femme réelle, vivante - comme vient de me le confirmer l'annuaire -, qui pourrait me rétorque à juste titre qu'elle « ne m'a rien demandé»[75]. A forte di questo potere della scrittura, capace di agire, se mai rivelasse per intero quel nome, sul reale di altre persone, Ernaux non smette di interrogarsi sulla fragilità delle parole. Talvolta il sogno è molto più potente e il ricordo la persuade che «j'avais obtenu sans effort ce que je cherche à retrouver par les mots - rendant inutile ma démarche d'écriture»[76]. Sono le emozioni che sfuggono: è sentire le stesse cose che non è più possibile. Ernaux sembra dirci che da un lato ci sono i fatti, le date, i nomi, i luoghi, i documenti, ma dall'altro c'è qualcosa forse altrettanto importante ma difficilmente afferrabile. Ernaux è soprattutto cosciente del rischio di cadere nel lirismo della collera se provasse a tradurre in qualche modo quell'inafferrabile. Il suo racconto si situa nella tensione tra i fatti e le emozioni, i ricordi e il senso. Più la notte tra il 20 e il 21 gennaio 1964 si avvicina e più sembra di leggere quasi una regola: «rester au plus près de la sensation d'un cours étale du malheur […]. Car le bouleversement que j'éprouve en revoyant des images, en réentendant des paroles n'a rien à voir avec ce que je ressentais alors, c'est seulement une émotion d'écriture. Je veux dire qui permet l'écriture et en constitue le signe de vérité»[77].

Ernaux non confonde la vita con la scrittura, ne distingue chiaramente le frontiere sottolineando tuttavia ciò che rende la scrittura possibile e la legittima, mettendo in luce il rapporto di omologia che pure esiste tra quell'atto, l'aborto, e questo, scrivere: «je sens qu'il en sera de même lorsque ce livre sera fini. Ma determination, mes efforts, tout ce travail secret, clandestin même, dans la mesure où personne ne se doute que j'écris la-dessus, s'évanouiront d'un seul coup. Je n'aurai plus aucun pouvoir sur mon texte qui sera exposé comme mon corps l'a été à l'Hotêl-Dieu»[78]. Eppure, sappiamo che non è così: la traccia di quel lavoro segreto è il libro potente che ha pubblicato con il titolo *L'événement* e attraverso il quale Ernaux dice di aver cancellato «la seule culpabilité que j'aie jamais éprouvée à propos de cet événement, qu'il me soit arrivé et que je n'en aie rien fait. Comme un don reçu et gaspillé»[79]. Attraverso *L'événement*, Ernaux torna a confermare quel che va ripetendo di libro in libro da qualche decennio:

> *Les choses me sont arrivées pour que j'en rende compte. Et le véritable but de ma vie est peut-être seulement celui-ci: que mon corps, mes sensations et mes pensées deviennent de l'écriture, c'est-dire quelque chose d'intelligible et de général, mon existence complètement dissoute dans la tête et la vie des autres*[80].

L'aborto, l'evento più intimo, si fa, attraverso la scrittura di Ernaux, sociale, come lei stessa rivendica: «dans *L'événement*, le sexe traversé par la sonde, les eaux et le sang, tout ce qu'on range dans l'intime, est là, de façon nue, mais qui renvoie à la loi d'alors, aux discours, au monde social en général»[81]. Attraverso la scrittura, Ernaux riporta in superficie un'esperienza che speriamo nessuna donna debba rivivere almeno in questa parte di mondo, giacché sappiamo che una legge che garantisca la possibilità dell'aborto non è ovunque una conquista. Attraverso la propria esperienza Ernaux ci aiuta a elaborare[82] un tempo non così lontano che rischia di tornare, ci fa rivivere i discorsi, le ingiunzioni, le frontiere che tenevano in piedi una costruzione del mondo differente dalla nostra. Attraverso la scrittura, infine ma

73 Ivi, p. 58.

74 Cfr. P. Bourdieu, *La domination masculine*, Paris, Seuil, coll. Liber, 1998.

75 A. Ernaux, *L'événement*, *cit*., pp. 68-69.

76 Ivi, p. 60.

77 Ivi, p. 96.

78 Ivi, p. 106.

79 Ivi, p. 124.

80 Ivi, p. 125.

81 A. Ernaux, *L'écriture comme un couteau*, *cit*., p. 139.

82 Cfr. A. Ernaux, *Le vrai lieu. Entretiens avec Michelle Porte*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 2018 [2014], p. 92.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

non in ultimo, Ernaux compie un atto politico in senso ampio, come del resto lei stessa riconosce in una recente intervista con Alexandre Gefen[83].

La scrittura è il solo modo per cercare di fermare la memoria, la realtà mutevole delle cose; è l'unico modo per circoscriverla e pensarla nelle sue molte dimensioni[84], è il solo modo per provare a ricostruire l'esperienza paradossale dell'aborto: indimenticabile ma indicibile[85], per strapparlo al silenzio e consegnarlo alla parola.

83 Cfr. A. Gefen, *La littérature est une affaire politique. Enquête autour de 26 écrivains français*, Paris, Éditions de l'Observatoire, 2022, p. 107.

84 Cfr. A. Ernaux, *Préface*, in *Annie Ernaux: le Temps et la Mémoire*, *cit*., p. 19.

85 Cfr. F. Dosse, *Les vérités du roman. Une histoire du temps présent*, Paris, Les éditions du Cerf, 2023, p. 637.

GenIUS *anno 2023, numero 1* · · ·

*Annalisa Verza**

Automatismi comportamentali e radicalizzazioni misogine nel web a partire da un'analisi del fenomeno "*#gamergate*"

Sommario

1. Libertà e automatismi nel contesto dei discorsi d'odio misogino online. – 2. Dal "frame" al contenuto. – 3. La cultura *nerd/geek*: vulnerabilità implicite e aggregazioni comunitarie. – 4. Il *#gamergate* come moto di affermazione identitaria. – 5. Il *#gamergate* come paradigma delle dinamiche di tribalizzazione e polarizzazione ideologica. – 6. Dallo scatenamento impulsivo dell'aggressività tribalistica alla radicalizzazione del pensiero. – 7. Conclusioni.

Abstract

In questo articolo si esamina l'ipotesi che il fenomeno del dilagare online dell'odio di matrice misogina (per il quale si prenderà ad esempio il plateale fenomeno del *#gamergate* di qualche anno fa) sia stato decisamente favorito dall'operare di elementi *strutturali* specifici del mondo online: dall'imprinting impresso sulla sua struttura dalla psicologia della cultura *nerd/geek* della quale essa è filiazione, fino al modo in cui le attuali *information technologies* tendono a favorire l'insorgere di polarizzazioni ad alto gradiente emozionale basate sull'odio per qualcosa.

This article examines the hypothesis that the phenomenon of the spread of misogynistic hatred online (for which the blatant #gamergate phenomenon of a few years ago will be taken as an example) has been decisively favoured by structural elements specific to the online world: from the imprinting stamped on its structure by the psychology of the nerd/geek culture from which it stems, to the way in which current information technologies tend to favour the emergence of polarisations with a high emotional gradient based on hatred for something.

1. Libertà e automatismi nel contesto dei discorsi d'odio misogino online

Questo contributo mira a cercare di comprendere alcuni aspetti del complesso rapporto che si dà tra gli elementi strutturali dell'architettura del web ed il carattere esacerbato della misoginia circolante online, soprattutto in alcune sezioni del web. Al di là di un confronto diretto con le ideologie politiche e le visioni del mondo che nella sfera del virtuale si affacciano[1], quello che si cercherà qui di mettere a fuoco

* Professoressa associata di Sociologia del diritto, Università di Bologna.

1 Per questo mi permetto di rimandare ad altri miei lavori, come A. Verza, *Mascolinità tossica" sul web: la "cultura" dell'odio antifemminista online*, in A. Verza e S. Vida (a cura di), *Postfemminismo e neoliberalismo*, Roma, Aracne, 2020, pp. 157-196; *Ead.*, *Vulnerabilità e forme "altre" di radicalizzazione. L'echo chamber delle comunità online di odio misogino e antifemminista*, in *Notizie di Politeia*, 2019, 136, pp. 57-69. Particolarmente concentrato è l'odio misogino in una larga sezione del web detta "manosfera",

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

sarà invece il ruolo attivo di elementi apparentemente marginali – normalmente non posti sotto lo *spotlight* delle discussioni, e anzi nemmeno percepiti, in quanto parte della "cornice", ovvero del contesto strutturale entro il quale il discorso si raccoglie (il "*frame*") –, i quali, esercitando un influsso indiretto sui discorsi che supportano, finiscono per operare sulle idee e posizioni in materia, e soprattutto sul loro esarcerbarsi, con un potere tanto più intenso quanto meno sono avvertiti.

