

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI  
PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Serie II

24

*Responsabile della collana:* Francesco Sitzia

*Comitato di direzione scientifica:*

Aldo Berlinguer, Fabio Botta, Valeria Caredda, Pietro Ciarlo, Cristiano Cicero, Giovanni Cocco, Enzo Colarullo, Paolo Efisio Corrias, Massimo Deiana, Gianmario Demuro, Leonardo Filippi, Pierangela Floris, Elisabetta Loffredo, Franco Picciaredda, Francesco Pigliaru, Anna Pintore, Massimiliano Piras, Ilenia Ruggiu, Maria Virginia Sanna, Francesco Seatzu, Francesco Sitzia.

*Comitato scientifico editoriale:*

Luca Ancis, Franco Bandiera, Alice Cherchi, Silvia Corso, Paolo Cotza, Giuseppina De Giudici, Rossella Fadda, Riccardo Fercia, Sonia Fernández Sánchez, Gianmarco Gometz, Giuseppe Lorini, Giovanni Manca, Anna Maria Mancaloni, Anna Maria Mandas, Marcella Martis, Silvia Orrù, Rita Pilia, Elisabetta Piras, Alessandra Pisu, Stefania Puddu, Stefano Tatti.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Serie II

24

# DONNE: LIBERTÀ, DIRITTI E TUTELE

*a cura di*

MARIA VIRGINIA SANNA e MICHELINA MASIA



Edizioni Scientifiche Italiane

Volume finanziato dalla Fondazione di Sardegna – Convenzione triennale con Atenei Sardi – Regione Sardegna – L.R. 7/2007 annualità 2016 – DGR 2821 del 17.05.2015.

SANNA; Maria Virginia; MASIA, Micheline (*a cura di*)  
Donne: libertà, diritti e tutele  
Collana: Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari  
Serie II, 24  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019  
pp. XVIII+270; 24 cm  
ISBN 978-88-495-3985-1

---

© 2019 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

## INDICE

### *Introduzioni*

- MARIA VIRGINIA SANNA  
*Verso la parità* IX
- MICHELINA MASIA  
*Donne e diritti* XIII

### *Donne e lavoro*

- MARIA TERESA CARBALLEIRA RIVERA  
*Pari opportunità tra uomini e donne in Spagna. Particolare riferimento alle misure amministrative* 3
- SUSANNA POZZOLO  
*Lavoro invisibile e uso del tempo. Fattori che incidono sulla femminilizzazione della povertà* 27
- SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ  
*Violenza di genere e tutela lavoristica in Spagna* 43

### *Donne e impresa*

- MANUELA TOLA  
*Donne, impresa, professioni dopo un secolo dall'entrata in vigore delle "Norme circa la capacità giuridica della donna" (l. 17 luglio 1919, n. 1176)* 63

SILVIA ORRÙ

*Donne, impresa, agricoltura. L'integrazione della parità di genere per lo sviluppo rurale* 75

*Donne e discriminazione*

BETZABÉ MARCIANI BURGOS

*Libertad de expresión y discriminación de la mujer* 93

MARIA FRANCESCA CORTESI

*Donne e minori: le garanzie nel processo penale* 101

RITA PILIA

*Diritti delle donne con disabilità e discriminazione multipla* 115

STEFANIA CECCHINI

*Il divieto di surrogazione di maternità dopo la sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione* 147

*Donne e maternità nel diritto antico*

MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH

*Una materfamilias ejemplar* 167

MARIA VIRGINIA SANNA

*Paternità, maternità, nascita e dinamiche parentali nel diritto romano arcaico* 199

ANNA MARIA MANDAS

*Neque torqueri neque damnari. Sul divieto di torturare e condannare a morte la donna incinta* 219

GEMA VALLEJO PÉREZ

*La mujer sometida al paterfamilias* 235

*Gli Autori*

259

## *Introduzioni*

### *Ringraziamenti*

Michelina Masia e Maria Virginia Sanna ringraziano tutte/i coloro che hanno contribuito alla riuscita di questo progetto.

I componenti del gruppo di ricerca Fabio Botta, Alice Cherchi, Giuseppina De Giudici, Piera Loi, Giuseppe Lorini, Enrico Maria Mastinu, Silvia Orrù, Ilenia Ruggiu, Sonia Fernandez Sanchez, Manuela Tola.

Gli studiosi che con i loro interventi hanno contribuito alla vivacità del dibattito: Vincenzo Ferrari, Leo Pepe, Maria José Bravo Bosch, Maria Teresa Carballeira Rivera, Pedro Grandez Castro, Betzabé Marciani Burgos, Daria Chernyaeva, Gema Vallejo Pérez, Linda Della Ragione, Susanna Pozzolo, Maria Antonietta Foddai, Marco Guerini, Francesca Nanni, Elisabetta Piras, Giovanna Falzone, Rita Pilia, Anna Maria Mandas, Olimpia Giuliana Loddo, Stefania Cecchini, Maria Francesca Cortesi, Stefano Tatti, Grazia Maria De Matteis, Tiziana Putzolu, Simone Auriemma, Massimiliano Ravenna, Sabrina Perra, Federica Falchi, Michela Floris, Maria Letizia Pruna, Maria Francesca Maniga.

Un vivo ringraziamento per la collaborazione tecnica a: Carla Congia, Elisabetta Oro, Pietro Sorrentino, Efisio Tuveri, Andrea Berri, Alessio Speranza, Giuseppe Scalas.

MARIA VIRGINIA SANNA  
VERSO LA PARITÀ

Si raccolgono in questo volume i contributi presentati nel corso del Convegno svoltosi l'8 marzo 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, «Verso la parità. Donne, Lavoro, Impresa, Rappresentanza», distinti in quattro sezioni, Donne e lavoro, Donne e impresa, Donne e discriminazione, Donne e maternità nel diritto antico. Convegno che si inserisce all'interno del progetto «Verso la parità di genere: donne nella storia, nelle istituzioni, nel diritto, nella società», finanziato dalla Fondazione Banco di Sardegna.

Obiettivo del progetto, che volge ormai a conclusione, è quello di analizzare, con un taglio interdisciplinare, non solo le discriminazioni di genere ancora presenti nella nostra società ma anche le ragioni che hanno impedito il loro superamento e il raggiungimento di una parità non solo formale ma sostanziale, cercando di comprendere i motivi delle scelte legislative assunte e indagare altre possibili soluzioni.

La conquista moderna della parità formale tra uomini e donne non ha, infatti, cancellato il perdurare di discriminazioni di genere; discriminazioni spesso “legali”, accettate da leggi e/o da contratti di lavoro (diverse retribuzioni per le stesse mansioni, ad esempio), ma anche discriminazioni non “legali”, molto spesso originate dal duplice ruolo delle donne come lavoratrici e come madri, ruolo quest'ultimo che continua a condizionare pesantemente la vita delle donne anche nei tempi attuali, limitandone la possibilità di inserimento sociale, politico e lavorativo, tanto che in letteratura è stata coniata la locuzione *motherhood penalty*.

Difficile non pensare al persistere di un modello che vuole le donne ancora oggi prevalentemente nel ruolo di mogli e madri, come è stato nei millenni. Nella Roma antica, infatti, il dovere primario della matrona romana era procreare dei figli non solo per il marito ma per la *civitas*: il matrimonio legittimo, il *iustum matrimonium*, era costituito *liberorum quaerendorum causa*, finalizzato alla procreazione di

figli legittimi, di cui la madre, per essere una buona madre, doveva occuparsi personalmente.

Aulo Gellio, erudito del II sec. d.C., racconta del filosofo Favirino, che, recatosi a trovare un suo discepolo, figlio di un senatore, la cui moglie aveva appena partorito, si schiera contro l'usanza di far nutrire il figlio da una balia:

«*N.A. 12.1: Vi prego di consentire che essa sia integralmente la madre di suo figlio. Quale genere di maternità contro natura imperfetta e parziale è mai codesta, di partorire e poi subito allontanare da sé la prole? Aver nutrito nel proprio seno, col proprio sangue qualcosa che non si poteva vedere, e non nutrire col proprio latte ciò che si vede, che vive, che è già un essere umano e già chiede le funzioni della madre? E tu ritieni che la natura abbia dato alle donne il seno come una graziosa protuberanza destinata a ornare il petto, oppure come organo adatto a nutrire i figli? Con questo concetto molte di queste belle donne inaridiscono ed estinguono quella sacra fonte del corpo dalla quale il genere umano trae la vita, e si affannano, anche con loro pericolo, a deviare e svigorire il latte, per timore che sia tolta la grazia a quegli attributi della loro bellezza».*

Se la madre non allatta personalmente i figli, si tratta, per Favirino, di una maternità imperfetta, addirittura contro natura e parziale. Tali parole – che non possono non portare alla mente quanto ancora oggi si parla di madri imperfette – vengono ripetute in un trattato della metà del Cinquecento da Girolamo Mercurio, medico domenicano:

«Il dare i figli ad allevare alle balie è fare un parto contro natura, imperfetto e smezzato. Contro natura veramente perché dalla donna in poi non so quale animale tigre orso coccodrillo o aspidi non allevi i suoi parti. Imperfetto dopo, perché niuna altra nutrice così bene lo nutrirà come la propria madre. Smezzato finalmente, con ciò sia cosaché la donna volentieri abbia nutrito nel ventre col proprio sangue ciò che non sapeva se fosse maschio, o femmina, o mostro; e ora che lo vede e lo riconosce per figlio, anzi con i vagiti e i sospiri lo sente a domandarle aiuto, quasi smezzandolo, e senza quasi, lo manda in esilio, contentandosi di avergli dato l'essere e sopportando ch'altri gli diano il bene essere, come se le mammelle li fossero date da Dio e dalla natura solo per ornamento del petto, si come sono date all'uomo, e non per nutrire i figliuoli».

Le coincidenze testuali tra le parole che Gellio attribuisce a Favorino e le argomentazioni del dotto benedettino cinquecentesco sono evidenti. La circostanza non è, tuttavia, rilevabile dalle parole di Mercurio; questi, infatti, si limita a ‘saccheggiare’ il pensiero dell’antico filosofo senza nominarlo. Come è noto, questi ‘usi’ e ‘riusi’ di materiali preesistenti erano prassi corrente – anche ai limiti del plagio – sino al riconoscimento della proprietà intellettuale a partire dalla seconda metà dell’Ottocento. Ma nel caso di specie Mercurio ha un motivo in più per tacere la sua fonte: il benedettino sta, infatti, utilizzando il pensiero di un filosofo pagano del II sec. d.C. al fine di sostenere, viceversa, argomentazioni di carattere squisitamente cristiano (si veda il riferimento alle «mammelle date da Dio»).

Ciò che preme sottolineare in questa sede è la circostanza che convinzioni profondamente limitanti il ruolo della donna attraversano, dunque, i secoli, le culture, le concezioni del mondo.

Se, invece, la madre rispettava il modello prestabilito, come la moglie di Catone – che non solo allattava personalmente il figlio ma, secondo Plutarco, spesso dava il proprio latte anche ai bimbi dei servi per affezionarli al suo – otteneva il massimo riconoscimento: avere un ruolo nell’educazione dei figli, trasmettendo loro quei valori che ella stessa accettava, nel rispetto della tradizione dei *mores maiorum*. Osservava la Cantarella che alle donne romane era lasciato l’onore, la fama e una falsa libertà: quella di chi accetta, facendole proprie e traendone i vantaggi che ne derivano, le regole che altri hanno dettato.

In un articolo del 2002, dedicato alla condizione femminile in Roma, Giuliano Crifò poneva in evidenza che i giuristi severiani, nel valutare criticamente la condizione femminile (*in multis iuris nostri articulis deterioris est condicio feminarum quam masculorum*), avevano ben chiara la strada maestra attraverso la quale «gli schemi formali retti dal principio patriarcale e agnazio entrano in crisi»: la particolare condizione di favore dovuta alle madri. Se l’esclusione delle donne dall’essere *iudex* e dal *postulare* viene giustificata *moribus* e dalla *pudicitia*, i giuristi non possono non riconoscere, per l’autore, che il legame materno superava quelli che erano i soli limiti (*mores* e *pudicitia*) presi in considerazione. I *mores* erano ampiamente cambiati, la *pudicitia* era sempre stata e sempre più diventava attributo proprio della maternità.

Se, peraltro, l’unico ruolo lasciato dagli uomini alle donne rispettose del modello per loro stabilito, quello di madri, permise, per il Crifò, il superamento delle limitazioni di capacità (circostanza sulla

quale si può discutere), non si può mancare di rilevare che questo modello della buona madre, persistendo nei secoli sullo sfondo culturale, ancora oggi contribuisce a discriminare le donne sul lavoro in quanto, oltre a tutti gli altri effetti, pone a loro quasi esclusivo carico le attività non remunerate di cura della casa e dei figli. Non essendo concepita come un vero lavoro, ma piuttosto come un'attività naturale legata indissolubilmente al genere, la cura dei figli e della casa viene assunta come dovuta, dunque senza merito, né remunerazione, mentre, come è evidente a tutti, si tratta di un lavoro necessario alla riproduzione della specie e della società.

Gli effetti sono molteplici, come osserva in questi Scritti la collega Pozzolo; il più pervasivo e strutturale è «quello di conformare un'ontologia del mondo dove tutto ciò che attiene al femminile vale meno»: se le donne devono lavorare senza remunerazione una parte del loro tempo, ne deriva che quel medesimo tempo e, dunque, loro stesse valgono meno.

MICHELINA MASIA  
DONNE E DIRITTI

Affrontare il tema «donne e diritti» significa analizzare le molte variabili che hanno concorso nel tempo a creare la «questione femminile»: il lavoro femminile, la discriminazione e la maternità se, da un lato, costituiscono l'approccio classico alle tematiche di genere, dall'altro, di fatto, ci possono apparire sempre «nuovi», solo perché ciclicamente si ripresentano. I fattori che ne favoriscono la riproposizione sono molteplici, pensiamo alle crisi economiche, alla globalizzazione, oltre alla persistenza di pregiudizi, culturali e di genere, vischiosi e difficili da scalzare.

Non pare pertanto ripetitivo sollevare l'attenzione su questi temi e interrogarci sugli obiettivi perseguiti dal legislatore, per tentare di comprendere se le norme di riferimento siano effettivamente indirizzate a risolvere le situazioni che, di volta in volta, si intende tutelare e perché, nonostante la copiosa normativa, numerose questioni rimangono, volutamente o meno, non tutelate.

Mi pare importante portare questi temi all'attenzione dei nostri studenti e non solo, per offrire spunti di riflessione sul rapporto tra «donna e diritto» e «donna e diritti». Non è meno interessante sollevare l'attenzione, di noi tutti operatori del diritto, al fine di accrescere la consapevolezza su ampie zone d'ombra che riguardano tali temi, riflettere sulle ragioni delle discriminazioni e proporre soluzioni.

C'è da dire, che in ogni caso dibattere su queste tematiche è utile per confrontare la realtà sociale con la realtà giuridica e verificare l'effettiva portata dei dettati legislativi emanati. Come ci insegna la storia (e lo sforzo fatto dalle colleghe romaniste che si sono poste l'arduo compito di riflettere sul concetto di «maternità» nel mondo antico, ne è una testimonianza) il riconoscimento dei «diritti» percorre modalità e tempi lunghi e difficili, e non sempre i diritti formalmente riconosciuti trovano effettiva applicazione, per cui si rende necessario comprendere come riallineare tessuto normativo e la quotidianità femminile.

Il progetto ha avuto un altro merito: quello di coinvolgere non solo coloro che da tempo si occupano di «diritto e genere», ma anche di chi, seppure esperto di diritto, non ha queste tematiche al centro dei propri interessi di studio accademici.

Tutt'altro che secondario è stato il coinvolgimento di studiosi straniere grazie al quale è stato possibile affrontare, in un'ottica comparatistica, alcune recenti conquiste normative in tema di riconoscimento dei diritti.

Ancora una volta, uno dei temi prevalentemente esaminato è stato quello del lavoro. Proprio per la sua centralità, per essere stato nel corso del tempo «il luogo» di molti processi di emancipazione, la riflessione lavoristica ha l'indubbio merito di aver raccolto e attivato normativamente le rivendicazioni femminili. Eppure, sebbene costituzionalmente garantito, il lavoro continua ad essere profondamente legato al tessuto culturale e a un'organizzazione socio-economica che sfocia inevitabilmente in nuove forme di divisione del lavoro tra i sessi, forse nuove ma tradizionalmente discriminanti. Le modalità con cui i diversi ordinamenti giuridici tutelano e garantiscono l'accesso al mondo del lavoro variano molto e risentono del ruolo che la donna riveste in quel determinato contesto sociale. Occorre rammentare, però, anche, che i diritti, tutti i diritti, che definiscono le garanzie e le tutele, in questo come in altri campi, non si conquistano per sempre, per cui sono sempre risultati da difendere.

La crisi economica è un altro fattore che condiziona fortemente oltre che il riconoscimento di tali diritti, perfino l'accesso al mondo del lavoro. Qui sono le donne a pagare un prezzo più caro, perché tipicamente sono le donne a doversi accontentare di forme di lavoro sottopagate o privo di adeguate tutele e garanzie. Inoltre, la manodopera femminile è strutturalmente altamente ricattabile per fattori biologici (essere donna significa essere potenzialmente madre) e per una certa resistenza culturale che vuole la donna naturalmente gravata dal lavoro di cura, che così assume il carattere dell'invisibilità. Si tratta di un «non lavoro» nella considerazione di molte culture, dilatato com'è in un arco di tempo illimitato così che, come osserva Susanna Pozzolo, può essere considerato come un fattore che incide notevolmente sulla radicalizzazione nel genere femminile della povertà (c.d. femminilizzazione della povertà) evidenziando anche come la disparità di genere costituisca un problema di oppressione sulle donne e non solo una loro più o meno sistematica discriminazione.

Laddove il lavoro delle donne si svolga all'esterno delle mura do-

mestiche (non dimentichiamo che, spesso, le lavoratrici sono costrette ad affidare il lavoro di cura, che non possono svolgere e che non riescono ancora a condividere con l'altro genere, sempre e prevalentemente ad altre donne, avviando così veri e propri processi di delocalizzazione delle funzioni di cura della famiglia, della casa, dei figli, degli anziani), talvolta ancora si registra nei luoghi di lavoro una scarsa attenzione ad alcune situazioni specifiche che possono condizionarne lo svolgimento. Basta pensare alle donne vittime di violenza, costrette magari ad abbandonare il lavoro per sottrarsi ad atti persecutori posti in essere nei loro confronti: appare evidente che una maggiore flessibilità in tema di orari, ad esempio, può contribuire a tutelare la vittima e, soprattutto, a garantire l'esplicazione di un diritto.

Sonia Fernandez Sanchez riferisce di queste importanti conquiste recepite dal diritto del lavoro emanato nell'ordinamento spagnolo. Considerazioni di carattere generale sulla normativa spagnola in tema di pari opportunità sono oggetto di riflessione da parte di Maria Teresa Carballeira Rivera, che porta all'attenzione il ruolo innovativo assunto in ambito normativo da alcune misure amministrative relative, essenzialmente, alla rappresentanza politica, al pubblico impiego e all'istituzione del registro salariale per rendere pubblico il *quantum* del salario percepito (misura volta ad evidenziare l'eventuale *gap* salariale).

Il centenario dell'abolizione dell'autorizzazione maritale offre lo spunto a Manuela Tola di affrontare i temi relativi al ruolo della donna nell'industria e di meditare su quanto sia ancora difficile il superamento del «tetto di cristallo» che, pur in assenza di divieti di fatto, condiziona ancora il successo lavorativo e la carriera delle donne. Non sono mancate nella storia donne che si sono realizzate come illuminate capitane d'industria a fianco di mariti, o in assenza e in sostituzione dei figli. Non sono pochi gli esempi; eppure questi dovrebbero far riflettere per il carattere dell'eccezionalità non solo statisticamente. Di tali donne si ricordano i nomi, le intuizioni geniali che molte hanno realizzato, nonostante la vigenza della autorizzazione maritale, il che mette ancora più in evidenza come la capacità delle donne sia spesso ostacolata da persistenti pregiudizi culturali e giuridici difficili da abbattere. Certamente l'abolizione di divieti, frutto di questi pregiudizi, possono senza dubbio rompere gli schemi dell'eccezionalità e incentivare il superamento di quelle discriminazioni che ancora limitano l'accesso al mondo del lavoro e costituiscono una barriera alla progressione della carriera. Pari opportunità, afferma Silvia Orrù, possono essere promosse anche grazie a politiche che, nel salvaguardare l'ambiente, in-

centivino uno sviluppo economico sostenibile, capace di stimolare la nascita e la crescita in campo agricolo di piccole e medie imprese, spesso caratterizzate da una conduzione femminile rivelatasi sovente in grado di limitare il consumo del suolo e, allo stesso tempo, capace di sfruttare l'innovazione tecnologica e scientifica.

L'apporto dato dalla recezione delle direttive comunitarie in materia di innovazione è indubbio, purché tali direttive riescano ad incidere sulla produzione della ricchezza non equamente divisa fra la popolazione umana, come osserva Susanna Pozzolo, e sempreché siano in grado di incidere sulle culture locali. D'altronde, mutuo ancora considerazioni fatte dall'autrice citata, se la divisione del lavoro è frutto della cultura e i pregiudizi culturali condannano spesso il tempo di lavoro delle donne all'invisibilità, sono l'informazione e la formazione a dover rompere tali pregiudizi.

Al di là della retorica e dei luoghi comuni il lavoro di cura della prole può incontrare dei limiti se la donna è autrice di un reato. Maria Francesca Cortesi analizza le garanzie riconosciute nel processo penale a donne e minori imputati di reati. La norma consente di provvedere alla cura ed all'assistenza dei figli prevedendo, laddove lo status di madre renda incompatibile la detenzione carceraria, forme alternative alla detenzione tra cui il differimento della pena. Nel caso di minori, solo recentemente (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 12) si è concepito un sistema capace di mettere al centro il primario interesse del soggetto minore, disciplinando in modo autonomo il sistema penitenziario minorile e, per quanto riguarda l'esecuzione della pena si promuovono percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime del reato. L'emanazione del decreto ha permesso quindi solo recentemente di superare l'anomalia della mutazione dei precetti per l'esecuzione penitenziaria dei minori da quella per gli adulti.

Se all'essere donna si aggiungono altri fattori discriminanti quali la disabilità siamo di fronte ad una discriminazione multipla. Una discriminazione «intersezionale» come osserva Rita Pilia. «Fattori di rischio» che operano allo stesso tempo e che si rafforzano a vicenda, così da diventare inseparabili, moltiplicando esponenzialmente gli effetti negativi della discriminazione. Alla disabilità possono essere collegati altri fattori come livelli di istruzione più bassi rispetto al resto della popolazione, alti tassi di disoccupazione, maggiore esposizione al rischio di violenza e di abusi, condizioni di povertà e disagio sociale, svantaggi nell'accesso ai servizi sanitari etc. Allora è necessario immaginare strumenti in grado di intervenire rompendo tale circolo

vizioso, l'autrice parla di «reddito di libertà»; sollecitare la condivisione del tempo della cura (come suggerito da Sanchez, Pozzolo ed altre) può essere un modo per porre al centro dell'attenzione ciò che ancora, troppo colpevolmente, sta «fuori», non essendo ancora opportunamente preso in considerazione nemmeno dagli studiosi.

La delocalizzazione della produzione della prole è un fenomeno legato allo sviluppo tecnologico che pone importanti questioni dal punto di vista etico, giuridico e sociale e che ha a che fare, ancora una volta, con la libertà e la dignità della donna. La dignità della donna può essere offesa in maniera intollerabile osserva Stefania Cecchini a commento della sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Ad essere messo in discussione non è solo il principio espresso dall'art. 269, 3 comma del cod. civ secondo cui la madre è colei che partorisce, ma le stesse relazioni umane. Il fenomeno del turismo procreativo, posto in essere per assicurarsi a qualunque costo la soddisfazione del desiderio individuale, approfittando delle legislazioni più permissive presenti in alcuni paesi, può porre legittimi sospetti sulle modalità utilizzate per ottenere il consenso della donna, mero strumento talora della volontà altrui.

Il problema del linguaggio posto da Betzabé Marciani Burgos non è meno importante, anzi oggi, nella così detta società dell'informazione, è sempre più centrale. Non solo il linguaggio comune, ma anche quello giuridico nasconde trappole che non rendono evidente la forma discriminatoria nei confronti delle donne. A questo proposito è lecito porsi molti interrogativi ed applicare «la regola dell'inversione», ovvero invertire tutti i riferimenti sessuali, tradurre un termine maschile in femminile, ed anche dove il corpo femminile è più comunemente utilizzato, come in campo pubblicitario, provare ad immaginare un uomo ad interpretare il ruolo proposto dalle immagini o dagli slogan che usano le donne. Infine, l'utilizzo nel linguaggio comune come in quello giuridico del maschile generico accresce l'ambiguità e rischia di far passare come questioni di lana caprina problemi che devono essere posti al centro della nostra riflessione, perché subdolamente perpetuano atteggiamenti discriminatori, limitano la democrazia e confermano la subordinazione strutturale di una parte del genere umano.

Penso che questo progetto abbia contribuito ad arricchire tutti/e noi per aver rappresentato non solo un'interessante opportunità di incontro e di confronto, ma anche rafforzato la convinzione che la «conclusione» di questo lavoro abbia posto le basi per un nuovo avvio della ricerca.



*Donne e lavoro*



MARIA TERESA CARBALLEIRA RIVERA

## PARI OPPORTUNITÀ TRA UOMINI E DONNE IN SPAGNA Particolare riferimento alle misure amministrative

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Legislazione per la parità di genere dell'Unione Europea. – 3. I regolamenti spagnoli sul genere. Principali novità. – 4. Le misure in materia di lavoro. - 4.1. Accesso al lavoro. - 4.2. Formazione e sviluppo professionale. - 4.3. Condizioni di lavoro e conciliazioni. – 5. Misure di carattere settoriale. - 5.1. Valutazione dell'impatto di genere nell'elaborazione dei regolamenti e la pianificazione. - 5.2. Valutazione dell'impatto di genere sull'urbanistica. - 5.3. Misure nel settore pubblico: A) Impiego pubblico B) Attività amministrativa C) Misure procedurali. - 5.4. Rappresentanza politica. – 6. C'è ancora una strada da percorrere.

1. *Premessa.* – La lotta per i diritti delle donne e contro le disuguaglianze che esse soffrono è stata lunga. Ancora oggi, nonostante tutti i progressi che sono stati fatti, sono necessari cambiamenti giuridici per eliminare completamente le disuguaglianze. Comunque, a piccoli ma sicuri passi, si è lottato contro le disuguaglianze, e anche se oggi siamo a un punto molto avanzato, bisogna ancora continuare la battaglia che tanti anni fa hanno iniziato donne coraggiose. Un breve riassunto della storia ci aiuterà a capire meglio le rivendicazioni per le pari opportunità tra donne e uomini.

Le capacità della donna sono sempre state sottovalutate. Nel passato la donna, come sappiamo, per svolgere qualsiasi attività doveva avere il permesso di suo padre se non era sposata ovvero di suo marito in caso lo fosse, diventando così dipendente dagli uomini per prendere le sue decisioni. Come è stato detto, la base di ogni discriminazione legale basata sul sesso era eminentemente una questione estranea alla biologia stessa e, infatti, la differenza di trattamento data alle donne dal diritto civile, in cui le stesse erano considerate alla stregua di incapaci, e dalla legge penale, che viene applicata alle donne allo stesso modo degli uomini, è una manifestazione di questa affermazione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> F. MORÁN MARTÍNEZ, *Cuestión social y liberación de la mujer. La propuesta*

In Spagna sorge la lotta per i diritti della donna nell'ultimo quarto del secolo XIX, grazie a donne coraggiose come Emilia Pardo Bazán, Rosalía de Castro o Concepción Arenal<sup>2</sup>, che a ventuno anni si veste da uomo per poter frequentare l'università. Esse cercarono di promuovere cambiamenti giuridici e educativi in favore delle donne.

Negli ultimi anni del secolo XIX, Ángeles López de Ayala<sup>3</sup>, insieme ad altre due donne, Amàlia Domingo Soler e Teresa Claramunt, creano la Sociedad Autónoma de Mujer<sup>4</sup>, dove si facevano diverse attività pedagogiche, istruttive e anche ricreative.

Il 10 giugno del 1910 si è tenuta in Spagna la prima manifestazione femminile della storia spagnola. Essa fu organizzata attraverso la società di López de Ayala e i radicali. E così, nei primi anni del secolo XX, sorsero le organizzazioni femminili che rivendicavano un maggiore protagonismo della donna nella società insieme a una serie di diritti lavorativi ed educativi. Nel 1918 nacque l'Asociación Nacional de Mujeres Españolas<sup>5</sup>, in difesa delle riforme del codice civile, della repressione della prostituzione legalizzata, dell'educazione e del diritto delle donne a svolgere le libere professioni.

In questo periodo esisteva un forte movimento per il suffragio, visto che le donne potevano fare parte del Parlamento ma non avevano il diritto di voto. Solo nel 1933, nella II Repubblica, per la prima volta le donne hanno partecipato attivamente alle votazioni. Ciò è stato possibile, soprattutto grazie a Clara Campoamor, deputata del Partito Radicale, che rivendicava diritti come il divorzio. Le donne poterono partecipare anche alle elezioni del 1936, in seguito alle quali sorge in Spagna la dittatura di Francisco Franco che avrà termine nel 1975, con la sua morte.

Durante il periodo della Guerra Spagnola, la posizione della donna negli ambiti lavorativi, politici, sociali e giuridici nella parte repub-

*de Rafael M<sup>a</sup> de Labra en presencia de Concepción Arenal*, in F. MORÁN MARTÍNEZ, M. DEL CANO, JUNQUERA DE ESTÉFANI (curr.) *Derechos humanos y problemas actuales. Estudio en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*, II, Universitas, Madrid 2016, p. 939.

<sup>2</sup> Concepción Arenal (1820-1893), considerata una delle prime donne che portarono il femminismo in Spagna.

<sup>3</sup> Ángeles López de Ayala (1856-1926), drammaturga, narratrice, giornalista e attivista politica spagnola, considerata la principale intellettuale femminista di Spagna.

<sup>4</sup> Sociedad Autónoma de la mujer (Società autonoma della donna).

<sup>5</sup> Asociación Nacional de Mujeres Españolas (Associazione Nazionale di donne Spagnole). Associazione a suffragio universale e per i diritti delle donne (1918-1936).

blicana dipendeva dalle necessità belliche. In questo periodo è importante il protagonismo politico de La Pasionaria<sup>6</sup>. La posizione della donna nel periodo repubblicano era molto più importante di quella alla stessa assegnata nel periodo di Franco, in cui era forte l'ideologia falangista-cattolica che sosteneva che la donna dovesse essere subordinata all'uomo.

Solo negli anni Sessanta la situazione della donna inizia a cambiare grazie alla forte modernizzazione socioeconomica e culturale che deriva dal turismo e dall'industrializzazione. Nel 1960 viene, infatti, emanata la Legge sui diritti professionali e lavorativi della donna che ne agevola l'ingresso nel mondo del lavoro. Nel 1975, dopo la morte di Franco, si celebrano las primeras Jornadas nacionales para la Liberación de la Mujer (le prime Giornate nazionali per la liberazione della donna). In questa epoca sorgono anche numerose organizzazioni femministe in tutta la Spagna, catalogate nella Coordinadora de Organizaciones Feministas de Barcelona o nella Plataforma de Organizaciones Feministas de Madrid.

Alla fine, grazie all'avvento della democrazia e della Costituzione del 1978, in Spagna si produsse un grande cambiamento normativo in favore alla donna, volto a decretarne il graduale ingresso nella società con piena autonomia e meno disuguaglianze.

2. *Legislazione per la parità di genere dell'Unione Europea.* – È evidente che la discriminazione per motivi di genere non è stata solo un problema nazionale o spagnolo. Anzi, è uno dei problemi più persistenti e generali in tutto il mondo. Questa universalità è stata la causa per la quale i primi passi normativi per la parità si realizzarono a un livello internazionale.

Da una prospettiva più globale e generale, è necessario parlare di lavoro del Consiglio d'Europa o delle Nazioni Unite. In particolare, l'Assemblea Generale di quest'ultima istituzione approvò il 25 settembre del 2015 una Risoluzione chiamata «trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile». L'Agenda 2030 è formata da 17 obiettivi per lo sviluppo sostenibile (OSS) entrati in vigore il 1° gennaio 2016 e 169 obiettivi che si applicano a tutti i paesi. Il OSS 5, “Raggiungere la parità di genere ed emancipare tutte le donne e ragazze”, è composto da cinque punti. Il punto 4 riguarda

<sup>6</sup> La Pasionaria è il nome con cui era conosciuta Dolores Ibáburri, politica spagnola.

la conciliazione della vita lavorativa e familiare e vuole «riconoscere e valorizzare la cura e il lavoro domestico non retribuito, fornendo un servizio pubblico, infrastrutture e politiche di protezione sociale e la promozione di responsabilità condivise all'interno delle famiglie, conformemente agli standard nazionali». Il punto 5 cerca di rompere il tetto di cristallo al fine di «garantire piena ed effettiva partecipazione femminile e pari opportunità di leadership ad ogni livello decisionale in ambito politico, economico e della vita pubblica».

Nello spazio comunitario europeo, da tanti anni vi è un grande impegno per evitare tutti i tipi di discriminazione tra uomini e donne, poiché ancora oggi esiste una differenza di occupazione del 20% tra i due sessi<sup>7</sup>. E una forte spinta in questa direzione si è avuta con il riconoscimento delle competenze di genere nel Trattato di Amsterdam<sup>8</sup>.

Gli accordi successivi hanno continuato su questa linea di impegni, come viene dimostrato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che nel suo art. 23 fa riferimento al dovere degli Stati membri di proteggere le pari opportunità, e stabilisce che «la parità tra uomini e donne dovrà essere garantita in tutti gli ambiti, anche in materia di impiego, lavoro e retribuzione», o nel Trattato di funzionamento (TFUE), in cui l'Unione Europea assume competenze

<sup>7</sup> Informe 2018 sulla parità tra uomini e donne, Unione Europea, Belgio <http://2018.ReportonequalitybetweenwomenandmenintheEU.pdf>.

Tuttavia, è certo che nel trattato di Amsterdam i diritti della donna occupano un posto più importante a causa dell'istituzione di nuove basi giuridiche più solide e più estese. In effetti, il nuovo trattato ha una visione più globale della parità tra uomini e donne, rispettando in tal modo l'idea di mainstreaming. La posizione della donna da un lato viene considerata su un piede di parità rispetto a quella dell'uomo in tutti i settori, in particolare a livello decisionale, dall'altro è anche intesa come una questione di appartenenza sessuale («gender») che è necessario tutelare. Di conseguenza, la discriminazione positiva è ufficialmente riconosciuta, anche se è limitata all'articolo 141 (ex articolo 119), paragrafo 4 (vale a dire alla vita lavorativa). L'ampliamento della procedura di codecisione permetterà anche al Parlamento europeo di far meglio intendere la sua voce per difendere la parità di trattamento tra uomini e donne. Infine, l'inclusione del protocollo e dell'accordo sulla politica sociale nel corpo stesso del trattato garantirà la piena applicazione, a tutti gli Stati Membri (ivi compreso il regno Unito), di tutte le misure concernenti la parità tra uomini e donne. Queste nuove disposizioni del trattato di Amsterdam consentiranno in definitiva di affrontare i diritti della donna come un diritto fondamentale, che deve essere rispettato in maniera generale allo stesso titolo della razza o della religione, il che potrebbe forse portare all'istituzione, dopo la giornata della donna dell'8 marzo 1998, dell'anno della donna.

<sup>8</sup> Art. 3.2 del Trattato di Amsterdam di 1999.

in materia di coesione territoriale, sociale e economica. Lo scopo di tali provvedimenti è quello di sollecitare l'emanazione, negli Stati Membri, di atti giuridicamente vincolanti che abbiano presente il genere. Secondo l'art. 8, «in tutte le sue azioni, l'Unione Europea avrà come obiettivo l'eliminare le disuguaglianze tra uomini e donne e promuovere la loro parità», da realizzarsi anche attraverso politiche attive «di lotta contro tutte le discriminazioni in ragione di sesso».

In materia di lavoro, l'articolo 153 del TFUE permette all'Unione di agire nel campo delle pari opportunità e del trattamento in termini di lavoro e occupazione, essendo in grado di articolare a beneficio delle donne misure così importanti come le azioni positive<sup>9</sup>.

Questo impegno si riflette soprattutto nelle numerose direttive approvate in materia sociale e nei programmi e azioni fino ad oggi posti in essere dall'Unione Europea<sup>10</sup>, che rappresentano la base minima che gli Stati membri dovrebbero tenere in considerazione nelle politiche di loro competenza.

<sup>9</sup> Secondo la sentenza Marschall dell'11 novembre 1997 (C-409/95), la legislazione comunitaria non era contraria a una norma nazionale che richiedesse di promuovere in via prioritaria le candidate femminili nei settori dove le donne avessero una presenza minore degli uomini, a condizione che il vantaggio non fosse automatico e che garantisse ai candidati maschi un esame della loro candidatura senza essere esclusi a priori.

<sup>10</sup> Le politiche di genere erano sempre presenti nell'agenda dell'Unione europea, sia nei testi originali (Trattato dell'Unione europea del 1957, Trattato di Amsterdam (articoli 2 e 3), Trattato di Lisbona (articolo 8, II), Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (articoli da 20 a 23) come nel diritto derivato (direttiva 2010/41/UE, del 7 luglio, sull'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne che praticano un'attività autonoma. (GUUE L 18 del 15/07/2010) direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, con la quale si applica l'accordo quadro riveduto sul congedo parentale (GUUE L 68/13 18 /03/2010), direttiva 2006/54/CE, del 5 luglio, sulle pari opportunità e trattamento per uomini e donne (GUUE L 204 del 26/07/2006), direttiva del Consiglio 2004/113/CE, del 13 Dicembre, che applica il principio della parità di trattamento tra uomini e donne all'accesso di beni e servizi e alla loro offerta (GU L 373 del 12/2/2004). Evidenzia inoltre la Carta delle donne per promuovere in modo più efficace la parità tra donne e uomini in Europa e nel mondo, approvata dalla Commissione il 5 marzo 2010 e i programmi di azione comunitaria (quindi il Quinto programma quadro (2001-2005) che includeva una strategia comunitaria sull'uguaglianza tra uomini e donne), l'attuale impegno strategico per la parità di genere 2016-2019, o il quadro finanziario pluriennale 2014-2020 con il programma "Diritti, uguaglianza e cittadinanza" che prevede, per il 2016, la linea di bilancio Promozione della non discriminazione e dell'uguaglianza che ha 33.446.000 euro in crediti di impegno e 23.000.000 di euro in pagamenti. Anche il recente piano d'azione dell'UE sulle questioni di genere per il periodo 2016-2020 adottato dal Consiglio.

Nell'ambito del lavoro, una delle priorità dell'Unione emerge dalla direttiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, sull'applicazione della parità di trattamento fra uomini e donne nell'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale nonché nelle condizioni di lavoro, che modifica la direttiva 76/207/CEE.

Una più completa realizzazione del processo di parità è al centro dell'impegno strategico 2016-2019 dell'EU a favore della parità di genere<sup>11</sup>. Ma forse uno dei fatti con una maggiore importanza è stata l'incorporazione della prospettiva di genere in tutte le politiche pubbliche della Commissione Europea. Si può dire che la Commissione Europea ha adottato l'integrazione della dimensione di genere nel 1996 come meccanismo di sostegno e complemento della politica delle pari opportunità. Si tratta di un approccio integrato che, per dirla con le stesse parole della Commissione, «implica non limitare gli sforzi per promuovere l'uguaglianza nell'adozione di misure specifiche a favore delle donne, ma per mobilitare tutte le misure e le politiche generali specifiche al fine di raggiungere l'uguaglianza, tenendo conto attivamente e apertamente nella fase di pianificazione dei suoi possibili effetti rispetto alle rispettive situazioni di uomini e donne (la prospettiva di genere)»<sup>12</sup>.

Finalmente, da un punto di vista istituzionale, si crea l'Istituto Europeo della parità di Genere (EIGE) nel dicembre 2016 sulla richiesta del Parlamento Europeo e il Consiglio con sede a Vilnius (Lituania). L'EIGE si configura come un'entità dedicata a promuovere e rafforzare l'uguaglianza tra uomini e donne, a combattere la discriminazione basata sul sesso e ad accrescere la sensibilizzazione sociale attraverso la fornitura di assistenza tecnica alle istituzioni dell'UE. La sua attività principale si concentra sulla raccolta, l'analisi e la diffusione dei dati e degli strumenti metodologici<sup>13</sup>.

Anche se la normativa comunitaria ha svolto un ruolo importante

<sup>11</sup> Questo tiene in considerazione cinque blocchi tematici sull'ambito lavorativo: a) Incremento della partecipazione della donna nel mercato lavorativo e una uguale indipendenza economica b) Riduzione del divario di stipendi e delle pensioni e lotta contro la povertà tra le donne c) Promozione dell'uguaglianza tra uomini e donne nel processo decisionale d) Lotta contro la violenza di genere e protezione e supporto alle vittime e) Promozione della parità di genere e i diritti delle donne in tutto il mondo.

<sup>12</sup> Commissione europea, Integrare le pari opportunità tra uomini e donne in tutte le politiche e azioni comunitarie, COM (1996) 67 finale.

<sup>13</sup> <http://eige.europa.eu/content/rdc>.

nella definizione dei principi in ottica di parità di genere, la mancanza di un'effettiva imposizione della regola nei singoli paesi ha avuto un impatto diverso sui quadri normativi degli Stati Membri, che sono stati molto influenzati dal loro contesto di riferimento.

3. *I regolamenti spagnoli sul genere. Principali novità.* – La legislazione spagnola ha seguito questa corrente ideologica internazionale con l'emanazione della legge organica 3/2007, del 22 marzo, sulla parità tra uomini e donne. Questo regolamento statale è stato emanato in conformità alla competenza generale e concorrente dello Stato in materia di uguaglianza materiale, come conseguenza della clausola dello Stato sociale che include l'articolo 1 della Costituzione spagnola (CE)<sup>14</sup>. Questo mandato viene applicato a tutti i settori influenzati, specialmente lavoro, cultura, sanità, media, regime giuridico delle autorità pubbliche in cui lo Stato ha competenza esclusiva.

Questa norma statale, insieme alle normative che esistono nelle diciassette regioni che lo formano, assume anche il mandato degli articoli 1 e 9.2<sup>15</sup> della CE per raggiungere la parità tra uomini e donne, ma ognuna ha la sua politica particolare per affrontare settori della sua esclusiva competenza.

Tale regola recentemente è stata modificata dal regio decreto legge 6/2019 del 1° marzo sulle misure urgenti per garantire la parità di trattamento e di opportunità tra uomini e donne in materia di occupazione, che ha comportato un prolungamento dei diritti e l'aumento delle garanzie sul posto di lavoro.

Queste regole, attuative delle direttive europee sul genere, hanno

<sup>14</sup> Costituzione spagnola del 7 dicembre 1978, articolo 1: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (Traduzione propria: La Spagna si costituisce in uno Stato sociale e democratico di diritto che sostiene come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, la uguaglianza e il pluralismo politico).

<sup>15</sup> Art. 9.2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (Traduzione propria: È responsabilità dei poteri pubblici promuovere le condizioni per la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi in cui si integra siano reali e effettivi; rimuovere gli ostacoli che impediscono o rendono difficile la sua pienezza e facilitare la partecipazione di tutti i cittadini nella vita politica, economica, sociale e culturale).

avuto un notevole impatto su quasi tutti i settori della vita giuridica dello Stato. L'attuale legge organica 3/2007 è stata una norma pionieristica nella materia, anche se i suoi risultati non sono stati soddisfacenti come ci si potrebbe aspettare. Eppure, era ambiziosa nei contenuti diretti a disciplinare molteplici aspetti della vita politica e sociale di uomini e donne.

4. *Le misure in materia di lavoro.* – Il Titolo IV di questa legge organica si occupa del diritto al lavoro in pari opportunità, mettendo in atto misure per garantire l'uguaglianza tra uomini e donne in tre grandi settori della materia: 1. l'accesso al lavoro; 2. la formazione e la promozione professionale; 3. le condizioni di lavoro. D'altra parte, il Titolo V contiene la definizione delle condizioni lavorative dell'impiego pubblico.

Adesso ci soffermeremo sul settore aziendale privato, analizzando le misure generali stabilite per legge, promuovendo la parità di genere nella parte del diritto al lavoro in questo specifico settore.

4.1. *Accesso al lavoro.* – Per favorire l'inserimento delle donne nel mercato del lavoro, una delle prime misure legali è la loro classificazione come "gruppo di popolazione prioritario delle politiche attive d'impiego". Questo significa che, come viene indicato nell'art. 42.2 della LO 3/2007, i programmi di inserimento lavorativo attivo dovranno fare attenzione essenziale all'integrazione delle donne nel mercato del lavoro e dovranno includere «tutti i livelli educativi e di età delle donne, compresi quelli di Formazione Professionale, rivolti alle persone disoccupate» che «potranno essere destinati a gruppi specifici di donne o a una proporzione determinata di donne».

Ma senza dubbio, la misura più importante per la promozione del lavoro delle donne viene stabilita nell'art. 43 della LO 3/2007, che permette di introdurre nella negoziazione collettiva misure di azione positiva per favorire la preferenza della donna rispetto all'uomo per uno stesso posto di lavoro, sempre che siano accreditati il merito e la capacità necessarie<sup>16</sup>. Si istituisce in questo modo una priorità in

<sup>16</sup> L'articolo 43 della legge dice «De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres». (Traduzione personale: in accordo con quello che è stabilito in maniera

ambito lavorativo a favore della donna dotata delle stesse capacità e competenze dell'uomo.

4.2. *Formazione e sviluppo professionale.* – Successivamente alla firma di un contratto, quando l'impiego ha inizio, l'applicazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione esige la creazione delle condizioni necessarie per far sì che i diritti professionali non siano disattesi dal datore di lavoro.

A questi fini, la legge stabilisce una misura generica che consiste nel potenziamento permanente della formazione della donna e il suo adattamento ai requisiti del mercato del lavoro (art. 42.2 LO 3/2007) e un'altra, più specifica e diretta, che consiste nell'elaborazione dei piani per l'uguaglianza.

Il piano per l'uguaglianza è uno strumento giuridico funzionale a stabilire, in seguito a un esame della situazione, le misure che l'impresa deve adottare al fine di garantire una pari opportunità tra uomini e donne ed eliminare le discriminazioni per ragioni di sesso<sup>17</sup>. Questo piano potrà essere messo in atto con riferimento a tutti gli aspetti delle relazioni lavorative, come l'accesso al lavoro, la classificazione personale, la formazione e la promozione, la gestione del tempo di lavoro per favorire, in termini d'uguaglianza tra uomini e donne, la conciliazione lavorativa, personale e familiare, la prevenzione delle molestie sessuali e di quelle a causa del sesso (art. 46.2 LO 3/2007).

Questi piani, da riferirsi all'impresa nel suo insieme e a tutti i suoi lavoratori, devono essere oggetto di negoziazione tra i rappresentanti dell'impresa e i lavoratori e la loro predisposizione è obbligatoria nelle imprese con di più di 250 dipendenti.

legale, mediante la negoziazione collettiva si potranno stabilire misure di azione positiva per favorire l'accesso delle donne al lavoro e l'applicazione effettiva del principio d'uguaglianza di trattamento e non discriminazione nelle condizioni lavorative tra uomini e donne).

<sup>17</sup> Come sottolinea l'articolo 46.2 della LO 3/2007, l'obiettivo dei piani è stabilire misure antidiscriminatorie: «Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados». (Traduzione personale: I piani d'uguaglianza fisseranno i concreti obiettivi di parità da raggiungere, le strategie e le pratiche da adottare per il suo conseguimento, ma anche stabiliranno sistemi efficaci di conseguimento e valutazione degli obiettivi fissati).

La predisposizione di un piano di parità può anche essere imposta dal contratto collettivo applicabile alla società, ovvero concordata, quando la sua introduzione avvenga in sostituzione di una sanzione imposta all'impresa. In tutti gli altri casi la sua introduzione ha carattere volontario<sup>18</sup>.

La legge in esame promuove questa tipologia di strumenti strategici in tutte le imprese e a tale scopo stabilisce altre misure di incentivazione. Una di queste è il supporto tecnico che ne garantisce l'attuazione<sup>19</sup>.

Un'altra misura di incentivazione che ha avuto un impatto importante è stata l'assegnazione di un distintivo per l'uguaglianza a quelle aziende che rispettino le politiche pubbliche di uguaglianza, sia attraverso la concreta introduzione di un piano di uguaglianza, sia per l'adozione di altre misure che abbiano come obiettivo le pari opportunità (art. 50 LO 3/2007).

Il suddetto distintivo, creato dal Ministero del lavoro, costituisce un riconoscimento di eccellenza per le imprese che mettono in atto una politica di pari opportunità e uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici o che, agli stessi fini, introducono delle buone pratiche. Si tratta

<sup>18</sup> Art. 45 LO 3/2007: Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo. 4. Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo.

5. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.

(Traduzione personale: Senza pregiudizio delle disposizioni della sezione precedente, le imprese dovranno creare e applicare un piano di uguaglianza se così viene stabilito nella convenzione collettiva che sia applicabile, nei termini previsti in esso. 4. anche le imprese elaboreranno e applicheranno un piano di parità, previa precedente negoziazione o consultazione, nel caso, con la rappresentanza legale dei lavoratori e la sostituzione delle lavoratrici, quando l'autorità del lavoro abbia accertato in una procedura sanzionatoria sanzioni accessorie per l'elaborazione e l'applicazione di detto piano, nei termini che siano fissati nell'accordo indicato.

5. L'elaborazione e l'attuazione di piani di uguaglianza sarà di carattere volontario per le altre imprese, dopo aver consultato la rappresentanza legale dei lavoratori).

<sup>19</sup> Art. 49 de la LO 3/2007.

di un valore che l'impresa può vantare nel traffico commerciale o nelle sue strategie pubblicitarie.

Questo distintivo viene chiamato DIE (distintivo de igualdad en la empresa/ distintivo d'uguaglianza nell'impresa) e la sua concessione è rimessa all'autorità governativa sulla base di un bando annuale. Dopo essere concesso, ha una durata di tre anni<sup>20</sup>. Attualmente in Spagna hanno conseguito questo distintivo 148 imprese.

4.3. *Condizioni di lavoro e conciliazioni.* – Unitamente alle azioni funzionali alla regolazione delle relazioni lavorative, la normativa spagnola prevede un insieme di misure di carattere sociale che hanno come obiettivo la conciliazione della vita privata con il diritto al lavoro.

Tra quelle più recenti volte a favorire la conciliazione della vita personale, familiare e lavorativa, si pone il congedo di paternità la cui durata, di soli 13 giorni nel 2007, è divenuta di cinque settimane nel 2018, da ampliarsi, in caso di nascite multiple, con ulteriori 2 giorni per figlio o figlia, dal secondo figlio in poi<sup>21</sup>. Si tratta di un diritto individuale ed esclusivo del padre, che viene riconosciuto tanto in caso di paternità biologica come in caso di adozione e accoglienza. L'obiettivo principale sarebbe quello di arrivare ad avere un tempo di congedo pari a quello della maternità, almeno nel 2021, e promuovere il godimento di questo diritto tra gli uomini.

Il congedo di maternità ha una durata di 16 settimane (escluso il cd. congedo per l'allattamento), con possibilità di aumento di due settimane nell'eventualità in cui il figlio o la figlia siano disabili. En-

<sup>20</sup> R.d. 1615/2009, del 26 ottobre, che disciplina la concessione e uso del distintivo "Equality in the Company", come modificato dal rd. 850/2015, del 28 settembre, che ha sviluppato il succitato articolo 50 della LO 3/2007, del 22 marzo. Con l'Ordine IGD/3195/2009, del 12 novembre, rilasciato in conformità con l'articolo 2 del r.d. 1615/2009, del 26 ottobre, è stato approvato il logo e rappresentazione grafica del distintivo «Equality in the Company». Inoltre, e in conformità con l'articolo 20 del suddetto r.d., si è creato il Registro di società con il distintivo «Equality in the Company», tramite Ordine SPI/1292/2011, del 17 maggio.

<sup>21</sup> Art. 44.3 de la LO 3/2007: Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social. (Traduzione personale: per contribuire a una ripartizione più equilibrata delle responsabilità familiari, ai genitori viene riconosciuto il diritto a un permesso e a un'indennità di paternità, nei termini forniti nelle normative sul lavoro e sulla sicurezza sociale).

trambi i genitori possono beneficiarne. Queste condizioni si applicano anche ai lavoratori autonomi unitamente ad altri regimi speciali di sicurezza sociale.

Alle stesse esigenze di tutela risponde la riduzione dell'orario di lavoro, per la cui applicazione si è anche aumentata l'età massima dei figli che è passata dai sei agli otto anni, mentre il limite minimo di detta riduzione è stato portato a un ottavo del giorno.

Infine, vale la pena evidenziare un'altra misura compensativa del tempo dedicato alla conciliazione familiare e la sua incidenza sul piano della promozione professionale stabilita dai regolamenti. Tale misura consiste nel valutare a fini curricolari e nei processi selettivi il tempo dedicato alla maternità o paternità e alla cura del bambino. Secondo l'articolo 57 della LO 3/2007, «nelle basi dei concorsi per la fornitura di posti di lavoro saranno calcolati, ai fini della valutazione del lavoro sviluppato e dei meriti corrispondenti», il tempo che i candidati sono rimasti in situazioni di ferie, riduzione dell'orario di lavoro, ferie o altri benefici al fine di proteggere la maternità e la paternità e facilitare la riconciliazione della vita personale, familiare e lavorativa.

Nonostante lo scioglimento delle Cortes Generales dopo l'annuncio delle elezioni Generali il giorno 28 aprile 2019, il Governo spagnolo ha utilizzato il decreto-legge 6/2019, del 1° marzo, per emanare nuove disposizioni. Una di queste riguarda proprio le politiche per la parità e in parte riforma la LO 3/2007, commentata precedentemente.

Tra gli aspetti più importanti di questo r.d.l. del 1 marzo 2019, sulle misure urgenti per garantire uguaglianza di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro ricordiamo:

*Piani di uguaglianza:* è riconosciuta la natura obbligatoria dei piani di parità rispetto alle aziende con più di 50 lavoratori, che hanno un anno di tempo per adattarsi a questa normativa.

*Registro di piani di parità:* si crea un registro di piani di parità con sede regionale e statale a seconda delle dimensioni dell'azienda.

*Registro salariale:* si stabilisce l'obbligo per le aziende di avere un registro salariale liberamente accessibile a tutti i lavoratori, dove siano indicati tutti gli stipendi medi, i supplementi salariali e i compensi extra salariali del personale, con indicazione differenziata in base al sesso e riferiti a gruppi professionali, categorie o posti di lavoro dello stesso livello. La discriminazione salariale si presume esistente quando in una impresa con almeno 25 dipendenti la media delle retribuzioni dei lavoratori di un sesso sia superiore del 25% rispetto all'altro, in

rapporto alla massa salariale o alla media delle retribuzioni pagate, salvo prova che il diverso trattamento non sia imputabile al sesso dei lavoratori.

*Congedo di paternità*: viene promosso il graduale livellamento del congedo di paternità e maternità al fine di estendere il primo a 16 settimane (congedo di 8 settimane a partire del 2 marzo, di 12 settimane dopo il 1 gennaio 2020 e 16 dopo il 1 gennaio 2021).

*Permesso di allattamento*: viene ampliato in modo da garantire a uomo e donna il diritto di assentarsi un'ora al giorno dal posto di lavoro per poter svolgere questa attività durante i primi 9 mesi di vita del figlio, concentrandolo in alternativa dopo il congedo di maternità.

Insieme a queste importanti misure, che consentono di conciliare il lavoro con la vita familiare e professionale, il sistema giuridico spagnolo ne prevede altre dirette a promuovere le pari opportunità. Alcune di esse riguardano settori molto specifici dell'attività amministrativa, mentre altre hanno una portata più generale. Tutte sono elencate per legge, in modo che la conformità sia vincolante per tutte le autorità pubbliche, sia la pubblica amministrazione che i tribunali e il legislatore. Vediamone alcune delle più rilevanti.

5. *Misure di carattere settoriale*. - 5.1. *Valutazione dell'impatto di genere nell'elaborazione dei regolamenti e la pianificazione*. - Una delle misure che ha suscitato grandi aspettative è stata l'inclusione della valutazione dell'impatto di genere nella produzione normativa. Secondo l'articolo 19 della LO 3/2007, tutti i progetti di disposizioni amministrative di carattere generale nonché piani di speciale rilevanza economica, sociale, culturale e artistica sono soggetti all'approvazione del Consiglio dei ministri e devono includere una relazione sul loro impatto in ragione del genere. Tale misura riguarda tutti i regolamenti emanati dal Governo della Nazione nonché l'attività di pianificazione con impatto sociale o economico.

I regolamenti delle Comunità autonome adottano un protocollo simile nella predisposizione di regolamenti, programmazione e pianificazione. La Navarra, ad esempio, prevede un parere sull'impatto di genere nei progetti preliminari di legge, nei progetti di disposizioni normative e nei piani e programmi approvati dal governo<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> L. prov. 33/2002, del 28 novembre, sulla promozione della parità di opportu-

5.2. *Valutazione dell'impatto di genere sull'urbanistica.* – Particolare attenzione è stata data alla pianificazione e all'attività urbana, sia dalla legislazione settoriale che dalle norme di pari opportunità specifiche<sup>23</sup>. La LO 3/2007, del 22 marzo, sull'effettiva uguaglianza tra donne e uomini, stabilisce nel suo articolo 31 l'obbligo di valutare «le esigenze dei diversi gruppi sociali e dei diversi tipi di strutture familiari» e l'accesso paritario ai diversi servizi e infrastrutture urbane. Il comma terzo, con riferimento espresso al processo di pianificazione urbana, stabilisce che le amministrazioni pubbliche interessate prenderanno in considerazione la prospettiva di genere nella progettazione della città, nelle politiche urbane e nella definizione ed esecuzione della pianificazione urbana, al fine di individuare i meccanismi e gli strumenti necessari a questo scopo.

Allo stesso modo, il d.lg. 7/2015, del 30 ottobre, che approva il testo riveduto della legge sul suolo e la riabilitazione urbana, stabilisce che tutte le politiche pubbliche relative alla regolamentazione, riordino, occupazione, trasformazione e uso del suolo dovrebbero garantire la sostenibilità e quindi «promuovere l'uso razionale delle risorse naturali armonizzando i requisiti di parità di trattamento e opportunità» (articolo 3). Nello specifico, l'art. 20 si riferisce alla pianificazione territoriale e urbana ed esorta le amministrazioni locali e regionali a «prestare attenzione, nella gestione degli usi del suolo, ai principi [...] della parità di trattamento e delle opportunità tra donne e uomini».

Dette dichiarazioni non sono rimaste lettera morta per il potere giudiziario spagnolo. Infatti, alcune sentenze della Corte Suprema, come quelle del 6 ottobre 2015<sup>24</sup>, hanno dichiarato la nullità del piano di gestione del territorio della Costa del Sol occidentale della provincia di Malaga, approvato dal decreto del Consiglio Governativo della Junta de Andalucía, così dimostrando l'alto grado di responsa-

bilità tra donne e uomini in Navarra e l'Accordo governativo del 16 maggio 2011, di approvazione delle istruzioni per la preparazione del rapporto di impatto per motivi di sesso. In termini simili si esprimono i regolamenti di Andalusia, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Principado de Asturias o Extremadura.

<sup>23</sup> Sull'argomento, M.T. CARBALLEIRA RIVERA, *Urbanismo y género*, in J. GIREU I FONT, MENÉNDEZ REXACH (curr.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Balbé Prunés*, Madrid 2016, pp. 205-231.

<sup>24</sup> RJ/2015/6302 e RJ/2015/5588. A tale riguardo, è stata pronunciata anche la sentenza della Corte di Giustizia Superiore di Madrid del 19 aprile 2017 (appello 1882/2015) che ha annullato il Piano Generale di Boadilla del Monte (Madrid).

bilità e rigore nella relativa applicazione in questo campo, così come avviene in altri come l'ambiente. Tra le molte questioni sollevate dalla Corte, spiccano quelle che hanno ripercussioni nell'interpretazione di tutti i regolamenti regionali. In particolare, sottolineiamo quattro importanti asserzioni giurisprudenziali: a) l'assimilazione del piano urbano alle disposizioni normative in funzione della sua sottoposizione a una valutazione dell'impatto di genere. Pertanto, la valutazione dell'impatto di genere costituisce una procedura obbligatoria nell'elaborazione dei piani urbanistici, se tale requisito stabilisce la norma generale come l'urbanistica più specifica; b) le conseguenze dell'omissione della procedura che, in quanto obbligatoria, risulta essenziale, con conseguente nullità del piano regolatore e dei piani attuativi adottati in difetto; c) il potere di imporre ciò che è dato alle norme specifiche sulla parità di trattamento e le opportunità rispetto a qualsiasi altro settore dell'urbanistica e la capacità di modulare e reinterpretare i suoi precetti; d) il potere espansivo della valutazione dell'impatto di genere e la sua estensione a tutte le Amministrazioni coinvolte nel processo di creazione e approvazione di un piano urbano. In Spagna, dato che la pianificazione urbana è una competenza autonoma esclusiva, la norma urbana emanata dalle Comunità autonome collega sia i Comuni incaricati dell'elaborazione del piano che le Comunità autonome responsabili della loro approvazione finale.

L'integrazione di genere nella pianificazione urbana implica un cambiamento nella percezione della città e un migliore allineamento dei servizi urbani e delle azioni con le esigenze di uomini e donne. Il cambiamento si riflette in diversi livelli da ricondursi ai seguenti meccanismi: a) meccanismi di precondizionamento e codecisione, come l'integrazione delle donne nei processi di elaborazione (impegno ad ammettere i loro contributi) e nella fase di valutazione dei risultati urbani; disaggregazione dei dati per sesso prima della pianificazione; analisi dell'impatto sui diversi gruppi sociali (non solo sulle donne) delle proposte di trasformazione urbana b) meccanismi di pianificazione, in cui rientra la creazione di piani con diversità abitativa adattati alla diversità familiare oggi esistente; integrazione dei locali e degli spazi per l'esercizio di attività economiche di piccole o medie dimensioni ed allestimento delle attrezzature necessarie; integrazione dei mobili e delle attrezzature presenti negli spazi pubblici come parchi, giardini o strade, nonché promozione di un'estetica urbana amichevole e diversa; integrazione dell'edilizia sociale e dell'affitto in tutti i quartieri al fine di evitare le urbanizzazioni a bassa densità di edifici;

c) meccanismi di gestione del suolo come l'assegnazione *ex lege* del terreno da edificare e contributi in denaro per la costruzione di alloggi pubblici di qualità; valutazione del tempo nell'organizzazione dei diversi usi del suolo; promozione del mix di usi nella stessa area urbana e creazione di città compatte; creazione di servizi comuni che facilitino il lavoro dei cittadini all'interno della stessa area urbana (asili nido, scuole, trasporti pubblici, attrezzature di base); d) articolazione di politiche pubbliche parallele come l'educazione di genere, l'accesso per le donne ai centri di potere locali o allo sviluppo di piani per la parità a livello comunale.

5.3. *Misure nel settore pubblico: A) Impiego pubblico B) Attività amministrativa C) Misure procedurali.* – Il mainstreaming di genere ha influenzato anche il comportamento delle pubbliche Amministrazioni. Le misure più importanti adottate erano rivolte principalmente all'occupazione pubblica, all'esercizio di alcune attività della pubblica amministrazione e al processo amministrativo e giudiziario. Sebbene inizialmente queste misure fossero stabilite dalla LO 3/2007 per l'Amministrazione generale dello Stato, le successive leggi autonome sull'uguaglianza tra uomini e donne le hanno inserite nel loro campo d'azione, così che oggi possiamo affermare che costituiscono un modello operativo comune e generalizzato dell'intero settore pubblico spagnolo.

A) Pubblico impiego. Per quanto riguarda il pubblico impiego, l'obbligo di rispettare l'equilibrio nella formazione degli organi di selezione collegiali e nei comitati di valutazione ha avuto un impatto particolare. Secondo l'articolo 53 della LO 3/2007, «tutti i tribunali e gli organi di selezione del personale dell'amministrazione generale dello Stato e degli enti pubblici collegati o dipendenti da esso rispondono al principio di presenza equilibrata di donne e uomini, ad eccezione per ragioni ben fondate e oggettive, debitamente motivate». Al giorno d'oggi, questo principio è diventato una regola comune per tutte le amministrazioni pubbliche, che costituiscono tali organi collegiali con una presenza minima di donne pari al 40% del totale.

Allo stesso modo, la pubblica Amministrazione e gli enti pubblici collegati o dipendenti da essa designano i loro rappresentanti in organi collegiali, comitati di esperti, comitati consultivi, nazionali o internazionali e nei consigli di amministrazione delle società partecipate, in conformità con il principio di una presenza equilibrata di donne e uomini, salvo motivazioni fondate e obiettive, debitamente motivate (articolo 54 della LO 3/2007).

La disposizione dell'articolo 52 è ugualmente degna di menzione, in quanto impone la proporzione di genere nelle posizioni dirigenziali delle pubbliche amministrazioni. Pertanto, il governo è tenuto a garantire una presenza equilibrata di donne e uomini nella composizione dei suoi organi direttivi e nelle agenzie pubbliche collegate o dipendenti che attualmente rappresentano circa il 41%.

Oltre a queste misure, che influiscono sulla composizione degli organi e sulla titolarità delle cariche, la legislazione ne ha aggiunto altre in materia di formazione dei dipendenti pubblici, tenuti a frequentare corsi sull'uguaglianza di genere<sup>25</sup>, di creazione di protocolli d'azione in caso di molestie sessuali<sup>26</sup>, di istituzione di un piano qua-

<sup>25</sup> Art. 61. Formazione per l'uguaglianza. «1. Todas las pruebas de acceso al empleo público de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella contemplarán el estudio y la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en los diversos ámbitos de la función pública. 2. La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella impartirán cursos de formación sobre la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y sobre prevención de la violencia de género, que se dirigirán a todo su personal». 1. Tutte le prove di accesso all'occupazione pubblica dell'Amministrazione statale generale e degli enti pubblici collegati o dipendenti da essa contemplano lo studio e l'applicazione del principio di uguaglianza tra donne e uomini nelle varie aree del servizio pubblico. 2. L'Amministrazione generale dello Stato e gli enti pubblici collegati o dipendenti da essa forniranno corsi di formazione sulla parità di trattamento e opportunità tra donne e uomini e sulla prevenzione della violenza di genere, che sarà indirizzata a tutto il suo personale» (traduzione personale).

<sup>26</sup> Art. 62 Protocollo di azione contro le molestie sessuali e le molestie basate sul sesso. «Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios: a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres. c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario. d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia». Per la prevenzione delle molestie sessuali e delle molestie per ragioni di sesso, le amministrazioni pubbliche negozieranno con la rappresentanza legale di lavoratrici e lavoratori un protocollo d'azione che includerà, almeno, i seguenti principi: a) L'impegno dell'Amministrazione dello Stato Generale e delle relative agenzie pubbliche o dipendenze per prevenire e non tollerare molestie sessuali e molestie basate sul sesso. b) L'istruttore nello staff deve rispettare la

driennale di parità nelle pubbliche Amministrazioni che prevede le misure destinate al personale durante questo periodo<sup>27</sup> o la preparazione di valutazioni periodiche delle misure applicate in materia di pari opportunità in ogni pubblica Amministrazione<sup>28</sup>.

Dal punto di vista organizzativo, tutte le Amministrazioni hanno uffici incaricati di assicurare l'effettivo rispetto dei principi di uguaglianza nel loro ambito, siano esse Amministrazioni territoriali<sup>29</sup> o

dignità delle persone e il diritto alla privacy, così come la parità di trattamento tra donne e uomini. c) Il trattamento riservato della denuncia dei fatti che diventano costitutivi di molestie sessuali o molestie basate sul sesso, fermo restando quanto stabilito nel regolamento del regime disciplinare. d) L'identificazione della persona responsabile dell'indagine di un reclamo formale" (traduzione personale).

<sup>27</sup> Art. 64. Piano di uguaglianza nell'amministrazione generale dello Stato e negli organismi pubblici collegati o dipendenti da esso. «El Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. El Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución. El Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros». Il governo approverà, all'inizio di ogni mandato, un piano per la parità tra donne e uomini nell'amministrazione generale dello Stato e negli enti pubblici collegati o dipendenti da esso. Il piano stabilirà gli obiettivi da raggiungere in termini di promozione della parità di trattamento e opportunità nel pubblico impiego, nonché le strategie o le misure da adottare per raggiungerli. Il Piano sarà oggetto di negoziazione e, se del caso, di accordo con la rappresentanza legale dei dipendenti pubblici secondo le modalità stabilite dalla legislazione sulla contrattazione collettiva nella pubblica amministrazione e la sua conformità sarà valutata annualmente dal Consiglio dei ministri" (traduzione personale).

<sup>28</sup> Art. 63. «Todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal». Articolo 63. Valutazione sull'uguaglianza nell'impiego pubblico. Tutti i dipartimenti ministeriali e le organizzazioni pubbliche invieranno, almeno una volta all'anno, ai ministeri del lavoro e degli affari sociali e della pubblica amministrazione, informazioni riguardanti l'effettiva applicazione in ciascuno di essi del principio di uguaglianza tra donne e uomini, con specificazione, attraverso la disaggregazione per sesso dei dati, della distribuzione del suo personale, del gruppo di laurea, del livello di complemento del destino e delle retribuzioni medie del suo personale (traduzione personale).

<sup>29</sup> A livello statale, l'articolo 77 della legge 3/2007 contempla le unità per l'u-

enti dipendenti come nel caso delle Università. Questi uffici di base sono di solito coordinati da organi collegiali e dotati di organi consultivi sul tema<sup>30</sup>.

Infine, sia a livello nazionale sia regionale, sono state create organizzazioni autonome specializzate nella promozione delle politiche di uguaglianza oltre che nello studio e nella valutazione del loro impatto. Una di queste organizzazioni è l'Istituto per le donne e le pari opportunità, creato dalla l. 16/1983, del 24 ottobre, successivamente modificata dalla l. 15/2014 del 16 settembre e assegnata al ministero del Lavoro, presidenza, relazioni con il Parlamento e uguaglianza.

B) Attività amministrativa. Vi sono molti settori dell'attività delle pubbliche amministrazioni in cui il principio delle pari opportunità

guaglianza in tutti i Ministeri: «En todos los Ministerios se encomendará a uno de sus órganos directivos el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de las materias de su competencia y, en particular, las siguientes: a) Recabar la información estadística elaborada por los órganos del Ministerio y asesorar a los mismos en relación con su elaboración. b) Elaborar estudios con la finalidad de promover la igualdad entre mujeres y hombres en las áreas de actividad del Departamento. c) Asesorar a los órganos competentes del Departamento en la elaboración del informe sobre impacto por razón de género. d) Fomentar el conocimiento por el personal del Departamento del alcance y significado del principio de igualdad mediante la formulación de propuestas de acciones formativas. e) Velar por el cumplimiento de esta Ley y por la aplicación efectiva del principio de igualdad». In tutti i Ministeri, uno dei suoi organi direttivi sarà incaricato dello sviluppo delle funzioni relative al principio di uguaglianza tra donne e uomini nel campo delle materie di sua competenza e, in particolare, i seguenti: a) Raccogliere le informazioni statistiche preparate dagli organi del Ministero e consigliarle in relazione alla sua preparazione. b) Elaborare studi con lo scopo di promuovere l'uguaglianza tra donne e uomini nelle aree di attività del Dipartimento. c) Avisare gli organi competenti del Dipartimento nella preparazione della relazione sull'impatto dovuto al genere. d) Promuovere la consapevolezza da parte del personale del Dipartimento della portata e del significato del principio di uguaglianza attraverso la formulazione di proposte di azioni di formazione. e) Garantire il rispetto di questa legge e l'effettiva applicazione del principio di uguaglianza (traduzione personale).

<sup>30</sup> Così, nel caso dell'Amministrazione generale dello Stato, è stata creata la Commissione interministeriale di parità tra donne e uomini, organo collegiale responsabile del coordinamento delle politiche e delle misure adottate dai dipartimenti ministeriali al fine di garantire il diritto alla parità tra donne e uomini e promuovere la loro efficacia. E il Consiglio per la partecipazione delle donne, organo collegiale per la consultazione e la consulenza, con l'obiettivo essenziale di fungere da canale per la partecipazione delle donne all'efficace attuazione del principio della parità di trattamento e delle opportunità tra donne e uomini, e la lotta contro la discriminazione basata sul sesso.

tra uomini e donne è stato integrato. Senza voler esaurire la questione, citiamo qui alcune delle misure che hanno avuto il maggiore impatto.

Una delle aree di maggiore influenza è stata l'azione di cooperazione internazionale per lo sviluppo, che richiede dal 2007 l'inserimento di una prospettiva di genere nella preparazione di tutti i suoi programmi e progetti all'estero<sup>31</sup>.

Lo stesso vale per gli appalti pubblici. L'articolo 33 della LO 3/2007 ha stabilito che le autorità pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, attraverso le loro amministrazioni aggiudicatrici e in connessione con l'esecuzione dei contratti stipulati, possono stabilire condizioni speciali per promuovere l'uguaglianza tra donne e uomini nel mercato del lavoro, in conformità con le disposizioni della legislazione sugli appalti del settore pubblico.

Uno dei settori in cui si influisce maggiormente è la selezione dell'appaltatore. Secondo l'articolo 145 della l. 9/2017 dell'8 novembre, sui contratti del settore pubblico, tra i criteri qualitativi per l'assegnazione dei contratti e nella selezione del miglior offerente, è possibile inserire criteri come l'esistenza nell'azienda di «piani d'uguaglianza e, in generale, parità tra donne e uomini; la promozione della contrattazione femminile; la conciliazione tra lavoro, vita personale e familiare». Inoltre, l'amministrazione può anche richiedere i certificati o accreditamenti sociali che garantiscano la qualità del servizio o

<sup>31</sup> «Todas las políticas, planes, documentos de planificación estratégica, tanto sectorial como geográfica, y herramientas de programación operativa de la cooperación española para el desarrollo, incluirán el principio de igualdad entre mujeres y hombres como un elemento sustancial en su agenda de prioridades, y recibirán un tratamiento de prioridad transversal y específica en sus contenidos, contemplando medidas concretas para el seguimiento y la evaluación de logros para la igualdad efectiva en la cooperación española al desarrollo» (art. 32 LO 3/2007). Tutte le politiche, i piani, i documenti di pianificazione strategica, sia settoriali che geografici, e gli strumenti di programmazione operativa della cooperazione spagnola per lo sviluppo, includeranno il principio di uguaglianza tra donne e uomini come elemento sostanziale nella loro agenda di priorità, e essi riceveranno un trattamento di priorità trasversale e specifica nei loro contenuti, contemplando misure concrete per il follow-up e la valutazione dei risultati per l'uguaglianza effettiva nella cooperazione spagnola allo sviluppo (traduzione personale). Da parte sua, la l. 23/1998 del 7 luglio sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo fa riferimento ai principi enunciati nell'articolo 3. «c) La necesidad de promover un desarrollo humano global, interdependiente, participativo, sostenible y con equidad de género en todas las naciones». La necessità di promuovere uno sviluppo umano globale, interdipendente, partecipativo, sostenibile e equo di genere in tutte le nazioni (traduzione personale).

del prodotto oggetto del contratto come «etichette distintivi della parità di genere» (articolo 127 l. 9/2017). E, in sede di definizione delle condizioni economiche dei contratti, ove queste siano comprensive delle condizioni salariali dei lavoratori, lo stipendio sarà specificato con disaggregazione delle categorie professionali e specificazione del sesso (articolo 100 l. 9/2017).

Infine, nella esecuzione dei contratti possono anche influire considerazioni sociali legate al sesso e volte ad «eliminare le disuguaglianze tra uomini e donne nel mercato, favorendo l'attuazione di misure volte a promuovere la parità tra donne e uomini al lavoro; favorire una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione della vita lavorativa e familiare» (articolo 202, l. 9/2017).

In materia di sussidi succede qualcosa di simile. Nei programmi di sovvenzionamento strategico adottati si determineranno le aree in cui, a causa dell'esistenza di una situazione di pari opportunità tra uomini e donne, le basi normative delle sovvenzioni possono includere la valutazione di azioni di effettivo raggiungimento dell'eguaglianza da parte degli enti richiedenti (articolo 35 l. 3/2007).

C) Misure procedurali. Nell'ambito del processo amministrativo, viene concesso un trattamento speciale anche alle situazioni in cui vi è una violazione della parità di trattamento da parte delle pubbliche Amministrazioni. La sensibilità verso questi temi si riflette nella legittimazione a difesa di interessi diffusi che consente ai sindacati e alle associazioni di impugnare gli atti e le decisioni delle amministrazioni pubbliche, sia in via amministrativa che attraverso canali giurisdizionali. Quindi, secondo l'art. 19.1. i) della l. 29/1998, del 13 luglio, sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa «per la difesa del diritto alla parità di trattamento tra donne e uomini, oltre alle persone colpite e sempre con la loro autorizzazione, sono legittimati anche i sindacati e le associazioni legalmente costituite il cui scopo principale è la difesa della parità di trattamento tra donne e uomini, rispetto ai loro membri e associati».

Anche quando i privati interessati sono una pluralità di persone indeterminate o difficili da determinare, la legittimazione ad agire in difesa di questi interessi diffusi spetterà esclusivamente agli enti pubblici competenti in materia, ai sindacati più rappresentativi e alle associazioni di settore, il cui scopo principale è l'uguaglianza tra donne e uomini, senza pregiudizio, se le persone colpite erano determinate, della propria legittimazione.

Sul piano probatorio, anche per la parte interessata viene presa in considerazione una situazione di vantaggio poiché, in sede contenzioso-amministrativa, l'onere della prova è invertito nei confronti dell'Amministrazione. Pertanto, «nei procedimenti in cui le accuse del ricorrente si basano su azioni discriminatorie fondate sul sesso, spetterà al convenuto provare l'assenza di discriminazione nelle misure adottate e la loro proporzionalità» (articolo 60.7 l. 29/1998).

5.4. *Rappresentanza politica.* – Sembra chiaro che le misure per promuovere le pari opportunità descritte non potevano rimanere rigorosamente nel campo dell'azione amministrativa, dovendo estendersi ad altri rami del governo e ai rappresentanti dei cittadini. E infatti è stato così. La LO 3/2007 ha introdotto molti cambiamenti nella legislazione precedente sia in campo giudiziario che in campo legislativo.

Per consentire l'accesso delle donne in campo politico, l'articolo 44 *bis* della LO 5/1985, del 19 giugno, contenente la disciplina del sistema elettorale, ha stabilito l'obbligo di equilibrio di genere nella formazione delle liste elettorali locali, regionali, statali ed europee. Le candidature presentate per le elezioni «dovrebbero avere una composizione equilibrata di donne e uomini, in modo che nell'intera lista i candidati di un sesso rappresentino almeno il quaranta per cento. Quando il numero di posizioni da coprire è inferiore a cinque, la percentuale di uomini e donne sarà il più vicino possibile all'equilibrio numerico»<sup>32</sup>.

Al giorno d'oggi, è assolutamente impensabile che un partito po-

<sup>32</sup> Detto articolo definisce anche la formazione degli elenchi delle Assemblee legislative delle Comunità autonome e del Senato nei seguenti termini: Nelle elezioni dei membri delle Assemblee Legislative delle Comunità Autonome, le leggi regolatorie dei loro rispettivi regimi elettorali possono stabilire misure che favoriscono una maggiore presenza di donne nelle candidature presentate alle elezioni delle suddette Assemblee legislative. 2. È inoltre mantenuta la percentuale minima del quaranta per cento in ciascuna fascia di cinque posti. Quando l'ultima parte dell'elenco non raggiunge cinque posizioni, la percentuale di donne e uomini di cui sopra in quella sezione sarà il più vicino possibile al saldo numerico, anche se la proporzione richiesta per l'intero elenco dovrebbe essere mantenuta in ogni caso. 3. Agli elenchi di sostituti si applicano le regole contenute nelle sezioni precedenti. 4. Quando le candidature per il Senato sono raggruppate in elenchi, in conformità con le disposizioni dell'articolo 171 della presente legge, tali liste devono anche avere una composizione equilibrata di donne e uomini, in modo che la proporzione di entrambi sia la stessa, il più vicino possibile al bilancio numerico.

litico non sostenga le liste elettorali della c.d. chiusura lampo, in origine così denominate per l'interposizione delle donne nell'elenco dei nomi inclusi nella lista e, a prescindere dalla direzione politica del partito, tutte le liste sono oramai soggette a questo criterio. Anche così, la Spagna non è riuscita ad avere alcuna donna presidente del governo e solo sporadicamente si sono formate forze politiche guidate da una donna.

6. *C'è ancora una strada da percorrere.* – Potremmo continuare a puntare a riforme di vasta portata che, come il modello di protezione contro la violenza di genere<sup>33</sup>, hanno rappresentato un punto di svolta nella consapevolezza e nella difesa della società spagnola delle pari opportunità. Non è un caso che l'ultima celebrazione della giornata della donna abbia riempito le strade e le piazze di tutte le città della Spagna con una manifestazione massiccia, in cui più di mille punti sono stati reclamati per essere corretti o per i quali combattere a favore dell'uguaglianza. E, anche se la strada percorsa è stata importante, ci sono molti punti in sospeso e molte battaglie da combattere.

Tra questi, evidenziamo l'inesistenza di un regolamento che influisce sugli squilibri esistenti nelle società private, in cui il numero

<sup>33</sup> LO 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. In dottrina, v. P. TAPIA BALLESTEROS, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, in *Revista de Derecho Penal*, XXIX, 2010, pp. 347-352; B. CRUZ MÁRQUEZ, *Género y tipo de relación como fundamento del régimen de protección reforzado de la LO 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género*, in *Estudios penales y criminológicos*, XXX, 2010, pp. 85-120; M.C. ALASTUEY DOBÓN, E. ESCUCHURI AISA, *La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: de la aprobación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género a la reforma del código penal de 2015*, in *Revista de derecho penal*, XXIII, 2015, pp. 37-78; J.L.GONZÁLEZ ÁLVAREZ, M.J. GARRIDO ANTÓN, *Utilidad de las medidas policiales de protección de víctimas de violencia de género en España*, in *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, LI, 2015, pp. 41-61; J.C. VILORIO DE LA FUENTE, *Análisis de la Ley Integral contra la Violencia de Género: doce años de una ley polémica*, in *Anuario Internacional de Criminología y Ciencias Forenses*, I, 2016, pp. 367-375; A. ALONSO DE ESCAMILLA, *Medidas de tutela penal en la Ley integral contra la violencia de género*, in M.B. FERNÁNDEZ GÓNZÁLEZ, O' CALLAGHAN MUÑOZ (curr.), *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, 2019, pp. 313-325; M. LÓPEZ BENITEZ, *Una aproximación a la normativa sobre violencia de género desde el derecho administrativo*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, L, 2019, in [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=421268&d=1](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421268&d=1).

di donne nei consigli di amministrazione è ancora inferiore al 23%. È urgente la regolamentazione di una quota rosa nel settore delle imprese private. Lo stesso si può dire del divario salariale che esiste ancora in Spagna tra uomini e donne che svolgono lo stesso lavoro e che, secondo le più recenti statistiche, si attesta al 24%. E, naturalmente, l'incapacità del sistema di rompere lo squilibrio nella distribuzione dei compiti familiari, il tetto di cristallo, la scarsa presenza di donne in posizioni apicali e di potere come sindacati, partiti politici o di alta dirigenza che oggi, nonostante tutto, rimangono nel range del 25-30% del totale. In breve, è ancora necessario progredire nelle politiche di pari opportunità e approfondire un problema che interessa più della metà della popolazione di qualsiasi paese. E questo perché solo in questo modo raggiungeremo la desiderata sostenibilità economica e sociale.

