



Rivista N°: 2/2020  
DATA PUBBLICAZIONE: 08/06/2020

AUTORE: Giusi Sorrenti\*

## **“Viaggio ai confini dell’eguaglianza giuridica”. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso\*\***

*Sommario: Sez. I. - Divieto di discriminazioni, eguaglianza e parità tra i sessi: implicazioni concettuali attraverso un percorso di diritto comparato. - 1. Differenziazioni irragionevoli e discriminazioni: un irragionevole appiattimento. - 2. L’esperienza americana: gli “stereotipi segreganti”. - 3. (Segue) Individualismo liberale vs. pluralismo egualitario. - 4. La giurisprudenza della Corte Suprema sulle gender discriminations. - 5. (Segue) Analisi casistica di un decennio: il prototipo dell’intermediate scrutiny. - 6. Le due direttrici della judicial review statunitense e il sindacato by effects. - 7. Il diritto antidiscriminatorio americano come binario esaurito, il suo lascito per l’Europa e la risposta della Francia. - Sez. II - Il divieto di distinzioni in base al sesso in Italia, tra dottrina e giurisprudenza costituzionale: le sue attuazioni nelle più rilevanti branche del diritto. - 1. Portata emancipatoria del divieto delle discriminazioni enumerate e lettura prevalente dell’art. 3 Cost. nel dibattito italiano. - 2. (Segue) La “pari dignità sociale”: la conversione da dato ontologico a termine teleologico come chiave di volta per una lettura unitaria del principio di eguaglianza. - 3. La ragionevolezza del differenziare tra potenzialità, limiti e sviluppi di un parametro diffuso di giudizio sulle leggi. - 4. Il percorso del sindacato di eguaglianza senza distinzioni in base al sesso: dal sindacato deferente ... - 5. (Segue) ... al recupero del significato polemico, in un vaglio più rigoroso che travalica il filtro della valutazione del legislatore. - 6. Le donne tra lavoro domestico o “di cura” e lavoro produttivo. - 7. (Segue) Vischiosità dei ruoli e insufficienze dello Stato sociale. - 8. L’accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive, tra rimedi giuridici ... 9. (Segue) ... e prassi politiche: l’obiezione della sameness. - 10. Un cenno all’effettività degli strumenti di tutela nella Pubblica Amministrazione. - 11. Le tante anime dell’Unione europea: dalla tendenza alla neutralizzazione del genere alla riscoperta della dignità delle differenze. - 12. Conclusioni: la parabola del principio di non discriminazione nell’età del neo-liberismo.*

### **Sez. I - Divieto di discriminazioni, eguaglianza e parità tra i sessi: implicazioni concettuali attraverso un percorso di diritto comparator**

#### **1. Differenziazioni irragionevoli e discriminazioni: un *irragionevole* appiattimento**

---

\* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza “S. Pugliatti”, Università degli studi di Messina. E-mail: sorrentig@unime.it.

\*\* Ci si riferisce all’eguaglianza giuridica non nel senso del generale riconoscimento dell’attributo della capacità giuridica, secondo la specifica classificazione di Bobbio, ma della delimitazione della trattazione al campo del diritto (con esclusione del campo filosofico, etc.): v. N. Bobbio, *Eguaglianza*, in *Enc. del Novecento*, II, Roma 1977 e in Id., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino 1995, 23 s.

In un fugace passaggio di uno scritto piuttosto datato<sup>1</sup> Gustavo Zagrebelsky osserva come nella manualistica giuridico-costituzionale italiana manchi, a differenza che in quella nordamericana<sup>2</sup>, un capitolo dedicato all'eguaglianza come principio materiale, suscettibile di concretizzarsi in diritti della persona, tanto che persino la prestigiosa Rivista *Giurisprudenza costituzionale* risulta priva, nell'indice tematico, di una voce specificamente dedicata. Viceversa, l'eguaglianza tende ad essere declinata prevalentemente come «generale criterio della legislazione»<sup>3</sup>, criterio che si traduce in un parametro di giudizio diffuso in occasione del controllo di legittimità costituzionale delle leggi, esibendo una portata ed una capacità di applicazione «trasversale» tendenzialmente senza limiti.

Eppure, il principio connota – ed in modo pregnante – precipuamente nella sua carica sostanziale il percorso del costituzionalismo contemporaneo, potendosi quest'ultimo identificare essenzialmente in quel «movimento storico teso a permeare la condizione umana di tanta libertà e di tanta eguaglianza quanta ne richiede la dignità umana»<sup>4</sup>. La *Déclaration des droits de l'homme e du citoyen* del 1789, nell'eguagliare tutti i consociati, indipendentemente e nonostante le diversità di posizione economica, culturale e sociale, corrisponde all'idea universalistica di una dotazione di diritti propria di ciascuno, affermata sulla base di premesse giuridico-naturalistiche. Proprio questi potenti argomenti valsero a prefigurare una società nuova, eversiva rispetto a quella esistente, dal momento che, spazzando via i privilegi dell'*Ancien Régime*, tutti i consociati venivano sottoposti alla *medesima* regolamentazione racchiusa nella legge, in cui si riconosceva simmetricamente a partire da questo momento l'*unica* espressione del principio di sovranità<sup>5</sup>.

Si istituiva così quel fondamentale rapporto tra diritti e legge, insito nella formulazione del principio, occorrendo che la fonte primaria trattasse gli individui allo stesso modo o, come è stato detto, risolvendosi il significato primario e basilare dell'eguaglianza giuridica nella pari

---

<sup>1</sup> V. G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in N. OCCHIOUPO (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Cedam, Padova 1984, 104.

<sup>2</sup> V., ad es., J.E. NOWAK, R.D. ROTUNDA, J.N. YOUNG, *Constitutional law*, St. Paul, Minn., 1986, 520 ss.; L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola (N.Y.), 1988, 1558 ss.; R.D. ROTUNDA, *Modern Constitutional Law. Cases and Notes*, Thomson/West, St. Paul (Minn.) 2007, 642 ss.; R.A. ROSSUM - G.A. TARR, *American Constitutional Law. The Bill of Rights and Subsequent Amendments*, Thomson Wadsworth, Belmont (Ca.) 2007, 479 ss. e 553.

<sup>3</sup> Per tutti L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Giuffrè, Milano 1965, 75 e 169 ss. Il concetto è poi sviluppato dall'A. alle pp. 169 ss., dopo avere contestato la tesi secondo cui il contenuto precettivo della norma si rivolga direttamente alla funzione amministrativa ed a quella giurisdizionale. Adde G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e rimessione della sanzione*, Giuffrè, Milano 1983, 220 ss.

<sup>4</sup> G. FERRARA, *Relazione di sintesi*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario di Perugia, 18 marzo 2005, Giappichelli, Torino 2006, 501. Per A. CERRI, il principio si pone «come condizione di un sistema democratico e come principio di civiltà»: *Eguaglianza*, in *Enc. giur.*, XXXVI (2005), 1, nonché Id., *L'eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2005; parimenti, per F. SORRENTINO, esso diviene «idealmente e storicamente il principio fondamentale della forma di Stato democratico»: *Eguaglianza. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2011, 5 e Id., *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2017.

<sup>5</sup> V. M. FIORAVANTI, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, in M. CARTABIA - T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano 2009, 45 ss., il quale osserva che «sovranità ed eguaglianza irrompono dunque insieme sulla scena costituzionale europea» (46).

soggezione di tutti alla volontà del popolo<sup>6</sup>. Se è vero infatti che l'eguaglianza di fronte alla legge si può scarnificare, fino ad intenderla come mero criterio formale dell'operato del legislatore, che impone alla fonte primaria di disporre per categorie generali, sta di fatto che, sin dalla Dichiarazione del 1789 e poi nella Dichiarazione universale del 1948, la sua proclamazione venne concepita come sanzione giuridica del valore dell'eguale godimento da parte dei consociati dei diritti fondamentali costituzionalmente sanciti<sup>7</sup>, sia pure da intendere in modo storicamente variabile.

Nella società composita e sfaccettata del Novecento, sarà definitivamente abbandonato l'ideale kantiano della legislazione assolutamente generale ed il principio di eguaglianza si realizzerà non più livellando gli esseri umani, conformemente all'aspirazione giusnaturalistica, quanto tenendo conto delle differenze e, nel farlo, operando ragionevolmente, per non scadere nell'arbitrarietà delle differenziazioni normative. Si avvertirà di conseguenza la necessità di predisporre un criterio atto a verificare che il precetto legislativo non sia sovra- o sotto-dimensionato (*über-* o *unter-maessig*) nel disporre trattamenti diversificati per categorie omogenee di destinatari. Siffatto criterio di ragionevolezza, ricalcato sulla nota massima aristotelica, si svilupperà in maniera tanto pervasiva da includere anche le differenze introdotte dal legislatore alla stregua del secondo comma dell'art. 3 Cost., che diviene né più né meno che una delle ragioni ammesse per sostenere un trattamento diversificato<sup>8</sup>. Nel preciso passaggio segnato da quest'evoluzione, si incardina il principale compito odierno del giudice costituzionale, posto dinanzi alla legislazione minuta dell'epoca contemporanea, volta alla cura di micro-interessi e piegata a servire talora, in una versione «degenerata», una «micro-eguaglianza», anziché adeguare il trattamento differenziato alle esigenze di fatto, per neutralizzare le ricadute negative delle disparità fattuali sull'effettivo godimento dei diritti fondamentali<sup>9</sup>.

Alla stessa sorte – di riduzione a criterio formale della legislazione – rimangono assoggettati persino gli specifici divieti di discriminazione in base ai noti sette parametri positivizzati

---

<sup>6</sup> F. SORRENTINO, *Eguaglianza. Lezioni*, cit., 4, che nel dir così ribadisce che il principio di eguaglianza è «costruito come eguaglianza nei diritti, onde la sua violazione finisce coll'interessare i diritti della cui titolarità e del cui godimento si tratta» (18).

Il fatto che il principio di eguaglianza si atteggiasse più come connotato della legge, valutabile ai fini della sua legittimità anziché come principio materiale, è stato letto come espressione della tendenza all'affermarsi del testo fondamentale più come norma organizzativa e funzionale dei pubblici poteri che come *Bill of Rights*. V. O. POLLICINO, *Di che cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza?*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, cit., 441, per il quale l'esaltazione della vocazione del principio come limite della potestà legislativa, nella dimensione orizzontale della forma di governo, piuttosto che come rivendicazione attinente ai diritti fondamentali della persona, nella dimensione verticale della forma di Stato, rimanda al duplice significato di Costituzione come *frame of government* e come *Declaration of rights* (nei termini illustrati da G. TARRELLO, *Storia e cultura giuridica*, t. 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, 607 ss.).