In particolare, si vorrebbe vagliare l'ipotesi che il fenomeno del dilagare dell'odio di matrice misogina espresso alcuni anni fa in un fenomeno plateale come quello del #*gamergate*, una delle prime e più paradigmatiche "*great meme wars*" dell'ultimo decennio, durato lunghi mesi di sconcertante intensità e arrivato a coinvolgere migliaia di persone, sia stato decisamente favorito proprio dall'operare di elementi strutturali specifici del mondo online, che vanno dall'imprinting impresso sulla sua struttura dalla psicologia della cultura *nerd/geek* della quale essa è filiazione – una cultura tipicamente piuttosto chiusa e reattiva rispetto all'universo femminile –, fino al contributo dato dalle attuali *information technologies*, nel loro incrociarsi con il nostro bisogno di socialità e con il modo in cui costruiamo il nostro senso di identità, all'insorgere di polarizzazioni ad alto gradiente emozionale basate sull'odio per qualcosa.

Per illustrare ed esaminare tale ipotesi sarà necessario innanzitutto ripercorrere le dinamiche di nascita e crescita del #*gamergate*, per evidenziare il peso specifico che la cultura *nerd/geek*, gelosa del suo *hortus* (rivendicativamente) *conclusus* di scienza e videogiochi, ha avuto nel farlo detonare, e per indagare i motivi che l'hanno portato a assumere immediatamente una piega misogina, al netto dei molti tentativi fatti per presentarlo solo come una moralissima lotta in nome dell'etica nel contesto del gaming.

In secondo luogo, sarà interessante analizzare anche alcune caratteristiche tendenze automatiche del nostro comportamento relazionale, per mostrare come queste vengano amplificate alla massima potenza proprio dall'influsso della declinazione online della socialità.

Come si vedrà, infatti, diversi studi, originati dai lavori sperimentali sui riflessi condizionati effettuati da Ivan Petrovič Pavlov[2] nella Russia sovietica nei primi decenni del XX secolo, hanno rilevato l'esistenza, nella nostra costituzione mentale, di tendenze irriflesse, alla luce delle quali le dinamiche interne del nostro agire e, più a fondo ancora, del nostro stesso sentire, appaiono molto meno libere, molto più vulnerabili alle pressioni della "cornice" contestuale, di quanto tradizionalmente non si supponesse[3] (con buona pace delle tante parole spese, dal Medioevo ad oggi, sul tema del libero arbitrio umano), e molto più legate di quanto non ci venga normalmente da pensare, a livello profondo, alle motivazioni che ci portano a coalizzarci entusiasticamente in movimenti di odio.

2. Dal "frame" al contenuto

Vari studiosi hanno sostenuto[4] che una delle cause prime che hanno facilitato un precoce emergere della "cultura" della misoginia nel mondo del web starebbe nel fatto che alla base della stessa creazione della tecnologia sulla quale il mondo online è stato costruito si trova quel tipo specifico di "cultura" maschile, altamente cerebrale e ipertecnologica, ma socialmente inibita (soprattutto nei confronti dell'altro sesso),

termine, divulgato a partire dal titolo del volume di Ian Ironwood *The Manosphere: A New Hope for Masculinity* (The Red Pill Press, First Kindle Edition, 2013), con il quale si identifica un ampio insieme di siti, forum e comunità online accomunati dal fatto di appoggiare una visione tradizionale della mascolinità, e di rivendicarla in maniera antifemminista, spesso apertamente sessista. Talvolta il termine viene italianizzato con i termini "uomosfera", "maschiosfera" o "androsfera".

2 I.P. Pavlov, *Conditional Reflexes,* New York, Dover Publications, 1927.

3 Tra i lavori più influenti dell'ultimo periodo in relazione al rapporto tra idee morali e automatismi, imprescindibili quelli di D. Kahnemann, *Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux Inc., 2011, e J. Haidt, *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*, New York, Pantheon Press, 2012. Molto interessanti anche le osservazioni, nate dal suo lavoro sul campo, di W. Sargant, *Battle for the Mind. A Physiology of Conversion and Brainwashing*, San Jose CA, Malor Books, 2011 (orig. 1957).

4 L. Kendall (*Hanging Out in the Virtual Pub: Masculinities and Relationships Online*, Oakland, University of California Press, 2002) ha attribuito le radici socio-culturali del web (e quindi anche i pregiudizi sessisti che vi sarebbero incorporati) alle caratteristiche della popolazione originale sulla base della quale sarebbe stato creato: maschi, bianchi, e in gran parte appartenente alla sottocultura "*geek*", per la quale le donne, così come lo status e il denaro, sono concepite semplicemente come una "ricompensa" per la capacità professionale o sociale maschile, e non come soggetti uguali, liberi e indipendenti, "da conquistare"; idee simili emergono in K. Mantilla, *Gendertrolling*, Santa Barbara, Praeger Press, 2015.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

che viene popolarmente definita come "*nerd*" (o, con un termine inteso per molti versi quasi come sinonimo, "*geek*[5])".

Secondo queste tesi, nella stessa ossatura e costruzione del mondo online, e quindi nel suo "*frame*", si troverebbero disseminati elementi che rispecchierebbero il suo essere stato concepito (in un senso di "concezione" quasi genetico) da menti maschili caratterizzate appunto da una struttura psicologica gelosamente e difensivamente *male-only*. Di questa, infatti, esso riprodurrebbe la tipica chiusura "*nerd/geek*" verso il femminile, nonché l'ostilità verso l'irruzione di questo nel proprio territorio, concepito anche come elemento caratterizzante a livello identitario.

Si tratta di una tesi interessante, che certamente impone qualche riflessione davanti all'evidenza di varie forme di discriminazione strutturale, presenti nel web, che sembrano confermare l'ipotesi che gli artefatti umani "ereditino" elementi della psicologia dei loro creatori.

In certi casi, queste asimmetrie riguardano il rapporto tra il singolo (e il suo gruppo di riferimento) e la tecnologia in questione: è tema caldo di questi anni, ad esempio, il problema dato dal fatto che, come si è visto, i sistemi di intelligenza artificiale (come quelli di riconoscimento facciale[6]), in quanto tendono a riprodurre il materiale "reale" del quale la loro intelligenza si alimenta, e quindi anche gli stessi bias e le stesse asimmetrie di valore presenti nella realtà sociale, finiscono per esprimere anch'essi output discriminanti in senso razzista e sessista[7].

In altri casi ancora, l'asimmetria del web design, e delle norme e politiche scelte, informa di sé elementi del web che sono in grado di incoraggiare indirettamente il concentrarsi entro determinate piattaforme di alcuni tipi di culture e di comportamenti, scoraggiandone implicitamente altri, e impattando così sulla stessa relazionalità, ovvero spingendo in una certa direzione (anche se non deterministicamente) il rapporto tra utenti ed utenti. Ad esempio, Adrienne Massanari[8], basandosi sulla teoria actor-network di Latour[9], ha mostrato come la struttura di *Reddit*, uno dei maggiori centri aggregativi e di social new sviluppatisi nel web, si sia rivelata estremamente funzionale non solo a favorire al massimo grado la nascita di ondate di molestie e *doxxing* dirette verso le vittime del momento, e la loro crescita e diffusione virale[10], ma anche a fungere da incubatrice senza filtri del crescere di un generale atteggiamento collettivo tossico e respingente verso le donne. Tra gli elementi di "*frame*" alla base di questo fenomeno è possibile individuare:

- la sua struttura ramificata per "nicchie" o sezioni specializzate di interesse (molto isomorfa rispetto alla mentalità *nerd/geek*);

- la facilità di creazione degli account, il loro anonimato e la conseguente deresponsabilizzazione rispetto al loro uso;

- la natura dell'algoritmo che stabilisce, quasi senza filtri, l'ordine di visibilità dei contenuti, privilegiando quelli più "forti";

- il funzionamento dei *karma points* che i redditors sono chiamati ad accumulare, coniugato con il sistema di aggregazione dei materiali tra i vari subreddit[11];

5 Come scrivono A. Salter e B. Blodgett, in *Toxic Geek Masculinity in Media. Sexism, Trolling and Identity Policing*, Cham, Springer International Publishing, 2017, p. 5, "*Geek is a contested term: it is a label that gets applied to others and historically is associated with mockery and outsider status. The term is particularly US centric, and might be understood in other contexts as nerd, fanboy or fangirl, otaku, etc. But over the last two decades it has shifted significantly to become an insider label: a self-identified term that brings with it a connection to an apparent subculture that is increasingly dominant*".

6 Centrale, al riguardo, la voce di Joy Buolamwini che, ricercatrice del MIT lab, per prima ha attirato l'attenzione sui pregiudizi codificati nell'AI e sui conseguenti risultati discriminanti per donne e etnie non bianche. Joy Buolamwini ha poi fondato, per combatterli, la *Algorithmic Justice League*.

