

Maria Rosaria Marella, Stefania Catanossi*

*Il contratto e il mercato sono maschili?
Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*

1. *Premessa*

Nel dibattito italiano il tema di cui qui trattiamo, le teorie femministe sul consenso contrattuale e, più in generale, sull'approccio e la presenza delle donne nel mercato ha un che di esotico, poiché insiste su un terreno, quello della conclusione del contratto e dei vizi del volere, da noi appannaggio della dottrina civilistica di stretta osservanza.

È tuttavia da questo insieme di teorie possono trarsi indicazioni interessanti per il giurista, nonostante esse, è bene chiarirlo subito, siano in buona parte da considerare superate, o quanto meno soggette ad una necessaria revisione critica a seguito del ciclone che si è abbattuto sulle varie *Feminist Legal Theories* a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso e che ha nome di pensiero *queer*¹.

Va detto, peraltro, che le critiche all'impostazione tradizionale del paradigma contrattuale, all'idea dell'*homo oeconomicus*, non sono certamente né appannaggio della *Behaviorial Law and Economics* né del femminismo.

Karl Polanyi, ad esempio, ha messo in evidenza come l'*homo oeconomicus* sia effettivamente una finzione, perché gli umani non si comportano solamente in base agli impulsi di carattere economico, ma nel loro agire sociale si muovono sulla base di molte altre e diverse razionalità².

* Il testo riproduce la relazione presentata da Maria Rosaria Marella al convegno «Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato», con l'integrazione del terzo paragrafo, di cui è autrice Stefania Catanossi.

¹ Su cui v. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 402.

² Cfr. la recente raccolta di saggi inediti di K. POLANYI, *Per un nuovo Occidente. Scritti 1919-1958*, a cura di G. RESTA e M. CATANZARITI (a cura di), Milano, il Saggiatore, 2013.

Anche Elinor Ostrom³ controbatte all'argomento usato da Garrett Hardin nel famoso saggio «*The tragedy of the commons*»⁴, dimostrando che l'assunto da cui parte Hardin è sbagliato, proprio perché suppone che le persone sempre si muovano sulla base di un impulso egoistico per realizzare il proprio interesse; mentre molto spesso, e molto più di frequente di quanto non si creda, le persone si muovono sulla base di spinte altruistiche e cooperative⁵.

Una critica ancora più radicale sul piano dell'analisi economica del diritto è poi quella portata dai *Critical Legal Studies*, che mettono in evidenza come l'idea dell'*homo oeconomicus* – e quindi della ricerca dell'efficienza – sia di per sé ideologica poiché trascura di considerare il contesto distributivo in cui si collocano i comportamenti che si vogliono valutare e regolare alla stregua dell'efficienza⁶. Si può anche concedere che le persone si comportano in modo tendenzialmente razionale - si osserva - ma l'atteggiamento in concreto assunto nel *bargaining* e gli equilibri raggiunti all'interno della negoziazione dipendono poi dall'assetto dei rapporti di fondo, dalle risorse di cui ciascuno in realtà dispone. Non c'è un'unica razionalità, ma ciascuno si comporta razionalmente in base alle condizioni da cui muove.

C'è poi la critica femminista, oggetto del presente intervento. Ed è qui necessaria un'altra avvertenza: nel corso di questo lavoro faremo esclusivo riferimento al femminismo giuridico, inteso come quel filone di studi condotti da giuriste, che mira ad una analisi sostanzialmente critica e tendenzialmente interdisciplinare del diritto, servendosi di concetti e

³ Cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 (trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006).

⁴ Cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of The Commons*, in *Science*, 162 (1968), pp. 1243-1248.

⁵ Per un approfondimento delle implicazioni attuali di queste due contrapposte visioni, con diversi riferimenti al dibattito tra gli autori citati, sia, inoltre, consentito il rinvio al volume M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre Corte, 2012.

⁶ Si vedano in tema i basilari lavori di D. KENNEDY e F. MICHELMAN, *Are Property and Contract Efficient?*, in *Hofstra Law Review*, 8 (1979-1980), pp. 711-770; D. KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law*, *Maryland Law Review*, 41 (1982), pp. 563-658; ID., *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, in P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, Macmillan, 1998, pp. 465-474, che raccolgono il retaggio del Legal Realism e in particolare di R. L. HALE, del quale cfr. almeno *Bargaining, Duress and Economic Liberty*, in *Columbia Law Review*, 43 (1943), p. 603. Sulla stessa traiettoria da noi cfr. G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 280 ss.; ID., *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 63 ss.

strumenti mutuati dalle diverse filosofie femministe per comprendere la matrice di genere ed i rapporti di potere (fra i generi) che si celano dietro l'universalità e la neutralità di regole, principi e categorie giuridiche⁷. È un filone di studi che a partire dagli anni '80 ha ricevuto pieno riconoscimento accademico soprattutto negli Stati Uniti e di là in tutto il mondo anglosassone, con l'istituzione di specifici corsi di insegnamento nelle facoltà di diritto e la pubblicazione di riviste giuridiche specializzate. Perciò, senza ulteriormente indugiare sulla definizione di femminismo giuridico, ci soffermeremo su quanto emerge da correnti di pensiero prevalentemente nordamericane, tenendo ben presente che all'interno del 'calderone-femminismo giuridico' convivono molte teorie e posizioni differenziate quanto a presupposti epistemologici, linguaggi e scelte politiche di fondo⁸. Al riguardo, peraltro, è opportuno ancora precisare che non esiste una periodizzazione nella *Feminist Legal Theory* che sia generalmente accettata. Tuttavia, proprio in riferimento all'area nordamericana, è possibile individuare almeno tre periodi diversi, caratterizzati da un nucleo particolare di idee, che successivamente hanno comunque continuato a riprodursi⁹. Il primo coincide con gli anni Settanta ed è caratterizzato soprattutto dalla rivendicazione di diritti civili e politici allora non riconosciuti alle donne, quindi, dalla richiesta di non dare rilevanza giuridica alla differenza di genere, proprio per evitare discriminazioni nei confronti degli uomini (nella letteratura femminista, rivendicazioni di questo tipo sono anche associate alla corrente di pensiero chiamata *liberal feminism*). Il secondo, dominato dalla critica ai progetti *liberal* e, all'opposto di questi, volto a promuovere il riconoscimento della differenza e trattamenti giuridici differenziati in base alla necessità di garantire un'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne. Infine, la fase inaugurata negli anni Novanta, in cui affiora una critica non più incentrata sulla diversità tra uomini e donne, ma sulla complessità determinata dall'intrecciarsi di molteplici forme di discriminazione, sulle diversità esistenti tra le stesse donne e sulla sterilità di ogni tipo di essenzialismo¹⁰. Come per ogni classificazione che si affidi

⁷ Cfr. C. MENKEL-MEADOW, *Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or "The Fem-Crits Go to Law School"*, in *Journal of Legal Education*, 38 (1988), p. 61 a p. 80; G. MINDA, *Postmodern Legal Movements*, New York, New York University Press, 1995, p. 134 (trad. it. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001).

⁸ Si consenta il rinvio a M. R. MARELLA, *Break On Through to the Other Side: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 741 ss.

⁹ Cfr. M. CHAMALLAS, *Introduction to Feminist Legal Theory*, Chapter. 2, Gaithersburg, Aspen Law & Business, 1999.

¹⁰ *Ibidem*, ove questi periodi vengono indicati, rispettivamente: *Equality Stage of the 1970s*, *Difference Stage of the 1980s* e *Diversity Stage of the 1990s*.

ad una scansione temporale, le semplificazioni sono inevitabili: le cesure, che pur ci sono state, non sono mai nette e non devono far trascurare le anticipazioni, i ritorni, le commistioni che esistono fra una fase e l'altra, un orientamento e l'altro.

2. *Le correnti femministe degli anni Ottanta*

Il nucleo di idee che si è distinto per il fatto di portare in esponente la falsa neutralità dell'*homo oeconomicus*, al pari della falsa universalità del soggetto di diritto, ha dunque trovato espressione negli anni Ottanta. Tutte le principali correnti di pensiero di questo periodo pongono al centro dell'attenzione la matrice squisitamente maschile di questo modello, denunciano l'occultamento della differenza femminile e rappresentano un contributo importante del pensiero giuridico femminista alla più generale critica della teoria liberale della soggettività.

Diverse, però, sono le declinazioni di questa posizione di fondo.

1) Il femminismo c.d. strutturalista

a) Un primo orientamento, quello forse più incisivo sul piano della critica all'agire razionale nel mercato, è quello del femminismo cosiddetto culturale, quello che enfatizza il *caring, love and affection* che muoverebbe le donne, la loro connaturata relazionalità, la tendenza ad intessere relazioni nella società e a muoversi sulla spinta dell'interdipendenza – un'interdipendenza che viene, quindi, contrapposta all'autonomia, così come altruismo e cura vengono contrapposti all'egoismo e alla ricerca dell'interesse personale.

Questo orientamento è stato in larga parte influenzato da alcune teorie maturate nel campo della psicologia negli anni Ottanta. In particolare, dal lavoro di Carol Gilligan, «*In a different voice*»¹¹, nel quale la studiosa americana aveva messo in evidenza come le bambine, molto più che i bambini, sviluppino la loro psiche sulla base di relazioni, per cui maturano poi un modo di comportarsi nella società differente da quello maschile. Partendo da questo dato, alcune femministe hanno individuato una nuova concezione della soggettività, relazionale anziché individualista, e l'hanno attribuita al genere femminile, facendone un elemento di differenziazione tra generi¹².