<sup>7</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., 23.

<sup>8</sup> V. G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., 91.

Tanto che, come nota A. PIZZORUSSO nella sua nitida ricostruzione di sintesi, «la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha finito quasi sempre per ricondurre a una stessa tecnica argomentativa, fondata sul controllo della ragionevolezza delle discriminazioni, tanto le questioni del primo tipo, quanto quelle del secondo»: A. PIZZORUSSO, *Eguaglianza (diritto)*, in R.M. DWORKIN - A. PIZZORUSSO, *Eguaglianza*, disponibile in [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (*Enc. Sc. Soc.*, 1993), par. 4.

<sup>9</sup> M. FIORAVANTI, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, cit., 64 e nt. 13 (dove si leggono le parole cit.).

nel primo comma dell'art. 3 della Carta del 1947, subito dopo l'enunciazione dell'eguaglianza formale<sup>10</sup>, che vengono riportati anch'essi in definitiva, in sede di controllo di validità delle leggi, a quel medesimo schema, sia pure attraverso un percorso che appare non poco tortuoso e carico di perplessità.

I divieti in questione – e con essi quello di discriminare in base al sesso, che ora ci riguarda – vengono solitamente presentati nella manualistica tradizionale quale “nucleo duro” del principio di eguaglianza dinanzi alla legge: una volta assodato che sono ammesse differenziazioni legislative, si è precisato per converso che sussistono fattori, coincidenti con caratteristiche inerenti alla persona umana e da questa immutabili, per i quali non è tollerabile alcuna differenziazione normativa<sup>11</sup>. L'interpretazione che fu inizialmente data dell'inciso in questione, come “risvolto negativo” del principio del *cuique suum* (contenente un divieto assoluto di trattamento differenziato), era obbligata, perché l'esplicita e specifica esposizione dei singoli parametri non risultasse priva di alcun significato, risolvendosi interamente nel canone del differenziare ragionevole<sup>12</sup>.

Essa tuttavia ben presto si rivelò del tutto inadatta a spiegare perché in certe condizioni fosse possibile, o risultasse addirittura doveroso, diversificare il trattamento alla luce del fattore considerato: per rispondere all'obiezione, si tese impercettibilmente e gradualmente a riportare anche la disciplina riguardante specificamente il sesso femminile nello schema argomentativo, tipico dell'eguaglianza formale, che consente di reputare legittimo un trattamento diversificato sol che sia sostenuto da una congrua giustificazione<sup>13</sup>. In altri termini, poiché fu presto evidente che la parificazione assoluta non garantisse l'eguaglianza – sia perché le disuguaglianze continuavano ad allineare sotto formulazioni normative apparentemente a carattere neutro ed universale, sia perché non dare rilievo ad alcune differenze equivaleva di per sé a una disparità di trattamento – anche il divieto di discriminare slittò concettualmente sul piano del dovere di

---

<sup>10</sup> Come si è osservato riguardo al fattore razziale, «gli specifici divieti di discriminazione operano esattamente come il generale divieto di distinzioni arbitrarie»: A. AMBROSI, *Le discriminazioni razziali ed etniche: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando, Roma 2011, 22.

<sup>11</sup> Così, per tutti, L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, cit., 247: «l'art. 3 I comma non esige solamente – quanto ai profili testualmente elencati – determinati presupposti giustificativi delle differenze, ma produce in materia eguaglianza assoluta», escludendo che i detti profili possano costituire idonea premessa di specifiche conseguenze giuridiche (c.vo testuale).

<sup>12</sup> Ed è stata perciò per un certo tempo accreditata dalla giurisprudenza costituzionale, che in un primo momento tende a considerare vietate tutte le leggi che assumano il sesso come fattore della differenziazione: v. Corte cost., sent. n. 53/1958, per cui «le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali criteri validi per l'adozione di una disciplina diversa».

<sup>13</sup> Sull'evoluzione v. G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., 91 ss. Nella terminologia di M. BARBERA, la concezione “valutativa” succede alla concezione “paritaria” (*Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 1991, 34 ss.).

Ne consegue nella giurisprudenza costituzionale la fase, ancora attuale, in cui, come per le disparità normative valutate genericamente alla stregua dell'art. 3, co. 1, Cost., si ammette la possibilità di trattamenti distinti, sia pure sottoposti ad uno scrutinio stretto.

trattare in modo eguale situazioni eguali e adeguatamente diverse situazioni diverse, cioè del dovere di differenziare, là dove occorra, purché ragionevolmente<sup>14</sup>.

Al termine di questo *iter* argomentativo, la portata normativa insita nel divieto costituzionale di discriminazione in base al sesso, ne usciva «stemperata». La sua *vis* innovativa più significativa entrava in un cono d'ombra, portando ad un «disconoscimento dei caratteri peculiari dei fenomeni discriminatori»<sup>15</sup>. Per di più, una volta interamente assorbiti nell'art. 3, co. 1, Cost., non era più possibile comprendere nemmeno perché i Costituenti avessero introdotto, accanto alla proclamazione del canone di eguaglianza, i singoli precetti di non discriminazione. Il mutamento interpretativo trascurava in altri termini che, omogeneizzando integralmente la portata normativa delle varie componenti del principio ed il corrispondente *standard* di giudizio in sede di vaglio della validità delle leggi, si privava l'esplicita enunciazione dei sette obblighi negativi di autonomo significato, incorrendo proprio nel vizio del ragionamento che sin dal principio si era tentato appositamente di evitare.

La positivizzazione nel testo costituzionale dei vari parametri trova la sua ragion d'essere nella constatazione storica della sussistenza di alcune condizioni di svantaggio: per non risalire troppo indietro nel tempo, si pensi alla condizione riservata alle donne<sup>16</sup> e al trattamento della razza nell'ideologia fascista, abiurata in seno all'Assemblea Costituente. Riconducendo senza residui la previsione degli espliciti divieti al principio di eguaglianza convertito in principio di ragionevolezza, si riduceva la possibilità di tematizzarli autonomamente, sviluppando un'indagine a sé stante circa il loro proprio e pregnante contenuto; anzi questo risultava in buona parte depauperato della *vis* precettiva più incisiva: una discriminazione *non* è equiparabile ad una mera differenziazione irragionevole<sup>17</sup>, in quanto priva di una giustificazione adeguata o sufficiente – bensì, come reso evidente dalla terminologia nordamericana – consiste in una *odiosa* differenziazione. I concetti di “diversificazione” e “discriminazione” «non si identificano affatto», posto che la discriminazione in base al sesso, al pari di quelle in base alla razza, etc., «nasce quando l'altro non è solo considerato diverso, ma, in quanto diverso, per il solo fatto

---

<sup>14</sup> Un percorso analogo è stato seguito dai divieti di discriminazione in base alla razza: v. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello “europeo” dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova 2008, 41 ss.

<sup>15</sup> M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., 126.

Il ragionamento è ripreso da O. POLLICINO, *Di che cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza?*, cit., 440 ss.

Discute, con riguardo agli stranieri, di una «riscoperta» della «valenza soggettiva» dell'eguaglianza, accanto alla sua natura di «principio relazionale» A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., 196.

<sup>16</sup> Che riecheggia nelle parole pronunciate il 1° ottobre 1945 nel corso del primo intervento di una donna a Montecitorio, Angela Guidi Cingolani, membro della Consulta Nazionale (poi eletta in Assemblea Costituente): «Il fascismo ha tentato di abbrutirci con la cosiddetta politica demografica considerandoci unicamente come fattrici di servi e di sgherri» (in [www.senato.it/documenti/repository/leggi\\_e\\_documenti/raccoltenormative](http://www.senato.it/documenti/repository/leggi_e_documenti/raccoltenormative)).

<sup>17</sup> Come nota P. ICHINO per il settore giuslavoristico, «la disparità di trattamento immotivata desta minore allarme sociale rispetto alla disparità di trattamento basata su motivi illeciti (cioè da differenze che si assume debbano essere ignorate)» (*Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano 2004, 150).

di essere diverso, è considerato anche inferiore e, per il fatto di essere inferiore, deve essere oggetto di dominio»<sup>18</sup>.

Ricondurre la considerazione delle discriminazioni a quella delle irragionevoli differenziazioni equivale a compiere in effetti una duplice forzatura. Da una parte si trascura la circostanza per cui l'esigenza di introdurre le prescrizioni relative ai sette fattori enumerati nasce come risposta ad atteggiamenti storici di segregazione e marginalizzazione perpetrati sulla scorta degli indici espressamente contemplati, che postulano un rafforzato impegno dell'ordinamento giuridico volto al fine di sradicarli. Dall'altra, si misconosce il contenuto dello stesso principio generale di eguaglianza, che intende sin dall'inizio parificare i consociati nei diritti, proprio perché tra loro «*differenti*» nelle identità personali e «*disuguali*» nelle condizioni materiali, e perciò richiede una particolare cura nell'evitare che la generalità e l'astrattezza della legge consentano a sottostanti sperequazioni materiali di allignare e proliferare<sup>19</sup>.

Se si ritenne necessario ribadire il lato materiale del principio ad opera delle Costituzioni novecentesche (in quella italiana, nell'art. 3, co. 2), ciò avvenne a causa dell'arretramento praticato rispetto alle potenzialità del principio dalla vulgata successiva allo strappo rivoluzionario. L'*establishment* borghese, una volta acquisiti nuovi traguardi di sicurezza interna ad esterna, tese a frenare la spinta a realizzare condizioni sempre crescenti di eguaglianza, ritenendo sufficiente un tasso di parificazione «compatibile con lo sviluppo storico della nazione e della società borghese»<sup>20</sup>. Nella torsione reazionaria operata all'indomani della Rivoluzione francese, si propugnò, come «aggiunta ideologica spuria e posteriore», una corrispondente delimitazione dei compiti dello Stato, espungendone gli interventi tesi al *Wohlfahrt*, sulla base della pretesa che l'eguaglianza riguardasse solo «i modi in cui lo Stato agisce, non le sue finalità»<sup>21</sup>. La visione dello Stato di diritto, «distorta» dall'ideologia liberale, «postula una rigida separazione dello Stato dalla società civile», dimidiando ora le finalità delle istituzioni pubbliche, investite solo del *munus* «di difendere l'*ordine sociale*, non certo di cambiarlo»<sup>22</sup>.