7 J. Zou, L. Schiebinger, *AI can be sexist and racist: it's time to make it fair*, in *Nature*, 18 luglio 2018, https://www.nature.com/articles/d41586-018-05707-8.

8 A. Massanari, *#Gamergate and The Fappening: How Reddit's algorithm, governance, and culture support toxic technocultures*, in *New Media & Society*, 2015, 19/3, pp. 329-346, https://www.researchgate.net/publication/283848479_Gamergate_and_The_Fappening_How_Reddit's_algorithm_governance_and_culture_support_toxic_technocultures.

9 B. Latour, *Where are the missing masses? The sociology of a few mundane artifacts*, in W.E. Bijker and J. Law (eds.), *Shaping Technology/Building Society*, Cambridge, MA, MIT Press, 1992, 225-257; *Id.*, *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network Theory*,Oxford, Oxford University Press, 2005.

10 S. Scott parla di "spreadable misogyny" in *Fake Geek Girls. Fandom, gender, and the convergence culture industry*, New York, New York University Press, 2019, cap. 3.

11 Tale sistema, infatti, invogliando il redditor a guadagnare punti karma, lo incentiva implicitamente, per esempio, a ri-postare materiale popolare in più subreddit, e a scrivere commenti in linea con il modo di pensare dominante nella piattaforma – con prevedibili effetti di *herding*, come osservato da L. Muchnik et al., *Social Influence Bias: A Randomized Experiment*, in *Science*

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

- la policy estremamente non-interventista riguardante la moderazione dei contenuti offensivi. Tutte queste caratteristiche, messe assieme, hanno portato l'utenza a percepire la piattaforma come una roccaforte contro i limiti del politicamente corretto, catalizzandovi di conseguenza certi tipi di discorsi, alimentando forme di *trolling* al suo interno, e normalizzandone la tossicità.

In maniera analoga, anche uno dei più importanti settori della vita e dell'attività online, ovvero l'attività videoludica, è stato congegnato seguendo politiche commerciali di costruzione dell'audience non neutre, che hanno spinto anzi, quasi da subito, verso una particolare caratterizzazione della sua demografica di riferimento, identificata come maschile (come risulta da una ricerca effettuata in Europa, America e Canada, sia i produttori che i giocatori, che i personaggi della *fictio* videoludica, sono per la stragrande maggioranza maschi[12]), e particolarmente disegnata, sia nel progetto commerciale che nello stesso *game design*, proprio per rispondere direttamente alle specifiche fantasie e ai desideri di un'utenza specificatamente pensata come *nerd/geek*.

3. La cultura *nerd/geek:* vulnerabilità implicite e aggregazioni comunitarie

Tra le caratteristiche tipiche (perlomeno considerando i grandi numeri) dei soggetti appartenenti alle categorie in questione (ovviamente molto sfumate e solo tendenziali, come tutte le "categorie umane"), spiccherebbero nello specifico, accanto ad un caratteristico e percepibile impaccio sociale, il fatto di nutrire una passione accesa per la programmazione e per le tecnologie (specialmente informatiche), per fumetti, cinematografia e letteratura fantasy e fantascientifica, e per i videogiochi. In altre parole, attraverso questi termini[13] si designano soggetti che condividono, come elemento definitorio, da un lato una loro cocente marginalità sociale, derivante dalla loro non rispondenza ai criteri dettati dai canoni (piuttosto oppressivi e non inclusivi) della mascolinità egemonica, ovvero avvenenza, forza, successo sociale, sportivo e sessuale, con conseguente doloroso senso di esclusione (ai termini della distinzione tra maschili *alfa* e *beta*, loro risulterebbero essere, appunto, i *beta*, i *losers*), e d'altro lato caratteristiche di alta *expertise* e competenza tecnica che attribuiscono loro elementi di forza, ma solo nella sfera della virtualità tecnologica.

Proprio tale combinazione di sofferenza identitaria nella dimensione offline e prospettiva di riscatto nella sfera virtualmente mediata è stata perfettamente intercettata dal mercato videoludico, che ha fornito per tale tipo di utenza la riscossa perfetta: infatti, come ha affermato lo studioso dell'evoluzione del mondo dei videogiochi Graeme Kirkpatrick[14], dagli anni '80 in poi il *game design* si è progressivamente strutturato non solo come rivolto ad un mondo prettamente maschile (in quanto espressione di logica STEM[15], tradizionalmente e stereotipicamente associata con la mascolinità), ma anche sempre più come mirato a sedurre la componente più attiva e affezionata della sua demografica, quella *nerd/geek*, appun-

2013, 341, pp. 647-651. Sul meccanismo dell'*herding* rinvio a A. Verza, *Da Rawls all'era digitale: il capovolgimento di un paradigma filosofico-giuridico di giustizia*, in *Ragion Pratica*, 2024, in corso di pubblicazione.

12 Questi i risultati dell'inchiesta Gamasutra, *Gamasutra Game Salary Survey*, 2014. La rivista online è stata da poco tolta dal web, e con essa il pdf dell'inchiesta, ma vari resoconti della stessa sono ancora disponibili in altri siti come, ad esempio, in https://www.escapistmagazine.com/gamasutra-women-game-developers-earn-14-less-than-male-colleagues/.

13 Secondo *Oxford Languages* – fonte del dizionario italiano di Google – il "*nerd*" si definisce come "giovane di modesta prestanza fisica e dall'aspetto insignificante, che compensa la scarsa avvenenza e le frustrazioni che ne derivano con una passione ossessiva e una notevole inclinazione per le nuove tecnologie". Il "*geek*" invece, secondo il dizionario Sansoni di inglese è, secondo un primo significato, un "imbranato" e, in secondo luogo, un "appassionato di informatica e di Internet" (https://dizionari.corriere.it/dizionario_inglese/Inglese/G/geek.shtml).

14 G. Kirkpatrick, *Making Games Normal: Computer Gaming Discourse in the 1980s*, in *New Media & Society*, 2016, 8(18), pp. 1439-1454; *How Gaming Became Sexist: A Study of UK Gaming Magazines 1981-1995, in Media, Culture & Society*, 2017, 39(4), pp. 453-468.

15 Come ha scritto T. Lien, *No Girls Allowed. Unraveling the Story Behind the Stereotype of Video Games Being for Boys*, in *Polygon*, 2013, https://www.polygon.com/features/2013/12/2/5143856/no-girls-allowed, questa caratterizzazione discende a sua volta dalla pervasività degli stereotipi che, avendo tenuto le donne distanti dalle materie STEM, hanno fatto sì che gli sviluppatori fossero pressoché solo maschi. Cfr. anche A. Cote, *Writing "Gamers": The Gendered Construction of Gamer Identity in Nintendo Power (1994-1999)*, in *Games and Culture*, 2018, 13(5), pp. 1-25, a pp. 3-5. Basti considerare, del resto, che la console portatile più famosa prodotta a cavallo del millennio, sogno di tutti i ragazzini dell'epoca, si chiamava nientemeno che "*Game Boy*".

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

to, e a farlo costruendosi in risposta alla vulnerabilità di partenza di questo gruppo, enfatizzando tutti gli elementi che avrebbero risposto alle ansie e ai desideri dell'audience cui aveva deciso di rivolgersi.

Terra promessa via via adattata per permettere riscatti identitari nel mondo dell'egemonia maschile (complici modelli vincenti come Bill Gates e Steve Jobs), e secondo gli stessi criteri di questa, l'universo del gaming è venuto quindi a costruirsi, e progressivamente a svilupparsi, in modo da incastrarsi perfettamente con tale identità, ovvero in modo da assecondare per i giocatori, nella protesi virtuale dei mondi videoludici loro offerti[16], il desiderio di assurgere finalmente all'ambìto status *alfa* di "vincitori" in universi virtuali capaci di riflettere quegli stessi valori di forza, attrattività sessuale, maschilità prorompente (secondo i canoni classici, qui non criticati ma, al contrario, esaltati) tanto invidiati ma non raggiunti nella vita offline. La stessa progressione tra i livelli del gioco ha finito per incorporare ciò, venendo comunemente espressa in termini di progressiva virilizzazione del giocatore vincente, con la correlativa de-virilizzazione, anche graficamente enfatizzata, dei perdenti.

Così, mentre i videogiochi (salvo alcune eccezioni, come quelle costituite dai videogiochi specifici per ragazze, colorati di rosa e viola, che, per differenza, confermavano la regola) venivano a incorporare definitivamente elementi di aggressività (i combattimenti ne costituiscono ancora un elemento centrale), di eroismo, e di iper-performance fisica, i caratteri femminili in essi presenti, dai corpi immancabilmente iper-sessualizzati[17], venivano complementarmente proposti come trofeo e ricompensa per i vincitori.