¹¹ C. GILLIGAN, *In a Different Voice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1983 (trad. it. *Con voce di donna*, Milano, Feltrinelli, 1987).

¹² Forse anche al di là di quanto poteva essere tratto dall'analisi empirica svolta dalla stessa Gilligan, che non ha mai affermato che 'tutte' le donne pensano in modo differente da 'tutti gli uomini'. Può ascriversi a questo orientamento il pensiero di R. WEST,

All'interno dello stesso orientamento, altre femministe hanno piuttosto messo in evidenza le radici sociali della differenza di genere e quindi il ruolo degli stereotipi femminili e dei condizionamenti che ne derivano per l'agire sociale di donne e uomini¹³. Al di là di questa diversa impostazione, comunque, tutte le teorie cui ci stiamo riferendo portano alla conclusione che la razionalità economica non compete e non appartiene alle donne, proprio perché queste tendono a muoversi sulla base di altri impulsi, soprattutto sulla base della relazionalità. Se ne deduce che il modello liberale del contratto, in quanto basato sulla uguaglianza formale fra le parti, a loro volta plasmate sull'universalismo del soggetto di diritto, non risulta confacente alle donne. O, meglio, non può servire a soddisfare adeguatamente i loro interessi.

Questo evidentemente comporta anche una critica del consenso, perno di quel modello, che per questo stesso ordine di motivi si ritiene sia governato da regole cucite addosso al genere dominante, cioè da regole maschili.

Cosa fare, allora? Come ovviare ai problemi che per le donne si pongono in conseguenza del fatto che queste regole non tengono conto della differenza femminile?

La sfida ad una concezione monolitica della soggettività si traduce nella rivendicazione delle differenze contro la *gender-neutrality* del diritto, ricorrendo, ove necessario, a trattamenti giuridici differenziati dei soggetti (femminili). In riferimento al diritto dei contratti, in particolare, l'obiettivo può essere raggiunto attraverso rimedi di varia natura, quali, ad esempio, obblighi informativi particolari da fornire a contraenti che si trovino in determinate condizioni o quando si è in presenza di determinate tipologie contrattuali, come nel caso delle fideiussioni prestate dalle donne per garantire debiti contratti dai propri mariti o parenti; o, ancora, regole e rimedi che tendano a temperare la vincolatività del contratto, come la regola *rebus sic stantibus*, la cui applicazione è stata ad es. proposta in riferimento agli accordi tra coniugi volti a regolare le conseguenze patrimoniali del divorzio e agli accordi fra conviventi, o la previsione di

Jurisprudence and Gender, in *University of Chicago Law Review*, 55 (1988), pp. 1-72.

¹³ Questo poi è anche il motivo per cui nella letteratura femminista il termine genere ha sostituito il termine 'sesso', per attribuire il massimo peso a quanto vi è di socialmente costruito nella disuguaglianza sessuale, a quanto vi è di non biologicamente dato nella relazione di disparità tra uomini e donne. Parla per la prima volta di *sex-gender system* G. RUBIN, *The Traffic in Women: Notes on the 'Political Economy' of Sex*, in R. REITER (a cura di), *Toward an Anthropology of Women*, New York, Monthly Review Press, 1975, pp. 157-210. Osservano che la parola genere non ha semplicemente sostituito la vecchia dizione «condizione femminile», ma è un termine binario, non univoco, riferito a entrambi i sessi S. PICCONE STELLA e C. SARACENO, *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, Il Mulino, 1996.

diritti c.d. di pentimento, di cui si è parlato a proposito degli accordi di maternità surrogata. L'attenzione, come si vede, è tendenzialmente rivolta ad alcuni casi paradigmatici: in particolare ad alcune tipologie di accordo che si caratterizzano per la particolare incidenza delle relazioni interpersonali e, segnatamente di genere, che connotano il contesto in cui l'accordo è concluso, sino a riverberarsi sul contenuto stesso dell'accordo. A queste tipologie d'accordo si propone pertanto di applicare regole diverse e, diciamo pure, eccezionali rispetto a quelle che si applicano agli 'altri' contratti.

Tutto ciò sconta evidentemente un problema: una protezione più intensa delle donne tende a rafforzare la loro differenza anche in senso negativo, esaltando e riproducendo la loro maggiore debolezza. La riflessione femminista, riguardata da questa angolazione, appare spesso incalzata dalla necessità di risolvere quello che è noto come il dilemma della differenza¹⁴, cioè il problema di come comportarsi rispetto alla differenza, dovendo scegliere tra introdurre una protezione che, però, tende a stigmatizzare la debolezza, la marginalità femminile rispetto al mercato o, invece, ignorare la differenza e usare le stesse regole, generali e astratte ma maschili, inducendo in un altro modo, soprattutto sul piano culturale, un'emancipazione che tenda a perequare la condizione di donne e uomini e quindi anche la qualità della rispettiva partecipazione al mercato¹⁵. La seconda alternativa è quella promossa dalle teorie sull'uguaglianza sessuale che sottolineano una essenziale parità fra i sessi, la necessità di un eguale trattamento e una uguaglianza di tipo formale. I sostenitori di queste teorie affermano che nel corso dei secoli l'esigenza di proteggere le donne in quanto soggetti deboli ha fornito il pretesto per adottare particolari regolamentazioni giuridiche che avevano il fine o l'esito di porre le donne in uno stato di minorazione e tenerle lontane dal mondo degli uomini; per questo, le posizioni maschiliste più retrive che rappresentano le donne come soggetti immaturi particolarmente esposti a fattori psico-fisici che ne attenuano la razionalità (come i disturbi ormonali, la depressione *post-partum* o la sindrome premestruale) devono essere respinte in quanto legittimano interventi giuridici protettivi e paternalistici, destinati a privare le donne di *agency* e del tutto privi di giustificazione in un contesto sociale nel quale il processo di emancipazione femminile è ormai giunto a piena maturazione.

In contrasto con questa posizione, la maggior parte dei movimenti

¹⁴ Cfr. M. MINOW, *Learning to Live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, 48 (1985), p. 157.

¹⁵ Sulla distinzione tra progetti femministi e progetti emancipazionisti in riferimento al complesso rapporto tra femminismo e diritto, si rinvia a M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 341 ss.

femministi degli anni Ottanta esprime, pur con sfumature diverse, l'idea che ignorare completamente la differenza non serve a creare una sostanziale uguaglianza fra i generi, ma piuttosto a preservare lo *status quo*, pur ammettendo che riconoscere la differenza può talora avere un effetto di stigma e rafforzare fastidiosi stereotipi sessuali che continuano ad alimentare comportamenti discriminatori ai danni delle donne.

b) Molto diverso, rispetto a quello del femminismo che abbiamo presentato come culturale, è l'approccio del femminismo radicale ovvero il femminismo che raffigura l'organizzazione sociale e patriarcale come basata sull'erotizzazione del dominio.

Secondo questa impostazione, le donne plasmano i loro convincimenti e il loro agire sociale nel contesto del patriarcato e sulla base di regole patriarcali. Quindi sono sempre subordinate e quando pensano di agire volontariamente e consapevolmente esprimono in realtà una falsa coscienza, perché vogliono quello che non dovrebbero volere, in quanto frutto del loro essere vittime di una società patriarcale. Da ciò si è preso spunto per sostenere che le differenze (incluse quelle rilevate dalla teoria psicanalitica freudiana) sono frutto del potere maschile, del loro dominio nella società¹⁶.

La conclusione è allora obbligata: il consenso negoziale di una donna (così come il suo consenso al rapporto eterosessuale) non è mai valido, motivo per cui, per esempio, questa corrente femminista nega qualsiasi possibilità di dare riconoscimento al contratto fra prostituta e cliente o a un contratto di maternità surrogata o ad ipotesi di contrattazione all'interno della famiglia, fra coniugi, ad esempio, proprio perché in realtà le donne si muovono in un'organizzazione sociale nella quale il loro consenso non è mai libero.

c) Ancora diverse, infine, sono quelle interpretazioni femministe per le quali le donne sono marginali nel mercato o, meglio, si comportano diversamente nella negoziazione perché non hanno lo stesso potere sociale degli uomini. Più precisamente, le donne sono escluse dal mercato perché il dominio patriarcale le ha storicamente relegate nella sfera della riproduzione, per cui sono poco familiari alle logiche di mercato e meno capaci di muoversi in esso, ma, soprattutto, arrivano sul mercato con meno potere delle controparti maschili.

Tale condizione è dovuta originariamente alla artificiosa separazione, strutturalmente connaturata alla società capitalista e patriarcale, fra sfera della produzione e sfera della riproduzione e, in questo contesto, all'esclusione dal mercato di quegli ambiti – tradizionalmente quello della

¹⁶ Cfr. C. MACKINNON, in particolare, *Feminism, Marxism, Method, and the State: an Agenda for Theory*, in *Signs*, 7 (1982), p. 515.

sessualità e quello della procreazione – nei quali le donne hanno un forte potere sugli uomini. Un potere che però non può farsi valere sul mercato in virtù di regole giuridiche come la regola italiana dell'illiceità della causa del contratto per contrarietà al buon costume. Ciò che in una società ordinata intorno al mercato finisce con l'averne una ricaduta generale in termini di *(dis)empowerment*¹⁷.

In questo quadro, alcune giuriste ritengono che tali ambiti, soprattutto sessualità e riproduzione, ben possano essere contrattualizzati, perché da ciò le donne possono guadagnare potere sociale. Un libro della fine degli anni '80, che ha molto circolato in Italia, teorizza che il contratto di maternità surrogata non solo debba essere riconosciuto come valido, ma che debba essere ritenuto assolutamente vincolante fino alla *specific performance*, all'adempimento in forma specifica¹⁸.