Toccò alla seconda stagione costituzionale del secondo dopoguerra rimettere in moto, dunque, il progressivo e ulteriore avanzamento del principio di eguaglianza<sup>23</sup>.

## 2. L'esperienza americana: gli «stereotipi segreganti»

---

<sup>18</sup> Il concetto, espresso da N. Bobbio è cit. da A. PACE, che ritiene che esso debba essere «pari pari ripetuto per le diversità di sesso» (*Eguaglianza e libertà*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Cedam, Padova 2002, 97).

<sup>19</sup> V. L. FERRAJOLI, *L'eguaglianza e le sue garanzie*, in M. CARTABIA - T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, cit., 25 s. (c.vi testuali).

<sup>20</sup> M. FIORAVANTI, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, cit., 60.

<sup>21</sup> R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO - V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna 2016, 40, il quale aggiunge il pungente interrogativo: «chi vorrebbe vivere in uno Stato che si preoccupasse solo di amministrare la giustizia e non anche del benessere dei cittadini?». La deformazione del concetto originario di Stato liberale è compiutamente descritta in ID., *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali IV (2011), 1149 ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Con conseguenze notevoli: v. *ibidem*, 62 ss.

Nell'ordinamento nordamericano, in cui l'eguaglianza compare sulla scena giuridica propriamente nella forma di lotta ai fenomeni discriminatori, la diversa capacità di affrontare le distinzioni di genere entro le coordinate concettuali dell'eguaglianza di fatto ha marcato una percepibile distanza tra gli esordi oltreoceano del diritto antidiscriminatorio e la corrispondente esperienza dell'Europa continentale (ivi compresa, anche se in misura minore, quella attraversata successivamente dall'Unione Europea).

Al contrario di quanto è avvenuto nella storia europea continentale, negli USA non si è assistito alla formulazione del divieto di discriminare come una "costola" di un generale principio di eguaglianza davanti alla legge, bensì, del tutto all'inverso, si è proceduto all'introduzione di un apposito emendamento costituzionale per fronteggiare la specifica tematica della discriminazione. Conseguentemente, la clausola del *cuique suum* è venuta assumendo connotati peculiari, legati direttamente e *ab origine* a tale tematica, venendone in definitiva interamente forgiata. L'esperienza statunitense, laddove pragmatismo e realismo concorrono ad attenuare la netta separazione metodologica tra scienze giuridiche e scienze sociali, presenta quindi notevole utilità ai fini dell'indagine sul significato dei divieti, senza che la distanza tra i due universi giuridici possa rappresentare una controindicazione sul piano metodologico al loro accostamento<sup>24</sup>.

Precisamente, la formula dell'*Equal Protection*<sup>25</sup> compare per affrontare la questione razziale e per porre fine alla condizione di segregazione cui erano costrette le persone di colore, pur dopo la fine della guerra civile e l'abolizione della schiavitù<sup>26</sup>; da questo terreno essa poi si comunicherà al campo delle discriminazioni in base al sesso. L'origine del divieto giuridico delle *invidious classifications* è connessa in quel contesto alla constatazione che alcune categorie di individui hanno subito uno svantaggio, di carattere storico o naturale (cioè del tutto

---

<sup>24</sup> Come osserva L. PALADIN, l'obiezione corretta, per cui gli sviluppi attinenti al XIV emendamento sono «intrasferibili» fuori dall'ambito che li ha prodotti, «a torto» si estende anche all'*Equal Protection Clause*: «(a)l contrario, nei limiti in cui le decisioni concernenti l'eguaglianza sono dissociabili da quelle concernenti la giustizia, esse non solo risultano positivamente esatte, ma sembrano anche tanto approfondite da essere almeno in parte valide per ogni ordinamento che rechi affermazioni di parità giuridica, e le assicuri giurisdizionalmente» (*Il principio costituzionale*, cit., 75).

Sulle questioni di metodo v. anche in generale G. MARANINI, *La costituzione degli Stati Uniti d'America*, in Id. (a cura di G. Capozzi), *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2003, 54 ss.

<sup>25</sup> Il principio di eguaglianza, com'è noto, non ha negli USA una formulazione analoga a quella dell'Europa continentale. Esso trae la sua base normativa dal XIV Emendamento alla Costituzione federale, che sancisce nel 1868 la *Equal Protection Clause* ("No State will deny at any person within its jurisdiction the equal protection of the laws") con lo scopo di imporre anche agli Stati la *Due Process of Law Clause* (V Emendamento) valida per il Governo federale, cui impedisce ogni interferenza arbitraria nella vita, la proprietà e la libertà degli individui.

Gli obiettivi prefissati tuttavia falliscono dopo la fine dell'occupazione militare degli Stati del Sud, nel 1877, quando i governi di tali Stati, tornati presto nelle mani delle élites bianche, privarono i neri dei nuovi diritti, *in primis* il voto. Né la Corte Suprema osteggiò questo ritorno al passato: le sentenze *Civil Rights Cases* (1883) negarono il potere d'intervento delle istituzioni federali negli affari interni degli Stati, foss'anche a tutela del diritto di voto o a giurie imparziali; mentre *United States v. Reese* (1876) e *Williams v. Mississippi* (1898) avallarono i *Black Codes* che, introducendo test di alfabetizzazione e tasse, come condizioni per esprimere il proprio suffragio, finirono con l'impedire agli afroamericani di votare. V. R.S. CONLEY, *Historical Dictionary of the U.S. Constitution*, Rowman & Littlefield (Maryland) 2016, 96 s.

<sup>26</sup> La schiavitù venne abolita dopo la guerra civile, introducendo nella Costituzione americana: a) il XIII emendamento che vieta la schiavitù (1865); b) il XIV emendamento che proclama l'*equal protection of law* (1868); c) il XV emendamento che vieta limitazioni al diritto di voto per ragioni di razza o di precedente condizione servile (1870).

indipendente dalla loro volontà o condotta), che si è tradotto in uno stigma o stereotipo o pregiudizio – inteso quale «giudizio prematuro»<sup>27</sup> – o ancora offesa morale, vale a dire in una *discriminazione*. Proprio quest'impronta concettuale iniziale, con il suo retroterra, influenzerà tra l'altro l'omologo filone del diritto internazionale, riversandosi nelle relative fonti pattizie<sup>28</sup>.

«A long history of prejudice» – esordisce Lawrence Tribe nel capitolo dedicato alle discriminazioni di genere – ha caratterizzato il trattamento riservato negli USA alle razze di colore ed agli immigrati ed è perdurato pur dopo le conquiste della guerra civile, non prestandosi ad essere smantellato agevolmente e unilateralmente. Il pregiudizio di per sé genera infatti l'idea che i soggetti interessati siano meno capaci, meno abili, in una parola meno degni di coloro che lo operano<sup>29</sup>. Nonostante l'affermazione riprenda quanto detto, nei capitoli precedenti del suo manuale, a proposito delle *invidious classifications* di ordine razziale, Tribe la utilizza per introdurre la trattazione della “questione femminile”, osservando come, accostandosi al tema delle discriminazioni *gender-based*, sia naturale sentire riecheggiare le asserzioni appena fatte<sup>30</sup>.

La giurisprudenza della Corte Suprema tende a far affiorare la “stigmatizzazione”, lo *stigmatic harm*, che viene considerato causa ed elemento costitutivo del trattamento discriminatorio e che perciò, perdurando nel sostrato culturale ben oltre il mutamento della disciplina normativa, occorre che venga rimosso o superato con appositi strumenti giuridici. Le misure adottate devono precisamente tendere a rafforzare la posizione di coloro che, per via della visione deformante, rischiano di continuare a subire una penalizzazione o un giuridico svantaggio. Nella logica propria della protezione statunitense contro le discriminazioni, è insito anche lo scopo di mirare a conseguire una forma di compensazione per il danno in passato inflitto alle categorie tutelate, se occorre pure spingendosi all'adozione di misure positive di correzione.

Due perciò i tratti caratteristici che connotano la tutela antidiscriminatoria nella sua matrice teorico-giuridica originaria: a) l'attenzione non soltanto alle condizioni materiali quanto pure agli aspetti immateriali o psicologici del trattamento discriminante, che condizionano o orientano in una certa direzione le potenzialità di sviluppo dei soggetti<sup>31</sup>; b) la considerazione

---

<sup>27</sup> Che induce a «credere di sapere senza sapere, a prevedere senza indizi sufficienti sicuri, a trarre conclusioni senza possedere le certezze necessarie, ma affermando e talora anche imponendole come certe», v. il voluminoso studio di P.-A. TAGUIEFF, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, La Découverte, Paris 1988.

<sup>28</sup> La tutela contro le discriminazioni disposta nell'ordinamento internazionale è volta ad eliminare le condizioni di svantaggio e a perseguire l'eguaglianza di fatto, obiettivi questi apertamente perseguiti dalla Convenzione OIL del 1958, n. 111: v. M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., 94 s.

<sup>29</sup> «The stereotyping has involved habitually treating individuals as less worthy or, in any event, less suited for certain roles, by virtue of rarely relevant traits»: H.L. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 1559.

<sup>30</sup> Risulta «immediatamente apparente to some that gender-based governmental discrimination shares this unjust-stereotyping flaw» (H.L. TRIBE, *op. et loc. ult. cit.*).

<sup>31</sup> Particolarmente significativo a questo proposito il processo che ha portato al superamento della dottrina del “*Separate but Equal*”, in un primo momento fatta propria dalla giurisprudenza della Corte Suprema e idonea a fornire un avallo al fenomeno della segregazione.

Secondo tale dottrina, adottata sin dalla celebre decisione *Plessy vs. Ferguson* del 1896, ciò che conterebbe sarebbe la parità del trattamento di cui le persone di colore godono sia pure nei luoghi separati dai bianchi

dei risvolti fattuali della disciplina atta a verificare se quest'ultima, nel suo impatto con la realtà, tenda a perpetuare il consueto *proper role* assegnato alle donne nella società esistente.

### 3. (Segue) Individualismo liberale vs. pluralismo egualitario

Accanto a quelli appena enunciati, sussiste un ulteriore tratto distintivo della protezione statunitense contro le discriminazioni. La tematica dell'eguaglianza, per il fatto di essersi sviluppata primariamente in relazione alla segregazione razziale, ingloba grandi virtualità di trasformazione sociale, assumendo la tipica valenza storica di principio "anti-casta".