Contemporaneamente, il marketing dell'industria videoludica stessa è andato sottolineando e vantando sempre più, come elemento "virtuoso" e di impatto dei suoi prodotti, la capacità non solo immersiva ma anche "dopante" dei videogiochi proposti, implicando con ciò anche l'accostamento ad un ulteriore elemento di (pretesa) de-infantilizzante, "virile" trasgressività.

È così che il mondo videoludico, territorio di rivalsa da colonizzare e custodire gelosamente, è venuto a raccogliere, sotto il proprio ombrello, all'interno del più ampio insieme dei giocatori "ricreazionali", anche una community di soggetti particolarmente legati, in senso identitario, proprio da una orgogliosa auto-identificazione in tale universo.

Tale comunità, capace di fornire ai propri adepti forme nuove di prestigio collettivamente riconosciute, "di nicchia", e distribuita in diverse sotto-comunità di giocatori dai caratteri simili, è venuta di conseguenza a costituirsi come *fandom* esclusiva, composta solo da giocatori capaci di provare di essere "sul serio" meritevoli di tale status secondo la stessa logica che vale per l'ambita mascolinità *alfa*.

Come insegna la classica analisi durkheimiana, ogni comunità – e quindi anche questa – si costruisce e aggrega attorno alle proprie regole, al proprio linguaggio, ai propri criteri di appartenenza e ai propri "totem" identitari (qui riferiti ai diversi universi di gioco, alle loro narrative e all'eccellenza nelle tecniche di gioco), tutti elementi collettori e accomunanti del gruppo, dotati – come avviene in genere per i simboli di ogni comunità – di una valenza "sacrale" e operanti in funzione di geloso *gate keeping* identitario. Infatti, per mantenere lo status di appartenenza viene richiesto ai membri il mantenimento di un elevato livello di conoscenza e competenza riferita a tali universi simbolici: potersi qualificare come vero *gamer* (distinguendosi dal giocatore casuale[18], o da chi finge di esserlo – come nel caso del "*poser*" o, ancor peggio, dell'"*attention whore*", che finge competenza solo per estorcere un'immeritata attenzione) richiede, insomma, la padronanza di *shibboleth* identitarie che solo il vero "fan" possiede.

Al contempo e correlativamente, anche il mantenimento di uno status all'interno di tale community esclusiva richiede – in maniera tanto maggiore quanto più questa è caricata di un valore di riscatto identitario – quella leale affezione e adesione, anche attivamente espressa e performativamente messa in scena[19], che solo un vero "fan" riesce a garantire.

Il termine "fan", del resto, deriva, significativamente, dalla versione inglese di "fanatico", a sua volta etimologicamente associata alla sacralità misterico-religiosa del termine latino "*fanum*", indicante appunto un luogo sacro come il tempio, da un lato cuore simbolico e catalizzante delle comunità, e

16 Geniale, in rappresentazione di ciò, la prima puntata della quarta stagione della serie *Black Mirror*, ideata da Charlie Brook, intitolata *USRR Callister*, diretta da Toby Haynes.

17 Cfr. G. Kirkpatrick, *Making Games Normal*, cit.; *How Gaming Became Sexist*, cit.

18 ChristianDevilChry, *Casual Gamer VS Pro Gamer: La battaglia eterna riflesso di una società mutevole* in *Videogiochitalia,com*, 23 dicembre 2019, https://videogiochitalia.it/game-news/casual-gamer-vs-pro-gamer-la-battaglia-eterna-riflesso-di-una-societa-mutevole/.

19 Su tale dinamica, essenziali sono gli studi di Erving Goffman e, in generale, della corrente sociologica dell'interazionismo simbolico. Come ha sostenuto C. Volpato in *Psicosociologia del maschilismo* (Roma-Bari, Laterza, 2013), il processo di consolidamento di un'appartenenza porta stereotipi che, inizialmente stereotipicamente descrittivi, finiscono per essere considerati prescrittivi.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

dall'altro terreno proibito per i profani[20] (come ricorda il "*procul este profani*" di virgiliana memoria che, scolpito presso l'entrata di molti templi antichi e di chiese, appare ancora oggi come evidenza scolpita dello stretto legame tra sacralizzazione e presidio delle porte di accesso, in favore dei soli iniziati). Perciò, il termine ben si presta anche etimologicamente ad illustrare la dinamica, a fondo scandagliata dalla sociologia di Durkheim e della sua scuola, che lega i meccanismi di costruzione, mantenimento e *gate keeping* di un gruppo sociale (specialmente in contesti in cui tali gruppi si sentono minacciati, dall'esterno o dall'interno) alla sacralizzazione dei suoi elementi identitari, e al correlativo scatenarsi di forti pulsioni reattive nell'eventualità di una loro violazione[21].

Dunque, anche l'appartenenza ad una identità e comunità *fandom* richiede la certificazione data dalle correlative prove di reale e totale abnegazione che, in funzione di *gate keeping*, servono a distinguere rigorosamente il dentro dal fuori, e a guadagnare finalmente, per chi supera il test per tale via, il riscatto dato dal raggiungimento dell'ambito status *alfa* egemone. Status che però, come vuole la sua stessa definizione:

– implicherà, come in tutti i fenomeni nei quali la posta in gioco è la salvaguardia di elementi identitari, lo scatenarsi di reazioni collettive violente[22] contro tutto ciò che potrebbe minacciare la tenuta di tale equilibrio (essendo poi l'appartenenza a tali gruppi vissuta come terreno di riabilitazione, riscossa e rivincita rispetto alla marginalizzazione sociale, ancor maggiore sarà per questi la spinta all'attaccamento dimostrativo agli elementi identificativi della stessa);

– richiederà, per la sua validazione definitiva, l'identificazione di altre identità di "*losers*" poste al di sotto – identità tradizionalmente non privilegiate, come quelle non bianche, o LGBTQIA+, ma soprattutto (anche per la vastità numerica dell'universo di riferimento) identità femminili.

A suggello di ciò, dunque, un diffuso atteggiamento di gelosa chiusura sarà chiamato a proteggere questo mondo tutto razionale e maschile rispetto ad una presenza femminile avvertita come aliena e incomprensibile, minacciosa e destrutturante, e quindi oggetto di infastidito timore, se non di risentito e reattivo evitamento[23] davanti alla sua pericolosa invadenza di campo.

E infatti, se il linguaggio, con le sue specificità, costituisce normalmente uno degli elementi identitari più potenti per ogni gruppo, una caratteristica del linguaggio delle comunità *fandom* dei videogiocatori sta proprio nell'adozione, come ulteriore elemento di *gate keeping*, di un tipico codice di "*thrash talk*[24]" disinvoltamente infarcito di violenti elementi razzisti, omofobici e soprattutto sessisti. Questo codice non sarà solo volto a tener al di fuori dalla community chi non vi si adegua, ma sarà anche prescrittivamente tale, di converso, da radicare nei membri di tali gruppi, come elemento di riaffermazione della gerarchia ambita e ritrovata, la fissazione ideologica di un pensiero misogino che, certamente già errante[25] nelle identità *nerd*/*geek*, finirà così per imporsi nel gruppo come elemento di caratterizzazione identitaria aggregante, sottratto, per ciò stesso, alla rimessa in discussione.

20 Su questo, oltre ai classici studi di Durkheim, interessanti anche i rilievi di Viktor Klemperer sulla valenza del fanatismo come garanzia di lealtà identitaria in un'epoca di totalitarismo come quella nazista: V. Klemperer, *LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, Firenze, Giuntina, 1998. Ringrazio Claudio Luzzati per avermi fatto conoscere il valore di tale testo.

21 È. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di comunità, 1996.

22 Fondamentali, sul tema, i più classici studi sulle "cacce alle streghe" compiuti da K. Erikson in *Wayward Puritans: A Study in the Sociology of Deviance*, New York, John Wiley, 1966, e da A. Bergesen in *Social Control and Corporate Organisation: A Durkheimian Perspective*, in Donald Black (ed.), *Toward a General Theory of Social Control*, vol. II, New York, Academic Press, 1984.

23 B. DiSalvo ha parlato, in proposito, di *digital boyhood* in *Gaming Masculinity. Constructing Masculinity with Video Games*, in Y.B. Kafai, G.T. Richard, e B.M. Tynes, (a cura di): *Diversifying Barbie and Mortal Kombat. Intersectional perspectives and inclusive designs in gaming*, Pittsburgh (USA), Carnegie Mellon – ETC Press.

24 M. Droumeva, *From Sirens to Cyborgs: The Media Politics of the Female Voice in Games and Game Cultures*, in K.L. Gray, G. Voorhees, e E. Vossen (a cura di), *Feminism in Play*, London, Palgrave Macmillan, 2018; E. Vossen, *The Magic Circle and Consent in Gaming Practices*, in K.L. Gray, G. Voorhees, e E. Vossen (a cura di), *Feminism in Play*, 2018, cit.

