

Seminario a.a. 2014/2015

**Impliciti nel diritto: le
questioni di genere come
*case study***

Barbara Pasa

Testo di riferimento:

Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi, a cura di Lucia Morra
e Barbara Pasa, Giappichelli, Torino, 2015

Impliciti nel Diritto

- Dimensione **tacita** del diritto: radicata nelle convinzioni, nelle scelte e abiti mentali dei consociati appartenenti ad una certa comunità di vita
- Essa è strumentale **all'effettività** della regola legislativa (fonte formale esplicitata)
- **Effettività** = generale osservanza della norma da parte dei destinatari
- **Continuum** fra dimensione tacita della norma (regola non scritta talvolta non verbalizzata) e dimensione esplicita (regola scritta, formale)

❖ es. consuetudine e legge

Impliciti nel Diritto (segue...)

- Se la normatività è **diffusa**, le regole non sono completamente esplicitate...
- **Ipotesi di lavoro**: Testi di leggi, sentenze, altri atti normativi hanno un **alone di significato** sensibile ai contesti di produzione ed applicazione, alone che gli interpreti dovrebbero saper ricavare ed esplicitare
- La **pragmatica** offre strumenti per ricavare l'implicitamente detto dal testo e per rendere 'controllabili' le interpretazioni rese disponibili dal testo stesso (Grice, Sbisà, Morra)
- Connettere la dimensione tacita del diritto al **testo giuridico** tramite l'**alone di significato che si ricava dal testo = permeabilità** fra ciò che sta NEL testo e ciò che il testo implica intersecando ciò che sta FUORI dal testo, nella prassi

Crittotipo e diritto muto

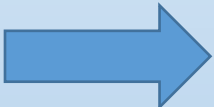
- La dimensione **verbale** del diritto è oggi prevalente:
- **Crittotipo** = norma (o parte di essa, formante) latente, implicita, che viene resa nota nel raffronto comparativo - cfr. R. Sacco
Es.) dono manuale in dir. FRA codice // prassi : la consegna di fatto opera come modo astratto di trasferimento della proprietà mobiliare, anche di grande valore: titoli azionari detenuti dal domestico che diceva di averli ricevuti in dono....
Il fatto che la consegna operi in questi termini è stato esplicitato a seguito del raffronto con il dir. GER dove la regola della consegna è verbalizzata nel BGB

Crittotipo non ha bisogno di essere esplicitato per operare (vedi esempio sopra): opera anche (e soprattutto) al di fuori della consapevolezza degli individui

(segue... Crittotipo e diritto muto)

- La dimensione **non verbale** era prevalente prima dell'epoca dei grandi Imperi (faraonici, mesopotamici, persiani, indiano cinese e naturalmente romano, approx. 3500 a.C.) – cfr. R. Sacco
 - Nel 2007 scoperto osso ioide di un neanderthaliano = canale ipoglosso trasmette i segnali nervosi al cervello = si ritiene che la sua dimensione rifletta la capacità di parlare
 - spartiacque *homo habilis*... (approx 2 milioni anni fa) = lingua come strumento di comunicazione che utilizza faringe, laringe etc. per emettere suoni raffigurabili mediante segni grafici, al fine di illustrare il pensiero del parlante
- **Diritto muto** = non parlato ma agito: l'uomo compie operazioni giuridiche senza bisogno di verbalizzarle (diritto non scritto e non verbalizzato)
 - operatività del diritto NEL PRESENTE
 - Regole giur. create tramite l'agire («diritto vissuto» secondo Conte)

(segue... Crittotipo e diritto muto)

- Anche oggi il diritto può essere **agito e non parlato**: con l'esecuzione diretta del contratto, il trasferimento del potere di fatto sulla cosa da alienare, l'abbandono della cosa, l'occupazione della cosa (derelizione, occupazione, possesso, consegna, restituzione, status di figlio, di servo...) = **non c'è un atto dichiarativo** parlato
- Tuttavia, vi è **intenzione di comunicare** qualcosa (in questo senso il **gesto** implica un **atto linguistico**) 
- cosicché oggi si preferirà parlare di 'diritto spontaneo', 'non scritto', 'inferenziale', 'crittotipico', 'latente', *living law*, 'mezzo ermeneutico'... piuttosto che di 'diritto muto'
- Per Sacco, questo «diritto muto» odierno continua a vivere: pone in luce il nesso tra diritto parlato, le sue formulazioni, e le interpretazioni e i contesti storico-sociali in cui si iscrivono

Questioni di genere come *case-study*

Genere, calco del termine inglese *Gender*: ruoli sociali, posizioni, aspettative socialmente associate all'appartenenza all'uno o all'altro sesso M/F

1. Codice binario: usato per organizzare i rapporti e catalogare i comportamenti di uomini / donne
2. Codice gerarchico: costruzione del genere M/F è frutto dell'elaborazione sociale della differenza fra i sessi = ripercussioni sulla struttura di potere = le differenze si traducono in subordinazione di F a M, o in discriminazione quando il sesso biologico non coincide con l'orientamento sessuale e/o l'identità di genere (F - non F e M- non M)