È proprio questo aspetto che costituisce la causa prima della diffidenza culturale nutrita oltreoceano nei confronti del principio in causa che, letto in chiave politica, appare come un criterio di legittimazione di interventi di ingegneria sociale, di cui il legislatore si può avvalere per manipolare a suo piacimento l'assetto che altrimenti sarebbe stato assunto dalla comunità nelle sue dinamiche spontanee: esso costituisce perciò una potente leva nelle mani degli organi di indirizzo politico – che vogliano giovarsene – e finanche delle aule giudiziarie, per la sua capacità di interferire con l'assetto naturale della società, alterandolo e conformandolo artificialmente.

Una concreta ed estrema reazione all'avanzare progressista della legislazione antidiscriminatoria è ravvisabile nella posizione con cui la Corte Suprema vincola le scelte intraprese dal legislatore in nome della garanzia dell'eguaglianza alla giurisprudenza da essa stessa sviluppata<sup>32</sup>, limite che si spiega con la tendenza ad adottare un atteggiamento maggiormente conservatore – rispetto a quello assunto dagli organi di indirizzo politico – che si presume essere tipica degli stessi organi giurisdizionali<sup>33</sup>.

Precisamente, sotto accusa è la capacità, che la garanzia antidiscriminatoria vanta, di includere nella sua gittata prescrittiva anche l'adozione di azioni positive. L'atteggiamento di sospetto coglie come la tutela contro le discriminazioni, mirando ad elidere le barriere giuridiche e sociali che impediscono la pari fruizione dei diritti riconosciuti dalla legge<sup>34</sup>, assuma sin dai suoi esordi una portata precettiva potenzialmente estesa a comprendere sviluppi in una direzione che non si ferma al dato formale degli interventi normativi, ma mira ad assicurare una protezione sostanziale ed effettiva. Le tecniche di *reverse discrimination* a favore di gruppi

---

(scuole, luoghi di lavoro, mezzi di trasporto, etc.) in cui sono segregate: non v'è quindi discriminazione se il trattamento riservato alle persone di colore in tali luoghi non è complessivamente meno vantaggioso o di più basso livello.

La pietra miliare della svolta è rappresentata dal caso *Brown vs. Boarding of Education*, deciso dalla Corte Suprema americana nel 1954, che pose fine alla segregazione degli studenti di colore in apposite scuole, osservando come impartire un'educazione in istituti *ad hoc*, indipendentemente dal loro livello e dalla qualità dell'istruzione fornita, inficia le potenzialità di sviluppo del discente, in quanto lo *stigmatic harm*, insito nella separazione, pregiudica le capacità di apprendimento, denotando di per sé implicitamente uno stato di inferiorità.

<sup>32</sup> Secondo la Corte Suprema il Governo federale non può approvare leggi sulla base della *Equal Protection* se non per implementare consolidati orientamenti della giurisprudenza della stessa Corte: Rapp. USA, 2.

<sup>33</sup> V. C.R. SUNSTEIN, *A che cosa servono le Costituzioni: dissenso politico e democrazia deliberativa*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2009, 216 s.

<sup>34</sup> Per i luoghi di lavoro rimangono celebri le "*Jim Crowson Laws*".

o classi, considerati svantaggiati, cozza contro l'idea dell'individuo astratto come unico soggetto della società di stampo liberale, così come della cittadinanza come criterio esclusivo in grado di mettere in relazione diritti individuali e pubblici poteri.

Con la presa di coscienza dell'esistenza di una concreta divisione in classi della società, che altera sin dal principio la competizione, disallineando i blocchi di partenza, il principio pluralistico entra in conflitto con l'orizzonte teorico dell'astrattismo liberale. Il pensiero illuminista affida infatti la tutela dell'eguaglianza al dato formale della legge generale ed astratta, perché presume che la gara per il conseguimento delle diverse posizioni nella scala sociale sia per definizione libera e meritocratica. Particolarmente sviluppatosi nel campo giuridico all'ombra della koinè liberale, il principio di eguaglianza rimaneva fortemente contrassegnato dalle tendenze all'individualismo e all'astrattezza, familiari alla prospettiva ottocentesca. L'eguale attribuzione dei diritti e dei doveri previsti dalla legge era un risultato (oltre che dirompente per l'epoca storica in cui si affacciava, anche) più che sufficiente, entro la griglia di un apparato teorico che rinveniva nello *status civitatis* l'unico criterio di qualificazione dell'appartenenza alle comunità politiche. Solo con la diversa visione pluralistica, che fa emergere alla considerazione le classi e i gruppi in cui appare frammentata la società, si cominciano anche a delineare le capacità e gli strumenti per cogliere i condizionamenti e le logiche di dominio, che quelle componenti sono concretamente in grado di esercitare<sup>35</sup>.

La tematica dell'*equal protection*, non caratterizzata da una teorica fissità ma intrisa di storica mutevolezza, è così permanentemente attraversata da una tensione dialettica tra liberalismo e pluralismo. Questa tendenza conflittuale emerge chiaramente negli scritti con cui Ronald Dworkin commenta alcune misure legislative di vantaggio nei confronti della razza nera<sup>36</sup>. In particolare, l'introduzione di quote riservate agli studenti di colore ai fini dell'ammissione in prestigiose università, attaccata in quanto reputata responsabile di alterare la competizione sociale, nella visione liberale dell'uomo artefice del proprio destino, veniva dal maestro di *Jurisprudence* difesa in ragione delle condizioni penalizzanti e di esclusione che il dominio di una classe aveva prodotto nella società a scapito delle altre. Una volta fatte emergere simili condizioni, contro la logica astrattizzante liberale, esse apparivano in grado di giustificare l'attribuzione di un vantaggio a favore degli appartenenti alla classe emarginata nella prospettiva

---

<sup>35</sup> Simili tematiche sono state particolarmente sviluppate per le società multietniche dalla letteratura sociologica. Ogni società è un sistema differenziato, inteso come un complesso di posizioni diverse che sono l'esito dei processi di distribuzione delle risorse o delle opportunità. All'interno di esso ogni individuo occupa una specifica posizione che gli garantisce un differente grado di accesso alla ricchezza, al prestigio, al potere. I fattori esplicativi della differenziazione sociale sono solitamente distinti in fattori ascritti e fattori acquisiti: i primi rimandano alle differenze ereditate per nascita, quali i vantaggi o svantaggi conseguenti al nascere di genere femminile o maschile e di una determinata etnia o classe sociale; i secondi attengono alle scelte dell'individuo circa l'istruzione o professione e alle capacità e meriti. Mentre i primi si ritenevano destinati a perdere di rilevanza, prevalendo alla fine i meccanismi di distribuzione basati sui meriti, oggi si riconosce che le differenze ascritte giocano un ruolo rilevante in termini di opportunità offerte al soggetto per la sua affermazione sociale: v. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 4 s.

<sup>36</sup> Si trattava della riserva di posti per l'ammissione di studenti disposta da una prestigiosa Università americana, nella consapevolezza che in mancanza sarebbe stata sempre preferita l'iscrizione di studenti di razza bianca: è il notissimo caso *Regents of the University of California v. Bakke*, deciso dalla Corte Suprema nel 1978.

di una maggiore integrazione sociale e di un autentico pluralismo<sup>37</sup>. Il teorico generale del diritto contrappone alla contestazione dal tenore tradizionale la visione di una società più spiccatamente armonizzata, dove la coesione e l'equilibrio tra le componenti esistenti appare come un legittimo, anzi doveroso, obiettivo delle politiche di governo, non meno del criterio meritocratico<sup>38</sup>. Con l'obiezione di violare la concezione universalistica dei diritti, che venne subito mossa al nuovo strumento, furono prontamente messi a fuoco nella discussione statunitense i contorni della tensione conflittuale sottesa. Per Dworkin tra le politiche pubbliche meritevoli di essere sostenute non si annovera solo quella che promuove il merito dei singoli individui – basata sull'idea di fondo per cui solo il merito è idoneo a determinare una distribuzione giusta – ma anche quella che mira all'integrazione sociale e realizza una comunità non segregata o segregante<sup>39</sup>: il perseguimento di finalità di giustizia sociale fa da contraltare alla concezione della giustizia quale distribuzione formalmente pari dei diritti individuali.

Dunque, sin dalla loro nascita, le *affirmative actions* promettono di cozzare contro la matrice liberale dei diritti, che va di pari passo con un'idea di giustizia sociale rimessa al semplice operare del criterio competitivo<sup>40</sup>. Esse vengono ammesse da chi si spende per promuovere l'ideale di una convivenza giusta perché inclusiva, aspirante alla massima integrazione, ponendo il criterio della costruzione di un autentico pluralismo come confacente *public interest*.

Il campo di battaglia assiologico delle azioni positive era così segnato: l'ideale universalistico ed individualistico dell'eguaglianza ottocentesca, da una parte, una nozione di società giusta ed egualitaria che facesse spazio e promuovesse le sue differenti componenti reali (così entrando già nella dimensione problematica tipica dell'eguaglianza sostanziale), dall'altra.

Come si vedrà meglio in seguito, è nella tensione tra questi due poli, nella difficile modulazione delle due tecniche per la risoluzione delle concrete questioni di eguaglianza e nel dosaggio degli spazi da dare ora alla "cecità" alle differenze ora alla loro adeguata considerazione, che si annidano i rischi che il potente *logos* dell'eguaglianza attinga esiti di stampo conservatore, di mera perpetuazione dello *status quo*.

#### 4. La giurisprudenza della Corte Suprema sulle *gender discriminations*

Dal primo banco di prova della discriminazione razziale il diritto antidiscriminatorio si comunica in seguito al campo delle differenziazioni in base al sesso: anche le importanti conquiste sul terreno della razza erano state, infatti, fino a questo momento, acquisizioni esclusive degli *uomini* di colore<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> V. in proposito B. BECCALLI (a cura di), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Pref. di G. Amato, Feltrinelli, Milano 1999, 18 ss.

<sup>38</sup> R. DWORKIN, *Why Bakke has No Case*, in *New York Review of Books*, 10 nov. 1977, 14 ss.

<sup>39</sup> V. R. DWORKIN, *Discriminazioni alla rovescia*, in *I diritti presi sul serio* (1977), ed. it. a cura di N. Muffato, Il Mulino, Bologna 2010, 323 ss.

<sup>40</sup> Sull'obiezione dell'«egualitarismo liberale» alle *preferential measures* v. B. BECCALLI, *op. ult. cit.*, 18 ss.