25 Se la definizione delle culture *nerd* e *geek* risulta essere, insomma, costruita su stereotipi (ben divulgati e finanche spettacolarizzati anche in serie televisive di gran successo come *The Big Bang Theory*, o in film come *Ready Player One* di Steven Spielberg), anche l'ideologia dei loro membri appare, a sua volta, nutrita di stereotipi (in questo caso, quelli negativi sulle donne).

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

4. Il *#gamergate* come moto di affermazione identitaria

Alla luce di queste osservazioni, non appare forse casuale il fatto che la prima vera e propria guerra virtuale contro la presenza femminile online, ove la misoginia si è esternata toccando vette impensabili sia per intensità che per vastità della platea interessata, abbia riguardato proprio il rapporto tra le donne e il terreno identitariamente connotato del gaming[26].

Infatti, al di là dell'immediato apparire nel web di forme "individuali" di espressione misogina (come è stato il caso della pubblicazione, già nel 1993, di un testo su un'ipotesi di stupro nel cyberspazio[27]), la cultura della misoginia è presto apparsa nel web anche come fenomeno collettivo, comunicativo, aggregante e addirittura rivendicativo, esternandosi in maniera plateale in occasione del movimento noto come "#*gamergate*", un'imponente ondata di attacchi che, diretti inizialmente contro una specifica *game developer*, Zoe Queen[28], hanno finito per aggredire violentemente, più in generale, il preteso "inquinamento", da parte dello sguardo e della presenza femminile, del mondo *nerd*/*geek* del videogaming.

Esploso online (con pesanti conseguenze per le sue vittime) verso la metà del decennio scorso, il #*gamergate* ha costituito (secondo un meme circolante) la prima *Great Meme War*[29] di internet – a sostegno della tesi che vede nell'ambito del gaming non solo un contesto ludico ma, più propriamente, un territorio simbolico, dotato di schemi narrativi specifici legati biunivocamente alla caratteristica identità che in esso si rispecchia, e che esso riflette[30].

Come ben racconta Lupetti[31], tutto era partito dal fatto che nel 2014 la sviluppatrice Zoe Quinn aveva progettato, e sottoposto alla valutazione della comunità, nella piattaforma *Steam Greenlight*, un videogioco "serio", sul tema della depressione (*Depression Quest*). Il videogioco, proprio per la sua sentimentale lontananza dagli stilemi più tipici del gaming, era stato molto criticato nella piattaforma; fra l'altro, erano a quel punto già partite su un'altra piattaforma (*Wizardchan*) varie ondate di recriminazioni contro la Quinn, motivate dal fatto che la stessa, in quanto naturalmente dotata dei privilegi di scelta sessuale di cui tutte le donne godrebbero, non avrebbe avuto alcun diritto di parlare di depressione[32].

Tuttavia, nel periodo successivo, l'impatto emotivo suscitato dal suicidio (per depressione, si è detto) dell'amatissimo attore Robin Williams sensibilizzò fortemente sul tema, inducendo, con un colpo di scena, ad un accoglimento del videogioco che lasciò spiazzati tutti coloro che l'avevano coralmente criticato. A quel punto, il giorno 16 agosto 2016 l'ex fidanzato della Quinn, Eron Gjon, mise online un post (*The Zoe Post*) sui tradimenti sessuali della donna, volto a seminare l'idea che la stessa si fosse "venduta" al giornalismo specializzato (nello specifico, il riferimento andava alla rivista specializzata *Kotaku*) per far approvare il suo videogioco.

Fu questa la scintilla che fece detonare la situazione, catalizzando sotto lo slogan della "trasparenza etica nell'industria del gaming" tutto un profondo sottobosco di risentimento nutrito contro l'invasione della presenza delle donne in un ambito – sviluppatosi come identitariamente significativo, roccaforte di una cultura risentitamente difensiva nei confronti della componente femminile – che doveva preservarsi al sicuro dall'invadenza del suo sguardo, assieme, più in generale, ad un'utenza infastidita dalle rivendicazioni di giustizia sociale raccolte sotto la definizione-ombrello antagonista del "*social justice warriorism*" del quale il sentimentalismo del videogioco della Queen appariva essere espressione[33].

Come scrisse Angela Nagle, l'ondata del #*gamergate*, resa in tal modo forte dall'invocazione di un pretesto etico, raggiunse da quel punto in poi picchi accesissimi di intensità emotiva, caratterizzati da espressioni di odio "paragonabili solo a quelle normalmente sollevate da casi di infanticidio o genocidio[34]", al punto che persino il fondatore di 4chan (una *imageboard* che già non brillava per la correttezza

26 A. Lolli, *La guerra dei meme. Fenomenologia di uno scherzo infinito*, Firenze, effequ, 2020 (2017), cap. IV.

27 J. Dibbell, *A Rape in Cyberspace: or How an Evil Clown, a Haitian Trickster Spirit, Two Wizards and a Cast of Thousands Turned a Database into a Society*, in *The Village Voice*, 21 dicembre 1993, pp. 26-42.

28 Termine coniato da Adam Baldwin, personaggio noto nell'ambito del gaming.

29 A. Lolli, *La guerra dei meme*, cit., p. 140.

30 R. Carradore e T. Pirola, *Gamer/girl: strategie di negoziazione della femminilità nel campo videoludico di Twitch Italia*, in *Sociologia della comunicazione*, 2022, 63, pp. 111-130.

31 M. Lupetti, *Lə videogiocatorə sono state le cavie della grande radicalizzazione che ha portato all'assalto di Capitol Hill*, in *Dinamopress*, 7 febbraio 2021.

32 *Id.*, *Lə videogiocatorə sono state le cavie…*, cit., 2.

33 A. Nagle, *Kill All Normies. Online Culture Wars from 4chan and Tumblr and the Alt-Right*, Winchester, Zero Books, 2017, p. 21.

34 *Ead.*, *Kill All Normies*, cit., p. 19.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

dei contenuti postati) decise di bandire la discussione dal canale, portando gli attivisti della stessa a spostarla sul più libero 8chan.

Durante il *gamergate*, dunque, sulle popolarissime *imageboards* di 4chan prima, e di 8chan in seguito, non solo Zoe Quinn (definita come "*attention whore*" e con altri epiteti infamanti), ma anche molte altre donne in vario modo collegate all'ambiente del gaming, vennero prese di mira, con *doxxing* di massa, attacchi informatici, insulti a sfondo sessuale, minacce di stupro e minacce di morte.

In particolare, molto violenti furono gli attacchi diretti contro un'altra sviluppatrice di videogiochi, Brianna Wu, contro le critiche Katherine Cross e Mattie Brice, contro lo sviluppatore Phil Fish e la giornalista Jenn Frank – che si ritirarono dal mestiere –, e contro la critica femminista Anita Sarkeesian, autrice della serie youtube *Tropes v. Women in Videogames* dedicata all'analisi del sessismo nei videogiochi[35]. Un'arma specifica utilizzata in tale "guerra" fu quella del meme, ovvero l'utilizzo di immagini corredate da testi volti a combattere il fronte "nemico" gettando scherno sulle sue posizioni (nonché, personalmente, sui suoi protagonisti) con l'ausilio dell'immediatezza iconografica, sollecitando, al contempo, il superiore divertimento aggregante della risata beffarda all'interno del proprio fronte[36].

La "grande guerra a colpi di meme" aveva così prodotto due fronti contrapposti. Il primo fronte, nella frenesia del contro-call-out correttivo[37] che andava invocando, mirava a distruggere e schiacciare l'atteggiamento "femminista" che avrebbe preteso di correggere "politicamente" il sessismo dell'immaginario *nerd/geek* proiettato nei videogiochi, e che, come avrebbe dimostrato la (falsa) vicenda di Zoe Quinn, stava arrivando a condizionare a proprio favore, attraverso un lavoro "sporco" di lobbying e manipolazione, le riviste e i vari media di settore.

Tale bellicosa virulenza produsse da sé, naturalmente, un fronte contrapposto altrettanto schierato contro il primo, volto a denunciare, specularmente ma su un diverso piano, la misoginia e tossicità dell'ambiente videoludico: lo stesso #*gamergate* stava infatti dimostrando per fatti concludenti la veridicità delle tesi critiche che esso combatteva[38].

Da un lato, così, questa ondata generò una contro-ondata diametralmente opposta per la quale gli eccessi difensivi del *gamergate* costituivano la smentita fattuale della pretesa che si trattasse solo di "*ethics in gaming journalism*": la violenza appassionata degli attacchi mossi contro le sviluppatrici, anzi, forniva la dimostrazione della fondatezza delle analisi proposte dalla Sarkeesian e da altri.