E ciò in quanto si pensa che in tal modo le donne possano effettivamente emanciparsi. Il discorso è l'esatto contrario di quanto abbiamo visto prima: non si ritiene che le donne non siano attori razionali (secondo il modello di razionalità maschile), ma all'opposto che ben possano integrare il parametro dell'*homo oeconomicus*, se messe in condizioni di farlo, cioè ove dotate di adeguato potere economico e sociale. Quest'ultimo è un atteggiamento che rifiuta forme di differenziazione sul piano del trattamento giuridico, cioè l'assunzione della differenza sessuale come giustificazione di regole protettive, in quanto giudicate paternaliste e in definitiva *disempowering*.

Seppure molto diversi fra loro, tutti gli orientamenti richiamati sin qui hanno in comune una certa tendenza a 'essenzializzare' la differenza tra uomini e donne, cioè ad attribuire determinate caratteristiche, naturali o culturali che siano, tendenzialmente a tutte le donne, in opposizione ad altre caratteristiche, anche qui naturali o culturali, che sarebbero ascrivibili a tutti gli uomini. In definitiva i discorsi femministi degli anni Ottanta ruotano per lo più intorno alla opposizione maschile/femminile.

Per questo non sono sfuggiti alle critiche provenienti dalla *Queer Theory* e, in generale, alle critiche mosse dalle stesse femministe alle politiche identitarie, già al torno del decennio e poi più chiaramente negli anni Novanta.

¹⁷ Cfr. M. ALBERTSON FINEMAN, *Implementing Equality: Ideology, Contradiction and Social Change*, in *Wisconsin Law Review*, 1983, pp. 789-886; EAD., *Challenging Law, Establishing Differences: the Future of Feminist Legal Scholarship*, in *Florida Law Review*, 42 (1990), pp. 25-43, ma anche, negli anni successivi, *Contract, Marriage and Background Rules*, in B. BIX (a cura di), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, 1998, Oxford, Clarendon Press, p. 183, p. 187.

¹⁸ Cfr. C. SHALEV, *Birth Power: the Case for Surrogacy*, New Haven, Yale University Press, 1989 (trad. it. *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 1992).

II) Influenze post-strutturaliste e altre strategie

L'analisi di tipo strutturalista, fondata sulla differenza femminile comunque declinata - in senso culturale, biologico, sociale o economico che fosse - non è tuttavia l'unica a occupare la scena in quel torno d'anni. Accanto ad essa, suggestioni provenienti dal pensiero post-strutturalista, da Foucault e dal decostruzionismo principalmente, daranno vita ad una serie di studi condotti da giuriste che si definiscono *fem-crit*, in quanto parte del movimento dei *Critical Legal Studies*, che proprio in tema di contratto daranno fra i loro frutti migliori.

La strategia utilizzata da queste giuriste è quella di mettere in luce le incoerenze e le discontinuità presenti nel sistema giuridico per smascherare l'ideologia patriarcale che pervade il sistema stesso e si cela dietro la costruzione di false opposizioni fra concetti e categorie, come le contrapposizioni privato/pubblico e famiglia/mercato, le quali, nel rappresentare in forma dicotomica le relazioni fra diversi settori della realtà, riflettono stereotipi culturali di genere, ad essi attribuendo forza normativa¹⁹. Viene così messa in campo una critica interna al sistema giuridico, tipica, peraltro, dei *CLS*, che adotta un punto di vista femminista non per puntare al ribaltamento della gerarchia di valori che segna la subordinazione della donna all'uomo, ma piuttosto per far collassare dall'interno i dualismi che di tale subordinazione costituiscono la struttura epistemologica. L'identificazione del carattere *'gendered'* del discorso giuridico diventa dunque strategica per minare alla base quel complesso intreccio di pratiche culturali e sociali che legittimano la subalternità femminile. Dietro questa strategia è ovviamente la convinzione che nella relazione fra genere e linguaggio la posta in gioco non sia mai *soltanto* una questione di stile letterario, poiché lo stile stesso può costituire un potente apparato di costruzione della società²⁰, e che il discorso giuridico, al pari di ogni altro linguaggio scientifico, costituisca un meccanismo di potere che organizza la trasmissione del sapere incidendo direttamente sul pensiero e l'agire umano e determinando i comportamenti sociali²¹. L'idea stessa di relazionalità è qui intesa

¹⁹ F. OLSEN, *The Sex of Law*, in D. KAIRYSED (a cura di), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York, Pantheon Books, 1991 (ma circolante in dattiloscritto almeno dal 1988).

²⁰ M. J. FRUG, *Rescuing Impossibility Doctrine: a Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 140 (1992), pp. 1029-1046. Il saggio è rimasto incompleto a causa della tragica morte della autrice, assassinata a Cambridge il 4 aprile 1991. Era stato presentato in alcuni seminari fra il 1989 e il 1990.

²¹ Cfr. C. DALTON, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, in *Yale Law Review*, 94 (1984-1985), p. 997.

allora non come carattere strutturale della psicologia femminile, ma come approccio conoscitivo opposto alla creazione dei dualismi e all'astrattezza che connota il discorso giuridico.

In questo quadro la sfida *fem-crit* sta nel dimostrare che il diritto non è né maschile né femminile, poiché non ha un'essenza immutabile e non è mai interamente razionale, obiettivo e astratto; al contrario, in una prospettiva dialettica, razionale e irrazionale, oggettivo e soggettivo, maschile e femminile non sono mai entità reciprocamente escludentesi, tanto che le caratteristiche comunemente associate al femminile sono rinvenibili nel diritto, magari oscurate, ma non eliminate dalla cultura dominante. Sulla base di queste premesse e attraverso un'analisi rigorosa dello strumentario tecnico concettuale, viene così analizzato il modo in cui il discorso giuridico posiziona regole ed eccezioni all'interno del diritto dei contratti per mostrare come sia la cultura dominante che assume alcuni suoi principi, calibrati sul carattere della razionalità (quindi *maschili*), come regole, mentre etichetta i relativi contropincipi (*femminili*) come eccezioni, marginalizzandoli e oscurandoli: si pensi alla tutela dell'affidamento, presentata come eccezione alla regola della non vincolatività del consenso sprovvisto della *consideration*.

Tanto emerge, ad esempio, dall'analisi che Clare Dalton dedica all'*adjudication* negli accordi fra conviventi, dove è il diritto stesso, negli interstizi di un ragionamento tecnico, a definire le diverse tipologie di conviventi e di rapporti di subordinazione nel momento stesso in cui li regola, e a influenzare, nel regolarli, l'immaginario collettivo, determinando così tutta una serie di relazioni di potere che a quell'immaginario si ricollegano²². Analogamente lo smascheramento dell'arbitrarietà dell'operazione interpretativa con cui *duress* e *unconscionability*, tradizionali rimedi ad ipotesi di consenso viziato, sono presentate come eccezionali – anzi come invasioni 'pubblicistiche' nell'area del diritto privato – svela come il discorso giuridico veicoli l'idea generale secondo cui il diritto dei contratti interviene nei rapporti di potere fra privati solo in poche, circoscritte fattispecie di evidente squilibrio che si presentano nella realtà sociale, laddove è proprio il diritto, invece, che crea tali fattispecie come patologiche, con ciò legittimando per converso tutti gli *altri* scambi e condizionando il comportamento di coloro che sono soggetti al suo ordine discorsivo.

Nello stesso periodo Mary Joe Frug conduce un'analisi critica del discorso giuridico intorno al contratto a partire da come il diritto dei contratti viene presentato nei *casebook*. E', infatti, in questi testi, che rivestono

²² *Ibidem*.

un ruolo fondamentale nell'insegnamento del diritto, che alcune decisioni vengono marginalizzate, cioè presentate come eccezioni rispetto ad altre, inducendo il lettore a contrapporre le regole applicate nelle prime da quelle desunte dalle seconde, secondo il tipico schema eccezione/regola²³. In un saggio successivo rimasto incompiuto, Mary Joe Frug decostruisce il rapporto oppositivo e gerarchico fra responsabilità per inadempimento e impossibilità sopravvenuta della prestazione che scaturisce in varia guisa dalle ricostruzioni dei più autorevoli studiosi statunitensi del contratto, utilizzando in parallelo, e con modalità diverse, gli stereotipi di genere che fondano l'opposizione maschile/femminile nelle relazioni sociali (ad es. assertività, arbitrarietà, spavalderia *contro* intuitività, adattabilità, mitezza). Scopo dello studio è dimostrare come entrambi i termini delle due dicotomie (*strict liability/impossibility*, da un lato e maschile/femminile, dall'altro) siano in sé incompleti, da una parte, e complementari al proprio opposto, dall'altra, per concludere che l'*impossibility doctrine*, usualmente letta come gerarchicamente subordinata alla *strict liability*, rappresenta piuttosto la *différance* (à la Derrida) del diritto dei contratti, così come è tale la differenza sessuale del pensiero femminista postmoderno rispetto alla classificazione degli umani in uomini e donne²⁴.

Nel decostruire i dualismi sui quali si basa il discorso giuridico, a partire dall'arbitrarietà della stessa contrapposizione fra diritto dei contratti (o del mercato) e diritto di famiglia²⁵ il femminismo critico mette così sistematicamente in evidenza il peso dell'ideologia nelle operazioni interpretative condotte dai giuristi, rivelandone, al tempo stesso, il carattere performativo, cioè la capacità non semplicemente di rispecchiare, ma di produrre esse stesse i rapporti di subordinazione tra i soggetti, attraverso il modo in cui le regole che li disciplinano sono presentate, favorendo di volta in volta un polo dei tanti dualismi di cui il discorso giuridico è costellato, e con ciò producendo determinati risultati sul piano economico, sociale e simbolico.