#### *Abstract*

Il contributo esamina l'evoluzione normativa che ha portato all'introduzione, in Spagna, di meccanismi finalizzati alla concreta affermazione della parità di genere in campo amministrativo, lavorativo e della formazione professionale e ne valuta l'effettività alla luce dell'esperienza applicativa. Si perviene così ad un bilancio della materia che pone in luce la necessità di lavorare ancora sul cambiamento culturale.

The work examines the regulatory evolution that led to the introduction in Spain of mechanisms aimed at the concrete affirmation of gender equality in the administrative, labor and professional training fields and assesses their effectiveness in the light of the application experience. A balance sheet of the subject highlights the need to work again on cultural change.

SUSANNA POZZOLO

## LAVORO INVISIBILE E USO DEL TEMPO

Fattori che incidono sulla femminilizzazione della povertà

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Multifattorialità e specificità del femminile. – 2.1. Iniziando a considerare il genere. – 3. Tempi di vita e lavoro invisibile. – 3.1. Lavoro non pagato e squalificazione del femminile. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.* – Le promesse che dopo la seconda guerra mondiale facevano intravedere un mondo più ricco ed uguale sono state disattese e oggi è palese come la maggior produzione di ricchezza non sia stata equamente divisa fra la popolazione umana.

La povertà è per certo un fenomeno complesso e multifattoriale, che si declina diversamente in considerazione anche delle culture locali. In generale, si può dire che rappresenta una situazione di carenza, sia di beni e circostanze materiali, sia di benessere educativo e psicologico. Se diverse sono le sue ricostruzioni, ciò che si può affermare con certezza è che si tratta di una violazione dei diritti umani.

Indipendentemente dalla definizione e dalla lettura della povertà, da tempo si parla anche di «femminilizzazione della povertà» per indicare la sua concentrazione sulle donne. La questione, dunque, non solleva solo il problema di una cattiva distribuzione fra la popolazione mondiale, ma anche la specificità della disuguaglianza fra uomini e donne in ragione del loro genere. Dunque, riflettendo su quest'ultimo preoccupante aspetto del fenomeno, già di per sé grave, occorre considerare la problematicità data dall'intersecarsi di due livelli differenti nella distribuzione delle risorse: da un lato, la loro scarsa quantità per alcuni esseri umani, dall'altro, il modo in cui le risorse sono distribuite fra i sessi. Se consideriamo i livelli di produzione mondiale di ricchezza è chiaro il problema della distribuzione, su cui però non mi soffermo. Propongo, invece, una breve riflessione sui meccanismi che tendono a concentrare la povertà sulle donne, rendendo se non impossibile certamente molto difficile la loro inclusione.

2. *Multifattorialità e specificità del femminile*. – La condizione di povertà è una situazione in diversa misura dipendente dai luoghi e, dunque, varia anche con essi: banalmente non è lo stesso vivere in campagna o vivere in città. Cercando di considerare almeno una parte della molteplicità di fattori contestuali, quando mi riferisco alla condizione di povertà, in queste pagine, penso a una situazione in cui sia carente o assente qualcosa che è «necessario in quel contesto» e che è in grado di incidere sul benessere della persona. Escludo, tuttavia, che tale necessità possa dipendere semplicemente dal gusto personale: cioè la mancanza di un oggetto costoso per una persona che vive in un gruppo ricco, non fa di tale persona un soggetto povero, anche se potrà provare un certo disagio per quella specifica mancanza, o per la delusione della sua preferenza. Quella proposta è, certo, una definizione troppo generica, tuttavia inclusiva e spero adeguata al mio scopo. Rinvio a un'altra occasione una migliore definizione del criterio, voglio invece qui sottolineare soprattutto la centralità della considerazione del ruolo giocato dal contesto per lo sviluppo personale. Quindi, vorrei insistere sulla rilevanza della specifica privazione lamentata o identificata in tale preciso spazio fisico e temporale. Le abilità o i beni necessari, infatti, cambiano da situazione a situazione e molto diversi possono essere i fattori che producono la condizione di povertà nei differenti contesti. Ritengo che sia importante tenere ben presente questo punto perché uno dei problemi che mi pare di poter nominare è anche la costruzione delle categorie concettuali con le quali si analizza il fenomeno (o lo si è fatto fino a poco tempo fa).

Alla variabilità ricordata, occorre sommare l'effetto della multidimensionalità. Nei contesti, infatti, contano poi fattori specifici come l'età, il genere o la cultura, la condizione di salute; elementi che, invero, si intersecano fra loro generando difficoltà esponenziali<sup>1</sup>.

Ma è altrettanto importante sottolineare come la femminilizzazione della povertà sia, per contro, un fenomeno generale e diffuso<sup>2</sup>, rintracciabile nelle diverse culture e colpisca tutte le età, nonché ovviamente la condizione di salute. Il genere, dunque, rappresenta uno spartiacque nella distribuzione della ricchezza, un dato fisso che non

<sup>1</sup> Non è lo stesso essere donna rispetto a essere uomo, ma non è lo stesso essere una donna di colore rispetto a essere uomo, e così via. Per alcune osservazioni sull'intersezionalità a partire dalla particolare concentrazione di disabilità e povertà fra le donne di colore S. SCHALK, *Bodymind Reimagined*, Durham-London 2018.

<sup>2</sup> <https://ourworldindata.org/grapher/minutes-spent-on-leisure>.

si lega all'una o all'altra parte di mondo: le donne sono generalmente più povere, lo sono oggi e lo sono state in passato.

Sfortunatamente non è da molto che la ricerca ha finalmente messo in luce come il fattore del genere incida sui risultati di qualsiasi indagine e, quindi, sono ancora deficitarie le rilevazioni che considerano tale elemento anche in tema di povertà. La correzione delle categorie di analisi è ancora carente e, dunque, per molti versi il quadro generale degli elementi rilevanti non è del tutto chiaro e con esso la genesi del fenomeno stesso. Ne consegue che anche il piano delle misure per contrastarlo rimane relativamente confuso.

2.1. *Iniziando a considerare il genere.* – La letteratura sottolinea diversi fattori che potrebbero incidere sulla determinazione della povertà femminile. Per esempio, è stato notato un incremento delle donne capofamiglia; ma di per sé questo non spiega il fenomeno e, d'altra parte, la mancanza del salario non è un sintomo necessario di povertà – molte donne che si dedicano all'attività domestica non hanno un salario –, sebbene la condizione di dipendenza economica sia un fattore incidente, ma ritorno fra poco sul punto.

Fra i diversi tipi di approccio, la prospettiva femminista intersezionale sembra promettente per affrontare la questione e darci conto dell'incidenza del genere su molteplici questioni, compresa la femminilizzazione della povertà. In questa linea di osservazione mi pare, in primo luogo, si possa meglio affrontare l'analisi delle scelte delle persone che, talvolta, estrapolandole dal contesto, come fa certa letteratura, paiono difficili da comprendere. Ciò accade soprattutto alle scelte delle donne, quando vengono considerate fuori contesto o, meglio, nello spazio manipolato per costruire il famoso «sguardo da nessun luogo» del fantomatico individuo razionale<sup>3</sup>. Tuttavia, se ci si cala nel contesto, come il femminismo suggerisce, si può ben comprendere come, per riacquistare potere sulla propria vita, una donna possa accettare il rischio di povertà e, d'altra parte, come la mancanza di potere su di sé possa rappresentare un fattore fondamentale dello stato di deprivazione, per giunta anche in un contesto familiare che non cade sotto la soglia di povertà.

La prospettiva intersezionale, considerando l'incidenza delle «sfac-

<sup>3</sup> S. POZZOLO, *Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una recente sentenza della Cassazione*, in *Ragion pratica*, 2, 2017, pp. 573 ss.

«cettature» delle persone e dei contesti in cui si trovano, consente di osservare il quadro nella sua completezza e quindi il grado di incidenza dei diversi fattori. Il genere e le condizioni della *agency* in cui le donne si muovono sono fondamentali per comprendere il fenomeno della concentrazione della povertà femminile. Fattori culturali specifici mettono, infatti, le donne in condizione di bisogno «perché donne»<sup>4</sup>. Il fenomeno discriminante è, a sua volta, strettamente connesso all'internalizzazione della subordinazione femminile, cosa che finisce poi per contribuire ad ulteriori situazioni discriminanti talvolta gravissime come dimostra il caso delle «donne mancanti» soprattutto in Asia (India, Cina, sud corea) a causa di aborti selettivi o della mancata sopravvivenza alla nascita<sup>5</sup>.

Pur insistendo su come la persistente mancanza di dati divisi per genere sia a tutt'oggi una grave insufficienza metodologica nell'elaborazione delle categorie per l'analisi della povertà, ragionando nella direzione femminista e intersezionale, si può notare come uno fra i diversi fattori calcolabili e centrali per la concentrazione della povertà sul femminile è dato dall'uso del tempo da parte delle donne. Il diverso uso del tempo ha profondi riflessi sul benessere personale e si radica nella disuguaglianza e nell'interiorizzazione della subordinazione. Il trattamento disuguale che ricevono le donne nella comunità di appartenenza e l'effetto servile che ne deriva sono al cuore del problema della femminilizzazione della povertà, che rappresenta un chiaro prodotto sociale della disuguaglianza fra i generi. Una disuguaglianza che colpisce prima di tutto la vita familiare: sia nel senso della comunità di nascita e, quindi, incide sulle *chances* educative e sulla possibilità di fioritura individuale; sia nel senso del nuovo gruppo familiare costituito con le altre unioni – ad esempio con il matrimonio – e, dunque, capace di incidere ancora sulla *agency* e sul rispetto dei diritti riproduttivi, nonché sulle attività lavorative. Questo stato di cose iniziale ha enormi riflessi sulle possibilità future, esso circoscrive fortemente le opportunità che possono dirsi «significative» e che, per esempio, consentirebbero di ottenere un lavoro remunerato sul mer-

<sup>4</sup> Razavi spiega come in una popolazione le anziane vedove rischino la povertà in ragione dell'avere una progenie femminile o maschile ad esempio, perché solo gli uomini saranno capofamiglia che potranno decidere di dar loro accoglienza, S. RAZAVI, *Gendered Poverty and Well-being. Introduction*, in *Development and Change*, 30, 1999, pp. 409 ss.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

cato per le donne (con conseguente indipendenza economica e maggior controllo su di sé)<sup>6</sup>. Questo, oltre a insistere sulla distribuzione del potere «dentro la famiglia», comprime enormemente la loro autonomia e ancor prima la loro educazione. Da più parti, invero, è stato oramai sottolineato come questo risultato discriminante gravi, infine, sullo sviluppo economico e sociale più in generale<sup>7</sup>.

I fattori della disuguaglianza appena richiamati rinviano al «luogo» ritenuto classico della donna: al domestico. A questo proposito mi pare utile richiamare l'attenzione su come il modello «dell'anima del focolare» – ben rappresentato da quella figura femminile ritratta magistralmente da certe pubblicità di qualche ragù nel dopoguerra italiano o dalla esemplare Marion Cunningham della serie *Happy Days*, che tutti abbiamo visto almeno una volta, la donna felice con la sua lucidatrice<sup>8</sup> – sia ancora un paradigma che rimane nello sfondo del disciplinamento femminile oggi. Nonostante la decostruzione e la critica femminista, esso influisce fortemente, strutturando i ruoli di genere e risultando, dunque, un fattore determinante nell'uso del tempo da parte di entrambi.

Si tratta di un modello che pur essendo relativamente nuovo, si può datare dal dopoguerra, viene a presentarsi come un «universale», dunque un ideale regolativo per tutti e tutte. Invero la donna anima del focolare per come noi la conosciamo è il risultato di una costruzione che si lega alla espulsione delle donne dalle fabbriche alla fine della guerra. Essa fa tesoro delle capacità acquisite sul mercato, ma cerca di confinarle all'uso entro le mura domestiche. Viene esclusa nuovamente dal «pubblico», dove resta assente o tacitata. Il paradigma femminile del dopoguerra, che si esaurisce nel privato, definisce i «luoghi» e i modi di essere nella società della donna, rispondendo a un

<sup>6</sup> Una scelta diventa significativa quando le ragioni che la sostengono consentono di raggiungere obiettivi importanti, che possono cambiare durante la vita. Sul tema, fra altri contributi, riflessioni della teoria dei giochi e anche sulle scelte di consumo, per esempio, M. CSIKSZENTMIHALYI, *The Costs and Benefits of Consuming*, in *Journal of Consumer Research*, 27, 2, 2000, pp. 267 ss.; A. BHATTACHARJEE e C. MOGILNER, *Happiness from Ordinary and Extraordinary Experiences*, in *Journal of Consumer Research*, 41, 1, 2014, pp. 1 ss.

<sup>7</sup> Già qualche anno fa la stessa Banca d'Italia calcolava che se l'Italia fosse riuscita a centrare l'obiettivo di Lisbona sull'occupazione femminile al 60% il PIL sarebbe potuto crescere del 7%.

<sup>8</sup> Rinvio al sito [https://www.buffingtonpost.it/2013/12/03/pubblcita-degli-anni-50-che-oggi-ci-farebbero-rabbrivire-foto\\_n\\_4376773.html](https://www.buffingtonpost.it/2013/12/03/pubblcita-degli-anni-50-che-oggi-ci-farebbero-rabbrivire-foto_n_4376773.html).

momento storico dato che, tuttavia, persiste e influisce profondamente, cioè in modo pervasivo, oltre le ragioni contingenti che l'hanno prodotto. Ma a ben guardare è stata l'inclusione nel mercato durante la guerra ad essere "eccezione", piuttosto che il *backlash* successivo, giacché la struttura patriarcale non era mutata. L'aspetto che mi pare interessante sottolineare, però, è come tale modello sia riuscito a costruire una peculiare idea di privato e un paradigma di buona madre che ancora oggi determina la divisione dello spazio, del tempo e i ruoli di genere, come se fosse una struttura naturale.

La verità è che le donne hanno sempre lavorato e fatto parte della comunità, semplicemente fino ad anni recenti non avevano un livello di autonomia, anche giuridica, che le facesse emergere come soggetto economicamente autonomo<sup>9</sup>.

Quest'ultimo passaggio, tuttavia, l'emergere della donna come soggetto economicamente autonomo e il riconoscimento della sua soggettività giuridica non è stato un semplice processo di *empowerment*. Come ha ben mostrato Carole Pateman<sup>10</sup>, il sistema patriarcale ha assorbito il mutamento rinnovandosi senza modificare la sostanza delle relazioni. Del resto, non si spiegherebbe altrimenti la intuitiva sensazione della fatidica domanda posta da Mackinnon: «le donne sono umane?». Oggi possiamo rispondere di sì, i diritti della donna sono diritti umani. Ma è ancora lecito dubitare che lo siano del tutto, varcare la soglia per entrare nello spazio «pubblico» non ha rappresentato un riconoscimento paritario. Permangono infatti forti discriminazioni e disuguaglianze, di cui la femminilizzazione della povertà ne è una chiara evidenza. È un fatto che ancora oggi le donne debbano lavorare di più degli uomini per avere lo stesso e, spesso, debbano semplicemente lavorare di più ottenendo meno. Il divario salariale produce una differenza che significa esattamente un lavoro maggiore per almeno il 30% (per colmare il corrispondente gap) e il paradosso è che questo lavoro in più lo debba fare il c.d. sesso debole<sup>11</sup>. Come

<sup>9</sup> Rinvio al bel saggio storico di M. GRAZIOSI, *Disparità e diritto. Alle origini della disuguaglianza delle donne*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, 2<sup>a</sup> ed., pp. 7 ss.

<sup>10</sup> C. PATEMAN, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna* (1988), Bergamo 2015.

<sup>11</sup> Secondo dati Oxfam in 35 Paesi su 173 le donne non hanno gli stessi diritti degli uomini e sono occupate in lavori a bassa qualifica, mal retribuiti e meno sicuri. Secondo il Forum Economico Mondiale, con il ritmo attuale di ci vorranno altri 271 anni per colmare il divario di genere sul lavoro, considerando sia le dispa-

scrive Diana Pearce «il processo di femminilizzazione della povertà è anche un processo di istituzionalizzazione della disuguaglianza sessuale»<sup>12</sup>.

Il più basso livello di reddito che deriva alle donne per essere donne ha effetti a vari livelli. In primo luogo, come già notato, sulle relazioni interne alla famiglia, dove si rintraccia una disuguale distribuzione di beni e poteri, fonte di povertà femminile. Una povertà che tradizionalmente non viene neppure registrata per sé, giacché i dati vengono per lo più raccolti per nucleo familiare, ovvero considerando il capofamiglia tipicamente maschio. Si tratta di una povertà che si coglie assumendo la prospettiva di genere, cioè superando gli stereotipi e i luoghi comuni sul femminile, ai quali rinvio richiamando ancora e solo l'esempio «dell'anima del focolare». Stereotipi che influiscono anche sui paradigmi della ricerca ovviamente, poiché la classe attraverso cui viene raccolto il dato della povertà assume acriticamente che la famiglia sia un «contenitore» omogeneo al suo interno e non vi siano dinamiche di potere e subordinazione fra le sue parti, solo rapporti di equa condivisione e amore. A partire da questo si veicola l'idea che se qualche componente della famiglia – guarda caso tipicamente la madre – si sacrifica, lo fa per sua libera scelta o, tutt'al più, se non di questo si tratta, allora, è proprio la manifestazione di un dover essere naturale legato al suo genere.

3. *Tempi di vita e lavoro invisibile.* – La persistente disuguaglianza nella famiglia legittima la persistenza della domanda posta da Mackinnon. Dalle donne, infatti, ci si attende non solo che lavorino di più, ma che lo facciano anche senza remunerazione. Non solo dunque impieghino il loro tempo vincolandolo a una sfera della riproduzione della vita, ma che lo facciano anche senza aspettarsi nulla in cambio.

Negli anni 2000 già si calcolava che il lavoro invisibile delle donne producesse una ricchezza globale di 11 miliardi di dollari<sup>13</sup>. Questa

rità salariali sia le diverse opportunità di impiego. Rinvio al sito <https://www.osservatoriodiritti.it/2018/01/22/disuguaglianza-rapporto-oxfam-distribuzione-della-ricchezza/>.

<sup>12</sup> D. PEARCE, *The Feminization of Poverty: Women, Work, and Welfare*, in *The Urban & social change review*, 11, 1, 1978, pp. 32 ss.

<sup>13</sup> Come ricorda K. MARCAL (*Who Cooked Adam Smith's Dinner? A Story About Women and Economics*, London 2017), l'economia non si è interessata fino ad anni recenti di ciò che accadeva in casa. Infatti, è bene ricordare come la società storicamente si caratterizzi per essere *omosociale* (L.G. TIN, *L'invenzione della cultura ete-*

ricchezza rappresenta uno specifico uso del tempo delle donne che viene dedicato a un'attività che non è loro riconosciuta né valorizzata.

L'uso del tempo è una dimensione centrale del benessere ed è uno degli elementi della valutazione del lavoro che le persone svolgono. Esso incide dunque chiaramente sulle condizioni che producono la povertà e, dal punto di vista della giustizia, diviene allora rilevante il criterio con cui le diverse società dividono fra i generi il consumo del tempo. Tolto quello dedicato al lavoro remunerato, rileva prima di tutto quello dedicato al lavoro «non remunerato»; ma è bene considerare anche il tempo dedicato allo svago: è interessante osservare, in breve, come il tempo non dedicato al lavoro speso sul mercato venga ripartito e goduto dai due generi. Questa ripartizione rappresenta infatti sia un indicatore cruciale per valutare il grado di uguaglianza della società, sia un fattore che incide precisamente sulla concentrazione della povertà nell'universo femminile.

Un indizio palese della divisione disuguale è ben rappresentato dalla sempre aperta discussione sulla c.d. conciliazione lavoro-famiglia. Il tema è costantemente ricostruito come un problema esclusivamente femminile, cioè sono solo le donne che hanno qualcosa da conciliare, in tal modo viene rimarcato senza essere detto che il tempo dedicato al lavoro non remunerato è una questione di donne<sup>14</sup>, gli uomini non c'entrano. Anche gli studi dell'Unione Europea mettono in luce la crescente difficoltà nel coniugare vita professionale e familiare, ma se guardiamo alle misure realizzate il discorso non cambia: sembra quasi che la famiglia non sia parte dell'universo maschile o, tutt'al più, il discorso può giusto arrivare a soddisfare il modello del *male breadwinner*, peraltro oggi sempre meno reale. Ciò marca la divisione disuguale dei carichi domestici e familiari fra i sessi, contri-

*rosessuale*, Palermo 2010). Nota Marcal che le attività come «raising children, cleaning, washing or ironing for her family» erano considerate irrilevanti, giacché «these don't create tangible goods that can be bought, traded or sold», per questa ragione si riteneva che «didn't contribute to prosperity» (27). Ciò comportava che l'attività delle donne fosse votata ad attività invisibili. Era solo il lavoro dell'uomo ad avere valore – lavoro precluso alle donne spesso per legge, peraltro –, la ciclica attività femminile non era considerata tale: «What she did was just a logical extension of her fair, loving nature. She would always carry out this work, and so it wasn't anything that one needed to spend time quantifying. It came from a logic other than the economic. Out of the feminine. And other» (*ibidem*). Sarà la scuola di Chicago a cominciare a tener conto di questo lavoro.

<sup>14</sup> M. SBISÀ, *Detto non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Roma 2007.

buendo a mantenere sullo sfondo culturale il modello dell'anima del focolare – che agisce come fattore disciplinante portando con sé anche l'idea di «buona madre»<sup>15</sup> – e veicola la percezione che tale imparità rispecchi una differenza meramente naturale e non una disuguaglianza sociale – cioè qualcosa che non può essere modificato se non stravolgendo ciò che gli umani sono. A questo grave giudizio purtroppo non si sottrae neppure il nostro diritto costituzionalizzato.

Se è ben vero che la femminilizzazione della povertà è la conseguenza di un intersecarsi di molteplici fattori, occorre sottolineare come tali fattori appartengano alla struttura giuridica e sociale. Cioè la struttura stessa si erge su un *background*, o uno scheletro, che include barriere volte a impedire la conciliazione della vita familiare e professionale delle donne: se i paradigmi sono costruiti in modo da dar vita a figure incompatibili, attribuendo «naturalmente» il lavoro non remunerato alle donne, ovviamente finiscono per privatizzare sulle loro spalle le difficoltà della conciliazione<sup>16</sup>.

Un'approssimazione intersezionale alla questione offre la complessità della problematica: l'aumento della povertà femminile è re-

<sup>15</sup> Mi permetto di citarmi: «Non molto tempo fa un articolo di Anne-Marie Slaughter, *Why women still can't have it all*, ha sollevato un interessante dibattito, invero soprattutto in Nord-America. L'autrice ricordava di aver lavorato con molti uomini ebrei ortodossi che, osservando il *Sabbath*, dal tramonto del venerdì lasciavano l'ufficio. Per esempio il suo collega «Jack Lew, the two-time director of the Office of Management and Budget, former deputy secretary of state for management and resources, and now White House chief of staff» che il venerdì pomeriggio se ne andava a casa da sua moglie, a New York, per giungervi prima del tramonto. Giustamente, nota Slaughter, tutti lo ammiravamo per il suo impegno come fedele e per la sua capacità di trovare il tempo nonostante un lavoro così demanding. Tuttavia, ben sottolinea sempre Slaughter, è difficile immaginare una medesima risposta sociale positiva se al suo posto ci fosse stata una madre che tutte le settimane smetteva di lavorare a metà del pomeriggio del venerdì per passare del tempo con i suoi bambini. Come sostiene l'autrice, «sospetto che sarebbe [stata] vista come non professionale, l'imposizione di un costo eccessivo sui collaboratori». Non ne dubito. E proprio questo è uno dei nodi della questione: la lettura che socialmente viene data di una certa "normalità" assumendola acriticamente, S. POZZOLO, *Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una recente sentenza della Cassazione*, cit., p. 592.

<sup>16</sup> Il Report del gruppo europeo di lavoro su Poverty and Social exclusion (Facing Gender Inequality, 2010) nota come la femminilizzazione della povertà sia una conseguenza di vari fattori strutturali (pp. 13-14), ai quali fa da corollario la persistenza e la riproduzione di stereotipi sessisti, oltre al gap salariale e altri aspetti sociali e giuridici che discriminando vittimizzano strutturalmente le donne.

lazionato con la disuguaglianza di genere nel lavoro, certo, ma questa si unisce a un *welfare* insufficiente inserito in una struttura sociale patriarcale introiettata anche dalle donne<sup>17</sup>. Il problema si rivela esplosivo, da qui l'eterno problema conciliativo, se solo si pone attenzione alla nascita dei figli, tanto che in letteratura è stata coniata la locuzione *motherhood penalty*<sup>18</sup>. Occorre sottolineare, infatti, che la maternità è una sorta di macigno che pesa longitudinalmente attraverso le classi sociali, come mostra il tema della *out-put revolution* di cui si discute negli Stati Uniti<sup>19</sup>. Non si tratta, dunque, tanto del momento naturale della gestazione – tema peraltro oggi sempre più problematico, ma su cui non posso soffermarmi qui<sup>20</sup> –, ma soprattutto dei riflessi del modello della buona madre che, persistendo sullo sfondo culturale, fanno emergere il generale fallimento dell'uguaglianza e della equa divisione del lavoro di cura nella società contemporanea.

La disuguale ripartizione dei compiti e delle responsabilità è il prodotto di un processo di apprendimento che costruisce le gabbie di genere per entrambe i sessi, un training che ci disciplina tutte e tutti fin dalla prima infanzia e che fa introiettare il «luogo» che avremo nella società da adulte. Così le donne sono addestrate alla «naturale» disuguaglianza nella divisione dell'uso del tempo, così imparano a farsi carico delle conseguenti responsabilità che incideranno direttamente sulla loro vita e sulle opzioni significative che verranno loro offerte<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Come esemplifica bene Chiara Maffioletti sulla 27ora del 25 ottobre 2016, anche le donne adottano una prospettiva maschile. Ad esempio, quando si meravigliano se sta «più lui con i figli rispetto alla moglie» oppure quando dicono «bravo» [all'uomo] quando porta i bambini al parco», cosa che non avrebbero mai detto a una donna che avesse fatto lo stesso, oppure, ancora, quando si sperticano «in complimenti se un uomo – specie, va detto, se non si tratta del nostro – fa il bucato, apparecchia la tavola, magari ogni tanto addirittura lava il pavimento. “Che fortunata sei, sa anche cucinare”», [https://27esimaora.corriere.it/16\\_ottobre\\_23/donne-maschiliste-esame-coscienza-nostri-pregiudizi-de53f4c0-9905-11e6-8bff-dd2b744d8dfe.shtml](https://27esimaora.corriere.it/16_ottobre_23/donne-maschiliste-esame-coscienza-nostri-pregiudizi-de53f4c0-9905-11e6-8bff-dd2b744d8dfe.shtml).

<sup>18</sup> Rinvio al seguente sito <https://ourworldindata.org/economic-inequality-by-gender#the-motherhood-penalty>. D. GRIMSHAW e J. RUBERY, *The motherhood pay gap: A review of the issues, theory and international evidence*, ILO, 2015.

<sup>19</sup> S. POZZOLO, *Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una recente sentenza della Cassazione*, cit.

<sup>20</sup> Rinvio alla successiva nota 27 per un cenno.

<sup>21</sup> S. CHANT, *Re-thinking the “Feminization of Poverty” in Relation to Aggregate Gender Indices*, in *Journal of Human Development*, 7, 2, 2006, pp. 201 ss.,

Il riconoscimento formale di uguali diritti fra i sessi non è stata la base per una riformulazione in senso ugualitario della società. L'estensione formale di diritti al maschile alle donne ha favorito la diffusione della credenza dell'uguaglianza delle condizioni di partenza pareggiando i conti una volta per tutte. Invero così non è stato e, anzi, l'estensione è servita anche a rinvigorire l'idea che se le donne non sono in certi luoghi o non raggiungono certe posizioni dipende solo da loro stesse. Tuttavia, la persistente diversità nell'uso del tempo e l'esclusività dello sforzo femminile sul lavoro non remunerato dimostra come l'altra metà dell'umanità non si sia mossa dalla propria posizione e abbia mantenuto invece una disuguaglianza che si mostra oggi chiaramente come privilegio.

L'estensione dei diritti, comunque, ha fatto percepire la possibilità di godere degli stessi privilegi, come un obiettivo raggiunto, senza considerare che a fronte di un diritto c'è un dovere e, allora, è bene interrogarsi su come poteva darsi quel mutamento ugualitario senza che si modificasse anche la situazione degli antichi privilegiati. Invero, alcune donne hanno esternalizzato parte del lavoro di cura trasformandolo in lavoro remunerato, lavoro nel mercato, un lavoro che comunque è rimasto affidato alle donne. Molte di queste che hanno avuto accesso alla «nuova» occupazione si sono però trovate a doversi caricare di un «doppio impegno», non potendo a loro volta dividerlo con altre o altri. Insomma, i diritti sono stati estesi su un piano di uguaglianza al maschile, senza che venissero parificati i carichi di lavoro non remunerato. In tal modo, questo lavoro non pagato è diventato totalmente invisibile, posto sulle spalle delle donne senza contropartita alcuna. Questo stato di cose rende particolarmente chiaro il senso di quella uguaglianza disuguale di cui parlava Letizia Gianformaggio<sup>22</sup>.

3.1. *Lavoro non pagato e squalificazione del femminile.* – L'iniqua divisione del tempo di lavoro dedicato alle attività non remunerate comporta molti effetti negativi su diversi piani. Il più pervasivo e strutturale è quello di conformare un'ontologia del mondo dove tutto

spec. p. 207, dove si riflette sull'uso del tempo per attività ricreative da parte di donne e uomini, in condizioni di difficoltà.

<sup>22</sup> Rinvio al sito <https://ourworldindata.org/grapher/unadjusted-gender-wage-gap-including-unemployed>. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne, diritto*, Bologna 2005.

ciò che attiene al femminile vale meno: se le donne devono lavorare senza remunerazione una parte del loro tempo, ne deriva che il loro tempo in generale e, dunque, loro stesse valgono meno. Le ricerche effettuate confermano che entrambi i sessi attribuiscono meno valore a tutto ciò che appartiene al lavoro domestico<sup>23</sup>, evidenziando come le stesse donne dunque svalutino l'attività che svolgono. La squalificazione del femminile trova un forte fattore di radicamento nella squalificazione del lavoro domestico che viene affidato esclusivamente alle donne. Non essendo concepito come un vero lavoro, ma piuttosto come un'attività naturale legata indissolubilmente al genere<sup>24</sup>, viene assunto come dovuto, dunque senza merito, né remunerazione. Chi svolge un lavoro con tali caratteristiche?

Questo enorme sforzo invisibile produce però, una grande ricchezza, che rimane in certo modo occultata. L'occultamento in realtà funziona solo per chi non voglia vederlo, giacché tale lavoro consiste fundamentalmente nella soddisfazione di necessità per la riproduzione della specie e della società, cioè senza quel lavoro non ci sarebbe tutto il resto.

Ma il modello che divide il lavoro e dedica il tempo delle donne ad attività non remunerate è così profondamente radicato che si rintraccia in tutte le società umane contemporanee, sebbene con differente intensità e risultati sul piano del benessere individuale. Se si considera il tempo che entrambi i sessi destinano alla cura della famiglia si può osservare che «[o]n nonworkdays, fathers engaged in leisure 47% and 35% of the time during which mothers performed childcare and routine housework, respectively. Mothers engaged in leisure only about 16% to 19% of the time that fathers performed childcare and routine housework»<sup>25</sup>. Se queste sono le proporzioni e questo è l'ambiente nel quale crescono le nuove generazioni, non si può evitare di sottolineare come l'educazione della progenie si mantenga nella tradizione patriarcale subordinante, perpetuando tra l'altro tutti i fattori che producono la femminilizzazione della povertà.

<sup>23</sup> Parzialmente sta cambiando con relazione alla cura dei figli, oggi divenuti nell'occidente bene più raro e dunque prezioso.

<sup>24</sup> Rinvio al sito <https://ourworldindata.org/grapher/average-daily-time-spent-by-women-on-domestic-work-paid-and-unpaid>.

<sup>25</sup> C.M. KAMP DUSH, J.E. YAVORSKY e S.J. SCHOPPE-SULLIVAN, *What Are Men Doing while Women Perform Extra Unpaid Labor? Leisure and Specialization at the Transitions to Parenthood*, in *Sex Roles Journal*, 78, 11-12, 2018, pp. 715 ss.

Un caso esemplare di tale disciplinamento lo si rintraccia nella produzione di giocattoli per bambini e bambine<sup>26</sup>.

La permanenza della divisione sessuale del lavoro, visibile e invisibile, ha determinato una mancanza di equilibrio sostanziale e ciò dimostra la precarietà delle conquiste femminili, oggi evidentemente sempre più spesso soggette a una politica diretta a *etero*-regolare il corpo e le scelte delle donne<sup>27</sup>, che si credevano liberate.

Mi pare, insomma, che l'estensione dei diritti è rimasta tale, dunque, precaria perché derivante da altri e in gran parte al maschile. Credo che così resterà almeno fino a quando non si metta sul tavolo della discussione la necessità di riequilibrare il lavoro non remunerato fra i sessi. Ossia, si superi il discorso dell'uguaglianza al maschile e si consideri davvero l'uguaglianza fra i sessi e fra i generi<sup>28</sup>. Ciò implica una diversa suddivisione del lavoro non remunerato e dunque una mutazione nella struttura di genere che impregna la società umana, e che è bene ricordare persuade anche le donne<sup>29</sup> – nonostante ciò incida pesantemente sulla loro uguaglianza e sul loro impoverimento. Occorre sottolineare che tale lavoro non remunerato è dato per scontato che debba essere svolto dalle donne, dimodoché non emerge al-

<sup>26</sup> E. ABBATECOLA, L. STAGI, *Pink is the new black. Stereotipi di genere nella scuola dell'infanzia*, Torino 2017.

<sup>27</sup> È sufficiente ricordare la normativa antiabortista che si sta diffondendo negli stati uniti. Ma il tema dell'uso del corpo è al centro della discussione sulla surrogazione di maternità, ad esempio, T. VICENTE GIMÉNEZ, V. MARZOCCO, S. POZZOLO, A. FARANO, *La subjetividad político-jurídica de las mujeres y la biotecnología como política de reproducción*, in *Bioderecho.es, Revista internacional de investigación en Bioderecho*, 3, 2016, pp. 1 ss.; S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *Rivista di Biodiritto/Biolaw Journal*, 2, 2016, pp. 93 ss.; EAD., *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Notizie di Politeia*, 124-XXXII, 2016, pp. 19 ss. Sulla rivista *About Gender, Debating 'surrogacy' or Pregnancy for others. A first round of opinions* with contribution of ANTONIA DURÁN AYAGO, ANITA KÖNIG, BARBARA KATZ ROTHMAN, PILAR BENAVENTE MOREDA, SUSANNE L. GOESSL, SOPHIE DANNECKER, LAURA NUÑO GÓMEZ, CINZIA PICIOCCHI, JUDIT ZELLER, 2016, 5, 10; *Desires and Rights. Surrogacy at the Crossroads of New Ethical Dilemmas? Round Table about GPA, Second Round* with ZSUZSA BEREND, LAURA CANTORE e DANIELA DANNA, 2017, 6, 11; *3° Round Table: From Far East to Europe? Some Reflections on Desires, Law and Perceptions around "Surrogacy"*, with HEON JOO SOHN, SHARMILA RUDRAPPA, YINLAN XIA AND WENJIA CHEN, ANDREA WHITTAKER, 2018, 7, 13.

<sup>28</sup> Non mi soffermo sulle differenze concettuali in questa sede.

<sup>29</sup> Come fanno tutte le ideologie dominanti, dominano anche i sottomessi.

cun bisogno di giustificare l'attribuzione: non si sollevano né dubbio né dibattiti. È noto come questo carico di lavoro sia un ostacolo per il lavoro salariato e al contempo operi per mantenere una segregazione orizzontale delle donne in tutti quei lavori che, se non sono gli stessi, somigliano tanto a quelli domestici, che saranno dunque anche svalutati e meno pagati anche per questo. Tale divisione dunque rappresenta una vera e propria barriera contro il rafforzamento economico e la *agency* delle donne.

La dipendenza economica è uno dei fattori più potenti della subordinazione del femminile, ma è il lavoro non remunerato a contribuire, in particolare, alla svalutazione di tutta la sfera delle attività realizzate dalle donne: qualsiasi lavoro realizzato da donne per essere realizzato da donne vale meno, a maggior ragione se la donna stessa si percepisce destinata a svolgere compiti senza valore dedicandovi una buona parte del proprio tempo. Studi dimostrano che quando i valutatori credono che per un lavoro siano richiesti tratti "maschili" assegnano ad esso un alto prestigio e un salario adeguato allo status percepito. Quanto maggiore sia la percentuale di donne che sono considerate adeguate o qualificate a svolgere un'attività, tanto minore sarà il salario che verrà riconosciuto a quella occupazione<sup>30</sup>. I lavori realizzati da donne si percepiscono come meno difficili, più facili solo perché fatti da donne. Questo implica che quel lavoro, e poi qualsiasi lavoro fatto da donne, sarà meno remunerato solo perché svolto da donne.

L'effetto che deriva dalla disuguale divisione del tempo di lavoro non remunerato è insidioso e generalizzato, tale da svalutare le persone e tutte le attività che abbiano a che fare con le donne, quali che siano<sup>31</sup>. Infatti, se donne e uomini si percepiscono di valore diverso,

<sup>30</sup> P. GLICK, K. WILK, M. PERRAULT, *Images of occupations: Components of gender and status in occupational stereotypes*, in *Sex Roles*, 32, 9-10, 1995, pp. 565 ss.; H.M. LIPS, *Women, Education, and Economic Participation*, consultabile all'indirizzo [https://www.radford.edu/blips/Addresses\\_talks/nz/keyecon.htm](https://www.radford.edu/blips/Addresses_talks/nz/keyecon.htm).

<sup>31</sup> H.M. LIPS, *Women, Education, and Economic Participation*, cit. Come scrive P. GLICK (*Trait-Based and Sex-Based Discrimination in Occupational Prestige, Occupational Salary, and Hiring*, in *Sex Roles*, 5-6, 25, 1991, pp. 351 ss.): «A counterpart to the masculine chauvinism explanation is *male chauvinism*. This explanation presumes that men are more highly valued than women, regardless of the traits that men and women are believed to possess. This account suggests that because men are the dominant cultural group, they are more highly valued. Thus, jobs with a large proportion of men in them will be of higher prestige [...] and pay better wages» (p. 353).

questa differenza si trasferirà a tutto ciò che rispettivamente a loro si riferisce, la stessa cosa od oggetto etichettato come femminile o come maschile avrà una connotazione di valore differente<sup>32</sup>.

4. *Conclusioni.* – La constatazione dello stato di cose delineato non rende immediatamente più facile intervenire normativamente sulla questione, ma ci dà il senso della sua gravità e certamente segnala una direzione d'azione. Non pare più legittimo un discorso dei diritti che non metta il tema della divisione del lavoro non remunerato sul piatto della bilancia: l'uguaglianza affermata formalmente pretende una uguale divisione dei compiti e delle responsabilità di cura. Ciò implica un cambio ad ampio raggio, capace di incidere sull'educazione e sulla produzione dei modelli sociali che possono favorire questo cambiamento. La discriminazione che concentra la povertà sulle donne è un riflesso dell'apprendimento primario che retro-alimenta la disparità sociale. La mancanza di autonomia sul corpo e la compressione dei diritti di cui soffrono le donne nella famiglia si specchia nella società e si rispecchia nel diritto creando un circolo vizioso. Il lavoro riproduttivo, infatti, persiste come problema in una organizzazione sociale pensata al maschile, dove le gabbie di genere possono aver cambiato colore, ma restano solide<sup>33</sup>.

L'attuale sistema di norme produce un modello subordinante che rende la donna vulnerabile, senza offrire un'alternativa significativa. Occorre, dunque, immaginare strumenti per sollecitare la condivisione del tempo della cura, senza il quale difficilmente cambieranno le cose in senso ugualitario e le donne continueranno a venire dopo.

È una lotta contro il sessismo che fa da base alle ideologie discriminanti trasformandosi in fenomeno strutturale. Esso costituisce la relazione gerarchica fra le persone che permea la società a tutti i livelli e conforma la percezione stessa degli oggetti e dei compiti e di tutto quanto ha a che fare con l'uno o l'altro sesso. In definitiva, in una società costruita sulla subordinazione di genere è quasi im-

<sup>32</sup> R. KURIAN, *Women's Work, Male Domination and Controls over Income among Plantation Workers in Sri Lanka*, in H. AFSHAR e B. AGARWAL (eds by), *Women, Poverty and Ideology in Asia*, London 1989, pp. 178 ss., spec. p. 184.

<sup>33</sup> La retorica della famiglia, nonostante essa sia divenuta una comunità incerta e fragile, continua a perpetuare la gerarchia dei sessi e la politica del *welfare* che alla famiglia si dirige si basa sul lavoro invisibile delle donne, spingendo per compromessi familiari che portano per esempio ad un alto tasso di part-time femminile che incrementa direttamente la povertà delle donne anziane.

possibile per le persone definire il valore delle occupazioni in modo indipendente dall'etichettato di genere che ha quell'attività. Per questo la questione del tempo dedicato al lavoro non pagato è così importante. La divisione del tempo è una sfaccettatura del diritto umano all'uguaglianza, è essa stessa un «diritto umano»<sup>34</sup>. Occorre minare il ruolo subalterno del femminile<sup>35</sup>, sebbene per ora uscire dall'angolo in cui le donne sono state spinte per secoli non paia tanto facile.

### *Abstract*

Il fallimento delle politiche dell'uguaglianza sostanziale si palesa nella concentrazione sul femminile della condizione di povertà nel mondo. Il saggio mette al centro della riflessione la disuguale divisione del lavoro non remunerato fra i sessi, individuandola come causa importante del problema della subordinazione e squalificazione del femminile.

The failure of the policies for substantial equality shows itself in the feminization of poverty phenomenon, around the world.

The essay focuses on the unequal division of unpaid work between the sexes, identifying it as an important cause at the root of the problem of the subordination and disqualification of the feminine.

<sup>34</sup> La mancanza di tempo è una deprivazione che contribuisce profondamente alla povertà femminile e rafforza il modello del male *breadwinner*, lasciando confinate le donne sul piano del lavoro invisibile.

<sup>35</sup> Avere *agency*, infatti, significa poter scegliere ma anche avere gli strumenti per farlo e poter scegliere fra opzioni significative. Uscire dalla povertà significa avere risorse, ma avere risorse significa avere di più del mero denaro. Significa avere un intero sistema che metta in relazione gli spazi della vita umana con regole di distribuzione che consentano che la mia aspettativa per il futuro sia tale che io possa fare piani di vita significativa per domani. Avere *agency* implica avere l'abilità di individuare i miei obiettivi e sapere agire di conseguenza, avere coscienza della mia autonomia e anche dei miei limiti.

SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ  
VIOLENZA DI GENERE  
E TUTELA LAVORISTICA IN SPAGNA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Concetto di vittima di violenza di genere per la legge spagnola n. 1/2004. – 3. Il concetto di violenza di genere nella normativa internazionale. – 4. La tutela lavoristica riconosciuta alle vittime della violenza domestica. - 4.1. Misure di adattamento del tempo di lavoro ai bisogni della vittima di violenza domestica. - 4.2. Mobilità geografica o cambio di unità produttiva. - 4.3. Sospensione del contratto di lavoro e, quale soluzione estrema, l'estinzione del rapporto di lavoro. – 5. Il tema controverso della pensione di reversibilità. – 6. Flessibilizzazione delle norme del codice disciplinare per le donne vittime di violenza di genere. – 7. Tutela del lavoro italiano della violenza di genere.

1. *Premessa.* – Il diritto del lavoro si occupa di combattere la violenza di genere nell'ambiente di lavoro (molestie sessuali). Tuttavia, il diritto del lavoro spagnolo detta norme finalizzate a far fronte alla violenza di genere anche al di fuori dell'ambito prettamente lavorativo. La ragione che ha indotto il legislatore ad intervenire deriva dal fatto che la violenza di genere può presentare delle implicazioni, negative e positive, anche nell'ambito del lavoro. Che la vittima di violenza di genere possa contare su un lavoro è positivo, ad esempio, perché permette alla vittima di poter avere una retribuzione, e quindi un'indipendenza economica che le consente di sfuggire alla violenza esercitata dal proprio partner o ex partner. Tuttavia, non è facile continuare a svolgere un'attività lavorativa per la donna che sia vittima di violenza di genere. Il diritto del lavoro, in tale prospettiva, potrebbe aiutare la vittima. Il fatto che l'aggressore conosca il luogo di lavoro e gli orari di ingresso e di uscita dal lavoro della vittima può facilitare le azioni di aggressione. Il diritto del lavoro, in definitiva, può dettare norme che, modificando le caratteristiche della prestazione potrebbero proteggere la vittima.

Il principio ispiratore della legislazione spagnola è costituito dal principio di trasversalità, che consiste nell'integrare la dimensione di genere in tutte le norme dell'ordinamento giuridico.

Si deve tener presente che il lavoro costituisce lo strumento fondamentale per l'inserzione della donna nella società e per la sua emancipazione economica. Ciò permette alle donne di situarsi allo stesso livello del maschio in termini di uguaglianza, permette loro di rompere i legami di dipendenza che, tradizionalmente, hanno caratterizzato la sua condizione. L'uguaglianza tra i sessi è un diritto fondamentale ed un suo raggiungimento avrebbe delle conseguenze sociali, giuridiche, culturali ed economiche.

Il lavoro, in tale prospettiva, aiuta a ridurre la vulnerabilità della donna di fronte alle possibili situazioni di violenza da parte del maschio e ad elevare, allo stesso tempo, il suo *status* sociale e la sua posizione all'interno della famiglia.

La legge organica spagnola del 28 dicembre 2004, n. 1, intitolata: misure di protezione integrale contro la violenza di genere (legge 1/2004)<sup>1</sup>, risponde al principio di trasversalità in quanto si pone, nei confronti della violenza di genere, in una prospettiva "integrale e multidisciplinare". Si tratta di una legge il cui indiscusso pregio consiste nell'essere stata la prima ad aver utilizzato tale approccio multidisciplinare ed integrato<sup>2</sup>. Il rapporto sul progetto di legge approvato dal Comitato Economico e Sociale spagnolo (CES) sottolineava proprio l'originalità della tecnica utilizzata dal legislatore affermando che «si spiega sulla base delle posizioni assunte dalle correnti femministe del diritto, ed è, inoltre, accompagnata dall'utilizzo di strumenti di trasversalità». E questa è la ragione per la quale la l. 1/2004 si occupa della violenza di genere in diversi settori, sia nell'ambito del diritto del lavoro propriamente detto che nell'ambito della previdenza sociale. Da questo momento, la violenza di genere, particolarmente quella domestica, viene svincolata dal tradizionale ambito privato e viene assunta quale problema sociale<sup>3</sup>.

La legge spagnola è stata la prima nel contesto internazionale ad

<sup>1</sup> J.I. GARCÍA NINET, *Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (Consideraciones previas)*, in *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n. 169, 2005, pp. 5 ss.

<sup>2</sup> S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La violencia de género nel decreto legislativo n. 80/2015: un primo commento con riferimento ai precedenti della disciplina spagnola*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, nn. 4/5, 2015, pp. 840 ss.

<sup>3</sup> J.L. MONEREO PÉREZ e G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de violencia de género*, in *Revista de Derecho de Seguridad Social*, n. 11, 2017, pp. 13 ss.

essere intervenuta nella legislazione del lavoro nell'ambito della violenza di genere indirizzata verso una lavoratrice. Il Portogallo, qualche anno dopo, ispirandosi alla legislazione spagnola, ha approvato la legge del 16 settembre 2009, n. 112, sulla violenza di genere che attribuisce una serie di diritti, nell'ambito del rapporto di lavoro, alle vittime di violenza di genere. Lo scopo di tali leggi è il medesimo. Esse intendono proteggere le vittime, offrendo loro la possibilità di riorganizzare la propria vita familiare e di recuperare la propria salute sociale e psichica<sup>4</sup>, senza mettere a repentaglio il posto di lavoro e, quindi, mantenendo la propria indipendenza economica<sup>5</sup>. Ciò sul presupposto che gli effetti della violenza di genere vanno ben al di là della sfera personale della lavoratrice e si estendono ad altre aree tra le quali, non ultima, quella lavoristica<sup>6</sup>. Si tratta, quindi, di leggi che sono state definite a "vocazione sociale", perché tengono conto non dei bisogni del datore di lavoro o dell'organizzazione imprenditoriale, ma, per la prima volta, di quelli della lavoratrice vittima di violenza. Essa diventa titolare di taluni diritti che potrà far valere davanti al datore di lavoro, interferendo così nei poteri di organizzazione imprenditoriale<sup>7</sup>.

2. *Concetto di vittima di violenza di genere per la legge spagnola n. 1/2004.* – Il termine violenza di genere è un concetto di creazione relativamente recente che fa riferimento a tutte le denominazioni che son sorte lungo l'evoluzione della realtà degli atti di discriminazione, disuguaglianza e maltrattamento sofferti dalla donna. La costruzione del concetto di violenza di genere si perfeziona in occasione della IV Conferenza mondiale sulla donna, svoltasi a Beijing nel 1995, riassunto nel termine *gender violence* che viene tradotto, appunto, con l'espressione "violenza di genere".

<sup>4</sup> Sul lavoro come strumento rilevante per "l'integrazione nella società" e per la "radicazione dell'esclusione sociale di un gruppo", v. J.L. MONEREO PÉREZ e L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ, *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 28 ss.

<sup>5</sup> M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bormarzo, Albacete, 2005, p. 11.

<sup>6</sup> C. FARALDO CABANA, *El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, p. 147.

<sup>7</sup> M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia de género*, cit., pp. 38 ss.

A partire da quel momento, si assiste ad un'estensione e generalizzazione dell'espressione che, spesso, finisce per identificare qualsiasi atto di violenza contro le donne in qualsiasi ambito, sia pubblico che privato.

Il termine genere, tuttavia, non è riferito alla differenza biologica di carattere sessuale tra uomo e donna ma, al contrario, si riferisce «ad una costruzione sociale attraverso la quale si identificano aspettative e valori culturalmente attribuiti a uomini e donne e in base ai quali questi assumono ruoli diversi»<sup>8</sup>. La violenza di genere, nella Conferenza di Beijing, è considerata come «una manifestazione dei rapporti di potere storicamente diseguali tra donne e uomini, che hanno portato alla dominazione della donna dall'uomo, della discriminazione nei confronti la donna e dell'interposizione di ostacoli contro il suo pieno sviluppo. La violenza contro le donne, durante il loro ciclo vitale, deriva principalmente da modelli culturali, dagli effetti pregiudizievole di alcune pratiche tradizionali e consuetudinarie e di qualsiasi atto di estremismo relazionato con la razza, il sesso, la lingua o la religione, che perpetuano la condizione di inferiorità della donna all'interno della famiglia, del luogo di lavoro, della comunità e della società» (art. 18 della Piattaforma di Azione Beijing). Con ciò, si vuole intendere che le differenze esistenti tra uomini e donne non derivano dalla differente natura biologica ma da modelli storicamente costruiti in ambito sociale. La piattaforma di azione di Beijing dichiara che la violenza contro le donne costituisce un attentato verso i suoi diritti umani. Tale violenza, secondo quanto stabilito dall'articolo 2 della Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro la donna (CEDAW)<sup>9</sup>, può prodursi in diverse forme e ambiti, tra i quali l'ambito familiare, quello del lavoro e quello della comunità in genere. Pertanto, la violenza di genere si identifica con la violenza esercitata nei confronti delle donne in qualsiasi ambito e lo Stato, sulla base di quanto stabilito dalla norma internazionale, è obbligato a proteggere la donna di fronte a tale violenza.

Tuttavia, il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante nei confronti degli Stati, fornito di un quadro normativo com-

<sup>8</sup> B. QUINTANILLA NAVARRO, *Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, in *Temas Laborales*, n. 80, 2005.

<sup>9</sup> Convenzione internazionale adottata nel 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, entrata in vigore il 3 settembre 1981.

pleto e integrato a tutela delle donne contro qualsiasi forma di violenza è costituito dalla successiva Convenzione di Istanbul<sup>10</sup>. La Convenzione prevede un approccio integrato e olistico tale da costituire un punto di riferimento a livello internazionale per quanto riguarda la lotta alla violenza contro le donne. L'articolo 3 della Convenzione di Istanbul, in primo luogo, contiene una serie di definizioni indispensabili per definire concettualmente e storicamente i termini utilizzati nel far riferimento alla violenza. La Convenzione stabilisce che con l'espressione "violenza nei confronti delle donne" si intende una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne che comprende tutti gli atti di violenza, fondati sul genere, che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata. L'espressione "violenza domestica" indica, più precisamente, tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima. Il termine "genere" fa riferimento a ruoli, comportamenti, attività e attributi, socialmente costruiti, che una determinata società considera appropriati per donne e uomini. La definizione di genere risulta particolarmente interessante perché, per la prima volta, all'interno di un Trattato internazionale, viene sottolineata la natura sociale riferita al ruolo o a comportamenti che la società attribuisce ai due sessi. Infine, con "violenza contro le donne basata sul genere" si indica qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato.

In Italia, si è ritenuto che la definizione di genere contenuta nella Convenzione di Istanbul sia eccessivamente ampia ed incerta e che, pertanto, presenti profili di criticità rispetto all'impianto costituzionale italiano<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Si tratta della convenzione del Consiglio di Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa il 7 aprile 2011 e aperta alla firma l'11 maggio 2011.

<sup>11</sup> <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/es0030inf.htm>.

3. *Il concetto di violenza di genere nella normativa internazionale.*

– La l. 1/2004 si muove nel solco della definizione di violenza di genere, così come definita dalle fonti internazionali. L'articolo 1 della legge ribadisce la definizione di violenza di genere definendola come «qualsiasi atto di violenza fisica o psicologica, incluse le aggressioni alla libertà sessuale, le minacce, le coazioni o la privazione arbitraria di libertà, come manifestazione della discriminazione, la situazione di disuguaglianza e i rapporti di potere degli uomini sulle donne, esercitata su di queste da parte di chi sono o siano stati i loro coniugi o di chi sono o siano stati legati a loro da un rapporto simile di affettività, anche senza convivenza». La definizione di violenza di genere contenuta nella legislazione spagnola coincide, parzialmente, con quella stabilita dalle Nazioni Unite.

Si può quindi osservare che mentre la normativa internazionale intende la violenza di genere in senso ampio e generale, la normativa spagnola include in tale concetto soltanto gli atti violenti esercitati contro la donna da parte del partner o ex partner, escludendo quelli compiuti da parte di uomini estranei al rapporto sentimentale della donna o dell'ambiente familiare<sup>12</sup>. Per tanto, l'ambito di applicazione della legge spagnola, in realtà, rimane limitato alla violenza di genere domestica, cioè a quella che vede come aggressore il coniuge o ex coniuge, il partner o l'ex partner, in sostanza persone legate o che sono state legate da un rapporto affettivo.

Nell'accezione utilizzata dal legislatore spagnolo, la violenza di genere non è, indistintamente, quella esercitata contro le donne. La normativa spagnola sulla violenza di genere, in altri termini, non protegge la donna semplicemente per il fatto di essere donna, bensì per la situazione di inferiorità nella quale si trova quando l'uomo con il quale ha in atto o ha avuto un rapporto sentimentale fa uso della propria superiorità.

Tale delimitazione dell'ambito applicativo è stata oggetto di forti critiche.

Il fatto che nel 2004, quando il legislatore si è occupato della violenza di genere per la prima volta, si sia concentrato sulla forma più nascosta (perché la violenza domestica veniva tradizionalmente considerata come un fatto privato), può anche trovare una giustificazione.

<sup>12</sup> J.L. MONEREO PÉREZ, L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ, *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., p. 44.

Una legge così delimitata, in tale contesto, poteva anche considerarsi la miglior forma di intervento, ma dopo tanti anni, ed alla luce della passata esperienza, da più parti si auspica un ulteriore intervento del legislatore spagnolo nel senso di estendere “la protezione integrale”, così come prevista dalla l. 1/2004, anche alle altre forme di violenza di genere. In tal modo, il legislatore spagnolo si adeguerebbe alla definizione di genere indicata dalle fonti internazionali<sup>13</sup>.

Secondo un'autorevole dottrina, infatti, la normativa spagnola non rispetta le indicazioni internazionali che impongono che la protezione non sia limitata all'ambito privato (così come avviene con la l. 1/2004), ma si estenda anche a quello pubblico. La norma spagnola, in definitiva, dovrebbe estendere la protezione a tutte le forme e manifestazioni di violenza di genere.

A conferma del difetto di cui si è detto, l'ultimo rapporto del Comitato della CEDAW, nel luglio del 2017, ha invitato lo Stato spagnolo ad aggiornare la normativa vigente in materia di violenza di genere, estendendo la protezione anche alle altre forme di violenza esterne all'ambito domestico.

Lo Stato spagnolo, pertanto, è chiamato ad offrire strumenti di tutela alla violenza quotidiana e sistematica contro le donne, come le molestie sessuali o i femminicidi commessi fuori dell'ambito familiare. La Spagna, oltretutto, nel ratificare la Convenzione di Istanbul<sup>14</sup>, ha assunto l'impegno ad «adottare tutte le modifiche necessarie, nel suo ordinamento giuridico interno, per l'applicazione della totalità della Convenzione».

Una volta chiarito l'ambito di applicazione della legge spagnola 1/2004, a partire da questo momento farò esclusivo riferimento alla violenza domestica.

4. *La tutela lavoristica riconosciuta alle vittime della violenza domestica.* – La tutela accordata alle vittime della violenza domestica nei luoghi di lavoro comprende diverse misure volte a «garantire diritti da esercitare nell'ambito del rapporto di lavoro che consentano di conciliare la vita lavorativa [...] con le esigenze della lavoratrice [...] che soffra violenza domestica» (art. 2.d). L'intervento della l.

<sup>13</sup> B. QUINTANILLA NAVARRO, *Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, cit., p. 17.

<sup>14</sup> Ratificata per la Spagna nell'aprile del 2014.

1/2004 si concretizza lungo due direttrici. La prima mira a facilitare l'accesso al mercato del lavoro alle vittime di violenza di genere per consentire loro di poter disporre di risorse economiche personali<sup>15</sup>. La seconda è costituita da una serie di misure che consenta alle vittime di continuare a svolgere la propria attività e limitare gli effetti che, a causa della violenza, possono ripercuotersi negativamente nella loro attività lavorativa. Tali misure consistono nel giustificare le assenze dal lavoro determinate dalla condizione di vittime, nel favorire la loro mobilità geografica, nel prevedere la sospensione del rapporto di lavoro con facoltà della donna vittima di violenza di reincorporarsi nel posto di lavoro, nella possibilità di estinguere il rapporto di lavoro senza che tale decisione possa ripercuotersi negativamente. In tal senso, alla donna costretta a recedere dal rapporto per sfuggire alla persecuzione vengono mantenute le provvidenze economiche, come il trattamento di disoccupazione, previste in caso di disoccupazione involontaria. La legge prevede anche la possibilità di erogare aiuti sociali alle donne prive di risorse economiche.

Uno degli elementi qualificanti della legge è costituito dal fatto che l'esercizio dei diritti di cui si è detto è condizionato al fatto che la condizione di vittima di violenza domestica sia formalmente riconosciuto da parte dell'autorità giudiziaria. Tale *status*, in via ordinaria, si acquisisce a seguito un "ordine di protezione". In caso di urgenza, tali diritti sono riconosciuti in presenza di un «rapporto del Pubblico ministero che riconosce la presenza di indizi sulla violenza domestica mentre è in corso il procedimento per l'adozione dell'ordine di protezione» (art. 23). La giurisprudenza riconosce una certa flessibilità nel riconoscimento dei diritti connessi riconosciuti alle vittime, sulla base di un orientamento che imporrebbe al giudice di fare giustizia secondo una prospettiva di genere<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Decreto regio del 21 novembre 2008, n. 1917, che contiene il programma di inserzione socio-lavorativa per le donne vittima di violenza di genere.

<sup>16</sup> Da ultimo, per quanto riguarda il riconoscimento della pensione di reversibilità, la sentenza del *Tribunal de Justicia de Canarias* (Las Palmas), del 7 marzo 2017, decide da una prospettiva di genere in applicazione dell'articolo 4 della legge organica del 22 marzo 2007, n. 3, sull'uguaglianza effettiva di donne e uomini, che stabilisce "l'integrazione del principio di uguaglianza nell'interpretazione e applicazione delle norme". Da tale prospettiva, si deve usare un criterio ermeneutico nell'adozione di interpretazioni giuridiche che garantiscano la maggiore protezione dei diritti umani, specialmente quelli delle vittime.

4.1. *Misure di adattamento del tempo di lavoro ai bisogni della vittima di violenza domestica.* – La lavoratrice vittima di violenza di genere ha il diritto di richiedere la «riduzione o la riorganizzazione del proprio tempo di lavoro» (art. 21). Tale diritto è riconosciuto alla vittima allo scopo di rendere effettiva sia la sua protezione che il diritto a ricevere la necessaria assistenza sociale da parte delle strutture competenti. Quanto alla prima misura, la sua finalità è quella di impedire, o quantomeno rendere più difficoltosa, la localizzazione della vittima. Le due misure (riduzione o riorganizzazione) non sono cumulative. Il fatto che il legislatore abbia separato le due ipotesi con la congiunzione “o” significa che la vittima dovrà scegliere tra la riduzione dell’orario del lavoro, accompagnato da una riduzione proporzionale del salario, oppure la riorganizzazione del tempo di lavoro, adeguando l’orario alle esigenze della lavoratrice, applicando un orario flessibile o adottando eventuali altre forme di organizzazione del tempo del lavoro utilizzate nell’azienda. La norma prevede quindi un’opzione da parte della lavoratrice, ciò non esclude che la contrattazione collettiva possa eventualmente prevedere la coesistenza di entrambe le misure.

La riorganizzazione dell’orario di lavoro può consistere, ad esempio, nella modifica della fascia oraria nella quale la lavoratrice presta la propria attività, nella modifica dei turni di lavoro, nello spostamento delle pause in altra ora della giornata, nell’esonerare la lavoratrice dal lavoro notturno, etc. L’utilizzo di un orario flessibile lascerebbe alla lavoratrice discrezionalità nel determinare gli orari di ingresso e di uscita dal lavoro.

L’ultima modalità di riorganizzazione dell’orario è indicata come “altra forma di riorganizzazione del tempo di lavoro prevista in azienda”. Si tratta di una clausola aperta che può consistere, ad esempio, nella irregolare distribuzione dell’orario di lavoro, nell’alternanza con il telelavoro, nell’esenzione dall’obbligo di prestare lavoro straordinario<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda l’opzione relativa alla riduzione dell’orario di lavoro, come si è detto, la misura si accompagna alla riduzione pro-

<sup>17</sup> A. LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA, *La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo*, in AA.VV., *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, Granada 2009, pp. 212-214.

porzionale del salario della lavoratrice vittima di violenza di genere, cosicché il costo ricade esclusivamente sulla lavoratrice e comporta un pregiudizio economico alla vittima. Considerato che la riduzione del reddito non favorisce la tutela della vittima, sarebbe stato sicuramente più opportuno assicurare alla lavoratrice vittima di violenza di genere una prestazione economica sostitutiva, tale da compensare, almeno parzialmente, la riduzione di reddito conseguente alla riduzione dall'orario di lavoro.

La norma non prevede per quanto tempo la vittima possa beneficiare del diritto alla riorganizzazione o riduzione del tempo di lavoro; si deve ritenere che la misura possa durare sin quando persiste lo *status* di donna vittima di violenza di genere o, quantomeno, sinché perdura l'assistenza sociale integrale riservata alle vittime di violenza di genere<sup>18</sup>. Di conseguenza, sinché persistono i requisiti che giustificano l'adozione di tali misure, visto che si tratta di diritti finalizzati a garantire la sicurezza e l'assistenza integrale della vittima, il diritto può essere esercitato indefinitamente<sup>19</sup>. Potrebbe pertanto dubitarsi delle clausole contrattuali che stabiliscano un termine massimo di durata.

La riorganizzazione o la riduzione dell'orario di lavoro in caso di violenza domestica, secondo quanto stabilisce la legge, dovrà trovare attuazione con le modalità stabilite dal contratto collettivo o dall'accordo individuale tra datore di lavoro e lavoratrice. Nel caso che la materia non venga disciplinata dalla contrattazione collettiva ed in mancanza di accordo tra le parti, la decisione relativa alle modalità di esercizio del diritto è rimessa alla lavoratrice.

Si dibatte, in dottrina, la questione relativa alla possibilità che la vittima di violenza di genere, pur in presenza di un contratto collettivo che definisca le modalità di servizio del diritto, possa proporre al datore di lavoro una differente regolamentazione. Tale facoltà, a mio avviso, dovrebbe essere riconosciuta entro il limite costituito dalla sussistenza della finalità e nell'ambito delle regole della buona fede contrattuale. La decisione della lavoratrice, pertanto, potrà prevalere

<sup>18</sup> A. FERNÁNDEZ URRUTIA, *Avances, reflexiones y nuevas propuestas en torno a la protección social frente a la violencia de género: acreditación, intervención en el ámbito sanitario y salvaguarda de la actividad laboral*, in *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, n. 3, 2007, p. 158.

<sup>19</sup> B. QUINTANILLA NAVARRO, *Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, cit., p. 40.

sul potere di direzione e organizzazione imprenditoriale, senza che questi possa opporsi al suo esercizio, salvo che la proposta individualmente avanzata dalla lavoratrice possa determinare un danno straordinario, sproporzionato e irrimediabile che dovrà essere dimostrato dal datore di lavoro.

Il licenziamento disciplinare della lavoratrice e l'estinzione del contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo a causa dell'esercizio del diritto alla riorganizzazione o riduzione del tempo di lavoro, ovviamente, è da considerarsi nullo.

In conclusione, deve ribadirsi che il diritto alla riduzione dell'orario di lavoro, come affermato da un'autorevole dottrina, può essere considerato un diritto, o una soluzione, incompleta, in quanto manca la previsione del riconoscimento almeno del trattamento di disoccupazione per le ore perse<sup>20</sup>. Peraltro, non può farsi a meno di notare come il diritto alla riorganizzazione dell'orario di lavoro appaia praticabile nelle grandi aziende, ma di non facile applicazione nelle medie e piccole aziende o nell'ambito di quelle attività che, per loro natura, richiedono la presenza simultanea di tutti i lavoratori<sup>21</sup>.

4.2. *Mobilità geografica o cambio di unità produttiva.* – La legge spagnola riconosce alle vittime di violenza di genere un diritto di preferenza per l'assegnazione ad un'altra sede di lavoro. La *ratio* della norma deriva dall'opportunità di consentire che la lavoratrice che si veda obbligata ad abbandonare il posto di lavoro per sfuggire all'aggressore o per esercitare il diritto all'assistenza sociale integrale non perda l'occupazione. Si tratta di un diritto che, tuttavia, può essere esercitato soltanto laddove l'impresa abbia almeno un altro centro di lavoro nella stessa o in una diversa località rispetto a quella nella quale la vittima presta servizio. È necessario, inoltre, che presso l'altra unità produttiva risulti vacante un posto di lavoro in un gruppo professionale o categoria equivalente a quello della lavoratrice. Ciò

<sup>20</sup> E. MARTÍN PUEBLA, *Medidas laborales de protección contra la violencia de género*, in *Tribuna Social*, n. 179, 2005, p. 23. Per l'A., è possibile che il legislatore non abbia intrapreso questa soluzione per evitare una situazione di disparità di trattamento con le vittime di violenza domestica nell'Amministrazione Pubblica dove non è prevista alcuna protezione in caso di disoccupazione.

<sup>21</sup> M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *Valoración de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género casi una década después de la publicación de la Ley de protección integral contra la violencia de género*, in AA.VV., *Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo*, ADAPT, Modena 2014, p. 238.

comporta l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare alla lavoratrice la presenza di posti vacanti in un determinato momento o di quelli che potrebbero risultare vacanti nel futuro. Si tratta di una misura interessante ed adeguata alla finalità che si propone, ma la sua operatività sembra limitata nella pratica e certamente esclusa per le numerosissime imprese, piccole e medie, che contano su una sola unità produttiva.

Peraltro, il diritto alla conservazione del posto precedentemente occupato si mantiene soltanto per sei mesi, trascorsi i quali la vittima non potrà più esercitare il diritto di ritornare all'occupazione precedente. Al fine di consentire all'impresa di garantire alla lavoratrice vittima di violenza di genere il diritto al trasferimento ed al ritorno all'occupazione precedente, la legge ha stabilito che il datore di lavoro potrà, durante tale periodo, assumere un altro lavoratore con un contratto a termine per ragioni sostitutive. Il datore di lavoro che ricorra a tale opportunità avrà diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali per la durata di tale contratto; beneficio che decade alla scadenza dei sei mesi anche nel caso che il datore di lavoro operi per la prosecuzione del rapporto.

*4.3. Sospensione del contratto di lavoro e, quale soluzione estrema, l'estinzione del rapporto di lavoro.* – Un'ulteriore previsione riguarda il diritto della lavoratrice vittima di violenza di genere alla sospensione del rapporto di lavoro, con facoltà di rioccupare il proprio posto di lavoro una volta cessato il motivo che ha indotto la sua scelta.

Per poter esercitare tale diritto, son necessari tre requisiti. La lavoratrice dovrà possedere lo *status* di vittima di violenza di genere; dovrà trovarsi nelle condizioni di dover abbandonare il proprio posto di lavoro e dovrà liberamente avvalersi della facoltà di sospendere il rapporto. Durante il periodo di sospensione del rapporto di lavoro la lavoratrice potrà beneficiare del trattamento previsto per la disoccupazione involontaria. La durata iniziale della sospensione è fissata in sei mesi, può essere ulteriormente prorogata, per periodi di tre mesi, con provvedimento dell'autorità giudiziaria, quando ciò sia ritenuto necessario per la protezione della vittima, per un periodo massimo complessivo che non può superare i diciotto mesi.

La durata legale della sospensione può esser prorogata dalla contrattazione collettiva che, tuttavia, non potrebbe disporre il diritto alla riserva del posto oltre il limite massimo di 18 mesi stabilito dalla legge.

La durata massima legale non è stata univocamente interpretata da parte della dottrina. Una parte di essa ritiene che i diciotto mesi debbano essere sommati ai sei iniziali<sup>22</sup>; altri, al contrario, ritengono che i sei mesi iniziali debbano essere computati all'interno dei 18 consentiti in presenza di una proroga giudiziaria<sup>23</sup>. A mio avviso, la formulazione della norma sembra indicare che il limite massimo di 18 mesi non riguardi soltanto la proroga, ma la durata complessiva della sospensione del rapporto di lavoro.

Nel caso in cui venga superato il periodo massimo di sospensione di 18 mesi, laddove non sia venuta meno la causa che impone alla lavoratrice di astenersi dall'attività lavorativa, l'unico possibile rimedio è quello del recesso dal rapporto di lavoro<sup>24</sup>. L'ipotesi, in tal caso, viene considerata una forma di dimissioni per giusta causa e, pertanto, la lavoratrice avrà diritto alle prestazioni previste per la disoccupazione involontaria.

5. *Il tema controverso della pensione di reversibilità.* – La donna vittima di violenza di genere, secondo la l. 26/2009<sup>25</sup>, ha diritto a percepire la pensione di reversibilità anche se risulta separata o divorziata da più di dieci anni. Per comprendere il senso del provvedimento, occorre ricordare che, secondo la legislazione spagnola, l'ex coniuge perde il diritto alla pensione di reversibilità una volta passati dieci anni dalla separazione o dal divorzio. Il riconoscimento di tale diritto alla donna vittima di violenza domestica, pertanto, costituisce un'eccezione alla regola generale.

Analogo diritto viene riconosciuto dalla l. 40/2007 alla donna vit-

<sup>22</sup> L. MELLA MÉNDEZ, *La suspensión pro violencia de género del contrato de los trabajadores: algunos puntos críticos*, in AA.Vv., *Mujer, trabajo y seguridad social*, La Ley, Madrid 2010, p. 434 n. 3, 2007, p. 158.

<sup>23</sup> P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M.T. VELASCO PORTERO, *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Instituto Canario de la Mujer, Madrid 2006, p. 108.

<sup>24</sup> F. VILA TIERNO, *Medidas de mantenimiento del empleo para las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, in AA.Vv., *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, cit., pp. 251-277.

<sup>25</sup> Una parte della giurisprudenza riconosceva la pensione di reversibilità alla donna vittima di violenza di genere ancor prima della legge 2009, anche se non titolare di una pensione compensatoria e la coppia era separata da più di 10 anni, perché considerava che in tali situazioni entravano in gioco diritti fondamentali. Sentenze del *Tribunal Superior de Justicia* Cantabria 22 gennaio 2009 (AS 2009/278); Galicia 11 novembre 2011 (JUR 2011/422685).

tima di violenza domestica nel caso che il causante della pensione sia, o sia stato, legato alla vittima da un rapporto avente le caratteristiche della “coppia di fatto”<sup>26</sup>. La finalità della norma è quella di proteggere le donne vittime di violenza domestica evitando che possano esser indotte a non separarsi dal partner che esercita la violenza nei loro confronti per il timore di perdere il diritto alla pensione di reversibilità.

Un particolare problema si pone nel caso che il beneficiario della pensione di reversibilità risulti essere proprio l’aggressore della donna vittima di violenza di genere. L’ipotesi si verifica nel caso di morte della donna.

In tal caso, secondo quanto previsto dalla l. 1/2004, l’aggressore non avrà diritto alla pensione di reversibilità, posto che apparirebbe davvero paradossale che l’aggressore possa usufruire di un beneficio originato dal decesso di una persona che, sinché era in vita, ha maltrattato. Secondo la disposizione addizionale 1 della l. 1/2004, gli aggressori maschi non hanno diritto alle prestazioni di reversibilità causate dalle vittime di violenza di genere<sup>27</sup>, quando siano stati condannati con sentenza passata in giudicato per aver commesso contro di loro un reato doloso di omicidio (in qualsiasi delle sue forme) o di lesioni, salvo che non sia intervenuta una riconciliazione<sup>28</sup>.

La misura ha natura compensatoria e sanzionatoria. Una volta escluso l’aggressore dal diritto a beneficiare della pensione di reversibilità, il diritto si trasmette ai figli, che avranno diritto alla quota che sarebbe spettata al genitore. Con una precisazione: nel caso che i figli non abbiano ancora raggiunto la maggiore età, il padre non potrà convertirsi nell’amministratore del trattamento economico della pensione di reversibilità ad essi spettante<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Sentenza del *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*, dell’1 dicembre 2016, ric. n. 632/2016.

<sup>27</sup> A. LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA, *La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: Reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo*, in AA.Vv., *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, cit., p. 188.

<sup>28</sup> B. GARCÍA ROMERO, *La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social*, in *Aranzadi Social*, n. 11, 2012, pp. 117 ss.

<sup>29</sup> R. VIDA FERNÁNDEZ, *Pensión de viudedad y violencia de género. Análisis crítico de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, in AA.Vv., *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, Granada 2013, p. 277.

6. *Flessibilizzazione delle norme del codice disciplinare per le donne vittime di violenza di genere.* – La donna vittima di violenza di genere, in alcuni casi, potrebbe non essere in grado di rispettare tutti o compiutamente gli adempimenti che scaturiscono dal contratto di lavoro. La lavoratrice, ad esempio, potrebbe non essere in condizioni di rispettare l'orario di lavoro, mancare di puntualità, incorrere in episodi di assenteismo. Si tratta di comportamenti che, alla luce del potere disciplinare riconosciuto al datore di lavoro, consentirebbero a quest'ultimo l'adozione di sanzioni disciplinari. La l. n. 4/2004, ipotizzando che tali mancanze possano essere causate dalla peculiarità delle condizioni di una donna esposta a comportamenti aggressivi e violenti, contempla una serie di misure volte ad evitare o a limitare l'applicazione di sanzioni disciplinari nei suoi confronti.

La legge, pertanto, ha previsto che «le assenze o le mancanze di puntualità al lavoro che abbiano come causa la situazione fisica o psicologica derivante dalla violenza di genere si considereranno giustificate quando così sia stabilito dai servizi sociali o dai servizi sanitari». Di conseguenza, non sarà possibile sanzionare e/o licenziare la lavoratrice vittima di violenza di genere in presenza di assenze o mancanza di puntualità al lavoro se causate dalla situazione in cui versano. La legge, in tal caso, considera le assenze o le mancanze di puntualità al lavoro come non avvenute. Rispetto a tale ipotesi neppure è consentito alla contrattazione collettiva di stabilire un limite massimo al numero di assenze consentite. Nel silenzio della legge, tuttavia, si ritiene che laddove le assenze o di ritardi comportino una riduzione del tempo lavorato, il datore di lavoro, salvo un'esplicita disposizione in senso contrario da parte della contrattazione collettiva, potrà proporzionalmente decurtare la retribuzione della lavoratrice.

Il legislatore spagnolo, ritenendo che le donne vittime di violenza di genere costituiscano un collettivo particolarmente vulnerabile, ha riconosciuto loro una speciale protezione anche in presenza di un licenziamento. Per quanto riguarda il licenziamento per giustificato motivo, la norma ne prevede la nullità quando sia stato intimato nei confronti della lavoratrice vittima di violenza di genere<sup>30</sup> se correlato con l'esercizio dei diritti di riduzione o riorganizzazione del tempo

<sup>30</sup> Se non si accredita la condizione di vittima di violenza di genere, allora il licenziamento non sarebbe nullo: Sentenza del Tribunal Superior de Justicia Cataluña 28 gennaio 2010 (AS 2010/321).

di lavoro, di mobilità geografica, di cambiamento di centro o di sospensione del rapporto di lavoro. Analoga disciplina si applica anche nel caso di licenziamento disciplinare. Resta salva, ovviamente, la legittimità del licenziamento intimato per motivi estranei alla particolare condizione della lavoratrice vittima di violenza di genere.

7. *Tutela del lavoro italiano della violenza di genere.* – In Italia una norma lavoristica fa esplicito riferimento alla violenza di genere, per la prima volta, a partire del 2014. La legge n. 183 di quell'anno, nota come Jobs Act, termine riferito ad un complesso di provvedimenti di riforma del mercato del lavoro fondamentalmente ispirati al concetto della flessisicurezza, ha concesso una delega al Governo «in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro». La delega prevede l'emanazione di una serie di decreti legislativi. La materia relativa alla violenza di genere è contenuta in un articolo, il 24, del d.lg. 15 giugno 2015, n. 80, dal titolo: “Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro”, entrato in vigore il 25 giugno 2015.

L'art. 24 del d.lg n. 80/2015 riconosce il diritto ad un congedo per un periodo massimo di tre mesi alla lavoratrice «inserita nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere [...] per motivi connessi al suddetto percorso di protezione». Per poter maturare il diritto alla sospensione del rapporto di lavoro devono essere soddisfatti due requisiti. Innanzitutto, deve trattarsi di donna lavoratrice che sia vittima di violenza di genere inserita in un percorso di protezione; in secondo luogo, il diritto al congedo sorge quando la sospensione dell'attività lavorativa sia funzionale allo svolgimento del percorso di protezione, cioè quando sia motivata dalla situazione concreta nella quale si trova la vittima. Per quanto riguarda il primo dei requisiti, la lavoratrice non deve soltanto essere vittima di violenza di genere, ma deve anche essere inserita in un percorso di protezione, che dovrà essere certificato da una delle strutture riconosciute, e cioè il Comune di residenza, i Centri antiviolenza o le Case rifugio. Il secondo requisito è conseguente, nel senso che il congedo deve risultare necessario, o comunque utile, per il programma specifico di protezione della vittima, posto in essere da una delle strutture di cui si è detto. Programma che potrebbe prevedere, ad esempio, una modifica degli spostamenti o un cambio di residenza. Per poter accedere al diritto

di cui all'art. 24 del d.lg. n. 80/2015, in conclusione, non è sufficiente che la donna sia vittima di violenza di genere, ma è necessario che la concreta misura, il congedo, sia inserito nell'ambito delle misure di protezione della lavoratrice. La legislazione italiana, sotto questo profilo, si differenzia dalla disciplina spagnola, pur ispirandosi ad essa, in quanto in Spagna, per poter beneficiare di analoghi diritti, è richiesto un provvedimento giudiziario ma non è richiesta alcuna correlazione tra il beneficio accordato e le misure del piano di protezione.

Il d.lg. n. 80/2015 offre alle lavoratrici vittime di violenza di genere un'ulteriore opportunità: quella di ottenere che il proprio contratto di lavoro venga trasformato da tempo pieno a tempo parziale. Tale diritto è riconosciuto, dal comma 6 dell'art. 24, alle lavoratrici vittime di violenza di genere alle quali è riconosciuto il diritto al congedo. Si tratta di un diritto della lavoratrice vittima di violenza che comporta un corrispondente obbligo per il datore di lavoro. Nello specifico, alla lavoratrice vittima di violenza di genere è riconosciuto sia il diritto di precedenza rispetto agli altri lavoratori, nel caso si presentino opportunità di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale, sia il diritto di richiedere, anche in assenza di eventuali offerte in tal senso, la trasformazione del proprio contratto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale. In questo caso, tuttavia, il diritto spetta alle sole lavoratrici subordinate, sia nel settore pubblico che in quello privato, inserite in un percorso di protezione. Non spetta, invece, alle lavoratrici che siano parte di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa. Il diritto della lavoratrice alla modifica dell'orario di lavoro, infine, incontra un limite che, nella pratica, potrebbe ridurre l'efficacia della misura. Nella versione definitiva del decreto, il legislatore ha condizionato il diritto della lavoratrice al presupposto che i posti a tempo parziale corrispondenti alla richiesta della lavoratrice siano "disponibili in organico". Ciò può far immaginare che la misura, di per sé assai utile, possa trovare scarsa applicazione pratica. Una disciplina più articolata, comprensiva, ad esempio, di forme incentivanti per il datore di lavoro disposto ad agevolare la fruibilità dell'istituto, sarebbe stata più opportuna.