Al contempo, però, tale appassionata reazione alla reazione fu colta analogamente dall'altra parte, agli occhi della quale le innumerevoli alzate di scudi e i tanti articoli sorti a condanna del #*gamergate* venivano a costituire proprio la conferma delle loro tesi di connivenza tra il giornalismo e l'agenda "femminista" (e, più in generale, dei movimenti di giustizia sociale)[39], oltre che la dimostrazione di come e quanto il vittimismo strategico femminista venisse sapientemente usato come volano, allo scopo di esercitare sull'industria dei videogiochi un controllo di "correttezza" ai sensi della visione femminista delle cose. E così, mentre testate giornalistiche che avevano ospitato articoli critici nei confronti della campagna #*gamergate* venivano rese oggetto di *mail bombing* finalizzate a far licenziare gli autori di tali articoli[40], parallelamente venivano colpiti personalmente anche gli autori di lavori accademici che avevano osato confrontarsi col tema.

Rovesciamento su rovesciamento, non mancò nemmeno la mossa data dalla creazione, a sostegno della parte che portava avanti il #*gamergate*, di un'immagine "memica" posta a fungere da rappresentante del "partito" antifemminista del #*gamergate*: con un geniale e spiazzante ribaltamento di prospet-

35 La Sarkeesian, in particolare, aveva lanciato un crowdfunding su *kickstarter* che aveva avuto successo proprio per reazione contro le molestie da lei subite. Ma proprio tale successo avrebbe poi generato una seconda risentita ondata di molestie dirette contro di lei.

36 G. Rizzi, *I meme di internet, guida introduttiva*, Amazon book, 2019.

37 A. Lolli, *La guerra dei meme*, cit., p. 141.

38 Analogamente, scandalo e polemiche vennero sollevate anche successivamente, quando nel 2017 vennero aggiunte donne soldato al gioco *Call of Duty*.

39 Come sottolinea Lupetti (*Lə videogiocatorə sono state le cavie…*, cit.) a ciò si aggiunse, in certi ambiti, anche una pervicace convinzione di stampo complottista per la quale tali articoli simpatetici verso le "femministe" e sordi alla rivendicazione dell'etica nel giornalismo sul gaming sarebbero stati finanziati dalla "Gates Foundation" di Bill Gates.

40 E in alcuni casi riuscirono a imporre la loro versione del #*gamergate* come lotta «etica» presso le testate specializzate nel gaming: come racconta Lupetti (*Lə videogiocatorə sono state le cavie…*), nel 2016 la Nintendo, ad esempio, ha licenziato Alison Rapp, accusata dal #*gamergate* di aver ridotto la sessualizzazione dei personaggi femminili nella trasposizione occidentale di alcuni videogiochi giapponesi, e nel 2018 ArenaNet ha licenziato Jessica Price e Peter Fries per aver risposto a tono alle provocazioni di uno youtuber. Dal canto suo, Play-Asia si è proposta come strumento per superare la censura imposta in Occidente dalle femministe, mostrando così esplicitamente di aderire alla visione delle cose promossa dal fronte #*gamergate*.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

tiva, per tale immagine-simbolo fu scelto il disegno di una *ragazza* gamer, Vivian James[41], una figura che, in quanto femminilmente connotata, poteva, attraverso l'immediatezza estetica dell'immagine, dare al proprio esplicito antifemminismo una patente di maggiore ponderatezza e imparzialità[42].

Così, nella progressiva ed esponenziale crescita dell'ondata di odio misogino cui questo caso accidentale aveva dato l'innesco, questa finì per scatenarsi direttamente e generalmente contro il "femminismo ipocrita", la disturbante ideologia della parità dei sessi alla base del caso, che metteva pericolosamente in discussione l'associazione tra la "forza" e competenza nel gioco e le nuove modalità di mascolinità egemone appena affermate nella terra promessa appena riscattata, pretendendo di aprire alle donne il mondo degli eroismi videoludici e negando così la riproduzione, sul piano virtuale, dei più classici e ambiti privilegi maschili in tema di posizionamento nella gerarchia sociale.

5. Il *#gamergate* come paradigma delle dinamiche di tribalizzazione e polarizzazione ideologica

Come oggi ben sappiamo grazie ai lavori di autori come Daniel Kahnemann, Jonathan Haidt e Joshua Greene[43], non tutte le nostre prese di posizione sono frutto di una libera scelta ponderata e veramente nostra, né è sempre possibile considerare l'intensità della passione con cui viviamo una certa causa come termometro affidabile del reale valore che questa riveste per noi.

Come le moderne neuroscienze ci hanno rivelato, anzi, buona parte delle nostre espressioni di emozione morale (rabbie, paure, fanatismi) nascono da automatismi su base emotiva, che un lungo percorso evolutivo ha incistato nel nostro cervello, predisponendoci a reazioni immediate, irriflesse e istintuali davanti a tutto ciò che può sembrare minacciare la sopravvivenza nostra o del nostro gruppo. Questo, a fronte di valutazioni velocissime e "impressionistiche", anzi: la scienza ci dice che più veloce sarà la considerazione dello stimolo di "disturbo", e parimenti più sarà immersa questa reazione in un contesto di stress e di pressione, più automatica e meno ponderata sarà la risposta fornita dal nostro sistema emotivo.

In particolare, forti automatismi si mettono in moto quando a essere sollecitato è il "pulsante tribalistico", quello che si attiva a fronte dello spostamento delle questioni di coscienza da un "*frame*" personale e individuale ad uno di gruppo – o, meglio, di confronto intergruppo –, nel quale è lo stesso impostarsi della dinamica "noi /gli altri" a scatenare meccanismi altri e forti passioni.

Già negli anni '60 del secolo scorso lo psicologo polacco Henry Tajfel, nell'ambito di una serie di esperimenti[44] condotti sulle dinamiche che si mettono in moto entrando in un "*frame*" collettivo, aveva osservato come il semplice passaggio alla dimensione del gruppo, e ancor più a quella relativa alla contrapposizione tra gruppi, fosse in sé sufficiente a inibire il pensiero individuale dei partecipanti in favore della narrativa condivisa, e a deviare il loro comportamento in modo da favorire i membri della propria coalizione. Questo, in una maniera totalmente cieca ad ogni tipo di argomento e informazione che potesse mettere in discussione il punto di vista del proprio gruppo. Tajfel osservò anche un altro elemento interessante: che tale sprofondamento "partigiano" nella logica del gruppo veniva, al contempo, vissuto come profondamente *piacevole* per i partecipanti.

Ora, se è vero che ogni tipo di conflitto tra gruppi, reale o percepito che sia, risveglia nel nostro cervello arcaico l'attivarsi di una modalità tribalistica, accompagnata da forti passioni ulteriormente rafforzate da quella forma di piacere entusiasta individuata da Tajfel, è interessante osservare che, quando tali dinamiche si dispiegano online, gli automatismi tribali non vengono neppure frenati dalle innumerevoli frizioni (di immagine, di legame, di simpatia empatica prodotta dall'azione dei neuroni specchio)

41 https://knowyourmeme.com/memes/vivian-james

42 In realtà tale immagine, vero e proprio meme con più stradi di decodifica, nascondeva al suo interno tutta una serie di "*easter eggs*", ovvero di rimandi simbolici all'universo delle discussioni nate su 4chan, nascoste nei colori ed elementi dei vestiti e accessori di Vivian James (come il cerchietto, i colori della felpa, ecc).

43 D. Kahnemann, *Thinking, Fast and Slow*, cit.; J. Haidt, *The Righteous Mind*, cit., J.D. Greene, *Moral Tribes*: *Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them*, Atlantic Books, London.

44 Chiamati "*Minimal Group Paradygm*". Per andare a osservare il fenomeno nella sua forma più pura, definì egli stesso due gruppi sulla base del lancio di una moneta: lo studio è commentato in G. Lukianoff and J. Haidt, *The Coddling of the American Mind. How Good Intentions and Bad Ideas are Setting Up a Generation for Failure*, London, Penguin Books, 2018, pp. 57-59.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

che invece, agendo nel mondo offline, portano generalmente a mitigare la virulenza di queste prese di posizione.

Nel contesto virtuale, infatti, alla carenza degli stimoli e contatti normalmente prodotti dalla complessità selvaggia del reale, si supplisce con una virtualizzazione più fragile e rarefatta dei legami di appartenenza, che trovano collante essenzialmente, ancor più di quanto accada nelle condizioni classiche, nell'attaccamento alla valenza simbolica dei totem identificativi del gruppo (come idee, posizionamenti ideologici, immagini), e nella partecipazione alle correlative reattività volte a difendere, a pena del crollo dei riferimenti identitari legati alla propria membership, il cuore e i confini del territorio del gruppo stesso.