Accanto alle *fem-crit*, vale la pena di ricordare il contributo di altre giuriste che a cavallo fra gli anni '80 e gli anni '90 affrontano il problema della relazione fra donne, contratto e mercato tralasciando l'attitudine

²³ Cfr. M. J. FRUG, *Re-Reading Contracts: a Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, in *American University Law Review*, 34 (1984-1985), pp. 1065-1140; ma anche EAD., *Rescuing Impossibility Doctrine: a Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 140 (1992), pp. 1029-1046.

²⁴ M. J. FRUG, *Rescuing Impossibility Doctrine: a Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*, cit., pp. 1029-1046.

²⁵ Cfr. F. OLSEN, *The Family and The Market. A Study of Ideology and Legal Reform*, in *Harvard Law Review*, 96 (1983), p. 1497.

normativa per assumere un atteggiamento più semplicemente descrittivo fra il *liberal legal realism* e la teoria dei giochi. In particolare, il riferimento va ad alcuni lavori di Carol Rose, arcinota studiosa di proprietà, la quale mette in evidenza come le donne si muovano diversamente nel mercato e nelle relazioni contrattuali non per una loro intrinseca particolare natura, e neppure per una attitudine di matrice culturale, ma perché esiste a loro carico una specifica presunzione di propensione alla cooperazione, che condiziona il comportamento tanto delle donne stesse quanto delle loro controparti contrattuali²⁶. La propensione della donna a mettere il proprio interesse in secondo piano rispetto all'interesse al mantenimento della relazione con l'altro (fosse anche una relazione contrattuale), all'interesse di eventuali figli e/o al benessere della famiglia in generale - cui si somma in taluni casi una condizione di dipendenza economica all'interno della famiglia - incide fortemente sul suo potere contrattuale e condiziona le sue scelte, a nulla rilevando che si tratti di una propensione non reale, ma soltanto presunta. Quel che conta è che questa *narrative* sia condivisa nell'immaginario collettivo così da costruire *performativamente* il soggetto femminile e il modo in cui si muove nel mercato come produttivo di scelte che deviano dallo standard di razionalità che ci si attende dall'*homo oeconomicus*, protagonista del modello contrattuale dell'economia neoclassica, in quanto informate ad una logica 'altra': quella appunto della propensione alla cooperazione²⁷.

Questo elemento si rivela assolutamente condizionante tanto nelle relazioni contrattuali quanto in quelle interpersonali, come bene esemplificato dal dilemma del prigioniero: il concetto che nella teoria dei giochi viene utilizzato per descrivere una situazione in cui due soggetti che trarrebbero sicuramente maggior vantaggio dal cooperare tra loro, sono spinti a non farlo. L'esempio più noto è, appunto, quello di due prigionieri che sono indotti a tradirsi l'un l'altro, collaborando con il comune nemico, solo perché ognuno dei due suppone che l'altro lo tradirà. Secondo la teoria dei giochi, il dilemma rimane insolubile anche in situazioni in cui i suoi due protagonisti si possano controllare a vicenda e siano perciò incoraggiati a imitare positivamente ognuno il comportamento dell'altro, e ciò in quanto nessuno dei due ha incentivi sufficienti a compiere il primo

²⁶ Cfr. C. ROSE, *Property as Storytelling. Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory*, in *Yale Journal of Law & Humanities*, 2 (1990), p. 37.

²⁷ C. ROSE, *Women and Property. Gaining and Losing Ground*, in *Virginia Law Review*, 78 (1992), p. 421; EAD., *Bargaining and Gender*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 18 (1994-1995), p. 547. Cfr. anche W. WIEGERS, *Economic Analysis of Law and Private Ordering. A Feminist Critique*, *University of Toronto Law Journal*, 42 (1992), p. 170.

passo. Ma la propensione alla cooperazione ascritta alle donne spezza lo stallo che dà luogo al dilemma del prigioniero, poiché la parte femminile tende a fare il primo passo e, quindi, a produrre un risultato cooperativo, cioè positivo.

Il problema che la forza prescrittiva di questo stereotipo comporta sta però nel modo in cui quel risultato positivo è poi ripartito fra uomo e donna. La propensione alla cooperazione indebolisce il soggetto femminile, che alla fine dei giochi avrà a disposizione minori risorse, perché l'uomo, meno cooperativo, meno interessato alla cura e al mantenimento della relazione, farà la parte del leone. La donna conseguirà anche essa un beneficio, che sarà tuttavia minore: di qui, con un effetto a valanga, avrà meno potere economico per acquistare beni sul mercato e per stabilire relazioni contrattuali vantaggiose, avrà meno potere negoziale all'interno delle relazioni familiari, e complessivamente risulterà un soggetto tendenzialmente non vincente. In ogni relazione contrattuale la presunzione che l'attitudine alla cura e l'interesse al mantenimento della relazione propri della contraente donna tendano a prevalere sulla cura del suo stesso interesse individuale, fino a farle accettare condizioni contrattuali meno favorevoli, combinandosi con un contesto in cui le prospettive di successo sono effettivamente limitate, farà sì che questa previsione si auto-avveri.

Poco importa, quindi, quanto la realtà corrisponda alla narrativa della 'naturale' propensione delle donne alla cooperazione: il risultato è comunque che le donne si muovono nel mercato in condizioni più sfavorevoli. Ma non solo. Questa loro tendenziale marginalità e la prospettiva di ricoprire posizioni di un minore potere, economico e sociale, secondo Rose, hanno anche un'influenza sull'educazione e sull'investimento che fanno i genitori sulle figlie femmine rispetto ai figli maschi. In quanto ritenute tendenzialmente perdenti o marginali nel mercato e nella società, le donne vengono educate dalle loro famiglie per soddisfare aspettative ben più limitate. Pertanto la tendenza a vedere nel contratto lo strumento per conferire alle donne maggiori opportunità di autorealizzazione attraverso la negoziazione di condizioni più favorevoli nelle relazioni con l'altro sesso non deve far venir meno la consapevolezza che una condizione sociale di inferiorità o, quanto meno, di maggiore vulnerabilità, non è colmata dalla sola possibilità di negoziare²⁸.

²⁸ Si consenta il rinvio a M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.; EAD., *The Family Economy v. The Labour Market (or Housework as a Legal Issue)*, in J. CONAGHAN e K. RITTICH (a cura di), *Labour Law, Work and Family. Critical and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 156.

3. Il dibattito degli anni Novanta. Il problema degli accordi in vista del divorzio

Dal nucleo di idee emerse negli anni Novanta spicca in modo evidente che ogni punto di vista è parziale, inclusi quelli adottati dalle correnti del femminismo dominante nel decennio precedente, corrispondenti, a ben vedere, alla posizione delle donne occidentali, bianche, eterosessuali e *middle-class*²⁹. Viene recepita la critica postmoderna e matura la tendenza a sottolineare che non tutte le donne sono uguali, così come non lo sono gli uomini³⁰. Perciò anche l'adozione della prospettiva contrattuale liberale risulta a volte problematica, perché guarda all'individuo in astratto e lo costruisce come un soggetto che nei fatti non rispecchia la realtà né di tutte le donne né di tutti gli uomini. Secondo la nuova prospettiva, lo stesso concetto di autosufficienza, in relazione al quale è stata messa a tema la dipendenza economica che può influire sulle scelte delle donne, si basa su una concezione volontarista dell'individuo, come soggetto indipendente dalle sue relazioni con gli altri, cui non è riconducibile neppure tutto il genere maschile. La dipendenza economica viene pensata come una condizione che, in diversi gradi, appartiene a tutti gli individui ed è fortemente avvertita l'esigenza di superare il dilemma della differenza: si ritiene preferibile concentrarsi su cosa si intenda per differenza, anziché sulla questione del suo riconoscimento ed è largamente condiviso l'assunto che la percezione che alcune donne hanno di sé come dipendenti dagli altri può essere costruita come una differenza, senza che questa diventi costitutiva di un gruppo e senza perdere di vista le più ampie implicazioni del rapporto di relazione, rispetto al quale ciascun partner può essere considerato come più o meno dipendente dall'altro.

Questo messaggio di fondo, da un lato, mette in crisi la stessa possibilità di esprimersi in un'ottica di genere: da questo momento in poi, ci si domanda se, una volta smascherata la parzialità di ogni punto di vista,

²⁹ Il femminismo riceve una critica dalle minoranze senza voce al suo interno. Cfr. per tutte K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersections of Race and Gender in Antidiscrimination Law, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139; EAD, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 43 (1991), pp. 1241-1299; M. KLINE, *Race, Racism, and Feminist Legal Theory*, in *Harvard Women's Law Journal*, 12 (1989), p. 115.

³⁰ Cfr. N. FRASER e L. NICHOLSON, *Social Criticism Without Philosophy: An Encounter Between Feminism and Postmodernism*, in L. NICHOLSON (a cura di), *Feminism/Postmodernism*, New York, Routledge, 1990, pp. 19-38; e in S. SEIDMAN (a cura di), *The Postmodern Turn: New Perspectives on Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 242-261.

se ne possa davvero adottare alcuno. Dall'altro, spinge a sperimentare nuovi approcci metodologici, che consentano di sfuggire a tentazioni nihiliste. Qualsiasi discorso femminista può essere iniziato solo mettendo da principio in chiaro in che senso si possa parlare di donne, di genere e di differenza; quale significato assumono questi termini per chi parla. Il panorama è estremamente complesso³¹ ed emergono nuove tensioni che non è facile decifrare³².