### *Abstract*

La violenza di genere è il simbolo più brutale di disuguaglianza nel quale la donna occupa una posizione di inferiorità e subordinazione rispetto al-

l'uomo. Per dare una risposta globale e lottare contro questa piaga sociale, la legge organica spagnola 1/2004, del 28 dicembre, recante misure di protezione integrale contro la violenza di genere, prevede diverse misure con la finalità di prevenire, sanzionare e sradicare questo tipo di violenza, nonché la forma di prestare assistenza alle vittime. Il presente studio si propone di analizzare le misure socio-lavoristiche destinate a tale scopo.

Gender violence is the strongest symbol of inequality in which women have an inferior and subordinate position in relation to men. To give a global answer and fight against this social damage, the Spanish Organic Law 1/2004 of 28th of December, about a complete protection measures against gender violence, it establishes joint measures with the aim of preventing, punishing and eradicating this kind of violence, as well as to give help its victims. The objective of this study is to analyse all the joint social labour measures assigned to such a purpose.

*Donne e impresa*



MANUELA TOLA

DONNE, IMPRESA, PROFESSIONI

Dopo un secolo dall'entrata in vigore  
delle «norme circa la capacità giuridica della donna»  
(l. 17 luglio 1919, n. 1176)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La capacità giuridica della donna nel secolo scorso. – 3. Gli effetti della l. 17 luglio 1919, n. 1176. – 4. Un bilancio a distanza di cento anni: a) il contesto normativo. – 5. (*Segue*): b) le attività economiche. – 6. Libertà di impresa e modelli di emancipazione femminile.

1. *Premessa*. – Come più o meno a tutti noto, quest'anno ricorre il centenario dell'entrata in vigore della l. 17 luglio 1919, n. 1176, che aveva introdotto le “Norme circa la capacità giuridica della donna”. Il provvedimento, in particolare, ha abolito l'istituto dell'autorizzazione maritale la cui previsione, per lungo tempo, ha condizionato la vita economica e professionale delle donne<sup>1</sup>.

L'evento merita di essere menzionato non solo – e non tanto – per la significatività della ricorrenza ma anche, e soprattutto, in rapporto all'evoluzione attraversata dai fenomeni economici e dai costumi sociali nell'ultimo secolo e le cui manifestazioni sul piano del diritto non possono sfuggire alla sensibilità del giurista, chiamato a vagliarne l'ascrivibilità o meno all'accadimento di cui si celebra l'anniversario. Nel tentativo di comprendere in che misura l'abolita autorizzazione maritale abbia contribuito ad ostacolare l'accesso delle donne all'esercizio dell'impresa e delle professioni non può trascurarsi come la sua introduzione nel Codice civile del 1865, e di ri-

<sup>1</sup> Si fa, infatti, spesso riferimento allo «squilibrio riconducibile sia al permanere degli effetti storici del periodo nel quale alle donne erano negati o limitati i diritti politici, sia al permanere, tuttora, di ben noti ostacoli di ordine economico, sociale e di costume suscettibili di impedirne una effettiva partecipazione all'organizzazione politica del Paese». Cfr. Corte cost. 13 febbraio 2003, n. 49, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1318, in materia di parità di accesso alla rappresentanza elettiva.

flesso nel Codice di Commercio, avvenne, non senza accese discussioni, sulla falsariga di una disposizione ben più rigorosa contenuta in quella che, all'epoca, doveva apparire come la legislazione liberale per eccellenza: il codice di commercio napoleonico<sup>2</sup>.

Ispirati ad una concezione di famiglia incentrata sull'autorità maschile, gli artt. 215 e ss. del Codice francese, così come l'art. 134 del Codice civile italiano impedivano alla donna maritata sia il compimento di atti dispositivi del patrimonio sia la possibilità di stare in giudizio, relativamente a quegli atti, «senza l'autorizzazione del marito», così ponendola in uno stato di incapacità giuridica assimilabile a quella dei minori di età. Tuttavia, diversamente dal Codice francese che concepiva l'autorizzazione maritale come mezzo di affermazione dell'autorità maschile e di salvaguardia del patrimonio familiare, il Codice italiano assegnava all'istituto un'ipocrita funzione di garanzia dell'ordine e dell'unità della famiglia.

Va da sè che in entrambi i casi la previsione normativa scaturiva dalla convinzione, di derivazione antica, dell'incapacità di autonomia della donna legata alla supposta inferiorità fisica e intellettuale, e tradottasi in quel postulato dell'*infirmitas sexus* che ha ispirato innumerevoli leggi e costituito, per lungo tempo, argomentazione giuridica ritenuta idonea a legittimare la discriminazione delle donne sul piano dell'impresa e del libero esercizio delle professioni, perché se è vero «che non tutto ciò che è nei codici vive poi come diritto, inversamente non tutto ciò che è diritto confluisce nei codici»<sup>3</sup>.

2. *La capacità giuridica della donna nel secolo scorso.* – Proprio sull'impedimento dovuto al sesso, infatti, nel 1884 la Cassazione di Torino sentenziò che «l'avvocheria fosse un ufficio esercibile soltanto da maschi», confermando la cancellazione dall'Ordine degli avvocati disposta dalla Corte d'Appello contro Lidia Poët; iscrizione ritenuta «pericolo gravissimo a cui rimarrebbe esposta la magistratura di essere fatta più che mai segno agli strali del sospetto e della calunnia

<sup>2</sup> L'art. 4, c. com. Napoleone del 1808 che disponeva: «la moglie non può esercitare mercatura senza il consenso del marito» era stato ripreso dall'art. 7, c. com. 1865, a mente del quale «la donna maritata non può essere commerciante senza il consenso espresso o tacito del marito» e, successivamente, dall'art. 13, c. com. 1882, in cui vi era la previsione che «la moglie non può essere commerciante senza il consenso espresso o tacito del marito».

<sup>3</sup> P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, p. 34.

ogni qual volta la bilancia della giustizia piegasse in favore della parte per la quale ha perorato un'avvocatessa leggiadra»<sup>4</sup>.

La decisione, assunta pur in assenza di un espresso divieto normativo che fungesse da limite al principio di uguaglianza professato, dall'allora vigente, art. 24 dello Statuto Albertino<sup>5</sup>, non impedì alle donne di dedicarsi al diritto mediante la frequentazione degli studi legali pur senza poter esercitare la professione.

Sul piano civile, la supposta inferiorità dovuta al sesso impediva alle donne non solo di occuparsi delle questioni patrimoniali, ma anche «di transigere o stare in giudizio» relativamente ad esse «senza l'autorizzazione del marito». In tal modo, l'ordinamento istituiva una vera e propria incapacità sostanziale e processuale «di genere» alla quale, però, si sottraevano le donne maritate dedite all'esercizio della mercatura che, dal «consenso generale del marito a questa speciale professione»<sup>6</sup>, traevano piena capacità.

Solo nel contesto di un «diritto di classe»<sup>7</sup> permeato sulla natura e sulle necessità del commercio, l'autorizzazione maritale a stare in giudizio perdeva, dunque, la sua ragion d'essere, così sottraendo la donna alle rigidità del codice civile<sup>8</sup>. In questo senso, l'esercizio dell'impresa come professione abituale determinava un diritto non uguale o, per meglio dire usando le parole di Galgano, «profondamente disuguale»<sup>9</sup>: garantiva, cioè, alla donna maritata piena capacità processuale nel disporre del patrimonio, nell'agire e difendersi in giudizio

<sup>4</sup> Cass. Torino 18 aprile 1884, in *Foro it.*, 1884, I, c. 341. Richiamandosi al medesimo principio, nel 1906 la Corte di Appello di Firenze esclude l'iscrizione delle donne nelle liste elettorali, osservando che «la donna *ob infirmitatem sexus* non ha né può avere la robustezza di carattere, quella energia fisica e mentale necessaria per disimpegnare come l'uomo le pubbliche cariche».

<sup>5</sup> «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla Legge. Tutti godono egualmente dei diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi». Tale articolo può ritenersi antesignano dell'art. 3 della nostra Costituzione repubblicana.

<sup>6</sup> Cfr. B. MOZZONI, voce *Donna maritata*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, diretto da V. Scialoja, vol. II, Milano s.d., p. 731.

<sup>7</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano 1935, p. 15.

<sup>8</sup> B. MOZZONI, *op. cit.*, p. 732; A. COSTA, *La capacità contrattuale della donna e la donna maritata commerciante nella legislazione statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, p. 43.

<sup>9</sup> F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.Vv., *La costituzione economica*, *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, diretto da F. Galgano, vol. I, Padova 1977, p. 74.

per tutte le questioni inerenti al suo commercio, così influenzandone la condizione giuridica<sup>10</sup>. Sicché nella valutazione del sistema, la supposta inferiorità femminile o la salvaguardia dell'unità della famiglia – dalle quali si riteneva che l'autorizzazione maritale traesse variamente la sua *ratio*<sup>11</sup> – incontravano il limite delle attività economiche che, contrariamente a quel che avveniva in altri campi professionali – segnatamente l'avvocatura e la magistratura – risultavano immuni da ogni pregiudizio.

3. *Gli effetti della l. 17 luglio 1919, n. 1176.* – Tale orientamento del sistema ha subito un cambio di rotta con l'introduzione, ad opera della l. 17 luglio 1919, n. 1176, delle "Norme circa la capacità giuridica della donna"<sup>12</sup>.

Tale provvedimento ammetteva le donne «a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici» ma, soprattutto, provvedeva ad abrogare l'odioso istituto dell'autorizzazione maritale che, secondo alcuni, sanzionava «una notevole inferiorità della donna maritata», ponendola «in uno stato di quasi assoluta incapacità giuridica»<sup>13</sup>.

Si pensi, infatti, che solo con la citata legge del 1919 vennero a cadere gli impedimenti alla legittima iscrizione delle donne agli albi forensi ma non all'esercizio della giustizia, atteso che dall'idoneità «a coprire tutti gli impieghi pubblici», riconosciuta dall'art. 7, si sottraevano quelli implicanti «poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche», segno inconfutabile, questo, della

<sup>10</sup> Ma incidere anche sulla società coniugale a prescindere dal fatto che la professione fosse esercitata solo dal marito. Nel caso di fallimento di questi, infatti, la moglie era ammessa a provare, con atti aventi data certa, la proprietà e provenienza dei beni mobili, così come poteva dimostrare l'esistenza di crediti verso il marito e insinuarsi al passivo del suo fallimento per il prezzo dei suoi beni alienati dal marito.

<sup>11</sup> B. MOZZONI, *op. cit.*, p. 731.

<sup>12</sup> Il provvedimento, a firma dall'allora Guardasigilli Ludovico Mortara, è noto come legge Sacchi, dal nome di Ettore Sacchi, giurista e ministro della Giustizia del Regno d'Italia.

<sup>13</sup> Così, O. SECHI, *L'emancipazione della donna e l'autorizzazione maritale*, in *Scienza del diritto privato*, 1894, p. 10. L'abrogazione dell'istituto ritenuta all'epoca «dubbio [...] frutto di maturo consiglio» da L. BOLAFFIO, *La moglie commerciante dopo la legge 17 luglio 1919, n. 1176*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, 1, era avvenuta molti anni dopo l'insuccesso del progetto di legge presentato nel 1912 da Vittorio Scialoja, ed ispirato al più liberale sistema austriaco che prevedeva che «la moglie non può essere commerciante se il marito ne abbia fatto divieto espresso».

persistente diffidenza verso la capacità femminile nella percezione della *ratio* e nella valutazione delle norme<sup>14</sup>, in campi diversi dal commercio.

Così, a dispetto dell'esigenza, chiaramente manifestata in sede di emanazione della suddetta legge<sup>15</sup>, di mettersi al passo con i tempi in cui gli ordinamenti scolastici consentivano «il conseguimento di quei diplomi che sono l'immediato e principale presupposto dell'abilitazione alle cosiddette professioni liberali», le donne potevano esercitare la mercatura, coprire cattedre, giungere alla libera docenza e all'assistentato in alcune Università e persino fare l'avvocato ma non erano ammesse alla magistratura.

Ne rimarranno escluse fino all'entrata in vigore della l. 9 febbraio 1963 n. 6, che interviene ad abrogare la disposizione impeditiva dell'art. 7, l. n. 1776 del 1919, peraltro, dichiarata costituzionalmente illegittima già ben tre anni prima, in accoglimento della q.l.c. sollevata dal Consiglio di Stato su impulso di una donna (Rosa Oliva)<sup>16</sup>.

Il provvedimento del 1963 attuava una scelta di campo molto criticata da quanti, sul presupposto che la funzione del giudicare richiede «intelligenza, serietà, serenità, equilibrio [...] fermezza di carattere, alta coscienza [...], senso del diritto, conoscenza della legge e della ragione di essa, [...] ed, ancora, animo aperto ai sentimenti di umanità e di umana comprensione, [...] coscienza della gravità del giudizio, e della gravissima responsabilità del "giudicare», ritenevano tali caratteristiche ben lungi dall'appartenere alle donne<sup>17</sup>. Considera-

<sup>14</sup> E, in effetti, come si legge nella relazione, il provvedimento normativo era stato determinato più dall'esigenza dell'ordinamento mettersi al passo coi tempi, che dalla volontà di superare una stortura del sistema non sorretta da una valida giustificazione.

<sup>15</sup> Così la relazione sul progetto di legge della Commissione del Senato.

<sup>16</sup> Corte cost., sent. 13 maggio 1960, n. 33, che, in accoglimento della q.l.c. sollevata dal consiglio di Stato, precisava: «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».

<sup>17</sup> E. RANELLETTI, *La donna giudice ovvero sia la grazia contro la giustizia*, Milano 1957, pp. 5 e 6. Tali considerazioni rispecchiavano la concezione, all'epoca diffusa, secondo cui «la donna deve rimanere la regina della casa, più si allontana dalla famiglia più questa si sgretola. Con tutto il rispetto per la capacità intellettuale della donna, ho l'impressione che essa non sia indicata per la difficile arte del giudicare. Questa richiede grande equilibrio e alle volte l'equilibrio difetta per ragioni anche fisiologiche. Questa è la mia opinione, le donne devono stare a casa», ed espressa

zioni, queste, che dovevano stonare al giurista, non foss'altro in rapporto a quel principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, all'epoca in vigore ormai da anni, e nel quale, grazie alla carpietà di Elena Merlin, fu aggiunta la parola "sesso" quale baluardo del divieto di discriminazione dei cittadini davanti alla legge; parola che gli altri membri della Costituente ritenevano superflua perché consustanziale allo spirito della norma, così ignorando la scarsa incisività del precedente di cui all'art. 24 dello Statuto Albertino, che doveva implicitamente contenerla ma che, nei fatti, non aveva impedito il perpetrarsi di innumerevoli discriminazioni.

Da allora, la storia registra un diritto che in larga parte «vive, si forma, evolve e si impone»<sup>18</sup> attraverso le donne, bisognose destinatarie di provvedimenti di tutela sul piano professionale: l'accesso ai settori economici e alle stesse professioni, non può ridursi ad una mera eliminazione di ostacoli giuridici ma, al contrario, implica la concreta affermazione dei diritti fondamentali «che non debbono restare al livello di dichiarazioni meramente teoriche, ma debbono effettivamente incidere sulla situazione economica-sociale dei membri della società»<sup>19</sup>.

Si tratta allora di realizzare materialmente questi diritti proprio attraverso l'eliminazione degli ostacoli che ne impediscono la piena affermazione nei confronti di tutti gli individui: questo si è tentato (e si tenta ancora oggi) di fare sul piano del lavoro e dell'impresa ove ancora si manifestano le forme più insidiose di ingiustizia economica e sociale perché, nonostante il mutamento del sistema, la storia non sembra essere cambiata.

4. *Un bilancio a distanza di cento anni: a) il contesto normativo.* – L'antica autorizzazione maritale, che fino al 1919 era necessaria per consentire alla donna l'esercizio della mercatura o la partecipazione in società commerciali, sembrerebbe aver lasciato nell'ordinamento un'impronta culturale difficile da superare. E nonostante l'eliminazione degli ostacoli giuridici che ne limitavano l'accesso alle attività

dal deputato Antonio Romano nel discorso pronunciato nel 1947 durante i lavori dell'Assemblea costituente.

<sup>18</sup> M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna 1994, p. 77.

<sup>19</sup> M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 395.

economiche, sembra ancora oggi persistere una certa diffidenza verso la presenza femminile nel mondo dell'impresa.

Questo dato non può non suscitare stupore se si tiene conto del tempo passato dall'affermazione dei principi costituzionali di uguaglianza dei sessi di fronte alla legge e sul piano del lavoro predicati dagli artt. 3 e 37 Cost., nella cui cornice si sono inseriti numerosi provvedimenti normativi intesi a garantire, con maggiore o minore efficacia, all'iniziativa economica femminile una dignità pari a quella maschile.

A tanto si è rivolta la l. 9 dicembre 1977, n. 903, istitutiva della "Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro", che ha affermato il divieto di discriminazioni fondate sul sesso nell'accesso al lavoro, nel trattamento retributivo e nella progressione di carriera ed il cui art. 14 – stranamente ancora in vigore in un sistema in cui la parità di genere appare oramai principio immanente e indiscutibile – stabilisce che «alle lavoratrici autonome che prestino lavoro continuativo nell'impresa familiare è riconosciuto il diritto di rappresentare l'impresa negli organi statutari delle cooperative, dei consorzi e di ogni altra forma associativa»<sup>20</sup>; legge, questa sicuramente importante ma inidonea a garantire tutela alle donne perché nei fatti elusa o poco applicata dalle imprese e comunque perché non si può affermare un divieto di discriminazione non sostenendolo con specifiche politiche sociali, economiche e giuridiche che garantiscano l'uguaglianza sostanziale<sup>21</sup> ma, soprattutto, non si può inserire nel sistema una norma destinata ad essere elusa dalle imprese e, spesso, dalle stesse donne.

Queste politiche si sono successivamente attuate con le cd. azioni positive volte a garantire il riequilibrio delle posizioni sostanziali attraverso meccanismi di promozione di un maggior ruolo delle donne nelle professioni, spesso ostacolato dalle difficoltà connesse alle responsabilità familiari, alla perdita di competenze legate al reinseri-

<sup>20</sup> Per l'interpretazione della norma, si rinvia a V. COLUSSI, *Impresa e famiglia*, Padova 1985, pp. 88 ss.; G. CIAN, sub art. 14, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 826; G. TAMBURRINO, *Considerazioni sul lavoro della donna nella impresa familiare e nella famiglia dopo la legge n. 903 del 1977*, in *Giur. agr. it.*, 1978, I, p. 135; F. CORSI, *Impresa familiare. Rappresentanza e disparità dei sessi*, in *Legisl. econ.*, sett. 1977-ag. 1978, pp. 38 ss.

<sup>21</sup> M.V. BALLESTRIERO, *La legislazione italiana sul lavoro femminile. Evoluzione e prospettive*, reperibile all'indirizzo <http://effervistafemminista.it/2014/11/la-legislazione-italiana-sul-lavoro-femminile-evoluzione-e-prospettive/>.

mento nel lavoro dopo la maternità e alla perdurante diffidenza per l'affidamento di incarichi di responsabilità. La strada verso questo nuovo approccio, che talvolta pone maggiore fiducia nel mutamento culturale piuttosto che nella coercizione, viene tracciata dalla l. 10 aprile 1991, n. 125, sulla realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, alla quale hanno fatto seguito la l. 25 febbraio 1992, n. 215, di incentivazione dell'imprenditoria femminile come rimedio alla disoccupazione ma anche come strumento di flessibilità atto coniugare lavoro e famiglia, e la discussa l. 12 luglio 2011, n. 120, che ha introdotto le quote di genere nelle società quotate e pubbliche, nel tentativo (a mio avviso non pienamente raggiunto) di sfondare il famigerato "tetto di cristallo" che, di fatto, impedisce alle donne l'accesso alle cariche apicali dei più importanti organismi produttivi<sup>22</sup>.

5. (Segue): *b) le attività economiche*. – Al contrario delle professioni giuridiche in cui la presenza delle donne rappresenta circa la metà (avvocatura) o, addirittura supera la presenza degli uomini (magistratura), nel settore dell'impresa, a dispetto dei numerosi provvedimenti normativi, si registra ancora oggi una preponderante presenza maschile. Le attività economiche gestite da donne rappresentano, infatti, solo il 22% del mercato italiano: risultato sicuramente non eclatante ma silenziosamente e faticosamente conquistato, come la storia dell'imprenditoria femminile dimostra.

Nel corso degli anni, infatti, sono state numerose le donne che a diverso titolo, e in contesti in cui il garantismo del legislatore era ben lungi dal venire, si sono impegnate per superare ogni pregiudizio fondato sul genere, ponendo al centro del proprio impegno l'effettività dei diritti, la libertà della persona, la dignità. In particolare, meritano di essere ricordate le tante imprenditrici che, anche nella vigenza dell'autorizzazione maritale, sono riuscite a realizzare con successo iniziative economiche facendo dell'impresa un mezzo privilegiato di perseguimento di finalità solidaristiche, sociali e di giustizia economica.

Tra queste Luisa Spagnoli che nel 1907 fondò insieme al marito la storica fabbrica del cioccolato Perugina (si deve proprio a lei il

<sup>22</sup> In arg., sia consentito rinviare al mio *Impresa e «discriminazione rovesciata»: le quote di genere in mezzo al guado*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 159 ss. Da ultimo, si segnala la più recente l. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1 co. 465 e 466, che riconosce il diritto della donna avvocato di opporre lo stato interessante e la maternità come legittimo impedimento a comparire in udienza.

famoso cioccolatino “bacio”!), ed amministrandola dedicò una particolare attenzione alle condizioni di lavoro dei dipendenti agevolandone il contemporaneo impegno nella sfera familiare attraverso l’istituzione di asili nido aziendali; Rosa Piantanida che, rimasta vedova, gestì la nota impresa tessile Bassetti, fondata dal marito, per poi passarla ai figli una volta che ebbero raggiunta la maggiore età e completato un’adeguata formazione professionale; Cora Slocomb, cittadina americana che, una volta stabilitasi in Friuli Venezia Giulia diede vita a sette scuole cooperative femminili di produzione di merletti, che dalle Regioni del nord Italia e fino alla Sicilia e alla Sardegna procuravano lavoro a giovani donne indigenti, sottraendole alle (allora consentite) brutali forme di sfruttamento del lavoro domestico con compensi più adeguati, al contempo, offrendo loro un’importante occasione di riscatto sociale; Lina Cavazza che, sempre nel campo della produzione dei merletti, con un’organizzazione dell’impresa improntata a valori etici offriva lavoro a donne prive di occupazione costante e, soprattutto, assicurava una fonte di guadagno a quelle tra loro che per la salute malferma o per la cura delle faccende domestiche non potevano assentarsi da casa; l’americana Alice Hallgarten, il cui progetto imprenditoriale, realizzato in Umbria per la produzione e vendita di lini, prevedeva la redistribuzione degli utili alle lavoratrici e il loro investimento in strutture e servizi ad esse dedicati come l’asilo aziendale, assumendo già allora i caratteri dell’odierna impresa sociale<sup>23</sup>. Dimostrazione evidente che con il

<sup>23</sup> Cfr. [www.aemilia-ars.it/Time-line/](http://www.aemilia-ars.it/Time-line/), 1° sett. 2013. Ma meritano di essere ricordate anche Lina Furlan, prima penalista italiana che con fermezza patrocinò «tante altre donne sul banco degli imputati», trovandosi però a dover difendere «ogni volta prima di tutto, prima di tutti, la donna che vive sotto la toga dell’avvocato», cfr. L. FURLAN, *Io difendo Lina Furlan*, in *L’Almanacco de l’Avvocato*, 1939, pp. 179 ss.; cfr. G. MERLO, *Il senso per la giustizia di Lina Furlan, prima penalista in Italia*, reperibile all’indirizzo <http://ildubbio.news/ildubbio/2017/03/08/la-passione-lina-furlan-penalista-italiana/>; e Maria Gabriella Luccioli, una delle prime otto donne magistrato d’Italia che, durante una carriera partita in un clima di diffidenza, pregiudizio e ostilità in cui, per dirla con le sue parole, si sentiva in «dovere di dare il massimo perché nessun errore [...] sarebbe stato perdonato», come ebbe a dichiarare nell’intervista reperibile all’indirizzo <http://www.lastampa.it/2016/02/10/italia/la-prima-donna-magistrato-da-anni-sfido-i-pregiudizi-degli-uomini-gYhgI28alsk697vop973lM/pagina.html>. Con le sue decisioni ha contribuito a smantellare il consolidato sistema del diritto di famiglia per poi “irrompere”, con la storica sentenza Englaro, nella delicatissima materia del fine vita.

d. lgs. n. 155/2006 prima e con il d. lgs 112/2017 poi, il legislatore non ha elaborato niente di nuovo.

6. *Libertà di impresa e modelli di emancipazione femminile.* – Mi sembra doveroso accennare anche a un’iniziativa imprenditoriale di grande successo segnalata come modello di emancipazione economica delle donne nel settore privato anche in contesti economico-sociali caratterizzati dal predominio della cultura maschilista: l’America Latina.

Risale a 34 anni fa la creazione in Bolivia di un’impresa dedicata alla ristorazione denominata *Crêpes & Waffles* che, partita come una piccola realtà produttiva, assume oggi una connotazione internazionale articolandosi in 34 sedi dislocate in Brasile, Panama, Messico, Cile, Venezuela e Spagna in cui sono stabilmente impiegati 3800 dipendenti. Di questi, il 96% sono donne, in larga parte ragazze madri. Solo il restante 4% sono uomini.

L’organizzazione di questa impresa si regge su un principio che potrebbe definirsi di discriminazione rovesciata: la scelta dei lavoratori prescinde da età, aspetto fisico o titolo di studio e ricade su persone che, proprio in ragione di quei criteri, nessuno assumerebbe<sup>24</sup>.

Calata nel nostro contesto giuridico, un’impresa così organizzata farebbe sicuramente discutere: la declinazione in forma imprenditoriale di un’attività economica dotata di una forte carica sociale consiglierebbe quantomeno l’adozione dello schema predisposto dall’ordinamento a tale scopo: l’associazione, la fondazione, la società cooperativa, l’ente religioso, l’impresa sociale nella particolare declinazione di impresa di inserimento lavorativo. Inoltre, un’organizzazione che seleziona i propri collaboratori secondo criteri fondati sul sesso potrebbe adombrare una sorta di contrarietà al principio di non discriminazione nell’accesso al lavoro.

La prima obiezione dovrebbe superarsi alla luce della spiccata sensibilità, anticipata dalla Comunicazione della Commissione europea

<sup>24</sup> Ai lavoratori sono anche garantite una serie di prerogative economiche che vanno dal riconoscimento di uno stipendio iniziale che supera di circa il 10% il salario minimo, all’assistenza sanitaria privata dopo un anno dall’assunzione e l’accesso a prestiti a basso interesse e piani di risparmio per l’acquisto di lavatrici, case e automobili. Inoltre, viene garantita una qualità della vita che va oltre la prestazione lavorativa e, talvolta, asseconda le inclinazioni personali dei dipendenti talaltra ne garantisce il benessere psicofisico o contribuisce alla gestione dei problemi legati alla crescita e all’educazione dei figli.

del 25 ottobre 2011, n. 681<sup>25</sup>, verso l'attività d'impresa nella sua "missione" sociale e volta a definirne un ruolo responsabile sul piano della sostenibilità e dell'impatto sulla società civile, enfatizzandone una responsabilità orientata al perseguimento di interessi cd. "altri"<sup>26</sup>. La seconda, invece, potrebbe non superare l'argomentazione che anche nel campo delle imprese private l'iniziativa economica, benché riconosciuta come libera nelle sue manifestazioni non potrebbe sottrarsi al limite della non discriminazione nell'accesso al lavoro.

Attività come quella segnalata dimostrano però che la tanto demonizzata impresa, se sapientemente concepita ed esercitata, può assumere un rilevante ruolo sociale fungendo da elemento di rottura dagli schemi<sup>27</sup>. Soprattutto dimostrano la capacità delle attività economiche di conseguire obiettivi che secoli di assistenzialismo non sono riusciti sempre o riescono stentatamente a conseguire<sup>28</sup>, determinando l'emersione, accanto alle tradizionali finalità lucrative, di una «finalità (direttamente) "sociale"» dell'impresa, «consistente nel perseguimento di scopi altruistici o benefici o comunque disinteressati»<sup>29</sup>. Segno evidente, questo, dell'acquisita consapevolezza che le ragioni patrimoniali e i valori economici dell'impresa «non siano sempre imprescindibili e comunque predominanti [...] ma possano coesistere con, o addirittura cedere a, ragioni non patrimoniali e valori non economici»<sup>30</sup>.

### Abstract

Il contributo analizza le ragioni dell'autorizzazione maritale a cento anni dalla sua abrogazione, valutandone la possibile permanenza di effetti limita-

<sup>25</sup> Il provvedimento definisce la responsabilità sociale dell'impresa come «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate».

<sup>26</sup> V., ad es., G. COTTINO, *L'imprenditore*, 4<sup>a</sup> ed., I, t. I, Padova 2000, pp. 76 ss., che sottolinea le ipotesi, sempre più frequenti, di trasferimento del rischio di impresa sulla collettività.

<sup>27</sup> G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, Torino 2015, pp. 11 s.

<sup>28</sup> L'esigenza di riconoscere un ruolo "sociale" all'impresa risulta quanto mai avvertita «in un momento storico nel quale gli Stati nazionali faticano a perseguire le proprie politiche di *welfare* ed a fornire adeguate risposte di "beni comuni"». Così, U. TOMBARI, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano 2019, pp. 73 ss.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 247.

tivi sul piano dell'impresa e delle professioni in rapporto all'introduzione di interventi normativi e di misure «proattive» funzionali al conseguimento della parità di genere.

The work analyzes the reasons of the marital authorization, one hundred years after its abolition. It evaluates the possible permanence of limiting effects on the enterprises and professions in the light of laws interventions an proactive measures functional to the gender equality achievement.

SILVIA ORRÙ  
DONNE, IMPRESA, AGRICOLTURA  
L'integrazione della parità di genere  
per lo sviluppo rurale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rilevanza della parità di genere nelle politiche di sviluppo rurale: il contributo delle fonti sovranazionali. – 3. L'integrazione della parità di genere per lo sviluppo rurale nelle fonti comunitarie. – 4. L'integrazione della parità di genere nei piani di sviluppo rurale: qualche luce e molte ombre.

1. *Premessa.* – La presenza della donna in agricoltura è sempre stata ricorrente ed ha sempre avuto, di fatto, un rilievo fondamentale<sup>1</sup>.

Peraltro, per lungo tempo, l'apporto femminile nelle imprese agricole è stato connotato da una significativa subalternità, da una ridotta visibilità e soprattutto da una carente tutela giuridica del lavoro prestato. Le donne, infatti, nell'organizzazione delle imprese agricole – in larga parte a dimensione familiare<sup>2</sup> – sono state relegate in una posizione ancillare, con un ruolo di mero supporto al lavoro maschile,

<sup>1</sup> Al riguardo, diffusamente, P. BERTOLINI, *L'evoluzione della presenza femminile nell'agricoltura italiana ed i nuovi tratti dell'imprenditoria delle donne*, DEMB Working Paper, n. 40, 2014, pp. 3 ss.; E. MONTRESOR, *Le donne dell'agricoltura: luci e ombre*, in *La questione agraria*, n. 68, 1997, pp. 107-134, la quale osserva come la posizione delle donne in ambito agricolo sia sempre stata confinata in spazi marginali, con una scarsa possibilità di accedere ai livelli più qualificati e, soprattutto, con l'evidente difficoltà di incidere sulle scelte aziendali.

<sup>2</sup> Ancora oggi la struttura portante delle imprese agricole è rappresentata dalle imprese a dimensione familiare. Così, P. BERTOLINI, *L'evoluzione della presenza femminile nell'agricoltura italiana ed i nuovi tratti dell'imprenditoria delle donne*, cit., p. 3. Di recente, al riguardo, I. CANFORA, *L'impresa familiare in agricoltura e i lavoratori dell'impresa. Spunti di lettura dal diritto italiano ed europeo*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, pp. 316-331, che riporta dei risultati assai significativi: dai dati contenuti nel 6° Censimento generale dell'agricoltura, svoltosi nel 2010, emerge che circa il 99% delle aziende agricole fa ricorso a manodopera familiare. Anche a livello europeo – secondo i dati Eurostat sulla struttura delle imprese agricole – le imprese familiari rappresentano il modello operativo prevalente nel comparto agricolo.

del tutto privo di un adeguato riconoscimento giuridico del lavoro prestato<sup>3</sup>. Tutto ciò nonostante che l'art. 3 Cost., al comma 1, sancisca solennemente il principio di uguaglianza fra uomo e donna e l'art. 37 Cost., comma 1, affermi espressamente che «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore».

Nel tempo tale situazione è almeno in parte mutata: i numerosi interventi normativi, attuativi dei principi costituzionali di uguaglianza e di tutela del lavoro, hanno consentito, progressivamente, di riconoscere dignità e rilevanza giuridica al lavoro della donna nell'impresa agricola<sup>4</sup>.

Non solo. Negli ultimi decenni le donne hanno iniziato ad assumere un ruolo di primo piano nelle imprese agricole, divenendo esse stesse titolari e responsabili delle imprese medesime. Questo è quanto emerge dai dati statistici, che riflettono una realtà di estremo inte-

<sup>3</sup> Sul punto, *amplius*, E. MONTRESOR, *Le donne dell'agricoltura: luci e ombre*, cit. Al riguardo, si è perspicuamente osservato che il ruolo delle donne, seppur fondamentale per l'economia delle imprese agricole, è stato a lungo trascurato come conseguenza di una generale assenza di interesse nei confronti di un approccio di genere: così, P. BERTOLINI, *L'evoluzione della presenza femminile nell'agricoltura italiana ed i nuovi tratti dell'imprenditoria delle donne*, cit., p. 3.

<sup>4</sup> Il primo importante riconoscimento giuridico del lavoro svolto dalla donna nell'impresa agricola di titolarità del coniuge o di un proprio congiunto avviene in occasione della riforma del diritto di famiglia del 1975, ad opera della l. 19 maggio 1975, n. 151. Essa, infatti, introduce nel *corpus* codicistico l'art. 230-bis, che prevede l'istituto dell'impresa familiare. Tale norma, espressione dei principi generali di uguaglianza e di tutela del lavoro, fa emergere a livello normativo la necessità di dare rilevanza giuridica al lavoro di quei soggetti – rappresentati, in larga misura, proprio da donne – che prestano la loro collaborazione continuativa nell'impresa condotta da un congiunto. E ciò avviene attraverso l'attribuzione a tutti i familiari partecipi del diritto a prendere parte alle decisioni più rilevanti inerenti alla vita dell'impresa, nonché, sotto il profilo patrimoniale, attraverso il riconoscimento del diritto agli utili e del diritto agli incrementi. In tema di impresa familiare, *ex plurimis*, G. DI ROSA, *Art. 230 bis in Comm. c.c.* E. Gabrielli, *Della famiglia*, 2<sup>a</sup> ed., vol. I, a cura di G. De Rosa, Torino, 2018, pp. 1678-1736; F. PROSPERI, *Impresa familiare*, in *Cod. civ. Comm* Schlesinger, Milano 2006; G. PALMERI, *Regime patrimoniale della famiglia*, II, *Art. 230 bis c.c.*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 2004; L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in F. ANELLI e M. SESTA (a cura di), *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. Zatti*, vol. III, Milano 2012, pp. 811 ss.; G. OPPO, *Impresa familiare*, in *Comm. dir. it. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, vol. III, Padova 1992, pp. 518 ss.; V. COLUSSI, voce *Impresa familiare*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VI, Torino 1992, pp. 174 ss.; V. PANUCCIO, *L'impresa familiare*, Milano 1981; ID., voce *Impresa familiare*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano 2000, pp. 682 ss.

resse: secondo quanto emerge dal 6° censimento in agricoltura circa il 31% delle imprese agricole è a conduzione femminile<sup>5</sup>.

Si tratta di un dato significativo, espressione dei mutamenti che hanno interessato negli ultimi decenni il settore agricolo. Esso è ormai caratterizzato da una sempre più marcata multifunzionalità<sup>6</sup> e diversificazione delle attività: accanto alle tradizionali attività agricole principali – coltivazione, allevamento degli animali e silvicoltura – si sviluppa, infatti, un'ampia e variegata gamma di attività connesse<sup>7</sup>. A ciò si aggiunga che la multifunzionalità dell'impresa agricola spesso si coniuga con una forte attenzione alla sostenibilità dei processi produttivi<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Alla luce dei dati pubblicati nel 6° Censimento dell'Agricoltura, svoltosi nel 2010, le imprese agricole a gestione femminile sono 497.847 e rappresentano il 30,7% del totale delle aziende agricole censite; si tratta, peraltro, di imprese la cui base territoriale è piuttosto contenuta: circa il 78% di queste, infatti, è al di sotto dei 5 ettari e solo il 20% al di sopra dei 100 ettari. Anche le rilevazioni statistiche più recenti confermano che l'imprenditoria femminile nel settore primario interessa il 31% delle imprese, percentuale che si mantiene, dunque, tendenzialmente costante dal 2010: è questo quanto emerge dall'Annuario dell'Agricoltura Italiana 2017, vol. XVII, Roma 2019, predisposto dal CREA.

Va altresì sottolineato che la donna ha un ruolo di rilievo anche fra i lavoratori dipendenti in agricoltura. Secondo il 6° Censimento dell'Agricoltura (Istat 2010) la manodopera femminile risulta pari al 37%, con picchi del 41% nel Sud del Paese, di cui il 30% è rappresentato dalla manodopera familiare impiegata in azienda, e il 7% è manodopera extra familiare. In argomento, INEA, *L'universo femminile in agricoltura*, 2013, p. 10.

<sup>6</sup> Sulla multifunzionalità dell'impresa agricola, F. ALBISINNI, *Azienda multifunzionale, mercato, territorio. Nuove regole in agricoltura*, Milano 2000; L. FRANCA-RIO, *L'impresa agricola di servizi*, Napoli 1988.

<sup>7</sup> In tema di attività connesse nell'impresa agricola, *ex plurimis*, R. ALESSI, *L'impresa agricola* (artt. 2135-2140 c.c.), in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, 2ª ed., Milano 2010, pp. 212 ss.; si veda, inoltre, *amplius*, V. BUONOCORE, *Il «nuovo» imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 5 ss.; si veda, altresì, P. MASI, *Attività agricole e attività connesse*, in *Riv. dir. agr.*, 1973, II, pp. 573 ss.

<sup>8</sup> Sulla nozione di sviluppo sostenibile e sulla sua multidimensionalità, come affermato nella Conferenza di Rio de Janeiro del 1992, S. CARMIGNANI, *Agricoltura e pluridimensionalità dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2016, pp. 1 ss. Osserva al riguardo l'A.: «Quattro, in particolare, le dimensioni della sostenibilità dello sviluppo. La, nota, dimensione ambientale, intesa come capacità di mantenere nel tempo qualità e riproducibilità delle risorse naturali, di preservare la diversità biologica e di garantire l'integrità degli ecosistemi; la dimensione economica, cioè la capacità di generare in modo duraturo reddito e lavoro e di raggiungere un'eco-efficienza, intesa come uso razionale delle risorse disponibili e come riduzione dello

Il modello di sviluppo agricolo concepito in chiave meramente produttivistica, dunque, è stato progressivamente abbandonato per lasciare spazio ad un nuovo paradigma incentrato su un'impresa agricola che si prefigge l'obiettivo della produzione di beni e della fornitura di servizi secondo tecniche ecocompatibili e che, nel contempo, svolge una significativa attività a servizio delle comunità locali<sup>9</sup>. Basti pensare, per fare qualche esempio in tal senso, all'agricoltura biologica, all'attività agrituristica<sup>10</sup> e all'attività faunistico-venatoria, e, da ultimo, alla rilevanza riconosciuta all'agricoltura sociale<sup>11</sup>.

È questo – si badi – il modello di impresa agricola che ci viene consegnato dall'art. 2135 cod. civ., come novellato dall'art. 1, comma 1, del d. lgs. 18 maggio 2001, n. 228, Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57<sup>12</sup>.

sfruttamento delle risorse non rinnovabili; la dimensione sociale, come capacità di garantire l'accesso sia a beni considerati fondamentali sia a condizioni di benessere in modo equo all'interno delle comunità odierne e anche tra la generazione attuale e quelle future; la dimensione istituzionale, riferita alla capacità di assicurare condizioni di stabilità, democrazia, partecipazione, informazione, formazione e giustizia». In argomento, si veda altresì S. MANSERVISI, *Il principio dello sviluppo sostenibile: da Rio+20 al diritto dell'Unione europea ed il suo fondamentale ruolo nel diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, Milano 2014, pp. 175 ss.

<sup>9</sup> In argomento, M.R. D'ADDEZIO e P.M. PORRU, *La condizione giuridica della donna nell'impresa agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1990, p. 219.

<sup>10</sup> Al riguardo, *ex plurimis*, L. PAOLONI, *L'agriturismo e le attività di valorizzazione del territorio*, in *Tratt. dir. agr.* Costato, Germanò e Rook Basile, Torino 2011, vol. II, pp. 527 ss.

<sup>11</sup> L'agricoltura sociale, che riconduce nell'alveo della multifunzionalità dell'impresa agricola un insieme di attività, quali quelle, in senso lato, dei servizi alla persona e dei servizi di welfare, è disciplinata dalla legge del 18 agosto 2015, n. 141, Disposizioni in materia di agricoltura sociale. In argomento, I. CANFORA, *L'agricoltura come strumento di welfare. Le nuove frontiere dei servizi dell'agricoltura sociale*, in *Dir. agroalim.*, 2017, pp. 5-25; G. MACCIONI, *L'agricoltura sociale: profili giuridici*, in *Agr. ist. merc.*, 2015, pp. 154-176.

<sup>12</sup> In argomento, per tutti, M. GOLDONI, *Commento all'art. 1*, in *Decreto Legislativo 18 maggio 2001, n. 228, Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, I, pp. 213 ss.; E. CASADEI, *Commento all'art. 1, d.lgs. n. 228/2001. I «tre decreti orientamento»: della pesca, e acquacoltura, forestale e agricolo. Commentario sistematico* a cura di L. Costato, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, pp. 736 ss. Sulla «nuova» nozione di impresa agricola, quale emerge dal testo novellato dell'art. 2135

L'impresa agricola, dunque, si caratterizza oggi per la sua multifunzionalità, nella consapevolezza che la diversificazione delle attività c.d. connesse – collaterali e complementari alle attività agricole principali – consentono un'importante integrazione di reddito e una migliore proiezione nel mercato. Né va dimenticato che la multifunzionalità dell'impresa agricola può favorire la sostenibilità dei processi produttivi sì da garantire lo sviluppo economico e sociale delle zone rurali.

In tale prospettiva, alla luce di questo nuovo paradigma di impresa agricola, la presenza delle donne in agricoltura offre e può continuare ad offrire uno straordinario contributo alla trasformazione e alla modernizzazione del mondo agricolo e, più in generale, allo sviluppo rurale<sup>13</sup>.

In considerazione di ciò, la “femminilizzazione” dell'agricoltura può rappresentare una chiave di volta dello sviluppo rurale sostenibile, sia per la propensione delle donne ad orientare le loro scelte verso la diversificazione delle attività sia per la particolare attenzione delle stesse alla sostenibilità ecologica, attraverso l'adozione di pratiche produttive che salvaguardino l'ambiente<sup>14</sup>.

La presenza femminile può svolgere un ruolo strategico a favore dello sviluppo rurale. Da qui la rilevanza dell'integrazione del principio di parità di genere nelle politiche e negli interventi normativi

cod. civ., per tutti, A. GERMANÒ e E. ROOK BASILE, *L'impresa agricola*, in *Tratt. dir. agr.* Costato, Germanò e Rook Basile, Torino 2011, vol. I, pp. 757 ss.; R. ALESSI, *L'impresa agricola* (artt. 2135-2140 c.c.), cit.

<sup>13</sup> In termini, G. SANLORENZO, *Il ruolo della donna nell'agricoltura contemporanea, multifunzionale e innovativa*, in *Agriregionieuropa*, settembre 2011, pp. 96 ss., che, alla luce dell'analisi dei dati statistici, sottolinea come le donne operanti in agricoltura abbiano un ruolo fondamentale nel valorizzare un modo nuovo di fare agricoltura, che coniuga mirabilmente i saperi tradizionali e l'attenzione per la qualità dei prodotti con l'innovazione, la multifunzionalità delle imprese ed una sempre maggiore attenzione per l'inclusione sociale.

<sup>14</sup> Così, G. SANLORENZO, *Il ruolo della donna nell'agricoltura contemporanea, multifunzionale e innovativa*, cit. Si è osservato peraltro che «la sostenibilità dello sviluppo come strumento diretto a introiettare la tutela ambientale nelle logiche economiche costituisce solo uno spaccato di un più variegato atteggiarsi della sostenibilità, nella quale gli obiettivi ambientali devono coniugarsi con obiettivi di carattere sociale, economico ed istituzionale, con lo scopo di perseguire in modo integrato l'equità sociale e di genere nella distribuzione e nell'accesso alle risorse ambientali e nella conservazione delle risorse per le generazioni future»: in tal senso, perspicuamente, S. CARMIGNANI, *Agricoltura e pluridimensionalità dello sviluppo sostenibile*, cit., p. 3.

finalizzati alla regolamentazione del settore agricolo. Solo garantendo effettività al principio della parità di genere si potrà garantire, correlativamente, lo sviluppo economico delle zone rurali: parità di genere e sviluppo sostenibile rappresentano, infatti, un connubio inscindibile.

Il presente contributo è dunque volto a verificare se, ed in quale misura, nel nostro ordinamento l'integrazione della parità di genere assume rilevanza nelle politiche e nelle norme attinenti al comparto agricolo.

2. *La rilevanza della parità di genere nelle politiche di sviluppo rurale: il contributo delle fonti sovranazionali.* – La rilevanza del principio della parità di genere in un'ottica volta a favorire lo sviluppo sostenibile è da tempo fortemente avvertita anche a livello internazionale. Merita qui di essere ricordata, in particolare, la Quarta Conferenza Mondiale sulle Donne organizzata dall'ONU, tenutasi a Pechino nel 1995<sup>15</sup>, a séguito della quale gli Stati aderenti si sono impegnati ad adottare il principio del gender mainstreaming, in forza del quale l'approccio di genere deve trovare applicazione in tutte le politiche e i programmi di intervento degli Stati aderenti.

Va menzionato altresì il primo rapporto della United Nations Women (UN Women o, più precisamente, United Nations entity for gender equality and the empowerment of women), agenzia dell'ONU, presentato nel 2011 con lo scopo di promuovere il processo di uguaglianza ed il rafforzamento delle condizioni delle donne nel mondo al fine di favorire uno sviluppo sostenibile e solidale.

E nello specifico, con riferimento al ruolo della donna per lo sviluppo rurale, va qui ricordato un significativo documento, qual è il Rapporto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO) sullo "Stato dell'agricoltura e dell'alimentazione (SOFA) 2010"<sup>16</sup>, incentrato sulla rilevanza del fondamentale binomio pari opportunità-sviluppo sostenibile in agricoltura. In tale documento, infatti, si parte dalla constatazione che qualora le donne delle zone rurali avessero le medesime opportunità degli uo-

<sup>15</sup> Nella 16ª seduta plenaria della Quarta Conferenza mondiale sulle donne, tenutasi il 15 settembre 1995, furono adottati due fondamentali documenti e cioè la Dichiarazione di Pechino e il relativo Programma di azione.

<sup>16</sup> Rapporto FAO, *The State of Food and Agriculture (SOFA) 2010*, dal titolo *Women in agriculture. Closing the gender gap for development*.

mini – in termini di accesso alle risorse, alla formazione, alla tecnologia e ai servizi finanziari – la produzione agricola potrebbe crescere significativamente, con importanti ricadute per lo sviluppo sostenibile dell'economia dei paesi. In particolare – si afferma – nelle zone più povere l'empowerment alle donne consentirebbe di risolvere in modo significativo il problema della sicurezza alimentare e della fame<sup>17</sup>.

In tale prospettiva, l'esigenza di eliminare ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne assume una rilevanza primaria: in particolare – sottolinea il Rapporto – va favorito l'accesso alle risorse da parte delle donne in modo più equo<sup>18</sup>, e ogni politica e programma di sviluppo deve mirare, anzitutto, a rimuovere la disparità di genere<sup>19</sup>. È fondamentale, dunque, che nelle loro politiche gli Stati considerino le donne in posizione di parità con gli uomini, quali protagoniste dello sviluppo sostenibile.

Da qui la necessità di promuovere la parità di genere e di offrire maggiori strumenti alle donne in agricoltura al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile e vincere, in particolare, la lotta contro la povertà. In tale prospettiva, si è perspicuamente osservato che l'ugua-

<sup>17</sup> Nel Rapporto sopraindicato, la FAO precisa che se le donne delle zone rurali avessero le stesse opportunità degli uomini in termini di accesso alla terra, alla tecnologia, ai servizi finanziari, alla scolarizzazione ed ai mercati, la produzione agricola potrebbe aumentare ed il numero delle persone che soffrono la fame potrebbe ridursi di 100-150 milioni di unità. Il Rapporto stima che, nei paesi in via di sviluppo, qualora le donne che lavorano la terra avessero lo stesso accesso alle risorse che hanno gli uomini, la produzione complessiva delle imprese agricole femminili potrebbe aumentare di circa il 20%. Questo potrebbe far aumentare la produzione agricola totale dei paesi in via di sviluppo in misura pari al 2,5-4%; tale fattore, a sua volta, farebbe ridurre il numero delle persone che soffrono la fame nel mondo del 12-17%.

<sup>18</sup> Il Rapporto in esame documenta differenze sostanziali tra uomo e donna nell'accesso a numerose risorse agricole, quali la terra, il bestiame, la scolarizzazione, i servizi di divulgazione agricola, il credito, i fertilizzanti e le attrezzature meccaniche. In tutte le regioni le donne hanno, in genere, minore accesso alla terra, e per quei paesi in via di sviluppo dove i dati sono disponibili, il Rapporto mostra che la percentuale di donne proprietarie di aziende agricole oscilla tra il 3 ed il 20%, a fronte di una percentuale di forza lavoro agricola femminile che va dal 20 al 50%.

<sup>19</sup> In agricoltura – si legge nel Rapporto – le donne devono fare i conti con moltissimi ostacoli, derivanti dalla natura stessa dell'attività agricola e dalla difficoltà di organizzare il proprio tempo tra lavoro e famiglia. Per essere efficace, qualsiasi intervento deve affrontare questi problemi nel loro insieme. Le donne, inoltre, devono poter prendere parte ai processi decisionali a tutti i livelli.

glianza uomo/donna non è soltanto un nobile ideale, ma una condizione decisiva per lo sviluppo agricolo e la sicurezza alimentare<sup>20</sup>.

A livello internazionale, anche di recente, è stata ribadita la rilevanza del ruolo delle donne in agricoltura. Più precisamente, la FAO e il Fondo Internazionale per lo Sviluppo Agricolo (IFAD) hanno dato avvio all'attuazione della Decade delle Nazioni Unite per l'Agricoltura Familiare<sup>21</sup>, relativa al periodo 2019-2028, ed al Piano di Azione Globale per rafforzare il sostegno all'agricoltura su base familiare soprattutto nei paesi in via di sviluppo. In tale contesto, fra le molteplici azioni da intraprendere un particolare rilievo viene assegnato alle misure di sostegno ai giovani e alle donne delle zone rurali, per i quali vanno individuate specifiche azioni volte, da un lato, a facilitare loro l'accesso ad asset produttivi, alle informazioni, alla formazione, ai mercati, e, dall'altro lato, a favorire il loro coinvolgimento nei processi di formulazione delle politiche agricole.

3. *L'integrazione della parità di genere per lo sviluppo rurale nelle fonti comunitarie.* – L'interesse e l'attenzione nei confronti delle tematiche di genere emergono in misura significativa anche a livello comunitario. In termini generali, com'è noto, la parità di genere rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario: alla luce del Trattato di Amsterdam, il principio della parità di opportunità tra donne e uomini rientra tra i compiti (art. 2) e le azioni (art. 3) dell'Unione Europea. Va piuttosto sottolineato che, a séguito della Conferenza di Pechino del 1995, viene accolto anche nell'ordinamento comunitario il sopracitato principio del gender mainstreaming, in forza del quale l'approccio di genere deve trovare applicazione in tutte le politiche e nei programmi di intervento comunitario, impegnando gli Stati membri ad agire e a conformarsi allo stesso principio<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> In tal senso, JACQUES DIOUF, Prefazione al Rapporto FAO, *The State of Food and Agriculture (SOFA) 2010*.

<sup>21</sup> La c.d. Decade è finalizzata a creare un contesto favorevole per rafforzare il ruolo dell'agricoltura familiare e massimizzare il contributo degli agricoltori alla sicurezza alimentare e alla nutrizione globale, oltre a un futuro sano e sostenibile. Correlativamente, il Piano d'Azione Globale rappresenta una guida per la comunità internazionale riguardo ad azioni collettive e coerenti che possono essere intraprese durante il decennio 2019-2028. Tra le altre cose, tale Piano sottolinea la necessità di rafforzare l'accesso degli agricoltori familiari a sistemi di protezione sociale, ai finanziamenti, ai mercati e alla formazione nonché la necessità di migliorare le opportunità di reddito.

<sup>22</sup> Comunicazione della Commissione del 21 febbraio 1996, «Integrare la parità

L'eguaglianza fra uomini e donne rappresenta, inoltre, la condizione necessaria per la realizzazione degli obiettivi di crescita, lavoro e coesione sociale che l'Unione Europea si è impegnata a raggiungere in un primo momento con la Strategia di Lisbona del 2000<sup>23</sup>, e successivamente con la Strategia "Europa 2020"<sup>24</sup>. Al contrario, la disuguaglianza rappresenta un ostacolo insormontabile per un sistema economico e sociale che ambisce ad essere sostenibile, inclusivo e solidale, in un'ottica volta a conseguire elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale.

Da qui l'impegno dell'Unione Europea a rimuovere ogni disuguaglianza e disparità: la parità di genere, in tale prospettiva, rappresenta un elemento fondante dell'identità culturale e politica europea<sup>25</sup>.

Se così è, occorre allora verificare se, e con quali modalità, tale principio ha trovato operatività con particolare riferimento alle politiche agricole comunitarie per lo sviluppo rurale.

A tale riguardo, va rilevato che l'attenzione nei confronti della presenza femminile in agricoltura trova la sua prima e significativa espres-

di opportunità fra le donne e gli uomini nell'insieme delle politiche e delle azioni comunitarie» (COM (96) 67 def.

<sup>23</sup> La Strategia di Lisbona, lanciata nel 2000 e revisionata nel 2005, era finalizzata a fare dell'Unione Europea l'economia più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale.

<sup>24</sup> Nel 2010, l'UE si è dotata di una Strategia onnicomprensiva, denominata "Europa 2020", presentata il 3 marzo 2010 dalla Commissione Europea (Com (2010) 2020), per la crescita e l'occupazione relativamente al decennio 2010-2020. Essa individua tre motori di crescita, da mettere in atto mediante azioni concrete a livello europeo e nazionale: a) la crescita intelligente (promuovendo la conoscenza, l'innovazione, l'istruzione e la società digitale), b) la crescita sostenibile (rendendo la produzione più efficiente sotto il profilo delle risorse e rilanciando contemporaneamente la competitività economica), c) la crescita inclusiva (incentivando la partecipazione al mercato del lavoro, l'acquisizione di competenze e la lotta alla povertà). Al fine di superare le carenze strutturali dell'economia europea, migliorarne la competitività e favorire lo sviluppo di un'economia di mercato sociale e sostenibile vengono fissati cinque obiettivi che l'UE dovrebbe raggiungere entro il 2020 e in base ai quali saranno valutati i progressi compiuti, fra i quali si ricordano i seguenti: il 75% delle persone di età compresa tra 20 e 64 anni deve avere un'occupazione; e almeno 20 milioni di persone in meno devono essere a rischio di povertà. Gli Stati membri hanno tradotto tali obiettivi in obiettivi nazionali nel Programma Nazionale di Riforma consegnati alla Commissione Europea nell'aprile 2011.

<sup>25</sup> In tal senso, la risoluzione del Parlamento europeo del 17 giugno 2010 sulla valutazione dei risultati della tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010 e raccomandazioni per il futuro (2009/2242(INI)).

sione nelle linee di politica agricola comunitaria promosse, in particolare a partire dal 2000 dall'allora Commissario all'Agricoltura Franz Fischler, finalizzate ad integrare in modo sistematico le pari opportunità all'interno delle politiche di sviluppo rurale, nel presupposto che solo la garanzia delle parità di genere può consentire la realizzazione di uno sviluppo rurale davvero sostenibile.

Da tale momento, dunque, il lungo e tortuoso percorso normativo volto a valorizzare il ruolo della donna nell'agricoltura europea conosce i suoi momenti più significativi, attraverso l'adozione di vari documenti che, nel loro complesso, vanno a costituire un vero e proprio manifesto della rilevanza della presenza femminile nelle zone rurali e, più in generale, nel comparto agricolo.

Fra questi, senza pretesa di completezza, va ricordata anzitutto la risoluzione del Parlamento europeo del 3 luglio 2003 sulle donne delle regioni rurali in vista della revisione intermedia della politica agricola comune (2002/2241 (INI)), quella del 13 marzo 2007 su una tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010 (2006/2132 (INI)) e quella del 17 giugno 2010 sulla valutazione dei risultati della tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010 e raccomandazioni per il futuro (2009/2242(INI)); documenti, questi, che sottolineano in modo deciso il ruolo fondamentale della componente femminile nella produzione agricola e nello sviluppo rurale.

Ma la rilevanza del ruolo della donna in agricoltura – che rappresenta il tema centrale dei documenti sopracitati – trova la sua concretizzazione, anzitutto, all'interno della riforma della politica di sviluppo rurale del 2005, con l'art. 8 del reg. (CE) 1698/2005<sup>26</sup>, che afferma la necessità di eliminare le disuguaglianze di genere e di promuovere le pari opportunità in tutte le fasi di realizzazione della politica agricola comunitaria, quali la progettazione, l'esecuzione, la sorveglianza e la valutazione degli interventi. Si tratta di indicazioni di estrema importanza, a cui dovevano attenersi gli Stati membri nella delicata fase della predisposizione dei piani di sviluppo rurale (Psr).

Il principio del *gender mainstreaming* è stato richiamato anche nella politica agricola comunitaria 2014-2020. In particolare, il reg. (UE) n. 1303/2013<sup>27</sup>, all'art. 7, rubricato significativamente "Promo-

<sup>26</sup> Regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio, del 20 settembre 2005, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR).

<sup>27</sup> Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del

zione della parità fra uomini e donne e non discriminazione”, così dispone al comma 1: «Gli Stati membri e la Commissione provvedono affinché la parità tra uomini e donne e l’integrazione della prospettiva di genere siano tenute in considerazione e promosse in tutte le fasi della preparazione e dell’esecuzione dei programmi, anche in connessione alla sorveglianza, alla predisposizione di relazioni e alla valutazione»<sup>28</sup>. Peraltro, nonostante il richiamo al principio del *mainstreaming* e a fronte del dichiarato obiettivo di promuovere e valorizzare le donne che operano in agricoltura, deve constatarsi che l’attuale impianto della politica di sviluppo rurale dell’Unione Europea – articolata in 6 Priorità, ciascuna delle quali viene ripartita in *Focus Area* (FA) – non prevede alcuna specifica misura o intervento da applicare all’impresa femminile e nessun importo finanziario dedicato in via esclusiva all’imprenditoria femminile. Soltanto l’art. 7, comma 1, lett. e) del reg. (UE) n. 1305/2013<sup>29</sup> prevede che, al fine di contribuire alla realizzazione delle priorità dell’Unione in materia di sviluppo rurale, gli Stati membri possono inserire nei piani di sviluppo rurale (Psr) un sottoprogramma tematico specificamente dedicato alle “Donne nelle zone rurali”.

Quest’ultima rappresenta una sottomisura che certamente può consentire la valorizzazione e la diffusione delle imprese agricole al femminile. Tuttavia, almeno per quanto attiene all’Italia, si tratta di un’occasione mancata giacché, come si vedrà fra breve, non risulta che le Regioni nell’elaborare i piani di sviluppo rurale abbiano fatto ricorso a siffatto sottoprogramma.

17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio.

<sup>28</sup> Il comma 2 del sopracitato articolo, a sua volta, dispone che: «Gli Stati membri e la Commissione adottano le misure necessarie per prevenire qualsiasi discriminazione fondata su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale durante la preparazione e l’esecuzione dei programmi. In particolare, si tiene conto della possibilità di accesso per le persone con disabilità in tutte le fasi della preparazione e dell’esecuzione dei programmi».

<sup>29</sup> Regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga il regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio.

Al fine di rafforzare la posizione della donna nelle zone rurali, in considerazione dell'importante ruolo che essa può svolgere in funzione di uno sviluppo davvero sostenibile, il Parlamento europeo anche di recente ha richiamato l'attenzione su questa tematica attraverso la risoluzione del 4 aprile 2017 sulle donne e il loro ruolo nelle zone rurali (2016/2204 (INI)<sup>30</sup>, invitando ancora una volta gli Stati membri, alla luce del principio di uguaglianza tra uomini e donne e del principio di non discriminazione, «a creare maggiori sinergie nell'utilizzo degli strumenti finanziari comunitari (disponibili nell'ambito del FEASR, del programma Leader+, di Orizzonte 2020 e del Fondo sociale europeo) per la creazione di migliori condizioni di vita e lavorative nelle zone rurali, a perseguire politiche mirate e finalizzate all'inclusione sociale ed economica e all'emancipazione delle donne e delle ragazze, soprattutto quelle appartenenti a gruppi vulnerabili ed emarginati, e ad accrescere la consapevolezza in merito a tutte le possibilità offerte alle donne in tali zone ai sensi della legislazione esistente»<sup>31</sup>.

Non solo. Con riferimento alla politica agricola comunitaria, il Parlamento europeo «raccomanda alla Commissione di mantenere e migliorare i sottoprogrammi tematici dedicati alle “Donne nelle zone rurali” nelle future riforme della PAC, basando tali programmi, tra l'altro, su progetti di commercializzazione, di vendita diretta e di promozione dei prodotti a livello locale o regionale dal momento che essi possono contribuire alla creazione di opportunità occupazionali per le donne nelle zone rurali»<sup>32</sup>.

4. *L'integrazione della parità di genere nei piani di sviluppo rurale: qualche luce e molte ombre.* – Volgendo lo sguardo all'ordinamento italiano, occorre ora chiedersi quale sia il rilievo che all'integrazione della parità di genere viene assegnata nei programmi di sviluppo rurale. In particolare, va verificato in quale misura i piani di sviluppo rurale (Psr) – elaborati da ciascuna Regione per dare attuazione alle linee guida contenute nella politica agricola comunitaria – valorizzino l'imprenditoria femminile, come volano per lo sviluppo

<sup>30</sup> Tale documento è pubblicato in GUUE, 23 agosto 2018 (2018/C 298/02).

<sup>31</sup> Così, la risoluzione del Parlamento europeo del 4 aprile 2017 sulle donne e il loro ruolo nelle zone rurali, cit., al n. 12.

<sup>32</sup> In tal senso, la risoluzione del Parlamento europeo del 4 aprile 2017 sulle donne e il loro ruolo nelle zone rurali, cit., al n. 9.

rurale. Orbene, l'esame dei piani di sviluppo rurale (Psr) evidenzia a tale riguardo un dato non confortante. Benché l'aumento e il potenziamento della partecipazione delle donne nelle imprese agricole venga indicato come uno dei principali obiettivi da perseguire durante il periodo di programmazione, tuttavia, sotto il profilo pratico-operativo, mancano specifiche misure volte a perseguire in modo concreto siffatto obiettivo. In particolare, nessuna rilevanza è stata data per il periodo 2014-2020 al sottoprogramma tematico "Donne nelle zone rurali", nel quale si sarebbero potuti convogliare gli interventi volti a favorire la diffusione dell'imprenditoria femminile.

Pertanto, la mancata attivazione del sottoprogramma "Donne nelle zone rurali" e l'assenza di misure espressamente rivolte a favorire la diffusione dell'imprenditoria femminile inducono a ritenere, ahimè, che, al di là delle formule declaratorie ed enfatiche, si sia quasi rinunciato a considerare la presenza femminile in agricoltura come tema strategico sul quale costruire percorsi di sostegno in agricoltura finalizzati ad uno sviluppo rurale sostenibile, inclusivo e solidale. Peraltro, solo un'analisi dei risultati relativi alla programmazione agricola 2014-2020 potrà offrire utili elementi per valutare concretamente l'incisività delle misure previste nei piani di sviluppo rurale in ordine alla valorizzazione della presenza delle donne nelle zone rurali.

In ogni caso, l'imprenditoria femminile è, oggi, una realtà tutt'altro che marginale nell'organizzazione della produzione agricola.

Molto è stato fatto, ma molto rimane da fare: infatti, nonostante i dati incoraggianti indicati all'inizio del presente contributo, il comparto agricolo continua ad essere una realtà ancora fortemente maschile.

Proprio per questo, come già rilevato<sup>33</sup>, l'attenzione sul ruolo della donna nelle zone rurali deve essere mantenuta sempre alta sia a livello normativo sia a livello politico.

La propensione innovativa delle donne va incentivata e supportata mettendo in campo adeguate misure, quali, ad esempio, la garanzia di una migliore formazione e un costante aggiornamento, un accompagnamento qualificato alla creazione dell'impresa, un più facile accesso ai finanziamenti per realizzare l'attività di impresa, anche attraverso il microcredito, e, correlativamente, creando nelle zone ru-

<sup>33</sup> In argomento, mi sia consentito il rinvio a S. ORRÙ, *Donne e impresa agricola fra pari opportunità e sviluppo sostenibile*, p. 359, in AA.VV., *Donne e diritto. Un dibattito*, a cura di M. Masia e M.V. Sanna, Cagliari, 2019.

rali i servizi di contesto utili a migliorare la qualità della vita e a conciliare l'attività professionale e la vita familiare, per citare solo alcune delle linee di intervento richiamate nella risoluzione del Parlamento europeo del 4 aprile 2017<sup>34</sup>.

Un più solido supporto delle imprese femminili in agricoltura ed il potenziamento del ruolo della donna in tale ambito – da realizzare attraverso una effettiva integrazione di genere nelle politiche di sviluppo rurale – possono infatti garantire una crescita economica e uno sviluppo sostenibile non solo del mondo rurale ma dell'intera economia del Paese<sup>35</sup>.

### *Abstract*

Negli ultimi tempi le donne hanno iniziato ad assumere un ruolo di primo piano nelle imprese agricole, divenendo esse stesse titolari delle imprese medesime. Questo è quanto emerge dai dati statistici, che riflettono una realtà di estremo interesse: circa il 31% delle imprese agricole, in Italia, è a conduzione femminile.

Si tratta di un dato assai significativo.

La “femminilizzazione” dell'agricoltura può rappresentare una chiave di volta dello sviluppo rurale sostenibile, sia per la propensione delle donne ad orientare le loro scelte verso una diversificazione delle attività sia per una particolare attenzione alla sostenibilità ecologica, attraverso l'adozione di pratiche produttive che salvaguardino l'ambiente.

La presenza femminile, in particolare, può svolgere un ruolo strategico a favore dello sviluppo rurale. Da qui la rilevanza dell'integrazione del principio di parità di genere nelle politiche e negli interventi normativi finalizzati alla regolamentazione del settore agricolo. Solo garantendo effettività al principio della parità di genere si potrà garantire, correlativamente, lo sviluppo economico delle zone rurali: parità di genere e sviluppo sostenibile rappresentano, infatti, un connubio inscindibile.

Il presente contributo, dunque – partendo dalla rilevanza riconosciuta, in ambito internazionale e nel diritto comunitario, al principio della parità di genere in un'ottica volta a favorire lo sviluppo sostenibile – è volto a verificare se, ed in quale misura, nel nostro ordinamento, l'integrazione della parità di genere assuma rilevanza nelle politiche attinenti al settore agricolo, con particolare riferimento ai piani di sviluppo rurale.

<sup>34</sup> Si veda, in particolare, l'invito agli Stati membri contenuto al n. 31 di tale documento.

<sup>35</sup> Così, G. SANLORENZO, *Il ruolo della donna nell'agricoltura contemporanea, multifunzionale e innovativa*, cit., pp. 96 ss.

In recent times, women have played a leading part in agricultural enterprises, becoming themselves owners of the very companies. This is what emerges from the statistical data, which shows an extremely interesting reality: about 31% of farms in Italy are run by women.

This is a very significant fact.

The «feminisation» of agriculture may well represent a keystone of sustainable rural development, both for the propensity of women in directing their choices towards a diversification of activities and for a particular attention to ecological sustainability, through the adoption of a production that safeguards the environment.

The female presence, in particular, has a strategic role in favouring rural development. Hence the importance of integrating the principle of gender equality into policies and legislative acts aimed at regulating the agricultural sector. Only by guaranteeing effectiveness to the principle of gender equality will it be possible to guarantee the economic development of rural areas: gender equality and sustainable development are an inseparable combination.

This contribution, therefore – starting from the premise that gender equality is an established principle in International and in European law and with a view to fostering sustainable development – is aimed at verifying whether, and to what extent, in our legal system, gender mainstreaming is relevant in the policies pertaining to the agricultural sector, and in particular in rural development programmes.



*Donne e discriminazione*



BETZABÉ MARCIANI BURGOS\*

LIBERTAD DE EXPRESIÓN  
Y DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El efecto del lenguaje sexista. - 2a. El argumento de la consolidación de las estructuras sociales de subordinación. - 2b. El argumento del efecto silenciador. – 3. El problema de la regulación legal del lenguaje sexista. – 4. ¿qué hacer? Explorando otras alternativas como la resignificación.

1. *Introducción.* – En esta breve presentación, deseo referirme al modo en que el llamado lenguaje sexista provoca un efecto discriminatorio en las mujeres y a cómo puede pensarse en propuestas creativas de solución, más allá de la siempre peligrosa regulación legal.

Mi exposición seguirá el siguiente orden:

Me referiré al efecto discriminatorio del lenguaje sexista.

Muy brevemente, aludiré a los problemas que puede causar la regulación legal (en especial de tipo penal) del lenguaje sexista.

Exploraré algunas alternativas a la regulación legal. Debido al poco tiempo del que dispongo, solo haré una breve mención a la propuesta de resignificación (re-significazione) de Judith Butler<sup>1</sup>.

Usualmente, las expresiones de tipo sexista, como otras referidas a la raza, opción sexual, nacionalidad, religión y demás características típicamente referidas a grupos tradicionalmente excluidos, han sido condenadas por su carácter ofensivo y por el impacto que pueden tener en el derecho al honor de las personas. El problema, sin embargo, es que en las sociedades democráticas parece exigirse un alto nivel de tolerancia a la ofensa. Como dice Dworkin: «The essence of negative liberty is freedom to offend, and that applies to the tawdry as well as the heroic»<sup>2</sup>.

\* Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> J. BUTLER, *Lenguaje, poder e identidad*, Madrid 2009.

<sup>2</sup> R. DWORKIN, *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford 1996, pp. 218-219.

2. *El efecto del lenguaje sexista.* – Muchos autores han llamado la atención sobre la necesidad de cambiar el estándar de evaluación del lenguaje sexista y de otras formas de lenguaje ofensivo dirigido contra grupos vulnerables (lo que se conoce como hate speech<sup>3</sup>). De este modo, se dice por ejemplo que en el caso del lenguaje sexista, así como en el de cierto tipo de pornografía, el problema no sería la ofensa que puede provocar o su afectación a la llamada moral social, sino sus efectos en el nivel de la igualdad.

En una sociedad democrática no se debería prohibir algo porque parezca ofensivo, de mal gusto o incluso obsceno, pues se impondría el criterio de moralidad de cierto grupo (por ejemplo, de una cierta religión), no se respetaría el pluralismo ético inherente a las sociedades democráticas, y se afectaría el libre debate público de ideas. Sin embargo, como dice Nussbaum refiriéndose al caso de la pornografía, en estos supuestos lo que para los conservadores es negado por motivos de repugnancia o pudor para las feministas lo es por motivos de justicia e igualdad<sup>4</sup>.

El problema de cierto tipo de pornografía y del lenguaje sexista no sería que ofenden, dañan el honor de alguien o el sentimiento moral de un determinado grupo, sino que podrían estar afectando la igualdad de las mujeres. De este modo, se destaca el hecho de que, además de las condiciones materiales relacionadas con la exclusión (la falta de recursos económicos, la disparidad salarial entre hombres y mujeres, etc.), es fundamental atender también al elemento cultural que perpetúa dicha desigualdad. El lenguaje juega un papel fundamental en la reiteración y normalización de los prejuicios y estereotipos negativos dirigidos contra las mujeres. Con el lenguaje no solo decimos cosas, sino que también hacemos cosas o realizamos acciones, como rebajar, menospreciar, excluir o discriminar.

Dos son los argumentos vinculados a la discriminación que sirven para rechazar el lenguaje sexista. El primero es el llamado argu-

<sup>3</sup> Aunque el concepto de hate speech adolece de vaguedad, puede definirse, en términos muy generales, como: «el conjunto de expresiones ofensivas y despectivas dirigidas contra determinadas personas o grupos debido a sus señas de identidad, como la raza, el sexo, la orientación sexual, la nacionalidad, la religión, etc.». (B. MARCIANI, *El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado Constitucional de Derecho*, in A. RÓDENAS (cur.), *Repensar los Derechos Humanos*, Lima 2018, p. 222).

<sup>4</sup> M. NUSSBAUM, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires 2006, p. 166.

mento igualitario o de consolidación de las estructuras sociales de subordinación (defendido, por ejemplo, por Catharine MacKinnon en el caso de la discusión en torno a la pornografía). El segundo es conocido como el argumento del efecto silenciador.

2a. *El argumento de la consolidación de las estructuras sociales de subordinación.* – Desde esta perspectiva, hay una diferencia importante entre, por ejemplo, llamar a un afroamericano en los Estados Unidos *nigger* y, en ese mismo contexto, llamar a un sujeto de raza blanca, de clase media o alta, *cerdo capitalista*.

Si bien ambas expresiones pueden considerarse ofensivas, el problema con la primera (y es lo que ocurriría con los diferentes supuestos de *hate speech*), es que no solo se trata de una expresión que ofende, sino que discrimina. Según MacKinnon, de manera similar, la pornografía consolida las estructuras de desigualdad social de las mujeres y contribuye a su subordinación general al retratarlas como un objeto sexual<sup>5</sup>.

2b. *El argumento del efecto silenciador.* – Para otros autores, como Owen Fiss<sup>6</sup>, el lenguaje sexista y otros supuestos de *hate speech*, no solo afectan la igualdad sino la propia libertad de expresión de las víctimas (miembros de grupos tradicionalmente excluidos), provocando un efecto silenciador en los mismos.

De acuerdo a Fiss, la reiteración de este tipo de expresiones a lo largo del tiempo (por ejemplo, a través del chiste socialmente aceptado y ritualmente repetido) provoca del lado de las víctimas un sentimiento de inseguridad y vergüenza que las conduce a inhibirse de participar en el debate público. Del lado del auditorio, dicha reiteración provoca el refuerzo de prejuicios que conducen a la hostilidad y a la falta de atención respecto de los mensajes que pueden emitir los miembros de esos grupos históricamente discriminados.

3. *El problema de la regulación legal del lenguaje sexista.* – Tomando en cuenta los perjuicios que puede producir el lenguaje se-

<sup>5</sup> Dworkin ha detallado los argumentos de MacKinnon, aunque para criticarlos, en: R. DWORKIN, *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, cit., pp. 217-223. Más recientemente, Waldron vuelve y comparte los argumentos de MacKinnon en: J. WALDRON, *The harm in hate speech*, Cambridge 2012.

<sup>6</sup> O. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona 1999.

xista desde el punto de vista de la igualdad real de las mujeres<sup>7</sup>, la pregunta es cómo podemos enfrentar dichos problemas. Aunque el Derecho puede ofrecer varias alternativas que pueden ser útiles, la opción a favor de la restricción o sanción de este tipo de expresiones puede provocar varias consecuencias contraproducentes<sup>8</sup>.

Las críticas en contra de la sanción legal del lenguaje sexista se refieren a los casos en los que no se configura una clara e inminente incitación a la violencia. Cuando se produce dicha situación la doctrina y la jurisprudencia más autorizadas en torno al derecho a la libertad de expresión consideran que sí existe una razón legítima para restringir ese derecho. En los demás casos (la mayoría), incluso en los que se produce una posible incitación a la discriminación, pero no a la violencia, la teoría se muestra recelosa frente a la censura legal. Los argumentos que suelen señalarse son los siguientes:

El peligro de dejar en manos del poder estatal (legislador, juez o administración) la determinación de la expresión no permitida, principalmente tomando en cuenta la vaguedad del concepto hate speech (o del concepto lenguaje sexista). Este problema se agrava más si pensamos en el caso de las normas penales que, en atención al principio de legalidad, deberían tender a la claridad y la precisión.

¿Qué calificaría como lenguaje sexista? ¿Es suficiente la emisión del mensaje o es necesario que haya sido oído por las eventuales víctimas? ¿Éstas deben sentirse efectivamente ofendidas para que se configure la falta o ésta se debe evaluar con independencia de las emociones de las víctimas? Estas son algunas de las preguntas que se presentan al intentar precisar el tipo de expresión que debería considerarse prohibida<sup>9</sup>.

De otro lado, se advierte que, en esta evaluación demasiado abierta

<sup>7</sup> He trabajado con más detalle este asunto en un texto sobre el que volveré, parcialmente, en esta breve presentación: B. MARCIANI, *El lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal*, in *Derecho del Estado* (Universidad Externado de Colombia), n. 30, 2013, pp. 157-198.

<sup>8</sup> En este breve espacio me resulta imposible abordar una cuestión tan compleja como ésta y por eso remito a un texto en el que analizo los argumentos a favor y en contra de la prohibición legal del *hate speech*, que resulta aplicable a este caso. Cfr. B. MARCIANI, *El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado Constitucional de Derecho*, cit.

<sup>9</sup> Para una crítica a la regulación legal del hate speech, en especial a partir del derecho penal, ver: P. COLEMAN, *La censura maquillada*, Madrid 2018.

a la subjetividad del aplicador del Derecho, podrían filtrarse prejuicios culturales, morales o de gusto. Como dice Post, podría terminar imponiéndose el estándar cultural de una determinada élite social, sancionando a aquellos sujetos que, debido a su bajo nivel educativo, no pueden producir el tipo de discurso educado que sí proviene de los miembros pertenecientes a esas élites<sup>10</sup>.

El segundo efecto perverso de la sanción legal del sujeto que expresa una forma de *hate speech* es su eventual victimización a ojos del auditorio y su ganancia en términos de mayor respaldo y publicidad.

Baker se ha referido también al hecho de que, al prohibirse este tipo de expresiones, lo que se hace es ocultar al enemigo (pero no su discurso o sus creencias, que permanecerán latentes en el espacio público) en vez de exponerlo -a él y, principalmente, a sus creencias- en el debate público, a través de las armas de la argumentación<sup>11</sup>.

Finalmente, siempre existe un peligro de pendiente resbaladiza en estos casos. ¿Dónde cerraríamos los supuestos de censura? ¿De qué cosas no se podría hablar? Por ejemplo, si no podemos burlarnos u ofender a las mujeres o a los miembros de los colectivos LGTBI, ¿tampoco podríamos hacerlo respecto de una religión? ¿Deberían prohibirse tanto el lenguaje sexista como las caricaturas de Mahoma?

4. *¿qué hacer? Explorando otras alternativas como la resignificación.* – Otra de las objeciones que se formula contra la prohibición del hate speech es que con este tipo de soluciones se adopta una postura paternalista: los individuos que son parte de una minoría excluidas son tratados como *víctimas* que necesitan de una protección exterior a ellos mismos. Esto puede vulnerar la autoestima y la capacidad de autoafirmación de dichos sujetos.

Judith Butler ha señalado que quienes aseguran que el lenguaje de odio produce una clase de víctimas (aludiendo expresamente a Mari Matsuda<sup>12</sup> o a MacKinnon) niegan la agencia crítica de los individuos

<sup>10</sup> Cfr. R. POST, *Hate speech*, in I. HARE e J. WEINSTEIN (cur.), *Extreme speech and democracy*, Oxford 2009, pp. 123-138.

<sup>11</sup> E. BAKER, *Autonomy and hate speech*, in I. HARE e J. WEINSTEIN (cur.), *Extreme speech and democracy*, Oxford 2009, pp. 139-157.

<sup>12</sup> Matsuda es una autora central en el tema del *hate speech* y sus argumentos pueden encontrarse en su muy conocido texto publicado en la revista de la Universidad de Michigan: M. MATSUDA, *Public response to racist speech: Considering the victims story*, in *Michigan Law Review*, n. 87, 1989, pp. 2320-2381.

y tienden a apoyar formas de intervención en las que el Estado asume completamente dicha agencia.

En relación con la regulación legal del hate speech, Butler considera que no existe una garantía de neutralidad del lenguaje legal. Además, se presenta el problema de la poca eficacia de este tipo de alternativas. La censura, dice Butler, no romperá la “cadena ritual del discurso de odio”. «El discurso de odio es un discurso repetible, y continuará repitiéndose mientras esté lleno de odio»<sup>13</sup>.

En vez de la censura patrocinada por el Estado, Butler reivindica una forma de lucha social y cultural del lenguaje, que estaría en manos de las propias *víctimas*, a través del mecanismo de la resignificación. Eso es, por ejemplo, lo que ocurrió con el uso del término *queer* por parte de la comunidad gay en los Estados Unidos; una muestra de cómo los propios afectados pueden apropiarse de un término con el que han sido tradicionalmente descritos de forma ofensiva para, posteriormente, afirmar su particular identidad<sup>14</sup>.

Como dice Butler, el problema de la dominación asociada al lenguaje ofensivo no puede evaluarse únicamente con referencia a la situación particular del orador y su auditorio. Debe tomarse en cuenta la existencia de ciertas estructuras sociales y de una reiteración de actos en el tiempo que son los que le otorgan un significado (ofensivo) al discurso concreto.

Aunque Butler no se opone a la, eventual, regulación jurídica del *hate speech*, ella cree que la idea de que existe la necesidad imperiosa de una prohibición legal corresponde a una concepción dogmática del tema, que impide ver las alternativas subversivas que ofrece el lenguaje, así como la capacidad de agencia que tienen los miembros de los grupos tradicionalmente excluidos y que deberían explorarse como formas alternativas a la solución legal.

<sup>13</sup> J. BUTLER, *Lenguaje, poder e identidad*, cit., p. 169.

<sup>14</sup> La nota de los traductores del texto de Butler refiere lo siguiente: «Queer’ hace referencia a cualquier sexualidad no heterocentrada, y a la propia crítica del sistema heterocentrada. El uso que hacen de este término los militantes queer de los años noventa es un ejemplo de reapropiación de un término injurioso por parte de la propia comunidad insultada (maricas, bolleras, trans, etc.). En castellano también se traduce por ‘raro’, pero así se pierde el carácter insultante que tiene en inglés» (*Ivi*, p. 75).