Il fenomeno appena esaminato del #*gamergate*, con lo tsunami di odio feroce che ad esso si è associato, si presta molto bene a fungere da esempio del modo in cui funzionano le dinamiche di compattazione ideologica e di radicalizzazione delle idee, quando queste nascono nel seno di aggregazioni comunitarie nate nel contesto del mondo virtuale. Come si è visto in questa vicenda, il compattamento agguerrito a difesa dell'identità di gruppo, già di per sé suscettibile, anche nella vita offline, di attivazione automatica, trasposto in una dimensione online priva di freni "concreti" è arrivato a scalare in tempi velocissimi le tappe di una progressione di violenza e di un desiderio di annientamento del "nemico" estremi, giungendo presto fino all'acme rappresentato dalle minacce di morte rimbalzate in maniera corale contro le vittime/nemiche di un irato cybermob di dimensioni colossali[45].

Se la mancanza di elementi di freno già di per sé costituisce un fattore capace di aumentare la reattività immediata degli automatismi tribalistici cui siamo per natura propensi, un altro elemento "di cornice" proprio della dimensione online, capace di magnificare l'intensità e la velocità di tale scatenamento passionale, sta nel fatto che la comunicazione che avviene nel mondo virtuale non solo si svolge in maniera tanto rapida da non lasciare tempo per una riflessione veramente ponderata (il nostro scrivere e leggere online avviene comunemente in maniera velocissima) ma si realizza, in grandissima parte, attraverso l'uso di immagini, poste accanto alle parole e spesso ancor più determinanti di queste nel definire il colore e l'intensità dell'emozione che la comunicazione produrrà: sono proprio le immagini, infatti, ciò che più alimenta la dimensione emozionale del nostro cervello, quella che si scarica poi in schemi di comportamento legati a riflessi condizionati (mentre il cervello cognitivo usa il linguaggio, e anzi è proprio grazie al linguaggio che si sviluppa).

Rilevante, in proposito, è per l'appunto il fatto che il tipo più diffuso e peculiare di comunicazione che si svolge online – e anzi, proprio quello più usato nell'ambito del #*gamergate*, non a caso definito la prima grande "*meme war*" – è quello che fa uso dello strumento del meme. Anche la stessa comunicazione memetica, infatti, nella sua velocità e capacità di trascinamento emozionale, coopera nello suscitare associazioni immediate e reattive, e risposte passionalmente cariche, rivolgendosi alle emozioni molto più di quanto normalmente si possa fare utilizzando, invece, argomentazioni logiche. Inoltre – come si è visto discutendo l'utilizzo dell'immagine memetica di Vivian James –, la presenza nel meme di più strati di rimandi simbolici, che sfidano ad una decodifica di cui solo i veri adepti alla community saranno capaci, contribuirà ulteriormente a evidenziare i legami di comunità tra chi possiede le relative chiavi interpretative, in contrapposizione con chi non comprende tale linguaggio simbolico, aggiungendo così alimento alla logica del confronto tribalistico[46].

6. Dallo scatenamento impulsivo dell'aggressività tribalistica alla radicalizzazione del pensiero

Se gli studi sopra citati hanno mostrato quanto la nostra costituzione emozionale e mentale ci predisponga a subire l'effetto di "molle" naturali che associano, alla nostra aggregazione in gruppi, tendenziali moti automatici di contrapposizione difensiva rispetto a tutto ciò che può rappresentare una minaccia per il nostro gruppo, altri studi ancora hanno messo in luce un altro tipo di deriva, la quale potrebbe anch'essa gettare luce sul ruolo giocato dal contesto nello scatenarsi del fenomeno #*gamergate*. Si tratta, in questo caso, di comprendere l'influenza esercitata dal contesto virtuale sulla radicalizzazio-

45 Anche in relazione a ciò mi senti di suggerire, come perfetto rimando cinematografico, la visione di un episodio della serie *Black Mirror*, e nello specifico "*Hated in the Nation*", il sesto della terza stagione, che sembra tra l'altro voler rievocare, in relazione ai cybermobs, la suggestiva immagine dello "sciame" digitale tanto cara a Byung-Chul Han (B.-C. Han, *Nello sciame*, Roma, nottetempo, 2015 (2013)).

46 Il linguaggio, simbolico per natura, assieme ai vari altri simboli tribali, è da sempre uno dei marcatori dei confini del gruppo.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

ne delle idee in gioco, la quale si è da subito manifestata, come visto, in una polarizzazione netta, nella quale le idee dell'altra parte venivano costantemente lette solo a riprova delle proprie, portando così alla trasformazione di ciò che poteva costituire un confronto in vera e propria "guerra" (come il #*gamergate* è stato definito)[47].

Questo aspetto appare ancor più rilevante quando, come nel caso, sopra esaminato, delle comunità *nerd/geek*, l'esigenza di aggregazione comunitaria online si pone come via di fuga e di riabilitazione per identità che, in quanto marcate da una vulnerabilità di partenza, già presentano una marcata suscettibilità di declinarsi in termini radicali.

Dagli studi di Ivan Petrovič Pavlov[48] sono risultate, già un secolo fa circa, interessanti conclusioni in merito all'esistenza di una tendenza, decisamente osservabile, verso un'evoluzione in senso radicalizzante delle proprie posizioni ideologiche, comunemente osservabile in soggetti posti in una situazione di partenza di stress e sofferenza. Pavlov, in particolare, aveva osservato che processi di fissazione e radicalizzazione di nuove idee si realizzavano normalmente in contesti in cui i soggetti si trovavano inizialmente sottoposti all'una o all'altra di quattro possibili forme di stress:

- stress da *dolore,* fisico, o psicologico;

- stress *temporale,* dato dalla pressione, e dall'ansia (negli esperimenti pavloviani sui cani, questo era indotto aumentando i tempi di attesa del cibo);

- stress da *confusione* e senso di perdita di controllo (situazione che Pavlov creava immettendo segnali confondenti in merito all'erogazione del cibo);

- stress da *disordini fisiologici,* non solo dovuti a cause fisiche, ma anche, per esempio, a condizioni di rabbia ed eccitazione portate all'eccesso (una condizione che, negli studi di Pavlov, si creò naturalmente durante un episodio di alluvione verificatosi nella città di Leningrado, durante il quale i suoi cani scamparono alla morte per un soffio).

Come Pavlov aveva già allora compreso, tutte queste forme di stress agiscono negativamente, inducendo una disorganizzazione del cervello alla quale il sistema mentale inizialmente reagisce alzando una forma di inibizione protettiva dalla quale, qualora l'ambiente fornisca un'ancora di salvataggio data da nuove idee "salvagente", esso esce, fissandosi con fanatismo entusiasta su queste.

Da queste scoperte di Pavlov hanno preso poi piede vari studi sui diversi elementi, anche fisiologici e di contesto ambientale, che favoriscono i processi di radicalizzazione, come quelli compiuti da William Sargant[49] che, nella prima metà del secolo scorso, ha passato in rassegna i molteplici tipi di processi religiosi e politici di conversione fanatizzante e di lavaggio del cervello (dai riti misterici antichi fino alle tecniche usate nell'ambito dei movimenti religiosi revivalisti e ai rituali di confessione di gruppo dei regimi dittatoriali del Novecento), tutti accomunati da una fissazione delle idee accompagnata da ardore, passione, ed eccitamento nella difesa di posizioni rese irrigidite dall'investimento emozionale con cui erano accompagnate.

L'operare di tali automatismi tendenziali è stato ulteriormente scandagliato e compreso attraverso gli studi sperimentali effettuati da Burrhus Skinner[50] nella seconda metà del XX secolo: il lavoro di Skinner, che partiva proprio dalle basi fornite dagli studi pavloviani sul nesso automatico di stimolo e risposta per indagare in maniera più capillare la possibilità di produrre reazioni condizionate, ci ha fornito tutta una serie di conoscenze sul "condizionamento operante", ovvero sulla possibilità di *creare* automatismi *ad hoc* agendo sul soggetto tramite rinforzi.

Volendo riportare le osservazioni pavloviane sugli stati che facilitano la conversione delle idee in senso radicalizzante (e quindi fanatizzante) alle caratteristiche "di cornice" del mondo online, con particolare riferimento al caso studiato, possiamo osservare come le quattro condizioni indicate appaiano per lo più tutte virtualmente presenti in contemporanea.

Innanzitutto, infatti, lo stress da *dolore*, inteso come dolore psicologico, è riscontrabile, nel caso sopra studiato della popolazione *nerd/geek*, nella condizione di vulnerabilità iniziale di questi soggetti, data dalla loro auto-attribuita, o percepita, condizione di "*losers*" nel mondo offline. In secondo luogo,

47 Cfr. C. Sunstein, *#Republic. La democrazia all'epoca dei social media*, Bologna, il Mulino, 2017, p. 89: "L'espressione "polarizzazione dei gruppi si riferisce a un meccanismo semplice: dopo aver sostenuto un dibattito, le persone tendono ad abbracciare le versioni estreme delle posizioni che avevano precedentemente. Per quanto riguarda Internet e i social media, questo significa che i gruppi di persone che appartengono alla stessa area ideologica, al termine di una discussione interna, finiranno per pensare la stessa cosa che pensavano prima, ma in forma più estremistica".