Anche i diversi modi in cui le (giuriste) femministe guardano al contratto sono strettamente dipendenti dagli approcci metodologici che scelgono di adottare con riguardo ai problemi di volta in volta affrontati, come è esemplificato dal caso degli accordi di divorzio.

I) La ricerca di soluzioni pratiche al dilemma della differenza

Particolarmente rappresentativo di quanto stiamo dicendo è un saggio di Brenda Cossman del 1990³³, in cui, dopo una rigorosa ricognizione delle tensioni interne al pensiero femminista intorno alla libertà contrattuale, viene sottolineata la necessità di superare il dilemma della differenza, accantonando le categorie giuridiche tradizionali e rinunciando anche a classificare e tipizzare alcune situazioni di dipendenza. Questo implica che occorre lavorare a diverse strategie di tutela dei soggetti che vanno incontro alla dipendenza economica quando entrano in una relazione di tipo familiare. Più specificamente, se è vero che alcuni accordi in vista del divorzio sono particolarmente sfavorevoli per il coniuge che è divenuto economicamente dipendente dall'altro durante il matrimonio, non solo

³¹ Innanzitutto, va precisato che ci stiamo riferendo ad una fase che è iniziata negli anni Novanta, ma è ancora in corso.

³² Il tema dell'identità continua ad essere centrale, ma sono molto diverse le prospettive nelle quali lo si affronta. Accanto all'enfasi sulla dimensione dinamica dell'identità, vista come qualcosa in continuo mutamento in ciascun individuo, troviamo ancora istanze volte a espandere i 'diritti delle donne' come gruppo monolitico. Cfr. M. CHAMALLAS, *Introduction to Feminist Legal Theory*, cit., p. 21. Un progetto specifico e separato, anche molto rilevante, sembra incidere su tutta quella parte del diritto che è l'anti-discriminazione. Cfr. M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 383. In diversi settori normativi, infine, si assiste all'affermarsi di un femminismo 'istituzionalizzato' e molto influente a livello internazionale, che è stato definito *Governance Feminism*, sul quale si rinvia a J. HALLEY, P. KOTISWARAN, H. SHAMIR e C. THOMAS, *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking. Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, in *Harvard Journal Law and Gender*, 29 (2006), p. 335 ss. Di questo fenomeno, con riferimento alle legislazioni in materia di prostituzione, parla M. R. MARELLA, *Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Pólemos*, 2008, II, p. 35 ss.

³³ Cfr. B. COSSMAN, *A Matter of Difference: Domestic Contracts and Gender Equality*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 28 (1990), pp. 303-380.

non pare opportuno disincentivare del tutto questo tipo di accordi, ma sembra difficile pure standardizzare la dipendenza che può dar luogo ad una loro sistematica invalidazione. Una strategia possibile è sicuramente quella di lasciare spazio all'autonomia privata dei coniugi, rimettendo alle corti il compito di effettuare un controllo *ex post* sull'esercizio di questa autonomia, attraverso l'applicazione delle tecniche di invalidazione del contratto, ma anche accettando che le stesse facciano uso di un'ampia discrezionalità al riguardo. Tuttavia, tale strategia deve, per forza di cose, essere integrata da altri interventi, perché, una volta invalidato il contratto, rimarrà il problema di stabilire a carico di chi deve essere posto il coniuge dipendente. A questo punto, il discorso sembra procedere nella direzione di un prudente pragmatismo: anziché riproporre l'alternativa fra una solidarietà postconiugale permanente e il *welfare* pubblico, si suggerisce di far fronte allo stato di indigenza in cui possono venire a trovarsi alcune donne dopo il divorzio, attraverso il ricorso ad un'assicurazione matrimoniale', che le coppie potrebbero sottoscrivere prima del matrimonio a beneficio di entrambi, immaginando che un tale evento non necessariamente debba colpire il coniuge di sesso femminile³⁴. Pertanto, l'attenzione è incentrata sulle condizioni materiali di vita delle persone. Il problema del libero esercizio dell'autonomia contrattuale non è visto in relazione alla capacità dei soggetti di compiere scelte razionali, ma piuttosto in funzione della loro debolezza economica e delle aspettative future che questa debolezza crea.

Le conclusioni che si possono trarre dal discorso di Cossman sono 'fluide', in quanto mostrano la complessità dei dilemmi affrontati, la parzialità della conoscenza come sapere e l'interconnessione che sussiste fra ogni profilo della relazione donna-famiglia-contratto. Il suo stesso metodo assume contorni fluidi, coincidendo proprio con l'adozione di molteplici e mutevoli prospettive, accompagnata dalla sola costante della ricerca delle relazioni tra le persone e tra le diverse problematiche in gioco.

II) Esempi di dialogo tra femminismo giuridico e analisi economica del diritto

a) Diversamente, alcune studiose hanno reagito alla sfida del postmoderno agganciando la prospettiva femminista a quella giureconomica. Questo progetto intellettuale è esplicitato, ad esempio, da Gillian Hadfield³⁵, la

³⁴ La proposta non è articolata nei dettagli, tuttavia si precisa che la polizza potrebbe coprire il rischio della cessazione del rapporto matrimoniale a prescindere dalla colpa e che il capitale accumulato con i premi assicurativi potrebbe confluire in un apposito fondo comune, utilizzabile per coprire altri assicurati soggetti allo stesso tipo di rischio.

³⁵ Cfr. G. K. HADFIELD, *An Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*, in *University of Pennsylvania Law*

quale - non solo in riferimento agli accordi in vista del divorzio - a più riprese ha cercato di mettere in luce una certa convergenza tra la critica femminista alla libertà contrattuale e la *Second Wave of Law and Economics*³⁶. L'autrice muove dalla critica interna agli assunti tradizionali di questa disciplina iniziata da Michael J. Trebilcock³⁷, il quale ha messo in luce l'ambiguità del concetto stesso di equilibrio paretiano e il fatto che non è sempre vero che gli obiettivi dell'autonomia privata e del benessere economico coincidono, con specifico riguardo ad accordi come quelli di divorzio e quelli di maternità surrogata³⁸. Secondo Hadfield questa critica può contribuire al superamento della contrapposizione tra donna-soggetto razionale e donna-vittima di uno squilibrio di potere contrattuale, che anima il dibattito femminista sulla libertà contrattuale³⁹. Infatti, coniugando questa critica ad alcune considerazioni di carattere filosofico⁴⁰, si può dimostrare che un contraente (uomo o donna) che agisce razionalmente - cioè che sceglie in base ad un ordine di preferenze personali, che può essere obiettivamente considerato razionale, nel senso di volto a massimizzare il profitto del soggetto interessato - non esiste, perché tutti gli individui agiscono condizionati da una serie di relazioni con altri soggetti e quindi il loro migliore risultato è sempre relativo. Non solo, ma la scelta che ognuno ritiene migliore al momento della sottoscrizione di un accordo può non essere più tale in un momento successivo, proprio in seguito al variare delle suddette relazioni. Ciò risulta maggiormente evidente nei contratti di durata, nei quali l'esecuzione si protrae nel tempo, ma l'assunto vale anche per quelli c.d. istantanei. E allora, la logica contrattuale classica, da cui discende che le scelte private debbano essere sempre vincolanti, salva l'eccezione che sussistano dei vizi del consenso, dovrebbe essere addirittura ribaltata. Si

Review, 146 (1998), p. 1235.

³⁶ Cfr. G. K. HADFIELD, *The Second Wave of Law and Economics: Learning to Surf*, in Richardson-Hadfield (a cura di), *Second Wave of Law and Economics*, Sydney, Federation Press 1999, p. 50.

³⁷ M. J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1993.

³⁸ Cfr. M. J. TREBILCOCK e R. KESHVANI, *The Role of Private Ordering in Family Law: a Law and Economics Perspectives*, in *University of Toronto Law Journal*, 41 (1991), p. 533., ove non si vuole disincentivare questo genere di accordi, piuttosto, si suggerisce che, quando si è in presenza di una strutturale disparità di potere tra le parti, a questa si deve far fronte con strumenti diversi dal diritto dei contratti, come la legislazione e solo operando su entrambi i fronti si potranno avere contratti più equi.

³⁹ Cfr. G. HADFIELD, *The Dilemma of Choice: A Feminist Perspective on The Limits of Freedom of Contract*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 33 (1995), p. 337.

⁴⁰ Segnatamente quelle di E. ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1993.

dovrebbe, cioè, considerare ‘normale’ proprio l’ipotesi di un contratto in cui il consenso delle parti sia in qualche modo condizionato. Non viene più in questione l’esigenza di individuare particolari strumenti per proteggere la libertà del volere delle donne; piuttosto, si evidenzia che tutte le tecniche che sono volte ad accertare un vizio del consenso in termini di presenza/assenza, in riferimento al momento e al contesto della conclusione dell’accordo, hanno, per tutti i soggetti, per i motivi esposti, una efficacia molto limitata. Tuttavia, alla connaturata mutevolezza delle scelte umane nel tempo si può dare un’adeguata rilevanza sul piano giuridico, generalizzando quel modello contrattuale che nel discorso giuridico e giureconomico sul contratto viene anche indicato come modello *relational*⁴¹ e utilizzando maggiormente quegli strumenti del diritto dei contratti, che consentono di valutare la tenuta delle scelte iniziali nel lungo periodo. Riferendosi ad un sistema di *common law*, l’autrice pensa soprattutto al *promissory estoppel*⁴².

b) Molto diverso da questo è l’approccio di altre studiose, che con riguardo ai contratti tra coniugi hanno continuato a sottolineare la peculiarità di determinate relazioni, escludendo che lo strumento contrattuale sia idoneo a regolarle. Non si tratta di un passo indietro rispetto alla tematizzazione dell’identità come identità multipla e in continuo divenire messa a punto dalle teorie emerse nella terza fase del femminismo giuridico. Né di rivendicare un trattamento differenziato per tutte/alcune donne dal momento che: i) è acquisita la consapevolezza che nella stessa identica condizione della moglie può venire a trovarsi anche uno dei *partners* di una coppia di omosessuali; ii) il linguaggio dell’emotività e della razionalità limitata porta in esponente non un’incapacità soggettiva, ma una sorta di impossibilità (oggettiva) di mettersi nella condizione di soddisfare i propri bisogni materiali di vita⁴³. In questa prospettiva, si tende, piuttosto,

⁴¹ Cfr. I. R. MACNEIL, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483.