*Abstract*

En esta breve presentación, deseo referirme al modo en que el llamado lenguaje sexista provoca un efecto discriminatorio en las mujeres y a cómo puede pensarse en propuestas creativas de solución, más allá de la siempre peligrosa regulación legal.

In this brief presentation, I want to refer to the way in which the so-called sexist language provokes a discriminatory effect on women and how it can be thought of as creative solution proposals, beyond the always dangerous legal regulation.



MARIA FRANCESCA CORTESI  
DONNE E MINORI:  
LE GARANZIE NEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Donne indagate, imputate e condannate. – 3. Minori indagati, imputati e condannati. – 4. Donne e minori: persone offese dal reato e testimoni.

1. *Premessa.* – Il sistema processuale penale ha, da sempre, previsto regole differenziate nei confronti di categorie soggettive ritenute “deboli”, concetto ampio ed indefinito destinato a ricomprendere diverse forme di “fragilità” riconducibili indistintamente a situazioni patologiche fisiche o psichiche, ciò sull’assunto che le dinamiche ordinarie volte all’accertamento di un fatto di reato possano pregiudicare, da diversi punti di vista, l’integrità di siffatti protagonisti.

Tali forme di tutela hanno, però, natura multiforme, non solo in ragione della molteplicità di soggetti a cui sono potenzialmente destinate, ma anche, in ragione delle diverse posizioni giuridiche che gli stessi possono assumere all’interno del rito penale: persona sottoposta alle indagini/imputato, condannato, persona offesa dal reato, testimone.

Alla luce di ciò, emerge, in primo luogo, come, all’interno della struttura normativa del procedimento penale, donne e minori siano entrati, sin da subito, a pieno titolo entro siffatto meccanismo differenziato ed emerge, altresì, come entrambe le posizioni soggettive appaiano del tutto interconnesse.

L’analisi che segue, pur senza alcuna pretesa di esaustività, ha lo scopo di tratteggiare il reticolato precettivo in modo, ove possibile, da evidenziarne le caratteristiche salienti e le eventuali lacune.

2. *Donne indagate, imputate e condannate.* – In riferimento alla donna che assuma all’interno del procedimento penale la qualifica di persona sottoposta alle indagini, imputata ovvero condannata, il legislatore detta regole peculiari, nell’ipotesi in cui ella sia incinta o ma-

dre di prole di età non superiore ai sei anni ovvero dieci o tre a seconda delle diverse ipotesi di riferimento.

L'attenzione che alla stessa viene rivolta è, pertanto, focalizzata sulla sua attitudine alla maternità al fine evidente, però, di proteggere i minori, in modo da evitare che essi subiscano le conseguenze pregiudizievoli legate al coinvolgimento del genitore nel processo.

Pertanto, particolare attenzione è riservata, in primo luogo, nell'ambito della eventuale vicenda cautelare, ove lo *status* di madre è considerato incompatibile con la detenzione carceraria. Si presume, infatti, sussistente, nel caso di specie, una minore pericolosità, che permette di formulare in astratto un giudizio di inadeguatezza della misura custodiale, presunzione che può, però, essere vinta dalla prova della presenza, nel caso concreto, di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

È evidente come la disciplina che consegue ad una siffatta impostazione sia destinata a mediare costantemente tra la tutela della collettività, da un lato, e, dall'altro, il riconoscimento di interessi e di valori che riguardano l'imputato (ovvero la persona sottoposta alle indagini), i quali trovano una puntuale protezione costituzionale, attraverso la salvaguardia della maternità e l'integrità psico-fisica dei figli minori (art. 31, comma 2, Cost.)<sup>1</sup>.

La norma caposaldo è costituita dall'art. 275, comma 4, c.p.p. che vieta l'utilizzo della misura della custodia carceraria, a meno che non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza<sup>2</sup>, quando gli imputati (ovvero le persone sottoposte alle indagini) siano donna incinta o madre di prole di età non superiore ai sei anni<sup>3</sup> con lei con-

<sup>1</sup> In questo senso M. NIRO, M. SIGNORINI, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Padova 2010, p. 57.

<sup>2</sup> Cass., 5 dicembre 2005, n. 2240, in *Ced. Cass.*, n. 233026; Cass., 16 giugno 2005, n. 34218, in *Ced. Cass.*, n. 232233; Cass., 21 ottobre 2003, Huertas, in *Ced. Cass.*, n. 227163.

<sup>3</sup> L'ultima novella che ha riguardato il disposto in analisi ossia l'art. 1, l. 21 aprile 2011, n. 62 (*Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*) ha, infatti, sollevato fino a sei anni il limite operante ai sensi dell'art. 275, comma 4, c.p.p., prima indicato in tre anni. Più precisamente l'art. 275, comma 4, c.p.p. prescrive che "Quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Non può essere disposta la custodia cautelare, salvo che sussistano

vivente<sup>4</sup>. La *ratio* che sottende detta scelta legislativa trova, tra l'altro, conferma nella fase della esecuzione della pena detentiva ove, al medesimo modo, si ha particolare cura nel preservare dal pregiudizio carcerario, in presenza, come ovvio, di stringenti presupposti, la stessa categoria di soggetti, a cui è offerta la possibilità di fruire di strumenti alternativi alla detenzione.

Si tratta, in particolare, della detenzione domiciliare (art. 47-*ter* ord. penit.), della detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* ord. penit.) e del rinvio obbligatorio o facoltativo della pena detentiva (artt. 146 e 147 c.p.).

La detenzione domiciliare, con esclusivo riguardo alle precipue ipotesi che interessano ai fini della presente analisi, prevede la possibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero in case famiglia protette, quando la pena detentiva non sia superiore a quattro anni, anche se residuo di maggior pena e si tratta di donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente (art. 47-*ter*, comma 1, lett. *a*), ord. penit.)<sup>5</sup>. Il contenuto del precetto in esame deve, tra l'altro, essere integrato alla luce della declaratoria di incostituzionalità del 2003, in seguito a cui è stata

esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputato sia persona che ha superato l'età di settanta anni”.

<sup>4</sup> Cass., 5 marzo 2009, A., in *Guida al dir.*, 2009, n. 17, p. 90; Cass., 4 dicembre 2008, C., in *Ced. Cass.*, n. 242082; Cass., 4 marzo 2008, C., in *Ced. Cass.*, n. 240029; Cass., 31 gennaio 2008, I, in *Guida dir.*, 2008, n. 15, p. 91; Cass., 17 gennaio 2008, P, in *Ced. Cass.*, n. 239132; Cass., 23 maggio 2006, Ronca, in *Ced. Cass.*, n. 234659; Cass., 26 aprile 2006, Cascino, in *Ced. Cass.*, n. 235194; Cass., 5 aprile 2006, Greco, in *Ced. Cass.*, n. 235757; Cass., 2 marzo 2005, Ventimiglia, in *Giust. pen.*, 2006, III, c. 585-586; Cass., 29 aprile 2003, Spanò, in *Ced. Cass.*, n. 227292; Cass., 3 dicembre 2002, in *Ced. Cass.*, n. 223481.

<sup>5</sup> Cass., 5 luglio 2017, n. 5500, *inedita*, la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, lett. *a*, ord. penit. è istituito teso alla tutela di interessi costituzionalmente garantiti, quali la protezione della maternità, dell'infanzia e del rapporto tra figlio-genitore in una fase delicata dello sviluppo psico-fisico del minore, laddove è sancita la preminenza della tutela del minore e della salvaguardia dei rapporti familiari sull'interesse dello Stato all'esecuzione in forma carceraria della sanzione penale. Tuttavia, il diniego del beneficio fondato sulla pericolosità sociale è senza dubbio consentito nella misura in cui, nella tutela degli interessi cui mira tale istituto, deve comunque essere rispettata la condizione della sussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori reati; va, dunque, operato un bilanciamento tra diritto all'affettività del minore e le istanze di difesa sociale e spetta al giudice il compito di contemperare le opposte esigenze.

riconosciuta la sua illegittimità, nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare alla madre condannata ovvero al padre conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante<sup>6</sup>.

L'art. 47-*quinqüies*, ord. penit., rubricato "Detenzione domiciliare speciale"<sup>7</sup> prescrive, invece, che le condannate madri di prole di età inferiore ad anni dieci, qualora non possano accedere alla detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-*ter*, ord. penit.), possano essere ammesse ad espriare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura ed alla assistenza dei figli, dopo aver espriato almeno un terzo della pena ovvero almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo (art. 47-*quinqüies*, comma 1, ord. penit.). L'art. 47-*quinqüies*, comma 1-*bis*, ord. penit. stabilisce, poi, che l'espiazione di un terzo della pena ovvero di quindici anni nell'ipotesi di condanna all'ergastolo possa avvenire *ab initio* presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza, in modo da consentire di provvedere alla cura ed all'assistenza dei figli<sup>8</sup>.

Ulteriori presupposti di accesso alla misura, oltre il predetto *quantum* di pena da espriarsi eventualmente secondo le modalità dettate all'art. 47-*quinqüies*, comma 1-*bis*, ord. penit., sono l'assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli (art. 47-*quinqüies*, comma 1, ord. penit.).

I giudici di sorveglianza devono, pertanto, compiere una analisi attenta e puntuale, vagliando con estremo rigore l'interesse del minore a riallacciare i legami con il genitore<sup>9</sup>, al fine di evitare che l'i-

<sup>6</sup> Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350.

<sup>7</sup> L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8.3.2001 n. 40), in *Legisl. pen.*, 2002, pp. 548 ss.

<sup>8</sup> C. FIORIO, *Madri detenute e figli minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 935-936.

<sup>9</sup> L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8.3.2001 n. 40), cit., p. 555, puntualizza che si è «...propensi a ritenere che il disposto dell'art. 7, l. n. 40/2001 non operi nei casi in cui la pena accessoria sia conseguenza di sentenze di condanna per specifici reati (incesto, delitti contro la libertà sessuale, delitti contro lo stato di famiglia, impiego di minori nell'accattonaggio), giacché sarebbe davvero paradossale che sia stato condannato per

stituito in parola diventi una opportunità vantaggiosa solo per la condannata (ovvero per il condannato) e non anche per i figli.

L'ordinamento, infine, soprassiede all'esecuzione sia della pena detentiva sia delle misure di sicurezza, tra le altre, per ragioni di maternità, con uno strumento di sostegno che differisce l'esecuzione della pena. L'art. 146 c.p. consente, infatti, il rinvio obbligatorio allorquando si tratti di donna incinta ovvero di madre di infante di età inferiore ad anni uno. Il differimento non opera o, se concesso, è revocato se la gravidanza si interrompe, se la madre è dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio, ai sensi dell'art. 330 c.c., il figlio muore, viene abbandonato ovvero affidato ad altri. L'art. 147 c.p. prevede, invece, il rinvio facoltativo se la pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

Gli strumenti di sostegno predisposti dall'ordinamento nei confronti della donna, sia nella fase del giudizio di cognizione sia nella fase dell'esecuzione, sono, dunque, focalizzati sulla condizione di "madre", ritenuta, in modo del tutto condivisibile, meritevole di un trattamento più attenuato, onde evitare un effetto pregiudizievole nei confronti della prole.

La maternità non costituisce, però, una condizione che, in via automatica, garantisca un allentamento dei meccanismi processuali, ma deve sempre essere oggetto di una valutazione da parte dell'autorità giudiziaria volta a verificare, nel caso concreto, il potenziale ovvero effettivo nocimento nei confronti dei figli minori.

3. *Minori indagati, imputati e condannati.* – Discorso simile a quello effettuato rispetto alla donna/madre può essere condotto nei confronti del minore sottoposto a procedimento penale.

L'art. 3 legge di delega 16 febbraio 1987, n. 81 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale) incarica il Governo di elaborare anche la disciplina del processo nei confronti di imputati minorenni al momento della commissione del fatto, secondo i principi generali del nuovo processo penale, con le integrazioni e le modificazioni imposte dalle partico-

delitti di tale natura venga poi ritenuto meritevole di accedere ad un beneficio così ampio, mentre chi sia stato ritenuto dal giudice civile un "cattivo" genitore venga escluso dal beneficio, senza alcuna possibilità di una diversa valutazione da parte del tribunale di sorveglianza».

lari condizioni psicologiche del minore, dalla sua maturità, dalle esigenze della sua educazione nonché secondo le direttive elaborate dal legislatore delegante<sup>10</sup>.

Il sistema processuale minorile poggia le sue basi sul principio di sussidiarietà e sul principio di adeguatezza applicativa.

Non a caso l'art. 1, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo a carico di imputati minorenni) pone quale fonte primaria del processo nei confronti dell'imputato minorenne le disposizioni contenute nel menzionato d.P.R. n. 448 del 1988 e, per quanto non previsto, quelle del codice di procedura penale, imponendo, però, che le stesse siano applicate in modo adeguato alla personalità ed alle esigenze educative del minore<sup>11</sup>.

Ad ispirare l'elaborazione delle direttive dettate sul processo *de quo* incidono in modo sensibile, da un lato, i principi contenuti nella Costituzione, il cui perno centrale è rappresentato dall'art. 31, comma 2, laddove si prevede che la Repubblica debba proteggere la gioventù, "favorendo gli istituti necessari a tale scopo", locuzione ricca di implicazioni, ma, invero, generica soprattutto nell'ottica di un rito penale del minore, a cui si aggiungono, poi, anche l'inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.) e il generale riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e, quindi, anche del minore (art. 2 Cost.).

<sup>10</sup> In argomento, A. GALATI, *La riforma del codice di procedura penale ed il nuovo processo minorile*, in AA.VV., *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova 1990, p. 40. V., anche, P. PELLEGRINO, voce *Imputato minorenne*, in *Dig. disc. pen.*, agg., Milano 2005, p. 749, la quale mette in luce che «Se la condizione di imputato e quella di minorenne, in sé considerate, non pongono particolari problemi descrittivi, è l'abbinamento tra le due condizioni che conferisce specificità alla definizione "imputato minorenne" e, conseguentemente, al processo minorile e al trattamento riservato all'imputato minore d'età. Accanto, infatti, alla evidente descrizione della condizione, la nozione "imputato minorenne" richiama due differenti categorie, quella processuale, insita nella situazione di imputato, e quella educativa, connessa alla condizione di minorenne. Il contemperamento tra esigenze processuali e quelle educative rappresenta il difficile punto di equilibrio da ricercare nel processo penale minorile.

<sup>11</sup> G. GIOSTRA, *Commento art. 1*, in *Il processo penale minorile*, a cura di G. Giostra, Milano 2001, p. 3, osserva, infatti, che «Il decreto in commento non è normativamente autosufficiente per il governo del procedimento penale a carico di minorenni: si limita a disciplinare istituti e attività processuali che debbono essere modulati sulle peculiarità della condizione minorile, tracciando le linee qualificanti e irrinunciabili di un microsistema. Per il resto, rimanda all'impianto sistematico del codice di procedura penale, del quale si dice tributario».

Dall'altro, e in modo di certo più incisivo, rilevano i principi formati in materia a livello internazionale, i quali hanno trovato un esplicito riconoscimento nelle "Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile", approvate con risoluzione n. 40/33 nella sessione plenaria della Assemblea generale delle Nazioni Unite, in data 29 novembre del 1985 (c.d. Regole di Pechino), che costituiscono una fonte primaria del processo a carico del minore.

A distanza di pochi anni dall'approvazione delle Regole di Pechino, viene, inoltre, emanata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella seduta del 17 settembre 1987 la Raccomandazione 87/20, avente ad oggetto "Le reazioni sociali alla delinquenza minorile", che rappresenta, al pari della precedente, una solida base per l'elaborazione delle direttive contenute nella legge di delega del 1987.

L'obiettivo perseguito è stato, dunque, di creare un procedimento che, oltre a svolgere la funzione istituzionale di accertamento dei fatti, si sviluppi secondo modelli tali da poter soddisfare le esigenze educative del minore, diventando una importante occasione di responsabilizzazione per lo stesso. La prospettiva è di garantire la "minima offensività" del processo penale minorile, favorendone una rapida fuoriuscita ed incoraggiando la ricomposizione del conflitto mediante strumenti di giustizia riparativa.

Costituisce, da siffatto punto di vista, una norma centrale e dall'indiscutibile valore esemplificativo l'art. 9, d.P.R. n. 448 del 1988 che, prevedendo l'accertamento della personalità del minore, pone le basi per un approccio procedimentale del tutto peculiare. Infatti, dal primo contatto con il minore, il pubblico ministero ed il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali ed ambientali del minore al fine di valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali ed adottare gli eventuali provvedimenti civili.

È chiara, dunque, la volontà di concepire un sistema capace di mettere al centro il primario interesse del soggetto minore, lasciando, addirittura, quasi in secondo piano il fine unico che attiva un procedimento penale ossia l'accertamento di un fatto di reato.

Di recente è stata, poi, colmata una grave lacuna esistente nel nostro ordinamento giuridico. A fronte, infatti, di regole processuali *ad hoc* volte a disciplinare il procedimento penale da celebrarsi nei confronti di un soggetto maggiore degli anni 14 e minore degli anni 18, erano, invece, assenti regole specifiche volte a disciplinare l'esecuzione

penitenziaria, che mutuava i precetti, in quanto compatibili, dal sistema penitenziario degli adulti.

Ora, finalmente, tale anomalia del sistema è stata superata e sono state introdotte regole differenziate ai fini della previsione delle modalità esecutive della pena nei confronti dei condannati minorenni.

Il d.lg. 2 ottobre 2018, n. 12 (Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni) ha, infatti, dopo più di 40 anni dalla approvazione dell'ordinamento penitenziario, disciplinato in modo autonomo il sistema penitenziario minorile, colmando una carenza che era ormai diventata più che intollerabile.

Fino ad ora, infatti, come accennato, veniva applicato estensivamente il regime di esecuzione per gli adulti, creando una situazione più che paradossale, dal momento che il sistema penale minorile adotta cautele e garanzie durante lo svolgimento del procedimento giustificate dalla particolare condizione dei minori, cautele e garanzie che, invece, cessavano in una fase altrettanto delicata come quella relativa all'esecuzione della pena detentiva eventualmente comminata.

In modo assai significativo, l'art. 1, comma 2, d.lg. n. 121 del 2018, nel fissare le linee programmatiche dell'esecuzione penitenziaria minorile, sottolinea che l'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità debba favorire i percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime del reato. Essa tende, altresì, a favorire la responsabilizzazione, l'educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne, la preparazione alla vita libera, l'inclusione sociale e a prevenire la commissione di ulteriori reati, anche mediante il ricorso ai percorsi di istruzione, di formazione, professionale, di istruzione e formazione professionale, di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile, e ad attività di utilità sociale, culturali, sportive e di tempo libero.

Viene confermata, pertanto, una impostazione in cui il minore è posto al centro di un complesso e variegato percorso che tenga, però, sempre ben presente le linee evolutive della sua personalità.

4. *Donne e minori: persone offese dal reato e testimoni.* – In ordine ai precetti dedicati alla persona offesa dal reato ed al testimone, l'approccio, se possibile, diviene ancora più complesso.

L'impostazione concettuale su questi temi è ulteriormente evoluta grazie soprattutto alle spinte internazionali, di certo, assai sensibili a siffatte tematiche.

Si è affermata, infatti, nel corso degli ultimi anni una linea di legiferazione che ha inteso ampliare lo spettro di facoltà e poteri della

“vittima” nella dinamica del processo penale, offrendo strumenti tanto di protezione, quanto di partecipazione consapevole.

Tali regole, seppur non sempre esplicitamente indirizzate alle categorie ritenute più fragili, come le donne o i minori, contribuiscono, comunque, a rafforzarne la condizione ed a tutelarne gli interessi.

Nell’ambito delle fonti internazionali si susseguono una serie di atti che a partire dal secondo dopoguerra sono volti a tutelare “vittime” tradizionalmente concepite come “deboli”, annoverandovi, come detto, le donne e i minori.

Si tratta, tra gli altri del Preambolo alla Convenzione di Istanbul del 2011 contro la violenza sulle donne; degli accordi ONU sui diritti dell’infanzia del 1989 e contro la discriminazione femminile del 1979; della quarta Convenzione di Ginevra del 1949; dei Protocolli Addizionali I e II del 1977.

Si arriva così in quasi settanta anni di accordi internazionali ad un concetto di vittima debole più ampio ed omnicomprensivo che non risulta incardinato in alcuna rigida categoria, a cui ogni ordinamento statale deve riservare una tutela rafforzata.

La pressione esercitata sull’Italia, invero riottosa almeno inizialmente a riconoscere il giusto rilievo a tale impostazione, determina in modo progressivo l’introduzione di regole specifiche, che, in modo, però, tutt’altro che organico, giungono con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI) ad introdurre nel rito penale una nuova categoria di persona offesa ossia la persona offesa che si trova in uno stato di particolare vulnerabilità, a cui sono collegate previsioni differenziate e rispetto a cui il legislatore impone una attenzione normativa che segna, comunque, una svolta epocale.

L’art. 90-*quater* c.p.p. definisce gli elementi che devono essere valutati nell’ambito del procedimento penale per il riconoscimento della condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa, a cui sono riconosciute una serie di cautele e garanzie nel corso del procedimento, soprattutto in riferimento alle modalità di audizione della stessa, volte tutte ad evitare il rischio di una “vittimizzazione secondaria”, cagionata proprio dallo *strepitus fori* tipico delle dinamiche del rito penale<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Si richiamano a tal fine le disposizioni destinate a regolamentare le modalità

La condizione *de qua* è desunta da diversi indici tra cui, oltre l'età e lo stato di infermità o di deficienza psichica, rileva il tipo di reato, le modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Inoltre, si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta di esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.

In realtà, si tratta di una scelta destinata a creare un vero e proprio *status*, predefinito di vulnerabilità, che, probabilmente, non corrisponde esattamente a quanto stabilito nelle fonti internazionali, ma che, comunque, deve essere interpretato come un approdo più che positivo all'interno della nostra legislazione.

Si abbandona, infatti, una concezione di fragilità legata esclusivamente alle qualità personologiche della "vittima" (ad esempio donna o minore) ovvero alla tipologia del reato oggetto di accertamento.

La particolare vulnerabilità oggi costituisce una condizione che, anche al di là degli indici previsti dall'art. 90-*quater* c.p.p., i quali presentano solo una matrice esemplificativa, priva, dunque, del crisma della tassatività, può essere riconosciuta a "chiunque" e rispetto a "qualsiasi" fattispecie penalmente rilevante, circostanza che non può

di assunzione delle dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria (art. 351 c.p.p.), del pubblico ministero (art. 362 c.p.p.), del difensore in sede di investigazioni difensive (art. 391-*bis* c.p.p.) nonché, seppur differenti, quelle imposte al giudice (artt. 392 e 498 c.p.p.). Più precisamente l'art. 351, comma 1-*ter*, c.p.p., a cui rinviano i precetti disciplinanti l'attività posta in essere dal pubblico ministero (art. 362, comma 1-*bis* c.p.p.) e dal difensore (art. 391-*bis*, comma 5-*bis*, c.p.p.), specifica, infatti, che nei procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p., la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero. Allo stesso modo procede quando deve assumere sommarie informazioni da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizioni di particolare vulnerabilità. In ogni caso assicura che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta alle indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini. Nelle medesime circostanze la prova dichiarativa deve essere cristallizzata, fin dalla fase delle indagini preliminari, con le forme dell'incidente probatorio (art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.) ed, eventualmente, deve essere acquisita in sede dibattimentale con il ricorso alle modalità protette (art. 498, commi 4-*ter* e 4-*quater*, c.p.p.).

non essere ritenuta di estremo rilievo perché capace di offrire garanzie e tutele in modo assai più ampio ed effettivo.

Il limite che contraddistingue, in ogni caso, questa previsione è l'assenza di controllo, l'eccessiva indeterminatezza dei contorni, la mancata individuazione dell'autorità chiamata a compiere tale valutazione ovvero a riesaminare la stessa, elementi che rendono, poi, difficile l'attuazione dell'intero meccanismo o che, quanto meno, limitano la possibilità di eseguire una attenta, ma indispensabile verifica dell'operatività dello stesso.

Il percorso che conduce a tale traguardo è stato, invero, anticipato nel nostro sistema processuale da una serie di interventi, che nell'ambito della presente disamina, assumono, comunque, una significativa importanza, quantunque abbiano una portata senz'altro più limitata.

Essi si incentrano nell'ambito degli strumenti incidenti sulla libertà personale, ove si declinano alcuni meccanismi di pre-cautela e cautela capaci di apprestare una prima forma di protezione nei confronti della presunta "vittima".

Il richiamo è, in primo luogo, all'art. 384-*bis* c.p.p., disciplinante l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, che anticipa ad opera della polizia giudiziaria, ancora prima dell'intervento del pubblico ministero, la tutela in situazioni di grave ed attuale pericolo per la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa in alcune ipotesi riconducibili alla c.d. "violenza di genere", che, purtroppo, come la cronaca insegna, vede molto più frequentemente coinvolte le donne.

Ancora la struttura delle misure cautelari personali viene arricchita dall'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282-*bis* c.p.p., che, tra l'altro, per la prima volta, pone in capo al giudice penale la possibilità di emettere un provvedimento che ingiunga il pagamento periodico di un assegno in favore delle persone conviventi, in modo simile a ciò che accade nel rito civile in sede di separazione personale ovvero dal divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa ovvero da persone con questa conviventi o comunque legate da una relazione affettiva di cui all'art. 282-*ter* c.p.p.

Il reticolo normativo si arricchisce, poi, di una serie di precetti, disseminati all'interno del codice, i quali contribuiscono ad attuare l'obiettivo di offrire una maggiore protezione ed una adeguata conoscenza del processo, finalità che costituiscono un punto di arrivo fondamentale di civiltà giuridica.

Il richiamo, sempre in materia cautelare, è, in primo luogo, alla

previsione contenuta in tema di arresti domiciliari, ove, ai sensi dell'art. 284, comma 1-*bis*, c.p.p., si prescrive che il giudice, nel disporre il luogo in cui deve essere eseguita la misura, assicura, comunque, le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato.

Ancora l'art. 299, comma 2-*bis*, c.p.p., stabilisce che i provvedimenti di revoca o sostituzione delle misure coercitive di cui agli artt. 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285 e 286 c.p.p., applicate nei confronti di procedimenti aventi ad oggetto delitti con violenza alla persona, devono essere immediatamente comunicati, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio-assistenziali e al difensore della persona offesa o, in mancanza, alla persona offesa.

Sempre il medesimo precetto, poi, al comma 3 impone, a pena di inammissibilità, che la richiesta di revoca o di sostituzione delle misure predette debba essere notificata presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa che, nei due giorni successivi, può presentare al giudice memorie.

La presunta "vittima" del reato è oggi, dunque, chiamata ad interloquire con l'autorità giudiziaria in ordine alla libertà personale del soggetto sottoposto a procedimento penale, novità che costituisce un aspetto di estremo rilievo e che conferma l'evoluzione del ruolo ad essa affidato all'interno delle dinamiche procedurali.

Il sistema di tutela della "vittima", ritenuta evidentemente meritevole di una maggiore attenzione anche da parte del legislatore, si chiude, infine, con il disposto di cui all'art. 90-*ter* c.p.p., laddove si prescrive che, salvo quanto disposto dall'art. 299 c.p.p., nei delitti commessi con violenza alla persona sono immediatamente comunicati alla persona offesa che ne faccia richiesta, con l'ausilio della polizia giudiziaria, i provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva ed è, altresì, data tempestiva notizia, con le stesse modalità, dell'evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare o del condannato nonché della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva, salvo che risulti il pericolo concreto di un danno all'autore del reato.

Non più, dunque, regole dettate, solo ed esclusivamente, per le categorie per tradizione ritenute "deboli", come donne e minori, ma regole che, più opportunamente, possono e devono essere declinate nei confronti delle persone che ne abbiano effettiva necessità, evoluzione giuridica che accompagna, da questo punto di vista, anche una inarrestabile evoluzione culturale.

*Abstract*

Il codice di rito penale detta regole differenziate da applicarsi nei confronti di categorie soggettive considerate “deboli”, categorie entro cui, a pieno titolo, si ascrivono donne e minori. L’analisi che segue avrà lo scopo di tracciare il filo conduttore seguito dal legislatore italiano e la linea evolutiva oggi raggiunta in ossequio anche alle aspettative europee.

The italian criminal procedure code dictates peculiar rules to be applied to subjective categories considered “weak”, categories within which are fully-fledged included women and minors. The following analysis has the purpose of tracing the common thread that runs through the italian legislation and the evolutionary line reached today, in accordance also with the European expectations.



RITA PILIA

## DIRITTI DELLE DONNE CON DISABILITÀ E DISCRIMINAZIONE MULTIPLA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concetto di disabilità e il principio di discriminazione multipla. – 3. La promozione dei diritti delle donne con disabilità nel diritto internazionale e nel diritto comunitario. – 4. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea Generale delle NU il 13 dicembre 2006. – 5. Il Comitato NU e l'Italia sulle questioni di genere e disabilità. – 6. La legislazione italiana in materia di donne e disabilità. – 7. Legge Regionale n. 33 del 2 agosto 2018 (Istituzione del "Reddito di libertà" (RDL) per le donne vittime di violenza). – 8. Cenni di diritto comparato. Les droits des femmes en situations des handicaps nell'ordinamento francese.

1. *Introduzione.* – Le donne in situazioni di handicap vivono condizioni di discriminazione a causa del genere e della disabilità, che delineano le peculiarità di uno specifico gruppo sociale, non sperimentate né dagli uomini con disabilità, né dalle donne in generale<sup>1</sup>. L'appartenenza a questa peculiare categoria le espone quotidianamente ad una "form of double handicap plus factor", la cosiddetta "discriminazione multipla", che si esplica in diversi ambiti di vita presentando caratteri comuni (es. livelli di istruzione più bassi rispetto al resto della popolazione, alti tassi di disoccupazione, maggior rischio di violenze ed abusi, condizioni di povertà e disagio sociale, svantaggio nell'accesso ai servizi sanitari)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. United Nations, 2018 Flagship Report on Disability and Development 2018: Realization of the Sustainable Development Goals by, for and with Persons with Disabilities, 16 August 2018. Il documento sottolinea infatti che «Women with disabilities are often subjected to double discrimination due to their gender and disability status and continue to be at a disadvantage in most spheres of society and development».

<sup>2</sup> *Ibidem*: Si sottolinea infatti che «the gap is stark compared with men without disabilities: women with disabilities are three times more likely to have unmet needs for health care; three times more likely to be illiterate; two times less likely to be employed and two times less likely to use the internet. Among those employed,

I dati statistici indicano che sono oltre un miliardo le persone con disabilità nel mondo, di cui 300 milioni nei Paesi a forte industrializzazione e sviluppo, e 700 milioni nei Paesi meno sviluppati, che corrisponde al 15% della popolazione mondiale. Il dato sulla disabilità è in aumento, nonostante i solleciti rivolti ai governi dalla Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e dalla Banca Mondiale a migliorare l'accesso ai servizi essenziali<sup>3</sup>. Le stime prevedono un aumento della popolazione mondiale entro il 2035 del 40% e si prevede un aumento della disabilità del 50%, con una incidenza del 30% del fenomeno nei Paesi più industrializzati e del 70% nei Paesi più poveri<sup>4</sup>. Nel Rapporto UN sulla Disabilità e Sviluppo 2018, i dati sottolineano che nel mondo le donne con disabilità sono 300 milioni, il 10% della popolazione mondiale e 240 vivono nei Paesi in via di sviluppo.

Nell'Unione Europea la disabilità riguarda circa 80 milioni di persone che spesso non hanno la possibilità di partecipare pienamente alla vita sociale ed economica a causa di barriere personali ed ambientali. Il tasso di povertà relativo alle persone con disabilità è superiore del 70% alla media, in parte a causa dell'accesso limitato all'occupazione. Oltre un terzo delle persone con più di 75 anni soffre di una disabilità parziale e oltre il 20% di una disabilità grave.

Nell'Unione Europea ci sono 40 milioni di donne e ragazze con disabilità (il 16% dell'intera popolazione femminile). È uno dei gruppi sociali più vulnerabili, emarginati ed esclusi dal mercato del lavoro, e anche uno dei più esposti alla violenza domestica<sup>5</sup>.

Al fine di favorire l'inclusione delle persone disabili, la Commis-

women with disabilities are two times less likely to work as legislators, senior officials or managers. Women with disabilities tend also to be in a worse position than women without disabilities. Moreover, women with disabilities are at heightened risk of suffering sexual violence compared to those without disabilities».

<sup>3</sup> Secondo i dati dell'UNESCO, citati nel Rapporto Disability Rights, Gender, and Development. A Resource Tool for Action 108, il 98% dei bambini con disabilità che vive in Paesi in via di sviluppo non frequenta la scuola, con percentuali ancora maggiori per quanto riguarda le bambine.

<sup>4</sup> Cfr. United Nations, Social development: social development, including questions relating to the world social situation and to youth, ageing, disabled persons and the family, 16 August 2018.

<sup>5</sup> I dati Istat 2014 indicano che in Italia il 31,5% delle donne ha subito violenza fisica o sessuale, percentuale che si innalza notevolmente se la donna presenta una disabilità; la percentuale delle donne con disabilità che ne sono vittime è del 10%, a fronte di un dato pari al 4,7% delle donne senza disabilità.

sione ha individuato otto aree d'azione congiunta tra l'UE e gli Stati membri, definite in base all'analisi dei risultati del Piano d'azione dell'UE a favore delle persone disabili (2003-2010) e delle consultazioni tenute con gli Stati membri<sup>6</sup>. Nel documento *Strategia europea sulla disabilità 2010-2020*<sup>7</sup>, l'UE si impegna a promuovere i diritti delle persone in situazioni di handicap a livello internazionale e si fonda sull'impegno comune delle istituzioni dell'UE e degli Stati membri e per sensibilizzare la società sulle problematiche legate alla disabilità; sviluppare le possibilità di finanziamento europeo; migliorare la raccolta e il trattamento dei dati statistici.

Il Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE), nel Rapporto al Parlamento Europeo<sup>8</sup>, sulla condizione delle donne con disabilità (2018/C 367/04), del 10 ottobre 2018, nel constatare che le donne e le ragazze con disabilità devono far fronte ad una discriminazione multipla ed intersezionale, evidenzia la necessità, coinvolgendo le Istituzioni e gli Stati Membri dell'Unione, «di intensificare gli sforzi per combattere la discriminazione che colpisce donne e ragazze con disabilità e la loro esclusione sociale».

Risulta tuttavia chiara la scarsa attenzione dedicata alla dimensione di genere e quanto raramente venga adottata nei documenti che tutelano i diritti delle persone in situazione di handicap. Anche in questo ambito esistono infatti differenze significative fra uomini e donne<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 15 novembre 2010, *Strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere*, COM (2010) 636 def.

<sup>7</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere*, in <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0636:FIN:it:PDF>.

<sup>8</sup> Il Comitato economico e sociale europeo ha espresso un parere sulla condizione delle donne con disabilità sottolineando che «L'Unione Europea e gli Stati membri non dispongono attualmente di un quadro giuridico forte in grado di proteggere, promuovere e assicurare la totalità dei diritti di donne e ragazze disabili. Una serie di ostacoli impedisce loro di decidere delle loro vite e di godere dei loro diritti di cittadine europee». A tal fine il Comitato chiede alle Istituzioni e agli Stati membri dell'Unione «di intensificare gli sforzi per combattere la discriminazione che colpisce donne e ragazze con disabilità e la loro esclusione sociale». Cfr. *Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla condizione delle donne con disabilità (2018/C 367/04)*, del 10 ottobre 2018.

<sup>9</sup> Cfr. Council of Europe, *Discrimination against women with disabilities*, October 2003, p. 1. Il documento del Consiglio d'Europa evidenzia come «a man's ri-

Sono 4 milioni e 360 mila le persone disabili in Italia<sup>10</sup>, delle quali 2 milioni e 600 mila hanno una età superiore a 65 anni e vivono nelle regioni del Mezzogiorno, in condizioni di vulnerabilità, con servizi a loro dedicati scarsi e poche le risorse a disposizione.

A partire dal 1999 l'Istat ha costruito il sito "Disabilità in cifre", per documentare le condizioni di vita delle persone con disabilità, strumento di facile accesso, che mette a disposizione un patrimonio informativo, in evoluzione, per conoscere in modo approfondito e tempestivo la condizione delle persone con handicap psicofisici. L'informazione statistica contribuisce a restituire un quadro ampio e complesso e diffonde le statistiche ufficiali sulla disabilità prodotte dall'Istat e dalle Istituzioni appartenenti al Sistema statistico nazionale. I dati disponibili sono elaborati dall'Istat nel Sistema informativo (SID) con lo scopo di documentare il livello di inclusione sociale delle persone con disabilità, nonché a fornire un supporto per la programmazione delle relative politiche.

Dalla lettura dei dati statistici emerge chiaramente l'esistenza di un paradosso: la metà delle persone con disabilità nel mondo sono donne, quindi la disabilità è anche una questione femminile, eppure sulla loro effettiva tutela permane un velo di invisibilità, che assicura conseguenze significative e nasconde anche le radici di molti episodi di discriminazione di cui queste donne sono vittime.

*2. Il concetto di disabilità e il principio di discriminazione multipla.* – La disabilità è un fenomeno globale di vaste proporzioni e va di pari passo con la crescita della popolazione mondiale, ma in maniera disomogenea tra le diverse aree del mondo. In tal senso, influiscono sulla disabilità vari fattori: l'invecchiamento della popolazione, l'aumento globale delle malattie croniche, condizioni mentali, disturbi perinatali, per traumi connessi a incidenti di vario tipo, malnutrizione, e infine casi di disabilità per traumi legati alla violenza, che sfociano poi in disabilità fisica e mentale<sup>11</sup>.

ght to sexuality is readily accepted but women with disabilities are often seen as sexless. In certain respects they are the victims of the fact that they are women, whereas in others, this very fact goes unacknowledged».

<sup>10</sup> Cfr. Osservatorio nazionale della salute – dicembre 2018, pubblicato in <https://www.osservatoriosullasalute.it/wp-content/uploads/2018/11/3-dicembre-2018-Focus-Disabilit%C3%A0.pdf>.

<sup>11</sup> Cfr. L. TERZI, *L'approccio delle capacità applicato alla disabilità: verso l'ingiu-*

Il concetto di disabilità è un concetto in evoluzione e risulta complesso da concettualizzare. In tal senso la disabilità fa riferimento a due strumenti: la Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute (ICF), approvata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) il 22 maggio 2001<sup>12</sup>, che può essere considerato il framework di riferimento concettuale nel campo della disabilità e la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità<sup>13</sup>, adottata dall'Assemblea Generale delle NU il 13 dicembre 2006, che segna in modo irreversibile una svolta culturale e sociale per gli Stati democratici, che devono essere in grado di garantire a tutti gli individui "piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza".

È necessario precisare che mentre la Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute (ICF) non attribuisce particolare rilevanza all'appartenenza di genere, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità enuncia in modo chiaro le discriminazioni multiple a cui sono soggette le donne con disabilità<sup>14</sup>.

Appare tuttavia rilevante evidenziare che l'ICF mette in evidenza il legame che il concetto di disabilità ha con quello di salute. L'ICF ricopre tutti gli aspetti della condizione umana, distinguendo le varie funzioni indicanti lo stato di salute di un individuo (vedere, udire, camminare, imparare e ricordare) da diversi indicatori riguardanti la sfera sociale dell'individuo (mobilità, istruzione, partecipazione alla

*stizia nel campo dell'istruzione.* in G. BORGNOLO e altri (a cura di), *ICF e Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Nuove prospettive per l'inclusione*, Trento 2009. Il testo è reperibile anche all'indirizzo <http://www.edf-feph.org>. URL: <http://www.senato.it/bgt/pdf/s1279crv2.pdf>.

<sup>12</sup> La Convenzione definisce, all'art.1, la discriminazione razziale come «ogni distinzione, esclusione, limitazione o preferenza basata sulla razza, il colore della pelle, la discendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di annullare o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro ambito della vita pubblica».

<sup>13</sup> L'Italia, con legge n. 18 del 3 marzo 2009, pubblicata in GU n. 61 del 14 marzo 2009, ha ratificato e resa esecutiva la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008. Con il medesimo provvedimento (art. 3) istituisce l'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità.

<sup>14</sup> Per un inquadramento generale si veda P. BARATELLA e E. LITTAMÉ, *I diritti delle persone con disabilità. Dalla Convenzione Internazionale ONU alle buone pratiche*, Trento 2009.

vita sociale). Non viene più utilizzato il termine “handicap” e il significato del termine “disabilità” a indicare sia la restrizione di attività che la limitazione di partecipazione. Con l’ICF, pertanto, si assiste ad un ribaltamento in termini concettuali e non si parla più di impedimenti, disabilità, handicap, ma di funzioni, strutture e attività. In quest’ottica, la disabilità risulta essere una conseguenza delle condizioni fisiche dell’individuo, che scaturisce dalla relazione fra l’individuo e le condizioni del mondo esterno e si basa sull’idea che ogni essere umano, in un momento della sua vita, può avere una condizione di salute che, in un ambiente negativo, diventa una disabilità.

La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità enuncia in modo chiaro le discriminazioni multiple a cui sono soggette le donne con disabilità e afferma che il paradigma predominante è il “modello biopsicosociale” basato sul rispetto dei diritti umani. In quest’ottica, la disabilità non è più considerata come una condizione individuale del singolo, ma dipende anche dal contesto ambientale, sociale e culturale che lo circonda, ed è quindi derivante dalla relazione sociale fra un individuo e l’ambiente in cui vive.

Un altro concetto rilevante è quello di “discriminazione multipla”, intesa come discriminazione dovuta a più fattori identitari, modo in cui l’identità di genere si coniuga con la dimensione della disabilità e descrive due ambiti che vedono le donne con disabilità particolarmente discriminate: la scuola ed il lavoro. In tale ottica, il principio di non discriminazione, come manifestazione del più generale principio di eguaglianza, delinea una delle maggiori sfide poste dal nuovo Welfare State nell’assicurare la pari dignità sociale e una tutela effettiva contro ogni diseguaglianza, anche in riferimento all’ambito lavorativo.

Il principio di non discriminazione è un principio cardine di tutti i trattati internazionali in materia di diritti umani, oltre che dei testi costituzionali degli Stati democratici. Esso è contemplato in numerosi atti internazionali in materia di tutela di diritti umani e, in particolare, l’articolo 7 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo<sup>15</sup> approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il

<sup>15</sup> L’articolo 7 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, così recita: «Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione». Cfr. Dichiarazione Universale dei Diritti

10 dicembre del 1948, l'articolo 26 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici<sup>16</sup> adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 e l'articolo 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)<sup>17</sup>, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

I principi della parità di trattamento e della non discriminazione sono al centro del modello sociale europeo e rappresentano uno dei capisaldi dei diritti e dei valori fondamentali dell'individuo che sono alla base dell'Unione europea. La legislazione europea ha incrementato la protezione dalla discriminazione in tutta l'UE, fungendo da catalizzatore nell'elaborazione di un approccio all'uguaglianza e alla non discriminazione più coerente e basato sui diritti<sup>18</sup>.

In particolare il principio di non discriminazione è contemplato nell'Articolo 13 (l'attuale art. 19 TFUE) del Trattato di Amsterdam firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999<sup>19</sup>,

dell'Uomo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948 in [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/itn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf).

<sup>16</sup> L'articolo 26 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966: «Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione». Cfr. Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, in <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19660262/201110270000/0.103.2.pdf>

<sup>17</sup> L'articolo 14 Divieto di discriminazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, così prevede «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Cfr. Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ITA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf).

<sup>18</sup> Cfr. Commissione europea, Libro verde, Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione Europea allargata, Bruxelles, 28.05.2004 Com (2004) 379.

<sup>19</sup> Cfr. Trattato di Amsterdam firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, in [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_of\\_amsterdam\\_it.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_it.pdf). L'articolo 13 (l'attuale art. 19 TFUE) «Senza pregiudizio delle altre disposizioni del trattato ed entro i limiti dei poteri da esso conferiti

nell'articolo 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea<sup>20</sup> del 7 dicembre 2000, nel Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea<sup>21</sup> e nel Trattato che istituisce la Comunità Europea<sup>22</sup> firmato il 13 dicembre 2007 (articolo 2, articolo 3 e articolo 9)<sup>23</sup>. Infine risulta contemplato negli articoli 10<sup>24</sup>

alla Comunità, il Consiglio, agendo all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, adotta misure idonee a combattere le discriminazioni basate sul sesso, sulla razza o sull'origine etnica, sulla religione o sul credo personale, sull'handicap, sull'età o sull'orientamento sessuale».

<sup>20</sup> Cfr. Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, del 7 dicembre 2000, in [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_it.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf). L'articolo 21 (Non discriminazione) «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi».

<sup>21</sup> Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea firmato il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, ha apportato un'altra innovazione sostanziale nel senso di conferire forza giuridica vincolante alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, con la conseguenza di obbligare al rispetto delle disposizioni in essa contenute anche gli Stati Membri, sebbene soltanto nella circostanza in cui debbano applicare il diritto europeo. Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/5/il-trattato-di-lisbona>.

<sup>22</sup> Cfr. Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea firmato il 13 dicembre 2007. L'art. 2 TUE «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto, del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a una minoranza. Questi valori sono comuni agli Stati membri, in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità fra donne e uomini».

<sup>23</sup> Cfr. Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea firmato il 13 dicembre 2007, art. 3 TUE «L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Art. 9 TU: L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi».

<sup>24</sup> Cfr. Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) versione consolidata del 9 maggio 2008. L'art. 10 TFUE «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età e

e 19<sup>25</sup> del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) versione consolidata del 9 maggio 2008.

Per comprendere le connessioni possibili fra gli studi di genere e la disabilità, è fondamentale approfondire le riflessioni condotte dai *disability studies*<sup>26</sup> anche se, in realtà, in Italia non esiste un analogo della categoria, presente invece nel nord Europa, nel Regno Unito e in Nord America. Aspetto essenziale di questa disciplina è stato il coinvolgimento e la partecipazione di soggetti disabili nelle attività scientifiche, coinvolti non più soltanto come “oggetti” di studio, ma come attivi protagonisti degli studi in materia<sup>27</sup>. L'esperienza delle persone con disabilità rappresenta la linfa dei *disability studies*, che riflettono sui fenomeni e settori disciplinari fra loro differenti (giurisprudenza, filosofia, antropologia, sociologia) secondo una logica multifattoriale e multiprospettica<sup>28</sup>.

l'orientamento sessuale». Si definisce l'atteggiamento antidiscriminatorio che deve caratterizzare tutte le politiche e le attività delle Istituzioni europee, al fine di promuovere il più possibile l'uguaglianza tra i cittadini dell'Unione nell'ambito delle competenze che gli Stati membri hanno scelto di esercitare in comune. Cfr. Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) versione consolidata del 9 maggio 2008. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:IT:PDF>.

<sup>25</sup> Cfr. Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) versione consolidata del 9 maggio 2008. L'art. 19 TFUE: «Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. In deroga al par. 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al par. 1».

<sup>26</sup> Cfr. A. MARRA, *Ripensare la disabilità attraverso i disability studies in Inghilterra*, in *Revista sociologica de pensamiento critico*, vol. 3, gennaio 2009. L'articolo è anche consultabile in <https://www.2001agsoc.it/materiale/introduzione.pdf>.

<sup>27</sup> Cfr. A.D. MARRA, *Diritto interno, diritti umani e disabilità alla luce dei Disability Studies*, in *Italian Journal of Disability Studies, Rivista Italiana di Studi sulla Disabilità*, vol. 1, n. 1, settembre 2013, pp. 191 ss. Per una consultazione online si veda [http://www.edizionianicia.it/docs/Rivista\\_Vol1\\_N1.pdf](http://www.edizionianicia.it/docs/Rivista_Vol1_N1.pdf).

<sup>28</sup> Per un approfondimento sui disability studies si veda E. MALAGUTI, *Donne e Uomini con disabilità. Studi di genere, disability studies e nuovi intrecci contemporanei*, in *Ricerche di Pedagogia e Didattica*, 2011, 6, 1. Il testo è reperibile anche all'indirizzo <http://www.edf-feph.org> URL: <http://www.senato.it/bgt/pdf/s1279cnv2.pdf>.

Le donne con disabilità vivono giornalmente condizioni di discriminazione a causa del genere e della disabilità, condizioni quindi peculiari di questo specifico gruppo sociale, non sperimentate né dagli uomini con disabilità, né dalle donne in generale<sup>29</sup>. Se, infatti, la disabilità costituisce un fattore di discriminazione che causa marginalizzazione ed esclusione, le persone con disabilità non sono un gruppo omogeneo. Le donne con disabilità, quindi, vivono una condizione di «discriminazione multipla», determinata dal genere e dalla disabilità, sono spesso invisibili nel loro essere donne all'interno del movimento delle persone con disabilità e in quanto persone con disabilità all'interno dei movimenti a tutela dei diritti delle donne<sup>30</sup>.

In un sistema gerarchico e multilivello delle fonti del diritto, l'acquisizione di diritti, e la sussistenza dei correlati doveri, deve fondarsi sul riconoscimento e l'affermazione di principi fondamentali all'interno di Trattati internazionali e Carte costituzionali. In tal senso, il principio di non discriminazione che sancisce, in termini generali, il godimento pieno ed eguale dei diritti vietando fattori illegittimi di discriminazione, trova fondamento giuridico in fonti costituzionali di livello internazionale, europeo e nazionale.

Il primo e fondamentale riferimento al principio di non discriminazione è contenuto nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, approvata con Risoluzione dall'Assemblea Generale N.U. del 21 dicembre 1965<sup>31</sup>, che ha previsto l'istituzione di un Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale con compiti di tutelare l'applicazione della Convenzione attraverso lo studio dei rapporti degli Stati parte alla Convenzione.

Il documento United Nations 2018 flagship report on disability and development: realization of the Sustainable Development Goals

<sup>29</sup> Cfr. L. TERZI, *Disabilità e Uguaglianza Civica: la prospettiva del Capability Approach*, in "Italian Journal of Disability Studies, Rivista Italiana di Studi sulla Disabilità", vol. 1, n. 1, settembre 2013, pp. 41-58.

<sup>30</sup> Cfr. in tal senso R. BARBUTO, *Genere e disabilità da una prospettiva etica*, in *Donne disabilità e salute: questioni etiche strategiche e strumenti di tutela nelle politiche per la salute e le pari opportunità*, a cura di M. Galanti e R. Barbuto, Lamezia Terme, 2015, pp. 17-34.

<sup>31</sup> La Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alle firme e adottata il 21 dicembre 1965 dall'Assemblea Generale dell'ONU, è entrata in vigore il 4 gennaio 1969. È consultabile in <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cerd.pdf>.

by, for and with persons with disabilities<sup>32</sup>, mostra che le persone con disabilità sono svantaggiate rispetto alla maggior parte degli obiettivi di sviluppo sostenibile, ma evidenzia anche il numero crescente di buone pratiche che possono creare una società più inclusiva nella quale possano vivere in modo indipendente.

L'azione della Comunità europea in materia di disabilità nei confronti delle donne si è progressivamente estesa a molteplici settori, dal momento che le politiche a sostegno della disabilità e della non discriminazione sono oggetto d'azione trasversale in tutte le politiche comunitarie<sup>33</sup>. L'approccio comunitario alla disabilità è basato sui diritti umani e trova il suo fondamento giuridico nel principio di non discriminazione sancito nell'art. 13 TCE<sup>34</sup>.

Nel quadro del diritto dell'Unione Europea esistono molte norme concernenti il divieto di discriminazione, sia a livello di normativa originaria (trattati, accordi, convenzioni) che a livello di diritto derivato (regolamenti, direttive, decisioni).

La discriminazione di genere sulle donne con disabilità, propriamente detta "discriminazione multipla", è stata definita discriminazione multipla di tipo intersezionale, cioè quella che colpisce le donne con disabilità in conseguenza dell'intersezione tra i fattori genere e disabilità, provocando un aggravamento delle conseguenze della discriminazione stessa<sup>35</sup>.

La discriminazione multipla è vissuta da un individuo non sulla base di un unico fattore (genere, orientamento sessuale, razza o ori-

<sup>32</sup> Il Rapporto delle Nazioni Unite sulla disabilità e sullo sviluppo 2018 (Realizzare gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile da, per e con le persone con disabilità), United Nations 2018 flagship report on disability and development: realization of the Sustainable Development Goals by, for and with persons with disabilities.

<sup>33</sup> Cfr. A. ROTELLI, *I diritti della sfera sessuale delle persone con disabilità*, in [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-2\\_30.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-2_30.pdf). Il tema del diritto alla sessualità delle persone con disabilità, variamente approfondito nell'ambito delle scienze psico-sociali, ha ricevuto attenzione più limitata da parte della letteratura giuridica. Si propone un quadro ricostruttivo delle fonti sovranazionali e della situazione legislativa italiana, che attende di essere rivisitata in maniera organica alla luce della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

<sup>34</sup> Cfr. D. FERRI, *L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità. Brevi riflessioni a vent'anni dalla prima "strategia"*, in *Politiche Sanitarie*, vol. 17, 2016, pp. 118-122.

<sup>35</sup> Cfr. S. CARNOVALI, *Il corpo delle donne con disabilità. Analisi giuridica intersezionale su violenza, sessualità e diritti riproduttivi*, Roma 2018.

gine etnica, convinzioni personali), bensì sulla base di due o più fattori concomitanti. Si parla di discriminazioni intersezionali quando i fattori di rischio operano allo stesso tempo e rafforzandosi a vicenda, così da diventare inseparabili. Nel caso delle donne con disabilità i fattori di rischio sono genere e disabilità.

Il Rapporto della Commissione Europea del 2007 definisce la discriminazione multipla come una discriminazione «non riferibile ad un'unica dimensione, bensì agita da due o più fattori concomitanti», che incide negativamente in diversi ambiti di vita delle donne con disabilità: minore accesso all'istruzione; rispetto agli uomini con disabilità più alti tassi di disoccupazione, vivendo con ciò condizioni di povertà e di solitudine maggiori; svantaggio nell'accesso ai servizi di prevenzione e cura sanitari.

3. *La promozione dei diritti delle donne con disabilità nel diritto internazionale e nel diritto comunitario.* – Nel panorama internazionale sono stati adottati numerosi strumenti normativi per la tutela e la promozione dei diritti della donna che hanno delineato un quadro normativo di riferimento articolato e complesso. Fra i principali ricordiamo la Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui<sup>36</sup>, adottata il 21 marzo 1950 ed entrata in vigore il 25 luglio 1951; la Convenzione ILO sulla parità di remunerazione<sup>37</sup>, adottata il 29 giugno 1951 ed entrata in vigore il 25 maggio 1953; la Convenzione sui diritti politici delle donne<sup>38</sup>, adottata il 31 marzo 1953 ed entrata in vigore il 7 luglio 1954; la Convenzione sulla nazionalità delle donne coniugate<sup>39</sup>, adottata il 29

<sup>36</sup> Cfr. la Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui, adottata il 21 marzo 1950 ed entrata in vigore il 25 luglio 1951, consultabile in <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/traffickingpersons.pdf>.

<sup>37</sup> Cfr. la Convenzione ILO sulla parità di remunerazione, adottata il 29 giugno 1951 ed entrata in vigore il 25 maggio 1953, in [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/europe/-/ro-geneva/-/ilo-rome/documents/normativeinstrument/wcms\\_152336.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/europe/-/ro-geneva/-/ilo-rome/documents/normativeinstrument/wcms_152336.pdf).

<sup>38</sup> Cfr. la Convenzione sui diritti politici delle donne, adottata il 31 marzo 1953 ed entrata in vigore il 7 luglio 1954, in [http://dirittiumani.donne.aidos.it/bibl\\_2\\_testi/b\\_patti\\_conv\\_protoc/e\\_altre\\_conv\\_e\\_protoc/b\\_conv\\_dir\\_pol\\_donne/conv\\_pol\\_right\\_women\\_engl.pdf](http://dirittiumani.donne.aidos.it/bibl_2_testi/b_patti_conv_protoc/e_altre_conv_e_protoc/b_conv_dir_pol_donne/conv_pol_right_women_engl.pdf).

<sup>39</sup> Cfr. la Convenzione sulla nazionalità delle donne coniugate, adottata il 29 gennaio 1957 ed entrata in vigore l'11 agosto 1958, in <http://dirittiumani.donne.aidos.it/>

gennaio 1957 ed entrata in vigore l'11 agosto 1958; la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale<sup>40</sup> adottata il 21 dicembre 1965, ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969; la Convenzione UNESCO contro la discriminazione nell'educazione<sup>41</sup>, adottata il 14 dicembre 1960, entrata in vigore il 22 maggio 1962; la Convenzione sul consenso al matrimonio, l'età minima per il matrimonio e la registrazione dei matrimoni<sup>42</sup>, adottata il 7 novembre 1962 ed entrata in vigore il 9 dicembre 1964; la Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione contro le donne<sup>43</sup>, adottata il 7 novembre 1967; la Dichiarazione sulla protezione di donne e bambini in caso di emergenza e conflitti armati<sup>44</sup>, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 3318 (XXIX) del 14 dicembre 1974.

Fra tutti i documenti, senza dubbio, il più importante per la protezione e la promozione dei diritti della donna a livello internazionale è la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW), adottata il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, testo normativo, spesso descritto anche come «an international bill of rights for women», nel quale non troviamo però alcun accenno alla condizione di disabilità<sup>45</sup>.

*bibl\_2\_testi/b\_patti\_conv\_protoc/e\_altre\_conv\_e\_protoc/c\_conv\_nazion\_donne\_sposate/conv\_naz\_donne\_sposate\_engl.pdf.*

<sup>40</sup> Cfr. la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale adottata il 21 dicembre 1965, ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969 <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cerd.pdf>.

<sup>41</sup> Cfr. la Convenzione UNESCO contro la discriminazione nell'educazione; adottata il 14 dicembre 1960, entrata in vigore il 22 maggio 1962, in [http://dirittumani.donne.aidos.it/bibl\\_2\\_testi/b\\_patti\\_conv\\_protoc/e\\_altre\\_conv\\_e\\_protoc/e\\_conv\\_discrim\\_educat/conv\\_unesco\\_discr\\_educat.pdf](http://dirittumani.donne.aidos.it/bibl_2_testi/b_patti_conv_protoc/e_altre_conv_e_protoc/e_conv_discrim_educat/conv_unesco_discr_educat.pdf).

<sup>42</sup> Cfr. la Convenzione sul consenso al matrimonio, l'età minima per il matrimonio e la registrazione dei matrimoni; adottata il 7 novembre 1962 ed entrata in vigore il 9 dicembre 1964.

<sup>43</sup> Cfr. la Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione contro le donne, adottata il 7 novembre 1967, in <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf>.

<sup>44</sup> Cfr. la Dichiarazione sulla protezione di donne e bambini in caso di emergenza e conflitti armati, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 3318 (XXIX) del 14 dicembre 1974.

<sup>45</sup> La Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW), adottata il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, è stata firmata dall'Italia il 17 luglio 1980 e ratificata con legge del

La Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne<sup>46</sup>, adottata senza voto da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione 48/104 del 20 dicembre 1993, ribadisce il riconoscimento della «necessità urgente per l'applicazione universale alle donne dei diritti e dei principi in materia di uguaglianza, la sicurezza, la libertà, l'integrità e la dignità di tutti gli esseri umani».

La Dichiarazione contiene un accenno alla disabilità come ulteriore causa di discriminazione delle donne<sup>47</sup>: «alcuni gruppi di donne, come [...] le bambine, le donne con disabilità, [...] siano particolarmente vulnerabili alla violenza». Solo un accenno, che comunque costituisce un passo importante nel riconoscimento a livello internazionale della condizione di doppia discriminazione e, quindi, di maggiore vulnerabilità, delle donne con disabilità.

La Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne è spesso riconosciuta come complementare e un rafforzamento dei lavori della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna e la Dichiarazione e Programma d'azione di Vienna. Incarna gli stessi diritti e principi sanciti in tali strumenti come la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e gli articoli 1 e 2 forniscono la definizione più diffusa di violenza contro le donne. Come conseguenza della Risoluzione, nel 1999, l'Assemblea generale ha designato il 25 novembre come la Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne.

Riconoscendo la maggior vulnerabilità delle donne con disabilità, la Dichiarazione lascia intendere esplicitamente che i principi esposti

14 marzo 1985, n. 132. Rita Barbuto, Direttrice della sezione italiana di DPI (Disabled People's International), sottolinea la grave mancanza: questo documento così importante per le donne di tutto il mondo non fa mai riferimento alle donne con disabilità. «È come se non esistessero. E, se non esistono, i Governi non avranno l'obbligo di adottare le misure legislative necessarie per far cessare la discriminazione nella vita pubblica, come in quella sociale e familiare».

<sup>46</sup> La Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, adottata senza voto da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 48/104 del 20 dicembre 1993, in [https://www.esteri.it/mae/approfondimenti/20090827\\_allegato2\\_it.pdf](https://www.esteri.it/mae/approfondimenti/20090827_allegato2_it.pdf).

<sup>47</sup> Si legga testualmente: «alcuni gruppi di donne, come le donne appartenenti a gruppi minoritari, le donne indigene, le donne rifugiate, le donne migranti, le donne abitanti in comunità rurali e remote, le donne indigenti, le donne in istituti o in stato di detenzione, le bambine, le donne con disabilità, le donne anziane e le donne in situazioni di conflitto armato, siano particolarmente vulnerabili alla violenza» in [https://www.esteri.it/mae/approfondimenti/20090827\\_allegato2\\_it.pdf](https://www.esteri.it/mae/approfondimenti/20090827_allegato2_it.pdf).

sono validi anche e, in qualche misura soprattutto, per le donne appartenenti ai gruppi sociali più discriminati. In nessun altro documento elencato vi sono accenni alla condizione delle donne con disabilità.

Un altro documento che contiene numerosi riferimenti alla dimensione di genere nelle persone con disabilità è la Piattaforma d'Azione di Pechino<sup>48</sup>, adottata insieme alla Dichiarazione di Pechino, alla conclusione della Quarta Conferenza Mondiale delle Donne, svoltasi a Pechino nel 1995, che definisce gli obiettivi strategici e le misure da adottare per rimuovere gli impedimenti al progresso e favorire lo sviluppo delle donne.

La Piattaforma d'Azione è incentrata sui due concetti della conferenza: empowerment e mainstreaming delle donne. Per superare le disuguaglianze ancora esistenti fra uomini e donne vengono indicate due vie da seguire: la realizzazione di azioni positive e l'applicazione del principio di trasversalità. Per "azioni positive" si intendono misure concrete e specifiche che hanno l'obiettivo di compensare lo svantaggio in cui vivono alcuni individui per permettere loro di ottenere pari opportunità rispetto al gruppo sociale più favorito. Il principio di trasversalità, invece, prevede che si tenga conto della prospettiva di genere in tutte le politiche, a tutti i livelli ed in tutte le azioni.

La Piattaforma di Pechino costituisce un documento di notevole importanza nel panorama legislativo di tutela delle donne con disabilità, in quanto per la prima volta evidenzia come esista una doppia discriminazione dovuta a genere e disabilità e chiede, pertanto, misure necessarie e specifiche di intervento. Infine, vi sono diversi riferimenti alla condizione di disabilità nella sezione dedicata alle ragazze, in cui, citando l'articolo 2 comma 1 della Convenzione

<sup>48</sup> La Piattaforma d'Azione di Pechino, adottata dalla quarta Conferenza mondiale sulle donne: azione per la uguaglianza, lo sviluppo e la pace, (Pechino, 4-15 settembre 1995). Cfr. [http://dirittiumani.donne.aidos.it/bibl\\_2\\_testi/d\\_impegni\\_pol\\_internaz/a\\_conf\\_mondiali\\_onu/b\\_conf\\_pechino/a\\_finestra\\_1/a\\_piattaforma\\_dazione\\_pdf\\_zip/pechino\\_1995/Pechino\\_01\\_3-8\\_dichiaraz.pdf](http://dirittiumani.donne.aidos.it/bibl_2_testi/d_impegni_pol_internaz/a_conf_mondiali_onu/b_conf_pechino/a_finestra_1/a_piattaforma_dazione_pdf_zip/pechino_1995/Pechino_01_3-8_dichiaraz.pdf)). Il documento in particolare sottolinea la necessità di «raddoppiare gli sforzi per assicurare l'uguale e pieno esercizio di tutti i diritti umani e libertà fondamentali per tutte le donne e le bambine che affrontano difficoltà molteplici, per ciò che concerne la loro acquisizione di poteri e il loro progresso, a causa di fattori quali la loro razza, età, lingua». Per un approfondimento si veda [https://www.regione.veneto.it/c/document\\_library/get\\_file?uuid=9ff3\\_a6ba-37c6-43da-8525-64abfc252091&groupId=10785](https://www.regione.veneto.it/c/document_library/get_file?uuid=9ff3_a6ba-37c6-43da-8525-64abfc252091&groupId=10785).

delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo, si evidenzia come bambine e ragazze con disabilità incontrino numerose barriere aggiuntive nel godimento dei propri diritti rispetto alle loro coetanee e come, per questo, siano necessari accorgimenti specifici per far loro raggiungere una condizione di pieno ed effettivo godimento dei diritti umani<sup>49</sup>.

4. *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea Generale delle NU il 13 dicembre 2006.* – Nell'attuale panorama internazionale il più importante testo di riferimento normativo per la promozione dei diritti delle persone con disabilità è la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea Generale delle NU il 13 dicembre 2006<sup>50</sup>.

Le Nazioni Unite già dal 1971 hanno iniziato a prestare attenzione a questo gruppo sociale con documenti ufficiali, azioni e programmi, fra cui ricordiamo: la Dichiarazione sui diritti delle persone con ritardo mentale<sup>51</sup>, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2856 (XXVI) del 20 Dicembre 1971; la

<sup>49</sup> L'Art. 2, comma 1 così recita: «Gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza».

<sup>50</sup> Sulla Convenzione Onu si veda F. MEGRET, *The Disability Convention: Towards a Holistic Concept of Rights*, in *International Journal of Human Rights*, 2008, 2, 12, pp. 261-277; M.A. STEIN e J.E. LORD, *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential*, in *Human Rights Quarterly*, 2010, 3, 32, pp. 689-672; R. CERA, V. DELLA FINA e S. MARCHISIO (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, Roma 2010; P. ADDIS, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza 2/2016*, in *Federalismi.it*, 2016, 2, pp. 16 ss.

<sup>51</sup> Si chiede quindi ai Governi di «facilitate the equal provision of appropriate services and devices to girls with disabilities and provide their families with related support services, as appropriate; per quanto riguarda, in particolare, la lotta alla discriminazione nell'accesso a percorsi di istruzione, si chiede infine di ensure access to appropriate education and skills-training for girl children with disabilities for their full participation in life».

Dichiarazione sui diritti delle persone disabili<sup>52</sup>, approvata con Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 3447 (XXX) del 9 dicembre 1975; la Dichiarazione sui diritti delle persone sordocieche approvata con Decisione 1979/24 del Consiglio economico e sociale del 9 maggio 1979; la proclamazione dell'Anno internazionale delle persone handicappate (1981), approvato dall'Assemblea Generale con Risoluzione 31/123 del 16 dicembre 1976; il Programma di azione mondiale relativo alle persone con disabilità, adottato dall'Assemblea Generale il 3 dicembre 1982; i Principi per la protezione delle persone con malattie mentali e il miglioramento delle cure per la salute mentale<sup>53</sup>, approvati dall'Assemblea Generale dell'ONU con Risoluzione 46/119 del 17 dicembre 1991; la Dichiarazione di Vienna<sup>54</sup> del 25 luglio 1993 adottata al termine della Seconda Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani (157/23) 203, che dedica una intera parte (punto 6 della sezione B) ai diritti delle persone con disabilità.

È necessario tuttavia precisare che in nessuno di questi documenti troviamo, però, riferimenti alle differenze di genere delle persone con disabilità. In realtà, il processo di riconoscimento dei diritti ha un punto di svolta il 20 dicembre 1993, quando l'Assemblea Generale dell'ONU con la Risoluzione 48/96 adotta le Regole standard per l'uguaglianza di opportunità delle persone con disabilità<sup>55</sup>, che sono

<sup>52</sup> La Dichiarazione sui diritti delle persone disabili, approvata con Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 3447 (XXX) del 9 dicembre 1975, in <http://www.mpvroma.org/wp-content/uploads/2012/11/ONU04t.pdf>.

<sup>53</sup> Cfr. i Principi per la protezione delle persone con malattie mentali e il miglioramento delle cure per la salute mentale, approvati dall'Assemblea Generale dell'ONU con Risoluzione 46/119 del 17 dicembre 1991. Per la traduzione in lingua italiana si rinvia a [https://www.unric.org/it/images/Traduzione\\_ONU\\_46.119\\_Caterina-Germano\\_pdf](https://www.unric.org/it/images/Traduzione_ONU_46.119_Caterina-Germano_pdf).

<sup>54</sup> La Dichiarazione di Vienna del 25 luglio 1993, adottata al termine della Seconda Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani (157/23) 203, dedica una intera parte (punto 6 della sezione B) ai diritti delle persone con disabilità. In particolare ribadisce che tutti i diritti umani e le libertà fondamentali sono universali e includono senza riserve le persone disabili e qualsiasi discriminazione diretta o altro trattamento discriminatorio negativo verso una persona disabile, pertanto, è una violazione dei suoi diritti. La Conferenza Mondiale sui Diritti Umani si appella ai governi affinché adottino o adeguino la legislazione per assicurare l'accesso ai diritti per le persone disabili. Cfr. <https://www.unric.org/html/italian/humanrights/vienna.html>.

<sup>55</sup> Cfr. Regole standard per l'uguaglianza di opportunità delle persone con disa-

il primo strumento internazionale che introduce il concetto di uguaglianza e di opportunità e costruisce un sistema di monitoraggio nazionale del rispetto dei diritti umani<sup>56</sup>.

Nel Preambolo si trova un rimando alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW), entrata in vigore il 3 settembre 1981, per chiarire che, benché non contenga alcun riferimento esplicito alla condizione di disabilità, tale convenzione tutela i diritti anche di donne e ragazze appartenenti a questa categoria; nella sezione relativa all'educazione si sottolinea come debba essere prestata particolare attenzione non solo ai bambini con disabilità in età scolare, ma anche ai più piccoli e agli adulti, specialmente alle donne (articolo 6.5); un altro riferimento alla dimensione di genere lo troviamo, inoltre, nella sezione riguardante la vita in famiglia e l'integrità personale, al comma 9.3.

Le Regole Standard costituiscono quindi il primo documento a tutela dei diritti delle persone con disabilità che, a livello internazionale, riconosce ufficialmente la condizione peculiare delle donne all'interno di questo gruppo.

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, attuale testo normativo cardine nel panorama internazionale per la promozione dei diritti delle persone con disabilità<sup>57</sup>, costituisce il primo trattato internazionale sui diritti umani del XXI secolo ed è la prima convenzione firmata dall'Unione Europea nel suo insieme come soggetto giuridico a sé, oltre che da tutti i 27 Stati membri e ratificato da 16 di essi. La Convenzione rappresenta un traguardo importante per le donne con disabilità, in quanto è la prima volta che un documento di tale rilevanza non solo dedica un articolo

bilità, adottate il 20 dicembre 1993 dall'Assemblea Generale dell'ONU con la Risoluzione 48/96. Cfr. [http://www.edscuola.it/archivio/handicap/disabili\\_onu.pdf](http://www.edscuola.it/archivio/handicap/disabili_onu.pdf).

<sup>56</sup> Nelle Regole Standard si trovano numerosi riferimenti alla condizione delle donne con disabilità; innanzitutto al punto 15 dell'introduzione viene testualmente riportato che «special attention may need to be directed towards groups such as women, children, the elderly, the poor, migrant workers, persons with dual or multiple disabilities, indigenous people and ethnic minorities».

<sup>57</sup> La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità è stata approvata il 25 agosto 2006 e adottata in via definitiva il 13 dicembre 2006, insieme ad un Protocollo Opzionale. Aperta alle firme il 30 marzo 2007, è entrata in vigore l'8 maggio 2008; è stata attualmente firmata da 147 Paesi e ratificata da 98 di essi. Il Protocollo Opzionale, invece ha ricevuto 90 firme e 60 ratifiche. L'Italia ha ratificato Convenzione e Protocollo con la legge n. 18 del 3 marzo 2009.

specifico alla loro condizione, ma la questione di genere viene sottolineata ed evidenziata negli articoli più significativi del Trattato.

Nel Preambolo viene riconosciuta la discriminazione multipla di cui molte donne e ragazze con disabilità sono vittime in tutti gli ambiti di vita, correndo maggiori rischi di violenza ed abusi e venendo spesso dimenticate, maltrattate e sfruttate.

La Convenzione evidenzia in tal senso la necessità di incorporare la prospettiva di genere in ogni politica a favore del godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali delle persone con disabilità. L'adozione della prospettiva di genere in tale contesto ha comportato il riconoscimento del doppio svantaggio delle donne e la necessità di favorirne l'emancipazione attraverso politiche di empowerment e un'equa rappresentanza. Nella stesura della Convenzione, per la prima volta è stata evidenziata la disabilità di genere in un articolo specifico intitolato "donne con disabilità" (articolo 6) e si è affermata l'idea del twin-track, (il cosiddetto «doppio approccio»), uno specifico articolo per entrambi i temi e contemporaneamente l'inserimento di commi specifici negli articoli dove è necessario prevedere impegni settoriali. La condizione della donna con disabilità è poi riportata anche nell'articolo 3 dedicato ai Principi generali<sup>58</sup>, in cui viene ribadito il principio di eguaglianza fra uomini e donne ed il rispetto per la differenza e nell'articolo 8<sup>59</sup> Accrescimento della consapevolezza, con

<sup>58</sup> L'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità così recita: «Principi generali I principi della presente Convenzione sono: a) Il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza delle persone; b) La non-discriminazione; c) La piena ed effettiva partecipazione e inclusione all'interno della società; d) Il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità stessa; e) La parità di opportunità; f) L'accessibilità; g) La parità tra uomini e donne; h) Il rispetto per lo sviluppo delle capacità dei bambini con disabilità e il rispetto per il diritto dei bambini con disabilità a preservare la propria identità».

<sup>59</sup> L'art. 8 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità così recita: «Articolo 8. Sensibilizzazione 1. Gli Stati Parti si impegnano ad adottare misure immediate, efficaci ed appropriate allo scopo di: a) Sensibilizzare l'insieme della società, anche a livello familiare, riguardo alla situazione delle persone con disabilità e accrescere il rispetto per i diritti e la dignità delle persone con disabilità; b) Combattere gli stereotipi, i pregiudizi e le pratiche dannose relativi alle persone con disabilità, compresi quelli basati sul sesso e l'età, in tutti i campi; c) Promuovere la consapevolezza sulle capacità e i contributi delle persone con disabilità. 2. Nel quadro delle misure che prendono a questo fine, gli Stati parti: a) avviano e danno continuità ad efficaci campagne pubbliche di sensibilizzazione in vista di: 1.

il quale la Convenzione invita gli Stati parte ad adottare misure appropriate ed immediate per combattere pregiudizi, stereotipi e pratiche, compresi quelli basati sul genere<sup>60</sup>.

Con l'articolo 16<sup>61</sup>, Diritto di non essere sottoposti a sfruttamento, violenza e maltrattamenti, gli Stati parte si impegnano a prendere tutte le misure necessarie (legislative, sociali, educative) per proteggere le persone da ogni forma di violenza, abuso e di progettare servizi di protezione e di assistenza per le vittime, tenendo conto della diversità di genere e della maggiore vulnerabilità delle donne. La questione della disabilità femminile è inoltre evidenziata all'articolo 25 sul di-

favorire un atteggiamento recettivo verso i diritti delle persone con disabilità; 2. promuovere una percezione positiva ed una maggiore consapevolezza sociale nei confronti delle persone con disabilità; 3. promuovere il riconoscimento delle capacità, dei meriti e delle attitudini delle persone con disabilità, ed il loro contributo nei luoghi di lavoro e nel mercato lavorativo; b) rafforzano in tutti i livelli del sistema educativo, includendo specialmente tutti i bambini, sin dalla più tenera età, un atteggiamento di rispetto per i diritti delle persone con disabilità; c) incoraggiano tutti i mezzi di comunicazione a rappresentare persone con disabilità in modo coerente con gli obiettivi della presente Convenzione; d) promuovono programmi di formazione per l'aumento della consapevolezza riguardo alle persone con disabilità e ai diritti delle persone con disabilità».

<sup>60</sup> La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità adotta una concezione olistica dei diritti che evidenzia da un lato come il soggetto normodotato, al contempo presupposto e costruito dalla concezione tradizionale dei diritti umani, non esista e, dall'altro, che la disabilità è un'esperienza peculiare che impone la riformulazione dei tradizionali diritti, in quanto spesso si rendono necessarie specifiche modalità di implementazione. Cfr. M.G. BERNARDINI, *Real Bodies Donne, disabilità e diritti tra rivendicazioni e riconoscimento*, in *Italian Journal of Disability Studies, Rivista Italiana di Studi sulla Disabilità*, vol. 1, n. 1, settembre 2013, pp. 59 ss., in part. pp. 67-72. Per una consultazione online si veda [http://www.edizionianicia.it/docs/Rivista\\_Vol1\\_N1.pdf](http://www.edizionianicia.it/docs/Rivista_Vol1_N1.pdf).

<sup>61</sup> L'art. 16. Diritto di non essere sottoposto a sfruttamento, violenza e maltrattamenti: Gli Stati parti riconoscono che le donne e le ragazze con disabilità sono soggette a discriminazioni multiple e, a questo riguardo, prenderanno misure per assicurare il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte di donne e ragazze con disabilità. Gli Stati parte sono pertanto tenuti a intraprendere politiche ed azioni positive per abolire e prevenire ogni forma di discriminazione contro le donne con disabilità. Il comma 2 dello stesso articolo recita: Gli Stati parti prenderanno ogni misura appropriata per assicurare il pieno sviluppo, avanzamento e rafforzamento delle donne, allo scopo di garantire loro l'esercizio ed il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali enunciate nella presente Convenzione, e riconosce così esplicitamente l'impoverimento economico, culturale e sociale determinato dalla condizione di esclusione e segregazione storica in cui le donne con disabilità di tutto il mondo sono costrette a vivere.

ritto alla salute, all'articolo 28 riguardante adeguati livelli di vita e protezione sociale e all'articolo 34 che istituisce un Comitato sui diritti delle persone con disabilità. In tale contesto, la Convenzione delle Nazioni Unite si configura quindi come il testo cardine per la tutela e la promozione dei diritti delle donne con disabilità nell'attuale panorama internazionale<sup>62</sup>.

5. *Il Comitato NU e l'Italia sulle questioni di genere e disabilità.*  
– Il 2019 segna il decimo anniversario della ratifica da parte dell'Italia della Convenzione NU dei diritti delle persone con disabilità (CRPD) con legge n. 18 del 3 marzo 2009. Appare legittimo chiedersi cosa sia cambiato dopo 10 anni ed in particolare quali cambiamenti siano rilevanti in particolare per la condizione delle donne appartenenti a questa categoria. A tal proposito il 24 e 25 agosto 2016, a Ginevra, il Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità (Committee on the Rights of Persons with Disabilities CRPD)<sup>63</sup> ha incontrato una delegazione del Governo italiano per comunicare le osservazioni conclusive al primo rapporto dell'Italia sull'attuazione dei principi e delle disposizioni contenute nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea Generale delle NU il 13 dicembre 2006.

Le preoccupazioni espresse dal Comitato sono molteplici e differenziate, ma risultano particolarmente rilevanti le questioni legate alla condizione femminile. Il documento prodotto dal Comitato, articolato in 88 punti, evidenzia le criticità relative all'applicazione dei principi contenuti nella Convenzione e formula alcune raccomandazioni in merito.

Viene innanzitutto evidenziata l'esistenza di molteplici definizioni di disabilità in vari settori e in vari ambiti regionali, che comporta

<sup>62</sup> Il Protocollo alla Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli e sui diritti delle donne in Africa adottato a Maputo, Mozambico, l'11 luglio 2003, durante la seconda sessione ordinaria dell'Assemblea dell'Unione Africana, contiene un articolo specifico riguardante la protezione speciale delle donne con disabilità (art. 23). Cfr. [https://au.int/sites/default/files/treaties/7783-treaty\\_0027\\_protocol\\_to\\_the\\_african\\_charter\\_on\\_human\\_and\\_peoples\\_rights\\_on\\_the\\_rights\\_of\\_women\\_in\\_africa\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/7783-treaty_0027_protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoples_rights_on_the_rights_of_women_in_africa_e.pdf).

<sup>63</sup> Il Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità (Committee on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD), un organo che ha il compito di vigilare sull'applicazione della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, approvata nel 2006 dall'Assemblea delle Nazioni Unite, e ratificata dall'Italia con la legge 18/2009.

una conseguente disparità di accesso al sostegno ed ai servizi. Emerge inoltre definizione della disabilità in una prospettiva medica che non risponde all'approccio della Convenzione.

Tra gli ambiti che necessitano di un intervento normativo urgente sicuramente vanno incluse le questioni legate alla condizione delle donne con disabilità. Questioni a cui il nostro Paese non sembra prestare molta attenzione, come dimostrano i diversi richiami espressamente esplicitati in più punti del documento del Comitato, e posto che la stessa Convenzione ONU riconosce «che le donne e le minori con disabilità sono soggette a discriminazioni multiple» (articolo 6).

Viene rilevata l'assenza di leggi e di strumenti che afferiscono alla discriminazione plurima, compresi efficaci sanzioni e correttivi (punto 11) e si evidenzia come le donne sono maggiormente esposte alla discriminazione plurima in ragione della simultanea appartenenza a due gruppi svantaggiati (donne e persone con disabilità). Le donne non sono le sole esposte a discriminazione plurima, lo sono in genere coloro che hanno una situazione di multiappartenenza a "categorie" svantaggiate (ad esempio: persone disabili straniere, oppure persone disabili carcerate).

Si evidenzia che non vi è alcuna sistematica integrazione delle donne e delle ragazze nelle iniziative per la parità di genere, così come in quelle riguardanti la condizione di disabilità (punto 13) e si «raccomanda che la prospettiva di genere sia integrata nelle politiche per la disabilità e che la condizione di disabilità sia integrata nelle politiche di genere».

Ulteriore interesse è rivolto all'accrescimento della consapevolezza e all'adozione di misure per aumentare la sensibilizzazione del pubblico tramite campagne di comunicazione di massa e formazione del personale che opera nei mezzi di comunicazione sugli effetti negativi degli stereotipi. Si segnala in particolare la preoccupazione «per la mancanza di misure legislative e di strumenti di monitoraggio per individuare, prevenire e combattere la violenza sia all'interno, sia all'esterno dell'ambiente domestico» (punto 43), segue la raccomandazione di adottare una normativa per prevenire e combattere la violenza contro le persone con disabilità sia all'interno, sia all'esterno dell'ambiente domestico, in particolar modo quella contro le donne e i minori.