48 I.P. Pavlov, *Conditional Reflexes*, cit.

49 W. Sargant, *Battle for the Mind*, cit.

50 B.F. Skinner, *The Technology of Teaching*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1968.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

anche lo stress *temporale* appare essere presente, in quanto costantemente indotto oggi, nel mondo online, dai tempi di reazione ultra-veloci imposti da una comunicazione ormai costante e immediata.

In terzo luogo, anche lo stress da *confusione* è parte del quadro, in quanto elemento pesantemente indotto oggi, online, da quella caotica "cecità da neve" che è data dall'eccesso informazionale cui tutti siamo esposti e che, per reazione, può troppo facilmente spingere ad aggrapparsi a storie semplificanti[51] per recuperare illusioni di controllo, o a chiudersi in bolle di filtraggio entro le quali sostenere le narrative proprie e del proprio gruppo, mantenendosi al riparo dalla complessità. Infine, anche lo stress da *disordini fisiologici* appare facilmente sollecitato, online, dalla frastornante diffusione, favorita anche dall'interesse delle compagnie che operano online, di contenuti capaci di suscitare emozioni forti, tali da mantenere l'utenza appassionata e incollata allo schermo, come la paura, l'indignazione, l'odio.

E tra queste, la più efficace e coinvolgente, e al contempo lo strumento più accessibile, immediato e affidabile col quale poter suscitare un tribalismo fidelizzante, è certamente l'odio: oggi, grazie alle evidenze "fotografiche" date dalle analisi computerizzate delle nostre emozioni rese possibili dall'avanzamento delle tecnologie di cui si avvalgono le neuroscienze (come EEG, fMRI - *Functional Magnetic Resonance Imaging*, e SST - *steady state topography*) abbiamo la prova di come, tra queste, le più facilmente passibili di "accensione automatica"[52] siano proprio le emozioni più forti e tribali, come l'odio (e l'odio misogino rientra, naturalmente, in tale categoria) e la polarizzazione ideologica a sfondo "tribalistico". E l'ira, da vizio capitale (come era qualificata nei tempi antichi) si trasforma in virtù quando si tratta di andare in battaglia contro il nemico a difesa del proprio gruppo[53].

E a questo si collega l'ultimo punto, suggello finale di tutto il discorso: come già aveva notato Tajfel decenni fa, combattere il "nemico" del proprio gruppo non solo produce piacere, ma, se la cosa avviene con particolare ricorrenza, dona un piacere *dopante*. Il carattere dopante già vantato dai videogiochi come elemento di loro superiore qualità, riprodotto nella realtà, virtuale ma extra-ludica, della coalizzazione bellicosa verso il fronte nemico, viene così a configurare (sempre online, ma stavolta tra gruppi reali), quella stessa inebriante sensazione di piacere già abitualmente ricercata nella consuetudine videoludica.

La chiave per comprendere il perché di ciò sta nel meccanismo della dopamina, un neurotrasmettitore che si attiva durante gli stati di eccitazione rilasciando impulsi inebrianti di piacere come "ricompensa" quando si compiono azioni importanti per la propria sopravvivenza (individuale o di gruppo), in modo da predisporre alla ripetizione della condotta "buona per la nostra sopravvivenza". Inclusa tra i comportamenti che, come è stato osservato, producono rilasci di dopamina, c'è l'affermazione nelle narrative che danno ragione al proprio gruppo.

Quando il rilascio di dopamina avviene in maniera notevole, e cioè continua e ripetuta, essa va ad accumularsi in una piccola area del sistema limbico cerebrale (quello deputato al controllo delle emozioni e degli istinti), il *nucleo accumbens*. Questo è il centro del piacere più istintivo, e da qui i neuroni dopaminergici attivano altre due strutture del sistema limbico, cioè l'amigdala (legata alle emozioni) e l'ippocampo (sede della memoria): è per questo che ciò che ci colpisce emotivamente viene tendenzialmente memorizzato meglio, cosa che a sua volta spingerà alla ripetizione dell'esperienza[54].

E' lo stesso meccanismo che, quando stimolato da sostanze che, come le droghe, le anfetamine, la cocaina, alcool, la cannabis, presentano una forza e persistenza molto maggiore rispetto agli stimoli naturali, rilasciando enormi scariche di dopamina, manda in tilt la nostra corteccia prefrontale, provocando un continuo bisogno di ripetere l'esperienza, magari "alzando ogni volta il tiro" in modo da elevare il senso di piacere, innescando così un loop di autogratificazione impermeabile al ragionamento e alla consapevolezza del costo dello stesso. Gli stessi studi di Skinner sulle sue cavie mostravano che queste, se abilitate ad attivare con facilità un pulsante collegato a scariche dopaminiche, si aggrappavano a tale pulsante fino a morire di fame. Ed è evidente che, online, alzare la posta e rilanciare discorsi di odio è cosa altrettanto immediata e facile – molto più di quanto normalmente lo sia nella più frenata complessità del mondo offline.

51 F. Khosrokhavar, *I nuovi martiri di Allah*, Milano, Bruno Mondadori, 2003, p. 233.

52 J.D. Greene, *Moral Tribes*, cit.

53 Nella teologia classica, l'ira è uno dei vizi capitali, mentre il suo corrispondente virtuoso è la ferma fortezza.

54 G. Maira, *Il cervello è più grande del cielo*, Milano, Solferino, 2019, cap. 5.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

7. Conclusioni

In conclusione, le nostre azioni e reazioni, soprattutto quando espresse nella dimensione online, appaiono molto meno libere e "nostre" di quanto possa sembrare. Le caratteristiche stesse dell'ambiente ove esse si esplicano, ovvero della "cornice" apparentemente inerte che le raccoglie, si rivelano invece decisamente attive nello spingere verso un'accentuata espressione di sentimenti altamente suscettibili di attivazione automatica, come l'odio e la compattazione tribalistica, come si è potuto osservare, in occasione del caso esaminato del #*gamergate*, nella ferale escalation di odio misogino elevato a protezione di un gruppo che si sentiva minacciato nel suo status dall'insubordinata irruzione di elementi esterni.

Da un lato, come si è cercato di sottolineare, la specifica configurazione del web, ereditata dalle particolari psicologie dei suoi creatori, ha un effetto non neutrale nel definire la propria apertura a certe categorie di utenti (i maschi) più che ad altre (le donne). Dall'altro lato, la stessa reattività maschile alla presenza femminile in ambiti del web particolarmente segnati da questa parzialità viene ulteriormente esacerbata dalle caratteristiche stesse della rete, date dalla sua mancanza di freni e frizioni, dalla innaturale velocità del suo flusso comunicativo, dal sovraccarico informativo che ne consegue e dal modo in cui gli stessi algoritmi che gestiscono la distribuzione delle informazioni favoriscono la diffusione delle narrative capaci di trasmettere emozioni attivanti, potenzialmente virali e appassionanti, che terranno quindi gli utenti maggiormente incollati allo schermo, producendo maggiori guadagni[55].

Ma solo capire fino a che punto le nostre idee siano stimolate, online, da un invisibile condizionamento da "cornice" può aiutarci a rigettare dogmi che, almeno in certi casi, probabilmente sottoscriviamo solo, o in buona parte, a causa di dinamiche automatiche, e a rivolgere l'attenzione verso le fonti esterne da cui, per caso o per azione voluta, possono provenire convinzioni solo apparentemente nostre, in realtà frutto di processi per buona parte endogeni, e largamente implicati anche nelle dinamiche della genesi dei gruppi sociali.

Certamente, tutto ciò non implica determinismi mono-causali, in quanto, fortunatamente, solo a certe condizioni, e per certe persone, alla fine, l'incidenza di tali fattori risulterà essere tale da portare a eccessi ed estremizzazioni espresse in termini di odio come quelle sopra descritte[56]. Ciononostante, è certamente importante, per ben comprendere la scaturigine di tali fenomeni, mettere a fuoco il fatto che, alla base e sullo sfondo degli stessi, a fianco delle nostre prese di posizione coscientemente ponderate, agiscono anche dinamiche di (s)fondo poco visibili, e quindi difficilmente arginabili, eppure potenti, e che queste, soprattutto quando esercitano la loro azione in interazione con il contesto online della nostra esigenza di relazionalità, possono coinvolgere inavvertitamente chiunque si trovi ad essere – per sua umana natura – suscettibile a rispondere istintivamente ai loro richiami.

55 S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, Luiss University Press, cap. 10.

56 Proprio come avviene, del resto, per altri tipi di agenti dopanti, comportamentali e non, come sigarette e gioco d'azzardo.

GenIUS anno 2023, numero 1 · · ·

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN: 2384-9495
genius@articolo29.it