(segue...Gender)

- Storia del termine: nell'ambito degli studi femministi e delle scienze sociali dalla metà secolo scorso
- La costruzione del genere è operazione socialmente determinata: il diritto costruisce il genere e viceversa: vero anche che le strutture implicite riferite al genere contribuiscono a creare il diritto **CIRCULARITA'** (B. Pezzini)
- Impliciti di genere nel diritto possono comportare **disparità** di accesso e di esercizio effettivo dei diritti = incidono sull'effettivo sviluppo della personalità
- L'interprete del diritto, chiamato ad applicare regole giuridiche che attivano emozioni e istinti basilari, potrebbe sentirsi troppo «partecipe» e «tradire una personale posizione ideologica» rispetto al dualismo M/F e ad ulteriori possibilità di definire l'identità personale al di fuori del codice binario (agender, bigender, gender fluid, transgender-...)
 - ad es. giustificando disparità di trattamento tra uomini e donne basate su asserite differenze biologiche che attengono alla sfera della sessualità
- Se, invece, l'interprete padroneggia le tecniche di estrazione dell'implicito dal testo normativo, allora potrà inferire dal testo significati che l'alone di significato del testo «intende», «veicola», limitando il proprio apporto discrezionale soggettivo

Questioni di genere?

- Questioni connesse ai cambiamenti intercorsi negli ultimi decenni nell'organizzazione sociale e simbolica della sessualità, della riproduzione e della parentela (affrontate nel testo a cura di Morra & Pasa):
 - Crisi del paradigma eterosessuale del matrimonio
 - Questione del divorzio automatico imposto dalla rettificazione di sesso di uno dei coniugi
 - Diverso trattamento dell'adulterio
 - Fecondazione eterologa
 - Trasmissione cognome paterno ai figli
 - Cognome della donna sposata
 - Plurigenitorialità e omogenitorialità etc...
- Masse di diritto implicito vivono negli interstizi del diritto applicato

ES: Paradigma eterosessuale del matrimonio

- Corte Cost. n. 138/2010: coppie *same-sex* escluse dal matrimonio
- Nesso matrimonio – etero : volontà del legislatore?
- Trib. Venezia (e poi Trento) solleva la questione di costituzionalità dopo che Uff.S.C. VE rifiuta pubblicazione matrimonio coppia omo.

diritto sposarsi come diritto fondamentale persona (art. 2 e art. 3 Cost.)
convivenza omo espressione della dignità umana (v. anche Carta diritti UE)

famiglia preesiste allo Stato, è una società naturale = richiamo al diritto naturale, permeabile ai mutamenti sociali e dei costumi
(nonostante i lavori preparatori e la volontà dell'Assemblea costituente)

Ordine normativo implicito duttile

(segue..)

- Corte cost. prende posizione rispetto artt. 2 (*‘nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità’*) e 29 Cost. (*‘La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.’*)
- Tuttavia l'implicito che essa ricava dai testi è in riferimento alle prassi invalse, in partic., alle prassi interpretative che affondano le loro radici nella tradizione
 - *La nozione di matrimonio tenuta presente dall'Assemblea Costituente era quella del codice del 1942 (M/F)*
 - *Divieto di interpretazione creativa, non è possibile abbandonare questa prassi interpretativa*
- Dimensione tacita del diritto opera come zavorra per i cambiamenti sociali, non autorizzandoli, in quanto abitudini e prassi ancorate alla tradizione sono fattore di conservazione
- La sentenza fa vivere la prassi interpretativa «tradizionale» e definisce inaccettabile una «nuova» interpretazione

Sintesi conclusiva

- Filosofia del linguaggio, soprattutto la pragmatica ci offrono tecniche di estrazione dell'implicito contenuto nei testi normativi
- Testi normativi sono dotati di *agency* propria (autonomi rispetto all'autore): le unità di parole che esprimono leggi e sentenze una volta promulgate o rese pubbliche diventano unità di significato autonome, riconosciute come strumentali allo scopo condiviso dallo scambio comunicativo (*co-operativo, di coordinazione*) fra gli interlocutori (legisl. - giudici - avv – p.a....)
- Estrarre, recuperare *presupposizioni* (devono) e *implicature* (possono, in aggiunta, correggono) dal testo
- Spesso sono enunciati dal contenuto confliggente, *alternativi* fra loro
- Suggerimento per il giudice: scegliere motivando, argomentando chiarendo il *percorso inferenziale* = rendere *oggettivamente controllabile l'interpretazione*
 - giudice: ex artt. 132 n 4 cpc e 118 disp att. Cpc: «la sentenza deve contenere... la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione»; «la motivazione deve contenere.... Le ragioni giuridiche della decisione anche con riferimento ai precedenti conformi»)
- Suggerimento per il legislatore: redigere i testi senza sfruttare la fumosità dell'implicito per la loro approvazione
- Dottrina descriverà le estrazioni di implicito «legittime» (condivise dalla comunità scientifica)