<sup>41</sup> Si pensi all'acquisizione fondamentale rappresentata dal caso *Strauder v. West Virginia* del 1879, in cui la Corte Suprema riconobbe, sulla base del XIV Emendamento, l'incostituzionalità della esclusione degli uomini di colore dalle giurie ed al fatto che, al contrario, la stessa esclusione perdurò nei confronti delle donne ancora per

La contigua branca mutua da quella primigenia il collegamento concettuale tra discriminazione e “segregazione”, nozione riferita adesso ai comparti della vita della comunità in cui si suole confinare la posizione della donna (collegamento che si trasferirà anche al diritto dell’UE). In virtù dell’assunzione di stereotipi corrispondenti al ruolo appropriato assegnato alla donna, la legislazione tende a indirizzare l’attività di quest’ultima verso certi comparti della vita della comunità – essenzialmente quello privato familiare e del lavoro di cura domestica – riservando quello del lavoro produttivo e della vita sociale all’uomo.

Anche nel sindacato sulla *gender discrimination* si ritrova, pertanto, il profilo di ingegneria sociale tipico del diritto antidiscriminatorio americano, nella misura in cui esso tende a scardinare i comparti predefiniti per i generi<sup>42</sup>. Conseguentemente, nella giurisprudenza della Corte Suprema americana nella fase di maggiore attivismo, magistralmente illustrata da H.L. Tribe, l’eliminazione della divisione si configura quale una *two ways street*, mirando a consentire tanto alle donne l’accesso alle sfere loro tradizionalmente precluse, quanto agli uomini il coinvolgimento negli affari domestici e nelle attività di cura.

## 5. (Segue) Analisi casistica di un decennio: il prototipo dell’*intermediate scrutiny*

Dal punto di vista tecnico, lo *heightened o tiered scrutiny*, adottato dalla Corte Suprema quando sono in gioco *classifications* “quasi” sospette, come quelle riguardanti il sesso (in cui, a differenza della razza, qualche differenziazione doveva essere messa in conto), comporta

---

molto tempo: se il voto fu riconosciuto agli uomini di colore nel 1870 e alle donne solo nel 1920, per l’ammissione di componenti femminili all’interno della giuria popolare si dovette attendere molto più a lungo (il requisito del sesso maschile per la loro formazione è affermato ancora a chiare lettere nel 1931, caso *Commonwealth v. Welosky*).

Nel caso *Strauder* la Corte Suprema aveva, infatti, ribadito espressamente che il richiamato emendamento vietava tutte le distinzioni basate sulla razza, ma non poteva essere riferito a distinzioni basate su altri aspetti, come appunto il sesso: a differenza di quelle basate sulla razza, considerate odiose e pertanto *inherently suspect*, le discriminazioni fondate sul genere erano giudicate *benigne*, in quanto orientate alla protezione della donna, in virtù della sua peculiare funzione di mogli e di madri. Similmente, il caso *Muller v. Oregon* del 1908 (208 U.S. 412), in cui la Corte Suprema affermò che la salute delle madri costituiva un interesse pubblico, che poteva giustificare limitazioni poste dalle leggi al lavoro femminile. V. E. PALICI DI SUNI, *Discriminazioni di sesso e discriminazioni di razza: il caso statunitense*, in *www.cirsde.unito.it*, 2004, 1 ss.

L’orientamento venne ribaltato dalla Corte Suprema della California, con il caso *Sailer’Inn, Inc. v. Kirby* del 1971, dove, per la prima volta, si affermò che quella in base al sesso è una classificazione *inherently suspect*, al pari della razza, e che in quanto tale va verificata con lo standard dello *strict scrutiny* e non solo della *reasonable classification*. Secondo i giudici, il sesso è anch’esso «an immutable trait, a status into which the class members are locked by the accident of birth. What differentiates sex from non suspect statuses, such as intelligence or physical disability, and aligns it with the recognized suspect classifications is that the characteristic frequently bears no relation to ability to perform or contribute to society. Another characteristic which underlies all suspect classifications is the stigma of inferiority and second class citizenship associated with them».

La decisione ricevette, infine, un’importante conferma nel caso *Frontiero v. Richardson*, deciso dalla Corte Suprema federale nel 1973.

<sup>42</sup> Che sottesa alla tematica dell’eguaglianza di genere vi sia anche la realizzazione della struttura pienamente pluralistica della società è notato da A. SIMONATI, per la quale «è riduttivo ritenere che il cosiddetto *empowerment* femminile rappresenti un interesse esclusivo delle donne. In realtà, rispecchia un’aspirazione (necessariamente comune) all’efficienza complessiva del sistema» (*La parità di genere in Italia*, cit., 369 e alla nt. 26 ragguagli bibliografici sulla letteratura che collega alla presenza femminile nel settore pubblico l’«abbattimento del grado di corruzione e *maladministration*»).

un'inversione dell'onere della prova, poiché la legge è reputata *di per sé* incostituzionale, a meno che non si dimostri che essa risponde ad un *compelling interest* del Governo (dando vita così all'*intermediate scrutiny*, che si affianca allo *strict scrutiny*, impiegato per l'ipotesi della razza)<sup>43</sup>. In ciò lo scrutinio si differenzia dal *rational basis test*, la forma più blanda di sindacato in base al quale, al contrario, perché la legge sia dichiarata *void*, è necessario *fornire* la dimostrazione che essa sia priva di qualsiasi base giustificativa razionale<sup>44</sup>.

Tale tipo di giudizio si è affermato per gradi<sup>45</sup>. Nel 1908<sup>46</sup> la Corte Suprema aveva giustificato, ad es., la limitazione dell'orario lavorativo della donna riferendosi al palese bisogno biologico e sociale di limitare la sua partecipazione alla "forza lavoro", collocandola in «a class by herself» e sostenendo la legislazione protettiva. Proseguendo nel suo ruolo di «benevolent protector», aveva poi avallato una legge statale che proibiva il rilascio della licenza di barista ad un'esponente del sesso femminile, a meno che non fosse moglie o figlia del proprietario del bar in cui avrebbe dovuto lavorare<sup>47</sup>. Per diversi decenni ancora, i giudici costituzionali americani continuarono a sostenere «sexually discriminatory laws», legate a finalità di indirizzo politico che riflettevano la visione tradizionale delle relazioni appropriate tra uomini e donne.

Solo nella decisione *Reed v. Reed* del del 1971, la Corte Suprema inizia a discostarsi dalla sua posizione di «deference to political judgements respecting the role of women», annullando una legge dell'Idaho che imponeva che, tra persone egualmente titolate ad amministrare il patrimonio di un defunto, gli uomini venissero preferiti alle donne, qualificandola come «arbitrary legislative choice»: il cambiamento riflette l'adozione di un atteggiamento di «special suspicion» nei confronti del «sex as a classifying factor». In *Frontiero v. Richardson* del 1973, la suprema istanza giurisdizionale esplicita il sospetto, annullando, sulla base della *Due Process Clause* contenuta nel V emendamento, una legge che ai fini del riconoscimento dei benefici militari presume le mogli dipendenti dal marito (e non invece i mariti dipendenti dalle mogli che siano componenti dei servizi armati, quando invece di fatto essi lo erano per più di metà del loro sostentamento): sotto la forma di un «romantic paternalism», lo schema ha l'effetto di «mettere le donne non su un piedistallo ma in una gabbia»<sup>48</sup>. Allo stesso modo invalida la legge che riconosce alle vedove (e non ai vedovi) i benefici dati al coniuge superstite con prole, in quanto presume che gli sforzi compiuti dalle lavoratrici per pagare le tasse per la sicurezza sociale siano meno «protettivi» per la famiglia degli sforzi compiuti dai lavoratori (e

---

<sup>43</sup> In *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, del 1990, la Corte Suprema ha acconsentito tuttavia, in uno specifico ambito, l'impiego dell'*intermediate scrutiny* per questioni razziali.

<sup>44</sup> Nella definizione di R.A. ROSSUM e G.A. TARR, «the tiers represent the levels of scrutiny that the Court will give to the classification under review. The relatively lenient standard imposed on the lower tier usually is called the *rational basis test*. The upper tier imposes a much more stringent standard, referred to as the *compelling-state interest test* or the *strict scrutiny* standard» (*American Constitutional Law*, cit., 555, c.vo non testuale).

<sup>45</sup> Le pagine che seguono contengono la sintesi della ricostruzione giurisprudenziale compiuta da L.H. TRIBE, *op. cit.*, 1558 ss. (traduz. propria).

<sup>46</sup> Ancora richiamando «the paramount mission to fulfill the noble and benign offices of wife and mother», per la donna, e quella di suo «defendant and protector», per l'uomo, descritte in *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S., 130, 141 (1872).

<sup>47</sup> *Ibidem*, 1560 s., con riferimento al caso *Goesaert v. Cleary*, 1948.

<sup>48</sup> *Ibidem*, 1562.

pone una differenziazione interamente irrazionale in relazione allo scopo di consentire al genitore di restare a casa per prendersi cura dei bambini<sup>49</sup>. In tal modo, la legislazione agiva per rinforzare «sex-based stereotypes» e, in generale, inibiva l'esercizio, tanto da parte di uomini quanto delle donne, della «libertà di scelta dei ruoli sociali»<sup>50</sup>.

Similmente, di lì a poco è giudicata irrazionale la legge statale che prevede il mantenimento parentale obbligatorio fino a 21 anni per i maschi e a 18 per le femmine, in quanto «no longer is the female destined solely for the home and the rearing of the family, and only the male for the marketplace and the world of ideas»<sup>51</sup>. Nella decisione con cui si dichiara l'illegittimità della legge che proibisce la vendita di birra oltre un certo tasso alcolico ai maschi sotto i 21 anni e alle femmine sotto i 18 (presumendo che le ragazze siano cavallerescamente ricondotte a casa dai loro giovani accompagnatori), si riconosce che gli stereotipi tipicamente sociali, che trovano riflesso nelle leggi che differenziano in base all'età, hanno un effetto distorsivo sull'accuratezza delle statistiche comparative.

L'illegittimità delle assunzioni legislative sui ruoli tradizionali dei sessi incide tanto sui diritti delle donne quanto su quelli degli uomini. Risulta così incostituzionale, nella sentenza *Orr v. Orr* del 1979, per violazione della «equal protection component of fifth amendment due process clause», la legge dell'Alabama che, presumendo che le donne non forniscano alcun contributo a «portare a casa il pane» e contemporaneamente limitando i ruoli familiari disponibili per gli uomini, impongono il pagamento degli alimenti solo agli uomini nei confronti delle precedenti mogli e non alle donne nei confronti dei precedenti mariti: come affermato da *Justice Brennan*, uno Stato non ha l'autorità di preferire «una distribuzione delle responsabilità della famiglia nella quale la donna giochi un ruolo dipendente»<sup>52</sup>. Per converso, nella sua *opinion* alla Corte ai fini della decisione *Caban v. Mohammed* dello stesso anno, *Justice Powell* critica l'assunzione che i padri siano «invariabilmente meno qualificati e titolati delle madri ad esercitare una saggia valutazione per quanto concerne il destino dei loro figli»<sup>53</sup>.