Il Comitato raccomanda inoltre di porre in atto garanzie del mantenimento del diritto ad una vita autonoma indipendente in tutte le regioni e di reindirizzare le risorse dall'istituzionalizzazione a servizi

radicati nella comunità, aumentando il sostegno economico per consentire di vivere in modo indipendente su tutto il territorio nazionale (punto 48). Oltre che prevenire e combattere la violenza sia all'interno, sia all'esterno dell'ambiente domestico, è necessario garantire la formazione del personale della polizia, della magistratura, dei servizi sanitari e sociali, in connessione con la messa a disposizione di servizi di sostegno accessibili ed inclusivi per coloro che subiscono violenza.

Elemento di grande criticità risulta essere l'alto tasso di disoccupazione, in particolare tra le donne con disabilità, e l'inadeguatezza delle misure per promuovere la loro inclusione nel mercato aperto del lavoro. Delle diverse raccomandazioni espresse dal Comitato ONU quella che le riassume tutte è «che la prospettiva di genere sia integrata nelle politiche per la disabilità e che la condizione di disabilità sia integrata nelle politiche di genere».

È auspicabile che tutte le raccomandazioni inerenti la discriminazione delle donne con disabilità espresse dal Comitato ONU trovino pronta attuazione e che tutte le linee di intervento considerate nella Proposta del II programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità<sup>64</sup> siano rilette anche nella prospettiva di genere, in accordo con l'approccio espresso nel Secondo Manifesto sui diritti delle donne e delle ragazze con disabilità nell'Unione Europea per evitare condizioni di discriminazione multipla a cui sono esposte in ragione del loro essere simultaneamente donne e persone con disabilità.

6. *La legislazione italiana in materia di donne e disabilità.* – Il nostro ordinamento giuridico ha registrato un'attenzione tardiva nei confronti della tutela delle persone con disabilità, che diventa effettivamente efficace a partire dagli anni novanta, come conseguenza dell'intervento di ordinamenti sovranazionali. Tuttavia, il quadro normativo attuale è caratterizzato da numerosi interventi legislativi che tutelano i soggetti destinatari e definiscono con particolare riguardo

<sup>64</sup> Una delle aree nelle quali le donne con disabilità sono maggiormente discriminate è quella dell'accesso ai servizi sanitari, ed in particolare a quelli inerenti la salute sessuale e riproduttiva. A riguardo, le donne con disabilità motoria spesso lamentano di aver difficoltà a raggiungere il lettino per le visite. A tal fine si dovrà giungere all'adozione di lettini regolabili in altezza e di sollevatori.

alla discriminazione di genere una corretta individuazione delle caratteristiche del modello italiano.

In Italia, infatti, l'art. 7 della l. 17 luglio 1919, n. 1176, ammetteva le donne all'esercizio di quasi tutte le professioni e pubblici impieghi. Tuttavia, il successivo art. 8 dell'ordinamento giudiziario del 1941, il c.d. ordinamento Grandi, prevedeva l'accesso alle funzioni giudiziarie al cittadino italiano di razza ariana, di sesso maschile ed iscritto al Partito Nazionale Fascista. Successivamente, l'Assemblea costituente ha eliminato la discriminazione politica e razziale e quella basata sulla diversità di sesso. Nel 1960 la Corte costituzionale, con sentenza 13 maggio 1960, n. 33<sup>65</sup>, dichiarava l'illegittimità dell'articolo 7 della legge del 1919 nella parte in cui escludeva le donne dagli uffici pubblici, che implicavano l'esercizio di particolari potestà.

Con la successiva l. 9 febbraio 1962, n. 66, si consentì l'accesso delle donne a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici e con il successivo d.m. del 3 maggio 1963 fu bandito il primo concorso in magistratura a cui parteciparono anche le persone di sesso femminile. Contrariamente a tale percorso riconosciuto per le donne, una persona con disabilità non avrebbe potuto presentare domanda per tale concorso nel 1963. Infatti, il sistema discriminatorio per l'accesso ad ulteriori incarichi lavorativi resta un dato di fatto e una peculiarità del modello italiano. Bisognerà attendere l'articolo 22 della l. 104 del 1992 per vedere affermato il principio per il quale ai fini dell'assunzione al pubblico impiego non è richiesta la sana e robusta costituzione fisica, ma l'idoneità a svolgere un determinato lavoro. In realtà, l'art. 16, c. 3 della l. 12 marzo 1999, n. 68, ha sradicato dal nostro ordinamento il principio stabilendo che, salvi i requisiti di idoneità specifica per funzioni singole, sono abrogate espressamente le norme che richiedono il requisito della sana e robusta costituzione nei bandi di concorso per il pubblico impiego.

Successivamente la l. 9 agosto 2013, n. 98, stabilisce che l'idoneità fisica deve essere accertata caso per caso, in riferimento alle mansioni afferenti al posto da coprire. Anche l'articolo 16 della l. 68/1999 ha stabilito in tal senso che i bandi di concorso debbano prevedere speciali modalità di svolgimento delle prove di esami per consentire alle persone con disabilità di partecipare ai concorsi in effettive parità di condizioni con gli altri.

<sup>65</sup> Cfr. Corte costituzionale, 13 maggio 1960, n. 33, in *Foro it.*, 1960, I, cc. 7055 ss., con nota di V. CRISAFULLI.

E importante comunque rilevare che l'Unione Europea con il Manifesto sui diritti delle donne e delle ragazze con disabilità<sup>66</sup>, adottato a Budapest il 28-29 maggio 2011 dall'Assemblea Generale del Forum Europeo sulla Disabilità (EDF), diviso in 16 punti che rappresentano altrettanti campi in cui la discriminazione di genere è articolata, ha richiamato l'Italia, in particolare per la violenza di genere che le donne con disabilità subiscono. Oltre a questo richiamo di carattere generale, lo stesso Comitato aveva espresso altre preoccupazioni, con riferimento specifico alla discriminazione di genere riguardo alle campagne di comunicazione di massa, alla violenza contro le donne, alla mancanza di accessibilità fisica e delle informazioni relative ai servizi per la salute sessuale e riproduttiva e in merito al basso livello occupazionale delle donne con disabilità<sup>67</sup>.

7. *Legge regionale n. 33 del 2 agosto 2018 (Istituzione del "Reddito di libertà" (RDL) per le donne vittime di violenza)*. – Il Consiglio Regionale della Regione Sardegna ha recentemente introdotto il "reddito di libertà", una misura di sostegno economico per favorire l'autonomia e l'emancipazione delle donne vittime di violenza domestica in condizioni di povertà (legge regionale n. 33/2018)<sup>68</sup>. In realtà, nonostante l'analogia terminologica con altre misure di carattere economico, quali il "reddito di inclusione" o il "reddito di cittadinanza", misure di contrasto alla povertà, il "reddito di libertà" è una misura di contrasto alla violenza di genere<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> <http://www.informareunh.it/wp-content/uploads/3215/2ManifestoDonneDisabiliUE-ITA.pdf>.

<sup>67</sup> Sul tema diritto del lavoro i dati forniti dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali evidenziano, tuttavia, come, nonostante l'alto livello medio di istruzione, le donne con disabilità abbiano un tasso di disoccupazione più alto degli uomini. Negli avviamenti presso aziende pubbliche e private, le donne rappresentano il 43,2%, mentre gli uomini il 56,8%.

<sup>68</sup> Cfr. legge Regione Autonoma della Sardegna del 2 agosto 2018, n. 33, Istituzione del reddito di libertà per le donne vittime di violenza, in Bollettino n. 37, Parte I e II del 9 agosto 2018.

<sup>69</sup> L'art. 1 della legge Regione Autonoma della Sardegna del 2 agosto 2018, n. 33, Istituzione del reddito di libertà per le donne vittime di violenza, precisa che «La Regione autonoma della Sardegna [...] opera attivamente affinché ogni donna vittima di violenza domestica in condizione di povertà materiale superi la condizione di dipendenza economica, soprusi, ricatto e sia posta in condizione di accedere ai beni essenziali e di partecipare dignitosamente alla vita sociale».

Il “reddito di libertà” consiste in un patto tra la Regione e la donna vittima di violenza, con o senza figli minori, mediante il quale la beneficiaria del sostegno garantito dalla misura introdotta si impegna a partecipare a un progetto personalizzato finalizzato all’acquisizione della propria indipendenza personale, sociale ed economica. Sono due gli elementi degni di nota: la personalizzazione dei progetti e la misura e l’accessibilità anche per le donne con disabilità vittime di violenza ed in condizione di povertà. Questi due elementi sono importanti affinché qualunque donna (non solo con disabilità) che risponda ai requisiti richiesti possa trarre beneficio dal reddito di libertà.

Appare utile sottolineare che la versione originaria dell’articolo 5, comma 2 della l. r. n. 33/2018 accordava priorità d’accesso alla misura «alle donne con figli minori o con disabilità certificata ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate)». Con successivo emendamento (articolo 5, comma 68, l. r. 40/2018 Disposizioni finanziarie e seconda variazione al bilancio 2018-2020) è stata estesa anche alle “donne con disabilità vittime di violenza” la priorità di accesso alla misura originariamente accordata solo alle “madri di figli minori” e alle “madri di figli con disabilità”. Per la prima volta una legge italiana, sebbene regionale, modula una misura di contrasto alla violenza di genere tenendo conto della discriminazione multipla a cui sono soggette le donne con disabilità, discriminazione multipla dovuta alla circostanza di essere soggette sia alle discriminazioni subite dalle donne, sia a quelle subite dalle persone con disabilità, come riconosciuto dall’articolo 6 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall’Italia con la l. 18/09.

La l.r. n. 33/2018 specifica che la condizione di donna vittima di violenza è certificata dai Servizi Sociali del Comune di residenza o da quelli del Comune di nuovo domicilio. La domanda di accesso al “reddito di libertà” va presentata al Comune di residenza e la procedura è senza oneri per le aventi diritto. A copertura del provvedimento è stato istituito un fondo denominato Fondo regionale per il Reddito di libertà nel quale confluiscono le risorse europee, statali e regionali. I Comuni, in raccordo con i Centri Antiviolenza e gli altri soggetti coinvolti, progettano per ciascuna beneficiaria un piano personalizzato di interventi finalizzati al sostegno e all’emancipazione della donna vittima di violenza e dei suoi figli.

La normativa individua i tipi di interventi attuabili nei piani personalizzati: l'erogazione di un sussidio economico; l'accesso ai dispositivi delle politiche attive del lavoro in materia di occupazione; l'avvio all'autoimpiego; l'aiuto economico per favorire la mobilità geografica per far fronte alla violenza ed al pericolo; la garanzia della continuità scolastica per i figli minori e maggiorenni che debbano completare il ciclo di istruzione.

Vengono inoltre individuati dei vincoli: il sussidio economico non è utilizzabile per l'acquisto di prodotti non autorizzati, pena la decadenza dal beneficio. Le donne affette da dipendenze patologiche beneficiano del "reddito di libertà" solo nel caso in cui abbiano intrapreso un percorso riabilitativo.

Sebbene sia tuttavia da evidenziare qualche elemento di criticità, è rilevante che per la prima volta, una legge regionale italiana abbia modulato una misura di contrasto alla violenza di genere, tenendo conto della discriminazione multipla a cui sono soggette le donne con disabilità.

L'unica strada per dare risposte adeguate al fenomeno della violenza nei confronti delle donne con disabilità è lavorare in prospettiva intersezionale, prendendo simultaneamente in considerazione due o più variabili potenzialmente discriminanti (il genere e la disabilità), e la loro intersezione, con auspicio che il "reddito di libertà", destinato alle donne che subiscono violenza domestica, da legge regionale diventi normativa nazionale, garantendo a tutte le donne l'uguaglianza sostanziale e impedendo che ci siano discriminazioni fondate sulla disabilità.

Il Programma di azione sulla disabilità<sup>70</sup>, approvato il 28 dicembre 2013, individua le aree prioritarie verso cui indirizzare azioni e interventi, al fine di contribuire al raggiungimento degli obiettivi generali della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020 e della Convenzione dell'ONU. A tal fine il Programma individua sette linee di azione sulle quali intervenire con azioni specifiche con interventi di tipo legislativo, che impegnano le Amministrazioni centrali in fase di proposta normativa, in stretto raccordo con le Regioni e Province Autonome. Per ognuna di queste linee di azione viene previsto il coinvolgimento di diversi attori istituzionali a diversi livelli oltre al

<sup>70</sup> Cfr. Decreto del Presidente della Repubblica del 4 ottobre 2013, Adozione del programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità, in G.U. del 28 dicembre 2013.

coinvolgimento delle associazioni, delle organizzazioni sindacali e dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità.

8. *Cenni di diritto comparato. Les droits des femmes en situations des handicaps nell'ordinamento francese.* – L'ordinamento francese, con l'approvazione della loi du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés<sup>71</sup>, ha scelto l'adozione di una politica attenta all'impiego delle persone portatrici di handicap instaurando un Obligation d'Emploi de Travailleurs Handicapés (OETH). Tuttavia, nonostante gli innumerevoli progressi realizzati negli anni, molte persone portatrici di handicap, e in misura maggiore le donne, restano ancora lontane dal mondo del lavoro e incontrano molti ostacoli, sperimentando forme di discriminazione nella ricerca di un impiego.

In Francia, i portatori di handicap sono 10 milioni e le politiche di accessibilità sono numerose; la stessa loi n. 75-534 30 juin 1975 sottolineava il carattere nazionale dell'intervento a favore delle persone in situazione di handicap e l'interesse alla loro integrazione sociale<sup>72</sup>. Sicuramente è la loi n. 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées<sup>73</sup> che porta cambiamenti fondamentali per soddisfare le esigenze delle persone disabili.

La loi n. 2005-102 du 11 février 2005 è di fatto il testo principale sui diritti delle persone in situazione di handicap dopo la legge del 1975 e definisce tre ambiti di applicazione rilevanti: un ambiente costruito, trasporti e nuove tecnologie, aspetti importanti di questa legislazione per promuovere l'accessibilità per tutti, delineando il quadro legislativo di riferimento per l'ordinamento francese.

Durante la campagna elettorale, Emmanuel Macron aveva affermato che la disabilità sarebbe stata una priorità assoluta delle politiche sociali e tale impegno si è poi concretizzato con la nomina, il 17

<sup>71</sup> Cfr. J. ROUX, *L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes. Les mutations du droit vers la protection contre les discriminations multiples et intersectionnelles*, in *La Revue des droits de l'homme Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 7, 2015.

<sup>72</sup> Per una ricostruzione storica della concezione dell'handicap a partire dalla Rivoluzione francese e in tempi più recenti, si veda H. SLIKER, *La condition handicapée*, Grenoble 2017, che rileva la necessità di una riflessione critica sulla posizione delle persone con disabilità.

<sup>73</sup> Cfr. loi n. 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, in *J.O.* du 12 juillet 1987.

maggio 2017, del suo Primo ministro Sophie Cluzel, Presidente di una rete associativa francese, Secrétaire d'État chargée des Personnes handicapées.

Nel mese di aprile 2018, Mme Cluzel ha presentato il Quatrième plan autisme (2018-2022)<sup>74</sup>, il cui budget di 344 milioni di euro, pur in aumento, è giudicato insufficiente per far fronte anche al problema della scolarizzazione dei bambini autistici, che si attesta intorno al 30% per la scuola materna e al 40% per le scuole di più alto grado. Ulteriori misure adottate dal governo per la presa in carico dell'autismo riguardano l'obbligo di costruzione di strutture nuove e accessibili alle persone con handicap<sup>75</sup> e la proposta del 9 luglio 2018 del Presidente Macron all'Assemblée Parlementaire di lasciare il diritto di voto alle personnes sous tutelle, in particolare alle personnes en situation de handicap intellectuel<sup>76</sup>.

L'attenzione e il nuovo approccio nei confronti della tematica della disabilità della presidenza Macron trova conferma nella creazione di un portale ufficiale <https://handicap.gouv.fr/> del governo francese dedicato esclusivamente alla tematica delle persone disabili<sup>77</sup>.

Le Maisons Départementales des Personnes handicapées (MDPH) furono create presso ogni dipartimento con la loi n. 2005-102 du 11 février 2005, al fine di accogliere, informare e accompagnare le personnes handicapées e i loro parenti nell'affermazione del loro percorso nei diversi ambiti scolastico prima e lavorativo poi. Negli anni, tale organo ha assicurato una costante attività di affiancamento alle

<sup>74</sup> Per ulteriori approfondimenti si veda: [https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2018/04/dossier\\_de\\_presse\\_-\\_strategie\\_nationale\\_pour\\_lautisme\\_-\\_vendredi\\_6\\_avril\\_2018\\_2.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2018/04/dossier_de_presse_-_strategie_nationale_pour_lautisme_-_vendredi_6_avril_2018_2.pdf).

<sup>75</sup> Cfr. loi n. 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, in *JORF*, n. 0272 du 24 novembre 2018, texte n. 1.

<sup>76</sup> Cfr. M. BEFFY, *La protection sociale en France et en Europe en 2014: Résultats des comptes de la protection sociale*, Paris, Direction de la recherche des études de l'évaluation et des statistiques - DREES 2016; B. CRET e N. GUILHOT, *Le secteur du handicap, un marché en construction? Stratégies concurrentielles et stabilisation du champ (1944-2010)*, in *Revue Française Des Affaires Sociales* (4), 2016, pp. 193-223; N. RAPEGNO e V. ULRICH, *Accompagnement des personnes handicapées. Dispositifs et modalités dans les établissements et services médico-sociaux*, in *Questions de Santé Publique*, 2017, 32, pp. 4 ss.

<sup>77</sup> Per un inquadramento generale della tematica si veda B. LAVAU, *Le handicap*, Dalloz, Paris 2016; Institut de Recherche et Documentation en Economie de la Santé, *L'accès aux soins et à la prévention des personnes en situation de handicap*, 2017.

famiglie con soggetti portatori di handicap, supportandoli attraverso anche un'attività di consulenza e tramite l'istituzione di numeri e linee telefoniche dedicate all'attività di supporto legale. Infatti, a fronte della presentazione di un *certificat médical*, che attesti l'esistenza di *déficiences visuelles* o *déficiences auditives*, si perviene alla *reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH)*, che consente di fruire di una assistenza specifica.

Nell'ambito della MDPH, la *Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH)*, decide le questioni singolarmente poste alla sua attenzione attraverso l'attività di un'*équipe pluridisciplinaire*, valutando il *taux d'incapacité* della persona, attribuendo la qualifica di *travailleur handicapé*, riconoscendo misure che facilitino anche l'inserimento scolastico.

La *Maison départementale des personnes handicapées (MDPH)* è amministrata da una *Commission* presieduta dal *Président du conseil départemental* e da rappresentanti statali, del dipartimento e delle associazioni delle *personnes handicapées*, oltre che dal *Directeur de l'Agence régionale de santé* o a un suo rappresentante. La CDAPH assume le decisioni relative ai diritti della *personne handicapée* e il suo ambito di intervento è molto ampio<sup>78</sup>.

I due modelli di tutela riferibili all'ordinamento italiano e francese risultano caratterizzati da un approccio differente, soprattutto se si ricorda che il Comitato NU sui diritti delle persone con disabilità aveva richiamato l'Italia per la mancanza di misure rivolte alle specifiche esigenze delle donne e delle ragazze, raccomandando che la prospettiva di genere venisse integrata nelle politiche per la disabilità e che la condizione di disabilità venisse incorporata nelle politiche di genere.

L'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite<sup>79</sup> documenta un impegno per ridurre le disuguaglianze e promuovere l'inclusione sociale, economica e politica di tutti gli indivi-

<sup>78</sup> Sugli interventi a favore delle persone con handicap si vedano T. BARNOUIN, T. DARCILLON, *Les dépenses en faveur des personnes handicapées ont progressé de 13,5 milliards d'euros de 2005 à 2014*, *Études et Résultats* (Drees), 2017, consultabile anche in <http://drees.social-sante.gouv.fr/etudes-et-statistiques/publications/etudes-et-resultats/article/lesdepenses-en-faveur-des-personnes-handicapees-ont-progresse-de-13-5>.

<sup>79</sup> Il testo in lingua inglese dell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite è rinvenibile in <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>.

dui, comprese le persone con disabilità. A tal fine sottolinea la necessità di implementare la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, coinvolgendo attivamente le persone nei programmi contemplati nelle agende e nelle politiche nazionali. In tal senso, l'Agenda ONU 2030 si è impegnata a “non lasciare nessuno indietro” e, in particolare, le persone con disabilità, in quanto beneficiarie e agenti di cambiamento, possono seguire rapidamente il processo verso uno sviluppo inclusivo e sostenibile e promuovere una società resiliente per tutti, sensibilizzando l'opinione pubblica.

Le persone con disabilità risentono maggiormente delle carenze sanitarie, hanno minore accesso all'istruzione, minori opportunità economiche e tassi di povertà più alti; a tal fine è importante abbattere le barriere che impediscono la tutela dei loro diritti e una piena inclusione e partecipazione nella società<sup>80</sup>. Favorire la loro integrazione e inclusione permetterebbe l'eliminazione della disparità di genere, il potenziamento dei servizi educativi e sanitari e l'inclusione sociale, economica e politica di ogni cittadino.

Una delle principali caratteristiche della condizione delle donne con disabilità di fatto è l'invisibilità all'interno del contesto in cui vivono, che contraddistingue una peculiare condizione di discriminazione ed esclusione; al tal fine negli ultimi decenni sono sorti movimenti sociali, culturali ed intellettuali che registrano un punto di svolta negli anni Sessanta, periodo in cui inizia la battaglia sociale e culturale per i diritti civili e il movimento delle persone con disabilità, ha realizzato una vera e propria “rivoluzione della consapevolezza” nell'affermazione dei propri diritti<sup>81</sup>.

Nelle more di una disciplina unitaria e uniforme dei soggetti fragili dell'ordinamento, anche in riferimento alle donne con disabilità, una delle maggiori sfide poste agli Stati democratici dal nuovo Welfare State è quella di essere in grado di garantire a tutti gli individui gli stessi diritti fondamentali «senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di età, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza,

<sup>80</sup> Cfr. L. CORRADI, *Diritti umani o e politiche pubbliche come garantire le donne con disabilità*, in *Donne disabilità e salute: questioni etiche strategiche e strumenti di tutela nelle politiche per la salute e le pari opportunità*, a cura di M. Galanti, R. Barbuto, Lamezia Terme 2015, pp. 35-39.

<sup>81</sup> Cfr. G. TUCCI, *La partecipazione del disabile alla vita sociale*, in *Questione giustizia*, fascicolo 3/2018.

di nascita o di altra condizione», assicurando anche alla categoria delle donne con disabilità uguali opportunità nel campo della formazione scolastica e successivamente nell'ambito di accesso al mondo lavorativo<sup>82</sup>.

### *Abstract*

Nell'ambito dell'affermazione dei diritti delle donne, la presente ricerca approfondisce i diversi profili teorici, normativi e pratici che vivono le donne con disabilità. Una discriminazione multipla che provoca un aggravamento delle conseguenze della discriminazione stessa. La Legge della Regione Sardegna n. 33 del 2 agosto 2018, Istituzione del reddito di libertà per le donne vittime di violenza, ha modulato per la prima volta una misura di contrasto alla violenza di genere, tenendo conto della discriminazione multipla a cui sono soggette le donne con disabilità. Con un cenno all'ordinamento francese, le prospettive di riforma assicurano il rispetto e la tutela dei diritti fondamentali, senza discriminazione alcuna, riconoscendo alle donne con disabilità, uguali opportunità nel campo della formazione scolastica e di accesso al mondo lavorativo.

With regards to women's rights, this work aims at deepening the different theoretic, legislative and practical aspects which affect disabled women. As a multiple discrimination, this condition causes a worsening of the consequences of the discrimination itself. The law of Sardinia Region n. 33 on 2nd August 2018, called Institution of the freedom income for women victims of violence, has provided for the first time a measure to fight the gender violence by taking into account the multiple discrimination of women with disability. With a special hint to the French system, the prospect of reform will guarantee the respect and the protection of the fundamental rights with no discrimination, recognising equal opportunities to women with disability in the field of school education and access to work.

<sup>82</sup> Per un approccio globale degli interventi a favore delle persone con disabilità si veda R. MEDEGHINI, *I diritti nella prospettiva dell'inclusione e dello spazio comune*, in *Italian Journal of Disability Studies, Rivista Italiana di Studi sulla Disabilità*, vol. 1, n. 1, settembre 2013, pp. 93 ss.

STEFANIA CECCHINI

## IL DIVIETO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ

Dopo la sentenza n. 12193/2019  
delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

SOMMARIO: 1. La surrogazione di maternità quale tecnica di procreazione assistita «che offende in modo intollerabile la dignità della donna». – 2. La (ridotta) portata applicativa del divieto *ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004* in caso di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero. – 3. Il divieto quale «principio di ordine pubblico» nella sentenza n. 12193/2019 della Corte di cassazione. – 4. Quali prospettive dopo la decisione delle Sezioni Unite?

1. *La surrogazione di maternità quale tecnica di procreazione assistita «che offende in modo intollerabile la dignità della donna».* – Con le locuzioni «maternità per sostituzione», «locazione o affitto d'utero» ovvero «gestazione per conto di altri» (GPA), si fa riferimento alla tecnica di procreazione medicalmente assistita attraverso la quale una donna provvede alla gestazione per conto di altre persone, generalmente definite «genitori intenzionali» o «sociali» del nascituro. Accanto all'ipotesi cosiddetta tradizionale, vale a dire quella in cui una donna si rende disponibile a farsi fecondare dal seme di un uomo, futuro genitore sociale, portando avanti la gravidanza per conto della coppia sterile, vi è quella gestazionale, integrata quando la donna accetta l'impianto di un ovulo già fecondato in vitro il cui materiale genetico le è, dunque, totalmente estraneo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Esistono differenti tipologie della pratica in esame: la cosiddetta maternità «surrogata eterologa o gestazionale» (anche definita «gestazione per conto di altri», o GPA) si ha quando una donna si limita alla sola gestazione di embrioni creati con i gameti della coppia «committente», dei genitori intenzionali; oppure, vi è la cosiddetta «maternità doppiamente eterologa», che si configura quando i gameti sono estranei tanto alla madre quanto ai genitori intenzionali; infine, la «maternità surrogata tradizionale per concepimento e gestazionale» o «omologa» si determina quando la madre surrogata contribuisce al concepimento anche con i propri ovociti. Al riguardo, cfr. M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata nella pronuncia della Corte di ap-*

Diversamente dalle altre tecniche di procreazione medicalmente assistita, la maternità per surrogazione necessita, oltre che di un'inseminazione artificiale di tipo omologo o eterologo per il momento fecondativo, anche di una gestazione e di un parto ad opera di una donna estranea alla coppia. In altre parole, di un corpo femminile per l'intero ciclo procreativo<sup>2</sup>. A ben riflettere, il progresso tecnico-scientifico ha consentito a un'antica prassi, che affonda le proprie radici in tempi lontani, di realizzarsi senza che il "donatore di sperma" e la donna che offre il proprio grembo debbano unirsi carnalmente, né tanto meno mai incontrarsi<sup>3</sup>. Per le implicazioni che comporta e che

*pello di Bari: la nozione di ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*, in *Giur. mer.*, 2/2010, p. 44. Sul punto cfr. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, pp. 149-177; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano 2000, p. 4. L'A. spiega la scelta a favore dell'espressione «maternità per sostituzione» in quanto la ritiene in grado di sottolineare, quale elemento caratterizzante, il contesto relazionale tra due donne, una delle quali «si presta ad avere una gravidanza per un'altra».

<sup>2</sup> Di questo avviso è B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, p. 193, secondo la quale non si può ignorare che «le donne hanno un corpo femminile che permette la procreazione e che resta, almeno per il momento, essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre, ma che del corpo di una madre hanno bisogno per consentirne lo sviluppo».

<sup>3</sup> Molti autori si sono soffermati sulle origini della pratica in esame. Senza pretesa di esaustività, si vedano in particolare: R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit., pp. 1 ss., muove la sua riflessione a partire dal racconto biblico di Abramo, sua moglie Sarah e la schiava Agar (*Genesi*, 16:2, 16:4) e dei Vicerè di F. DE ROBERTO, Parte II, § 5; S. POZZOLO, *Gestazioni per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, n. 2/2016, pp. 95 ss., invece, richiama la storia di Rachele e Giacobbe (*Genesi* 30:3), M.V. AVANZINELLI, *Sterilità e fecondità delle donne bibliche, Storia delle donne*, 1, Firenze 2005, pp. 75-88. Quanto alla cosiddetta cessione del ventre, vale a dire la prassi dell'esperienza giuridica romana per cui il marito poteva cedere la propria moglie fertile ad un altro uomo allo scopo di procreare, si vedano in particolare gli scritti di E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma, IV. Caratteri e morfologia*, Torino 1989, pp. 590 ss.; EAD., *Marzia e la locatio ventris*, in *Vicende e figure femminili in Grecia e Roma*, Ancona 1955, pp. 251 ss.; EAD., *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1998, pp. 98 ss. In particolare sulla vicenda della *locatio ventris* di Marzia, si veda quanto riportato da Appiano, *De bellis civilibus Romanorum*, 2, 14, 99: «Catone aveva sposato Marzia, la figlia di Filippo, quando era ancora molto giovane; era molto attaccato a lei, e da lei aveva

la differenziano dalle altre tecniche di procreazione assistita, sulla surrogazione di maternità si registrano opinioni diametralmente opposte nella letteratura giuridica<sup>4</sup>, tra i movimenti femministi<sup>5</sup> e nelle le-

avuto dei figli. Tuttavia, la diede a Ortensio, uno dei suoi amici, che desiderava avere figli ma che era sposato a una donna sterile. Dopo che Marzia ebbe dato un figlio anche a lui, Catone la riprese di nuovo in casa, come se l'avesse prestata».

<sup>4</sup> Tra coloro che propendono per la valorizzazione del diritto della donna di disporre liberamente del proprio corpo: R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 3; V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, in *Bioetica*, n. 1/2016, p. 268. In direzione opposta, seppur con posizioni non sempre coincidenti, esprimono preoccupazione per la dignità della donna: B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, cit.; ID., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, op. cit., pp. 91-118; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, op. cit., pp. 191-234; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, op. cit., pp. 3-28; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, op. cit., pp. 78-90.

<sup>5</sup> L'elaborazione femminista in tema di maternità surrogata e, più in generale, in tema di bioetica si è articolata principalmente in due filoni: il primo, debitore della strategia emancipazionista tipica del femminismo della prima ondata, portatore di un'istanza di giustizia nei confronti delle donne o di altri soggetti discriminati in un'ottica di eguale trattamento ed eguale dignità femminile; il secondo, invece, legato al femminismo della seconda e della terza ondata, volto a riformulare i criteri stessi su cui si muove la riflessione bioetica e a mettere in discussione le nozioni stesse di «consenso» e «autonomia». Sul punto cfr.: C. BOTTI, *Bioetica ed etica delle donne*, Zadig, Milano 2000; ID., *Prospettive femministe nel dibattito bioetico contemporaneo*, in TH. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino 2015, spec. pp. 105 ss. E. MAESTRI, *Fabbriche della vita. La critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali*, in *Ragion pratica*, 2, 2011, p. 418, evidenzia come «nel dibattito sulla bioetica, sull'evoluzione della genetica medica e sulle nuove pratiche riproduttive, la riflessione femminista, relativa alle problematiche della corporeità femminile (affettività, identità, sessualità, maternità, genere), ha costituito il fulcro tematico attorno al quale si è sviluppato un discorso particolarmente articolato e denso [...] i diversi approcci femministi, in rapporto alle tecniche riproduttive, attraverso la distinzione di quattro differenti atteggiamenti intellettuali: l'atteggiamento ottimistico, l'atteggiamento pessimistico, l'atteggiamento realistico e l'atteggiamento costruttivistico». Esprimono preoccupazione per i pericoli di sfruttamento del corpo femminile: D. DANNA, *Fare un figlio per altri è giusto*. *Falso*, Roma-Bari 2016; P. BINETTI, *Maternità surrogata: un figlio a tutti i costi*, Roma 2016; L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano 2016. Più estreme le posizioni di Sylviane Agacinski (*Agacinski, femminista e socialista francese, contro l'utero in affitto: «Le madri surrogate sono le schiave moderne»*,

gislazioni (di tipo permissivo o fortemente proibizioniste) dei diversi Paesi<sup>6</sup>.

Nell'ordinamento italiano, il ricorso alla gestazione per altri è stato espressamente vietato dall'art. 12, co. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante «norme in materia di procreazione medicalmente assistita», che ha eliminato ogni dubbio circa la sua ammissibilità<sup>7</sup>. Il nostro ordinamento, infatti, non considera lecita qualsiasi disposizione sul proprio corpo *ex art. 5 c.c.* e, come previsto dal secondo imperativo kantiano, non ammette che qualsiasi persona possa «essere trattata come mezzo o strumento – sia pure di procreazione – per fini non suoi, ma solo come fine di sé medesima»<sup>8</sup>. In particolare, il di-

in *www.tempi.it*, 1 marzo 2014) e del movimento Se non ora quando, che nel dicembre 2015 ha proposto un appello alle Istituzioni Europee affinché tale pratica sia dichiarata illegale in Europa e a livello globale (*www.cheliberta.it*).

<sup>6</sup> Alcuni Paesi, infatti, hanno adottato legislazioni di tipo permissivo, seppur diversamente modulate a seconda che consentano la GPA cosiddetta «gratuita o altruistica» o quella «commerciale». A titolo esemplificativo ma non esaustivo, tra i Paesi che consentono la GPA gratuita si possono ricordare il Belgio, l'Australia, il Regno Unito, come si dirà a breve, i Paesi Bassi, la Danimarca, l'Ungheria, l'Irlanda, l'Australia, il Canada, gli Stati Uniti (soltanto alcuni Stati, come lo Stato di New York, il New Jersey, New Mexico, Virginia e Washington), la Grecia. Permettono, invece, il ricorso alla GPA commerciale la Russia, l'Ucraina, la Georgia, l'Armenia, Cipro, l'India, la California, la Florida, l'Illinois, il Texas e il Massachusetts. I dati sono stati reperiti all'indirizzo <https://www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrrogata-dove-regole>. Sul punto cfr.: R. LA RUSSA, A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2, 2017, pp. 683 ss. Altri Paesi, come l'Italia, vietano tanto la GPA gratuita quanto quella commerciale (Francia, Italia, Spagna e Polonia). Al riguardo, si veda l'analisi svolta da: L. CHIEFFI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, cit., p. 13.

<sup>7</sup> L'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 stabilisce che: «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

<sup>8</sup> L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, cit., p. 63. Dello stesso avviso sono S. POZZOLO, *Gestazioni per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, cit., p. 108; L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, cit., p. 216. In particolare, nel sottoporre a critica gli argomenti contenuti in C. SHALEV, *Birth power: the case for surrogacy*, cit., Letizia Gianformaggio assimilava il divieto di surrogazione di maternità alla proibizione giuridica di vendere parti del proprio corpo, così argomentando: «non è forse nelle mani di cia-

ritto di non essere oggetto o mezzo di pretese altrui della madre gestante trova il proprio fondamento costituzionale negli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione<sup>9</sup>.

Con la sentenza n. 272/2017, la Corte costituzionale, pur non pronunciandosi direttamente sulla legittimità di tale pratica procreativa, ne ha espresso il disvalore ritenendo che la stessa offenda «in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>10</sup>. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, la surrogazione di maternità non soltanto lede la dignità umana della donna che, a vario titolo, si presta a portare a termine una gravidanza per altri, ma è idonea a compromettere le relazioni nel suo complesso poiché è in grado di determinare la scissione della figura materna in tre diversi ruoli (una madre gestante, una genetica e una sociale), mettendo in discussione il principio espresso dall'art. 269, co. 3 c.c., secondo cui madre è colei che partorisce<sup>11</sup>.

A ben guardare, infatti, nel processo di surrogazione di maternità possono intervenire sino a tre donne diverse: la madre gestante, anche detta madre uterina o biologica, che è colei che porta avanti la gestazione per altri e partorisce; la madre genetica, spesso anonima, la quale mette a disposizione gli ovociti; infine, la madre sociale, denominata anche madre committente o intenzionale, ossia colei che ha

scuno la possibilità di vendere un rene, o un occhio? Ma il diritto non ha, forse, proprio la funzione di distinguere tra ciò è *materialmente* nelle mani di qualcuno, che cosa è *lecito* e che cosa è *illecito* fare?» (corsivi dell'A.).

<sup>9</sup> Il richiamato principio personalista di origine kantiana trova, dunque, fondamento dei «diritti inviolabili dell'uomo» ai sensi dell'art. 2 Cost., nella «pari dignità sociale» di ogni persona che costituisce la «cerniera» tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 Cost. e, infine, nel divieto di «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» ex art. 32 Cost.

<sup>10</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, *Considerato in diritto* 4.2. La sentenza n. 272/2017, tuttavia, non aveva ad oggetto un articolo della l. n. 40/2004, bensì l'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità potesse essere accolto nel caso in cui coincidesse con l'interesse del minore.

<sup>11</sup> Il comma terzo dell'art. 269 c.c. stabilisce che: «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre». Tale disposizione, infatti, costituisce il caposaldo dell'istituto della filiazione naturale, espressione di un principio fondamentale e di ordine pubblico che disciplina un diritto inviolabile della persona a tutela della sua dignità, «dell'identità personale e della sua collocazione nel contesto sociale» (M.R. MOTTOLA, *Art. 269*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano 2010, p. 404).

espresso, insieme al proprio *partner*, la volontà di assumere la responsabilità genitoriale sul minore nato attraverso tale tecnica<sup>12</sup>. La circostanza che la madre gestante non coincida con colei che ha intrapreso il progetto genitoriale travolge la garanzia di certezza sull'identità materna espressa dal noto principio *mater semper certa est*, mettendo in discussione il concetto stesso di genitorialità e i principi fondamentali dell'ordinamento, a partire da quello di certezza del diritto<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Al riguardo, preme soffermare l'attenzione sulla circostanza che l'art. 5 della l. n. 40/2004, rubricato «requisiti soggettivi», stabilisce: «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Pertanto, qualora si legga l'art. 5 sotto la "lente" dell'eguaglianza ex art. 3 Cost., emerge con evidenza la subordinazione della scelta procreativa all'esistenza di condizioni personali specificatamente previste (coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi) dalle quali rimangono escluse le coppie omosessuali e le donne. Fondando la possibilità di accesso alle tecniche di PMA unicamente su condizioni personali, non giustificate da un altro interesse idoneo a giustificare – in misura proporzionata e necessaria – una simile ingerenza nella sfera dell'autodeterminazione, l'art. 5 in parola parrebbe presentare dei profili di incostituzionalità. In particolare, l'art. 5 l. n. 40/2004 parrebbe riproporre, da un lato, il «paradigma eterosessuale» che già caratterizza l'istituto del matrimonio e, dall'altro, «il controllo politico del corpo femminile, risultando, tra l'altro, affetta da irragionevolezza, proprio in quanto l'art. 1 della legge stabilisce che la sua finalità risiede nella soluzione dei problemi derivanti dalla sterilità o infertilità della *persona umana*» (S. RODOTÀ, *Il corpo giuridificato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, vol. I, Milano 2011, p. 73). Particolarmente critico sul punto, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, è R. BIN, *Il figlio di Lady Chatterley*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2002, pp. 793 ss. In particolare, l'A. evidenzia: «...Si ingegna di impedire la proliferazione di modelli educativi infelici, ed infatti la legislazione sull'adozione pretende l'omologazione assoluta alla "famiglia felice" (benché, ahimè, non benedetta dal dono divino della procreazione) e, con la scusante del non perfetto incrocio tra domanda e offerta di amore filiale, preferisce comunque in astratto la sana sicurezza dell'orfanotrofio ai pericoli devastanti derivanti da famiglie di fatto o da genitori "single", dietro ai quali, orrore!, si cela di certo il morbo infettivo dell'omosessualità».

<sup>13</sup> La celebre definizione di maternità e paternità espressa dal brocardo latino si deve al frammento del IV lib. *ad Edictum* di Paolo inserito nel Digesto (D. 2,4,5): *Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*. Il passo, dunque, stava a significare che, anche con riferimento alle nascite extra-coniugali, la madre *semper certa est*, mentre il padre, sulla base di una presunzione giuridica, è *quem nuptiae demonstrant*.

2. *La (ridotta) portata applicativa del divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 in caso di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero.* – Delineato l'istituto e il contesto normativo di riferimento, occorre ora soffermarsi sulla portata applicativa del divieto posto dall'art. 12, co. 6 della l. n. 40/2004, con particolare riferimento al fenomeno del turismo procreativo, vale a dire alla tendenza dei cittadini italiani a recarsi in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione per ricorrere alla surrogazione di maternità. L'espansione di tale prassi, infatti, ha condotto gli interpreti a interrogarsi sul rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero tramite gestazione per altri e la coppia italiana committente e, soprattutto, sulla compatibilità del riconoscimento di tale *status filiationis* con il limite dell'ordine pubblico internazionale<sup>14</sup>.

Quando i giudici nazionali sono chiamati a verificare se sia consentito rendere efficace nell'ordinamento italiano il provvedimento che sancisce una relazione di genitorialità fra i genitori intenzionali e il minore nato da surrogazione di maternità, infatti, sono soliti ravvisare quale «unico requisito normativo la cui sussistenza è in discussione ai fini del riconoscimento, la compatibilità con l'ordine pubblico»<sup>15</sup>.

La prevalente giurisprudenza di merito si è orientata nel senso di riconoscere tale rapporto di filiazione in forza dell'assoluta prevalenza del «superiore» interesse del minore, nonostante il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004, frequentemente aggirato attraverso un'interpretazione estensiva del limite in discorso<sup>16</sup>. La circostanza che, nel

<sup>14</sup> In tema di ordine pubblico, tra i tanti, si vedano i lavori di C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 3-4, 1967, pp. 359-381; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto*, XII, Torino 1965; A. CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXII, Istituto, Roma 1990, pp. 1-11; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, CLXV, 1963, pp. 3 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano 2006; ID., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova 2007; V. BARBA, *L'ordine pubblico interazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2018, pp. 403-448; B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, cit., p. 57; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, *op. cit.*, p. 121.

<sup>15</sup> Corte di Cassazione, I sez. civile, ordinanza n. 4382/2018, depositata il 22 febbraio 2018, p. 10.

<sup>16</sup> In particolare, con riferimento alla trascrizione degli atti di nascita formati al-

tempo, le disposizioni che disciplinano il limite dell'ordine pubblico internazionale non siano state oggetto di univoca interpretazione da parte dei giudici di merito e di legittimità ha determinato una situazione di incertezza sullo *status filiationis* dei minori nati all'estero tramite gestazione per altri. Gli artt. 16, 64 e 65 della l. n. 218/1995, infatti, sono stati interpretati diversamente dalla Suprema Corte, la quale negli ultimi anni ne ha fornito prima un'interpretazione restrittiva (sentenza n. 24001/2014) e, successivamente, una più aperta e maggiormente aderente al significato ascritto a tale limite a livello sovranazionale (sentenza n. 19599/2016).

Nel 2014, la Cassazione aveva definito l'ordine pubblico internazionale come «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna»<sup>17</sup> che, non dovendo ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, comprendeva anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e irrinunciabili. Muovendo da tale definizione, aveva qualificato il divieto di surrogazione di maternità *ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004* come regola posta a presidio di beni giuridici fondamentali tra i quali la «la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»<sup>18</sup>.

Con la decisione del 2016<sup>19</sup>, stimolata da alcune decisioni della giu-

l'estero, e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali, si vedano: Cassazione n. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d'Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017.

<sup>17</sup> Corte di cassazione, sezione I, sentenza n. 24001/2014, punto 3.1. del *Diritto*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> In questo caso, invece, la vicenda riguardava due donne, una italiana e una spagnola, coniugate in Spagna di cui una era la madre genetica del figlio, in quanto donatrice dei gameti, e l'altra era la madre biologica in quanto aveva condotto la gestazione e partorito il bambino. Si trattava, dunque, di un caso *sui generis*, in quanto sussisteva un rapporto di coniugio tra la donatrice dell'ovocita e la madre gestante e un comune progetto di genitorialità. Tuttavia, anche questo caso risultava contrario alla legge italiana, in particolare al soprarichiamato art. 5 della legge n. 40/2004. A seguito del rifiuto dell'ufficiale di stato civile italiano di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita spagnolo con l'attribuzione della maternità a due donne per con-

risprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo<sup>20</sup>, invece, la Cassazione aveva teorizzato una nozione «di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10 e 11 Cost., e art. 117 Cost., comma 1» fondata «su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza, sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali»<sup>21</sup>.

In forza di tale lettura meno restrittiva della clausola di ordine pubblico internazionale, la giurisprudenza di merito ha ritenuto che il divieto *ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004* non fosse da ritenersi, tuttavia, sufficiente per negare effetti nel nostro ordinamento al provvedimento che, in applicazione della legge vigente nell'ordinamento esterno, avesse riconosciuto il rapporto di filiazione<sup>22</sup>. La giurisprudenza maggioritaria ha, dunque, valutato come indiscutibilmente prevalente l'interesse del minore, qualificato come "superiore" in ragione dell'impropria traduzione dell'espressione inglese «*best interests of the child*», dove «*interests*» (al plurale) si riferiva a tutte le esigenze del minore, e dove «*best*» si sarebbe dovuto tradurre come i «migliori», i «più significativi»<sup>23</sup>.

trarietà all'ordine pubblico, le stesse hanno adito il Tribunale di Torino sino alla Cassazione che, con la sentenza di cui si discorre ha confermato la decisione di secondo grado della Corte d'appello, pronunciandosi in senso favorevole alla trascrizione.

<sup>20</sup> In particolare, Corte Edu, *Mennesson v. France* e *Labasse v. France*, 26 giugno 2014; *D. e altri v. Belgio*, 8 luglio 2014, e la nota sentenza *Paradiso e Campanelli v. Italia*, 27 gennaio 2015, riformata dalla Grand Chambre il 24 gennaio 2017.

<sup>21</sup> Cassazione civile, sez. I, sentenza del 30/09/2016 (ud. 21/06/2016, dep. 30/09/2016), n. 19599, punto 7 del Diritto. In particolare, prosegue la Corte: «Se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato».

<sup>22</sup> In particolare, sottolineano l'erroneità ed equivocità della traduzione: E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, pp. 77 ss.; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, cit., p. 87; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, cit., p. 129.

<sup>23</sup> Muovendo dalla nozione meno stringente di ordine pubblico espressa nella

Da ultimo, in ragione dei differenti approcci interpretativi sopra richiamati, il 22 febbraio 2018 la Prima Sezione civile della Cassazione ha chiesto alle Sezioni Unite di esercitare la propria funzione nomofilattica relativamente al limite di ordine pubblico internazionale e, conseguentemente, agli effetti del divieto *ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004*<sup>24</sup>. La decisione, assunta l'8 novembre 2018 e depositata l'8 maggio 2019, ha affermato la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto di nascita redatto legittimamente all'estero in seguito a surrogazione di maternità.

3. *Il divieto quale «principio di ordine pubblico» nella sentenza n. 12193/2019 della Corte di cassazione.* – Con la sentenza n. 12193 del 2019, le Sezioni Unite si sono pronunciate sui quesiti interpretativi sollevati dall'ordinanza della Prima Sezione civile affermando il seguente principio di diritto applicabile non soltanto allo specifico caso da cui ha preso le mosse la pronuncia, quanto a tutte le ipotesi di surrogazione di maternità: «il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela

sentenza n. 19599 del 2016, hanno consentito la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali: Cassazione n. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d'Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017.

<sup>24</sup> Con ordinanza n. 4382/2018, depositata il 22 febbraio 2018, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha rimesso al Primo presidente la controversia relativa alla trascrizione di un certificato di nascita canadese recante l'indicazione di due padri, affinché la assegnasse alle Sezioni unite. Più in particolare, la prima sezione civile ha rilevato che come la Corte d'appello abbia richiamato una nozione ristretta di "ordine pubblico" (limitata ai soli principi derivanti dalla Costituzione), fatta propria dalla stessa prima sezione della Corte di Cassazione con la nota sentenza n. 19599 del 2016 e da cui sembrano essersi discostate le Sezioni unite civili nella nota sentenza sui cosiddetti danni punitivi (sent. n. 16601 del 2017) che non corrispondono alla nostra tradizione giuridica. In definitiva, si è posta la questione se nell'ordinamento giuridico vigente, integrato anche da fonti sovranazionali, possa ravvisarsi una contrarietà all'omogenitorialità e se la violazione di divieti stabiliti nella legge n. 40/2004 possa ricadere o meno sullo *status* dei figli nati con tali tecniche in paesi in cui le stesse sono legittime.

di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, previsti dall'art. 44, comma primo, lett. d), della l. n. 184 del 1983»<sup>25</sup>.

In primo luogo, dopo aver ripercorso la precedente giurisprudenza di legittimità sul limite dell'ordine pubblico, le Sezioni Unite hanno chiarito che, come già affermato nella sentenza n. 24001/2014, il divieto di surrogazione di maternità *ex art. 12, co. 6 della l. n. 40/2004* è «certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, posta di regola a presidio di beni fondamentali», poiché vengono in rilievo la dignità umana costituzionalmente tutelata della gestante e l'istituto dell'adozione. Con particolare riferimento a quest'ultimo, la Cassazione svolge una breve digressione chiarendo perché la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto con l'istituto dell'adozione, evidenziando come lo stesso sia disciplinato da regole poste a tutela di tutti i soggetti e non dal mero accordo delle parti, in particolare dei genitori intenzionali, dalla cui volontà dipende la soggettività del nuovo nato<sup>26</sup>. È proprio da questo tipo di volontarismo che le Sezioni Unite vogliono mettere in guardia<sup>27</sup>, ossia da un'eccessiva compressione degli interessi del mi-

<sup>25</sup> Cass., Sez. Un., 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, p. 41. Sebbene tale principio di diritto sia formulato in termini generali, tuttavia occorre ricordare che, richiamando la vicenda processuale da cui ha preso le mosse le sentenze n. 19599/2016, le Sezioni Unite hanno precisato che vi è una differenza tra il progetto genitoriale di una coppia di persone dello stesso sesso composta da donne e una coppia di persone dello stesso sesso composta da uomini. Nel primo caso, infatti, le due donne possono concorrere alla genitorialità secondo la via biologica, nel caso di specie una aveva donato gli ovociti e l'altra aveva portato a termine la gravidanza, mentre nell'ipotesi dei due uomini occorre necessariamente ricorrere alla surrogazione di maternità espressamente vietata dall'ordinamento italiano. (Cass. Sez. Un., n. 12193/2019, p. 31).

<sup>26</sup> Sulla complessità dei rapporti che si sviluppano attorno al progetto genitoriale, si veda la chiara ricostruzione di B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, cit.; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit., p. 2294.

<sup>27</sup> Critici nei confronti della tendenza sempre più volontaristica dei diritti: A.

nore e della madre biologica a favore del solo e insaziabile interesse dei genitori intenzionali<sup>28</sup>.

In secondo luogo, la Cassazione ha affermato che il divieto posto dalla l. n. 40/2004 è espressione di una scelta non irragionevole del legislatore che, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha voluto far sì che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico<sup>29</sup>. Al riguardo, le Sezioni Unite hanno ribadito, *in primis*, che la l. n. 40/2004 costituisce una legge costituzionalmente necessaria in quanto prima legislazione organica in tema di procreazione medicalmente assistita; e, *in secundis*, che l'accertamento della verità biologica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, tra i quali vi è sicuramente l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, e che tale bilanciamento è demandato al giudice caso per caso<sup>30</sup>. Del resto, come già chiarito dalla Corte costituzionale, non è detto che i *best interests* del minore coincidano con il solo riconoscimento del legame parentale con i genitori intenzionali, ma, potrebbero, altresì, ritenersi tutelati anche qualora venisse soddisfatto il suo diritto «a conoscere le proprie origini», che costituisce «elemento significativo del sistema costituzionale di tutela della persona»<sup>31</sup>.

PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria Politica*, XVI, n. 2/2000, pp. 3-20; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018.

<sup>28</sup> Il riferimento è a A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, cit.

<sup>29</sup> Cass., Sez. Un., 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, p. 34.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 37.

<sup>31</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 278/2013, *Considerato in diritto 4*. Più precisamente, la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto all'identità quale diritto personalissimo e inviolabile nelle sentenze nn. 13/1994, 297/1996, 120/2001 e 287/2013. In particolare, con la sentenza n. 278/2013, nel bilanciare il diritto all'anonimato della madre con il diritto di conoscere le proprie origini del figlio, la Corte costituzionale riconosce nell'art. 2 Cost. il fondamento del diritto all'identità personale, inteso non solo come diritto ad una corretta rappresentazione di se, ma anche come diritto di conoscere le proprie origini. Sul punto, cfr.: E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 12/2013; A.O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 4602 ss. e L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. inform.*, 2006, pp. 107 ss. Per

In ultimo, la Cassazione ha voluto precisare che le sue conclusioni non si pongono in contrasto con i principi sanciti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione di diritti dell'infanzia proprio perché la tutela dell'interesse del minore non può impedire che lo stesso costituisca oggetto di contemperamento con altri valori essenziali per l'ordinamento, specialmente qualora il rapporto col genitore biologico non sia messo in discussione. Più specificatamente, le Sezioni Unite non hanno considerato sussistente la violazione del diritto al rispetto della vita privata del minore (*ex art. 8 CEDU*) nel caso in cui «non sia in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma solo quello col genitore d'intenzione, il cui mancato riconoscimento non preclude al minore l'inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale né l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo *status filiationis*, pacificamente riconosciuto nei confronti dell'altro genitore»<sup>32</sup> e, infine, hanno concluso affermando che l'ordinamento può assicurare una tutela comparabile a quella del riconoscimento attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari.

In sostanza, come già sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2017, spetterà ai giudici comuni valutare la sussistenza di specifiche variabili concrete, quali la durata del rapporto di genitorialità, se instaurato, le modalità del concepimento e della gestazione e la possibilità di applicare l'adozione in casi particolari, istituto in grado di garantire tanto l'interesse del minore alla continuità del rapporto con la madre intenzionale, quanto la verità di parto<sup>33</sup>.

un'analisi completa del diritto all'identità personale, per tutti cfr. A. PACE, *Il c.d. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 della costituzione*, in *Giust. civ.*, 1980, fasc. n. 9, II, pp. 409 ss. In senso analogo, la Corte si è espressa più di recente con la sentenza n. 286/2016, relativa all'illegittimità dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno, chiarendo che il valore della «identità personale, che si proietta nella [...] personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.» (*Considerato in diritto 3.4.1.*).

<sup>32</sup> Cass., Sez. Un., 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, p. 41.

<sup>33</sup> Corte costituzionale, sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, in *Giurisprudenza costituzionale*, commentata da S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, fasc. n. 6/2017, pp. 2990 ss. Si veda, altresì, il commento di A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, fasc. n. 1/2018, pp. 385 ss. Si vedano, inoltre, i commenti di G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum Quad. cost.*, 15 febbraio 2018.

4. *Quali prospettive dopo la decisione delle Sezioni Unite?* – Sebbene condivisibile nel merito, il riconoscimento del divieto di surrogazione di maternità quale «principio di ordine pubblico» solleva, tuttavia, alcuni dubbi da un punto di vista pratico-applicativo.

Un primo rilievo critico riguarda il silenzio serbato dalla Cassazione sulle conseguenze giuridiche del turismo procreativo, vale a dire sulle eventuali sanzioni a carico dei cittadini italiani che abbiano effettuato la surrogazione di maternità all'estero, *aggirando* il divieto posto dall'art. 12, co. 6 della l. n. 40/2004. Nel silenzio del legislatore sul punto, le Sezioni Unite hanno riconosciuto che tale divieto funge da limite di ordine pubblico per il riconoscimento *dello status filiationis* e che, pertanto, i giudici comuni possono conferire rilievo al rapporto di filiazione accertato dal provvedimento giurisdizionale straniero attraverso l'adozione in casi particolari<sup>34</sup>.

Ad avviso di chi scrive, si rende, allora, necessario conciliare il diritto del minore all'identità personale con i principi di legalità e di certezza del diritto attraverso la previsione di una più precisa forma di responsabilità in capo ai cittadini che, violando la legge e il limite dell'ordine pubblico, decidano di realizzare la surrogazione di maternità nei Paesi in cui è consentita. In uno Stato di diritto, stabilire un impianto sanzionatorio efficace e dissuasivo nei confronti di chi utilizza tecniche procreative vietate in Italia spetta al legislatore, il quale avrebbe potuto, ad esempio, prevedere espressamente il divieto di trascrizione nel registro dello Stato civile italiano del provvedimento straniero attributivo della paternità o la maternità ai genitori intenzionali; ovvero, la decadenza dalla potestà genitoriale ai sensi dall'art. 569 c.p.; o, ancora, avrebbe potuto riconoscere in capo ai

<sup>34</sup> Del resto, non è del tutto chiaro neppure alla giurisprudenza stessa se il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 abbia valenza transnazionale e colpisca anche le pratiche effettuate legittimamente all'estero, ovvero se, al contrario, debba sussistere il cosiddetto principio della doppia incriminazione. Nel dubbio, i giudici si sono orientati nel senso di non punire i genitori intenzionali, con una tangibile disparità di trattamento nei confronti dei cittadini che dovessero violare il medesimo divieto in Italia (da ultimo, si veda Corte di Cassazione penale, sentenza 10 marzo 2016, n. 13525). Sebbene, infatti, la *ratio* della scelta di non punirli risieda nella tutela dell'interesse «particolare e concreto del bambino nato, suo malgrado, da maternità surrogata», tuttavia tale scelta, diversa caso per caso, determina la permanenza nell'ordinamento di situazioni di incertezza. Particolarmente critica sul punto è C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, cit., p. 139.

“committenti” la responsabilità penale ai sensi degli artt. 495 e 567, co. 2 c.p. (false dichiarazione in atti dello stato civile e alterazione di stato); o, infine, valutare persino l’opportunità di applicare l’art. 9 c.p., secondo cui il cittadino che commette un reato in territorio estero possa essere punito su richiesta del Ministro della giustizia<sup>35</sup>. Insomma, se la scelta di non punire espressamente i genitori intenzionali era volta a tutelare l’interesse del minore, essa ha tuttavia determinato la permanenza di situazioni di incertezza nell’ordinamento, oltreché il rischio di far versare il bambino in un indefinito stato di adottabilità, dal momento che – secondo la Cassazione – i giudici di merito possono dare rilievo al rapporto di filiazione soltanto attraverso l’adozione in casi particolari<sup>36</sup>.

Un secondo profilo di criticità della sentenza n. 12193/2019 riguarda, invece, il rapporto tra tale decisione e il parere consultivo emesso dalla Corte Edu il 10 aprile 2019 ai sensi del Protocollo n. 16 CEDU<sup>37</sup>. Pronunciandosi su una richiesta della Corte di Cassazione francese relativa all’esecuzione della nota sentenza *Menesson c.*

<sup>35</sup> Art. 9 c.p.: «il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l’ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato. Se si tratta di delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia ovvero a istanza o a querela della persona offesa». Sul punto, si veda l’analisi approfondita di L. D’AVACK, *La maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, in *Dir. fam. pers. (II)*, 1, 2017, p. 139.

<sup>36</sup> Così facendo, il Giudice della nomofilachia ha, altresì, perso l’occasione di dare seguito a due sue precedenti pronunce: la sentenza n. 24001/2014, con cui aveva qualificato nulli i contratti di maternità surrogata per contrarietà all’ordine pubblico; e la sentenza n. 2173/2019, con la quale aveva sancito che l’accordo tra il medico e i genitori intenzionali con cui, in esecuzione di un contratto di maternità surrogata, si intende dichiarare che il minore è figlio della madre intenzionale, integra la fattispecie di corruzione.

<sup>37</sup> Il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU consente alle giurisdizioni nazionali di rivolgersi alla *Grand Chambre* di Strasburgo per ottenere un parere – non vincolante – sull’interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Tale Protocollo è stato adottato il 10 luglio 2013 dal Comitato dei Ministri, aperto alla firma degli Stati membri nell’agosto 2013, ed è entrato in vigore dal primo agosto del 2018 per i dieci Stati, per la maggior parte dell’Est Europa e a basso PIL, che lo hanno ratificato (Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina). Esso consente alle più alte giurisdizioni nazionali degli Stati contraenti di rivolgersi alla Grande Camera della Corte Edu per ottenere un parere – non vincolante – su questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli.

Francia<sup>38</sup>, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto agli Stati contraenti un margine di apprezzamento ristretto in caso di riconoscimento dell'atto di nascita del minore nato attraverso surrogazione di maternità legittimamente formato all'estero. La Corte Edu ha chiarito che, nonostante l'assenza di consenso tra i quarantatré Stati in tema di gestazione per altri, laddove siano in gioco questioni legate all'identità individuale, il loro margine di apprezzamento si riduce, dovendo gli

<sup>38</sup> La vicenda ha preso le mosse dal noto caso *Mennesson* concernente la richiesta di due coniugi francesi di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita di due gemelli nati negli Stati Uniti attraverso la pratica della surrogazione di maternità e legati biologicamente soltanto al padre intenzionale. La coppia non aveva ottenuto la trascrizione della relazione di filiazione in Francia poiché la *gestation pour autrui* (GPA) è vietata dalla legge n. 653 del 29 luglio 1994. In forza del divieto posto dal diritto interno, nel 2011 la Cassazione francese aveva considerato la trascrizione degli atti di nascita di figli nati all'estero mediante GPA contraria all'ordine pubblico internazionale (Cass., prima sez. civile, 6 aprile 2011). La coppia aveva, dunque, promosso ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'uomo, la quale, con la sentenza del 26 giugno 2014 (*Mennesson c. Francia*), aveva ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU, con esclusivo riferimento alla posizione dei minori. Più specificamente, la Corte Edu aveva ritenuto che, non avendo trascritto nel registro dello stato civile gli atti di nascita di minori nati all'estero con materiale genetico proveniente dal solo padre intenzionale, la Francia aveva agito nell'ambito del proprio margine di apprezzamento soltanto con riferimento al diritto alla vita familiare dei genitori (art. 8 CEDU), ma non con riferimento al diritto alla vita privata dei figli, il cui *best interest* non era stato adeguatamente considerato. Secondo la Corte di Strasburgo, pertanto, la situazione di incertezza giuridica determinata dal mancato riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti dei minori integrava la violazione dell'art. 8 CEDU. Tuttavia, non avendo ancora ottenuto l'attuazione della sentenza del 2014, la coppia ha proposto una richiesta di riesame alla Corte di Cassazione (rimedio introdotto dalla legge n. 1547 del 18 novembre 2016 nei casi di contrasto tra giudicato nazionale su questioni di stato delle persone e sentenze della Corte Edu). La *Cour de réexamen* ha, dunque, rimesso la decisione all'Adunanza Plenaria della Corte di Cassazione, la quale ha promosso la richiesta di parere consultivo ai sensi del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU con riferimento a due questioni interpretative. In primo luogo, ha chiesto alla *Grande Chambre* di chiarire se il rifiuto da parte di uno Stato di trascrivere nei registri dello stato civile il certificato di nascita – validamente formato all'estero – di un bambino nato attraverso GPA che designi come madre legale la madre intenzionale (non biologica) e come padre quello biologico, determini un superamento del margine di apprezzamento ai sensi dell'articolo 8 CEDU e, conseguentemente, se in tal caso occorra distinguere a seconda del fatto che il processo fecondativo sia avvenuto con o senza il materiale genetico della madre sociale; in secondo luogo, la Corte di cassazione francese ha chiesto se, in caso di risposta affermativa al primo quesito, l'adozione da parte della madre intenzionale del figlio del coniuge possa soddisfare il diritto al rispetto della vita privata e familiare del minore ex art. 8 CEDU.

stessi garantire il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale non biologico, poiché l'interesse del minore è da considerarsi prevalente<sup>39</sup>.

Sebbene tale parere, non vincolante neppure per lo Stato che lo ha richiesto, non produca direttamente effetti nel nostro ordinamento, poiché l'Italia non ha ancora ratificato il Protocollo n. 16<sup>40</sup>, tuttavia, rischia di sollevare ulteriori problemi interpretativi per i giudici comuni che dovessero decidere sullo *status filiationis* di minori nati all'estero attraverso surrogazione di maternità<sup>41</sup>. Entrambe le pronunce, infatti, ammettono il ricorso all'adozione per salvaguardare la continuità della relazione affettiva del minore col genitore non biologico, ma le Sezioni Unite non hanno ritenuto sussistente la violazione del diritto al rispetto della vita privata del minore *ex art. 8 CEDU* nel

<sup>39</sup> «45. In reality, the issues at stake in the context of recognition of a legal parent-child relationship between children born through surrogacy and the intended parents go beyond the question of the children's identity. Other essential aspects of their private life come into play where the matter concerns the environment in which they live and develop and the persons responsible for meeting their needs and ensuring their welfare (see also paragraphs 40-42 above). This lends further support to the Court's finding regarding the reduction of the margin of appreciation» (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 10 aprile 2019, parere consultivo ai sensi del Protocollo n. 16 CEDU richiesto dalla Corte di cassazione Francese n. P16-2018-001, paragrafo 45, p. 10).

<sup>40</sup> Nella XVII legislatura, il D.D.L. AC-2801 recante un'esecuzione parallela dei Protocolli nn. 15 e 16 non è stato approvato definitivamente dal Parlamento, mentre nell'attuale legislatura è in corso l'esame del D.D.L. AC-1124 presentato il 10 agosto 2018.

<sup>41</sup> Preme ricordare che al primo quesito interpretativo posto dalla Corte francese la *Grande Chambre* ha risposto affermando che, tenuto conto del superiore interesse del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto interno deve prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione del minore nato all'estero attraverso GPA con la madre intenzionale, indicata come madre nel certificato di nascita formato all'estero (par. 46). Quanto al secondo quesito, ossia alla possibilità di consentire il riconoscimento del legame di filiazione con la madre intenzionale attraverso strumenti alternativi rispetto alla trascrizione nel registro dello stato civile (quali ad esempio l'adozione), la Corte ha risposto positivamente, affermando che tale scelta rientra nel margine di apprezzamento degli Stati (par. 51) e chiarendo che, in ogni caso, il procedimento stabilito dal diritto interno deve assicurare che il riconoscimento avvenga rapidamente ed efficacemente, nel rispetto del superiore interesse del minore nel caso concreto (par. 55) (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 10 aprile 2019, parere consultivo ai sensi del Protocollo n. 16 CEDU richiesto dalla Corte di cassazione Francese n. P16-2018-001, paragrafo 45, pp. 10 ss.).

caso in cui «non sia in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma solo quello col genitore d'intenzione»<sup>42</sup>. Il diverso rilievo ascrivito al rapporto col genitore biologico, rispetto a quello intercorrente con il genitore intenzionale, lascia aperti molteplici interrogativi che potrebbero determinare, caso per caso, decisioni molto diverse tra loro.

In definitiva, la sentenza delle Sezioni Unite può valutarsi positivamente con riferimento al riconoscimento del divieto di surrogazione di maternità quale «principio di ordine pubblico» ma, al contempo, solleva delle perplessità sull'uniforme applicazione del principio di diritto ivi espresso, da cui potrebbe scaturire l'adozione di provvedimenti rapsodici in contrasto con i principi di eguaglianza e di certezza del diritto.

### *Abstract*

Muovendo dalla recente sentenza n. 12193/2019 della Corte di cassazione a Sezioni Unite, il presente lavoro analizza la portata del divieto di surrogazione di maternità posto dall'art. 12, co. 6 della l. n. 40/2004. Il contributo ripercorre la più recente giurisprudenza di legittimità sul significato del limite di “ordine pubblico internazionale” e di “prevalente interesse del minore” nei casi di richiesta di riconoscimento dello *status filiationis* del minore nato all'estero attraverso surrogazione di maternità, al fine di dimostrare l'irrilevanza della posizione della donna nel discorso giuridico. Il saggio si conclude evidenziando, da un lato, i punti di forza della sentenza delle Sezioni Unite, quali il riconoscimento del divieto di surrogazione di maternità come principio di ordine pubblico, la valorizzazione dei principi di legalità e di certezza del diritto e la tutela della dignità della donna; e, dall'altro, alcuni profili di criticità del principio di diritto ivi enunciato.

The essay tries to offer a constitutional view of the surrogacy. It would analyse the legal interests protected by the Italian absolute prohibition of surrogacy, as laid down by the law on medically assisted procreation no. 40/2004. Moving from the Cassation Court judgement no. 12193/2019, the paper analyses the prohibition laid down by the article 12, co. 6 of the law no. 40/2004 when intended parents apply for recognition of legal parentage. It examines the most recent jurisprudence regarding “public order limit” and “the best interests of the child” to demonstrate the irrelevance of woman's position. The paper ends with the analysis of strong and weak points of judgement no. 12193/2019.

<sup>42</sup> Cass., Sez. Un., 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, p. 40.

*Donne e maternità nel diritto antico*



MARIA JOSÉ BRAVO BOSCH  
UNA *MATERFAMILIAS* EJEMPLAR

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Matrimonio. – 3. *Materfamilias*. – 4. Edicto de protección del pudor: *De adtemptata pudicitia*.

1. *Introducción*. – En la antigua Roma, las mujeres estaban supeditadas a los hombres, en una sociedad patriarcal que imponía los modelos de comportamiento a todo el colectivo femenino, que aceptaba la situación como propia de su género. Los *mores maiorum* se reconocían como fuente primigenia del derecho arcaico romano, las costumbres ancestrales contribuían a la grandeza del Estado romano, cada vez más fuerte, y en ese contexto fue precisamente en el que se buscó a las depositarias imprescindibles de la tradición: las mujeres. Ellas debían ser las transmisoras de los valores romanos a fin de continuar con el poder del Imperio, y adaptar su vida a la de sus antecesoras, siempre y cuando fueran reconocidas como nobles heroínas dispuestas a cualquier sacrificio por el bien de Roma.

En definitiva, la obligación de dar ejemplo con su propia vida al servicio de la tradición, y la pesada carga de contribuir a la gloria del Estado romano les correspondía sobre todo a las mujeres, en un protagonismo femenino no exento de trampas, ya que las convertía en el objetivo de los preservadores de la moral si se desviaban mínimamente del plan establecido. Las mujeres debían ser el símbolo silente y conformado del respeto conservador a las costumbres de los antepasados, y cualquier desviación de su papel conllevaría desgracias al pueblo, cuyas supersticiones deberían acallar con un comportamiento intachable<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Madrid 2018, p. 35, en donde explica la necesidad de la mujer romana de ser virtuosa: «La violencia contra las mujeres también se percibe en la presión ejercida sobre las mujeres en su imagen; esa imposición de un aspecto exterior impecable [...] Ligado con lo anterior, la identificación de la mujer con el impreciso campo del pu-

Con todo, debemos diferenciar las mujeres anónimas, silentes, sin ningún protagonismo en la historia y con ninguna capacidad de influencia sobre las demás, de las mujeres procedentes de un estatus social elevado, cuya formación y modo de vida podía suponer un ejemplo para las demás, en el presente y en el futuro de Roma. Es en este contexto en donde podemos referirnos a Cornelia, ilustre *matr familias*, que fue sin duda alguna un modelo para todas las matronas romanas<sup>2</sup>.

Su independencia, sustentada en su riqueza y su inteligencia, así como la influencia política innegable ejercida sobre sus vástagos y la sociedad romana republicana, y la condición de *univira*<sup>3</sup>, casada tan sólo una vez en la vida y permaneciendo fiel a la memoria de su marido, la convirtieron en un ejemplo virtuoso de comportamiento y conocimiento tan singular que incluso fue merecedora de una estatua erigida en su memoria en el foro romano, reconocimiento público excepcional, y más tratándose de una mujer.

Con todo, y a pesar de su innegable importancia en la sociedad romana de esa época, la imagen de la Cornelia histórica es difícil de reconstruir, debido a la tradición que ensalzó su figura en las épocas posteriores<sup>4</sup>. La necesidad de un mito femenino ejemplar, un modelo a seguir por las mujeres de la época imperial, necesitada de una mayor virtud femenina, impulsaron e idealizaron las virtudes de la ilustre matrona, hasta ejercer una influencia notable en la educación de las mujeres de noble condición posteriores a Cornelia. Intentaremos,

dor es una cuestión intangible que incide en lo jurídico, actuando en detrimento de la capacidad femenina, y por tanto haciéndola más vulnerable a la violencia masculina».

<sup>2</sup> S.B. POMEROY, *Diosas, ramerías, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, Madrid 1999, p. 171.

<sup>3</sup> S. DIXON, *The Roman Family*, Baltimore 1992, p. 89: «Another curiosity already noted is the persistence of the ideal of the *univira*, the woman with only one husband. This sobriquet was applied originally to the woman who had come to her husband as a young virgin in her father's power, transferred to the husband's *manus*, and died before him. By the late Republic it came to be applied approvingly to widows who chose to remain single out of loyalty to their husband's memory and their children's interest. The ideal is celebrated in tombstones and literature against a background of frequent remarriage occasioned by divorce and spousal death», en apoyo de la negativa a contraer matrimonio por parte de Cornelia a la muerte de su marido.

<sup>4</sup> E.A. HEMELRIJK, *Matrona Docta: Educated Women in the Roman Élite from Cornelia to Julia Domna*, Nueva York 2004, p. 67: «The ideal of well-educated motherhood as personified in Cornelia was emulated by Augustus' sister Octavia and her daughter Antonia Minor».

por lo tanto, conocer a la verdadera *materfamilias*, que aparece perfecta como madre, como esposa, y como hija a la luz de las generaciones romanas venideras.

Cornelia formó parte desde su nacimiento de una de las familias más importantes de la antigua Roma, tanto por sus hazañas bélicas como por sus triunfos en la carrera política, no exenta de obstáculos y enemigos, pero reconocida como una *gens* prestigiosa<sup>5</sup>, por lo que podemos reconocer la vida de Cornelia desde un principio como privilegiada por su noble origen.

Nacida en el siglo II a.C., entre los años 195 y 190<sup>6</sup>, del matri-

<sup>5</sup> F. MÜNZER, v. *Cornelius*, en *REPW* IV. I, 1900: «Die *Gens Cornelia* gehörte zu den ältesten römischen Patriciergeschlechtern und hat der Tribus Cornelia den Namen gegeben. Sie ist vielleicht das bedeutendste, sicherlich das grösste und am meisten verzweigte Geschlecht der römischen Republik gewesen; kein zweiter Gentilname kommt in den Fasten der Magistrate so häufig vor, etwa je ein Viertel aller bekannten Principes senatus und Pontifices maximi haben ihn geführt, und die Namen mancher Cornelier gehören zu den berühmtesten der ganzen römischen Geschichte. Lange Jahrhunderte hindurch feierten die patricischen Cornelier ihre eigenen Feste (Macrob. *sat.* I 16,7) und hielten wie an ihrem Cult, so auch an ihrem Bestattungsritus fest; sie wurden nach dem Zeugnis der Schriftsteller, das die Funde (s. u. S. 1426f.) bestätigen, regelmässig begraben; Sulla war der erste, der verbrannt wurde (Cic. *leg.* II 56 f. Plin. *n. h.* VII 187). Früher als irgend ein anderes Geschlecht teilten sich die patricischen Cornelier in mehrere durch eigene Cognomina unterschiedene Familien; von dem Hauptstamm der Maluginenses zweigten sich zuerst die Cossi ab, später die Scipiones, dann die Rufini, die Lentuli, die Dolabellae, die Blasones, endlich die Cethegi und Merulae. Der Zusammenhang der einzelnen Stirpes mit den älteren ist fast nirgends mehr zu ermitteln, umso weniger, weil manche von ihnen die älteren Beinamen später mit anderen vertauschten, so die Rufini sich Sullae umnannten u. ä. Bei einigen Familien, wie den Cinnae, Mammulae und Sisennae, bleibt die Zugehörigkeit zu dem patricischen Geschlecht fraglich (vgl. Mommsen *Röm. Forsch.* I 50, 113). Für genealogische Fragen muss auf die Einleitungen zu den einzelnen Familien verwiesen werden. Die Zahl der Vornamen, die bei den patricischen Corneliern gebräuchlich war, verringert sich mit der Zeit immer mehr; A. und M. kommen fast nur in der älteren Zeit vor, Ti. nur einmal (vgl. u. S. 1357), C. nur bei den Blasones und Cethegi; bei den bedeutendsten Zweigen sind in späterer Zeit nur Cn., L., P., Ser. in Gebrauch, und auch diese nicht bei allen gleichmässig, z. B. Cn. nicht bei den Sullae, Ser. nicht bei den Scipiones. Zu den patricischen Corneliern treten in späterer Zeit noch viele plebeische, denn der Name hatte sich ausserordentlich verbreitet (vgl. z. B. Cic. *Cornel.* I 44 bei Ascon. p. 65f., unten Nr. 4)».

<sup>6</sup> J.P. HALLET, *Women writing in Rome and Cornelia, Mother of the Gracchi*, en L.J. CHURCHILL, P.R. BROWN, J.E. JEFFREY (eds.), *Women Writing Latin*, Londres-Nueva York 2002, p. 15, en donde señala que Cornelia «born ca. 195-190 B.C.E»; S. DIXON, *Cornelia, Mother of the Gracchi*, Londres-Nueva York 2007, p. 3: «For the sake of convenience and readability, I shall henceforth treat certain da-

monio entre Publio Cornelio Escipión Africano y su mujer Emilia, provenientes de dos familias patricias de gran prestigio, de cuya unión nacieron cuatro hijos, fue la segunda hija, y a pesar de ser conocida como Cornelia la menor frente a su hermana Cornelia la mayor<sup>7</sup>, por motivos genealógicos<sup>8</sup>, ella resultó ser sin duda alguna la de mayor renombre para la posteridad<sup>9</sup>, cuyo recuerdo imborrable como perfecta matrona dejará una huella indeleble en la sociedad romana tardorrepublicana.

Con todo, su nacimiento estuvo rodeado de malos presagios para el futuro, de acuerdo con las palabras de Plinio<sup>10</sup>, en su *Naturalis*

tes as my working versions. Thus I shall opt for the compromise date of 190 BCE for Cornelia's birth...».

<sup>7</sup> S. BARNARD, *Cornelia and the Women of Her Family*, en *Latomus*, XXXIX, 2, 1990, p. 387: «Of these daughters of Scipio Africanus the Elder, little is known about the first but much about the younger. The Elder Cornelia is known to us entirely through her husband and son. We know the identity of her husband from Polybius 31, 27, where the historian praises Scipio Aemilianus's prompt and complete payment of the two Cornelias' dowries after he received his inheritance from Aemilia. Polybius tells us that the Elder Cornelia's husband, Scipio Nasica Corculum, was astonished at Aemilianus's generosity, as was the younger Cornelia's husband Tiberius Gracchus».

<sup>8</sup> S. B. POMEROY, *Goddesses, Whores, Wives and Slaves: Women in Classical Antiquity*, Nueva York 1975, p. 165: «The law of Romulus incidentally shows that it was not inconvenient for a daughter to be automatically called by the feminine form of her father's name (*nomen*). But it was awkward when the father decided to raise two daughters, who thus had the same name, like Cornelia and her sister Cornelia. The Romans solved the problem with the addition of the 'elder' (*maior*) or the 'younger' (*minor*)»; M.P. IRIGOYEN TROCONIS, *Cornelia, una matrona ejemplar*, en *Ars iuris* XXXXI, 2009, p. 155, en donde recuerda que las mujeres romanas carecían de *praenomen*, a diferencia de los hombres, por lo que Cornelia sólo podía ser distinguida de su hermana la mayor precisamente con el calificativo que precisase su condición de hermana menor.

<sup>9</sup> M. KAJAVA, *Cornelia Africana f. Gracchorum*, en *Arctos* XXIII, 1989, pp. 122-123: «Cornelia was regarded as one link in the legendary tradition of the Scipiones family».

<sup>10</sup> Plinio se refiere al caso concreto de Cornelia después de dar cuenta de un caso extraño cuando estaba analizando el tema de la dentición, también contenido en *N.H.* 7,69, como fue el nacimiento de una niña con dientes, Valeria, desterrada de la ciudad después de consultar con los augures, que preveían un desastre para la ciudad con motivo de tal presagio negativo: *cum ita nata esset Valeria, exitio civitati in quam delata esset futuram responso haruspicum vaticinante, Suessam Pometiam illa tempestate florentissimam deportata est, veridico exitu consecuto*; vid. al respecto, M.B. ROLLER, *Cornelia: on making one's name as mater Gracchorum*, en <http://krieger.jhu.edu/classics/wp-content/uploads/sites/20/2013/06/Mother-of-the-Grac>

*Historia* 7,69, en donde afirma que Cornelia nació con los genitales cerrados, lo que se entendía como un signo de mal augurio:

*Quasdam concreto genitali gigni infausto omine Cornelia Gracchorum mater indicio est.*

Este mal presagio será de nuevo recordado seguramente en el siglo IV, por el gramático latino Solino<sup>11</sup>, quién nos ofrece una explicación sobre el episodio transmitido por Plinio, repitiendo la información y concluyendo que Cornelia expió el presagio con la desafortunada muerte de sus dos hijos, los Gracos:

*Feminis perinde est infausta nativitas, si concretum virginal fuerit, quo pacto genitalia fuere Corneliae, quae editis Gracchis ostentum hoc piavit sinistro exitu liberorum*<sup>12</sup>.

*chi.pdf*, p. 6, en donde se refiere a Plinio el Viejo en relación con este suceso: «He then returns to teeth, without further explanation. The identification of the infant who suffered this birth defect as Gracchorum mater implies that the bad omen had something to do with her reproductive capacity, and specifically with the famous sons she would eventually bear».

<sup>11</sup> Sobre las divergencias en la doctrina acerca de la fecha de este autor, v. P. LEBRECHT SCHMIDT, *Rezeptionsgeschichte und Überlieferungsgeschichte der klassischen lateinischen Literatur*, en C. LEONARDI, B. MUNK OLSEN (eds.), *The classical tradition in the Middle Ages and the Renaissance*, Spoleto 1995, p. 33, en donde refuta con incontestable argumentación la tesis de Mommsen que databa la obra de Solino en el siglo III d.C.; P. DOVER, *Reading 'Pliny's ape' in the Renaissance: the Polyhistor of Caius Julius Solinus in the first century of print*, en J. KÖNIG, G. WOLFF (eds.), *Encyclopaedism from Antiquity to the Renaissance*, Cambridge-Nueva York 2013, p. 417, en donde también acepta la fecha del siglo IV propuesta por Schmidt.