⁴² Di cui alla *section 90 of the Second Restatement of Contracts, Restatement (Second) of Contracts 90 (1973)*, in base alla quale le conseguenze di una scelta volontaria dovranno essere portate fino in fondo solo allorché il giudice avrà accertato la natura dell’affidamento riposto da una parte su tale scelta effettuata dall’altra e avrà valutato le ragioni di giustizia che richiedono il rispetto di tale scelta. L’istituto è trattato in maniera approfondita da G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, Jovene, 1995. Sulle sue possibili applicazioni nei casi relativi alle garanzie personali, in particolare prestate dai familiari del debitore sia consentito il richiamo al mio *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti*, Perugia, Università degli Studi, 2007, al quale si rinvia anche per una spiegazione più dettagliata della tesi di Hadfield.

⁴³ Per chiarire ulteriormente, non siamo in presenza di una rivendicazione della differenza

a dimostrare come le decisioni delle corti relative agli accordi fra coniugi siano comunque largamente influenzate da una concezione patriarcale dei rapporti all'interno della famiglia⁴⁴. Al centro della critica sono sempre principalmente i rimedi posti a tutela del consenso e i presupposti, sia soggettivi che oggettivi, sulla base dei quali le corti li applicano. Infatti, ad esempio, normalmente i giudici valutano come rilevante indizio di un vizio del consenso la sproporzione tra le prestazioni (insieme ad altri fattori come l'inesperienza e l'abuso di tale condizione soggettiva da parte dell'altro contraente), ma questo elemento non assume la stessa valenza quando la vulnerabilità che si deve valutare è quella di una moglie, con riguardo ad un contratto tra coniugi. Questo perché, nella fattispecie, opera altresì la propensione dei giudici a ritenere che nell'ambito dei rapporti familiari sussista una particolare solidarietà, che può giustificare anche la suddetta sproporzione, ma, soprattutto, opera una propensione a ritenere normale che la moglie accetti lo svantaggio. Tale atteggiamento è legato ad una concezione patriarcale della famiglia che può incidere, peraltro, anche in un'altra direzione: talvolta i giudici ricorrono ad un certo stereotipo della donna per accordarle una sorta di presunzione del suo stato di 'minorazione del volere'. Orientamento altrettanto criticabile, in quanto, in primo luogo, rafforza lo stereotipo negativo utilizzato; in secondo luogo, serve solo ad assicurare una tutela minima, affidata esclusivamente all'imposizione di obblighi informativi e consulenze legali preventive, che prende come modello la legislazione a tutela del consumatore, senza cogliere lo specifico della disuguaglianza strutturale ancora largamente determinata da una concezione patriarcale della famiglia.

Queste critiche d'altra parte portano a negare pure la possibilità di raggiungere migliori risultati attraverso altri strumenti del diritto dei contratti, diversi dai vizi del consenso. Al riguardo, si segnala l'elaborazione di A. Belcher⁴⁵, la quale, preso atto della maggiore attenzione verso le relazioni

riconducibile alle teorie del femminismo degli anni Ottanta e l'istanza di autodeterminazione è legata alla considerazione delle condizioni economiche e sociali delle parti, in modo da potersi sottrarre all'accusa di *essenzialismo*, cui sono state sottoposte quasi tutte le politiche identitarie di quegli anni. Sul difficile rapporto tra rivendicazione di un'identità e messa a fuoco delle condizioni sociali interne alle singole minoranze cfr. M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 375, ove ulteriori riferimenti alla letteratura d'oltreoceano.

⁴⁴ Cfr. B. FEHLBERG, *Sexually Transmitted Debt*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

⁴⁵ A. BELCHER, *A Feminist Perspective on Contract Theories from Law and Economics*, in *Feminist Legal Studies*, 8 (2000), p. 29, nelle cui premesse di metodo, peraltro, l'autrice afferma di adottare una prospettiva femminista, che per ella stessa è problematico collocare all'interno di una corrente di pensiero *liberal* piuttosto che *radical* o *postmodern* etc..

fra gli individui e i condizionamenti sociali che le teorie sul contratto (nel pensiero economico, in quello giuridico e in quello giureconomico) hanno mostrato a partire dalla fine degli anni Ottanta, mette in guardia dall'equivoco che si sia prodotta una sorta di 'femminilizzazione' di queste teorie. Per quanto riguarda il pensiero giuridico e in particolare proprio gli sviluppi della *relational contract theory*, si deve tenere conto che essa è servita soprattutto ad affrontare i casi in cui il piccolo imprenditore, 'dipendente' a causa di una situazione di *hold up* monopolistico, rischia di subire comportamenti opportunistici, ove le scelte compiute dalle parti sono analizzate attraverso una comparazione costi/benefici, nella quale tutto può essere misurato in termini di scambio (anche la reputazione) e non emergono certo i condizionamenti emotivi tipici dei rapporti di parentela o affettivi. Quanto, poi, agli sviluppi dell'analisi economica del diritto, quando si parla di 'razionalità limitata', si tiene comunque conto di limitazioni cognitive e di calcolo insite in tutti gli individui. Pertanto, quello che emerge abbastanza distintamente da questa prospettiva femminista è la rivendicazione di un posto a sé per le questioni relative agli accordi fra soggetti tra i quali intercorrono rapporti sociali particolari. Una chiara affermazione della impossibilità di trattarli come qualsiasi altro tipo di contratto commerciale, anche di quello 'asimmetrico' (del consumatore o dell'imprenditore)⁴⁶.

In sostanza, con riguardo alla possibilità di servirsi del diritto dei contratti per migliorare le condizioni di vita del coniuge ritenuto più debole all'interno del menage familiare, Hadfield e Belcher arrivano a conclusioni opposte, fornendo una diversa lettura degli sviluppi più recenti dell'analisi economica del diritto⁴⁷. Entrambe fanno, in particolare, riferimento ai

⁴⁶ Al riguardo si tenga presente che nel caso dei contratti fra imprese la critica giureconomica al tradizionale paradigma di razionalità potrebbe anche essere utilizzata per sostenere che - essendo la razionalità delle scelte dei contraenti strettamente legata al contesto del mercato nel quale operano - nell'applicazione delle tecniche di invalidazione del contratto, gli interpreti dovrebbero analizzare: le caratteristiche della domanda e dell'offerta; l'effettiva possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti e l'evoluzione del rapporto tra l'impresa e il mercato, anziché la sussistenza di un'asimmetria di tipo informativo. Così A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss., al quale replica V. ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate sul dibattito, con qualche elemento di novità*, in G. ALPA e V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 178 ss.; a entrambi si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici sul dibattito europeo relativo alla qualificazione dell'asimmetria nei contratti tra imprenditori.

⁴⁷ Cioè proprio degli studi cui è dedicato questo volume.

risultati prodotti all'interno di questo filone di studi successivamente alla conferenza intitolata «*Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law*», svoltasi nell'aprile del 1997 presso la *University of Chicago Law School*⁴⁸. Da questo momento, infatti, l'idea della razionalità limitata ha aperto la strada a diverse prospettive⁴⁹, che sono andate oltre la critica svolta da Trebilcock⁵⁰.

Ora, per Hadfield questi risultati possono sicuramente giovare molto alle femministe che si occupano di diritto dei contratti⁵¹; mentre Belcher sottolinea che gli stessi derivano per lo più dall'analisi di contratti di massa oppure di contratti tra due imprenditori, uno dei quali si trova in una condizione di soggezione nei confronti dell'altro⁵², che nulla hanno a

⁴⁸ I cui atti sono pubblicati in *Journal of Legal Studies*, 27 (1998), con un commento di R. A. Posner, dopo la quale, l'attenzione degli studiosi di analisi economica del diritto per la psicologia cognitiva e per gli studi empirici, attraverso i quali questa scienza, ha sottoposto a critica il modello dell'*homo oeconomicus*, egoista e razionale, in grado di massimizzare la propria utilità, è divenuta predominante. E' d'obbligo un richiamo al lavoro di C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Analysis of Law*, in *University of Chicago Law Review*, 64 (1997), p. 1175, e al fatto che i risultati della psicologia cognitiva sono entrati così a pieno titolo nel *mainstream* della microeconomia, che lo psicologo israeliano Daniel Kahneman, pioniere di questi lavori, è stato insignito del Premio Nobel per l'economia nel 2002. Anche per questo motivo la psicologia cognitiva viene spesso indicata con l'espressione «*Behavioral Economics*», cfr. E. BAFFI, *'Mental Budget': clauseole inefficienti o scelte del consumatore?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 305 ss.