Tutte le leggi invalidate nelle decisioni richiamate, a partire dal caso *Reed* fino all'ultima, condividono un'importante caratteristica in termini di impatto sui costumi: ciascuna di esse concorre a prevenire, o a scoraggiare economicamente, allontanamenti dai «tradizionali» ruoli dei due sessi, congelando la biologia dentro un destino sociale («freezing biology into a social destiny»)<sup>54</sup>. L'argomento quasi costantemente impiegato dal Governo a loro difesa, per cui le differenziazioni sono compiute attraverso l'accurata e dunque «razionale» assunzione circa le tradizionali inclinazioni e capacità maschili e femminili, è stato giudicato nella sua assenza come una «profezia autoavverantesi»<sup>55</sup>.

---

<sup>49</sup> *Weinberger v. Wiesenfeld*, 1975.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 1563, secondo cui la Corte reputa illegittimo che il governo assuma i ruoli sociali come funzione del genere.

<sup>51</sup> *Stanton v. Stanton*, 1976.

<sup>52</sup> Le parole del Giudice Brennan sono riportate da L.H. TRIBE, *op. cit.*, 1564.

<sup>53</sup> L.H. TRIBE, *op. cit.*, 1565.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> V. *Justice Stevens*, nella sua *dissenting opinion* a *Mathews v. Lucas* del 1976, in cui si legge anche: «(l')abitudine, piuttosto che l'analisi, fa sembrare accettabile e naturale distinguere tra maschi e femmine (...); per troppo tempo nella nostra storia c'è stata la stessa inerzia nel distinguere tra bianchi e neri. Ma questa sorta di

Talvolta, le leggi discriminatorie vengono salvate dalla Corte Suprema in quanto adottate per scopi “benigni” o “protettivi”, al fine di compensare le donne collettivamente intese dalle difficoltà economiche che esse ancora incontrano nel cercare di mantenere se stesse e le proprie famiglie. Per esempio, in *Califano v. Webster* del 1977, si è ammessa una formula privilegiata di sicurezza sociale, che assicurava pagamenti più alti alle donne percettrici di salario che andavano in pensione, allo scopo di rimediare alle discriminazioni salariali subite<sup>56</sup>. In molti casi riguardanti le “discriminazioni benigne”, la rivendicazione viene avanzata da uomini che chiedono eguale trattamento rispetto alle donne, tanto con riguardo all’accesso ai tradizionali ruoli familiari delle donne quanto con riguardo al supporto finanziario dal proprio coniuge, etc.: gli attori, lungi dal volerlo demolire, ambiscono all’estensione del trattamento preferenziale nei propri confronti. Questa caratteristica marca una differenza rispetto alle leggi che introducono *reverse discriminations* a favore dei neri, laddove i bianchi non chiedono un’estensione delle stesse misure a proprio favore, bensì la loro cessazione, in quanto introducono una barriera nei confronti dei risultati cui essi stessi aspirano.

Le discriminazioni che comportano un maggiore onere o una penalizzazione per gli uomini vengono assoggettate, pertanto, allo stesso tipo di scrutinio riservato a quelle che riguardano le donne. L’obiezione secondo cui gli uomini non hanno sofferto una storia di discriminazione e svantaggio, per cui non necessitano della speciale sollecitudine delle Corti, non è considerata risolutiva, poiché le istituzioni promuovono ancora – con largo sostegno popolare – distinti e limitanti («distinctive and restrictive») ruoli di genere<sup>57</sup>. In definitiva la giurisprudenza della Corte Suprema sulle discriminazioni in base al sesso si rivela una «two-ways street», in cui le donne chiedono di essere trattate come gli uomini, tipicamente nel regno commerciale e gli uomini chiedono di essere trattati come le donne, prima di tutto nella sfera della vita familiare: smantellare un regime di ruoli di genere legislativamente rinforzati («legislatively-reinforced gender roles») offre la prospettiva di un flusso bidirezionale di libertà, opportunità e potere accresciuti per entrambi i sessi<sup>58</sup>.

La prospettiva “two ways” ovvia alla circostanza per cui quasi tutte le discriminazioni ridondano a detrimento delle donne, dato che le differenze di trattamento predicate sulla base del genere, di fatto offendono le donne sostenendo di favorirle («injure women while purporting to favor them»). In *Mississippi University for Women v. Hogan*, si affronta la richiesta di un aspirante studente di infermieristica che contestava la politica di ammissione di sole studentesse donne. La giustificazione fornita dallo Stato del Mississippi per il rifiuto di ammettere gli uomini ai corsi di studi, allegando l’esigenza di offrire un rifugio in grado di rimediare al dominio prettamente maschile nel mondo dell’alta istruzione, non viene ritenuta sufficientemente persuasiva dalla Corte, per la quale la discriminazione supposta come benigna di fatto, nella so-

---

reazione stereotipata può non avere alcuna relazione razionale – diversa dalla pura discriminazione pregiudiziale – con l’asserito scopo per il quale la differenziazione viene fatta» (da *ibidem*).

<sup>56</sup> V. L.H. TRIBE, *op. cit.*, 1567.

<sup>57</sup> *Ibidem*, 1569.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 1569 s.

cietà esistente governata dai ruoli («role-ridden»), offendeva le donne, «perpetuando la visione stereotipata della cura come un lavoro esclusivamente femminile e conseguentemente comprimendo i salari delle infermiere»<sup>59</sup>.

Se i casi di leggi che apertamente relegano le donne in posizioni subordinate in seno alla società sono di più agevole risoluzione, meno ovvi risultano i casi riguardanti leggi basate su differenze statistiche sufficientemente precise. Per quanto dalla sentenza *Frontiero* non sia più possibile usare differenze che sono facilmente attribuibili a convenzioni sociali percepibili dai giudici come arbitrarie e datate – e perciò come mere sovrastrutture culturali che sostengono solo correlazioni statistiche contingenti – alcune differenziazioni sono così radicate nella intera percezione sociale della donna da riflettersi in ciò che i giudici stessi percepiscono come un'autentica differenza di genere. Così nella sentenza *Parham* del 1979 è fatta salva la legge che permette solo alle madri di figlio illegittimo di intentare una causa per morte ingiusta («wrongful death»). Per la Corte padri e madri non si trovano nella stessa situazione, poiché solo i padri e non le madri hanno il potere di rendere legittimo lo *status* del figlio attraverso un atto volontario unilaterale, cosicché si definiscono illegittimi quelli e solo quelli che il padre ha rifiutato di riconoscere, assumendo che soltanto gli uomini debbano proteggersi dalla riprovazione sociale che accompagna la generazione di un figlio illegittimo. I giudici non si avvedono che in questo modo essi poggiano su una discriminazione contro le donne, un'altra contro gli uomini.

Nel caso *Rostker* del 1981 si avalla la legge del Congresso che richiede solo agli uomini di registrarsi per la leva, dal momento che la politica governativa escludeva comunque (a quel tempo) le donne dal servizio militare. Il giudice Marshall nel suo *dissent* oppone che l'argomento prova troppo: anche gli uomini inabili alla leva e gli obiettori sono tenuti ad iscriversi senza nessuna conseguenza pratica (per cui la *gender-based classification* non appare conducente all'allegato stringente interesse pubblico). Nella sua opinione contraria, la disciplina non *gender-neutral* reca il rischio di rinforzare stereotipi di un ruolo inferiore delle donne, negando loro eguale *status* di cittadine con pari doveri civici rispetto ai membri maschi della comunità.

Significativo è l'esempio delle norme che costringono le donne a contrabbandare la libertà con la protezione dagli uomini («to trade liberty for protection»). È il caso della legge dell'Alabama che esclude le donne dall'impiego come guardie penitenziarie in carceri maschili di massima sicurezza: deve infatti reputarsi perverso giustificare una discriminazione contro le donne sulla base della loro vulnerabilità allo stupro, dato che la violenza sessuale è tanto strumento quanto sintomo del soggiogamento maschile delle donne. Così facendo lo Stato dell'Alabama preferisce negare lavoro alle donne che controllare la violenza della sua popolazione carceraria, e la Corte, accettando tale scelta, perpetua «an inferior role for women both symbolically than pragmatically»<sup>60</sup>.

Nell'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema si avverte acutamente la difficoltà di percepire come illegittima una discriminazione di genere quando il trattamento è predicato

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, 1571.

<sup>60</sup> *Ibidem*, 1575.

sulla base di differenze non statistiche o convenzionali ma reputate reali e genuine, quindi autentiche: è il caso tipico della gravidanza e della maternità. Nonostante ciò, la Corte decide di invalidare politiche scolastiche prescriventi un permesso di maternità obbligatorio, tale da escludere dai corsi le insegnanti in gravidanza anche se abili e disponibili al lavoro, con la motivazione presuntiva che simili politiche incidano sulla decisione fondamentale di tenere un figlio. In altri termini, l'assunto per cui le donne divengano incapaci al lavoro in gravidanza non può essere sviluppato fino a costringere tutte le insegnanti a prendere un permesso per assentarsi<sup>61</sup>.

Nel sindacato sui sistemi assicurativi che, pur coprendo problemi di salute esclusivamente maschili, escludevano il caso della gravidanza e del parto, la Corte nel concedere il suo avallo impiega una motivazione «artificiale e farsesca», basata sull'argomento per cui il programma assicurativo della California è circoscritto alle persone non gravide, che possono essere tanto uomini quanto donne<sup>62</sup>. Emerge come il pregiudizio caratteristico della discriminazione di genere non risieda nella mancanza di un trattamento di tipo *gender-blind*, quanto piuttosto nell'essere privati di libertà ed opportunità in quanto donne, tramutando l'autentica differenza biologica delle donne in un loro svantaggio sociale<sup>63</sup>.