<sup>12</sup> G.I. SOLINUS, *De mirabilibus mundi*, 1,67, cuya versión completa reproducimos a continuación: *Contra naturam est in pedes procedere nascentes, quapropter velut aegre parti appellantur Agrippae. ita editi minus prospere vivunt et de vita aevo brevi cedunt. denique in uno M. Agrippa felicitatis exemplum est, nec tamen usque eo inoffensae, ut non plura adversa pertulerit quam secunda: namque misera pedum validudine et aperto coniugis adulterio et aliquot infelicitatis notis praeposteri ortus omen luit. feminis perinde est infausta nativitas, si concretum virginal fuerit, quo pacto genitalia fuere Corneliae, quae editis Gracchis ostentum hoc piavit sinistro exitu liberorum. Rursum necatis matribus natus est auspicator: sicut Scipio Africanus prior, qui defuncta parente, quod excisus utero in diem venerat, primus Romanorum Caesar dictus est. e geminis, si remanente altero alter abortivo fluxu, exciderit, alter qui legitime natus est, Vopiscus nominatur. quidam et cum dentibus procreantur, ut Cn. Papius Carbo et M<sup>o</sup>. Curius, Dentatus ob id cognominatus. quidam vice dentium continui ossis armantur soliditate, qualem filium Bithynorum rex Prusias habuit. ipsum*

2. *Matrimonio*. – Cornelia contrajo matrimonio con Tiberio Sempronio Graco, personaje políticamente muy comprometido y reconocido en los círculos de poder, por utilizar su potestad tribunicia siempre al servicio del pueblo y en contra de los intereses de la clase senatorial a la que tenía sometida a un estricto escrutinio, y sobre todo enemigo de su padre, por lo que los esponsales se consideraron – dentro de las alianzas históricas de reconciliación política – como uno de los actos más importantes de la Roma tardorrepública. La unión entre una familia noble de la más alta alcurnia y grandeza y una familia plebeya, prestigiosa y sin tacha, convirtió al nuevo matrimonio en protagonistas del cambio social, como precursores de los nuevos tiempos a los que debía hacer frente la sociedad romana inmersa en una profunda transformación como consecuencia del cosmopolitismo de su propia comunidad.

Livio 38,57, nos informa del enlace:

*Haec uel in laudatione posita ingentem magnitudinem animi moderantis ad ciuilem habitum honoribus significarent, quae exprobrando inimicus fatetur. Huic Graccho minorem ex duabus filiis – nam maior P. Cornelio Nasicae haud dubie a patre collocata erat – nuptam fuisse conuenit. Illud parum constat, utrum post mortem patris et desponsa sit et nupsit, an uerae illae opiniones sint, Gracchum, cum L. Scipio in uincula duceretur, nec quisquam collegarum auxilio esset, iurasse sibi inimicitias cum Scipionibus, quae fuissent, manere, nec se gratiae quaerendae causa quicquam facere, sed, in quem carcerem reges et imperatores hostium ducentem uidisset P. Africanum, in eum se fratrem eius duci non passurum<sup>13</sup>.*

*dentium numerum discernit qualitas sexus, cum in uiris plures sint, in feminis pauciores. quos cynodontas uocant, quibus gemini procedunt ab dextera parte, fortunae blandimenta promittunt: quibus ab laeua, uersa uice.*

<sup>13</sup> L. PERELLI, *I Gracchi*, Salerno 1993, p. 38, en referencia al episodio que lo convirtió en un magistrado célebre y ecuánime: «Ma l'episodio della sua carriera politica che lo rese veramente celebre fu quello che lo vide, una volta eletto tribuno della plebe, probabilmente nel 184, porre il suo veto a sostegno dei due Scipioni, che erano accusati di essersi appropriati di una somma versata dal re Antioco. Secondo una tradizione leggendaria fra Tiberio Graco e gli Scipioni in precedenza sarebbero intercorsi rapporti di inimicizia, ma in quell'occasione Tiberio spiegò l'intervento in difesa dei suoi nemici personali asserendo che giudicava contrario alla dignità dello Stato romano che chi aveva trionfato dei nemici della patria fosse messo nella stessa prigione dove erano stati condotti i nemici stessi. La notizia di una precedente inimicizia fra Tiberio e gli Scipioni è giudicata inverosimile dagli storici mo-

*Senatum eo die forte in Capitolio cenantem consurrexisse et petisse, ut inter epulas Graccho filiam Africanus desponderet. Quibus ita inter publicum sollemne sponsalibus rite factis cum se domum recepisset, Scipionem Aemiliae uxori dixisse filiam se minorem despondisse. Cum illa, muliebriter indignabunda nihil de communi filia secum consultatum, adiecisset non, si Ti. Graccho daret, expertem consilii debuisse matrem esse, laetum Scipionem tam concordi iudicio ei ipsi desponsam respondisse. Haec de tanto uiro quam et opinionibus et monumentis litterarum uariarent, proponenda erant.*

La veracidad de esta historia siempre ha tenido muchos detractores, que estiman improbable esta versión de la reconciliación entre las dos familias anteriormente enemigas con el protagonismo del Africano en el acuerdo matrimonial<sup>14</sup>. Es evidente que Tiberio Graco era enemigo de Publio Cornelio Escipión el Africano y que probablemente intervino en todas las intrigas necesarias para conseguir acabar con su carrera prestigiosa y con la de su hermano Lucio Cornelio Escipión. Pero a la vez podemos ver en Tiberio a un defensor de la figura del Africano, tanto en este episodio como en el relato inmediatamente anterior del propio Livio 38,56, referido al proceso contra los Escipiones:

*Multa alia in Scipionis exitu maxime uitae dieque dicta, morte, funere, sepulcro, in diuersum trahunt, ut, cui famae, quibus scriptis adsentiar, non habeam. Non de accusatore conuenit: alii M. Naeuium,*

deni; comunque la mossa del padre dei Gracchi appare ispirata dal Desiderio di acquistarsi popolarità in vista dei successivi sviluppi di carriera, poiché Scipione era amato dal popolo per i suoi grandi successi militari e per la sua generosità verso i soldati, mentre era avversato dalla maggioranza dell'oligarchia senatoria, che era sospettosa del suo eccessivo potere personale e lo accusava di arroganza e di superbia».

<sup>14</sup> V. al respecto: J. CARCOPINO, *Le mariage de Corneille*, en *Autour des Gracques*, París 1928, pp. 62 ss.; G. BOYER, *Le droit successoral romain dans les œuvres de Polybe*, en *RIDA*, IV, 1950, p. 173; W. WALBANK, *A Historical Commentary on Polybius 2*, Oxford 1967, p. 508; A.H. BERNSTEIN, *Tiberius Sempronius Gracchus: tradition and Apostasy*, Itaca 1978, pp. 29-30; K.M. MOIR, *Pliny HN 7. 57 and the marriage of Tiberius Gracchus*, en *CQ*, XXXIII, I, 1983, pp. 136-145; S. DIXON, *Cornelia*, cit., p. 4: «Let me start with the most romantic and improbably (impossible) version of this particular reconciliation story», en referencia al episodio de Livio que describe el acuerdo nupcial acordado entre Escipión el Africano y Tiberio Graco, por el que éste último contraerá matrimonio con la noble Cornelia.

*alii Petillios diem dixisse scribunt, non de tempore, quo dicta dies sit, non de anno, quo mortuus sit, non ubi mortuus aut elatus sit; alii Romae, alii Literni et mortuum et sepultum. Vtrobique monumenta ostenduntur et statuae; nam et Literni monumentum monumentoque statua superimposita fuit, quam tempestate deiectam nuper uidimus ipsi, et Romae extra portam Capenam in Scipionum monumento tres statuae sunt, quarum duae P. Et L. Scipionum dicuntur esse, tertia poetae Q. Ennii. Nec inter scriptores rerum discrepat solum, sed orationes quoque, si modo ipsorum sunt quae feruntur, P. Scipionis et Ti. Gracchi abhorrent inter se. Index orationis P. Scipionis nomen M. Naeuii tribuni plebis habet, ipsa oratio sine nomine est accusatoris; modo nebulonem, modo nugatorem appellat. Ne Gracchi quidem oratio aut Petilliorum accusatorum Africani aut diei dictae Africano ullam mentionem habet. Alia tota serenda fabula est Gracchi orationi conueniens, et illi auctores sequendi sunt, qui, cum L. Scipio et accusatus et damnatus sit pecuniae captae ab rege legatum in Etruria fuisse Africanum tradunt; qua post famam de casu fratris adlatam relicta legatione cucurrisset eum Romam et, cum a porta recta ad forum se contulisset, quod in uincula duci fratrem dictum erat, reppulisse a corpore eius uiatorem, et tribunis retinentibus magis pie quam ciuili-ter uim fecisse. Haec enim ipsa Ti. Gracchus queritur dissolutam esse a priuato tribuniciam potestatem, et ad postremum, cum auxilium L. Scipioni pollicetur, adicit tolerabilioris exempli esse a tribuno plebis potius quam a priuato uictam uideri et tribuniciam potestatem et rem publicam esse. Sed ita hanc unam impotentem eius iniuriam inuidia onerat, ut increpando, quod degenerarit tantum a se ipse, cumulas ei ueteres laudes moderationis et temperantiae pro reprehensione praesenti reddat; castigatum enim quondam ab eo populum ait, quod eum perpetuum consulem et dictatorem uellet facere; prohibuisse statuas sibi in comitio, in Rostris, in curia, in Capitolio, in cella Iouis poni; prohibuisse, ne decerneretur, ut imago sua triumphali ornatu e templo Iouis optimi maximi exiret.*

Lo importante no es aquí la figura de Tiberio Sempronio Graco sino el hecho cierto de que contrajo matrimonio con Cornelia, seguramente como una forma de sellar una alianza duradera entre dos familias que bien pudieran estar con anterioridad activamente enemistadas. Pero la anécdota revelada por Livio no encaja con la realidad de los últimos años de la vida del famoso Escipión el Africano,

que pasó fuera de Roma, y que además también son reflejados en el mismo relato de Livio, como veremos a continuación.

Livio 38,52,1-2:

*Hic speciosus ultimus dies P. Scipioni illuxit. Post quem cum invidiam et certamina cum tribunis prospiceret, die longiore producta in Literninum concessit certo consilio, ne ad causam dicendam adesset. Maior animus et natura erat ac maiori fortunae adsuetus, quam ut reus esse sciret et submittere se in humilitatem causam dicentium.*

Previendo los envidiosos ataques que se le venían encima por parte de los tribunos, prefirió retirarse a su propiedad en Literno, una colonia romana puerto de la Campania, firmemente resuelto a no comparecer para defenderse de las acusaciones, siendo consciente de que era una campaña indigna, infame e injuriosa contra su persona, y por ende, contra la de su hermano. Además, el general más glorioso de la historia de Roma<sup>15</sup>, vencedor de Aníbal, no soportaba pensar en el desagradecimiento de sus conciudadanos a los que había liberado de la amenaza de los cartagineses con su clara victoria en la segunda guerra púnica, y se lo pagaban con una acusación gravísima de soborno corrupción para intentar desacreditarlo, arrebatando además el honor secular de la *gens* Cornelia a la que él tan orgullosamente pertenecía.

Como epílogo, el autor paduano nos muestra el último deseo del vencedor de la batalla de Zama: un monumento funerario en su lugar de retiro, Literno, para que no se pudieran celebrar los ritos funerarios en la patria ingrata a la que él había defendido fielmente toda su vida en la guerra y en la paz. Así, Livio 38,52,5-6:

*Silentium deinde de Africano fuit. Vitam Literni egit sine desiderio urbis; morientem rure eo ipso loco sepeliri se iussisse ferunt monumentumque ibi aedificari, ne funus sibi in ingrata patria fieret.*

<sup>15</sup> A.H. McDONALD, *Scipio Africanus and Roman Politics in the Second Century B.C.*, en *JRS*, XXVIII, II 1938, p. 164, cuya aseveración final compartimos totalmente: «Our final impression is of the domination of the Senate. At another time, or in another state, Scipio might have succeeded: in Rome, at the beginning of the second century B.C., he could only fail», en el sentido de que el éxito merecido de Escipión hubiera tenido lugar en otro momento y en otro Estado, pero en aquellos tiempos convulsos era del todo imposible.

Con estas evidencias, parece imposible la presencia de Publio Cornelio Escipión el Africano en el banquete oficial descrito y el acuerdo matrimonial con su hija. Además, no debemos concentrar nuestras expectativas únicamente en la versión de los escritores clásicos, llenos de buenas intenciones y sobre todo imbuidos de la necesidad de exaltar la gloria pasada de la Roma republicana en aras de una Roma imperial exultante y sin ningún error en su flamante historia, lo que sin duda redundaría en una falta absoluta de fuentes veraces si no están al servicio de la propaganda histórica perseguida. Por ello, hemos estimado conveniente acudir a otras fuentes de conocimiento para poder estimar mejor la fecha probable de matrimonio de Cornelia, optando por retrotraernos desde la fecha conocida de la carrera política de sus hijos para poder datar mejor el año probable de su enlace matrimonial, de acuerdo con la normativa reguladora de la edad precisa para poder acceder al *cursus honorum*<sup>16</sup> – en aquel momento seguramente la *lex Villia Annalis* del 180 a.C.<sup>17</sup> – y dentro del mismo, a los diferentes cargos estatuidos jerárquicamente y con una carencia temporal precisa.

Con todo, ni siquiera esta forma de proceder va a resultar fácil, a diferencia del cálculo en el caso de su hermana Cornelia la mayor<sup>18</sup>, ya que nuestra protagonista tuvo doce hijos, de los que dos de ellos fueron indudables protagonistas de la vida política romana y del *cursus honorum* establecido, lo que aumenta el espacio temporal en el que debemos concretar la fecha del matrimonio. Si atendemos a la edad de Tiberio Graco, no tendría más de treinta años cuando fue asesinado en el año 133 a.C.<sup>19</sup>. La costumbre parece confirmar que el hijo mayor tenía el *praenomen* de su padre, y además tenemos el

<sup>16</sup> V. al respecto, M.J. BRAVO BOSCH, *El ius honorum en la antigua Roma*, en *AFDUDC*, XIV, 2010, pp. 231 ss.

<sup>17</sup> A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., v. *Lex Villia*: «Called *annalis* (180 B.C.) Fixed the minimum age for Roman magistrates: for consuls forty-three years of age, for praetors forty, for *aediles curules* thirty-seven. The interval of time between the tenure of two offices was settled at two years»; E. ASTIN, *The Lex Annalis before Sulla*, en *Latomus*, XXXII, Bruselas 1958, *passim*.

<sup>18</sup> La solución es mucho más sencilla si tenemos en cuenta la fecha del consulado de *Scipio Nasica Serapio*, hijo de Cornelia la mayor y *Nasica Corculum*. Si accedió al cargo de cónsul en el año 138 a.C., y tomamos en consideración la edad de 42 como mínima para acceder a dicho cargo, la fecha más aproximada del matrimonio sería el año 180 a.C.

<sup>19</sup> Plut. *C. Gr.* 1,2.

testimonio de Plinio *NH.* 7,57 sobre la maternidad anual de Cornelia, lo que vendría a decir que en el espacio de doce años tuvo doce hijos, con alternancia de sexos en cada ocasión:

*Est quaedam privatim dissociatio corporum, et inter se steriles, ubi cum aliis iunxere se, gignunt, sicut Augustus et Livia. item alii aliaeque feminas tantum generant aut mares, plerumque et alternant, sicut Gracchorum mater duodeciens et Agrippina Germanici noviens. aliis sterilis est inventa, aliis semel in vita datur gignere.*

La aceptación de la alternancia de sexos en la fecunda maternidad de Cornelia fue durante mucho tiempo la tesis más aceptada, propuesta por Mommsen<sup>20</sup>, en la que apostaba por la fecha del año 165 a.C. como la más probable del matrimonio entre Cornelia y Tiberio Sempronio Graco. Sin embargo, actualmente existe otra tesis, defendida por Moir y seguida por la doctrina más respetable<sup>21</sup>, que traduce el significado de *alternant* como una maternidad protagonizada en primer lugar por las hijas, para luego tener todos los hijos varones a continuación. Si a ello sumamos las ausencias de un marido ocupado en los asuntos del Estado podríamos datar el matrimonio entre el año 180 a.C. o como máximo en el 175 a.C.

Todo ello unido a la referencia anterior en la que pusimos de manifiesto la posibilidad de que el ilustre general hubiese ya fallecido cuando nuestra célebre matrona Cornelia contrajo matrimonio<sup>22</sup>, nos induce a pensar en una alianza<sup>23</sup>, promovida por la enérgica madre, Emilia, en aras de una tregua que les ayudase a sobrellevar las inju-

<sup>20</sup> TH. MOMMSEN, *Die Skipionenprozess, en Römische Forschungen II*, Berlín 1864, pp. 417 ss.

<sup>21</sup> K. MOIR, *Pliny HN 7.57*, cit., p. 137, sobre el significado de alternancia, y la p. 139 sobre las fechas posibles del enlace matrimonial.; S. DIXON, *Cornelia*, cit., p. 67, nt. 29: «Moir has offered the ingenious suggestion that Pliny's expression *alternant* meant that she had six girls, then six boys. Her calculations of the considerable time which Cornelia's husband Tiberius spent abroad narrows the opportunities for her repeated impregnations».

<sup>22</sup> Plutarco, *Tib. Gr.* 4,3.

<sup>23</sup> C. PETROCELLI, *Cornelia the matron*, en *Roman Women*, A. Fraschetti, (ed.), Chicago 2001, p. 38: «Cornelia's marriage was strategically planned by a family council held by the Scipios in order to establish an alliance with the Sempronii (ties later reinforced by the marriage of *Scipio Aemilianus* and Sempronia, daughter of Cornelia and *Sempronius Gracchus*)».

rias fruto de la intriga política que amenazaban gravemente la honra familiar.

Con respecto al matrimonio de Cornelia y Tiberio Sempronio Graco, sabemos también de la sólida unión entre ambos cónyuges, considerados como un matrimonio perfecto y un icono de comportamiento conyugal, de acuerdo con el siguiente episodio relatado por Valerio Máximo 4,6,1:

*Ti. Gracchus anguibus domi suae mare <ac> femina deprehensis, certior factus ab aruspice mare dimisso uxori eius, femina ipsi celerem obitum instare, salutarem coniugi potius quam sibi partem augurii secutus marem necari, feminam dimitti iussit sustinuitque in conspectu suo se ipsum interitu serpentis occidi. itaque Corneliam nescio utrum feliciorum dixerim, quod talem uirum habuerit, an miseriores, quod amiserit. o te, Thessaliae rex Admete, crudelis et duri facti crimine sub magno iudice damnatum, qui coniugis tuae fata pro tuis permutari passus es, eaque, ne tu extinguere <re>, uoluntario obitu consumpta lucem intueri potuisti, et certe parentum prius indulgentiam temptaueras!*

Pero de nuevo surgen dudas con respecto a la autenticidad de esta célebre historia<sup>24</sup>, recogida también por Plinio N. H. 7,122<sup>25</sup>:

*Gracchorum pater anguibus prehensis in domo, cum responderetur ipsum victurum alterius sexus interempto: immo vero, inquit, meum necate, Cornelia enim iuuenis est et parere adhuc potest. hoc erat uxori parcere et rei publicae consulere; idque mox consecutum est. M. Lepidus Appuleiae uxoris caritate post repudium obiit. P. Rutilius morbo leui impeditus nuntiata fratris repulsa in consulatus petitione ilico expiravit. P. Catienus Philotimus patronum adeo dilexit, ut heres omnibus bonis institutus in rogam eius se iaceret<sup>26</sup>.*

<sup>24</sup> J. HALLET, *Fathers and Daughters in Roman Society*, Princeton 1984, p. 219, en donde se refiere a las esposas romanas como «figures distanced from their husbands», declaración que refutaría la supuesta complicidad entre cónyuges, y, por ende, la especial relación existente entre Cornelia y Tiberio Sempronio Graco.

<sup>25</sup> S. BARNARD, *Cornelia and the Women of Her Family*, cit., p. 388, en donde señala que Plinio afirma que muere por Cornelia, «after ritually killing the correct one of a pair of sacred snakes, because of his wife's continued potential as a child-bearer. This reason is, of course, at odds with the ideal of the *uniuira*, married to only one husband in the course of her life, which Cornelia exemplifies».

<sup>26</sup> Existen otras versiones, como la versión anónima *De Viris Illustribus* 57,4.

Y transmitida también por Cicerón, en *De divinatione* 1,36, en donde cita a Cayo Graco como su fuente:

*Quid? qui inridetur partus hic mularum nonne, quia fetus exstitit in sterilitate naturae, praedictus est ab haruspibus incredibilis partus malorum? Quid? Ti. Gracchus Publi filius, qui bis consul et censor fuit, idemque et summus augur et vir sapiens civisque praestans, nonne, ut C. Gracchus, filius eius, scriptum reliquit, duobus anguibus domi comprehensis haruspices convocavit? Qui cum respondissent, si marem emisisset, uxori brevi tempore esse moriendum, si feminam, ipsi, aequius esse censuit se maturam oppetere mortem quam P. Africani filia adolescentem; feminam emisit, ipse paucis post diebus est mortuus.*

El propio Cicerón lo rememora de nuevo en *De divinatione* 2,62:

*C. Gracchus ad M. Pomponium scripsit, duobus anguibus domi comprehensis, haruspices a patre convocatos. Qui magis anguibus quam lacertis, quam muribus? Quia sunt haec cotidiana, angues non item; quasi vero referat, quod fieri potest, quam id saepe fiat. Ego tamen miror, si emissio feminae anguis mortem adferebat Ti. Graccho, emissio autem maris anguis erat mortifera Corneliae, cur alteram utram emisisset; nihil enim scribit respondisse haruspices, si neuter anguis emissus esset, quid esset futurum. «At mors insecuta Gracchum est.» Causa quidem, credo, aliqua morbi gravioris, non emissionem serpentis; neque enim tanta est infelicitas haruspicum, ut ne casu quidem umquam fiat quod futurum illi esse dixerint.*

Y Plutarco tampoco olvida este episodio, con el que comienza su relato de la historia de las vidas de Tiberio y Cayo Graco<sup>27</sup>, y defiende la generosidad de Tiberio Sempronio Graco, que sabiendo que es mucho más joven su mujer Cornelia, cree que debe ser ella quien sobreviva a los dos en caso de que sea cierto el auspicio de las serpientes:

Ἡμεῖς δὲ τὴν πρώτην ἱστορίαν ἀποδεδωκότες, ἔχομεν οὐκ ἐλάττονα πάθη τούτων ἐν τῇ Ῥωμαϊκῇ συζυγίᾳ θεωρῆσαι, τὸν Τιβερίου καὶ Γαίου βίον ἀντιπαραβάλλοντες. Οὗτοι Τιβερίου Γράγχου παῖδες ἦσαν,

<sup>27</sup> Plutarco, *Tib. Gr.* 1,1-5.

ᾧ τιμητῆ τε Ῥωμαίων γενομένῳ καὶ δις ὑπατεύσαντι καὶ θριάμβους δύο καταγαγόντι λαμπρότερον ἦν τὸ ἀπὸ τῆς ἀρετῆς ἀξίωμα. Διὸ καὶ τὴν Σκιπίωνος τοῦ καταπολεμήσαντος Ἀννίβαν θυγατέρα Κορνηλίαν, οὐκ ὦν φίλος, ἀλλὰ καὶ διάφορος τῷ ἀνδρὶ γεγονώς, λαβεῖν ἠξιώθη μετὰ τὴν ἐκείνου τελευτὴν. Λέγεται δὲ ποτε συλλαβεῖν αὐτὸν ἐπὶ τῆς κλίνης ζεῦγος δρακόντων, τοὺς δὲ μάντις σκεψαμένους τὸ τέρας, ἄμφω μὲν οὐκ ἔαν ἀνελεῖν οὐδ' ἀφεῖναι, περὶ δ' ἑκατέρου διαριεῖν, ὡς ὁ μὲν ἄρρηγν τῷ Τιβερίῳ φέροι θάνατον ἀναιρεθείς, ἡ δὲ θήλεια τῇ Κορνηλίᾳ. Τὸν οὖν Τιβέριον, καὶ φιλοῦντα τὴν γυναῖκα, καὶ μᾶλλον αὐτῷ προσήκειν ὄντι πρεσβυτέρῳ τελευτᾶν ἡγούμενον ἔτι νέας οὐσης ἐκείνης, τὸν μὲν ἄρρενα κτεῖναι τῶν δρακόντων, ἀφεῖναι δὲ τὴν θήλειαν· εἶθ' ὕστερον οὐ πολλῷ χρόνῳ τελευτῆσαι, δεκαδύο παῖδας ἐκ τῆς Κορνηλίας αὐτῷ γεγονότας καταλιπόντα.

La doctrina cree más en el sentido mitológico de este episodio, que describe la elogiosa y heroica actitud de Tiberio Graco cuando encuentra en su casa dos serpientes, macho y hembra, y consulta a los arúspices (*haruspex*), para que le ayuden a decidir qué debe hacer, porque entiende que tal aparición debe contener algún significado oculto que él mismo no puede descifrar sin la ayuda necesaria. El augurio no puede ser más funesto: Si deja escapar al macho, morirá de inmediato su mujer; sin embargo, si deja escapar a la hembra, será él quien fallezca al instante. Y él finalmente escoge la parte del augurio más favorable para su mujer, dejando escapar a la serpiente hembra. La elección de la serpiente en este episodio premonitorio ya había estado presente en otros momentos de la historia de la familia de Cornelia<sup>28</sup>, aunque las dudas sobre la certeza de este episodio nos llevan a optar por un acto de publicidad gloriosa de la distinguida Cornelia más que en un relato real<sup>29</sup>, en el que resulta beneficiada una mujer como excepción a la regla general de la historia. La longevidad de nuestra protagonista puso fácil la posibilidad de dar rienda suelta a la imaginación colectiva y a una visión sorprendente

<sup>28</sup> C. PETROCELLI, *Cornelia the matron*, cit., p. 41, en donde explica la aparición de una serpiente en el lecho de Pomponia, abuela de Cornelia, que anunciaba su próximo embarazo: «When a snake appeared in Pomponia's bed, this omen signified that she was no longer barren. Shortly afterwards, she became pregnant, and later Africanus Major was born».

<sup>29</sup> S. BARNARD, *Cornelia and the Women of Her Family*, cit., p. 388: «In any case, the story of Tiberius dying for Cornelia [...] seems to be pure folklore with no possible kernel of truth».

de una mujer que, contrariamente a la realidad social de su época, consiguió sobrevivir a la mayor parte de los miembros de su familia, algo inusual en una mujer con el esfuerzo añadido de tantos partos incluidos<sup>30</sup>.

A mayor abundamiento, el deceso de su marido en un corto espacio de tiempo, alimentó todavía más la leyenda<sup>31</sup>, acrecentada con el paso del tiempo con la clara intención de ennoblecere todavía más, si era posible, la grandeza de la más noble de las matronas romanas, y la merecedora de todos los honores, como consecuencia del afecto y admiración profesados por su propio marido, algo realmente inusual entre los matrimonios pactados de la época, realizados por necesidad de alianzas políticas y sin rastro alguno de sentimientos mutuos, algo que se convertirá en más que habitual con la llegada del Imperio, y las consecuencias nefastas de tales arreglos matrimoniales<sup>32</sup>.

Por lo tanto, si sabemos que la muerte del marido de Cornelia

<sup>30</sup> C. PETROCELLI, *Cornelia the matron*, cit., p. 41: «In a society in which average life expectancy was short, especially for females (consider not only the infant mortality rate but the number of women who died in childbirth), Cornelia with her numerous pregnancies was an ever more remarkable exception».

<sup>31</sup> M. BETTINI, *Women and Weasels: Mythologies of Birth in Ancient Greece and Rome*, trad. inglés por E. EISENACH, Chicago 2013, p. 73: «*Tiberius* said in response: Then kill the male snake, because Cornelia is young and can still give birth to more children. This was apparently what happened, since *Tiberius* died not long afterward».

<sup>32</sup> Sirva el ejemplo del matrimonio entre Tiberio, hijo de Livia, y Julia, hija de Augusto. Fue un desastre en todos los sentidos, como pone en evidencia G. MARAÑÓN, *Tiberio. Historia de un resentimiento*, Buenos Aires 1939, pp. 50 ss., de dónde podemos elegir dos frases, referida a cada uno de los cónyuges. La primera sobre Tiberio, en p. 56: «Cuando, ya casado con Julia, vio un día pasar a lo lejos a Vipsania (su esposa anterior), se enterneció tanto que se le escaparon las lágrimas y juró no volverla a ver. Su resentimiento ante la idea de que vivía en brazos de otro – y otro que era uno de sus mayores enemigos – fue creciendo sin cesar y tuvo poca parte en la tragedia espiritual de su vida»; la segunda sobre Julia, en p. 80: «En las horas interminables de su destierro, recordaría su vida anterior como la recuerdan los desterrados: como si fuera otra vida; la vida maravillosa de otra Julia, ante la cual el mundo entero se prosternaba [...] Y con esa clarividencia con que se comprende el destino en las horas de la desgracia irremediable, se daría cuenta de que en este mundo todo es absurdo y todo es lógico a la vez; apoteosis y persecución, bazas contrarias del sino que rige nuestra existencia bajo la influencia, inaccesible a la lógica humana, de los designios de Dios. Acaso lo único que no comprendería del todo sería la ira inextinguible de su padre, que no sólo no la quiso perdonar jamás, sino que, proyectando el rencor hasta después de la tumba, prohibió que ella y su hija, la otra Julia, también llena de pecados de la carne flaca, fueran enterradas en el mausoleo imperial».

acaeció alrededor del año 154 a.C., este mágico episodio debió suceder en aquella época, si hubiese sido real, claro está, aunque ya hemos dejado claro nuestro punto de vista, más inclinado a pensar en un acto de promoción de la familia, con elementos míticos y heroicos como polos de atracción para las almas más crédulas de la república romana<sup>33</sup>, necesitadas de ídolos y personajes de leyenda dotados de infinitos poderes que les ayudasen en las guerras continuas que se libraban con el resto del mundo por parte del pueblo romano, implicado activamente en un proceso de expansión del *limes* territorial realmente ambicioso.

Con respecto a la figura pública de Tiberio Sempronio Graco, podemos destacar su liderazgo, su buen gobierno, como demostró por ejemplo durante su estancia en la Hispania Citerior como pretor, sus éxitos militares<sup>34</sup>, y su capacidad negociadora, que hicieron de él un magistrado apreciado en la Hispania conquistada mediante gestos de generosidad que lo convirtieron en merecedor del reconocimiento explícito de las poblaciones sometidas a Roma, que aceptaron y firmaron tratados que devolvían la paz a los territorios antes continuamente sublevados. Se habla incluso del *stipendium*, la cantidad fija que debía pagar cada comunidad, como un instrumento fiscal creado por Tiberio Sempronio Graco<sup>35</sup>, para evitar los abusos de los generales romanos, y aunque carecemos de fuentes fiables al respecto, dan

<sup>33</sup> S. DIXON, *Cornelia*, cit., p. 6.

<sup>34</sup> Apiano, *Ib.* 43.

<sup>35</sup> V. al respecto, J.S. RICHARDSON, *Hispaniae. Spain and the development of Roman imperialism, 218-82BC*, Cambridge 1986, pp. 115-116, en donde afirma que la creación del sistema fiscal romano en Hispania habría que datarla durante la pretura de Tiberio Sempronio Graco; *id.* *Hispania y los romanos*, Barcelona 1998, pp. 69-70; F.J. LOMAS SALMONTE, P. LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, *Historia de Roma*, Madrid 2004, p. 97: «La estancia de Graco en Hispania es una posibilidad atractiva» para pensar en él como el inspirador o promotor de la nueva regulación impositiva; contra, M. SALINAS DE FRÍAS, *El impacto económico de la conquista romana*, en *Stvd.hist., Hª antig.*, XVII, 1999, p. 133: «A nosotros esta fecha nos parece tardía y creemos que la creación de dicho sistema, que comprendía, además – no debe olvidarse – otros impuestos, no se debe a Graco sino, más probablemente, a Escipión, quien sentaría sus bases que serían desarrolladas posteriormente, a medida que avanzaba la conquista romana, por M. Porcio Catón y por Ti. Sempronio Graco. Los tratados de Graco con los celtíberos no podían ser la fuente de la organización fiscal de Hispania y el origen del *stipendium* ya que en el 154 a.C. la ciudad celtibérica de Segeda, que era dediticia, ya no pagaba los tributos establecidos por Graco (App./*Ib.* 44) y, con anterioridad a Graco, muchas otras comunidades ya eran estipiendiarías».

buena cuenta de la percepción positiva de la figura del pretor comprometido con los territorios en los que ejerció su cargo.

El *cursus honorum* fue relevante y bastante tradicional si lo ponemos en comparación con la carrera política que protagonizarán posteriormente su hijos, pero no por ello debemos denostar su figura<sup>36</sup>, llegando a la magistratura superior ordinaria y más deseada *cum imperium*, el consulado, pero sin embargo su recuerdo ha sido tradicionalmente olvidado por la historiografía tradicional<sup>37</sup>, algo que no deja de sorprendernos si hacemos una comparación de cargos públicos desempeñados por el padre y los dos hijos. Los tribunos de la plebe no pasaron de desempeñar esa magistratura, es cierto que por haber sido asesinados, pero su padre había realizado un *cursus honorum* modélico<sup>38</sup>, que se refleja como tedioso y burocrático cuando

<sup>36</sup> L. PERELLI, *I Gracchi*, cit., p. 39, en donde pone en evidencia una tradición hostil hacia la figura de Tiberio Graco cuando era edil, gastando sumas enormes para los juegos, grabando incluso a los Latinos, Itálicos y provinciales, lo que provocó el establecimiento por parte del Senado de ciertos límites para los juegos, prohibiendo la imposición de contribuciones con tal motivo. Con todo, esta tradición negativa contrasta «con la severità di cui egli successivamente diede prova nella censura del 169, e il poco riguardo verso i sudditi dell'impero non collima con la clemenza e la generosità che egli usò qualche anno dopo verso le popolazioni iberiche. Ciò dimostra da un lato quanto sia difficile districarsi tra le notizie tendenziose e contraddittorie trasmesse dalle fonti antiche, dall'altro come sia problematico per gli storici moderni ravvisare una linea di condotta politica coerente nell'azione del padre dei Gracchi».

<sup>37</sup> A. LLAMAZARES MARTÍN, *Reconstruyendo la carrera de Tiberio Graco Maior: algunas reconsideraciones en torno a las magistraturas menores*, en *Stud. hist., H.<sup>a</sup> antigua*, XXXIV, 2016, pp. 13-40, en donde realiza la reconstrucción del *cursus honorum* en las magistraturas menores de Tiberio Sempronio Graco, y dedica calificativos sumamente elogiosos al magnánimo magistrado y a su persona.

<sup>38</sup> L. PERELLI, *I Gracchi*, cit., pp. 41-42, en donde describe un episodio de difícil interpretación: mientras anteriormente los libertos estaban inscritos en las cuatro tribus urbanas, donde podían ejercer el derecho de voto, el padre de los Gracos, con el respaldo de la mayoría del Senado, propuso que todos los libertos fueran suprimidos de las tribus con la consiguiente pérdida de voto. El colega Claudio, cuyo antepasado Apio Claudio el Ciego en el 310 había abierto la posibilidad de la inscripción de los libertos en todas las tribus, se opuso, por lo que se llega a un compromiso, que consistía en que los libertos fueran inscritos en una sola tribu elegida mediante sorteo. La razón de este proyecto represor con respecto a los libertos no resulta claro; algunos creen que el motivo residía en la necesidad de reducir la consistencia de la clientela nobiliaria, en la que se encontraban los libertos; otros hablan de este procedimiento como el producto de una política de defensa de las costumbres nacionales contra la invasión de los extranjeros y las costumbres griegas, dado que la mayor parte de los libertos eran de cultura griega.

la verdad es que no fue así. Eclipsado por sus hijos, pero con una carrera honesta, efectiva, incluso ejemplar, fue condenado al ostracismo debido a la fama eterna que adquirieron sus hijos, curiosamente en buena medida por la alabanza continua de su madre, inasequible al desaliento cuando se trataba de loar la figura de sus amados hijos violentamente desaparecidos.

Lo cierto y verdad es que siempre destacó por su moderación y lealtad, y por su unión matrimonial con Cornelia, símbolo de la perfecta matrona romana republicana, que duró toda su vida, y para cuyo recuerdo vivirá siempre Cornelia, renunciando a ningún nuevo enlace matrimonial y viviendo su longeva existencia como *univira*, es decir, matrona romana de un solo matrimonio en recuerdo honroso y admirado de la unión perpetua que tuvo con su marido<sup>39</sup>.

La mujer *univira*<sup>40</sup>, casada tan sólo una vez en toda su vida<sup>41</sup>, con un solo marido durante toda su existencia, es ejemplificada con perfección absoluta por parte de Cornelia, que representa la absoluta dedicación a la familia, con un recuerdo imborrable hacia la memoria de su esposo que le lleva a vivir el resto de su vida dedicada a la educación de sus hijos, por lo que será considerada el símbolo perfecto de mujer romana<sup>42</sup>, un ejemplo a seguir por todas las genera-

<sup>39</sup> S. CASTÁN PÉREZ, *El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la República*, en *RIDROM*, VII, 2011, p. 385: «El hecho de que un matrimonio durase toda la vida era muy bien considerado por los romanos».

<sup>40</sup> J.B. FREY, *Signification des termes 'monandros' et 'univirae'*, en *Recherches de Science Religieuse* XX, 193, pp. 48-60; M. HUMBERT, *Le Remariage à Rome: Etude d'histoire juridique et Sociale*, Milano 1972, pp. 330 ss.; G. WILLIAMS, *Some Aspects of Roman Marriage Ceremonies and Ideals in Journal of Roman Studies*, XXXVIII, 1958, pp. 23-25.

<sup>41</sup> Val. Max. 2,1, 3: *Quae uno contentae matrimonio fuerant corona pudicitiae honorabantur: existimabant enim eum praecipue matronae sincera fide incorruptum esse animum, qui depositae uirginitatis cubile [in publicum] egredi nesciret, multorum matrimoniorum experientiam quasi legitimae cuiusdam intemperantiae signum esse credentes*; R. LANGLANDS, *Sexual morality in Ancient Rome*, Cambridge 2006, pp. 61-62: «This honour, in the visible form of a crown of *pudicitia* given to women who marry only once, once again associates *pudicitia* with a single marriage. It suggest, more explicitly than the proscriptions on participants in the cult of *pudicitia* itself, that it is the state of being *uniuira* – once-rmarried – that provides evidence of a woman's possession of the quality of *pudicitia*».

<sup>42</sup> S.B. POMEROY, *Goddesses, Whores, Wives and Slaves*, cit., p. 149: «Among Roman matrons, Cornelia was a paragon. A widow, she remained faithful to the memory of her husband, Tiberius Sempronius Gracchus, to whom she had borne twelve

ciones femeninas venideras a fin de perpetuar la necesidad de mujeres honradas para mayor gloria de Roma.

El respeto y la admiración hacia las mujeres que tan sólo contraían una vez en su vida matrimonio y de quedar viudas permanecían en ese estado hasta su muerte ya se observa en la más antigua tradición romana, y no es fruto del influjo del cristianismo sino también de la cultura pagana<sup>43</sup>. La moral tradicional, la *pudicitia* imprescindible para la salvaguarda de los derechos hereditarios de los descendientes del padre, sólo reconocibles por la virtud ejemplar de las madres, otorgaba una posición privilegiada a las mujeres que prodigaban el pudor y el respeto marital como condición indispensable para ser una perfecta matrona romana<sup>44</sup>.

Su condición de viuda<sup>45</sup>, no la llevará al ostracismo ni a una vida retirada o contemplativa fuera del bullicioso mundo romano sino todo lo contrario, la obligará, en ausencia del *paterfamilias* titular de la patria potestad sobre los miembros de su familia, a convertirse en la mejor asesora y embajadora de sus hijos supervivientes, sólo tres de los doce que tuvo con su marido, a los que imbuirá de la necesidad de una vida intelectual combinada con la acción pública, de modo especial a sus dos hijos varones, convirtiéndolos en símbolo del cambio en una sociedad tardorrepública anquilosada, necesitada de revoluciones internas que sin embargo no acabarán de producirse por

children. She continued to manage her household and was praised for her devotion to her children's education».

<sup>43</sup> Tert. *De exhortatione castitatis*, 13; ID., *De monogamia*, 17,4; M. LIGHTMAN, W. ZEISEL, *Univira: an Example of Continuity and Change in Roman Society*, en *Church History*, XXXVI, I, 1977, pp. 19-20, en donde se refleja como en el Principado, los *flamines* de Júpiter tenían mujeres que eran *univirae*, «and traditional wedding ceremonies retained the once-married woman with a living husband as an *univira-pronumba*, a handmaiden to the bride»; en pp. 22-23, hacen referencia a una tumba pagana del período imperial que ofrece evidencias de la difusión social del concepto de *univira*: «The upper-class *matrona-univira*, Cornelia, find echoes in a Roman epitaph to one Fabia», trayendo a colación el epitafio de una mujer hornada por el hecho de ser *univira*, pero que, a diferencia de Cornelia, no pertenecía a la nobleza. Aun así, y a pesar de la diferencia social que las separaba, «the two women were both praised for the same virtues and were both *univirae*».

<sup>44</sup> J. GAGÉ, *Matronalia: essai sur les dévotions et les organisations culturelles des femmes dans l'ancienne Rome*, Berchem 1963, p. 7.

<sup>45</sup> *The Oxford Encyclopedia of Ancient Greece and Rome*, 1, M. GAGARIN (ed.), Oxford 2010, v. *Cornelia*: «Widowed, Cornelia devoted herself to her surviving children, only three of whom lived to be adults. She saw to it that they were educated by leading intellectuals».

el temor de la clase dirigente a perder los privilegios que secularmente les venían otorgados desde su nacimiento.

Debemos destacar esa libertad de acción por parte de Cornelia<sup>46</sup>, ya que a pesar de existir todavía la tutela *mulierum*<sup>47</sup>, más a efectos formales que como un instrumento real de control masculino sobre las mujeres tuteladas, parece gozar de una independencia real a la hora de intervenir en los actos jurídicos de su propia familia, como el matrimonio de su hija Sempronia, la educación de sus hijos – los tribunos de la plebe – el rechazo a un nuevo matrimonio y demás asuntos propios de la *domus* pero tradicionalmente asignados a la potestad del *pater familias*.

Adquirido el nuevo *status* de viuda, siendo todavía joven<sup>48</sup>, no quiso cambiar de condición jamás, y ni siquiera el ofrecimiento por parte del Rey de Egipto, Ptolomeo VIII<sup>49</sup>, de que contrajera matrimonio y compartiera su trono con él, consiguió hacerle cambiar de opinión<sup>50</sup>,

<sup>46</sup> S.B. POMEROY, *Goddesses, Whores, Wives and Slaves*, cit., p. 151: «By the late Republic, tutelage over women was a burden to the men acting as guardians, but only a slight disability to women. The virtuous Cornelia managed a large household and is not reported to have consulted any male guardian even in her decision to turn down Ptolemy Physcon's proposal of marriage», añadiendo a continuación el ejemplo de Terencia, la mujer de Cicerón, sobre la que se escribió acerca de sus transacciones financieras, pero nada se dijo de su tutor.

<sup>47</sup> S. DIXON, *Polybius on Roman Women and Property*, cit., p. 149: «The institution of *tutela mulierum perpetua* continued its legal existence until the late third century A.D., although legislative emendations and praetorian practice reduced even its formal importance long before its disappearance from desuetude. Again, it is evident from the later literature that the *tutor mulieris* ceased at some point to exercise effective control over female disposition of property», para continuar en p. 157 con la conclusión de la gran independencia negocial de las mujeres «of the very late republic and early Empire» y el declive de la *tutela mulierum perpetua*.

<sup>48</sup> De acuerdo con la cronología adoptada como cierta para nosotros, si nació en el año 190 a.C. y se quedó viuda sobre el 154 a.C., tendría alrededor de 36 años, todo dentro de ciertos límites temporales que no hemos podido concretar del todo, lo que hace de Cornelia una viuda joven, independientemente de que en aquellos tiempos la esperanza de vida fuese sensiblemente inferior a la de hoy en día; otros, como L. PERELLI, *I Gracchi*, cit., p. 44, la hacen viuda antes: «rimasta vedova a 30 anni, Cornelia decise di non risposarsi».

<sup>49</sup> P. NADIG, *Zwischen König und Karikatur: Das Bild Ptolemaios' VIII*, en *Spannungsfeld der Überlieferung*, Munich 2007, *passim*; P. CHRYSAL, *Roman Women: The Women who influenced the History of Rome*, Londres-Nueva York 2015, p. 18: «Despite a marriage proposal from the very (at least politically) eligible Ptolemy VIII, whose nickname 'Physkon' (big belly) says it all, about his physique».

<sup>50</sup> S. BARNARD, *Cornelia and the Women of Her Family*, cit., p. 388, en donde

retirándose a su refugio familiar de *Misenum*<sup>51</sup>, a la villa situada en el golfo de Nápoles, lugar favorito de los romanos pudientes, donde seguiría con su vida, rodeada de la élite intelectual que le ayudaría con la educación deseada para sus hijos, y dedicada a las labores propias de una matrona romana, en su caso dotada de virtud extrema. En todo caso, esta propuesta refiere las buenas relaciones sociales que tenía Cornelia con reyes extranjeros y celebridades, y publicita del mismo modo los lazos de amistad existente entre Roma y la dinastía Ptolemaica egipcia, tan importantes para el abastecimiento periódico de cereal indispensable para la alimentación del pueblo romano.

Toda la información nos la proporciona Plutarco<sup>52</sup>:

Κορνηλία δ' ἀναλαβοῦσα τοὺς παῖδας καὶ τὸν οἶκον, οὕτω σόφρονα καὶ φιλότεκνον καὶ μεγαλόψυχον αὐτὴν παρέσχεν, ὥστε μὴ κακῶς δόξαι βεβουλεῦθαι τὸν Τιβέριον ἀντὶ τοιαύτης γυναικὸς ἀποθανεῖν ἐλόμενον ἢ γε καὶ Πτολεμαίου τοῦ βασιλέως κοινουμένου τὸ διάδημα καὶ μνωμένου τὸν γάμον αὐτῆς ἠρνήσατο, καὶ χηρεύουσα τοὺς μὲν ἄλλους ἀπέβαλε παῖδας, μίαν δὲ τῶν θυγατέρων, ἡ Σκιπίωνι τῷ νεωτέρῳ συνώκησε, καὶ δύο υἱοὺς περὶ ὧν τάδε γέγραπται, Τιβέριον καὶ Γάιον, διαγενομένους οὕτως φιλοτίμως ἐξέθρεψεν, ὥστε πάντων εὐφουεστάτους Ῥωμαίων ὁμολογουμένως γεγονότας, πεπαιδεῦσθαι δοκεῖν βέλτιον ἢ πεφυκέναι πρὸς ἀρετὴν.

Con todo, no sabemos con certeza si este episodio es cierto, pero contribuye todavía más a la leyenda eterna de la mujer entregada a un solo hombre, cuya muerte le recuerda cada día que no debe entregarse a ningún otro, sino dedicarse al recuerdo de los días vividos

opina que en cualquier caso la historia de la propuesta matrimonial por parte de Ptolomeo parece más bien puro folklore que una historia con visos de realidad, es decir, una historia falsa.

<sup>51</sup> E.A. HEMELRIJK, *Matrona Docta: Educated Women in the Roman Élite from Cornelia to Julia Domna*, cit., p. 97: «It seems that Cornelia had moved to her villa at the promontory of Misenum after the death of her son Tiberius, or perhaps even earlier, at a time when the first luxurious Roman villas appeared along the coast of Campania. In the course of time these great Campanian villas became famous for the civilized leisure and intellectual activities of their owners, and for their patronage of greek scholars. Cornelia may have provided on of the first examples of this villa-based patronage in Campania and she herself is, as far as we know, the earliest example of a Roman women who acted as a patroness of literature and learning».

<sup>52</sup> *Tib. Gr.* 1, 6-7.

junto a su esposo, mientras dedica todos sus esfuerzos a la educación de los hijos concebidos en el seno de dicha unión. Siempre se ha creído que el principal motivo del rechazo a una nueva unión matrimonial fue precisamente la total dedicación a sus hijos y a la supervisión de sus educadores<sup>53</sup>, teniendo claro que su implicación diaria en los proyectos de vida de sus hijos les reportarían beneficios culturales, humanos y políticos indudables<sup>54</sup>.

Tampoco podemos afirmar – como hace algún autor – que el Rey de Egipto hiciera la propuesta matrimonial a Cornelia sólo con la idea de sellar una fructífera alianza con una de las familias más importantes de Roma<sup>55</sup>, ya que es una suposición, y darla como cierta en un episodio del que ni siquiera podemos probar su existencia nos parece poco apropiado. Si nos adentramos en el terreno de lo que pudo ser, podríamos incluso proponer la negativa de Cornelia ante el temor a perder la custodia de los hijos si contraía nuevo matrimonio<sup>56</sup>, pero la independencia mostrada en todo momento por la venerada matrona no nos parece que pueda concordar con la figura temerosa de una mujer que sólo se niega a un nuevo enlace ante la posibilidad de que la familia paterna reclame a los hijos habidos en la unión matrimonial con Tiberio Sempronio Graco. Lo cierto y verdad es que nos hallamos en presencia de una mujer con una templanza inusitada, que será capaz de hacer frente a la adversidad con un coraje digno de admiración, siempre pensando en positivo y sin ningún reproche a los designios funestos previstos con respecto a su descendencia.

<sup>53</sup> C. PETROCELLI, *Cornelia the matron*, cit., p. 50: «Most certainly, Cornelia personally selected the tutors entrusted with her sons' moral and intellectual development. These men, Blossius of Cuma and Diophanes of Mytilene, not only played a crucial role in Tiberius's education, but also in his political career».

<sup>54</sup> Dionisio de Halicarnaso 8,48, recuerda un ilustre precedente, en el que Veturia reprocha a su hijo *Coriolanus* los sacrificios que ha tenido que hacer por su educación, recordándole que tras la muerte de su padre ella se convirtió en madre, padre, hermana, y no se casó de nuevo ni tuvo más descendencia por la dedicación absoluta que tuvo con él.

<sup>55</sup> S.B. POMEROY, *Diosas, ramerías, esposas y esclavas*, cit., p. 178: «No hay duda que la propuesta de Tolomeo a Cornelia estaba motivada por el deseo de formar alianza con una de las familias más influyentes de Roma».

<sup>56</sup> Un caso conocido lo representa Julia, hija de Augusto, educada en la *domus* de Augusto, aun siendo éste quien decidió divorciarse de Escribonia, su segunda esposa y la única que le brindó descendencia, para casarse con Livia, que fue quien dirigió la estricta educación recibida por la malograda hija del emperador.

3. *Materfamilias*. – La condición de *materfamilias*<sup>57</sup> de Cornelia nos puede ayudar a comprender su posición social en la sociedad romana y la necesidad de mantener una actitud determinada frente a la vida diaria<sup>58</sup>. No hay que olvidar que la situación personal y patrimonial de las mujeres había mejorado mucho desde mediados de la época republicana, sobre todo para las de la aristocracia pudiente<sup>59</sup>. De acuerdo con el testimonio de Ulpiano, en D. 50,16,46,1:

“*Matrem familias*” accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit; matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt, atque separant; proinde nihil intererit, nupta sit, an vidua, ingenua sit, an libertina; nam neque nuptiae, neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores.

Es decir, que *materfamilias* es la mujer que no vivió de forma des-

<sup>57</sup> C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia, matrimonio, dote*, II, Roma 2005, p. 286, en donde trae a colación un pasaje de Aulo Gelio 18,6,8-9, para explicar el significado concreto de *mater familias*: *Enim vero illud impendio probabilius est, quod idonei vocum antiquarum enarratores tradiderunt, matronam dictam esse proprie quae in matrimonium cum viro convenisset, quoad in eo matrimonio maneret, etiamsi liberi nondum nati forent, dictamque ita esse a matris nomine, non adepto iam, sed cum spe et omine mox adpiscendi, unde ipsum quoque matrimonium dicitur. 9. matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*. Así, dice que Gelio «basandosi sulle opinioni p. di idonei vocum antiquarum enarratores circa la differenza esistente fra *matrona* e *mater familias*, afferma che *matrona* era detta qualsiasi donna che avesse contratto matrimonio; *mater familias* solo colei che *in mariti manu mancipioque esset*, perché non solo aveva contratto matrimonio, ma era entrata a far parte della familia del marito, ove aveva acquistato la posizione di *sua heres*». W. KUNKEL, *v. materfamilias*, en *PWRE*, XIV, II, 1930, p. 2183, señala que seguramente no fuese intención de los juristas el incluir el concepto *materfamilias* dentro de las mujeres sometidas al poder del *paterfamilias*.

<sup>58</sup> W. WOŁODKIEWICZ, *Attorno al significato della nozione di materfamilias*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo III*, Milano 1983, pp. 741 ss., en donde se refiere al significado de *materfamilias* como mujer honesta que vive de acuerdo con las buenas costumbres, en textos referidos a la *iniuria*.

<sup>59</sup> M. SALAZAR REVUELTA, *Estatus jurídico y social de la materfamilias en el marco de la ciudadanía romana*, en R. RODRÍGUEZ LÓPEZ e M.J. BRAVO BOSCH (eds.), *Mulier. Algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, Madrid 2013, p. 207, en donde añade: «El crecimiento económico y el desarrollo de la institución de la esclavitud incrementaron la independencia de las mujeres de la élite, de manera que el término *materfamilias* se difumina y surge el de *domina*, más acorde para calificarlas».

honesta con respecto a las buenas costumbres, sin importar si era casada o viuda, ingenua o liberta, ya que lo que hace a la madre de familia no son las nupcias ni el nacimiento sino las buenas costumbres<sup>60</sup>.

Otra definición conocida nos la proporciona Festo<sup>61</sup>:

*Materfamiliae non ante dicebatur, quam vir eius paterfamiliae dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari. Sed nec vidua hoc nomine, nec, quae sine filii est, appellari potest.*

Ambas definiciones nos hablan de una mujer libre, de cualquier edad, que debe llevar una vida honesta, observando las buenas costumbres que la diferencian de las otras mujeres. De este modo, y para dejar clara su condición, la *materfamilias* debe llevar prendas características de una matrona, como fueron la *tunica*<sup>62</sup>, la *stola*<sup>63</sup> y la

<sup>60</sup> E. MUÑOZ CATALÁN, *El papel de la materfamilias en las instituciones romanas*, en L. LAUREANO DOMÍNGUEZ, A. MALDONADO ACEVEDO, C. MESA GONZÁLEZ (eds.), *Experiencias de Género*, Huelva 2015, p. 349, en donde afirma que *materfamilias* se trataría aquí de un término «social y clasista que resalta la honorabilidad de la mujer como modelo de dignidad y pudor».

<sup>61</sup> Festus, *De verborum significatu, v. materfamilias*, ed. Lindsay, 1913, p. 112; M.L. LÓPEZ HUGUET, *Consideraciones generales sobre los conceptos de Patria Potestas, Filius, Pater, y Materfamilias: Una aproximación al estudio de la familia romana*, en *Redur* IV, 2006, p. 206, en donde afirma que de la definición de *materfamilias* aportada por Festo «se constata cómo en ciertos casos la mujer *in manu conventa* no era *materfamilias* porque así solamente podía ser considerada la que fuera esposa de un *paterfamilias*».

<sup>62</sup> La plebe y los esclavos llevaban solamente la túnica; v. al respecto, Hor. *Ep.* 1,7,65: *Volteium mane Philippus vilia vendentem tunicato scruta popello occupat et salvare iubet prior*; Tac. *Dial.* 7: *quos saepius vulgus quoque imperitum et tunicatus hic populus transeuntes nomine vocat et digito demonstrat?*.

<sup>63</sup> A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia 1953, v. *stola*, p. 718: «A garment of an honorable, married woman»; E. NACK e W. WÄGNER, *Roma*, Barcelona 1960, p. 319: «Encima de la túnica llevaba la mujer la *stola*, el vestido exterior, que mostraba casi el mismo corte que la túnica y por debajo estaba adornada con un volante (*instita*). Para sujetar el vestido, las ricas se servían de un cinturón de metal precioso y adornado con perlas», para luego continuar con una referencia a la *palla*, parecida a la toga de los hombres y que cubría el cuerpo por entero, y al tocado de calle, que consistía «a menudo en un largo velo, llamado *flammeum*, que se sujetaba en el pelo mediante agujas [...] El color de los vestidos, era, primitivamente, casi siempre el blanco natural. Posteriormente se llevaban también vestidos exteriores en tonalidades delicadas de rojo, amarillo y verde, como dan de

*palla*, como prendas fundamentales, además de otras accesorias pero que cumplían su función ornamental. Así lo confirma Ulpiano en D. 34,2,23,2 (44 *ad Sab.*):

*Muliebria sunt, quae matrisfamiliae causa sunt comparata, quibus vir non facile uti potest sine vituperatione, veluti stolae, pallia, tunicae, capitia, zonae, mitrae, quae magis capitis tegendi, quam ornandi causa sunt comparata, plagulae, penulae...*

Con todo, parece ser que las mujeres llevaron toga como los hombres en un principio, siendo muy pronto sustituida por la *stola*, quedando reservada la toga para las mujeres de mala fama<sup>64</sup>, condenadas en un *iudicium publicum* o por adulterio, y para las prostitutas<sup>65</sup>.

La *stola*, como prenda netamente femenina, era de mayor amplitud y longitud que la túnica, llegaba hasta el suelo<sup>66</sup> formando pliegues<sup>67</sup> y se ceñía a la cintura con un cinturón (cíngulo) que quedaba oculto por el pliegue que caía sobre él al hacer su función aunque se podía también dejar a la vista. Además, la *stola* llevaba una franja púrpura en su orla inferior con un propósito ornamental, denominada *instita*. Si como parece la *stola* fue exclusiva de las *matresfamilias*<sup>68</sup>, nos podemos imaginar a Cornelia vestida de acuerdo con los cánones de la época, dejando clara su condición de matrona romana de alta condición cuando salía a la calle, totalmente cubierta, ya que como mujer honorable evitaría atraer las miradas. Incluso podría llevar la *stola* de púrpura reservada a las *matronas* que hubieran tenido tres hijos<sup>69</sup>, ya que en su caso, por haber tenido doce aunque sólo

ello testimonio las terracotas pintadas y las pinturas murales de Pompeya. Sólo la túnica siguió siendo blanca».

<sup>64</sup> C. EDWARDS, *The Politics of Immorality in Ancient Rome*, Cambridge 2002, p. 40: «Women who were known to be adulteresses were required to abandon the *stola*, the dress of the respectable Roman matron. Instead they were to wear a *toga*, the dress of the male Roman citizen and also of the female prostitute».

<sup>65</sup> A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., v. *toga*, p. 738: «...Originally women also wore a *toga*, but it was soon replaced by the *stola*, the *toga* being reserved for women of ill fame condemned in a criminal trial (*iudicium publicum*), or for adultery, and for prostitutes».

<sup>66</sup> Hor. *Sat.* 1,2,99: *ad talos demissa*.

<sup>67</sup> Mart. *Epig.* 3, 93: *rugosiore cum geras stola frontem*.

<sup>68</sup> V. sobre la vestimenta de las esclavas y las prostitutas, D. DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el Edictum de adtemptata pudicitia*, Valencia 1999, pp. 125 ss.

<sup>69</sup> Propert. 4,11,61.

tres de ellos llegaran a la edad adulta, podría llevar con más motivo que ninguna otra mujer la *stola* propia de su digno y prolífico status.

De la honestidad de las *matresfamilias* y la preocupación de guardar tal honorabilidad, habla por sí solo el hecho de ceñir la *stola* con el cinturón al que nos acabamos de referir ya que, en caso de que alguien rasgase la túnica femenina desde el cuello, impedía que el desgarrón bajase de la cintura<sup>70</sup>. Además, la obligación impuesta a las cortesanas de llevar el *amiculum*<sup>71</sup> en vez de la *stola*, indica la intención clara de diferenciar a las meretrices de las honestas matronas romanas.

4. *Edicto de protección del pudor: De ademptata pudicitia*. – A mayor abundamiento, Cornelia en su devenir diario tendría que salir a menudo para realizar distintas actividades cotidianas, lo que nos permite ocuparnos de otro aspecto importante, como es el de la protección del pudor y el honor de las *matresfamilias*, algo fundamental por cuanto el honor de una familia se garantizaba con el comportamiento ejemplar de la matrona de la familia, algo que se debía proteger con esmero y rigor. La enorme importancia de las costumbres sociales, como valores permanentes de moralidad y de justicia, se aprecia en el sentir de los romanos, que ven en los *mores* uno de los pilares de la solidez de la comunidad romana. Es por ello que cualquier atentado contra las buenas costumbres va a ser duramente castigado, en orden a preservar los *boni mores* tan respetados.

El decoro es considerado símbolo del honor de las matronas romanas<sup>72</sup>, por lo que cualquier atentado contra el mismo es considerado un ultraje digno de ser castigado. Pero no consiste sólo en mo-

<sup>70</sup> Cfr. Ovid. *Am.* 1,7, 47-48.

<sup>71</sup> Isid. *Orig.* 19,26,5, en donde explica: «La manteleta (*amiculum*) es el palio de lino de las meretrices».

<sup>72</sup> S. CASAMAYOR MANCISIDOR, *Impudicitia: la transgresión de la virtud sexual femenina en la Roma antigua*, en *Estudios de Arqueología, Prehistoria e Historia Antigua: achegas dos novos investigadores*, Santiago de Compostela 2016, p. 274, en donde explica que al igual que en un hombre se percibe el deseo al instante de forma física, en una mujer la percepción de su *pudicitia* o *impudicitia* resulta compleja porque no se manifiesta en signos externos. De este modo: «La vestimenta, el sonrojo, el silencio, el recato, la pasividad, o la falta de alguno de ellos», serviría a los romanos para distinguir una mujer pudorosa de otra totalmente impúdica. De ahí la importancia de la vestimenta adecuada para distinguir a las mujeres honorables de las que no se merecían tal calificativo, y, por lo tanto, desprovistas de la protección del edicto pretorio.

destia, no lo podemos traducir como castidad o continencia<sup>73</sup>, ya que el término *pudicitia* es una virtud moral superior que contiene todos los adjetivos posibles referentes al pudor, el honor, la dignidad de la prole y la condición de la persona, sobre todo mujer, protegida como un poder necesario en la vida romana.

De este modo, surge la intervención pretoria para evitar abusos y acoso contra las mujeres romanas, a través de un edicto especial<sup>74</sup>, *de adtemptata pudicitia*<sup>75</sup>. Aunque la fórmula no se nos ha transmitido, contamos con la reconstrucción realizada por Lenel<sup>76</sup> para poder conocer el contenido del edicto:

*Iniuria... committitur... si quis matremfamilias aut praetextatum praetextamve adsectatus fuerit sive cuius pudicitia adtemptata esse dicetur*<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> R. LANGLANDS, *Sexual morality in Ancient Rome*, cit., p. 38: «It is also clear that *pudicitia* is something different from the repressive ‘chastity’ or ‘continence’ which those from cultures under the influence of puritan Christian sexual ethics might expect. A competition of sexual continence alone makes no sense, unless you expect almost every participant eventually to buckle under the strain and give in to the allure of adultery. One cannot compete in not doing something; there must be more to competitive *pudicitia* than this».

<sup>74</sup> Situado entre el *De convicio* (191) y el *Ne quid infamandi causa fiat*, entra dentro de la categoría de los edictos especiales, y, por lo tanto, al tratarse de un *edictum speciale*, fue introducido después del *edictum generale de iniuriis*, de datación desconocida, aunque nosotros consideramos acertada la fecha de la primera mitad del siglo II a.C. como la más probable con respecto a la reforma pretoria que introdujo el edicto de *iniuriis*. V. al respecto, M.J. BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*, Madrid 2007, pp. 68 ss.

<sup>75</sup> V. sobre la evolución de la *iniuria* hasta llegar a la delimitación de este edicto especial, M.J. BRAVO BOSCH, *Algunas consideraciones sobre el Edictum de adtemptata pudicitia*, en *Dereito* V, II, 1996, pp. 41 ss.

<sup>76</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, reimp. 1957, p. 400.

<sup>77</sup> El jurista alemán, para poder llevar a cabo la reconstrucción de la cláusula pretoria toma como punto de partida un texto de Gayo 3,220: *Iniuria... committitur... sive quis matremfamilias aut praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis*, así como un pasaje de Ulpiano, recogido en D. 47,10,15,19, donde se contiene una referencia concreta a la existencia del edicto: *Tenetur hoc Edicto non tantum qui comitem abduxit, verum etiam si quis eorum quem appellavisset, adsectatusve est*; otra referencia en las fuentes se contiene en I. 4,4,1: *Iniuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fustibus caesus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sive cuius bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo qui intellegebat nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matremfamilias aut praetextatum praetextatamve adsec-*

Independientemente de la inseguridad temporal referente al edicto, o mejor todavía, la concreción exacta del momento en el que se impone la protección pretoria, creemos que en la época de nuestra protagonista, siglo II a.C., se observa ya la protección del pudor femenino, ya que si Cornelia es reconocida como ejemplo virtuoso de *pudicitia*, y vestía de acuerdo con los cánones de la época establecidos para las mujeres honorables, además de ser un ejemplo de austeridad ante el rechazo de lujos o joyas, su comportamiento se vería recompensado con la protección jurídica de su honor y pudor, máxime en su condición de *univira* ejemplar. De hecho la doctrina apoya la tesis de la existencia de este edicto ya en el siglo II a.C.<sup>78</sup>, aunque se concretase de forma sustancial antes de mediados del siglo I a.C.<sup>79</sup>, perteneciendo también a esta época las otras cláusulas consideradas unitariamente, por lo que todas las ofensas previstas en el edicto fueron llamadas genéricamente *iniuria*.

La conducta punible reside en el hecho de apartar a un sirviente o acompañante de una *materfamilias* o en seguir a un joven importunándole, aunque a nosotros nos interese sobre todo el acoso realizado a la mujer<sup>80</sup>. Además, podemos colegir que cortejar es atentar

*tatus fuerit, sive cuius pudicitia attemptata esse dicitur: et denique aliis pluribus modis admitti iniuriam manifestum est.*

<sup>78</sup> D. DE LAPUERTA MONTOYA, *El elemento subjetivo en el edictum de adtemptata pudicitia: la contravención de los boni mores como requisito esencial para la existencia de responsabilidad*, en *AFDUDC*, II, 1998, p. 238: «En el último tercio del siglo II a.C., como consecuencia de la tan manida sensibilidad romana hacia el honor, el Pretor extenderá su protección, a través de edictos especiales, a unos específicos supuestos de lesión moral, entre los que se encuentra la *adtemptata pudicitia*. Esta paralela regulación de ofensas físicas y morales permitirá la progresiva idealización del concepto de injurias del primer edicto, proceso que encontrará su colofón en la *interpretatio* labeoniana, esto es, en la identificación de *iniuria* con afrenta, con *contumelia*, y que permitirá el carácter general del edicto pretorio, dirigido ahora a la represión de cualquier ofensa voluntariamente causada».

<sup>79</sup> J. SANTACRUZ TEIJEIRO, A. D'ORS, *A propósito de los edictos especiales de iniuriis*, en *AHDE*, XXXIX, 1979, p. 656: «En todo caso, podemos suponer que antes de mediados del siglo I a.C. ya se hallaban todas estas modalidades de la acción de injurias propuestas en el Edicto».

<sup>80</sup> R. ESCUTIA ROMERO, *La difamación pública en derecho romano*, en *RJUAM*, XXII, 2010, p. 73: «El atentado a dicha virtud (la *pudicitia*) que es el delito reprimido a través de este edicto, – aunque algunos autores consideran que adolece también de cierto trasfondo sexual –, tiende a defender la honorabilidad de matronas y de determinados jóvenes; de ahí que sea un atentado al honor, y, por tanto, encuadrable dentro de la noción de iniuria como ofensa moral no material sino lesiva de la dignidad social de la víctima».

con dulces palabras a la honestidad de alguien, entendiendo ese alguien sobre todo como una mujer, cuyo bien máspreciado debe ser su *pudicitia*<sup>81</sup>, sin entender que esto sea un ultraje, sino un atentado contra las buenas costumbres, como se desprende de las palabras de Ulpiano en D. 47,10,15,20:

*Appellare*<sup>82</sup> est blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare, hoc enim non est convicium, sed adversus bonos mores adtemptare.

El *appellare* no se traduce en decir obscenidades utilizando un lenguaje soez. Consiste en utilizar palabras que sean contrarias al sentido común del pudor, y siempre y cuando no sean una broma<sup>83</sup>, ya que si no hay intención lesiva no se transgreden las normas de la sociedad que permiten el edicto especial.

El propio Ulpiano nos dice lo que debemos entender por acompañante lo dice en D. 47, 10,15,16:

*Comitem accipere debemus eum, qui comitetur et sequatur, et, ut ait Labeo, sive liberum, sive servum, sive masculum, sive feminam. Et ita comitem Labeo definit, qui frequentandi cuiusque causa, ut sequeretur destinatus, in publico privatove abductus fuerit; inter comites utique et paedagogi erunt.*

O sea, que se considera como acompañante al que acompaña, y sigue aclarando Labeón que no importa el *status libertatis*, es decir, ya sea libre o esclavo, ni el sexo, pudiendo ser varón o hembra el que acompañe a la víctima. Sigue después Labeón, definiendo al acompañante como el que acompaña a cualquiera, para terminar conde-

<sup>81</sup> Val. Max. 7,1,1: *uxorem pudicitia et fecunditate conspicuam*; Sen. *Dial.* 12,16,4, pasaje en el que Séneca escribe a su madre Helvia, y le dice que el adecuado ornamento para una mujer es la *pudicitia*.

<sup>82</sup> H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1926, v. *appellare*: «Locken unzüchtige Anträge machen»; F. RABER, *Frauentracht und iniuria durch appellare*, en *Studi Volterra* III, 1971, pp. 638 ss., en donde declara que *appellare* es dirigir a una persona palabras inmorales y de halago, en un claro atentado contra su castidad.

<sup>83</sup> Si se hizo por bromear, no se incurre en el ilícito del Edicto, como declara Ulpiano en D. 47,10,15,23: *Meminisse autem oportebit, non omnem, qui adsectatus est, nec omnem, qui appellavit, hoc Edicto conveniri posse; neque enim si quis colludendi, si quis officii honeste faciendi gratia id facit, statim in Edictum incidit, sed qui contra bonos mores hoc facit.*

nando el que sea retirado a la fuerza, en público o en privado. Además nos explica cómo se puede forzar a un acompañante al abandono de su misión en un fragmento de Ulpiano, D. 47,10,15,17:

*Abduxisse videtur, ut Labeo ait, non qui abducere comitem coepit, sed qui perfecit, ut comes cum eo non esset.*

Es decir, que no se castiga solamente el hecho de retirar a la fuerza al acompañante de una matrona romana, o de un joven<sup>84</sup>, sino que también se considera punible el conseguir, utilizando cualquier método, que el acompañante no vaya con aquella persona. Suponemos que se encuentra aquí el supuesto de engaño al acompañante para que no cumpla con su labor.

Con todo, si el agresor, por motivos de confusión, atenta al pudor de jóvenes o madres de familia romanas sin tener la intención de ofender, como sucede por ejemplo con quien corteja a doncellas que van vestidas de esclavas, el agresor tendría menos culpa, así como si las matronas vistiesen con traje de meretrices y no de *matresfamilias*, como se declara en D. 47,10,15,15:

*Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur, multo minus si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent; si igitur non matronali habitu femina fuerit, et quis eam appellavit, vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur.*

Podemos ver entonces como la forma de vestir era muy importante en orden a determinar la conducta punible del agresor, ya que el atacante no podría alegar desconocimiento o ignorancia del estatus de la persona que sufría la agresión si esta iba vestida de acuerdo con su rango. Así, si Cornelia quería ser reconocida como miembro ilustre de la *gens* a la que pertenecía, debía llevar la *stola* correspondiente y el acompañante dejar claro su noble condición.

Cornelia representa la virtud legendaria, y como figura idealizada,

<sup>84</sup> V. con respecto a la vestimenta de los jóvenes, E. POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, p. 112, nt. 31: «Otherwise, it is to be noted already here that it was a generally accepted custom in Rome that the free-born young man under 17 years of age (*ingenuus*) and the *ingenua*, not married, as yet, wore a purple-edged *toga* (*toga praetexta*), he, therefore, being: *praetextatus*, indicating his rank».

es considerada también el mejor ejemplo de conducta decorosa, de pudor extremo y de matrona perfecta en todos los sentidos, por lo que hemos estimado necesario hacer referencia a este edicto protector. Su importancia deriva de una protección especial a las mujeres que se lo merecieran por su posición casta y pudorosa, algo realmente especial, y no dejamos de pensar que la protección a favor de las mujeres dignas de la misma estaba en vigor ya en la época de la pudorosa Cornelia.

El pretor recoge en el edicto *de adtemptata pudicitia* las medidas dirigidas a la protección integral de la *materfamilias*, con una tradición anterior dirigida a preservar el honor de las matronas romanas, responsables de la transmisión perfecta de padres a hijos de una agnación revestida de auténtica y legítima cognación.

#### *Abstract*

Las mujeres en la antigua Roma estaban supeditadas a los hombres, en un régimen de patriarcado sumamente rígido con el comportamiento que debían tener las mujeres romanas, de acuerdo con los *mores maiorum*, fuente primigenia del derecho arcaico romano. Sin embargo, Cornelia, *univira* e ilustre *materfamilias*, inteligente e independiente, que influenció claramente en la actividad política de sus hijos, los hermanos Graco, se convirtió en un modelo virtuoso para las demás mujeres, siendo merecedora de un reconocimiento público con una estatua erigida en el foro romano.

Women in ancient Rome were subject to men, in a regime of patriarchy extremely rigid with the behavior that Roman women should have, according to the *mores maiorum*, primeval source of Roman archaic law. However, Cornelia, *univira* and illustrious *materfamilias*, intelligent and independent, which clearly influenced the political activity of her children, the Graco brothers, became a virtuous model for other women, being deserving of public recognition with a statue erected in the Roman forum.



MARIA VIRGINIA SANNA  
PATERNITÀ, MATERNITÀ, NASCITA  
E DINAMICHE PARENTALI  
NEL DIRITTO ROMANO ARCAICO

SOMMARIO: 1. Limitazioni al *ius vitae ac necis*. – 2. La φαρμακεία τέκνων. – 3. Conclusioni.

1. Limitazioni al *ius vitae ac necis*. – Il *iustum matrimonium*, *consortium omnis vitae*, *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*, istituito *liberorum quaerendorum causa*, era da sempre a Roma l'unico in grado di costituire la *familia* come nucleo portante della società romana, l'unico in grado di garantire una legittima discendenza. Il dovere principale della *matrona* romana era, come è noto, quello di procreare figli per il marito e per la *civitas*, figli sui quali il *paterfamilias* acquistava un potere che non aveva uguali presso (quasi tutti) gli altri popoli<sup>1</sup>, la *patria potestas*, la cui estensione giungeva ad attribuirgli il *ius vitae ac necis*. Pur essendo stata contestata, soprattutto dalla dottrina anglosassone degli anni Novanta, la visione tradizionale della *patria potestas*<sup>2</sup>, la dottrina prevalente ritiene tuttora

<sup>1</sup> Gai 1,55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*

<sup>2</sup> Vedi in particolare R.P. SALLER, *Men's Age at Marriage and its Consequences in the Roman Family*, in *Class. Phil.*, LXXXII, 1987, pp. 21 ss.; ID., *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge 1997; ID., *Paterfamilias, materfamilias, and the Gendered Semantics of the Roman Household*, in *Class. Phil.*, XCIV, 1999, pp. 182 ss. In R.P. SALLER, B.D. SHAW, *Tombstones and Roman Family Relations in the Principate: Civilians Soldiers and Slaves*, in *JRS*, LXXIV, 1984, pp. 124 ss., si evidenzia, in base all'esame di numerose iscrizioni funerarie romane, la quasi esclusiva rilevanza delle relazioni esistenti all'interno della famiglia "nucleare" e non "patriarcale". Il fatto che le mogli risultassero, in genere, di circa dieci anni più giovani dei mariti, mostra che gli uomini si sposavano in età già adulta; sarebbero stati sottoposti alla *patria potestas* al momento del primo matrimonio solo un terzo de-

il *ius vitae ac necis* un potere assoluto, che poteva trovare nell'epoca antica un temperamento solo nei *mores*<sup>3</sup>. Se il padre decideva di

gli appartenenti al ceto senatorio e un quinto degli altri uomini. La *familia* romana non sarebbe stata, pertanto, composta da numerose generazioni tutte sottoposte al potere del *paterfamilias*, ma si sarebbe avvicinata alla famiglia nucleare.

<sup>3</sup> Come è noto, l'estensione della *patria potestas*, la sua durata sino alla morte del titolare, la sostanziale vicinanza al *dominium* sugli schiavi, avevano portato P. BONFANTE, *La gens e la familia*, in *BIDR*, I, 1888, pp. 236 ss., ora in *Scritti*, I, Roma 2007, pp. 23 ss.; ID., *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *RISG*, LV, 1915, pp. 259 ss., ora in *Scritti*, I, cit., pp. 39 ss., a vedere nel potere del *pater* sulla *familia* in epoca arcaica una "sovranità politica". L'antico diritto romano non avrebbe posto limiti all'esercizio dei poteri del *paterfamilias*, limiti che potevano essere trovati solo nei *mores maiorum*, «norme giuridiche in lato senso, relative ad un organismo politico distinto dalla *civitas*». E. ALBERTARIO, *Studi sugli alimenti*, in *Studi*, I, Milano 1933, p. 252 nt. 2, parla di una reazione all'esercizio del *ius vitae ac necis* opposta dai *mores domestici*, «che lo infrenano, lo disciplinano, gli tolgono – insomma – il carattere di esercizio arbitrario di un diritto»; per A.M. DE DOMINICIS, *Spunti in tema di patria potestas e cognazione*, in *Studi Segni*, Milano 1957, p. 574, la potestà familiare rispetto a tutti i sottoposti, di cui estrinsecazione massima era il *ius vitae ac necis*, dovette conoscere, in origine, come solo limite precetti del diritto sacro e usi interni della famiglia. Secondo A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli 2001, pp. 32 s., nt. 39.2, solo il costume sociale, altamente civile, dei Romani tratteneva sin dai più antichi tempi i *patres familiarum* dal valersi effettivamente e drasticamente delle loro facoltà. Nei tempi più antichi, pertanto, sarebbero stati solo il sentimento religioso e la coscienza sociale a limitare l'esercizio del potere, il cui abuso in epoca preclassica sarebbe, invece, stato colpito con la nota censoria. Per E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni delle pene di morte nell'antichità classica*, Milano 1996, pp. 129 ss., stabilendo la sua autorità, la *civitas* non aveva spogliato i *patres* delle loro prerogative e non li aveva privati dei loro poteri; come avevano sempre fatto, essi continuavano ad esercitare il *ius vitae ac necis* uccidendo o facendo uccidere i *fili* e le *filiae* colpevoli di aver tenuto comportamenti che le antiche consuetudini familiari e la nuova coscienza sociale cittadina ritenevano dovessero essere puniti. Il diritto della *civitas* in un primo momento non si preoccupò di individuarli; confermando il *ius puniendi* del *pater* e riconoscendolo come una delle istituzioni cittadine lasciò inalterato il potere di decidere quando e come esercitarlo. L'autrice, in *Famiglia romana e demografia sociale. Spunti di riflessione critica e metodologica*, in *Iura*, XLIII, 1992, pp. 99 ss., ora in A. MAFFI, L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e società in Grecia e a Roma, Scritti scelti*, Milano 2011, pp. 879 ss., critica le tesi del Saller, per il quale l'irrilevante percentuale di adulti *alieni iuris* avrebbe fatto sì che il *ius vitae ac necis* venisse esercitato assai raramente, per non dire del tutto eccezionalmente, osservando che, al di là delle considerazioni specifiche sul diverso valore e sulla diversa possibile utilizzazione dei vari tipi di fonti extragiuridiche, si è ecceduto nella svalutazione delle fonti giuridiche e delle regole da esse riportate. Negare il valore delle regole giuridiche ai fini della ricostruzione storica, o comunque sottovalutarle al punto da ignorarle, per la Cantarella, significa dimenticare che queste regole hanno comunque notevoli con-

accogliere il figlio nella famiglia, lo sollevava da terra con un atto definito *tollere liberos*<sup>4</sup>, atto sul cui valore giuridico si è molto discusso<sup>5</sup>, in quanto, per la dottrina risalente, avrebbe comportato la nascita della *patria potestas*<sup>6</sup>. Da tempo si è, peraltro, messo in evidenza che,

sequenze sulla vita reale, anche quando vengono disapplicate. Osserva, di recente, V. MAROTTA, *La formazione del ius civile*, in *Antiquissima iuris sapientia. Saec. VI-III a.C.*, Roma 2019, pp. 23 ss., in part. pp. 27 s., che è probabile che fosse ben viva, tra V e IV sec. a.C., la consapevolezza che alla *patria potestas* ineriva l'esercizio di un potere pubblico.

<sup>4</sup> A. ROMANO, *Tollere liberos: uomo donna e potere*, in *Studi Guarino*, II, Napoli 1984, pp. 881 ss., propone un diverso valore del *tollere liberos* come testimonianza di un originario rito di 'couvade'.

<sup>5</sup> Si vedano J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes*, in *Mélanges Girard*, I, Paris 1912, pp. 326 ss.; S. PEROZZI, *Tollere liberum*, in *Studi Simoncelli*, Napoli 1915, pp. 237 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 1948, pp. 95 ss.; F. LANFRANCHI, *Ius exponendi e obbligo alimentare nel diritto romano-classico*, in *SDHI*, VI, 1940, pp. 5 ss.; G. GUALANDI, *Tollere liberos in un passo di Petronio*, in *RISG*, LXXXIX, 1952-53, pp. 413 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 280; A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, XII, 1966, pp. 410 s., ID., *Tollere liberos*, in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli 1995, pp. 539 s.; A. WATSON, *The Law of Persons in Later Roman Republic*, Oxford 1967, pp. 77 ss. Non del tutto chiaro appare il pensiero di E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, in *Festschrift Schulz*, Weimar 1951, pp. 388 ss.; ID., *Ancora in tema di tollere liberos*, in *Iura*, III, 1952, pp. 216 ss.; ID., *voce Famiglia (dir. Rom.)* in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, pp. 723 ss., in part. p. 738, il quale, se da un lato afferma che il misterioso atto del padre di *tollere liberos* al momento della nascita dei figli, ricordato da varie fonti letterarie e numerosi diplomi militari (il che prova l'uso tecnico dell'espressione), «può ritenersi atto avente efficacia agli effetti del riconoscimento della legittimità del figlio e conseguentemente della sua sottoposizione alla *patria potestas* del padre», conclude poi nel senso che «il *paterfamilias* non può rinunciare alla *patria potestas* nemmeno ricorrendo all'*expositio*. Come mostrano più testi, il padre espositore conserva la *patria potestas* sull'esposto e può sempre rivendicarlo come proprio». L'autore dedica particolare attenzione (si veda *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*, in *Studi Redenti*, II, Milano 1950, p. 19) alla clausola contenuta nei diplomi militari: *proinde liberos tollant, ac si ex duobus civibus Romanis natos (F.I.R.A. I, p. 233)*. Rientrava nelle facoltà dell'Imperatore attribuire ai veterani al momento della *honestas missio* il *conubium* con le donne peregrine con le quali avevano vissuto e, secondo l'autore, l'acquisto della *patria potestas* sui figli avuti in precedenza, come se fossero nati da due cittadini romani. Tali problemi diventarono, comunque, meno rilevanti in seguito alla concessione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero da parte di Caracalla nel 212 d.C.