⁴⁹ Una è anche quella della corrente di pensiero ormai nota come 'paternalismo libertario', sulle cui proposte si vedano R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008 (trad. it. *Nudge. La spinta gentile*, Milano, Feltrinelli, 2009) e, degli stessi autori, il precedente *Libertarian Paternalism Is Not An Oximoron*, in *University of Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1159. Sul più ampio concetto di paternalismo giuridico si rinvia a R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 771 ss.

⁵⁰ Cfr., ad esempio, R. KOROBKIN, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, in *Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1203, in cui viene messa in crisi la generalizzazione degli economisti per cui le limitazioni cognitive rappresentano dei costi transattivi e il compratore può scegliere di raggiungere un livello informativo superiore, semplicemente sostenendo il costo di tale acquisizione di conoscenza. L'Autore dimostra che, in certe situazioni, il compratore, neppure pagando, potrebbe raggiungere un grado di conoscenza utile al compimento di una scelta veramente razionale, perciò suggerisce di sostituire ad un'analisi basata esclusivamente su costi e benefici un'analisi che tenga conto dei bisogni e del benessere delle persone, anche nell'applicazione da parte dei giudici dei rimedi offerti dal diritto dei contratti in generale.

⁵¹ Cfr. G. HADFIELD, *Feminism, Fairness, and Welfare: An Invitation to Feminist Law and Economics*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 1 (2005), pp. 285-306.

⁵² Si tratta soprattutto di contratti di durata, come quelli di subfornitura e quelli di *franchising*, nei quali le parti negoziano, rappresentandosi vicende incerte, legate al trascorrere

che vedere con gli accordi caratterizzati da un contesto di relazioni come quelle familiari⁵³.

Queste due opinioni così nettamente contrastanti, tuttavia, sono accomunate da una certa rigidità e appaiono ancora largamente condizionate dalla dicotomia famiglia/mercato. In particolare, nella prospettiva giureconomica di Hadfield, che pone l'enfasi sulla razionalità limitata, tale dicotomia viene solo riposizionata, inglobandola interamente nel secondo termine di un'altra dicotomia, quella pubblico/privato. Infatti, gli squilibri collegati al perpetuarsi della concezione patriarcale della famiglia non paiono più nettamente distinti da altri squilibri che si determinano nel mercato, ma, a questo punto, il diritto dei contratti ha il compito limitato di permettere alle corti di correggere solo alcuni di questi squilibri, in particolare quelli determinati dalla dipendenza economica di una parte nei confronti dell'altra, con riferimento ad una specifica controversia; mentre al problema della dipendenza economica assunta sistematicamente da un gruppo particolare di soggetti si deve far fronte, in quanto problema sociale, con altri strumenti, come la legislazione di *welfare*. Quanto alla lettura di Belcher, che rivendica la peculiarità degli squilibri derivanti dal perpetuarsi della concezione patriarcale della famiglia rispetto agli altri squilibri che si determinano nel mercato, l'unica dicotomia che sembra effettivamente superare è quella maschile/femminile⁵⁴.

III) Fra femminismo e realismo giuridico

Per una messa a frutto della ricerca interdisciplinare in questa direzione, però, bisogna spostare lo sguardo su un altro atteggiamento, molto diverso da quelli presi in considerazione finora, ma sempre rintracciabile nel panorama degli anni Novanta. Quello che si serve della metodologia critico-decostruttiva, utilizzata dalle *fem-crit*, enfatizzando la radice *legal*

del tempo e alla relazione tra le stesse. Il tipo di contratti, cui ci si riferisce quando si parla di modello *relational*, o, da noi, di 'terzo contratto', come tipologia distinta dai contratti di diritto comune e dai contratti del consumatore.

⁵³ Cfr. A. BELCHER, *A Feminist Perspective on Contract Theories from Law and Economics*, cit., la quale, comunque non critica espressamente Hadfield. Lo fa, invece, D. CAMPBELL, *Afterword: Feminism, Liberalism and Utopianism in the Analysis of Contracting*, in L. MULCAHY e S. WHEELER (a cura di), *Feminist Perspectives on Contract Law*, London, Cavendish Publishing, 2005, p.161.

⁵⁴ Va detto che un proficuo scambio di idee tra giuriste femministe e studiosi di analisi economica del diritto non può essere escluso per il solo fatto che i rapporti di mercato vanno tenuti distinti dalle relazioni affettive. Forse ciò che rimane ancora problematico è come utilizzare alcuni strumenti di analisi economica del diritto per far emergere un criterio idoneo a dare rilevanza alla disuguaglianza derivante da una condizione di dipendenza economica contratta durante il matrimonio, con riferimento agli accordi tra familiari.

realist propria di queste ultime⁵⁵. Tale approccio punta al superamento delle strategie femministe che si risolvono nel dilemma della differenza, portando avanti il lavoro di decostruzione della dicotomia famiglia/mercato avviato dal femminismo critico nei primi anni Ottanta. Muove da quello specifico progetto intellettuale volto a far collassare dal suo interno tale contrapposizione, mostrando come elementi di solidarietà e di individualismo, tradizionalmente ascritti in via esclusiva, quali loro elementi caratterizzanti, rispettivamente alla famiglia e al mercato, siano in realtà presenti in entrambi i termini⁵⁶.

Nel rivisitare il tema degli accordi fra coniugi in vista del divorzio – attorno al quale è possibile ricostruire un quadro delle strategie femministe che sono affiorate negli anni Novanta – questa corrente *legal realist* non rifiuta *a priori* alcuna tecnica giuridica, piuttosto cerca di mettere in evidenza quali siano gli effetti economici e sociali che l'applicazione di una data tecnica può produrre, per una determinata categoria di soggetti. Perciò, laddove si serve di idee e concetti prodotti in seno al movimento femminista, come il concetto della differenza sessuale, non vuole rivendicare la specialità di determinate relazioni e la necessità di trattarle con regole giuridiche *ad hoc*, ma svelare i meccanismi di funzionamento delle regole giuridiche che vengono ad esse applicate⁵⁷. Ad esempio, quando si

⁵⁵ Invero, ora si darà conto di progetti che dalla fine degli anni Novanta sono stati portati avanti soprattutto al volgere del nuovo millennio, perché, come già anticipato, le prospettive che si sono aperte con la sfida del postmoderno vanno a costituire un quadro molto complesso, che coincide con il presente.

⁵⁶ Cfr. F. OLSEN, *The Family and The Market. A Study of Ideology and Legal Reform*, cit. Ma già D. KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 89 (1976), pp. 1685-1778.

⁵⁷ Questa corrente si muove sul solco degli studi delle giuriste *fem-crit* ed è tributaria dell'eredità dei CLS, di cui condivide l'attenzione per il contesto distributivo, per la quale si rinvia a D. KENNEDY, *Breve storia dei critical legal studies negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 639-646. In riferimento alla tematica degli accordi di divorzio si veda M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, cit., pp. 110-115; EAD., *Il diritto di famiglia fra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in M. R. MARELLA e F. GRILLINI (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza fra status e contratto*, Napoli, Jovene, 2001; ID., *The Family Economy v. The Labour Market (or Housework as a Legal Issue)*, cit.. Trattando una tematica diversa, quella del matrimonio *same sex*, adotta una strategia di questo tipo, attaccando la dicotomia status/contratto, J. HALLEY, *Note sulla costruzione del sistema delle relazioni di coppia. Un saggio di realismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 515-566. Allo stesso tempo questa autrice, con una riflessione che coniuga la lezione del realismo giuridico alla teoria *queer*, ha maturato una presa di distanza dai movimenti femministi maggioritari: cfr. J. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, cit.. Per cogliere meglio i tratti di questo percorso

sottolinea che la peculiarità dell'autonomia privata nella famiglia è essenzialmente da rintracciare nella proiezione dei ruoli di genere nella relazione coniugale e familiare in senso più ampio, non è per rilevare la presenza di una parte più debole, della cui tutela il sistema debba farsi carico. Ma si suggerisce di dare rilievo – sul terreno contrattuale non meno di quanto dovrebbe avvenire a livello di regime legale – ai contributi e alle rinunce, alle collaborazioni e ai conseguenti arricchimenti, che di quei ruoli sociali costituiscono un riflesso consistente. Tali contributi, infatti, presentano un carattere che raramente è percepito come patrimoniale, in quanto comunemente ascritti alla sfera della solidarietà familiare, eppure costituiscono delle modalità concrete di produzione della ricchezza familiare. Di questi contributi si potrebbe tener conto, in particolare, nell'individuazione dell'elemento causale degli accordi fra i coniugi, cominciando con il riconoscere il giusto peso al lavoro domestico e di cura come componente essenziale dell'economia familiare, e ammettendone l'incidenza sulla qualificazione della convenzione in termini di onerosità⁵⁸. Al riguardo va tenuto presente che l'eventuale effetto *empowering* per la donna che accede ad una negoziazione sulle conseguenze economiche del divorzio (quello che incoraggia alcune femministe ad accogliere con favore l'allargamento dell'autonomia privata nella sfera della famiglia), consiste soprattutto nella possibilità di ottenere che la misura della suddetta assistenza sia superiore a quella che verrebbe ad essere calcolata esclusivamente sui parametri previsti dalla legge - che (ad esempio da noi) considera solo il tenore di vita goduto durante il matrimonio - includendo la remunerazione specifica di quei costi⁵⁹. Tanto tende a realizzarsi nella prassi ed è per questo che sono per lo più i mariti che agiscono in giudizio per chiedere che l'accordo venga invalidato. Per dare ingresso in giudizio a questo ordine di considerazioni, possono tornare utili perfino strumenti mutuati dall'analisi economica della 'prima ondata'. Si pensi alla possibilità di valutare in termini di costi-opportunità le occasioni (di formazione, lavoro, carriera) che una moglie ha sacrificato durante il matrimonio, per determinare l'entità

nell'arco dell'ultimo decennio, possono vedersi M. R. MARELLA, *Critical Family Law*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19, n. 2 (2011), pp. 721-754 e i contributi contenuti in J. HALLEY (a cura di), *Special Issue on Comparative Family Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010.