## 6. Le due direttrici della *judicial review* statunitense e il sindacato *by effects*

La giurisprudenza americana sull'*EPC* costituisce un prezioso laboratorio di analisi per evidenziare quale griglia di argomentazioni e quali tecniche di giudizio siano state approntate per contrastare le discriminazioni. In particolare, essa consente di rilevare come per la piena attuazione del principio di eguaglianza si sia posto in essere un sindacato che non si accontenti del riscontro di una base razionale della legge, ma che contesti tale base sottoponendola a una serie serrata di prove di resistenza, necessaria ad appurare che tale base non rifletta uno stereotipo, pregiudizio, visione deformante, mera "incrostazione" culturale, non suscettibile di vantare alcun pregio scientifico. Uno scrutinio che assume cadenze argomentative molto distanti dal *rational basis test* cui sono assoggettate tutte le differenziazioni normative, per avvicinarsi molto invece allo *strict scrutiny*, da cui si discosta soltanto perché non tutte le *gender classifications* meritano di essere affrontate attraverso una presunzione d'incostituzionalità, per la necessità di fare salve quelle differenze di trattamento che rispondono ad autentiche diversità di situazioni.

Le esemplificazioni giurisprudenziali richiamate consentono di rilevare agevolmente come in tema di *gender discriminations* siano chiaramente distinguibili entrambi gli aspetti che connotano la tutela antidiscriminatoria. Da una parte, la Corte Suprema non si limita a verificare la ragionevole corrispondenza della legge ad una differenza, ma soppesa accuratamente gli stessi aspetti differenziali, attingendo a criteri extranormativi, per appurare se diversificare

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, 1577 e 1580, riguardo al caso *Cleveland Bd. Of Education v. LaFleur* del 1974.

<sup>62</sup> Caso *Geduldig v. Aiello*, 1974. Le parole cit. si leggono in L.H. TRIBE, *op. cit.*, 1578.

<sup>63</sup> *Ibidem*, 1584.

corrispondentemente il trattamento non equivalga a perpetuare effetti negativi quanto al mantenimento dello stereotipo che si tende a scardinare. Dall'altra e contestualmente, la *judicial review* in materia antidiscriminatoria mira a sottrarre gli individui dai comparti predeterminati in cui si confinano i due sessi, in virtù di idee precostituite sui ruoli appropriati di ciascuno di essi. Questi caratteri modellano un prototipo di controllo particolarmente efficace nel far emergere aspetti discriminatori delle leggi, facendo affiorare quel "giudizio prematuro" che condiziona le stesse valutazioni normative, inficiandole nella loro idoneità ad assicurare un'effettiva eguaglianza.

Un prototipo che, calato nel contesto più familiare dell'*humus* giuridico-culturale europeo, sarebbe in grado di soddisfare pienamente la funzione autenticamente universalistica dell'eguaglianza, superando quelle incrostazioni storicamente più pervicaci di pregiudizio e di discriminazione, che ne indeboliscono l'effettività. Nel nostro contesto, esso si dimostra fortemente aderente alle potenzialità insite nell'originaria teoria del *Rechtstaat* ed alla funzione polemica che questa intendeva assolvere – attraverso l'eguale soggezione di tutti i consociati al diritto – verso gli assetti sociali consolidati. Quel prototipo restituisce allo Stato di diritto il senso proprio di una «parola di lotta»<sup>64</sup>, corrispondente alla concezione dell'essere umano come "artefice del proprio destino", secondo i propri talenti, propensioni e capacità.

Si evidenzia la necessità di travalicare l'approccio giuridico-formale, al fine di far emergere le visioni deformate<sup>65</sup> sottostanti alle valutazioni legislative sulle quali viene fatta poggiare una differenza di trattamento. La difficoltà di far affiorare tali distorsioni appare con chiarezza sol che si pensi che persino la scienza che più di tutte avrebbe dovuto disvelare i condizionamenti celati nella struttura sociale ha mancato di affrontare la questione femminile. Come è stato notato, la stessa branca sociologica infatti si caratterizza per l'«assenza pressoché totale»<sup>66</sup>, e prolungata nel tempo, dal campo di ricerca che indaga la condizione delle donne. Secondo la più verosimile spiegazione che è stata data del fenomeno, l'occultamento della condizione femminile è una circostanza da imputare al profondo radicamento dell'«invisibilità socio-culturale della donna» nelle strutture latenti della società, in misura tale che nemmeno la scienza sociale per eccellenza è stata in grado di gettarvi luce per farla affiorare alla comune percezione<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Nella definizione di M. RUINI, *La distinzione tra società e Stato e la teoria dello Stato di diritto*, Roma s.d. (1905?), 10 e 45.

<sup>65</sup> Che per il ruolo femminile la questione cruciale sia stata l'affrancamento degli «stereotipi tradizionalmente accolti, che lo vedevano relegato in una condizione subalterna arida di occasioni di sviluppo personale extradomestico» è un aspetto colto da A. SIMONATI, *La parità di genere*, cit., 365.

<sup>66</sup> Così si esprime, a proposito del lungo silenzio della sociologia sulla condizione della donna, L. GALLINO, *Dizionario di sociologia*, Utet, Torino 2014, 255.

<sup>67</sup> T. TOFFANIN, *Donne al lavoro in Italia tra parità formale e disparità sostanziale*, in P. BASSO - G. CHIARETTI, *Le grandi questioni sociali del nostro tempo. A partire da Luciano Gallino*, Cà Foscari, Venezia 2018, 123. L'A. riporta in proposito un passo di L. GALLINO (*op. et loc. cit.*), che risponde al quesito: «Come si può spiegare l'assenza pressoché totale della sociologia – in tutti i suoi indirizzi, compreso quello marxista – da questo campo di ricerca, durata oltre un secolo? [...] Che tale tematica non abbia avuto alcuna presa sul pensiero sociologico dell'Ottocento e del Novecento è fenomeno da imputare presumibilmente al fatto che l'invisibilità socio-culturale della donna era già talmente radicata nei secoli scorsi, che perfino la scienza la quale si è assunta il compito storico di portare alla superficie le strutture latenti della società è apparsa a sua volta incapace di rimuovere il velo dell'apparenza».

Una forma di controllo di legittimità delle leggi capace di attingere alla dimensione effettuale delle deliberazioni del legislatore, assumendo le cadenze del classico sindacato *by effects*<sup>68</sup>, è in grado di incidere sul riparto dei ruoli tra i sessi, che il diritto stesso, riflesso dei rapporti comunitari, ha teso tacitamente a perpetuare attraverso l'uso della sanzione giuridica<sup>69</sup>. Com'è noto, gli istituti giuridici hanno espresso e conservato un ordine che si voleva improntato ancora fino a cinquant'anni fa ad una logica di ispirazione patriarcale, che negava alle donne il diritto di amministrare in modo autonomo il proprio patrimonio, destinandole ad una condizione subalterna nella sfera privata<sup>70</sup>, e precludeva loro l'accesso pieno allo studio e alle più rilevanti carriere professionali, minorandone lo *status* di cittadine, nella sfera pubblica.

Un rilievo paradigmatico a questo proposito assume il diritto penale: esso è stato adottato in una recente ricerca come osservatorio privilegiato per esaminare il reciproco condizionamento tra sfera socio-culturale e sfera giuridica. Per il fatto di essere improntato alla più rigorosa versione del principio del pari trattamento di fronte alla legge, tale settore si è mostrato in grado di rivelare meglio di ogni altro le «strutture simboliche che hanno guidato il legislatore»<sup>71</sup> nel momento in cui questi ha assegnato alla donna, disattendendo il principio-guida che lo informa, una posizione diseguale. Si pensi all'idea dell'*infirmitas sexus* o *fragilitas sexus* o ancora *imbecillitas sexus*, su cui si è per secoli basato il divieto di testimoniare delle donne o una disciplina peculiare della loro imputabilità<sup>72</sup>.

Siffatta considerazione del femminile emana la sua eco fino ai giorni dell'Assemblea Costituente, quando, come ricorda Lorenza Carlassare, precisamente nel corso della discussione sulla configurazione costituzionale dell'ordinamento giudiziario, «ci si appellò alla scienza e al complesso anatomo-fisiologico, per sostenere che la donna non può giudicare»<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> Su cui v. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit.

<sup>69</sup> V. S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, Il Saggiatore, Milano 1969, spec. 89 ss.

<sup>70</sup> V. A. ATTI, *L'eguaglianza tra i sessi nel diritto di famiglia*, in F. RESCIGNO (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, con Prefazione di L. Carlassare, Giappichelli, Torino 2016, 29 ss.

<sup>71</sup> M. GRAZIOSI, *Disparità e diritto. Alle origini della disuguaglianza delle donne*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova 2014, 7 ss.

<sup>72</sup> La studiosa dimostra come l'idea dell'*infirmitas sexus* – riportata al diritto romano pur costituendo quasi certamente un'interpolazione dei testi classici (*ivi*, 15 ss.) – sia utilizzata dai giureconsulti a cavallo tra Cinquecento e Seicento per accreditare teoricamente il tacito pregiudizio sulla donna (*ivi*, 12 ss.). La «sfiducia sulla razionalità delle donne» è stata così posta, tipicamente, alla base del divieto a lei fatto di testimoniare (*ivi*, 19 ss. e 21). Anche all'avvento dell'illuminismo, la cancellazione del divieto, grazie alle riflessioni di Beccaria e Filangieri, si fonda più sul principio del libero convincimento del giudice, nel valutare la credibilità dei testimoni, che non sulla revisione delle precedenti convinzioni (*ivi*, 24).

Quando poi, l'erompere del principio di eguaglianza sulla scena del pensiero giuridico esige dalle dottrine sull'inferiorità dell'altro sesso una spiegazione a carattere scientifico, si fa ricorso a lungo, almeno fino all'Ottocento, all'argomento della diversa fisiologia del corpo femminile, da cui vengono ricavate implicazioni emotive e comportamentali, ponendolo alla base della negazione o della riduzione dell'imputabilità penale delle donne, assimilate per la loro debolezza o immaturità ai vecchi, ai minori e ai pazzi (*ivi*, 33).

Solo quasi alla soglia del Novecento a tale spiegazione si sostituisce il rilievo della contraddizione intercorrente tra l'incapacità civile delle donne (comportante anche la privazione della possibilità di attestare la nascita di un loro figlio) – che però non si pensava a mettere in discussione – ed il riconoscimento della piena responsabilità penale (*ivi*, 45).

<sup>73</sup> L. CARLASSARE, *La parità dei sessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. DEL RE, V. LONGO, L. PERINI, *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica e vita quotidiana*, Franco Angeli, Milano 2010, 16.