<sup>6</sup> L'espressione *tollere liberos* ricorre spesso nelle fonti letterarie. Si vedano, tra gli altri, Plauto (*Amph.* 499; *Truc.* 398); Terenzio (*Andr.* 219, 401, 464, 625; *Heaut.* 626, 664; *Hec.* 575, 703); Livio 4,54,7; 5,30,8; Ovidio *Met.* 9,699; Petronio *Sat.* 116,7. In *Amph.* 499 ss. (*Bene vale, Alcumena, cura rem communem, quod facis, atque imperce quaeso: menses iam tibi esse actos vides. Mibi necesse est ire hinc; verum*

se così fosse, in caso di esposizione non nascerebbe in capo al *pater*

*quod erit natum tollito*), Giove parla ad Alcmena, incinta del marito Amphitruo, di cui egli ha assunto le sembianze, preso da *amor* per lei. Alcmena partorirà due gemelli – uno, che nascerà dopo nove mesi dal concepimento, di Amphitruo, il secondo, che nascerà settimino, di Giove – con un solo parto, in modo da evitare il sospetto di adulterio e mantenere nascosto l'accaduto. In *Truc.* 398 (*si quod peperissem id <non n>ecarem ac tollerem, bona sua med habiturum omnia [esse]*) si pone in evidenza l'alternativa tra *necare* (esporre) e *tollere* (riconoscere, allevare). Nell'*Andria* di Terenzio Glicerio, peregrina, è violentata da Panfilo e rimane incinta; Panfilo, promesso dal padre a un'altra, ama Glicerio e vuole riconoscere il figlio (219: *quidquid peperisset decreverunt tollere*, 401: *nam pollicitus sum suscepturum*, 464: *nam quod peperisset iussit tolli*). Si scopre, come spesso accade nelle commedie di Plauto e Terenzio, che Glicerio è nata libera e pertanto Panfilo e Gliceria possono sposarsi. N. SANTORO, *Tollere liberos*, in *Index*, XXVIII, 2000, pp. 273 ss., ritiene che dal commento di Elio Donato al verso 464 (*Nam quod peperisset iussit tolli*) *Tolli, id est suscipi: legitimos filios faciunt partus et sublatio; matris est parere, patris tollere*, si possa ricavare il valore tecnico e il significato giuridico del termine *tollere liberos*. Due sarebbero i requisiti di legittimità dei figli: 1) il *partus*, ossia la nascita *ex iustis nuptiis* 2) la *sublatio*, ossia l'atto del *tollere natus*, che da atto materiale diventerebbe atto simbolico e formale: una sorta di ratifica dello stato di legittimità del figlio. Obietta A. GUARINO, *Tollere liberos*, cit., pp. 539 s., che nella commedia non si fa riferimento a un *iustum matrimonium*, ma a un'unione che più *iniusta* non potrebbe essere, tanto più che Glicerio è straniera. Elio Donato, che scrive nel IV secolo, può avere inteso dire, per l'autore, che se da un rapporto concubinario nasce un figlio, ci può essere legittimazione mediante *sublatio*, cioè mediante il *tollere natum*, il che fa pensare alla legittimazione *per susequens matrimonium*. In *Heauton Timorumenos*, Sostrata confessa al marito Cremete di avere tanti anni prima consegnato la figlia a una vecchia di Corinto perché la esponesse, avendo egli dichiarato di non voler *tollere* la figlia, se fosse nata femmina (626: *meministin me gravidam et mihi te maximo opere edicere, si puellam parem, nolle tolli? Scio quid feceris: sustulisti... minime; sed erat hic Corinthia anus haud impura; ei dedi exponendam... si meum imperium e sequi voluisses, interemptam oportuit, non simulare mortem verbis, re ipsa spem vitae dare*, 664: *ne nunc animo ita esses duro ut olim in tollendo*). Nella *Hecira* Panfilo, che ha violentato una giovane, Filomena, l'ha poi sposata senza riconoscerla. La giovane, incinta, per nascondere la gravidanza, si trasferisce a casa dalla madre dove partorisce, ma Panfilo, venuto a sapere del parto, attribuito ad un altro uomo, non vuole riprendere la moglie. La madre, Mirrina, a conoscenza della violenza subita dalla figlia, ma non del fatto che il violentatore è Panfilo, e non potendo rivelare la verità al marito Fidippo, si preoccupa che questi costringa la figlia a tenere il bambino, di cui non si sa chi sia il padre (571: *si puerum ut tollam cogit, cuius nos qui sit nescimus pater*). Panfilo, sempre all'oscuro del fatto che il figlio è suo, ritiene che il bambino non sarà allevato (riconosciuto): *nam puerum iniussu credo non tolerant meo* (704). Livio riferisce che la plebe, esasperata per la mancata concessione dei *tribunicia comitia*, elesse per la prima volta dei questori plebei; i patrizi fremevano per lo sdegno, perché, andando così le cose, non sarebbe più valsa la pena di

la *patria potestas*, mentre, per lo meno nel periodo classico, le fonti affermano che, se anche l'esposto veniva allevato da altri, era comunque *suus* del padre<sup>7</sup>, che sin dalle XII Tavole anche *is qui in utero fuit* veniva ammesso all'eredità legittima, se nasceva entro 10 mesi dalla morte del padre<sup>8</sup>, che il *pater furiosus* non solo manteneva la

allevare (riconoscere) dei figli che sarebbero rimasti *sine imperiis ac potestatibus* (4,54,7: *negare, si ea ita sint, liberos tollendos esse, qui pulsi maiorum loco cernentesque alios in possessione dignitatis suae, salii flaminesque nusquam alio quam ad sacrificandum pro populo sine imperiis ac potestatibus relinquuntur*). In riferimento alla concessione a ogni plebeo di sette iugeri dell'agro di Veio, Livio afferma poi che tale assegnazione sarebbe spettata non solo ai *patres*, ma a ogni figlio che abitasse con loro, in modo che tutti con questa speranza potessero *tollere* dei figli (5,30,8: *nec patribus familiae tantum, sed ut omnium in domo liberorum capitum ratio haberetur, vellentque in eam spem liberos tollere*). Nelle Metamorfosi di Ovidio, Ligdo manifesta l'intenzione, se la figlia sarà femmina, di metterla a morte (9,678 ss.: *edita forte tuo fuerit si femina partu (Invitus mando; pietas, ignosce) necetur*). Mentre la moglie, disperata, dormiva, le apparve in sogno la dea che così parlò: *nec dubita, cum te partu Lucina levarit, tollere quidquid erit* (9, 699). Petronio nel *Satyricon* parla della città di Crotona, in cui nessuno voleva più avere figli: *in hanc urbe nemo liberos tollit, quia quisquis suos heredes habet, non ad cenas, non ad spectacula admittitur, sed omnibus prohibetur commodis, inter ignominiosos latitat* (116,7).

<sup>7</sup> Si vedano D. 22,3,29,1 (Scaev. 9 dig.): *Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est. quaesitum est an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec ob sit professio a matre irata facta. respondit veritati locum superfore*, D. 40,4,29 (Scaev. 23 dig.) *Uxorem praegnatam repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris vocitatus usque: ad vitae tempus patris tam ab eo quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab avia paterna adgnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet. quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non valere*. F. LANFRANCHI, *Ius exponendi*, cit., pp. 48 ss., ritiene che l'esposto in questo caso avrebbe potuto far valere i suoi diritti per via dell'*agnitio* compiuta dalla madre (e dalla nonna paterna). La *patria potestas* in seguito all'esposizione rimarrebbe in uno stato di quiescenza e riprenderebbe vita solo in seguito all'*agnitio*.

<sup>8</sup> D. 38,16,3,9 (Ulp. 14 *ad Sab.*): *Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. inde solet remonari insequentes sibi adgnatos, quibus praefertur, si fuerit editus: inde et partem facit his qui pari gradu sunt, ut puta frater unus est et uterus, vel patris filius unus natus et qui in utero est*; D. 38,16,3,11: *Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem*.

*potestas* sui figli avuti precedentemente, ma l'acquistava anche su quelli che, *concepiti ante furorem*, nascevano *in furore*<sup>9</sup>.

Osserva di recente il Capogrossi<sup>10</sup> che facendo coincidere il «misterioso – per il suo contenuto giuridico – ma altamente simbolico rituale del *tollere liberos*» con il diritto della città, si incontra l'ostacolo insormontabile delle regole di questo diritto, in base al quale l'ingresso nella famiglia, con la conseguente definizione di figlio legittimo e *suus*, prescindeva dalla cerimonia in questione e dalla stessa manifestazione di volontà che poteva esservi sostanziata, ostacolo che potrebbe, però, superarsi ove si ammettesse “la recenziarietà di questo diritto cittadino rispetto alla piena efficacia dell'istituto”.

Se la dottrina prevalente, pur nella diversità di opinioni riguardo la qualificazione giuridica dell'atto del *tollere liberos*, ritiene, comunque, la *patria potestas*, e il conseguente *ius vitae ac necis*, un potere limitato solo da tardi interventi imperiali<sup>11</sup>, non si può escludere che

<sup>9</sup> D. 1,6,8 pr. (Ulp. 26 *ad Sab.*): *Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt: idem et in omnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate. nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate. quare non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt.*

<sup>10</sup> L. CAPOGROSSI, *La patria potestas ed i molti significati di famiglia*, in *Anatomie della paternità, Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce 2019, pp. 37 ss., in part. pp. 41 s. L'autore ha modificato le sue posizioni nel corso degli anni; se in *La struttura della proprietà e formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, I, Milano 1969, pp. 224 ss., osservava che anteriormente all'atto del *tollere liberos* il neonato non apparteneva ancora al gruppo familiare e poteva essere assimilato ad una *res alienabile* (quindi assoggettabile in schiavitù) o passibile di essere abbandonato alla sua sorte (ma vedi una prima precisazione in *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma 1986, p. 197 nt. 18), in voce *Patria Potestas*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, p. 242, osservava che si potrebbe immaginare che l'atto di *tollere liberos*, col quale il *pater* manifestava la volontà di accogliere il figlio nella famiglia, avesse almeno in origine efficacia ai fini dell'acquisto della *patria potestas*, così come in *Tollere liberos*, in *MEFRA*, CII, 1990, pp. 107 ss., si chiedeva se al forte valore sociale della cerimonia del *tollere liberos* corrispondesse, se non altro nella fase più antica, una specifica efficacia giuridica. In *Tollere liberos, un mito dei moderni? in Festschrift für R. Knüttel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, pp. 131 ss., ora in *Itinera, Pagine scelte di L. Capogrossi Colognesi*, Lecce 2017, pp. 207 ss., l'autore critica la tesi di B.D. SHAW, *Raising and Killing Children: Two Roman Myths*, in *Mnemosyne*, LIV, 2001, pp. 33 ss., per il quale il *tollere liberos*, così come il *ius vitae ac necis*, sarebbe “a modern myth”.

<sup>11</sup> Il potere del *pater* di *occidere* il *filius* sembra, peraltro, necessitare di una *iusta causa* sin dalle XII Tavole, se prestiamo fede al lacunoso e molto discusso Gai

limitazioni esistessero già dai tempi più antichi. Se, infatti, prestiamo fede a Dionigi, Romolo avrebbe imposto di allevare tutti i figli maschi e le figlie primogenite e di non uccidere i figli minori di tre anni, se non i nati storpi o mostruosi. Questi potevano essere esposti se cinque vicini, a cui fossero mostrati, avessero condiviso il parere (sulla loro deformità)<sup>12</sup>:

Dion. 2,15,2: πρῶτον μὲν εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκίτορας αὐτῆς ἅπασαν ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύουσι δὲ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. ταῦτα δ' οὐκ ἐκάλυπεν ἐκτιθέναι τοὺς γειναμένους ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κάκεινοις συνδοκῆ. κατὰ δὲ τῶν μὴ πειθομένων τῷ νόμῳ ζημίας ὄρισεν ἄλλας τε καὶ τῆς οὐσίας αὐτῶν τὴν ἡμίσειαν εἶναι δημοσίαν<sup>13</sup>

Aug. 4,85: *ergo cum praetor dedere dom... parentem putes... iure uti t... domino vel parenti et occidere eum et mortuum dedere in noxam... patria potestas potest... n... cum patris potestas talis est ut habeat vitae et necis potestatem. 86 de filio hoc tractari crudele est, sed... non est post... r... occidere sine iusta causa, ut constituit lex XII tabularum.* La testimonianza non trova riscontro nelle Istituzioni di Gaio, anche esse lacunose, ed è stata posta in dubbio da buona parte della dottrina (di recente, A. TORRENT, *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*, in *Index*, XXXV, 2007, pp. 159 ss., in part. p. 161, ritiene “muy dubioso” che le XII Tavole alle quali si richiama Frag. Aug. 4,86, abbiano imposto l’esigenza della *iusta causa*); per B. ALBANESE, *Note sull’evoluzione storica del ius vitae ac necis*, in *Scritti Ferrini*, III, Milano 1948, pp. 343 ss., ora in *Scritti*, I, Palermo 1991, pp. 3 ss., in part. pp. 17 ss., è, invece, verosimile che anche nelle Istituzioni di Gaio, buon conoscitore delle XII Tavole, si facesse menzione di un limite decemvirale all’esercizio del *ius vitae ac necis* nei confronti dei figli, condizionato all’esistenza di una *iusta causa*; per P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, XXXI, 1980, pp. 37 ss., ora in *Studi*, II, Padova 1985, pp. 397 ss., si tratterebbe di un’*interpretatio* postdecemvirale, che avrebbe visto nel potere dato al *pater* di uccidere il figlio deforme l’applicazione di un principio per cui il *ius occidendi* doveva avere una giustificazione. Per R.P. SALLER, *Patriarchy*, cit., pp. 103 ss., già in epoca antica gli abusi del padre sarebbero stati colpiti con le note *ensoriae*.

<sup>12</sup> Per L. CAPOGROSSI, voce *Patria potestà*, cit., pp. 242 ss., si tratterebbe di due norme distinte: poiché Dionigi ricorda che dal divieto di uccisione erano esentati i padri di bambini nati deformati o mostruosi, è probabile che la norma successiva secondo cui il padre poteva esporre il neonato dopo averlo mostrato a cinque vicini e averne ottenuto il consenso, si ricollegli in qualche modo alla precedente disposizione, e che tale formalità servisse a limitare l’esposizione degli infanti ai soli casi di loro deformità. In ogni caso, per l’autore, la norma di Dionigi rivela comunque un forte controllo sociale nell’esercizio dei poteri paterni sin dalla più alta antichità.

<sup>13</sup> Parte della dottrina ha ritenuto che Dionigi, con il riferimento alla necessità

Dionigi attribuisce, dunque, a Romolo l'imposizione dell'obbligo di allevare i figli maschi e le figlie primogenite, di non uccidere i figli minori di tre anni, tranne quelli deformati o mostruosi, e la possibilità di esporre questi ultimi. Nel caso dei figli deformati o mostruosi, si avrebbe, pertanto, un'eccezione sia al divieto di uccidere i minori di tre anni, sia all'obbligo di allevare i figli maschi e le figlie primogenite; il racconto dello storico greco, è stato, peraltro, ritenuto, come è noto, inattendibile dalla dottrina più risalente<sup>14</sup>, che poneva in discussione la stessa esistenza delle *leges regiae*<sup>15</sup>, in quanto, permet-

del controllo dei vicini, potesse alludere al *consilium domesticum*, su cui si vedano, tra la dottrina moderna, W. KUNKEL, *Das Konsilium im Hausgericht*, in ZSS, LXXXIII, 1966, pp. 219 ss.; A. BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, in AG, CXCI, 1976, pp. 69 ss.; F. AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli 1983, pp. 49 ss.; A. RUGGIERO, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas. Scritti Guarino*, IV, Napoli 1984, pp. 1593 ss.; G. OLIVIERO, *Il diritto di famiglia delle leges regiae*, in SDHI, LXXIV, 2008, p. 563 nt. 15; C. RUSSO RUGGERI, *Iudicium domesticum e iudicium publicum in Cic. de fin. 1.7.24*, in SDHI, LXXV, 2009, pp. 515 ss.; EAD., *Ancora in tema di iudicium domesticum*, in IAH, II, 2010, pp. 51 ss.; M.J. BRAVO BOSCH, *El iudicium domesticum*, in *Revista general de derecho Romano*, XVII, 2011; N. DONADIO, *Iudicium domesticum, riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla patria potestas*, in *Index*, IL, 2012, pp. 175 ss. La maggior parte della dottrina riconosce oggi l'esistenza di una giurisdizione familiare del *pater* con l'assistenza di un *consilium domesticum*, mentre E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in RISG, LXXXV, 1948, pp. 103 ss., ora in *Scritti*, II, Napoli 1991, pp. 127 ss., aveva ritenuto, come è noto, che nei casi ricordati dalle fonti di *consilia* e *iudicia domestica* non si ravvisi nessuna limitazione legale della *patria potestas*: il *paterfamilias* esercita, in quanto tale, la sua *potestas* e può sentire il parere di parenti e amici, ma questo parere non lo obbliga, ed egli non è tenuto a ricorrervi. Per L. CAPOGROSSI, voce *Patria potestà*, cit., pp. 242 ss., già le più antiche consuetudini giuridiche romane, gli antichi *mores*, legittimavano il *pater* ad una repressione così grave, la morte, solo dopo che si fosse consultato un consiglio di parenti e amici, indicato in genere, ma non del tutto esattamente, come *iudicium domesticum*.

<sup>14</sup> C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano 1900, p. 855 nt. 1, espresse il parere che i limiti contenuti in *Ant. Rom.* 2,15 non costituissero probabilmente che un precetto religioso; per S. PEROZZI, *Tollere liberum*, cit., pp. 95 ss., l'informazione di Dionigi è utilizzabile «come espressione di idee antiche e di antichi costumi»; E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale*, cit., pp. 127 ss., aderiva alle tesi di J. CARCOPINO, *Les pretendues "lois royales"*, in *Melanges d'archeologie et d'histoire*, LIV, 1937, pp. 344 s., per il quale le "mitiche leggi regie" cui si riferisce Dionigi sarebbero una tarda redazione del 46 a.C. di un autore appartenente alla setta dei Pitagorici, i cui principi risulterebbero applicati nelle pretese norme giuridiche ed in modo particolarmente evidente nelle disposizioni relative alle sanzioni contro le donne colpevoli di aver bevuto vino.

<sup>15</sup> La possibilità che le *leges regiae* fossero non solo redatte per iscritto, ma an-

tendo l'esposizione solo per i neonati deformati<sup>16</sup>, limiterebbe il *ius vitae ac necis*, mentre il *pater* avrebbe sempre avuto un potere illimitato di esporre i suoi discendenti o i discendenti dei sottoposti alla sua *potestas*<sup>17</sup>.

Non tutta la dottrina concorda, peraltro, sulla circostanza che il permesso di esposizione riguardasse solo i figli deformati o mostruosi: per il Franciosi<sup>18</sup>, infatti, avrebbe riguardato i figli primogeniti di entrambi i sessi, che sarebbero potuti essere esposti col consenso di 5 vicini, per l'Humbert<sup>19</sup> i minori di tre anni<sup>20</sup>. Né l'ipotesi del Fran-

che incise e affisse in pubblico, sembra ormai difficilmente contestabile, dal momento che il cippo arcaico rinvenuto sotto il *lapis niger* nel Comizio conserva i resti di una disposizione di legge di carattere religioso, con la relativa formula sanzionatoria (*sakros esed*), oggi comunemente datata intorno al 575-550 a.C. Lo stesso Dionigi (3,36,4) racconta che le leggi di Numa non molto tempo dopo la morte del re sarebbero state raccolte, incise su corteccia d'albero ed esposte nel foro. Sempre per Dionigi (4,43), Tarquinio abolì le precedenti *leges* scritte, e non lasciò neppure le tavole su cui erano incise, ma ordinò di rimuoverle dal foro; per Livio dopo l'incendio gallico i tribuni diedero ordine di raccogliere le XII Tavole e *quaedam regiae leges*, che vennero ripubblicate. Si vedano S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*, XXXVII, 1971, pp. 1 ss.; C. GIOFFREDI, *Funzioni e limiti della patria potestas*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, pp. 75 ss., in part. pp. 108 s.; G. POMA, *Schiavi e schiavitù in Dionigi di Alicarnasso*, in *Rivista storica dell'antichità*, XI, 1981, pp. 69 ss.; B. SANTALUCIA, *Il processo penale nelle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano*. Copanello 3-7 giugno 1984, Napoli 1988, pp. 235 ss.; L. FASCIONE, *Il mondo nuovo. La costituzione romana nella Storia di Roma arcaica di Dionigi di Alicarnasso*, Napoli 1988; E. GABBA, *Dionigi e la Storia di Roma Arcaica*, Bari 1996; G. DI TROLIO, *Le leges regiae in Dionigi d'Alicarnasso, I, La monarchia latino-sabina*, Napoli 2017.

<sup>16</sup> Secondo G. PUGLIESE, *Note sull'expositio in diritto romano*, in *Studi Sanfilippo VI*, Milano 1985, pp. 629 ss., per Dionigi Romolo, presupponendo la vita *necisque potestas*, fatta risalire da Pap. Coll. 4,8,1 a una *lex regia*, l'avrebbe limitata, vietando in massima di uccidere nati di età inferiore ai tre anni compiuti e prescrivendo di allevare tutti i figli maschi e le figlie primogenite. Sembra, comunque, sicuro, per l'autore, che non solo l'uccisione, ma anche l'esposizione di neonati siano state vietate all'inizio del *regnum*, salvo che si fosse trattato di figlie non primogenite o di nati malformati o mostruosi; il divieto aveva probabilmente natura o efficacia giuridico-religiosa.

<sup>17</sup> E. VOLTERRA, voce *Esposizione dei nati (diritto greco e diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino 1960, pp. 878 ss.

<sup>18</sup> G. FRANCIOSI, *Corso Istituzioni Diritto romano*<sup>3</sup>, Torino 2000, p. 130: Dionigi avrebbe attribuito a Romolo una norma in base alla quale nel caso di figli primogeniti di entrambi i sessi la legittimità dell'*expositio* era subordinata al consenso di 5 vicini.

<sup>19</sup> M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Edition et commentaire*, Rome 2018, p.

ciosi né quella dell'Humbert appaiono però suffragate dalla fonte: il τὰυτα sembra riferito ai τέρατα, unico caso in cui, comunque, può avere un senso l'intervento dei vicini per constatare l'effettiva deformità. Se l'obiezione del Volterra risulta, pertanto, ancora valida, perché l'esposizione fu praticata a Roma non solo per i figli mostruosi o storpi e per le figlie femmine non primogenite, anche se soprattutto per loro, si pone il problema di capire se e come i divieti contenuti nella *lex regia* di Romolo siano stati recepiti nel diritto successivo. Se nelle XII Tavole – Tab. IV, 1 (Cic. *leg.* 3,8,19): *cum esset cito necatus tamquam ex duodecim tabulis insignis ad deformitatem puer*<sup>21</sup> – si parla della

146: Romolo «n'interdit pas aux parentes d'exposer les enfants (de moins de trois ans) a condition qu'ils les présentassent d'abord à cinq voisins et que ceux-ci les approuvent».

<sup>20</sup> Per S. PEROZZI, *Tollere liberum*, cit., pp. 95 ss., gli antichi avrebbero distinto l'età successiva al parto, prima che il figlio fosse nutrito, e l'età fra il primo nutrimento e i tre anni: il figlio appena nato non ancora nutrito poteva essere conservato in vita o ucciso in forza della *patria potestas*; se non veniva ucciso o – il che è quasi lo stesso – esposto, il padre non avrebbe più potuto, sino ai tre anni, ucciderlo in forza della *patria potestas*, perché solo a partire da quell'età il bambino, manifestando intelligenza e volontà, sarebbe stato passibile di punizione e quindi dell'esercizio del *ius vitae ac necis*.

<sup>21</sup> Questa la versione accolta nei *F.I.R.A.* Cicerone nel *de legibus*, trattando della soppressione del tribunato poco dopo la sua istituzione, la paragonava alla soppressione dei nati deformati, 3,8,19: *Deinde, quom esset cito legatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer, brevi tempore nescio quo pacto recreatus multoque taetrius et foedius renatus est*. Per B. ALBANESE, *Appunti su XII Tab. 4.1 (Uccisione dei neonati deformati)*, in *Mélanges Sturm*, I, Liège 1999, pp. 3 ss., ora in *Scritti IV*, Torino 2006, pp. 663 ss., alla lettura *cito legatus* è preferibile *cito necatus*, proposta da Pierre Dupuy, e seguita dalla maggior parte dei moderni editori del *de legibus*, avvalorata, a suo avviso, dal fatto che le locuzioni connesse a *nex* sono applicate specificamente all'uccisione non cruenta (Fest. s.v. *Neci datus* L. 158: *proprie dicitur, qui sine vulnere interfectus est ut veneno aut fame*), e sembra assai probabile che secondo l'antico diritto e i *mores* la soppressione dei neonati deformati dovesse essere realizzata in modo non cruento. Se si accogliesse la lettura *ablegatus*, ammettendo che il precetto decemvirale imponesse non la soppressione ma l'allontanamento, verrebbe meno, per l'autore, ogni corrispondenza con l'abolizione del tribunato della plebe. Per quanto riguarda l'espressione *puer insignis ad deformitatem*, per l'Albanese è improponibile una menzione decemvirale della *deformatitas*, mentre *insignis* con riferimento a difetti fisici viene utilizzato in Festo (Fest. s.v. *Insignes* L. 101: *Insignes appellantur boves, qui in femine et in pede album habent, quasi insigniti*). Di recente M. HUMBERT, *La loi des XII Tables*, cit., p. 144, propone la lettura *Insignitus puer cito necatus esto: insignis* esprimerebbe il difetto d'un essere umano «porteur d'une anomalie susceptible di essere un grave signum sacré négatif, ou d'un animal marqué d'une tare qui le rend impropre à un sacrifice».

uccisione dei nati deformati, da alcuni ritenuta ormai un obbligo mentre nella *lex* di Romolo sarebbe stata solo una possibilità<sup>22</sup>, nulla si dice sul divieto dell'uccisione degli altri figli di età inferiore a tre anni, e sul divieto della loro esposizione<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> In tal senso G. PUGLIESE, *Note sull'expositio*, cit., pp. 629 ss., per il quale le XII Tavole, stando a Cic. *de leg.* 3,8,19, avrebbero trasformato in obbligo quella che, in seguito ai divieti posti da Romolo o altri alla *patria potestas*, era residuata come facoltà del *pater familias*: l'uccisione dei figli malformati o mostruosi; per M. HUMBERT, *La loi des XII Tables*, cit., pp. 144 ss., l'eliminazione dell'essere difforme, che appare in Dionigi come una tolleranza, come un'eccezione all'interdizione di uccidere gli infanti di meno di tre anni, nelle XII Tavole «èst érigèè en une obligation».

<sup>23</sup> In epoca classica le fonti giuridiche si occupano dei *monstra* non relativamente alla loro uccisione o esposizione, ma alla loro qualità di *liberi*. Si vedano D. 50,16,135 (Ulp. 4 *ad Iul. et Pap.*): *Quaeret aliquis, si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis impetetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet*, D. 28,2,12 (Ulp. 9 *ad Sab.*): *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit*, Pauli Sent. 4,9,3-4 *ad S.C. Tertullianum: Mulier si monstrum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur* 4. *Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit*, D. 1,5,14 (Paul. 4 *sent.*): *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur*. Fra Ulpiano e Paolo sembra esistere un contrasto: in D. 50,16,135 Ulpiano afferma che ai fini della *lex Iulia et Papia* giova alla madre anche chi ha aspetto più da animale che da uomo, *non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis*, in D. 28,12,1 che il *non integrum animal, cum spiritu tamen* rompe il testamento del padre; Paolo afferma, invece, ai fini del SC. *Tertullianum*, che non sono figli coloro che sono stati procreati *converso more* con forma contraria al genere umano. Alcuni autori hanno pensato ad una posizione più severa per il Tertulliano rispetto alla *lex Iulia et Papia*, ma non se ne vede la *ratio*, essendo tutti e due i provvedimenti tesi al vantaggio per la donna. La dottrina più recente (L. MONACO, *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in A. MAFFI, L. GAGLIARDI (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin 2011, pp. 410 s.; C. TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant. Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa 2013; A. PALMA, *Il nascituro come problema continuo nella storia del diritto*, in *TSDP*, VII, 2014; M. PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il corpo in Roma antica*, Pisa 2015, pp. 5 ss.) ritiene che il contrasto non sia in realtà tale perché anche per Ulpiano il mostro non è *homo*, non è figlio e non può tra-

2. La *φαρμακεία τέκνων*. – Né questa è l'unica *lex regia* della cui applicazione non troviamo notizia nelle epoche successive; lo stesso problema si pone per un'altra *lex* di Romolo<sup>24</sup> che, secondo Plutarco, avrebbe sanzionato col ripudio<sup>25</sup> le condotte della moglie consistenti in avvelenamento dei figli, sottrazione delle chiavi e adulterio:

*Vita Romuli* 22,3: ἔθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς, ὧν σφοδρὸς μὲν ἔστιν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακεία τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν.

Se il verbo *μοιχεύω* è impiegato senza dubbio per l'adulterio, maggiori problemi ha posto l'interpretazione delle espressioni *φαρμακεία τέκνων* e *κλειδῶν ὑποβολή*. La lettura del passo cambia, infatti, a seconda che si intenda *τέκνων* collegato a *φαρμακεία*, o *τέκνων* e *κλειδῶν* coordinati disgiuntivamente a *ὑποβολή* (*φαρμακεία <καὶ> τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ*). Se *φαρμακεία* può significare in generale avvelenamento, uso di farmaci o filtri, persino magia<sup>26</sup>, se la si ricollega a

smettere diritti di cui non è titolare in ragione della mancanza di forma umana. Pur non potendoci soffermare in questa sede sull'argomento, sul quale conto di tornare in un prossimo studio, mi pare che il contrasto esista: per Ulpiano conta ai fini del *ius liberorum* anche colui che non ha figura umana, *sed alterius, magis animalis quam hominis*, per Paolo non sono conteggiati come figli ai sensi del S.C. Tertulliano coloro che *contra formam humani generis procreantur*. Per G. CRIFÒ, *Prodigium e diritto: il caso dell'ermafrodita*, in *Index*, XXVII, 1999, pp. 113 ss., in part. p. 115, Paolo con D. 1,5,14 resta nello stesso ordine di idee, risalente almeno alla legge delle XII Tavole secondo Cicerone, di quell'eliminazione del figlio deforme che Seneca dal canto suo giustifica col criterio a *sanis inutilia secernere* (*de ira* 1,15,2: *Quid enim est cur oderim eum cui tum maxime prosum cum illum sibi eripio? Num quis membra sua tunc odit cum abscidit? Non est illa ira, sed misera curatio. Rabidos effligimus canes et truce[m] atque inmansuetum bovem occidimus et morbidis pecoribus, ne gregem polluant, ferrum demittimus; portentosos fetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrosique editi sunt, mergimus; nec ira sed ratio est a sanis inutilia secernere*).

<sup>24</sup> G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna 2003, p. 23, afferma, senza citare la fonte, che il primo cenno indiretto all'aborto si trova nella legge delle XII Tavole, secondo cui la madre poteva essere ripudiata dal marito per sottrazione di prole.

<sup>25</sup> La sanzione del ripudio è una sanzione molto grave, in quanto, avendo perduto la moglie, dato il periodo *in manu* del marito, i vincoli di *adgnatio* con la sua famiglia, sarebbe rimasta priva sia di uno *status familiae* sia di qualsiasi aspettativa ereditaria. Già G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano* III, Bologna 1889, p. 25, aveva parlato di un'indole del ripudio come di punizione della donna.

<sup>26</sup> M.I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio*, Salamanca 1998, p. 85: "el ejercicio de la magia".

τέκνων può essere, infatti, intesa anche come uso di farmaci abortivi; nella seconda lettura verrebbe meno, invece, il riferimento all'aborto e si alluderebbe in generale al veneficio.

La lettura di φαρμακεία τέκνων come aborto ha, peraltro, destato delle perplessità anche perché non è annoverata tra le colpe della moglie da Dionigi, che in *Ant. Rom.* 2,25,6 afferma che Romolo avrebbe ritenuto tali, e punibili con la morte dai συγγενεῖς insieme col marito, l'adulterio e il bere vino<sup>27</sup>:

*Ant. Rom.* 2,25,6. Ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί, ὃ πάντων ἐλάχιστον ἀμαρτημάτων Ἑλληνισι δόξεον ἂν ὑπάρχειν, εἴ τις οἶνον εὐρεθείη πιούσα γυνή. Ἀμφοτέρα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιοῦν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος, ὡς ἀμαρτημάτων γυναικείων ἔσχατα, φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς<sup>28</sup>.

Se, però, intendiamo il κλειδῶν ὑποβολή di Plutarco nel senso di sottrazione di chiavi della cella vinaria<sup>29</sup>, il divieto di bere il vino ri-

<sup>27</sup> Pur avendo la dottrina cercato di risolvere il contrasto tra i passi, esso non appare facilmente superabile. Secondo R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, pp. 232 ss., l'alternativa tra ripudio e *ius occidendi* sarebbe stata rimessa alla discrezionalità del marito; U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica*, Roma 1999, p. 146 nt. 26, ritiene che per l'adulterio e l'ubriachezza sarebbero stati possibili sia il *ius occidendi* sia il ripudio, per l'avvelenamento della prole il solo ripudio; P. GIUNTI, *Alle origini del ripudio, Criminalità femminile e dissolubilità del matrimonio in Roma arcaica*, Firenze 1993, pp. 45 ss.; EAD., *Consortes vitae, Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano 2004, pp. 67 ss., avanza, poi, la possibilità che anche Plutarco non abbia mai alluso alla possibilità di una condanna a morte, ma solamente al ripudio.

<sup>28</sup> Per E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico*, cit., p. 137, si attribuisce ad una leggendaria norma regia la facoltà di sottoporre a morte la donna *in manu*, dopo un esame compiuto dal *paterfamilias* assistito dai συγγενεῖς. Lo storico greco mostrerebbe di non conoscere bene l'istituto della *patria potestas* e il *ius vitae ac necis*: nell'esercizio della *patria potestas* è portato a vedere l'esercizio di un potere giurisdizionale, equivoco questo nel quale sarebbero caduti anche i moderni.

<sup>29</sup> Si veda Plinio *N.H.* 14,14,13: *Fabius Pictor in annalibus suis scripsit matronam, quod oculos in quibus erant claves cellae vinariae resignavisset, a suis inedia mori coactam, Cato ideo propinquos feminis osculum dare, ut scirent an temetu molerent. Hoc tum nomen vino erat, unde et temulentia appellata*. Per G. PICCALUGA, *Bona Dea, Due contributi all'interpretazione del suo culto*, in *Studi e Materiali di Storia delle Religioni*, XXXV, 1964, pp. 195 ss., alle donne non sarebbe stato proibito bere qualsiasi vino, ma solo il *temetum*, 'vino adoperato per fini rituali'. Sembra però utilizzare il termine *temetum* nel senso di vino in generale Gellio in *N.A.* 10,23: *Qui*

ferito da Dionigi<sup>30</sup> potrebbe essere accomunato al divieto, per Plutarco, di sottrarre le chiavi della cella del vino, dotato, anche secondo numerose fonti successive, di proprietà abortive<sup>31</sup> e collegato pertanto anche alla *φαρμακεία*.

Il Nardi<sup>32</sup>, come è noto, accogliendo una proposta precedentemente avanzata<sup>33</sup>, aveva proposto di collegare *τέκνων* e *κλειδῶν* con *ὑποβολῆ*, facendo venir meno l'allusione all'aborto, e creando un quarto motivo di ripudio: veneficio esercitato verso chiunque e non solo sul nascituro (*φαρμακεία*), supposizione di parto (*τέκνων ὑποβολῆ*),

*de victu atque cultu populi Romani scripserunt, mulieres Romae atque in Latio aetatem abstemia segisse, hoc est vino semper, quod «temetum» prisca lingua appellabatur, abstinuisse dicunt, institutumque ut cognatis osculum ferrent deprehendendi causa, ut odor indicium faceret, si bibissent.* Sul divieto per le donne di bere il vino vedi M. DURRY, *Les femmes et le vin*, in *REL*, XXXIII, 1955, pp. 108 ss.; L. MINIERI, *Vini usus feminis ignotus*, in *Labeo*, XXVIII, 1982, pp. 150 ss. Per E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma 1981, p. 140, «qualora avessero sottratto le chiavi della cantina nella quale era conservato il vino, le donne potevano venir punite, anche nel caso non avessero bevuto». Secondo C. FAYER, *La familia romana*, Roma 1994, p. 151, sembra certo che si tratti delle chiavi della cantina.

<sup>30</sup> Per P. NOAILLES, *Les tabous du mariage dans le droit primitif des romains*, in *Fas et Jus, Études de droit romain*, Paris 1948, pp. 1 ss., in part. pp. 22 ss.: «Il ne me paraît pas indifférent que Plutarque, ou plutôt sa source, emploie une formule indirecte pour caractériser la faute reprochée à la femme. L'accent porte sur la *φαρμακεία* plutôt que sur l'avortement lui même. Soit que toute fausse-couche soit apparue, en ces temps primitifs, nécessairement provoquée par un rite magique, soit qu'il s'agisse plus spécialement de l'avortement volontairement provoqué par ce rite magique, c'est la *φαρμακεία* qui a la première importance. Nous trouvons alors une situation absolument semblable aux deux premières. En ingérant une boisson magique, un remède, la femme a commis la même faute qu'en buvant du vin, lui aussi remède, et par conséquent boisson magique».

<sup>31</sup> Plinio *N.H.* 14,19: *Sic et elleboriten fieri ex veratro nigro Cato docet. Sic fit et scammonites, mira vitium natura saporem alienum in se trahendi, quare et salicem redolent Patavinorum in palestribus vindemiae. Sic et elleborum seritur in Thaso aut cucumis silvester aut scammonia, quod vinum phthorium vocatur, quoniam abortus facit; 14,22: Sunt et in vino prodigia. Dicitur in Arcadia fieri quod fecunditatem feminis importet, viris rabiem, at in Achaia maxime circa Ceryniam abigi partum vino atque etiam si uvam edant gravidae, cum differentia in gustatu non sit. Troezenium vinum qui bibant negantur generare... Aegyptus et ebolada habet abortus facientem.*

<sup>32</sup> E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971, pp. 16 ss.

<sup>33</sup> C.G. COBET, *Ad Plutarchi βίους παραλλήλους*, in *Mnemosyne*, VI, 1878, pp. 113 ss.; J.J. HARTMAN, *Adnotationes criticae ad Plutarchi opera I: Ad Vitas*, in *Mnemosyne*, XXXVIII, 1910, p. 171.

manomissione di chiavi (κλειδῶν ὑποβολῆ), adulterio (μοιχευθεῖσα)<sup>34</sup>. Osservava la Giunti che il rimaneggiamento del testo proposto dal Nardi, non fondato su adeguati rilievi filologici, presenta la difficoltà di proiettare su un unico elemento lessicale e semantico (ὑποβολῆ) due diverse figure delittuose, caratterizzate da una condotta tipica diversa, un diverso oggetto giuridico e una diversa offensività intrinseca. L'autrice ritiene che la formula φαρμακεία τέκνων, significando alla lettera veneficio del feto, coordinata disgiuntivamente<sup>35</sup> a quella κλειδῶν ὑποβολῆ «che visualizzava il controllo dominicale sulla cella vinaria per fornire al crimine etilico il fondamento della tradizione storico-giuridica», avrebbe dato il giusto risalto alla «tradizione medico-naturalistica che nel consumo di alcuni succhi vinosi ravvisava uno specifico mezzo abortivo». Mentre sarebbe stato gravemente scorretto restituire con la formula φαρμακεία τέκνων il senso e la portata di una disposizione intesa a colpire genericamente la pratica muliebre del veneficio, quella stessa formula, osserva la Giunti, risulterebbe del tutto congrua laddove vi si ravvisi una traduzione allegorica (*vinum venenum*) del crimine alcolico, in cui solo il feto poteva essere il soggetto passivo dell'azione lesiva, e non un terzo. Solo l'aborto "veneficio", procurato per ingestione di sostanze tossiche, «avrebbe potuto offrire il congruo parametro interpretativo per un crimine sostanziato dal consumo femminile della bevanda alcolica».

Pur significando la formula φαρμακεία τέκνων alla lettera venefi-

<sup>34</sup> Per E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico*, cit., p. 138, le ipotesi sono adulterio, sottrazione delle chiavi della cantina e avvelenamento della prole. In G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1990, p. 101, si citano assieme Dionigi e Plutarco: «secondo Dion. 2.25.6; Plut. Rom. 22, le leggi di Romolo avrebbero invero contenuto speciali prescrizioni circa il potere di uccidere la moglie e di escluderla dalla famiglia col divorzio, subordinandolo a specifici misfatti della donna (avere bevuto vino, sottratto le chiavi, commesso adulterio, avvelenato la prole)». Per L. MINIERI, *Vini usus*, cit., p. 153 nt. 4, le principali cause di ripudio sono aborto, *claves adimere*, adulterio, bere vino. Per M. GANZIN, *L'avortement dans la Rome antique*, in *Études Jauffret*, Aix-Marseille 1974, pp. 267 ss., in part. p. 271, Romolo secondo Plutarco permette il ripudio in due casi in cui si fa allusione all'aborto: l'esposizione e il consumo di vino.

<sup>35</sup> Osserva infatti P. GIUNTI, *Alle origini*, cit., pp. 21 s., che mentre il participio μοιχευθεῖσαν, introdotto da καὶ, «risulta correlato alle unità lessicali che lo precedono mercé una struttura coordinante di tipo copulativo», un ben diverso ruolo assolve il monosillabo ἦ fra i binomi φαρμακεία τέκνων e κλειδῶν ὑποβολῆ, un'inequivocabile congiunzione disgiuntiva, che traduce il senso della alternatività, della esclusione reciproca fra «due figure incompatibili perché logicamente contraddittorie».

cio dei figli, e potendo dunque fare riferimento a un generico veneficio nei confronti di figli già nati, la tesi della Giunti appare la più plausibile. Non mi pare, però, che l'aborto debba essere considerato necessariamente un crimine sostanziato dal solo «consumo femminile della bevanda alcolica». Dal momento che Plutarco parla di *φαρμακεία*, e sappiamo dal commento alle XII Tavole di Gaio che *quod nos venenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur*<sup>36</sup>, se il termine *φάρμακα* indica i *venena*, e tra i *venena* si devono includere anche i *medicamenta quae nocent* – termine quello di *medicamenta* che ricorre molto spesso nei testi che parlano di aborto – pare difficile che egli alludesse al solo aborto procurato con l'assunzione di vino, e non anche con tutti gli altri *φάρμακα*. Non sembra, inoltre, plausibile che il consumo di vino fosse proibito solo perché dotato di proprietà abortive, se per Dionigi in *Ant. Rom.* 2,25,6 Romolo permetteva di punire l'adulterio e il bere vino con la morte perché considerava l'adulterio fonte di follia e l'ubriachezza di adulterio: *ὡς ἀμαρτημάτων γυναικείων ἔσχατα, φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς*<sup>37</sup>.

Se riteniamo di intendere l'espressione *φαρμακεία τέκνων* come utilizzo di farmaci abortivi, Romolo avrebbe, dunque, non solo ordinato di allevare tutti i figli maschi e le figlie primogenite, ma anche sanzionato col ripudio le donne sposate che ricorressero ai *φάρμακα* abortivi: l'intento, abbastanza evidente, era quello di rendere Roma grande e popolosa, come afferma lo stesso Dionigi. Se il dovere principale della *matrona* romana era quello di procreare dei figli, appare evidente che il rifiuto di adempiere a tale dovere costituisse, insieme all'adulterio, la più grave trasgressione possibile; non può, dunque, stupire che sia stato sanzionato anche il ricorso da parte di una donna sposata all'utilizzo di *φάρμακα* abortivi.

<sup>36</sup> Tab.8.5 D. 50,16,236 pr. (Gai. 4 ad l. XII Tab.): *Qui venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum: nam et medicamenta venena sunt, quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset, mutat. cum id quod nos venenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur: unde adiectione alterius nomine distinctio fit. admonet nos summus apud eos poetarum Homerus: nam sic ait: φάρμακα, πολλὰ μὲν ἔσθλα μεμιγμένα πολλὰ δὲ λυγρὰ.*

<sup>37</sup> Vedi anche Val. Max 2,1,5: *vini usus olim Romanis feminis ignotus fuit, ne scilicet in aliquod dedecus prolaberentur, quia proximus a Libero patre intemperantiae gradus ad inconcessam venerem esse consuevit.*

La sanzione del ripudio, di cui abbiamo notizia solo da Plutarco, poteva, peraltro, applicarsi, alle sole donne sposate, mentre nessuna sanzione sarebbe esistita per l'aborto posto in essere da donne non sposate. Nel caso delle *filiaefamilias*, secondo parte della dottrina il padre poteva autorizzarle ad abortire, incorrendo tutt'al più nella nota censoria<sup>38</sup>; per altra parte<sup>39</sup> la tesi di un intervento censorio nei confronti del padre, oltre a non armonizzare con la spettanza del *ius vitae ac necis*, non avrebbe, però, il ben che minimo appoggio di alcuna fonte, essendo indimostrato per quei tempi che il procurato aborto si ritenesse immorale. Per la Galeotti<sup>40</sup>, nel contesto greco-romano l'aborto era, invece, largamente diffuso in tutte le classi sociali, moralmente accettato e giuridicamente lecito. Osserva l'autrice che per le donne sottoposte a *potestas* o *manus* il feto rientrava nella disponibilità dell'uomo di riferimento, il quale oltre ad avere un generale *ius vitae ac necis* sui figli nati e nascituri, aveva anche la 'proprietà del corpo femminile'; la decisione di abortire sarebbe stata di pertinenza femminile solo per le donne non sottoposte a potestà come le prostitute, secondo alcuni per tutte le donne *sui iuris*<sup>41</sup>.

3. *Conclusioni.* – Le dinamiche parentali nel diritto romano arcaico – paternità, maternità, nascita ed accettazione (o meno) dei figli nella *familia* – appaiono indissolubilmente legate al tema della *potestas* e ai conseguenti diritti ad essa connessi. Le vecchie polemiche di fine ottocento e dei primi decenni del secolo scorso, fondate essenzialmente sul positivismo e sull'evoluzionismo applicato alle scienze umane, sono evidentemente alle nostre spalle. Ma l'onda lunga di esse ancora condiziona, verrebbe da dire quasi involontariamente, gli studi sulle origini della *familia* romana, così peculiare e così fortemente se-

<sup>38</sup> Per G. HUMBERT, *Abigere partum*, in *DS*, VII, Paris 1877, pp. 7 s., l'aborto sarebbe stato considerato "seulement une action immorale"; se il marito l'aveva autorizzato, «il appartenait à la jurisdiction censoriale», mentre dell'aborto di una donna non maritata, lo Stato non si sarebbe occupato. A. MARONGIU, voce *Aborto (dir. romano e intermedio)* in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, pp. 126 s., ritiene che l'aborto sarebbe stato considerato solo un atto immorale, su cui poteva eventualmente esercitarsi la *cura morum censoria* nei confronti del padre.

<sup>39</sup> E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., pp. 45 ss.

<sup>40</sup> G. GALEOTTI, *Storia*, cit., p. 19 ss.

<sup>41</sup> M. GANZIN, *L'avortement*, cit., p. 289: «la cèlibataire *sui juris* en est propriétaire (del *foetus*) et peut à la limite librement avorter».

gnata, nella sua disciplina giuridica, dai poteri – apparentemente – pressoché illimitati del *pater*.

Le fonti a nostra disposizione, ancorché con la cautela necessaria nell'analisi di testi che trattano del periodo regio, non sembrano peraltro avvalorare quella illimitatezza della signoria paterna sui propri sottoposti. Le pagine che precedono, infatti, sono tese a evidenziare la circostanza che – sin dalla monarchia del primo re della tradizione, Romolo – vigevano a Roma divieti di uccisione arbitraria ed anzi esisteva l'obbligo di allevare la prole nei primi anni di vita e la punizione del ripudio per la donna che si fosse procurato l'aborto. Divieti e obblighi che non sembrano, peraltro, avere lasciato tracce nella legislazione nei secoli successivi, se non troviamo altre disposizioni che sanzionano l'aborto della donna libera sino al rescritto di Severo e Caracalla, che lo repressero con la pena dell'esilio temporaneo<sup>42</sup> e se teniamo conto del fatto che l'esposizione fu regolamentata, ma non eliminata, solo da Costantino, che stabilì che colui che raccoglieva il bambino poteva decidere se tenerlo presso di sé come figlio o come schiavo<sup>43</sup>.

Mi pare pertanto che potrebbero, forse, essere riconsiderate – ovviamente allargando lo spettro delle ricerche – le dinamiche parentali nel più antico diritto romano.

<sup>42</sup> Si vedano D. 48,19,39 (Tryph. 10 *disp.*): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum et; D. 47,11,4 (Marc. 1 reg.): Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse; D. 48,8,8 (Ulp. 33 *ad ed.*): Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget.*

<sup>43</sup> C. Th. 5,9,1 (Imp. CONSTANTINUS A. AD ABLAVIUM P(RAE)FECTUM) P(RAE)TORIO): *Quicumque puerum vel puellam, proiectam de domo patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus submovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint (DAT. XV KAL. MAI. CONSTANTINOPOLI BASSO ET ABLAVIO CONSS.)*

INTERPRETATIO. *Quicumque expositum recenti partu sciente patre vel matre vel domino collegerit ac suo labore educaverit, in illius, a quo collectus est, potestate consistat, seu ingenuum seu servum, quem nutrit, esse voluerit.*

*Abstract*

Con questo articolo si intende discutere la teoria della dottrina dominante secondo la quale la *patria potestas* e il *ius vitae ac necis* avrebbero costituito un potere illimitato fino ai tardi interventi imperiali. I limiti appaiono presenti già dall'epoca arcaica, se prestiamo fede a Dionigi; sembra, pertanto, opportuno riconsiderare le dinamiche parentali nel più antico diritto romano.

This article intends to debate the mainstream theory according to which the *patria potestas* and the *ius vitae ac necis* would have been an unlimited power up to late imperial laws. According to Dionigi, indeed, these limits were still present in the archaic era: it seems appropriate, therefore, to reconsider the parental dynamics in the most ancient Roman law.



ANNA MARIA MANDAS  
*NEQUE TORQUERI NEQUE DAMNARI*  
Sul divieto di torturare  
e condannare a morte la donna incinta

SOMMARIO: 1. Il contenuto del divieto. 2. L'interesse tutelato dalla norma.

1. *Il contenuto del divieto.* – Sin dai primi secoli del Principato, com'è noto, era vietato eseguire prima del parto la condanna capitale pronunciata nei confronti di una *mulier praegnas*, come confermato, in primo luogo, da un noto frammento ulpiano, escerpito dal commentario *ad Sabinum*:

D. 1,5,18 (Ulp. 27 *ad Sab.*) *Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem romanum parit et in potestate patris.*

Nel passo, inserito dai giustinianeî nel titolo *de statu hominum*, troviamo notizia di un rescritto di Adriano, collocabile nei primi decenni del II secolo d.C., nel quale si stabilisce che se una donna libera fosse stata condannata all'*ultimum supplicium* mentre era incinta (*quae praegnas*), avrebbe partorito un figlio libero (*liberum parere*). Era, infatti, solito (*solitum esse*), sembra precisare lo stesso Imperatore<sup>1</sup>, *servare* la condannata fino a quando avesse partorito. Se, poi, fosse stata comminata durante la gravidanza l'*aqua et igni interdictio* a colei che avesse concepito *ex iustis nuptiis*, il figlio partorito successivamente alla condanna sarebbe stato cittadino romano e *in potestate patris*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Solitum est* è retto da *rescripsit* e, pertanto, sembra doversi intendere come parte della costituzione.

<sup>2</sup> Diversamente dalla prima sezione del passo, la seconda parrebbe non essere

Se, quindi, non vi sono dubbi che, certamente dal II secolo, ma verosimilmente già in epoca anteriore, come suggerito dall'impiego di *solitum est*, il divieto di eseguire la pena capitale sulla *mulier praegnans* costituisse una pratica ormai consolidata<sup>3</sup>, da un altro frammento

parte del rescritto, ma una precisazione dello stesso Ulpiano, come farebbe pensare la congiunzione avversativa *sed*.

<sup>3</sup> Per G. BRINI, *Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano*, in *Memorie Acc. Bologna*, serie 2, 5-7, 1920-23, *solitum est* indicherebbe una consuetudine. Allo stesso modo, M. BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, in *SDHI*, 49, 1983, pp. 345 s., secondo la quale è possibile che Adriano, nel riferire incidentalmente della necessità di differire l'esecuzione della donna incinta, si proponga «di ribadire una consuetudine anteriore, per convalidarla con il suggello del volere sovrano». Ad avviso dell'A., difatti, la prassi di non eseguire condanne a morte prima del parto sarebbe stata «radicata da anni nella coscienza sociale». Analogamente, R. MENTXAKA, *Notas sobre la suspensión de la condena capital de la mujer embarazada en el derecho romano*, in *Fundamina*, 20 (1), 2014, p. 630, secondo la quale il *solitum est* suggerirebbe una «práctica incontrovertida que se viene desarrollando con antelación en el tiempo». In modo parzialmente diverso, E. NARDI, *Il procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971, p. 357, per il quale, sebbene il *solitum est* sembri «alludere a una prassi già in uso», deve tuttavia reputarsi il rescritto, attraverso il quale detta prassi sarebbe stata convalidata, «norma introduttiva». In un noto passo pseudoquintiliano si legge un esplicito riferimento a una ipotetica *lex* che avrebbe vietato di uccidere la donna incinta, dovendosi differire la pena *in diem partus*. *Decl. 277. Praegnans adultera. Supplicia praegnantium in diem partus differantur. Praegnantem in adulterio deprehensam occidit maritus: reus est caedis. C.D. Declamatio. [...] 2. 'Pregnantem' inquit 'occidisti, et supplicia praegnantium lex differre in diem partus iubet'. Ut confiterer hoc esse supplicium atque eo nomine appellandum, fortiter tamen dicerem leges omnes quaecumque de suppliciis scriptae sunt ad eos pertinere qui damnati sunt, qui in iudicio convicti, qui per ministeria publica et carnificum manus occiduntur. (M. Fabii Quintiliani. Declamationes minores, ed. D.R. SHACKLETON BAILEY, Stuttgart 1989, pp. 116 ss.)*. Sebbene, come giustamente osserva E. NARDI, *o.l.c.*, p. 293 nt. 251, la *lex* sia immaginaria, dal momento che la controversia è fittizia, non è irrilevante che nel testo, secondo alcuni composto da un allievo di Quintiliano stesso sul finire del I secolo, compaia il riferimento al divieto. Benché, com'è stato osservato – tra gli altri – da M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui? Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova 1983, pp. 67 s., spesso le norme richiamate nelle *Declamationes minores* appartengano al diritto greco (cfr. Diod. Sic. 1,77,9), piuttosto che all'esperienza giuridica romana, dalla lettura congiunta di D. 1,5,18 e *Decl. 277* sembra potersi inferire che la pratica di salvaguardare la *mulier praegnans* condannata a morte sino al momento del parto trovasse applicazione anche a Roma già prima dell'intervento di Adriano. Sulla paternità e il tempo di redazione delle *Declamationes minores*, v. M. WINTERBOTTOM, *The Minor Declamations ascribed to Quintilian*, Berlin-New York 1984, XIII s., ove ricognizione delle posizioni maggiormente significative. Sul passo, recentemente G. BRESCIA, M. LENTANO, *La norma nascosta*.

ulpiano e da un passo tràdito nelle *Pauli Sententiae* è possibile ricavare ulteriori informazioni.

Nel frammento riportato in D. 48,19,3, anch'esso tratto dal commentario *ad Sabinum*, e collocato dai Compilatori nel titolo *de poenis*, Ulpiano afferma, infatti, che l'esecuzione della pena comminata a una donna incinta dovrà essere differita a un momento successivo al parto (*differtur quoad pariat*) e aggiunge, secondo quanto lui stesso sa (*ego quidem scio*)<sup>4</sup>, che allo stesso modo sulla *mulier praegnas* non si sarebbe potuto procedere alla *quaestio*:

D. 48,19,3 (Ulp. 14 *ad Sab.*) *Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est.*

Che l'oggetto del divieto fosse duplice – non fosse, cioè, limitato all'esecuzione della condanna ma investisse, altresì, la *quaestio*, attività che normalmente precedeva la sentenza<sup>5</sup> – viene confortato an-

*Storie di adulterio nella declamazione latina*, in A. McCLINTOCK (a cura di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Bologna 2016, estr. 24 ss.

<sup>4</sup> Così, M.P. BACCARI VARI, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino 2012, p. 74, secondo la quale tale ulteriore principio appartiene alla conoscenza giuridica del giurista.

<sup>5</sup> L'impiego dei *tormenta* a fini istruttori, quale specifico strumento di indagine processuale, è un fenomeno noto. In linea di massima, infatti, la dottrina ha sempre ritenuto che la tortura fosse un mezzo istruttorio. Così già TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899), rist. Graz 1955, pp. 405, 414, 631 e U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, p. 257 nt. 28, secondo il quale «la tortura, in fondo, è sempre stata un mezzo istruttorio. [...] Essa non serve per punire, ma per indagare». Allo stesso modo, P.A. BRUNT, *Evidence given under Torture in the Principate*, in *ZRG*, 97, 1980, p. 259; J.P. LEVY, *La torture dans le droit romain de la preuve*, in *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à H. Ankum*, I, Paris 1995, pp. 241 ss.; Y. THOMAS, 'Arracher la vérité'. *La majesté et l'inquisition*, in R. JACOB (a cura di), *Le judge et le judgement dans les traditions juridiques européennes*, Paris 1996, pp. 15 ss.; ID., *Les procédures de la majesté. La torture et l'enquête depuis les julio-claudiens*, in M. HUMBERT e Y. THOMAS (a cura di), *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris 1998, pp. 477 ss.; R. FASANO, *La torture judiciaire en droit romain*, Neuchâtel 1997, p. 99; C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'impero*, Milano 2002, pp. 145 ss.; E. KARABELLIAS, *La torture judiciaire dans le droit romano-byzantin*, in *Études balkaniques*, 10, 2003, p. 47; A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna 2011, pp. 87 ss. In parziale disaccordo, P. GARNSEY, *Social Sta-*

che dal testo delle *Sententiae*, nel quale leggiamo che il contenuto del divieto si estendeva all'impossibilità di sottoporre a tortura la donna incinta.

In modo parzialmente analogo a Ulpiano, il redattore delle *Sententiae* afferma, infatti, che non si possono nè torturare, nè *damnare*<sup>6</sup> le *praegnantes* fino a che non avranno partorito:

*tus and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, pp. 103 ss.; ID., *Legal Privilege in the Roman Empire*, in *P&P*, 41, 1968, p. 13, che non nega l'impiego a fini istruttori della tortura, ma tuttavia la inquadra tra quelle punizioni corporali riservate agli *humiliores*, nel quadro del «dual-penalty system» di epoca severiana. Sulla distinzione tra *humiliores* e *honestiores*, v. B. CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d'«honestiores» et d'«humiliores»*, in *RHD*, 27, 1950, pp. 305 ss.; M. BALZARINI, *Nuove prospettive sulla dicotomia honestiores - humiliores*, in A. BURDESE (a cura di), *Idee Vecchie e Nuove sul diritto criminale romano*, Padova 1988, pp. 159 ss.; S. GIGLIO, «*Humiliores*», in *Studi per G. Nicosia*, I, Torino 2007, pp. 149 ss. Sulla «presunzione di mendacità gravante sugli *humiliores*» in epoca immediatamente successiva ai Severi, v. U. VINCENTI, *Duo genera sunt testium. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, p. 137. Sull'impiego puniendi causa dei tormenta sugli *humiliores*, v. P. CERAMI, *Tormenta pro poena adhibita*, in O. DILIBERTO (a cura di), *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli 1993, p. 44; J. PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime in the Roman Empire: from Torture of Convicts to Torture of Suspects*, in *RIDA*, 51, 2004, pp. 217 ss. V. altresì F. LUCREZI, *Postfazione a V. GIUFFRÉ, La passione di San Potito*, Napoli 2001, p. 69, secondo cui Tertulliano, quando ricordava ai governatori provinciali che l'impiego dei tormenta a fini punitivi era estraneo all'ordinamento romano (*Apol.* 2.14-15) «evidentemente mentiva, per una palese *captatio benevolentiae*, in quanto l'impero di Roma, *civilis* o non *civilis*, ben conosceva, e praticava, i tormenta pro poena».

<sup>6</sup> Si noti che, mentre il rescritto riportato in D. 1,5,18 menziona espressamente la pena di morte (*quae praegnas ultimo supplicio damnata est*), in Pauli Sent. 1,12,4 e in D. 48,19,3 non viene fatto alcun esplicito riferimento alla pena capitale. Nel testo delle *Sententiae*, infatti, il redattore si limita a ricordare il divieto di *damnare* la *mulier praegnas*, mentre in D. 48,19,3 leggiamo che avrebbe dovuto essere differita la pena della donna incinta *consumendae damnatae*. Se si considera che, tra i significati di *consumere*, vi è consumare, logorare, potrebbe supporre che il differimento avrebbe potuto avere luogo anche qualora la pena comminata, pur non essendo capitale, fosse comunque tale da consumare o logorare il corpo della *mulier* ed essere, quindi, in grado di incidere negativamente sulla eventuale prosecuzione della gravidanza. Allo stesso tempo, tuttavia, la circostanza che non venisse differita la *poena metalli*, *poena proxima morti*, come sembra risultare da D. 48,23,4 (Paul. 17 *quaest.*) *In metallum damnata mulier eum quam prius conceperat edidit, deinde a principe restituta est. Humanius dicitur etiam cognationis iura huic restituta videri*, indurrebbe a escludere una simile ipotesi. Paolo parla, infatti, di una *mulier in metallum damnata* che, mentre sconta la pena, partorisce un figlio concepito prima della condanna e poi viene *restituta*. Bisogna, tuttavia, ricordare che le donne venivano spesso

Pauli Sent. 1,12,4 *Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt.*

Nonostante l'indiscutibile omogeneità di contenuti, i due passi non paiono, però, perfettamente sovrapponibili. Dal loro raffronto testuale, è, difatti, possibile notare una non trascurabile differenza: mentre in D. 48,19,3 Ulpiano fa riferimento alla posticipazione della pena (*poena differtur*), e dunque al momento esecutivo della condanna, nelle *Sententiae* l'autore allude invece a un generico *damnare*<sup>7</sup>, come se ad essere inibita fosse la stessa pronuncia della condanna e non la sua eventuale esecuzione. Sicché, l'intero procedimento, e non solo l'esecuzione della pena, avrebbe dovuto essere rinviato sino a quando il *partus* non fosse stato *editus*. Più precisamente, si potrebbe ipotizzare che il differimento del processo dovesse essere, in particolare disposto nel caso in cui il ricorso alla *quaestio*, nel periodo sempre più spesso impiegata nei processi criminali<sup>8</sup>, risultasse indispensabile per

condannate al *ministerium metallicorum*, «condanna ad altri lavori accessori, meno gravi e di minor pericolo» Così, M.V. SANNA, *Mulieres ad metalla damnatae*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per A. Corbino*, VI, Tricase (LE) 2016, pp. 473 ss., alla quale si rinvia anche per un esame dei problemi relativi alla *restitutio*. Sul punto, v. anche A. CHERCHI, *Donne e lavoro minerario nella Roma imperiale*, in M. MASIA, M.V. SANNA (a cura di), *Donne e Diritto. Un dibattito*, Cagliari 2019, pp. 149 ss.

<sup>7</sup> R. MENTXAKA, *Notas*, cit., pp. 635 s., pur notando la differenza tra i due passi, ritiene che non sia possibile formulare un'ipotesi sulle ragioni che avrebbero condotto a introdurre consapevolmente una tale modifica rispetto all'usuale pratica di differire l'esecuzione testimoniata in D. 48,19,3. Ad avviso dell'A., non sarebbe da escludere che il *neque damnari* presente in Pauli Sent. 1,12,4 sia il frutto di una mera imprecisione del redattore.

<sup>8</sup> Inizialmente ammessa solo nei confronti degli schiavi, vigendo in epoca repubblicana il generale principio di esenzione dei liberi dalla tortura, con l'avvento del Principato l'immunità dalla tortura degli accusati liberi venne gradualmente limitata. Più precisamente, sebbene secondo l'interpretazione tradizionale il ricorso alla tortura giudiziaria sugli uomini liberi sembrerebbe doversi ritenere ancora inibito nel I sec. d.C. (così, P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano 1953, pp. 27 ss.; TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., pp. 405 ss.; A. EHRHARDT, voce *tortura*, in *PWRE* VI A.2, Stuttgart 1937, pp. 1780 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del Senato romano*, Milano 1957, pp. 110 ss.; P. GARNSEY, *Social Status*, cit., pp. 143 ss.; P. BRUNT, *Evidence*, cit., pp. 259 ss.; V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, pp. 321 ss.; U. VINCENTI, *Duo genera sunt testium*, cit., pp. 121 ss.; J.P. LEVY, *La torture*, cit., pp. 121 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e Processo*, cit., p. 246; R. FASANO, *La torture judiciaire*, cit., pp. 135 ss.), ad avviso di parte della dottrina (così, C. RUSSO RUGGERI, *L'acquisizione della prova per tormenta e le leges de maiestate*, in

poter giungere alla pronuncia di una condanna<sup>9</sup>. In altre parole, lad-

*Ius Antiquum*, 13, 2004, pp. 63 ss.; EAD., *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 124 e, in parte analogamente, A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem*, cit., pp. 93 ss.; F.M. D'IPPOLITO, F. LUCREZI, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, Napoli 2003, pp. 307 ss.), sin dalla fine del I secolo a.C., si sarebbe ammesso – in relazione a quei reati il cui compimento avesse messo a rischio interessi fondamentali per la società, dei quali è un esempio paradigmatico il *crimen maiestatis* – l'impiego della tortura in *criminibus eruendis* non solo nei confronti degli schiavi, ma anche dei liberi. Dall'esame di alcune fonti, sembrerebbe infatti emergere che, a seguito dell'emanazione della *lex Iulia maiestatis* del 27 a.C., in caso di indagini relative a ipotesi delittuose presumibilmente rientranti nell'ambito della *maiestas*, l'impiego della tortura giudiziaria fosse ammesso: sia nelle *Pauli Sententiae*, in un brano del titolo dedicato alla *lex Iulia maiestatis* (Pauli Sent. 5,29,2 *In rerum maiestatis [...] nulla dignitas a tormentis excipitur*), sia in una costituzione, anch'essa contenuta nel titolo 'ad legem Iulia maiestatis' (C. 9,8,4 *Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Olybrium pu. Nullus omnino, cui inconsultis ac nescientibus nobis fudicularum tormenta offerentur, militiae vel generis aut dignitatis defensione uti prohibeatur, excepta tamen maiestatis causa, in qua sola omnibus aequa condicio est. D. VIII id Iul. Valentiniano np. et Victore cons. [a. 369]*), si attesta, infatti, l'inserimento – nella *lex Iulia maiestatis* augustea – di una norma in tema di utilizzo dei tormenti sui liberi. Così, C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., pp. 112 s., 127 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem*, cit., pp. 86 ss. Se, pertanto, già a partire dal I secolo a.C., si assiste a una progressiva estensione dell'ambito applicativo della *quaestio per tormenta*, non stupisce che, al tempo di redazione delle *Sententiae*, l'interrogatorio *cum tormentis*, ormai esteso in più di un caso anche ai liberi, pur limitato da una serie di *regulae* nelle sue modalità d'impiego, fosse uno strumento investigativo largamente impiegato nel processo. Sulla paternità e il periodo di redazione delle *Pauli Sententiae*, v. I. RUGGERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, p. 445, secondo la quale, anche volendo escludere che Paolo stesso abbia composto l'opera, deve comunque riconoscersi che i materiali impiegati «sono stati raccolti, per la pubblicazione, nel corso della generazione immediatamente successiva».

<sup>9</sup> Come osserva A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem*, cit., pp. 98 ss., in part. p. 103, la tortura si configura come «strumento che assolve al compito di colmare, in maniera atipica e straordinaria, il gap che separa il *suspectus* dalla prova piena di colpevolezza». In altre parole, la tortura deve assolvere alla funzione di integrare un quadro probatorio sostanzialmente completo (cfr. D. 48,18,1 pr. - 1), al quale però deve aggiungersi il conclusivo suggello di una confessione che, seppur estorta attraverso i *tormenta*, è in grado di fugare ogni dubbio nel giudice. È attraverso l'interrogatorio *cum tormentis*, dunque, che gli elementi di prova già raccolti potranno essere confermati. L'Autrice richiama, in proposito, C. 9,41,3 *Imp. Antoninus A. cum cognitionaliter audisset, dixit: Primum servi alieni interrogabuntur. si praestita fuerint ex tanto scelere argumenta, ut videantur accedere ad verisimilia causae crimina, ipsa quoque mulier torquebitur: neque enim aegre feret, si torqueatur, quae venenis viscera hominis extinxit. PP.VII k. April. Sabino et Anullino cons. [a. 216]*. Durante un processo, l'Imperatore dispone che, laddove dall'interrogatorio dei

dove si fosse manifestata l'esigenza di procedere all'interrogatorio *per tormenta* dell'imputata *praegnas*, il magistrato avrebbe dovuto sospendere il procedimento sino al parto.

In questo modo, sarebbe stata garantita sia la completezza istruttorie del processo che, una volta differito a un momento successivo al parto, non avrebbe più sofferto di limitazioni nella ricerca della prova, sia la vita del feto, per la cui sopravvivenza la sottoposizione della madre alla *quaestio* sarebbe stata senz'altro esiziale.

2. *L'interesse tutelato dalla norma.* – La dottrina si è interrogata sull'interesse che l'ordinamento si proponeva di tutelare attraverso il differimento della condanna della *mulier praegnas*, spesso riscontrandolo in via esclusiva nella *spes patris*, vale a dire nell'interesse del marito a non essere privato della legittima discendenza<sup>10</sup>.

*servi alieni* emergessero indizi tali da far ritenere colpevole l'imputata, anche quest'ultima dovrà essere sottoposta a tortura. Il provvedimento di Caracalla sembra conforme al principio di sussidiarietà della *quaestio*: non pare, infatti, potersi procedere alla *quaestio* sulla *mulier* se non dopo aver interrogato i servi altrui. Solo nel caso in cui le risultanze istruttorie avessero suggerito un giudizio di colpevolezza, si sarebbe potuta disporre la *quaestio* sulla donna.

<sup>10</sup> Secondo la prevalente dottrina, infatti, attraverso il differimento (o la mancata pronuncia) della condanna nei confronti della *mulier praegnas*, si accorderebbe una tutela esclusivamente all'interesse del *pater*. Così, E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., p. 357, per il quale la prescrizione contenuta in D. 48,19,3 e confermata da D. 1,5,18, sarebbe volta alla tutela dei diritti del padre e in alcun modo legato alla tutela del feto. Più di recente, per G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna 2003, p. 24, l'interesse tutelato col differimento della pena capitale e della tortura sarebbe stato esclusivamente quello del padre, come confermerebbe lo stesso autore delle *Minores pseudo-quintilianee* (*Decl. 277.7-9*: «*Indignum fuit occidere eam quae praegnas facta est*». *Nondum dico quantum gravius peccaverit; interim, cuius miseretur? Infantis ex adultero fortasse concepti? Et, iudices, interrogo vos cuius rei gratia legem cavisse existimetis illi qui erat conceptus a nocente femina. Non est credibile legem prospexisse ei cui rerum natura datura fortasse non erat lucem, qui an nasci posset dubium fuit, qui etiam odium ex ea quae conceperat merebatur. Quare ergo scripta lex est? Pro patribus, qui nihil fecerunt. Indignum enim visum est, etiamsi mortem meruisset mater, auferri filium innocenti patri. Si ergo lex pro me scripta erat, non potest videri contra me valere. In hac vero ne illius quidem, quicumque futurus fuit, movere vos miseratio potest. Quis enim illum agnosceret, quis educeret, cum manifestum esset ex crimine, ex flagitiis, ex ea re quae morte punitur esse conceptum? Ipsam vero adulteram adeo oportuit occidi ut nulli umquam irasci magis leges debuerint. Ultra commune flagitium est praegnas adultera*). Ad avviso di V. KÜHNE, *Reas y victimas*, in E. HÖBENREICH, V. KÜHNE (a cura di), *Las mujeres en Roma antigua. Imágenes y derecho*, Lecce 2009, pp. 141 ss., attraverso la posticipazione della pena e della tor-

Poiché, però, può parlarsi di figli legittimi solo nel caso in cui i genitori fossero stati uniti in *iustum matrimonium*, appare essenziale domandarsi se la disposizione dovesse applicarsi, come tale dottrina sembrerebbe presupporre, unicamente alla *mulier praegnas* che avesse concepito in legittimo matrimonio<sup>11</sup>. Se, in proposito, non è possibile ricavare alcun elemento da D. 48,19,3 e Pauli Sent. 1,12,4, stante il generico riferimento alla *mulier praegnas* presente in entrambi i passi, sembra, invece, maggiormente prodigo di informazioni il già riportato D. 1,5,18. Difatti, mentre nella sezione finale del frammento Ulpiano fa certamente riferimento al figlio concepito in costanza di *iustum matrimonium* (*quae ex iustis nuptiis concepit*), che, nonostante la perdita della cittadinanza subita dalla madre a seguito dell'irrogazione dell'*aqua et igni interdictio*, sarebbe nato *civis romanus et in po-*

tura a un momento successivo al parto sarebbe stata protetta esclusivamente «la expectativa que un hombre tiene sobre su hijo». Secondo F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta Giuridica. Studi F. Grelle*, I, Napoli 2011, pp. 360 ss., il provvedimento, al pari di altre analoghe cautele predisposte dall'ordinamento, sarebbe stato disposto «non solo (e non tanto) a tutela delle ragioni del concepito», che sarebbe potuto anche non venire mai ad esistenza, quanto piuttosto «delle esigenze dei *patres familiarum* o, *lato sensu*, della struttura familiare nel proprio insieme». Ancora nel III secolo d.C., prosegue la studiosa, «il Leitmotiv è, dunque, quello dell'interesse specifico, nella regolamentazione di determinate fattispecie, del *pater familias* e, in senso più ampio, della famiglia tradizionale». Ugualmente, L. DI PINTO, *Il procurato aborto nel pensiero dei giuristi severiani*, in *Koinonia*, 37, 2013, pp. 335 ss., secondo la quale il differimento della condanna a morte e il rinvio della tortura a parto avvenuto, «esprimerebbero il rispetto della gravidanza a salvaguardia della sola "speranza" del padre che nasca vivo suo figlio». Per R. MENTXAKA, *Notas*, cit., p. 636, non vi sono dubbi che le norme siano tese a tutelare, in primo luogo, l'interesse dello Stato «en favorecer el nacimiento de nuevos ciudadanos romanos», dal momento che – a suo avviso – inizialmente il divieto sarebbe stato applicato unicamente alle donne libere e cittadine romane, in secondo luogo gli interessi del *pater familias*, «puesto que el nuevo ser había sido concebido en un matrimonio legítimo». G. BRESCIA, M. LENTANO, *La norma nascosta*, cit., p. 35, ritengono che il concepito viene tenuto in considerazione esclusivamente in ragione della *spes patris* che, in quanto tale, «è alla base del differimento dell'esecuzione della tortura e della condanna capitale a dopo il parto e a qualsiasi altro intervento esterno teso a danneggiare il padre nel suo legittimo diritto alla paternità».

<sup>11</sup> Così, esplicitamente, R. MENTXAKA, *Notas*, cit., p. 636. Analogamente, V. KÜHNE, *Reas y victimas*, cit., pp. 141 ss., la quale, pur ritenendo che D. 1,5,18 si riferisca nella prima parte alla situazione dei figli generati «fuera del matrimonio reconocido por el *ius civile*» e nella seconda a quella dei figli «concebidos en justas nuptias», afferma che la norma si applica solo nel caso in cui «el niño que va a nacer sea un hijo legítimo».

*testate patris*, nella prima parte sembra, invece, occuparsi del figlio concepito da una donna libera al di fuori di *iustae nuptiae*<sup>12</sup>. Diversamente, infatti, il figlio avrebbe dovuto seguire lo *status* del padre al momento del concepimento<sup>13</sup> e ricadere nella sua *potestas*, nonostante la madre fosse stata successivamente *ultimo supplicio damnata*.

Se, quindi, è assai probabile che la *libera*, alla quale viene fatto riferimento nel rescritto adrianeo riportato in D. 1,5,18, avesse concepito il figlio *sine legitimo matrimonio*<sup>14</sup>, deve ritenersi che il divieto

<sup>12</sup> Per Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in P. SCHMITT PANTEL (a cura di), *Storia delle donne. L'Antichità*, Bari 1990, pp. 148 s., la regola classica secondo la quale, in caso di concepimento illegittimo, il figlio avrebbe dovuto seguire lo *status* della madre al momento del parto (*Epitome Gai.* 1,4,9 *Regula iuris hoc continet, ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant: qui uero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumant eo tempore, quo nascuntur*) «era così fermamente stabilita e così chiaramente formulata nel suo principio, che fu necessario un rescritto speciale di Adriano per accordare la libertà ai figli di una condannata a morte». Il rescritto adrianeo, pertanto, «meglio di qualunque altro testo, ci mostra il rigore della norma alla quale è stata fatta eccezione». Lo «statuto del figlio senza padre legittimo», infatti, sarebbe dovuto restare «incatenato al corpo della partoriente».

<sup>13</sup> Cfr. per tutti D. 1,5,19 (Cels. 29 *dig.*) *Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur*. Per O. PÉTER, 'Liberorum quaerendorum causa'. *L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome*, in *RIDA*, 38, 1991, p. 305, il figlio concepito in *iustae nuptiae* «obtient la condition juridique qu'il 'avait' au moment de sa conception», essendo irrilevanti «les changements possibles pendant la grossesse de sa mère, qui normalement pourraient être désavantageux pour lui», compresa la *capitis deminutio maxima* della madre. In modo analogo, F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita*, cit., p. 348 e nt. 112, secondo la quale «chi è concepito all'interno di *nuptiae iustae ac legitimae* segue la condizione del padre, e il suo stato si determina dal momento del concepimento».

<sup>14</sup> Che il rescritto adrianeo, al quale fa riferimento Ulpiano nella prima parte del frammento riguardasse un figlio non concepito in *iustae nuptiae*, sembra dato per scontato dal Lenel (*Palingenesia*, II, Leipzig 1889, p. 1114, n. 2698), che colloca il nostro frammento tra alcuni altri passi ulpiane, tutti dedicati allo *status* del figlio concepito al di fuori di un legittimo matrimonio. Più precisamente, Lenel colloca D. 1,5,18 immediatamente dopo un altro passo ulpiano, trådito in D. 40,7,6 pr., nel quale il giurista severiano afferma che il figlio della *statulibera* divenuta *serva poenae* successivamente all'adempimento della *libertatis condicio* nascerà libero, come se la madre non fosse stata condannata (*atque si mater damnata non esset*). Non vi sono dubbi, quindi, che in questo caso Ulpiano si stia occupando di un figlio nato al di fuori di un legittimo matrimonio, essendo sicuramente tale il figlio concepito da una *statulibera*. Allo stesso modo, fanno certamente riferimento al figlio non nato *ex iustiis nuptiis* anche i passi che Lenel colloca dopo D. 1,5,18: D. 40,7,6,1 (Ulp. 27 *ad Sab.*) *Quid tamen si qua conceperit in servitute, deinde ab hostibus capta peperit ibi post existentem condicionem, an liberum pariat? et interim quidem quin ser-*

di eseguire la pena di morte prima del parto riguardasse tutte le donne e non solo quelle che avevano concepito *ex iustis nuptiis*. Di conseguenza, la tesi della prevalente dottrina, secondo la quale – come si è detto – l'interesse tutelato sarebbe esclusivamente quello del *pater familias* ad avere una discendenza legittima, alla quale trasmettere il nome e il patrimonio<sup>15</sup>, sembra doversi in parte riconsiderare.

Ancorché non possa negarsi che l'interesse specifico del *pater familias* rivestisse un ruolo fondamentale nella prospettiva giurisprudenziale classica in tema di *conceptus*, se intendiamo la *regula* enunciata nella prima parte di D. 1,5,18 riferibile a qualsiasi donna, anche non unita in *iustae nuptiae*, l'interesse tutelato non pare poter essere solo quello del padre a non essere privato della *spes prolis*, non essendovi in tal caso una legittima aspettativa del titolare della *patria potestas* da proteggere<sup>16</sup>, ma anche – in qualche modo – quello del nascituro<sup>17</sup>.

*vus hostium sit, nequaquam dubium est: sed verius est postliminio eum liberum fieri, quia, si mater in civitate esset, liber nasceretur. 2. Plane si apud hostes eum concepisset et post existentem condicionem edidisset, benignius dicitur competere ei postliminium et liberum eum esse.* Nel primo paragrafo, infatti, si applica il postliminio al figlio concepito da una *statulibera* nato presso i nemici dopo il realizzarsi della condizione che avrebbe dato la libertà alla madre se fosse stata in patria. Nel secondo paragrafo, la donna concepisce presso i nemici; il figlio non potrebbe nascere libero, ma i giustinianeî estenderebbero *benignius* il postliminio al figlio. Sebbene ad avviso di gran parte della dottrina, il passo dovrebbe ritenersi interpolato per una serie di ragioni sia formali, sia sostanziali (sulle quali, v. M.V. SANNA, *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus*, Cagliari 2001, pp. 146 ss.), assume rilievo – dal nostro punto di vista – che anche in questo frammento, come nei precedenti, Ulpiano si riferisca ad un figlio concepito al di fuori di un legittimo matrimonio, come peraltro confermato dall'inserzione finale da parte di Lenel di D. 1,5,24 (*Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*), ove il riferimento a colui *qui nascitur sine legitimo matrimonio* è esplicito.

<sup>15</sup> Così, R. MENTXAKA, *Notas*, cit., p. 635.

<sup>16</sup> B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 179 e nt. 24, precisa che, in caso di nascita da madre non unita in *iustae nuptiae*, mancherebbe «un *pater familias* cui si possa attribuire la *potestas* sul nuovo nato». Solo in età postclassica, per l'A. (pp. 238 ss.), la condizione di *filius in potestate* si sarebbe potuta acquistare in un momento successivo (*legitimatio per subsequens matrimonium* o *per rescriptum principis*). Sul punto, v. altresì le considerazioni di G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti imperiali e tardo giustiniane*, Milano 1990, pp. 1 ss.