⁵⁸ Così M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, cit., pp. 110-115.

⁵⁹ Anche se i parametri legali in realtà costituiscono un punto di riferimento importante per questo tipo di negoziazione, che si discosterà di poco da questi. Sul punto cfr. R. H. MNOOKIN e L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in *Yale Law Journal*, 88 (1979), p. 950.

dell'assistenza post-coniugale che ella dovrà ricevere dal marito⁶⁰.

4. *Prospettive eclettiche in tempo di Feminism After*

«It was just here. I'm sure I saw it. Maybe I put it in my other purse. It's not like I ever go out without it. But, now that I think about it, maybe I haven't seen it in a while. Such is my relationship with feminism, a bit like a lost lipstick. It must be around somewhere. I mean, I never go out without my lipstick. But, I can't quite put my finger on it. Maybe it was the color? I used to love it, and then I didn't anymore. For a while, I blended it with other colours. Maybe it's still at the bottom of the purse. Or maybe I threw it out⁶¹».

A seguito dell'incontro con il pensiero *queer* da una parte, con gli studi post-coloniali, dall'altra, il femminismo ha cessato di produrre visioni totalizzanti della realtà. E questo è certamente vero anche del femminismo giuridico, il quale, per la verità, già negli anni Ottanta si era mostrato capace di sottrarsi a quel genere di tentazioni, riuscendo a mettere a punto strumenti di analisi in grado di cogliere la complessità delle relazioni sociali ben oltre una lettura del mondo affidata esclusivamente alla lente della dicotomia maschile/femminile. Non per nulla alcune analisi del diritto dei contratti prodotte allora dal femminismo postmoderno e *crit* conservano ancora oggi il fascino della 'scoperta'.

Non per questo, tuttavia, lo strumentario concettuale approntato da

⁶⁰ Cfr. M. R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 233 ss.; ma nell'area *legal realist*, in proposito si veda anche P. TSOUKALA, *Gary Becker, Legal Feminism, and the Costs of Moralizing Care*, in *Columbia Journal Gender & Law*, 16 (2007), p. 357, che al contempo taglia i ponti con qualsiasi prospettiva femminista. Un altro concetto dell'analisi economica del diritto, che potrebbe essere utilizzato nell'*adjudication* relativa agli accordi di divorzio è quello di eternalità, che può, ad esempio, giustificare un limite all'autonomia privata della donna incinta, che rinunciando ai diritti derivanti dal divorzio prima del matrimonio, pregiudichi la condizione economica e di sviluppo del figlio di cui è in attesa. Cfr. M. F. BRINIG, *Some Concerns about Applying Economics to Family*, in M. FINEMAN e T. DOUGHERTY (a cura di), *Feminism Confront Homo Economicus: Gender, Law and Society*, Ithaca, Cornell University Press, 2005, p. 450 ss. Senza ricorrere espressamente al concetto di eternalità, evidenzia un limite di questo tipo, applicato dalla giurisprudenza tedesca, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 213.

⁶¹ B. COSSMAN, *Where Did Feminism Go? Reflections from a Slightly Lapsed Feminist*, in *Issues in Legal Scholarship*, 9 (2011).

quelle correnti femministe poi divenute maggioritarie, tanto da meritare l'appellativo, palesemente polemico, di *Governance Feminism*⁶², è da mettere definitivamente in cantina. Al contrario può ancora tornare utile in alcune circostanze e/o in determinati contesti, proprio come un vecchio rossetto che si intona ad un abito nuovo. L'enfatizzazione della differenza propria delle analisi più classicamente strutturaliste, ad es., può oggi servire progetti di emancipazione riguardanti altri gruppi sociali. In alcuni settori dell'economia statunitense, ad esempio, il tasso di disoccupazione degli uomini a seguito della crisi del 2007 è più elevato di quello riguardante le donne, e un giorno i risultati delle analisi femministe sulla dipendenza economica delle donne nella famiglia potrebbero essere applicati agli uomini stessi. E possiamo considerare acquisita la critica femminista dell'*homo oeconomicus* laddove chiarisce che il comportamento degli individui sul mercato non è dato dalla struttura psicologica o da difetti di razionalità ascrivibili alle donne piuttosto che agli uomini, ma più propriamente dalla distribuzione di potere economico e sociale nella società e dai condizionamenti prodotti dagli stereotipi culturali, che determinano o contribuiscono a determinare il comportamento degli attori economici, siano essi vittime dello stereotipo o invece loro controparti. Non c'è dubbio che ciò sia vero pure oggi, anche se l'analisi non può più riferirsi alle donne, assunte come gruppo unitario: sicuramente disuguaglianza di condizioni di partenza e normatività degli stereotipi investono in pieno altri gruppi sociali, ad es. le e i migranti nelle relazioni che intessono nella società e nel mercato, e in questo senso la cassetta degli attrezzi del femminismo giuridico torna ancora utile.

Uno scarto netto rispetto al passato si profila invece laddove il tema della relazione fra donne, mercato e contratto si misura sul terreno del *sexwork* o sul terreno opposto, ma in un certo senso speculare per l'ambivalenza dei ruoli di genere che mette in campo, del lavoro di cura salariato.

Nel primo caso l'impatto della critica *queer* alle correnti del femminismo culturale e di quello radicale dominanti negli anni Ottanta e ancora vive nelle politiche delle istituzioni umanitarie globali si è tradotto in uno scontro sul terreno della sessualità talmente aspro da far emergere una netta spaccatura fra progetti culturali *queer* e femminismo⁶³. Di quest'ultimo è emersa soprattutto una visione negativa della sessualità,

⁶² Cfr. J. HALLEY, P. KOTISWARAN, C. THOMAS e H. SHAMIR, *From The International to the Local In Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work and Sex Trafficking: Four Studies In Contemporary Governance Feminism*, cit., p. 355 ss.

⁶³ Rinvio per approfondimenti a M. R. MARELLA, *Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 35 ss.

rappresentata come oppressiva e pericolosa, e, nell'immaginario collettivo, il femminismo è diventato la caricatura di se stesso⁶⁴. Allo stesso tempo, nella misura in cui l'ottica di genere è stata associata a questo femminismo 'maggioritario', essa è stata del tutto dismessa come chiave di lettura delle relazioni di potere sul versante *queer*. Non a caso le sofisticate analisi del sesso e della sessualità che si devono al pensiero *queer* prescindono dal focus sul rapporto maschile/femminile caro al femminismo.

Nel caso del *carework*, invece, la necessità di scomporre l'universo donna in più articolati scenari che dessero conto della composizione di classe, della componente razziale e del vario combinarsi dei due fattori nelle relazioni, contrattuali e umane, fra donne datrici di lavoro e donne *caregivers* a pagamento, ha comportato la messa a fuoco di un diverso genere di rapporti di subordinazione rispetto al modello maschile/femminile, che è stato possibile indagare con l'ausilio degli studi postcoloniali⁶⁵.

In entrambi i casi, poi, l'analisi, più classicamente femminista, della produzione dei ruoli di genere all'intersezione fra sesso, mercato e famiglia è stata affiancata da strumenti diversi, mutuati dallo studio delle dinamiche di privatizzazione di nuovi settori della vita sociale e dall'analisi critica del neoliberalismo⁶⁶. In questo complesso quadro, inoltre, non poche giuriste hanno rotto con alcuni filoni della tradizione femminista concordi nel condannare ogni forma di mercificazione del corpo femminile, per ripensare la *commodification* in chiave libertaria e l'ingresso nel mercato di nuovi ambiti del reale⁶⁷ e di nuove soggettività⁶⁸ come occasioni di emancipazione e di riscatto sociale.

Superato ogni timore reverenziale per il canone dell'*homo oeconomicus* e spezzata la corrispondenza biunivoca fra maschile/femminile e relazioni di dominio, la giurista del *Feminism After* attinge liberamente agli strumenti di analisi che le culture 'alternative' sono in grado di fornirle. Che sono vari, diversi, sovrapponibili come i rossetti che porta in borsa.

⁶⁴ B. COSSMAN, *Sexuality, Queer Theory, and 'Feminism After': Reading and Rereading the Sexual Subject*, in *McGill Law Journal*, 49 (2003-2004), p. 847.

⁶⁵ Cfr. H. SHAMIR, *The State of Care: Rethinking the Distributive Effects of Familial Care Policies in Welfare Liberal States*, in *American Journal of Comparative Law*, 58 (2010), p. 953.

⁶⁶ Cfr. B. COSSMAN, *Where Did Feminism Go? Reflections from a Slightly Lapsed Feminist*, cit.

⁶⁷ Cfr. M. M. ERTMAN e J. C. WILLIAMS (a cura di), *Rethinking Commodification*, New York and London, New York University Press, 2005 che raccoglie numerosi saggi sulle nuove aree di *commodification*, da quello ormai 'classico' della riproduzione umana, alla 'vendita' delle culture metropolitane, dei saperi tradizionali, di nuove e vecchie identità culturali.

⁶⁸ Dai popoli indigeni al 'popolo' *lgbtq*: cfr. ancora *ibidem*.