<sup>17</sup> Secondo parte della dottrina, i passi sottintenderebbero una rilevanza giuridica del concepito in epoca classica. Così già G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 195 ss.;

Che l'interesse tutelato dalla norma non possa identificarsi in via esclusiva nella *spes patris*, del resto, sembra ulteriormente confortato da alcuni passaggi della *Passio Perpetuae et Felicitatis*, dai quali emerge, come è stato recentemente osservato, che la pena capitale avrebbe dovuto essere differita anche nel caso in cui l'imputata fosse stata una schiava<sup>18</sup>.

Leggiamo, infatti, nel quindicesimo capitolo del testo che Felicitia, cristiana condannata *ad bestias* insieme ad altre correligionarie nel 203 d.C., era già incinta quando era stata condotta in carcere. Giunta all'ottavo mese di gravidanza, quando ormai si avvicinava il giorno dei ludi e, quindi, dell'esecuzione della condanna, Felicitia – secondo la fonte – sarebbe stata tormentata dal timore che, a causa del suo stato, la condanna venisse differita e le fosse impedito di condividere il mar-

P. CATALANO, *Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. Civ.*, 1, 1988, 45 ss. (= *Diritto e Persone*, 1, Torino 1990, pp. 195 ss., in part. pp. 202 s. nt. 15); M. BALESTRI FUMAGALLI, *Note minime sulla speranza*, in *SDHI*, LXI, 1995, pp. 870 s.; EAD., *Spes vitae*, cit., pp. 345 ss.; M.P. BACCARI, *Sette note per la vita*, in *SDHI*, LXX, 2004, pp. 507 ss. e in part. 509; EAD., *Diritto alla vita tra ius e biotecnologie I. La difesa del concepito*, Torino 2006, p. 5; EAD., *Curator ventris*, cit., pp. 74 ss.; P. FERRETTI, *In rerum natura esse/in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano 2008, pp. 135 s.; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, p. 23 nt. 49. Ritiene la disposizione contenuta in D. 1,5,18 e D. 48,19,3 «orientata a proteggere i nascituri» e «il diritto alla vita», C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009, p. 58 nt. 91; EAD., *Alcune riflessioni in materia di status*, in A. LANDI, A. PETRUCCI (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica. I. La prospettiva storica*, Torino 2016, pp. 123 ss. V. inoltre M.T. CAPOZZA, *s.v. Gravidanza (diritto romano)*, in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, VI, Napoli 2013, p. 744 ss.; P. L. CARUCCI, *Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al principato. Principi e politiche*, in *TSDP*, 11, 2018, pp. 13 ss. Parla di interessi del nascituro e, per via riflessa, di quelli del pater, M.V. SANNA, *Spes nascendi - spes patris*, in *AUPA* 55, 2012, pp. 528 s.

<sup>18</sup> Come messo in evidenza da M.P. BACCARI, *Curator ventris*, cit., p. 77 e R. MENTXAKA, *Genero y violencia (s) en la 'Pasi3n' de Perpetua y Felicidad*, in *Index*, 40, 2012, pp. 468 s.; EAD., *Notas*, cit., p. 634, secondo la quale deve supporre che l'applicabilità del divieto sia stata progressivamente ampliata, sino a includere le schiave. A suo avviso, infatti, all'inizio del Principato sarebbe stata probabilmente circoscritta alle «mujeres libres y ciudadanas». Di diverso avviso, M.G. ZOZ, *Le costituzioni*, cit., p. 10, per la quale la disposizione si sarebbe dovuta comunque intendere come applicabile anche alle schiave, dal momento che «sia le libere che le schiave, condannate alla pena capitale, divenivano ugualmente *servae poenae*».

tirio con i propri compagni, dal momento che non era consentito (*non licet*) sottoporre alla pena le donne incinte:

*Passio Perpetuae et Felicitatis XV. 1. Circa Felicitatem vero, et illi gratia Domini eiusmodi contigit: 2. Cum octo iam mensium ventrem haberet (nam praegnans fuerat adprehensa), instante spectaculi die in magno erat luctu, ne propter ventrem differretur (quia non licet praegnantem poenae repraesentari) et ne inter alios postea sceleratos sanctum et innocentem sanguinem funderet.*

Poiché nel secondo capitolo della *Passio*, ove si narra dell'arresto di Felicità, essa viene definita *conserva*, e cioè – secondo la lettura di molti – “compagna di schiavitù” di tale Revocato<sup>19</sup>, deve desumersi che l'obbligo di differire l'esecuzione della pena a un momento successivo al parto riguardasse anche le schiave. In tal caso, ad essere tutelato sarebbe stato, secondo alcuni, l'interesse del proprietario della schiava condannata «en ver aumentado su patrimonio al nacer un/a esclavo/a»<sup>20</sup>.

Poiché, però, a seguito dell'emanazione di una sentenza di condanna a morte, in una qualsiasi delle sue forme<sup>21</sup>, la condannata sa-

<sup>19</sup> *Passio Perpetuae et Felicitatis II.1 Apprehensi sunt adolescentes catechumeni: Revocatus et Felicitas, conserva eius, Saturninus et Secundulus; inter hos et Vibia Perpetua, honeste nata, liberaliter instituta, matronaliter nupta, habens patrem et matrem et fratres duos, alterum aequae catechumenum, et filium infantem ad ubera. Erat autem ipsa circiter annorum viginti duo. Haec ordinem totum martyrii sui iam hinc ipsa narravit, sicut conscriptum manu sua et suo sensu reliquit.* Come posto in evidenza da R. MENTXAKA, *Genero y violencia*, cit., p. 451 nt. 36; EAD., *Notas*, cit., p. 634, il problema è posto dalla traduzione di ‘*conserva*’. Sebbene in alcuni casi il termine sia stato impiegato per indicare la moglie, la sposa, ad avviso di M. FORMISANO, *La passione di Perpetua e Felicità*, Milano 2008, p. 81 nt. 18, è più corretto tradurre *conserva* «compagna di schiavitù». In riferimento al testo della *Passio*, v. F. LAMBERTI, *Elementi giuridici nell'educazione femminile in Africa proconsolare fra II e III sec. d.C. Gli esempi di Pudentilla e Perpetua*, in F. LAMBERTI, P. GRÖSCHLER, F. MILAZZO (a cura di), *Il diritto romano e le culture straniere. Influenze e dipendenze interculturali nell'antichità*, Lecce 2015, pp. 217 ss. e nt. 49, alla quale si rinvia per una ricognizione bibliografica.

<sup>20</sup> R. MENTXAKA, *Notas*, cit., p. 633.

<sup>21</sup> Così, O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma 1976, p. 41. Cfr. D. 28,3,6,6 (Ulp. 10 *ad Sab.*) *Sed et si quis fuerit capite damnatus vel ad bestias vel ad gladium vel alia poena quae vitam adimit, testamentum eius irritum fiet, et non tunc cum consumptus est, sed cum sententiam passus est: nam poenae servus efficitur...*; D. 48,19,12 (Macer 2 *de off. praesid.*) *Quod ad statum damnatorum per-*

rebbe divenuta *serva poenae* e ogni suo rapporto con il *prior dominus* sarebbe stato reciso<sup>22</sup>, l'interesse tutelato non potrebbe essere l'interesse di quest'ultimo. Sia che si ritenga che i *servi poenae* fossero, infatti, *servi sine domino*, come ipotizzato dal Savigny<sup>23</sup>, sia che si ri-

*tinet, nihil interest, iudicium publicum fuerit nec ne: nam sola sententia, non genus criminis spectatur. itaque hi, in quos animadverti iubetur quive ad bestias dantur, confestim poenae servi fiunt.* Servi della pena, com'è noto, erano altresì i condannati ai ludi venatori (cfr. D. 48,19,8,12) e alla *damnatio ad metalla* (cfr. D. 29,2,25,3; D. 34,8,3). Secondo U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., pp. 419 ss. e U. ZILLETTI, *In tema*, cit., p. 60, la servitù della pena sarebbe sorta in connessione con la condanna *ad metalla* e poi estesa – secondo Brasiello gradualmente, mentre ad avviso di Zilletti “simultaneamente” – alle pene capitali, al fine di disciplinare la situazione giuridica del condannato durante l'intervallo di tempo che intercorreva tra la pronuncia e l'esecuzione della sentenza. In alcuni casi, infatti, tale periodo poteva essere abbastanza lungo, come peraltro conferma la vicenda di Perpetua e Felicità. Come osserva A. McCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli 2010, p. 42, non solo per l'esecuzione della condanna *ad bestias* si doveva aspettare la prima festività utile, ma c'era anche la possibilità che il condannato sopravvivesse per un certo periodo all'incontro con le belve. Cfr. *Passio Perpetuae et Felicitatis* XIX.6 e XXI.7.

<sup>22</sup> Così, U. ZILLETTI, *In tema*, cit., pp. 84 ss. Analogamente, F. SALERNO, *Ad metalla. Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, pp. 103 ss., secondo il quale il rapporto tra lo schiavo e il *dominus* si recide «per effetto della *damnatio*» e «non ritorna in vita nei casi di remissione o condono della pena», come confermato da alcuni provvedimenti nei quali si specifica che il *servus poenae* non sarebbe ricaduto nel *dominium* del precedente proprietario. Cfr. D. 40,5,24,5, ove Ulpiano significativamente afferma che non è chiaro a chi appartenga lo schiavo dopo la liberazione (*cuius tamen sit non adicitur*); D. 48,19,8,12; C. 9,51,8. Che la *servitus poenae* spezzasse il rapporto con il *dominus* sembra ulteriormente confermato, come osserva A. McCLINTOCK, *Servi*, cit., p. 55, dall'inciso presente in D. 48,18,17,3: secondo Papiniano, il *servus in metallum damnatus* (divenuto, pertanto, *servus poenae*) non potrà essere torturato *contra eum qui dominus fuit* e, dunque, contro colui che era stato il suo padrone.

<sup>23</sup> Ad avviso di F.C. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* I, Berlin 1840 (tr. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale* I, Torino 1888, p. 359 e ivi a), il servo della pena sarebbe divenuto un *servus sine domino*, sul quale – pertanto – né lo Stato, né il precedente *dominus* avrebbe potuto vantare un diritto di proprietà. Per W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908 (rist. 1970), p. 277, «*servi poenae* themselves were not the property of anyone: they were slaves of punishment, not belonging to Caesar or the fisc». Analoghe considerazioni in P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I*, Roma 1925 (rist. 1963), p. 161; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano I*, Roma 1928, p. 234 nt. 3; G. DONATUTI, *La schiavitù per condanna*, in *BIDR*, 42, 1934, p. 226. Secondo A. McCLINTOCK, *Servi*, cit., p. 46 ss., è improbabile che «prima di Antonino Pio si fosse verificata una assimilazione di diritto fra *servi poenae* e schiavi che godevano di notevoli benefici privatistici, quali i *servi Caesaris*, i *servi fisci* e i *servi publici*». La circostanza che i

tenga che fossero proprietà dello Stato<sup>24</sup> ed equiparati – perlomeno a certi fini – ai *servi fisci*, come supposto da altri<sup>25</sup>, l'interesse del precedente padrone non sembra, in ogni caso, essere preso in considerazione.

Pertanto, pur non potendosi negare l'indiscutibile interesse del *paterfamilias* alla legittima discendenza in caso di *iustum matrimonium*, e, se si accoglie la tesi dell'equiparazione del *servus poenae* al *servus fisci*, anche l'interesse di quest'ultimo, il fatto che il divieto venisse applicato indistintamente a tutte le donne, comprese le schiave e le donne non unite in *iustae nuptiae*, induce a ritenere che, accanto all'interesse del *pater* e a un eventuale interesse del *fiscus* in caso di gravidanza della schiava, fosse preso in considerazione e in qualche modo tutelato anche l'interesse del nascituro<sup>26</sup>.

*servi poenae*, diversamente dai servi appartenenti a un *municipium*, a un *collegium*, a una *decuria* o al fisco, non potessero essere istituiti eredi e non fossero in grado di ricevere per testamento, confermerebbe tale assunto: lo schiavo della pena «non può ricevere alcunché perché non ha un *dominus*».

<sup>24</sup> Per TH. MOMMSEN, *Römisches*, cit., p. 948 nt. 1, quando la condanna alla *servitus poenae* acquistava autorità di cosa giudicata, il condannato passava nella proprietà dello Stato; per distinguerlo dagli schiavi appartenenti allo stesso per altre cause, i giuristi lo qualificarono *servus poenae*, trattandolo però come uno schiavo imperiale. L'impossibilità di accettare ciò che veniva lasciato per testamento a uno schiavo di questa categoria sarebbe stata l'unica restrizione che differenziava i servi della pena da quelli imperiali. Ritiene i *servi poenae* «certamente proprietà dello Stato e non *sine domino*», B. ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 107 nt. 432.

<sup>25</sup> Per F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio* II, Paris-Recueil Sirey 1926, pp. 430 ss., questi schiavi, *servi poenae* più che *servi fisci*, «tout en étant au fond des *servi fisci*, ils ont, en outre, la qualité dominante de *servi poenae*». Uno schiavo divenuto *servus poenae*, una volta liberato *indulgentia principis*, è puramente e semplicemente schiavo del fisco. Per U. ZILLETTI, *In tema*, cit., pp. 84 ss., la condizione dei *damnati in metallum* sarebbe disciplinata dalla concorrenza del regime dei *servi fisci* con quello dei servi *sine domino*, o perlomeno, mentre il regime degli acquisti ereditari è regolato considerando il *damnatum in metallum* come schiavo *sine domino*, altre vicende, quali quella del concepito e nato dalla schiava condannata (cfr. D. 40,5,24,6), sarebbero regolate considerando il condannato come *servus fisci*. Sul punto, si rimanda all'ampia disamina di M.V. SANNA, *Mulieres ad metalla damnatae*, cit., pp. 486 ss.

<sup>26</sup> Tanto più che leggiamo, nella stessa chiusa del XV capitolo della *Passio*, che la figlia di Felicita venne cresciuta come una figlia da una consorella. *Passio Perpetuae et Felicitatis* XV.7 *Ita enixa est puellam, quam sibi quaedam soror in filiam educavit*. In proposito, M. FORMISANO, *La passione di Perpetua e Felicita*, cit., p. 115 nt. 153, osserva come tale passaggio suggerisca che la redazione sia successiva ai fatti narrati. Viene impiegato, infatti, il perfetto *educavit* e non il presente, come nel resto della narrazione.

*Abstract*

Il contributo si propone, per un verso, di precisare il contenuto del risalente divieto di torturare e condannare a morte la donna incinta prima del parto e, per altro verso, di comprendere se l'interesse tutelato dalla disposizione fosse esclusivamente quello del padre a non essere privato della legittima discendenza.

The present paper pursues a two-fold goal. On the one hand, it intends to clarify the content of the prohibition of torturing and sentencing pregnant women; on the other hand, it will explore whether the legal interest safeguarded by the norm at hand was solely that of the father, having particular regard to his interest of not being deprived of a legitimate progeny.



GEMA VALLEJO PÉREZ

## LA MUJER SOMETIDA AL *PATERFAMILIAS*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El *paterfamilias: Ius vitae et necis*. – 3. *Tutela mulierum*. – 4. Limitaciones en el ámbito social. *Senatus Consultum de Bacchanalibus*.

1. *Introducción*. – El Derecho Romano tenía una particular concepción de la familia y del papel que las mujeres debían desempeñar dentro de esta institución. Esta idea cambió a lo largo del tiempo. Para el jurista Gayo 1,48<sup>1</sup>, existía una división respecto a las personas en dependientes e independientes, *alieni iuris* y *sui iuris*.

*Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt.*

De este texto se desprende que todas las personas se dividen en *sui iuris* cuando son independientes, y *alieni iuris* si son dependientes<sup>2</sup>.

En relación a la situación de las mujeres, éstas podían ser *alieni iuris*, dependientes y por tanto sometidas a la voluntad del *paterfamilias*, o gozar de la posición jurídica de *sui iuris*, más favorable por cuanto presuponía un mayor grado de libertad. Aunque como veremos siempre necesitaba de la asistencia de un hombre, en este caso

<sup>1</sup> Utilizamos como fuente fundamental de este apartado las Instituciones de Gayo, que, como afirma A. METRO, *Las fuentes del Derecho Romano*, Trad. Española de M.J. BRAVO BOSCH, Madrid 2012, p. 76: «Representan la fuente más importante de la jurisprudencia clásica, en cuanto se trata de la única obra jurídica de este período que ha llegado casi por entero hasta nosotros»; v. sobre Gayo, R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Docencia y Jurisprudencia en Gayo*, en R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, M. LÓPEZ MUÑOZ (Eds.), *Gayo y el aprendizaje del Derecho Romano*, Madrid 2012, pp. 38 ss., donde la autora describe minuciosamente el origen, la personalidad, la didáctica jurídica y el estilo de este magnífico jurista.

<sup>2</sup> Gayo 1,49 resulta de gran ayuda, ya que aclara la situación de los *alieni iuris*, que pueden estar *in potestate*, *in manu* o *in mancipio*: *Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

denominado tutor, para prestar su *auctoritas* previa a cualquier acto jurídico de envergadura realizado por una mujer *sui iuris*<sup>3</sup>.

Desde el interés que el derecho Romano tenía por las personas, incluidas las mujeres, se regularon las condiciones de éstas siguiendo las costumbres inmemoriales<sup>4</sup>, los usos, la legislación y la jurisprudencia a someter a la mujer, a situarla en una posición endeble, de clara inferioridad ante el hombre, para evitar que con motivo de su *levitas animi* pudiese cometer actos contrarios al progreso familiar conseguido por el cabeza de familia, el *pater*. Todo en contra de los intereses que fueran más favorables al género femenino.

De este modo, la mujer *alieni iuris*, *filiafamilias*, carecía de toda libertad<sup>5</sup>. Se encontraba sometida a la potestad de su padre, el *paterfamilias*, y aunque muriera este, su condición familiar no cambiaba y seguía siendo *filiafamilias*<sup>6</sup>.

Esta condición de sometimiento puede producirse por filiación, es decir, cuando es la hija legítima del *paterfamilias*, o también por ser descendiente legítima de los hijos sometidos al padre. También se

<sup>3</sup> G. VALLEJO PÉREZ, *Métodos alternativos a la resolución de conflictos en Derecho Romano. Especial referencia a la Mediación*, Madrid 2019, p. 25.

<sup>4</sup> L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milán 1984, p. 99, destaca la importancia de los *mores*, todavía mayor en el caso de las mujeres: «Le donne sono escluse *moribus* dai *civilia officia*; é interessante però rilevare come l'esclusione non sia motivata sulla base del richiamo della *levitas* o dell'*infirmitas sexus*... bensì sui *mores*».

<sup>5</sup> R. HERRERA BRAVO, M. SALAZAR REVUELTA, A. SALAZAR REVUELTA, *La condición de la mujer en la represión del adulterio en derecho romano y su recepción histórica*, en R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, M.J. BRAVO BOSCH (Eds.), *Experiencias Jurídicas e Identidades Femeninas*, Madrid 2011, p. 186, en donde ponen de manifiesto el abismo existente entre el *paterfamilias* y la mujer: «Carente de todo tipo de derechos políticos y limitada, en un principio, en cuanto a sus derechos civiles; ya que éstos últimos sólo los puede ejercitar con el consentimiento de un tutor, cuando no está sometida al poder de un cabeza de familia. La sumisión al poder masculino tenía lugar, en consecuencia, tanto por naturaleza: como hija sometida a su *paterfamilias*, como por derecho: como mujer casada en matrimonio *cum manu* y, por tanto, sometida a la *potestas* (o *manus*) de su marido o padre de éste. De tal forma que el matrimonio no supondría, obviamente, un cambio en la condición de la mujer y en la adquisición de mayor libertad por parte de ésta».

<sup>6</sup> J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Madrid 1999, p. 333, en donde añade que las mujeres no pueden ser arrojadas, «Ya que ni la misma muerte de su *pater* las libra de seguir en la condición de *filiaefamilias*, y cuando la antigua potestad sobre ellas ejercida dio paso a la tutela, su situación fue semejante a la de los impúberos».

producía en el caso de haber contraído matrimonio *sine manu* (celebrado sin el procedimiento de la *conventio in manum*)<sup>7</sup>.

La adopción<sup>8</sup> podría ser otra de las causas de esta situación, la cual se producía en el caso de la mujer *alieni iuris* que pasaría de estar bajo la potestad de su padre para estar sometida a un nuevo *paterfamilias*<sup>9</sup>.

En cuanto a las posibilidades de adquirir para sí misma un patrimonio por los actos realizados, la mujer *in potestate* carecía de capacidad patrimonial activa. De tal manera que adquiriría siempre para el *paterfamilias*, no pudiendo perjudicar al dueño y señor de la familia con actos lesivos patrimoniales, como revela Gayo 2,87:

*Igitur <quod> liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod serui <nostr>i mancipio accipiunt uel ex traditione nanciscuntur, siue quid stipulentur uel ex aliquolibet causa adquirent, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iuventibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et conuenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur.*

En el caso de la dote, la mujer *in potestate* va superando su propia situación de incapacidad. Excepcionalmente se le considera *particeps et quasi socia obligationis patris*<sup>10</sup>, y se le permite interponer la

<sup>7</sup> F. GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, 3ª ed., Madrid 1982, p. 157: «Forma de ingreso, en el derecho antiguo, de la mujer casada en la familia del marido, supeditándose a la potestad familiar de éste y rompiendo todo vínculo con su familia de procedencia. Se producía por una de las formas matrimoniales de la *confarreatio*, *coemptio* o *usus*, quedando la mujer como filifamilias, en relación de *filiae loco*, hija, si era su marido el *paterfamilias*, o *nepti loco*, nieta, si lo era el *paterfamilias* de su marido».

<sup>8</sup> V. al respecto, C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem, I, Origine regime giuridico e riflessi políticosociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano 1990, *passim*.

<sup>9</sup> J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., p. 332: «Para dar en adopción una hija o un nieto – de lo que la ley no habla –, es suficiente una sola *mancipatio* paterna. Tal *mancipatio* no va seguida de una manumisión por parte del comprador, sino del propio acto de adopción. La adopción no está sujeta a otros requisitos que los nacientes de su propia naturaleza. Así, v.gr. no está permitido que adopten las mujeres, ya que es negado a éstas el ejercicio de la *patria potestas*».

<sup>10</sup> Cfr. M.J. BRAVO BOSCH, I. IGLESIAS CANLE, *Mujer e Igualdad desde el derecho romano hasta la actualidad: especial referencia al ordenamiento jurídico español*, en *Mujer, Política e Igualdad. De las palabras a los hechos*, Valencia 2017, p. 64.

*actio rei uxoriae* en casos especiales<sup>11</sup>, como se puede deducir de un texto de Ulpiano (8 *ad. ed.*) D. 3,3,8 pr., en el que también puede ejercitar la *actio iniuriarum*.

En la época postclásica tiene preeminencia la cognación (vínculo de sangre) de tal manera que se asimilan los hijos ya sean hombres o mujeres, mientras que en la época justinianea la legislación del emperador sitúa a la mujer en una posición manifiestamente mejor que la de siglos anteriores<sup>12</sup>. Esto se materializa, por ejemplo, en el poder de las mujeres de disponer de sus bienes o en la posibilidad de contraer obligaciones por sí mismas y también en la posibilidad de responder por las mismas con acciones que antes no podían dirigirse contra una mujer.

Seguidamente se debe señalar la situación jurídica de la *filiafamilias* que está sometida a la *manus*. Se trata de una posición exclusiva de la mujer, ya que un hombre nunca va a estar sometido a la *manus*. Esta palabra (en femenino), se refiere a una situación reservada única y exclusivamente al colectivo de las mujeres, que deben sentir que su posición *in manu* las protege de todo mal, en un intento patriarcal de someter a las mujeres pero que éstas crean que los hombres quieren protegerlas de actos nocivos y peligrosos para ellas<sup>13</sup>.

Esta distinta posición ocupada por hombres y mujeres queda patente en el siguiente texto de Gayo 1,109:

*Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt.*

Solo las mujeres pueden estar sometidas a la *manus*, frente a la situación jurídica *in potestate* que se puede referir a hombres y a mujeres. Es evidente que la situación de la mujer sometida a la *manus* es mucho peor ya que debe demostrar al *paterfamilias* que es digna

<sup>11</sup> G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, Madrid 2014, p. 23.

<sup>12</sup> Tal consideración la encontramos por ejemplo en una constitución contenida en el Código de Justiniano, C. 6,28,4,1, en la que se establece la igualdad y equidad en todo lo relativo a la desheredación de los hijos, ya que ahora tanto los hijos como las hijas deben ser desheredados *nominatim*, de forma nominal, por lo que las hijas preteridas, olvidadas ya no sufren las consecuencias, porque deberán ser nombradas para ser desheredadas.

<sup>13</sup> G. VALLEJO PÉREZ, *Métodos alternativos a la resolución de conflictos en Derecho Romano. Especial referencia a la Mediación*, cit., p. 32.

de ser miembro de su familia y que está conforme con su situación, además de tener muy claro su rol dentro de la estructura familiar.

La *conventio in manum*<sup>14</sup> es un acto mediante el cual la mujer pasa a formar parte de la familia de su marido, desvinculándose a partir de ese momento de su familia primitiva, con la que pierde la tipicidad jurídica anterior. Si el nuevo *paterfamilias* es su marido, la mujer ocupará el lugar que le corresponde como hija, *loco filiae*<sup>15</sup>, mientras que, si el *paterfamilias* resulta ser el padre de su marido, el lugar que ocupará la mujer será *loco neptis*, como su nieta.

Por todo lo expuesto, se puede pensar que la condición de la mujer *in manu* era muy gravosa situando en una clara inferioridad a las mujeres.

Algunos autores, como Buigues Oliver<sup>16</sup>, encuentran, dentro de esta situación de inferioridad que una mujer *in manu* podía incluso ser receptora de beneficios varios: «Tales como los de una sucesión onerosa en su familia y obtener, gracias a su posición de hija (*loco filia*), unos derechos sucesorios más favorables que aquella sucesión por el llamamiento pretorio '*unde vir et uxor*', si bien para ello tuviera que abandonar su familia de origen con los perjuicios que ello le pudiera ocasionar».

Gayo nos muestra las tres maneras de celebrar un matrimonio *cum manu* en 1,110:

*Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione.*

<sup>14</sup> M. KASER, *Ebe und conventio in manum*, en *IURA*, 1, 1950, pp. 64 ss.; M. GARCÍA GARRIDO, *Conventio in manum y matrimonio*, en *AHDE*, 26, 1956, pp. 781-787; E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»*, en *Accademia nazionale dei Lincei*, 1966, pp. 56 ss.; I. PIRO, *Conventio in manum e successivo matrimonio in Gai 2.139*, en *Labeo*, 35, 1989, pp. 307 ss.

<sup>15</sup> V. al respecto, las conclusiones del trabajo de C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ e P.I. CARVAJAL RAMÍREZ, *Some considerations on the expression "loco filiae" in Gaius' institutes*, en *Fundamina*, Pretoria, 22, n. 1, 2016, p. 22: «On the other hand, the words *manus* and *mancipium* – which seem to date from earlier times – are used to describe the powers that are to some extent shaded, or nuanced, equivalents of *potestas*. The wife *in manu* is *loco filiae*, while the son *in mancipio* is *loco servorum*. The comment may be made that the main difference between *potestas* and its imitations was the intensity of the personal powers that the *pater* could exercise».

<sup>16</sup> G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma*, cit., p. 51.

El insigne jurista explica, en 1,111-113, el significado de cada una de las formas de contraer matrimonio *cum manu*:

111. *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni <usum> interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.*

112. *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Ioui Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usus est; nam flamines maiores, id est Diales Martiales Quirinales, item reges sacrorum nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.*

113. *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cuius in manum convenit.*

El primer modo de contraer matrimonio *cum manu* se realiza mediante el *usus*<sup>17</sup>. La mujer entraba bajo la *manus* si estaba casada durante un año (ininterrumpido).

La segunda manera de contraer un matrimonio *cum manu* era la *confarreatio*<sup>18</sup>. Se pronunciaban palabras solemnes delante de diez

<sup>17</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Madrid 2016, p. 261: «El *usus*, que exigía la convivencia continuada de los futuros cónyuges durante un año, transcurrido el cual se producía la incardinación de la mujer en la familia de su marido. Si faltaba la voluntad de incorporación a la nueva familia, bastaba con que la mujer se ausentase, con esta intención, durante tres días seguidos del domicilio conyugal».

<sup>18</sup> U.E. PAOLI, *URBS. La vida en la Roma antigua*, Trad. Española, J. FARRÁN MAYORAL, N. MASSANÉS, Barcelona 1944, p. 128: «Cuando el matrimonio se efectuaba mediante la *confarreatio*, se hacía sentar a los esposos con la cabeza velada sobre dos sillas, puestas una junto a otra, sobre las cuales se había extendido la piel de la víctima sacrificada. Los esposos, después, daban la vuelta al altar precedidos de un servidor (*camillus*) que llevaba una canastilla (*cumerum*) con los ornamentos sagrados»; E. NACK, W. WÄGNER, *Roma. El país y el pueblo de los antiguos roma-*

testigos<sup>19</sup>. Júpiter, como divinidad<sup>20</sup>, estaba presente en la celebración.

La mancipación era la tercera forma de celebración de este tipo de matrimonio y consistía en la realización de una venta delante de cinco testigos, los cuales debían ser ciudadanos romanos y púberes. Además acudía un portador de la balanza, en la que actuaba como comprador de la mujer el que iba a adquirir la *manus* sobre ella.

Al hilo de esta exposición, y a pesar de lo que acabamos de ver, debemos dejar claro que la *conventio in manum*<sup>21</sup>, aunque está en íntima relación con el matrimonio en sí mismo, no son el mismo instrumento jurídico<sup>22</sup>. Además, tuvo un escaso recorrido histórico en el mundo romano, siempre en continuo movimiento y tan proclive a los cambios, por lo que la importancia de esta institución pronto se verá superada por nuevos modos de ingresar en una familia romana, y de nuevas formas de matrimonio, más acordes con los tiempos republicanos que aceptaban una mayor y mejor presencia feme-

*nos*, Trad. española de J. GODO COSTA, Barcelona 1960, p. 151: «La forma más solemne de contraer matrimonio era la *confarreatio*, nombre derivado de la torta sacrificial de espelta (*farreum libum*) que se ofrecía a Júpiter. La ceremonia era realizada por el *Pontifex Maximus* y el *Flamen Dialis*».

<sup>19</sup> J. ANDREW COUCH, *Woman in Early Law*, en *Harvard Law Review*, 8, 1894, p. 44: «It took place in presence of the *pontifex maximus*, and of ten witnesses, probably representative of the ten *curiae* or wards of ancient Rome».

<sup>20</sup> V. la reflexión que ofrece O. BUCCI, *Sul matrimonio nei diritti dell'antichità*, en *Gregorianum*, 57, 1976, p. 144, en donde explica que a pesar de la celebración del matrimonio siempre en presencia de una divinidad, el rito se ha considerado siempre con ausencia de valor jurídico sobre la propia naturaleza del matrimonio, algo con lo que el autor no está de acuerdo: «Anzi, oserei dire che è già errato porsi questa distinzione nella problematica giuridica dei diritti antico-orientale e nella più antica tradizione giuridica greco-romana. Il cosiddetto rito, pertanto, ora sentito in scarsa considerazione dai nostri studiosi, era esso stesso forma giuridica, modo attraverso cui le parti si vincolavano in un patto-contratto típico quale quello del matrimonio».

<sup>21</sup> E. CANTARELLA, *Sui rapporti tra matrimonio e conventio in manum*, Milano 1963, pp. 23 ss.

<sup>22</sup> A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Navarra 1997, p. 291: «La *manus* no se identifica con el matrimonio, y por eso puede adquirirse sobre niñas sin edad matrimonial, pero destinadas a aquel matrimonio, y retenerse sobre la divorciada; la potestad del suegro se mantiene sobre las nueras viudas, o divorciadas sin extinción de la *manus*. Cabe también una *manus* sin intención matrimonial (*coemptio fiduciaria*): cuando se utiliza para extinguir el parentesco de agnación con la familia de origen, y extinguirse seguidamente la *manus* constituida tan sólo para ese fin».

nina en el entorno familiar, siempre, claro está, dentro de unos cánones de vigilancia, moralidad y estabilidad.

El propio Gayo en 1,110<sup>23</sup>, hace referencia al modo antiguo, *olim*:

*Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione.*

Por último, en lo que se refiere a la extinción de la *manus* para que desaparezcan los efectos de la misma, se procedía con un acto contrario, que no era otro que la *diffarreatio*<sup>24</sup>, frente a la *confarreatio*<sup>25</sup>, y la *remancipatio* a un tercero<sup>26</sup>, que luego debía manumitir a la mujer para completar la acción jurídica pretendida, si la *manus* se había adquirido mediante *coemptio* o *usus*.

La familia agnaticia<sup>27</sup>, entra en declive a partir de la última época republicana en favor de la cognaticia, por lo que la *conventio in manum* pierde su sentido y poco a poco desaparece.

En la época imperial<sup>28</sup>, se producen importantes cambios sociales

<sup>23</sup> Este texto de Gayo aparece citado en LEWIS&SHORT, *A Latin dictionary*, repr. Nueva York, 1988, v. *coemptio*: «A marriage, consisting in a mutual mock sale of the parties, by which the wife was freed from the *tutela legitima* and the family *sacra*».

<sup>24</sup> A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Nueva York 1953, v. *diffarreatio*: «The formal dissolution of a marriage concluded by *confarreatio* to free the woman from the *manus* tie».

<sup>25</sup> W. WARDE FOWLER, *Confarreatio: a Study of Patrician Usage*, en *JRS*, 6, 1916, pp. 187 ss.

<sup>26</sup> J. ANDREW COUCH, *Woman in Early Law*, cit., p. 46: «The marriage by *Coemptio* was dissolved by *Remancipatio*, which was nothing more than a resale of the wife to her father, or some other male relative».

<sup>27</sup> F. GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, cit., v. *Adgnatio*, p. 44: «Agnación; parentesco civil que liga a aquellas personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*, o que lo estarían si este antepasado común viviese. Este parentesco, que en el comienzo del derecho romano tiene más importancia y trascendencia jurídica que el de sangre o *cognatio*, alcanza a los sometidos al jefe de familia, en virtud de procreación en legítimo matrimonio, a la mujer casada *in manus*, a los adoptados, adrogados y filiación legitimada».

<sup>28</sup> M. MAÑAS NÚÑEZ, *Mujer y sociedad en la Roma imperial del siglo I*, en *NORBA. Revista de Historia*, 16, 2003, p. 191: «Durante la época del Principado y el primer siglo del Imperio romano, y ya desde los últimos tiempos de la República, la mujer romana conquista, si no nuevos derechos, al menos unos determinados privilegios que han dado pie a hablar de esta época como la de la emancipación femenina en Roma», y aunque añade a continuación que siguen sin poder desempeñar ningún oficio considerado «virilia», propio de los hombres, ni pueden optar

y jurídicos que van a cambiar y a favorecer la situación de las mujeres. Sirva como ejemplo la desaparición en esta época de la *tutela mulierum*<sup>29</sup>, aunque debemos manifestarla bondad de la desaparición gradual de la tutela, concebida como un instrumento útil y necesario para la custodia y guarda de los bienes femeninos.

A primera vista, se puede pensar que el Emperador Augusto fue un firme defensor de la libertad con respecto a las mujeres<sup>30</sup>, porque reconoció a éstas mayor capacidad jurídica a la reconocida hasta entonces. Pero en una mirada mas atenta podemos comprobar que, si por un lado admitió una mayor capacidad jurídica de obrar femenina reflejado sustancialmente en la supresión de la tutela en casos concretos, con su legislación caducaría, especialmente en la disposición contenida en la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y en la *lex Papia Poppaea*<sup>31</sup> (9 d.C.), que otorgaba el derecho, denominado *ius trium liberorum*<sup>32</sup>, a las mujeres *ingenuae* que hubiesen tenido tres

a una carrera política, la legendaria sumisión a los hombres se va atenuando cada vez más.

<sup>29</sup> E. CANTARELLA, *La calamidad ambigua*, Madrid 1991, p. 209, en donde da cuenta de la diferencia entre géneros en cuanto a la capacidad de obrar en la época republicana: «En el derecho romano, en particular, los hombres se consideraban en grado de administrarse a sí mismos y sus propios intereses al alcanzar la edad púber. Por ello, aunque estuviesen libres de la *patria potestas*, estaban sometidos a tutela hasta que cumplían catorce años. Pero las mujeres – como establecieron las XII Tablas – estaban sometidas a tutela perpetua».

<sup>30</sup> A. EVERITT, *Augusto, el primer emperador*, trad. A. LOBO, Barcelona 2008, p. 282, en donde afirma que en la década de los veinte a.C. el emperador decidió que debía llevar a cabo un proyecto legislativo social que purificase la moral y fomentase la familia, por los siguientes motivos: «Había un consenso entre la gente decente sobre el declive de la clase dirigente de Roma: era fácil divorciarse, los jóvenes eran reacios a casarse, la tasa de natalidad parecía descender, el libertinaje sexual era generalizado y algunos hombres ricos eludían la carrera pública».

<sup>31</sup> Gayo 1,145: ...*Tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae...*; 3,44: *Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate testamentum facere, prospexit, ut pro numero liberorum quos liberta mortis tempore habuerit, uirilis pars patrono debeatur...*

<sup>32</sup> A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., v. *ius liberorum*: «The most important application of *ius liberorum* concerned women. A freeborn woman with three children and a freedwoman with four children were freed from guardianship to which women were subject and had a right of succession to the inheritance of their children. The women's *ius liberorum* was applied even when the children were no longer alive»; M. ZABLOCKA, *Il «ius trium liberorum» nel diritto romano*, en *BIDR*, 30, 1988, pp. 361-390.

hijos, y a las libertas con cuatro, condicionó por el otro la actitud femenina decorosa, responsable, casta y familiar a un mayor éxito social y civil, condenando a través de diversas leyes restrictivas la libertad de hecho que poseía la mujer en la sociedad romana<sup>33</sup>.

A. Fernández de Buján<sup>34</sup>, afirma que el «rechazo popular consiguió, a través de las opiniones vertidas en las obras de los juristas y en la evolución progresiva de la legislación, el cuestionamiento de la concepción agnaticia de la familia, imponiéndose un concepto de familia cognaticia, basada en vínculos sanguíneos, que se consagrará con la legislación promulgada por el emperador Justiniano».

De esta forma, M.J. Bravo Bosch señala que el matrimonio, constituirá a partir de este momento el núcleo familiar, que a partir de ahora se fundamentará en vínculos de sangre, *cognatio*. Lo que viene a poner fin a una época donde tenía prevalencia la familia agnaticia, procedente del parentesco civil<sup>35</sup>.

Por otro lado, el matrimonio *sine manu*<sup>36</sup> será una forma evolucionada de la anterior. En esta modalidad matrimonial, la que la mujer conserva sus lazos con la familia de procedencia, es decir, con su familia de origen<sup>37</sup>, sin entrar a estar sometida a la voluntad del *paterfamilias*. De esta forma, la mujer, si no depende de nadie y es *sui*

<sup>33</sup> G. VALLEJO PÉREZ, *Métodos alternativos a la resolución de conflictos en Derecho Romano. Especial referencia a la Mediación*, cit., p. 32.

<sup>34</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., cit., p. 237.

<sup>35</sup> Cfr. M.J. BRAVO BOSCH e I. IGLESIAS CANLE, *Mujer e Igualdad desde el derecho romano hasta la actualidad: especial referencia al ordenamiento jurídico español*, cit., p. 67.

<sup>36</sup> U. E. PAOLI, *URBS. La vida en la Roma antigua*, cit., p. 125: «El matrimonio *sine manu* o libre. La esposa continuaba perteneciendo a la familia paterna, sujeta a la *potestas* de su propio padre y conservando los derechos sucesorios de la familia de origen. Este matrimonio no es formal como el antiguo matrimonio *cum manu* o como el nuestro, pero es su fundamento la convivencia de los esposos mientras dure su consentimiento de considerarse como marido y mujer».

<sup>37</sup> M.J. BRAVO BOSCH, *Mujeres y símbolos en la Roma republicana*, Madrid 2017, p. 45, en donde concreta el significado del matrimonio *sine manu*: «Es decir, si en el matrimonio *cum manu* la mujer abandonaba a su familia de origen para pasar a formar parte de la familia de su marido, en esta nueva forma de matrimonio (*sine manu*) pueden suceder dos cosas diferentes: por un lado, que la mujer continúe bajo la patria potestad del *pater* como *alieni iuris*, por otro, que la mujer no quede sometida a la patria potestad de nadie, ni de su padre, ni de su marido, manteniendo la condición de *sui iuris*. En este último caso, la mujer *sui iuris* puede realizar negocios jurídicos e intervenir en los actos de disposición de su patrimonio, pero siempre con la autorización preceptiva de su tutor».

*iuris*<sup>38</sup>, parece alcanzar mayores cotas de independencia, pero en realidad tal, esta libertad estará limitada por la sumisión a la *tutela mulierum*<sup>39</sup>.

2. El *paterfamilias: Ius vitae et necis*. – La familia romana presentaba unas características muy diferentes a otras estructuras similares de su tiempo<sup>40</sup>.

Una primera particularidad se basaba en el sometimiento de todos los miembros de la familia a la potestad del *paterfamilias*, reconociéndolo como la máxima autoridad dentro del seno familiar<sup>41</sup>. Gozaba este *paterfamilias* de amplios poderes, entre todos ellos destacaba el derecho de vida y muerte que tenía sobre sus hijos, *ius vitae necisque*<sup>42</sup>, poder absoluto atribuido por el Ordenamiento Jurídico Romano.

<sup>38</sup> L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la tutela mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 12, 2009, p. 6: «La mujer romana *sui iuris*, cualquiera que fuese su edad, estaba siempre sometida al peso de la tutela: de impúber a la *tutela impuberum*, y de púber y para siempre a la *tutela mulierum*».

<sup>39</sup> V. sobre la *tutela mulierum* y la clasificación habitual en tres tipos, tutela testamentaria, legítima y dativa L. SANZ MARTÍN, *Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del tutor mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 15, 2010, pp. 4 ss.

<sup>40</sup> R.P. SALLER, *Familia, Domus, and the Roman Conception of the Family*, en *Phoenix*, 38, 4, 1984, pp. 336-355; M.E. FERNÁNDEZ VAQUERO, *Definición jurídica de la familia en el derecho romano*, en *Revista de Derecho UNED*, 10, 2012, pp. 147 ss.

<sup>41</sup> R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padua 2000, p. 45, explica la importancia del *paterfamilias* para poder tutelar los intereses familiares: «Perciò spetta a lui decidere non solo il suo matrimonio, ma anche quello dei componenti la famiglia. Il suo consenso è necessario al matrimonio delle figlie, perché indebolisce la famiglia: le figlie escono dalla famiglia paterna, quando si pongono nella *manus* del marito e i figli che esse, alla loro volta, partoriscono, cadono nella potestà del marito e vengono a far parte della famiglia di lui. Il consenso del *paterfamilias* è necessario al matrimonio dei figli maschi, perché introduce nella famiglia nuovi soggetti: i nipoti, cadendo nella potestà del nonno, fanno parte della sua famiglia; le nuore fanno parte della famiglia del suocero, se si pongono nella *manus* del marito».

<sup>42</sup> C. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *El origen de los poderes del Paterfamilias I: El Paterfamilias y la Patria potestas*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 28, 2006, p. 47: «La *vitae necisque potestas* es la máxima expresión de las facultades disciplinarias que el *pater* tiene sobre sus hijos y constituye la manifestación última de los

Entre otros poderes, y para destacar la posición de este *paterfamilias*, se debe destacar la facultad sancionatoria de determinados comportamientos que a los ojos del *mismo* resultaran reprochables.

Todos los sometidos al poder del *paterfamilias*, estaban bajo la patria potestad, que debían obedecer si no querían ser objeto del derecho correctivo y punitivo del referido *pater*, el cual, debía ejercer tal *potestas* de acuerdo con la *equitas*, con los principios religiosos y morales, con los *mores maiorum* y con las demás normas que se contemplaban dentro de la comunidad<sup>43</sup>.

Las personas sometidas a la autoridad del *pater*, los *alieni iuris*<sup>44</sup>, formaban la familia agnaticia. Se podía pertenecer a ésta por varias vías:

- Por naturaleza, por vínculos de sangre. Sirva como ejemplo citar a los hijos nacidos dentro del matrimonio legítimo.
- Por medio de una relación jurídica, como la establecida por el *pater* al casarse con una mujer si la forma de matrimonio elegida es *in manu*<sup>45</sup> (única forma existente en la época arcaica romana).
- O bien mediante la *adrogatio* o la *adoptio*<sup>46</sup>.

poderes absolutos que se le atribuyen en el ordenamiento jurídico romano. Si bien puede, en virtud de su poder correctivo, aplicar otras sanciones más leves que la muerte, desde la *modica castigatio* a la *abdicatio* o la *relegatio ruri*, es su capacidad de decidir sobre la existencia misma de sus hijos el elemento que otorga una particular ferocidad a la *patria potestas* romana».

<sup>43</sup> V. al respecto, C. CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano 1942, p. 104, en donde confirma la limitación de la potestad del *paterfamilias*, aun siendo muy amplia, por medio de diferentes normas consuetudinarias, religiosas, o sociales, y por supuesto, también por medio de normas jurídicas.

<sup>44</sup> F. GUTIÉRREZ-ÁLVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, 3ª ed., Madrid 1982, p. 61: «Persona libre y ciudadano romano que se encuentra sometido a la potestad de un *paterfamilias*, por lo que aún no gozan de capacidad jurídica completa, en contraposición a las personas *sui iuris*».

<sup>45</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano*, en *Derecho, Sociedad y Familia: Cambio y Continuidad*, Madrid 2007, p. 38: «En los supuestos de matrimonios *cum manu*, que constituían la mayoría en las etapas arcaica y republicana, la posición de subordinación de la mujer a la potestad de su marido o a la del *paterfamilias* al que, en su caso, estuviese sometido su marido, era semejante a la que se encontraba cualquier otra persona sometida a potestad ajena».

<sup>46</sup> A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES e M. BAELO ÁLVAREZ, *Historia, significación y utilidad sociojurídica de la adrogatio y la adoptio en Roma*, en *Vergentis* 3, diciembre 2016, pp. 247-268.

La *adrogatio* consistía en someterse a la potestad de otro *paterfamilias*. En el caso de que se tratara de un *paterfamilias* perdería tal categoría y pasaría a depender él y su propia familia del nuevo *pater*, pasando de ser *sui iuris* a *alieni iuris*, y por lo tanto, dependiente.

Por último señalar que, la *adoptio* era la adopción, mediante la cual un hijo de familia, *alieni iuris*, pasaba a ser adoptado por un nuevo *paterfamilias* y aunque era acogido en la nueva familia continuaba con la condición de *alieni iuris*.

Ulpiano se refiere a esta cuestión en D. 50,16,195,2 (46 *ad ed.*):

*Familiae*<sup>47</sup> *appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognitionis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

<sup>47</sup> Resulta también clarificador para el significado de la palabra familia el texto contenido en D. 50,16,195, 1: «*Familiae*» *appellatio qualiter accipitur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis «adgnatus proximus familiam habeto». Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: «ex ea familia», inquit, «in eam familiam»: et hic de singularibus personis legem loqui constat», en donde aclara como se debe entender la palabra familia, que está admitida con un significado múltiple, ya que se aplica a las personas y a las cosas; a las cosas, como se recoge en la ley de las Doce Tablas, con las palabras “el próximo agnado tenga la familia”, pero la familia se refiere también a las personas, como cuando la ley se refiere al patrono y al liberto, diciendo “de esta familia, a aquella familia”, en clara alusión a personas singulares.*

Explica Ulpiano que la familia es el conjunto de personas, que bien por naturaleza o por derecho, están sometidas a la potestad de una persona sola, por ejemplo, el padre de familia, la madre de familia, el hijo o hija de familia, y el resto de los que siguen como nietos, nietas y demás descendientes. También analiza el significado de *paterfamilias*<sup>48</sup>, como aquel que tiene el dominio en la casa, con independencia de que tenga o no hijos, ya que el concepto designa su derecho, no la sola persona.

Denomina también como *paterfamilias* al pupilo, y refiere que cuando fallece el *pater*, todos los dependientes de éste comienzan a tener una familia distinta. De la misma forma sucederá con aquel que fuera emancipado, ya que éste también tiene una familia propia.

En relación a esto, A. Fernández de Buján<sup>49</sup>, destaca lo siguiente: «Con la expresión familia agnaticia, en sentido amplio, se hace referencia a la relación que se produce entre aquellas familias que se constituyen a la muerte del *paterfamilias* a cuya potestad estaban sometidas las personas que integraban el grupo familiar, así como con aquellas personas que habían sido emancipadas de la patria potestad del cabeza de familia», añadiendo a continuación que cuando una serie de familias agnaticias tienen un antepasado en común, pertenecen a su vez al mismo grupo gentilicio, con un *nomen gentilicium* propio, con efectos jurídicos en materia de sucesiones, patrimonio y evidentemente de familia.

3. *Tutela mulierum*. – Existían situaciones de mujeres *sui iuris*, supuestamente libres de cualquier sometimiento a la autoridad paterna o de otro sujeto, pero que sin embargo se encontraban, simplemente por el hecho de ser mujeres a una tutela perpetua.

Parece que la intención de esta institución, de la *tutela mulierum*, no sería la de proteger a la mujer frente a cualquier abuso de los actos jurídicos que pudiera realizar sino más bien a limitar su capaci-

<sup>48</sup> Sobre la figura del *paterfamilias* existe una variada bibliografía, de la que podemos destacar: A.M. RABELLO, *Effetti personali della patria potestas. Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano 1979, *passim*; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, v. *Patria potestà (diritto romano)*, en *Enc. dir.*, 32, Milano 1982, pp. 242-249; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, Roma 1994, *passim*; E. CANTARELLA, *Fathers and Sons in Rome*, en *The Classical World*, 96, 2003, pp. 281 ss.; C.F. AMUNATEGUI PERELLO, *El Origen de los poderes del «Paterfamilias», II: El «Paterfamilias» y la «Manus»*, cit., pp. 51-163.

<sup>49</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., cit., p. 236.

dad jurídica y de obrar. Esto se materializaba a través de la figura del tutor al que la mujer quedaba sometida a su control y a su autoridad.

Esta arcaica institución sería poco a poco superada y la mujer se liberaría de este control y de la necesaria *auctoritas* de su tutor<sup>50</sup>, aunque no fue derogada, posiblemente, por respeto a los *mores maiorum* y a una necesidad de preservar un comportamiento femenino acorde a la moralidad romana de la época.

Así, la *tutela mulierum* se desarrolla de forma distinta dependiendo de la época, y se deben diferenciar dos etapas principales.

En la primera etapa, correspondiente a la época arcaica, la tutela se configuraba como el instrumento idóneo para suplir la *potestas* del *paterfamilias*<sup>51</sup>, y la *manus* del marido.

En una segunda etapa, en la época clásica, la *tutela mulierum* habrá evolucionado paralelamente al concepto del grupo familiar. A través de la *negotiorum gestio* las mujeres podrán administrar sus propios negocios, lo cual sería un paso muy importante hacia la consecución de la independencia. Poco a poco la tutela se convierte en algo meramente formal, en un aval necesario para realizar algunos actos y negocios jurídicos en una realidad donde la mujer es independiente aunque no sea un hecho reconocido de manera explícita.

<sup>50</sup> M.J. BRAVO BOSCH, *Levitas animi*, en *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 14, 2017, p. 1012: «Esta institución se configuraba como un reflejo de la estructura familiar arcaica, puesto que no se presentaba como un mecanismo de protección, sino como la necesidad de controlar el patrimonio y los actos realizados por las mujeres, que quedaban así sometidas al hombre en una situación de incapacidad jurídica absoluta y perpetua. Sin embargo, esta naturaleza supuestamente protectorista de la tutela sobre la mujer, muy presente en los primeros años de esta institución, fue perdiendo poco a poco su significado y su razón de ser, hasta su total erradicación. Bien es cierto que el formalismo de la tutela se protegió durante mucho tiempo, y aunque en la práctica las mujeres llevaban a cabo todo tipo de actos y negocios jurídicos por sí mismas, necesitaban de la autoridad, siquiera formal, de su tutor para poder completar la legalidad de determinadas acciones sometidas a control».

<sup>51</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho español*, Madrid 1984: «En el campo de las relaciones patrimoniales, el único sujeto jurídico en el seno de la familia es el *pater*. La propiedad en la época antigua estaba confundida con el poder familiar, con el poder doméstico; de ahí el término *manus*. *Manus* y *mancipium* tienen que ver con estas ideas primitivas que reflejan la existencia de un poder único doméstico sobre cosas y personas que luego se va diversificando. No hay un concepto de propiedad fuera del ámbito de los bienes familiares probablemente hasta fines de la República».

La tutela agnaticia, en tiempos de Claudio<sup>52</sup>, es un instrumento periclitado<sup>53</sup>, pero es necesario refrendo legal para su derogación<sup>54</sup>. Gayo, en 1,157, recuerda la aparición de la tutela (en relación con los agnados) en la época de las XII Tablas:

*Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est<sup>55</sup> quae quod ad feminas attinet <tales> tutelas sustulit; itaque masculus quidem inpubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem, femina uero talem habere tutorem non potest.*

Una constitución del emperador León, indica su derogación llevada a cabo por el emperador Constantino<sup>56</sup>:

*C. 5,30,3: Constitutione divae memoriae constantini lege Claudia sublata, pro antiqui iuris auctoritate salvo manente agnationis iure tam consanguineus (id est frater) quam patruus ceterique legitimi ad pupillarum feminarum tutelam vocantur (a. 472).*

Se han formulado diversas teorías sobre el origen de la institución de la *tutela mulierum*, las cuales no han encontrado refrendo en las fuentes.

<sup>52</sup> G. MELILLO, *La condizione femminile a Roma: Due norme di Claudio*, en *SDHI*, 68, 2002, pp. 55 ss.

<sup>53</sup> G. MAY, *L'activité juridique de l'empereur Claude*, en *RHDFE*, 15, 1936, p. 235, afirma que la tutela legítima de los agnados era el lado débil de la *tutela mulierum*, ya que el tutor designado lo era por razón de nacimiento, cuando en otros tipos, testamentaria o atiliana, el tutor se elegía con criterios de racionalidad.; v. sobre los diferentes tipos de tutela, G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, cit., pp. 103 ss.

<sup>54</sup> M.J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid 1972, p. 117: «La tutela agnaticia de las mujeres, que representaba para el tutor sólo un radio de acción exactamente limitado a la *auctoritatis interpositio*, no podía sobrevivir largo tiempo, y el golpe de gracia estuvo a cargo de una disposición del emperador Claudio, en el año 44 d.C., la llamada ley Claudia».

<sup>55</sup> Gayo, 1,171: *Sed quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint.*

<sup>56</sup> V. del mismo emperador, C. 8,58 (*Imp. Constantinus A (7) ad populum*): *Qui iure vetere coelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur... Quam rem et circa feminas aestimamus, earumque cervicibus imposita iuris imperia, velut quaedam iuga, solvimus promiscue omnibus.*

Para la doctrina tradicional, el origen de la tutela se hallaría en un poder, en una *potestas*, parecido al del *paterfamilias* o al del marido titular de la *manus*, pero en manos del tutor sobre la mujer. Al *paterfamilias* se le daba la posibilidad de que nombrar tutor en el testamento, de tal manera que, sólo el titular de la *patria potestas* podía elegir a aquel que podría ejercer sobre un sujeto, una potestad que sustituyera a la suya propia.

Entre los defensores de esta teoría tenemos a Bonfante<sup>57</sup>, que destaca la figura del tutor heredero, y señala una fuerte relación entre la tutela y la sucesión *ab origine*. De esta manera, el heredero adquiriría el poder soberano sobre el grupo familiar, es decir, la *patria potestas*, que incluía no sólo la función protectora sobre los impúberes, sino también sobre las mujeres de la familia.

Es tras la aparición de la Ley de las XII Tablas, cuando se empezaría a utilizar el término tutela como una institución autónoma<sup>58</sup>.

Sacchi<sup>59</sup>, desde otro punto de vista, señala que en la época de la República es cuando se comienza a elaborar la jurisprudencia relacionada con al tutela, pero que es en la segunda mitad de la época republicana cuando la institución encuentra su propia definición y concretamente en la obra de Quinto Mucio Escévola (siglo I a.C.), es donde se determina la extensión de la tutela legítima a los patronos.

Scialoja<sup>60</sup>, por otra parte, afirmó que la potestad del tutor, ya en sus orígenes, no impedía ser titular de derechos porque en eso consistía la tutela y es lo que la diferenciaba de la *patria potestas*.

En cualquier caso, las causas que llevaron a la aparición de la tu-

<sup>57</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I, Diritto di famiglia*, Milano 1963, pp. 553 ss.

<sup>58</sup> V. al respecto, la opinión de O. SACCHI, *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali (Gai. 1.145). Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, en *RIDA*, 50, 2003, p. 318: «Oggi non è più possibile affermare con la stessa sicurezza di trent'anni fa che la legislazione decenvirale si sia occupata di quest'aspetto 'laico' della condizione della vestale. Si corre il rischio di dare per scontata l'idea di una precoce affermazione (già per l'epoca dei decemviri) di principi giuridici quali la capacità successoria, testamentaria e negoziale per le donne. Senza parlare del problema della riconoscibilità della tutela quale istituto giuridico autonomo nelle XII Tavole», dejando en el aire la duda existente con respecto al reconocimiento de la tutela ya en la legislación decenviral.

<sup>59</sup> O. SACCHI, *L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio d'identità*, en *SDHI*, 68, 2002, pp. 621-624.

<sup>60</sup> V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, I, Roma 1934, p. 14.

*tutela mulierum* estaban más encaminadas hacia la posición de los sujetos respecto de su patrimonio, que en la necesidad de protección jurídica de los mismos. Así, las mujeres quedarían sometidas a una tutela perpetua no por razón de protección, sino por su escasa consideración dentro de la sociedad romana y del grupo familiar. A diferencia de la *tutela impuberum*, la tutela de la mujer sufrió un proceso de decadencia e involución, al no poder convertirse en un instituto de protección.

Para Schulz<sup>61</sup>, la tutela pierde su significado cuando los tutores empiezan a dar el consentimiento, de forma sistemática, a todas las actuaciones de las mujeres de tal manera que ya no existe razón para su existencia

Respecto a su evolución hay que señalar dos etapas principales en cuanto a la evolución de la *tutela mulierum*.

La primera fase<sup>62</sup>, arcaica, relacionada con el poder absoluto del *paterfamilias*. La tutela se establece para limitar claramente las acciones y la capacidad de la mujer. Todo encaminado a la disposición del patrimonio familiar.

Posteriormente, durante la expansión del mundo romano, las mujeres alcanzan un importante papel como gestoras de los patrimonios ante la ausencia del hombre del núcleo familiar. Es en este momento cuando estamos ante la segunda etapa de la *tutela mulierum*<sup>63</sup>.

Aun siendo preceptiva la *auctoritas* del tutor ante determinados actos jurídicos, se dará casi automáticamente, sin ninguna comprobación de la real capacidad femenina en las actuaciones jurídicas llevadas a buen término. Así, poco a poco, las mujeres ya intervienen directamente en asuntos económicos y de gestión patrimonial, de-

<sup>61</sup> F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. Española J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, Barcelona 1960, p. 179.

<sup>62</sup> L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la tutela mulierum* en *Revista General de Derecho Romano*, RGDR, 12, 2009, p. 11.

<sup>63</sup> Emilia Paula, madre de Cornelia, o la propia Cornelia, son un claro ejemplo de independencia y capacidad en el mundo romano; v. M.J. BRAVO BOSCH, *Mujeres y símbolos en la Roma republicana*, cit., pp. 171 ss., en donde explica, por ejemplo, como Emilia Paula, mujer de Publio Cornelio Escipión, esquivó de manera inteligente las restricciones de la *lex Voconia*; sobre esta ley, v. M.E. ORTUÑO PÉREZ, *Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la lex Voconia*, cit., pp. 451 ss.

mostrando que la levedad de espíritu adjudicada secularmente a ellas carecía de fundamento.

Gayo, 1,189-190<sup>64</sup>, daba cuenta posteriormente de la injustificación de la existencia de este tipo de tutela sobre la mujer ya que, mientras que la *tutela impuberum* se encontraba justificada por una razón de *conueniens naturali rationi*, esta misma justificación por su “levedad de espíritu” no servía para la *tutela mulierum*:

189. *Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id naturali rationi conueniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Nec fere ulla ciuitas est, in qua non licet parentibus liberis suis impuberibus testamento tutorem dare; quamuis, ut supra diximus, soli ciues Romani uideantur liberos suos in potestate habere.*

190. *Feminas uero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suassisse uidetur; nam quae uulgo creditur, quia leuitate animi plerumque decipiuntur, et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa uidetur quam uera<sup>65</sup>; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam inuitus auctor fieri a praetore cogitur.*

<sup>64</sup> En el texto gayano encontramos claramente la diferencia entre la tutela de los impúberes y de las mujeres. Así, dice que en lo que atañe a los impúberes, se prevé que según el Derecho de cualquier Estado estén bajo tutela, pues por razón natural es conveniente que aquel que no ha llegado a la edad adulta se rija por la tutela de otro, y apenas hay estado en que no se permita a los ascendientes dar tutor en testamento a los descendientes impúberes, y eso, aunque se considere que sólo los ciudadanos romanos tienen a los descendientes bajo su potestad. En el siguiente epígrafe, sin embargo, se insiste en que apenas hay alguna razón de peso que persuada para que las mujeres en edad adulta estén bajo tutela: pues lo que vulgarmente se cree de que en general son engañadas por la ligereza de su espíritu, y por eso resultaba justo que fueran dirigidas por la autoridad de sus tutores, es más una razón aparente que verdadera, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y con frecuencia también autoriza actos contra su voluntad forzado por el pretor.

<sup>65</sup> C. FAYER, *La familia romana*, Roma 2005, p. 528: «Solo nella seconda metà del II sec. d.C., il giurista Gaio critica apertamente la motivazione correntemente addotta per giustificare la tutela sulle donne puberi e ne riconosce la speciosità. Egli, infatti, riconosce che nulla *pretiosa ratio* giustificava la *tutela mulierum* e non riesce a convincersi che una donna maggiorenne, che da sè amministrava ormai i suoi affari, dovesse essere sottoposta a tutela».

Gayo nunca utiliza los términos latinos *infirmitas*, *imbecilitas*, *fragilitas*<sup>66</sup>, usados por otros juristas para describir la debilidad femenina. Sirva como ejemplo un caso de Ulpiano contenido en D. 16,1,2, 2-3 (Ulp. 29 *ad ed.*), donde utiliza la expresión *sexus inbecillitatem*:

2. *Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus inbecillitatem multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis.*

3. *Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae: hoc enim divus Pius et Severus rescripserunt. Nam deceptis, non decipientibus opitulatur et est et Graecum Severi tale rescriptum: decipientibus mulieribus senatus consultum non opilatur. Infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit.*

La traducción del término debe ser ‘debilidad de espíritu’, que es la que determina que en virtud del Senadoconsulto Veleyano contenido en el texto de Ulpiano<sup>67</sup>.

En cuanto a la expresión *infirmitas* la encontramos en un texto de Paulo, D. 22,6,9 pr. (*Paul. lib. sing. de iuris et facti ign.*):

*Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est. Quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias credidisse.*

Paulo concreta que la ignorancia del derecho perjudica igualmente, no así la ignorancia del hecho. En una se refiere a los menores de veinticinco años, a los que se exime de perjuicio en caso de ignorancia del derecho. En la otra excepción, que versa sobre las muje-

<sup>66</sup> J. BEAUCAMP, *Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du III au IV siècle*, en *RHDFE*, 54, 1976, p. 487.

<sup>67</sup> M.J BRAVO BOSCH, *Mujeres y símbolos en la Roma republicana*, cit., pp. 35-40, describe la realidad de tal disposición supuestamente proteccionista en favor de la mujer romana.

res, las exime de cualquier perjuicio y debilidad por razón de sexo, *propter sexus infirmitatem dicitur*<sup>68</sup>.

De igual manera la encontramos en D. 49,14,18 pr. (Marc. l. sing. de delat.):

*Deferre non possunt mulieres propter sexus infirmitatem, et ita sacris constitutionibus cautum est.*

Marciano<sup>69</sup> afirma que las mujeres no pueden ser delatoras por razón de la debilidad de su sexo. Las mujeres, por el hecho de serlo, son débiles de espíritu, no pueden escapar a su naturaleza y por lo tanto se debe tener en cuenta en las distintas normas.

A nuestro entender, parece clara la intención peyorativa de los juristas romanos con respecto a las mujeres. Una mujer debe contenerse, moderarse, ser cauta en su comportamiento y será por ello protegida, por su falta de capacidad secularmente demostrada, que la inhabilita para ser *materfamilias* en el sentido de poder tener autoridad suficiente dentro de su propia familia.

4. *Limitaciones en el ámbito social. Senatus Consultum de Bacchanalibus.* – En el ámbito social el *Senatus Consultum de Bacchanalibus* estableció la prohibición de consumir alcohol a las mujeres. Es de sobra conocido que en la cultura romana el vino jugó un papel muy destacado, si bien de manera distinta entre hombres y mujeres.

Los hombres podían beber vino libremente, en la cantidad deseada.

<sup>68</sup> V. HÖBENREICH e E. KÜHNE, *Las mujeres en Roma antigua*, Lecce 2009, p. 98: «Existe una relación entre la 'ligereza' de las mujeres y su natural predisposición al deseo y al placer sexual. Justamente esa aludida 'ligereza' hace nacer la necesidad de un control total sobre las mismas por parte de los hombres – creídos más capaces, por naturaleza, de actuar racionalmente – tanto en la esfera pública como en aquella de las relaciones interpersonales, en el ámbito patrimonial, así como en aquel de la autodeterminación sexual».

<sup>69</sup> N.G.L. HAMMOND e H.H. SCULLARD (eds), *The Oxford Classical Dictionary*, 2ª ed., Oxford 1971, p. 647, v. *Marcianus*: «One of the last classical Roman jurists, was active in the period after Caracalla. He was the autor of voluminous manuals (*Institutiones, Regulae*) and some monographs, chiefly in the domain of criminal procedure, and perhaps addresses to the new citizens created by the *Constitutio Antoniniana* for the purpose of instructing them in Roman Law. He cites numerous rescripts, especially from the period 198-211. This has led some to conjecture that the held office in the imperial chancery. His writings are elegant, clear, well-arranged, and not unoriginal».

da, en los banquetes o *simposium* (reuniones de beber juntos), pero el consumo de vino estaba prohibido para las mujeres a las que sólo se permitía beberlo cocido. La prohibición en torno al vino no se limitaba sólo a beberlo, sino también a servirlo, a guardarlo o a administrarlo en la casa. Estas tareas estaban reservadas al *paterfamilias*.

El control sobre el acatamiento de la prohibición se llevaba a cabo por medio del *ius osculi*, es decir, el derecho del esposo y de sus familiares de besar a la mujer con el único objeto de cerciorarse mediante el olor y el sabor de su aliento que no había bebido vino.

La justificación de esta prohibición se sitúa en los efectos que la bebida producía sobre el alma voluble de las mujeres, haciendo aflorar su verdadera naturaleza. Se consideraba que cuando una mujer bebía, desaparecía automáticamente la matrona, y surgía un nuevo sujeto completamente corrupto, irrespetuoso con los *mores maiorum*, con un comportamiento alejado de los valores de castidad, pureza y obediencia.

El vino provocaba tal desinhibición en las mujeres que las inducía directamente a la promiscuidad, tanto es así que se llegó a equiparar el simple consumo de vino con el adulterio, sancionando ambos con la pena capital. Dionisio de Halicarnaso cuenta que un marido podía aplicar la pena de muerte a su esposa si ésta había cometido adulterio<sup>70</sup> o si la encontraba ebria, pues la embriaguez podía llevar a cometer adulterio. En este sentido, Plinio recuerda que un ciudadano romano, Metenio, mató a bastonazos su esposa por haber tomado vino<sup>71</sup>.

Como conclusión, debemos poner en evidencia cómo la situación de las mujeres en la antigua Roma era verdaderamente desproporcionada con respecto a la posición que ocupaban los hombres. El patriarcado predominante procuraba de todas las formas posibles imbuir a las mujeres de la necesidad de preservar el honor familiar como depositarias de la pureza de sangre romana, y de esta forma conseguía tenerlas sometidas de forma perenne.

Con todo, la necesaria evolución histórica, social y jurídica otorgó una oportunidad al colectivo femenino que no desaprovechó, consiguiendo poco a poco metas en el espectro de libertades que antes le

<sup>70</sup> En este sentido, P. PAVÓN, *Y ellas fueron el origen del mal... (Liv. 39.15.9). Mujeres contra mores en las Bacanales de Livio en Revista Habis*, 39, 2008, pp. 79-95.

<sup>71</sup> Anécdota citada por E. CANTARELLA, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, M.P. BOUYSSPON CHEVAL Traducción, Madrid 1996.

eran totalmente ajenas por su condición biológica. Las mujeres supieron alcanzar mayores cotas de independencia, y demostrar gradualmente a los hombres que no eran meras transmisoras de la genética romana, sino que también eran capaces de llevar a cabo proyectos que ayudasen a alcanzar mayores glorias para el Imperio Romano.

*Abstract*

A lo largo de la historia de la Antigua Roma la situación jurídica de la mujer en el Derecho Romano fue variando. En época arcaica su situación era de total dependencia con respecto a los hombres, encontrándose sometida a la *patria potestas*, la *manus* o a una tutela masculina permanente. Poco a poco, la mujer pudo librarse de esa tutela y conseguir una mayor libertad, aunque dicha institución nunca fue derogada. También es importante señalar no solo cual era la posición de la mujer en su círculo familiar sino también en los distintos aspectos de la sociedad.

Throughout the history of Ancient Rome the legal status of women in Roman Law varied. In archaic times their situation was of total dependence with respect to men, being subject to the *patria potestas*, the *manus* or to a permanent male guardianship. Slowly, the women were able to get rid of that tutelage and get greater freedom, although that institution was never repealed. It is also important to note not only what was the position of the woman in her family circle but also in the different aspects of society.



## GLI AUTORI

- MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH, Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Vigo
- MARIA TERESA CARBALLEIRA RIVERA, Profesora Titular acreditata a Catedrática de Derecho Administrativo de l'Universidad de Santiago de Compostela
- STEFANIA CECCHINI, Dottoressa di Ricerca in Diritto Costituzionale dell'Università di Cagliari
- MARIA FRANCESCA CORTESI, Professoressa Associata di Diritto Processuale Penale dell'Università di Cagliari
- SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Ricercatrice a tempo determinato abilitata a Associata di Diritto del Lavoro dell'Università di Cagliari
- ANNA MARIA MANDAS, Ricercatrice a tempo determinato di Diritto Romano dell'Università di Cagliari
- BETZABÉ MARCIANI BURGOS, Profesora Asociada de Filosofía del derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MICHELINA MASIA, Professoressa Associata di Sociologia del Diritto e Antropologia giuridica dell'Università di Cagliari
- SILVIA ORRÙ, Ricercatrice a tempo indeterminato di Diritto Privato dell'Università di Cagliari
- RITA PILIA, Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato dell'Università di Cagliari
- SUSANNA POZZOLO, Professoressa Associata di Filosofia del diritto e Informatica Giuridica dell'Università di Brescia.
- MARIA VIRGINIA SANNA, Professoressa Associata abilitata a Ordinaria di Diritto Romano dell'Università di Cagliari
- MANUELA TOLA, Professoressa Associata di Diritto Commerciale dell'Università di Cagliari
- GEMA VALLEJO PÉREZ, Profesora Asociada de Derecho Romano de la Universidad de Leon



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI  
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---

Serie I (Giuridica)

1. E. BUSSI, *Il diritto del Sacro Romano Impero alla fine del XVIII secolo*, 1957, in 8°, pp. XI-217.
2. G. ARDAU, *Teoria giuridica dello sciopero*, 1962, in 8°, pp. XVI-275.
3. R. SOCINI, *Gli accordi internazionali delle organizzazioni inter-governative*, 1962, in 8°, pp. XXXII-295.
4. A. MALINVERNI, *Principi di diritto penale tributario*, 1962, in 8°, pp. VII-278.
5. R. SOCINI, *La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1967, in 8°, pp. XII-234.
6. D. BARILLARO, *Considerazioni preliminari sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, seconda edizione, 1968, in 8°, pp. 142.
7. *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda* (Cagliari-Sassari 23-26 maggio 1955), 1968, in 8°, pp. 168.
8. A. PORCELLA, *La tutela dei legittimari*, 1969, in 8°, pp. VIII-212.
9. S. LARICCIA, *Considerazioni sull'elemento personale dell'ordinamento giuridico canonico*, 1971, in 8°, pp. IV-136.
10. G. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, 1971, in 8°, pp. IV-344.
11. A. MASI, *Ricerche sulla «Res privata» del «Princeps»*, 1971, in 8°, pp. IV-136.
12. L. VACCA, *Ricerche in tema di «actio vi bonorum raptorum»*, 1971, in 8°, pp. IV-176.
13. G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, 1972, in 8°, pp. IV-192.
14. A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, 1972, in 8°, pp. IV-388.
15. A. PACE, *Il potere d'inchiesta delle assemblee legislative - Saggi*, 1973, in 8°, pp. XII-240.
16. R. CORONA, *Contributo alla teoria del condominio negli edifici*, 1974, in 8°, pp. IV-252.
17. S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico italiano*, 1974, in 8°, pp. VIII-336.
18. G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, 1974, in 8°, pp. IV-160.
19. L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano, ristampa con appendice*, 1982, in 8°, pp. IV-192.
20. *Studi in memoria di Giuliana d'Amelio*, vol. primo, 1978, in 8°, pp. VIII-428.
21. *Studi in memoria di Giuliana d'Amelio*, vol. secondo, 1978, in 8°, pp. VIII-400.

22. F. SITZIA, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, 1979, in 8°, pp. IV-120.
23. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, 1980, in 8°, pp. IV-420.
24. O. DILIBERTO, *Ricerche sull'«auctoramentum» e sulla condizione degli «auctorati»*, 1981, in 8°, pp. IV-120.
25. I. BIROCCHI, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna*, 1982, in 8°, pp. IV-552.
26. *Legge, giudici, giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, 1982, in 8°, pp. IV-332.
27. G. ZUDDAS, *Il contratto di factoring*, 1983, in 8°, pp. XII-264.
28. I. CASTANGIA, *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, 1983, in 8°, pp. XVI-244.
29. G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, 1983, in 8°, pp. XII-316.
30. F. SITZIA, *Le Rhopai*, 1984, in 8°, pp. VIII-208.
31. R. CORONA, *Convivenza intollerabile e separazione dei coniugi*, 1984, in 8°, pp. XX-320.
32. O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, 1984, in 8°, pp. VIII-140.
33. M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, 1985, in 8°, pp. XII-232.
34. G. PAU, *Le droit interne dans l'ordre international*, 1985, in 8°, pp. VIII-74.
35. P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, 1985, in 8°, pp. XVI-504.
36. G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, 1986, in 8°, pp. VIII-368.
37. G. PAGANETTO, *Poteri del parlamento e governo dell'economia*, 1987, in 8°, pp. VIII-120.
38. G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, 1987, in 8°, pp. XII-372.
39. I. CASTANGIA, *Sovranità, contiguità territoriale e isole in una controversia internazionale del XVIII secolo*, 1988, in 8°, pp. XII-216.
40. V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore*, 1989, in 8°, pp. XII-176.
41. A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, 1990, in 8°, pp. VIII-336.
42. M. RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti*, 1990, in 8°, pp. XII-396.
43. P. FLORIS, *Autonomia confessionale*, 1992, in 8°, pp. VIII-300.
44. G. PAGANETTO, *Il potere governativo di nomina*, 1994, in 8°, pp. VIII-148.
45. M.V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII tavole ad Ulpiano*, 1995, in 8°, pp. X-343.
46. G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, 1995, in 8°, pp. X-226.
47. M. DEIANA, *I liens nei contratti di utilizzazione della nave*, 1995, in 8°, pp. XII-304.

48. L. MURTAS, *Efficacia probatoria e costitutività della polizza di carico*, 1996, in 8°, pp. X-150.
49. A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, 1996, in 8°, pp. X-270.
50. V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, 1996, in 8°, pp. X-302.
51. P. FLORIS, *L'ecclesiasticità degli enti. Standards normativi e modelli giurisprudenziali*, 1997, in 8°, pp. VIII-332.
52. G. ZILIO GRANDI, *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, 1998, in 8°, pp. X-210.
53. L. CAVALLINI CADEDDU, *L'autonomia delle Università. Aspetti finanziari e contabili*, 1998, in 8°, pp. VIII-296.
54. E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, 1999, in 8°, pp. VIII-300.
55. M. PIRAS, *L'assistenza a terra nel trasporto aereo. Profili privatistici*, 1999, in 8°, pp. VIII-224.
56. E. DOVERE, *De iure. Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, 2001, in 8°, pp. X-170.
57. E. COLARULLO, *Rappresentanza politica e gruppi delle assemblee elettive. Atti del Convegno tenutosi a Cagliari il 25 settembre 1999*, 2001, in 8°, pp. VIII-200.
58. C. CHESSA, *La trattativa nella disciplina delle clausole abusive*, 2001, in 8°, pp. VIII-128.
59. R. CORONA, *Proprietà e maggioranza nel condominio negli edifici*, 2001, in 8°, pp. XVI-560.
60. A.P. UGAS, *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*, 2002, in 8°, pp. XII-304.
61. L. CAVALLINI CADEDDU (a cura di), *Controlli interni nelle pubbliche amministrazioni e decreto legislativo n. 286 del 1999. Atti del Convegno tenutosi a Cagliari il 6-7 ottobre 2000*, 2002, in 8°, pp. X-306.
62. R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, 2002, in 8°, pp. XII-312.
63. G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, 2003, in 8°, pp. VIII-128.
64. L. CAVALLINI CADEDDU (a cura di), *Linee di riforma dei bilanci pubblici. Atti del Convegno tenutosi a Cagliari il 7-8 giugno 2002*, 2003, in 8°, pp. XVIII-350.
65. F. BOTTA (a cura di), *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione. Atti del Convegno. Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, 2003, in 8°, pp. VIII-336.
66. V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, 2004, in 8°, pp. X-214.
67. A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, 2005, in 8°, pp. VIII-312.
68. R. PILIA, *I diritti sociali*, 2005, in 8°, pp. XVIII-330.

69. R. FERCIA, *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»*, 2005, in 8°, pp. X-290.
70. S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, 2006, in 8°, pp. XVI-312.
71. M. PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, 2006, in 8°, pp. VIII-272.
72. I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, 2006, in 8°, pp. XII-452.
73. R. CHERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, 2006, in 8°, pp. XII-484.
74. R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita. Dal codice civile al codice di consumo*, 2007, in 8°, pp. X-318.
75. P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, 2007, in 8°, 2 tomi, pp. XXVIII-800.
76. G. DE GIUDICI, *Il governo ecclesiastico nella Sardegna sabauda (1720-1761)*, 2007, in 8°, pp. XIV-294.
77. M. TOLA, *Opa e tutela delle minoranze*, 2008, in 8°, pp. XX-332.
78. S. TATTI, *La «nuova» partecipazione al procedimento amministrativo*, 2009, in 8°, pp. VIII-200.
79. C. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione per fatto del creditore*, 2010, in 8°, pp. X-134.
80. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, 2011, in 8°, pp. X-350.
81. L. CAVALLINI CADEDU (a cura di), *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica. Atti del Convegno di Cagliari, 15-16 ottobre 2010*, 2012, in 8°, pp. X-478.
82. R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, 2012, in 8°, pp. X-318.
83. P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, 2012, in 8°, pp. XVI-728.
84. R. FERCIA, *«Fiduciam contrahere» e «contractus fiduciae». Prospettive di diritto romano ed europeo*, 2012, in 8°, pp. XVI-384.
85. M.V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum - matrimonium iniustum*, 2012, in 8°, pp. VIII-240.
86. A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto classico*, 2012, in 8°, pp. XII-244.
87. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare: diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, in 8°, pp. XXIV-360.

---

I volumi dal n. 1 al n. 4 sono stati pubblicati dalla Cedam di Padova; dal n. 5 al n. 26 dalla Giuffrè di Milano; dal n. 27 al n. 45 dalla Jovene di Napoli; dal n. 46 al n. 66 dalla Giappichelli di Torino; dal n. 67 dalla Jovene di Napoli.

Serie II

1. G. COINU, *Per un diritto costituzionale all'istruzione adeguata*, 2012.
2. R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, 2012.
3. P. COTZA, *Il "merito amministrativo". Contenuto, rilievo giuridico e correlata "giurisdizione"*, 2012.
4. G. LORINI e M. MASIA (a cura di), *Antropologia della vendetta*, 2015.
5. C. ZUDDAS, *Strumenti e modelli per la tutela giuridica delle espressioni culturali tradizionali*, 2015.
6. S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, 2014.
7. C. CICERO e V. CAREDDA, *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato*, 2016.
8. D. DURISOTTO, *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, 2016.
9. C. DORE, *La delegazione di pagamento nel quadro dei negozi sull'esecuzione del rapporto obbligatorio*, 2017.
10. O.G. LODDO, *Ideologie e concetti in aziende. Un'analisi filosofica degli usi aziendali*, 2017.
11. A. VIANA, *La pubblicità nella vendita immobiliare*, 2017.
12. L. ANCIS, *Informazione e assistenza del passeggero nel trasporto aereo. Il mutamento dei connotati dell'obbligo di protezione*, 2017.
13. F. BOTTA e F. CORDOPATRI (a cura di), *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria, prassi*, 2017.
14. P. COTZA, *L'«interesse legittimo» alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, 2017.
15. O. DESSÌ, *Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4 Stat. lav.*, 2017.
16. A.P. UGAS, *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili*, 2018.
17. M. MARTIS, *Contributo allo studio della discrezionalità nel diritto tributario*, 2018.
18. V. CORONA, *Il rischio del nolo fra disciplina legale e charterparties*, 2019.
19. C. CICERO (a cura di), *I danni punitivi. Tavola rotonda*, 2019.
20. D. CARTA, *L'istruttoria tributaria sui dati finanziari*, 2019.
21. M. RINALDO, *La teoria dell'invalidità dell'atto iniquo. Regole di validità e di responsabilità nel diritto privato*, 2019.

22. L. FILIPPI, M.F. CORTESI, A. CHELO (a cura di), *Il «processo delle cose»*. *Atti della prima sessione del Convegno «Il «processo alle cose» e le «nuove» impugnazioni: un bilancio a 30 anni dal «nuovo» codice», 2019.*
23. S. CORSO (a cura di), *Start-up e PMI innovative: scelte statutarie e finanziamento. Atti del Convegno di Studi, 2019.*





Questo volume è stato impresso  
nel mese di luglio dell'anno 2019  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy  
red.nignat - ftc.desgiu

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli  
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477  
Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)