## 7. Il diritto antidiscriminatorio americano come binario esaurito, il suo lascito per l'Europa e la risposta della Francia

L'utilità dell'analisi comparatistica effettuata finora è rinvenibile limitatamente al quindicennio di *judicial review* esemplificato, durante il quale venne elaborato ed affinato il prototipo della tutela antidiscriminatoria; successivamente, il percorso intrapreso con la rigorosa tecnica di sindacato esaminata si è arenato, costituendo ormai un filone esaurito<sup>74</sup>.

Il suo avanzare, in una società spiccatamente individualista come quella americana, è stato soffocato (oltre che da non secondarie complicazioni formalistiche) dal moltiplicarsi delle rivendicazioni identitarie<sup>75</sup>, tese ad ottenere l'inclusione o l'integrazione sociale di minoranze etniche o razziali o ancora religiose. La rivendicazione posta al suo fondamento, sul cui terreno si è consumata la contrapposizione tra principio individualistico meritocratico ed istanza di integrazione pluralistica omogeneizzante, viene adesso identificata nella cultura americana come una tecnica per portare avanti pretese di classi senza alcun valore, per proteggere gruppi immeritevoli e marginali. Anche l'approccio alle *affirmative actions* non è univoco, perché permane la visione dell'eguaglianza come attributo individuale e la riluttanza a trasporlo su un piano collettivo<sup>76</sup>. Sicché, già alla fine degli anni '80, l'ammissibilità di qualsiasi decisione pubblica non cieca alle differenze di gruppo viene contestata e si esalta, per converso, il ritorno al «paradigma conservatore», retto dalla massima di Isaiah Berlin, secondo cui «l'eguaglianza non ha bisogno di ragioni, è l'ineguaglianza che ne ha»<sup>77</sup>: poiché tutti sono presunti eguali, l'intervento che mira a correggere le disuguaglianze di fatto ha bisogno di solide giustificazioni alla sua base sicché risulta sempre più arduo cambiare lo *status quo*<sup>78</sup>.

Tuttavia, l'interruzione del percorso intrapreso non revoca in dubbio la validità della tipologia di sindacato per esso appositamente plasmato, poiché le rispettive ragioni non toccano, data la sua singolarità, la problematica di genere<sup>79</sup>. Una singolarità che, valendo a sottrarre la specifica tematica al potere erosivo della crisi verificatasi negli USA, è stata valorizzata nel continente europeo, specialmente dalla Francia, cui può ascriversi il merito di aver raccolto

---

<sup>74</sup> V. l'indagine di B. BECCALLI, *La politica delle quote nel lavoro e nella rappresentanza politica*, in Id. (a cura di), *Donne in quota*, cit., 21 e 24.

<sup>75</sup> Dinanzi alle quali appare sempre più difficile stabilire quale *classification* sia da considerare riparatrice: v. USA S.C., *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. (1989).

<sup>76</sup> V. M. BARBERA, *Discriminazioni individuali e azioni positive: riflessioni comparate del caso americano*, in RGL 1984, 287 ss.

<sup>77</sup> I. BERLIN, *Equality*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, London 1956, 305. In merito v. B. BECCALLI, *Diseguaglianza Differenza*, in A. MELUCCI (a cura di), *La fine della modernità*, Guerini, Milano 1998.

<sup>78</sup> Su come le politiche conservatrici, abbracciato il liberalismo e con il sostegno dalle teorie del neodarwinismo sociale, si siano opposte all'ingerenza pubblica nei meccanismi del mercato, v. B. BECCALLI, *La politica delle quote*, cit., cui adde M. BARBERA, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo*, in B. BECCALLI (a cura di), *Donne in quota*, cit., 106.

<sup>79</sup> Giudica «indispensabile tenere separata la disciplina giuridica della discriminazione di genere da quella relativa ad altre discriminazioni» V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in DL, 2004, 512.

il testimone di quell'esperimento iniziale che rappresenta ormai una parentesi chiusa oltreoceano.

Il dibattito d'oltralpe si sofferma sull'obiezione primaria che si muove agli sviluppi del principio di eguaglianza americano: di avere sostituito nell'ambito politico i gruppi agli individui, il pluralismo – suscettibile di proliferare all'infinito nelle sue pretese di riconoscimento e di tutela – all'universalismo individuale, che è il motore della proclamazione egualitaria. La tensione assiologica che anima il settore appartiene all'orizzonte concettuale della primigenia e basilare istanza liberal-democratica di eliminazione delle barriere, che a parità delle altre condizioni limitano il progresso personale e sociale. Per questa ragione l'ordinamento francese, con il preciso intento di mettere al riparo il divieto di discriminazioni basate sul sesso dal rischio della crescita esponenziale delle istanze particolaristiche, che ha concorso all'arenarsi del corrispondente orientamento nell'ordinamento statunitense, ha sostituito al principio di eguaglianza quello della *parità* tra i sessi<sup>80</sup>.

Questo slittamento terminologico e concettuale non allude in alcun modo all'asfittica uniformazione della regolamentazione relativa alle donne sul prototipo definito per l'uomo, azzerando il rilievo giuridico delle differenze. Il passaggio alla parità in questo contesto non indica l'esaltazione della *sameness* (il livellamento rispetto ad un modello di regolamentazione dominante)<sup>81</sup> – che incontra comprensibilmente molte critiche – ma mira invece a rimarcare la constatazione secondo cui il discorso di genere presenta assolute peculiarità, che consentono di collocarlo in una posizione a sé stante all'interno della riflessione generale sull'eguaglianza, affrancandolo da alcune strettoie in cui essa finisce per incorrere.

Rispondendo ai timori d'oltreoceano, il pensiero francese sottolinea che la parità non contraddice in sé l'universalismo, ma mira all'obiettivo di rendere l'individuale "plurale"<sup>82</sup>, senza risolvere interamente l'universalismo in comunitarismo: quest'ultimo ha il difetto di operare la riduzione dell'individualità umana essenzialmente nell'appartenenza a gruppi, esasperando oltremisura una trasformazione resa di per sé necessaria una volta che l'assoluta astrattezza delle dottrine dei diritti dell'individuo "al singolare" si è rivelata intrinsecamente discriminatoria<sup>83</sup>.

Al contrario la parità non mira a portare avanti pretese distinte e peculiari della cerchia delle donne, in quanto queste ultime non costituiscono a rigore né un gruppo, né una categoria, né una *lobby*. La stessa partecipazione delle donne alle assemblee rappresentative, coerentemente, non è reclamata sulla base dell'assunto che esse siano portatrici di punti di vista o interessi differenti da quelli attualmente rappresentati, ma semplicemente perché esse costi-

---

<sup>80</sup> Al progetto è dedicato l'intero numero di *Nouvelles questions féministes*, vol. 15, n. 4, 1994; "La parité: pour", *Projets féministes*, nn. 4-5, febr. 1996; E. VIENNOT (dir.), *La démocratie "à la française" ou les femmes indésirables*, Université Paris VII Denis Diderot, Paris 1996.

<sup>81</sup> V. *infra*, Sez. II, par. 8.

<sup>82</sup> L'universalismo presuppone la rispondenza dell'individuo a certi standard normativi: lo stesso individuo, per poter essere rappresentato deve prima ancora essere presentato, o meglio «*présentable*» - adatto ad essere visto - idoneità che gli si riconosce non quale soggetto sociale incarnato, ma quale astratta raffigurazione di un soggetto umano universale (J. W. SCOTT, "La Querelle des Femmes" in the Late Twentieth Century, in *New Left Review*, nov.-dic. 1997, 6).

<sup>83</sup> *Ibidem*, 10.

tuiscono metà della specie umana. Così estrapolata dal dibattito generale, la questione di genere nella sua specificità non rischia di alimentare il moltiplicarsi di richieste identitarie indiscriminate da parte di altri gruppi, evitando il deflagrare del pluralismo sulla base di pretese identitarie avanzate da soggetti immeritevoli e marginali.

In quanto distribuita trasversalmente, la presenza delle donne, quando aspira al riconoscimento paritario, non costituisce nemmeno quella minaccia per la coesistenza di collettività diversificate che si annidava *in nuce* nell'originario progetto rivoluzionario e che si concretizzava in un compimento estremizzato del principio di eguaglianza. Difatti la tutela richiesta non aspira al livellamento di ogni differenza sociale, né all'azzeramento dei corpi intermedi, cioè delle presenze articolate in seno alla comunità e reciprocamente commisurate in un ordine. Essa non rischia in definitiva di scivolare in modelli opposti rispetto a quello raffigurato dal governo costituzionale, consistenti nelle coincidenti (per quanto apparentemente distinte) alternative del dispotismo estremo o della democrazia estrema, caratterizzate dalla «prevalenza netta e unilaterale di un principio politico, sia esso ultramonarchico, o ultrademocratico»<sup>84</sup>.

La lotta per la parità, lungi dal promuovere esponenziali rivendicazioni comunitaristiche o la riduzione atomistica della società, equivale a lotta per il riconoscimento della piena legittimazione alla partecipazione sociale e politica delle donne, come requisito della loro cittadinanza e condizione dell'effettiva democraticità dell'ordinamento giuridico. Solo realizzando apertamente la parità tra uomo e donna, la legge è capace di assicurare – simbolicamente e materialmente – che il sesso non sia più rilevante, in particolare ai fini della partecipazione alla vita politica: solo per tale via potrà dirsi compiuta, in altri termini, la piena uguaglianza promessa dall'universalismo<sup>85</sup>.

L'innovazione francese ha anche il merito di uscire dalle secche concettuali in cui incorre il binomio eguaglianza/differenza, imponendo ad ogni piè sospinto di domandarsi se si sia di fronte ad una "differenza", che deve essere ignorata e neutralizzata attraverso una disciplina *gender blind* o che merita di essere presa in considerazione tramite una normativa *gender conscious*. Il solido criterio-guida cui è possibile affidarsi risiede nel vagliare l'impatto della disciplina legislativa sul godimento dei diritti paritariamente riconosciuti attraverso un tipo di controllo in massimo grado orientato ad attingere al piano della realtà effettuale.

## **Sez. II - Il divieto di distinzioni in base al sesso in Italia, tra dottrina e giurisprudenza costituzionale: le sue attuazioni nelle più rilevanti branche del diritto**

### **1. Portata emancipatoria del divieto delle discriminazioni enumerate e lettura prevalente dell'art. 3 Cost. nel dibattito italiano**

---

<sup>84</sup> V. M. FIORAVANTI, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, cit., 54.

<sup>85</sup> V. ancora J.W. SCOTT, "La Querelle des Femmes", cit., 12.

Anche senza che l'ordinamento italiano avesse conosciuto – se non in un singolo frangente – l'esperienza lacerante della dominazione razziale, ugualmente l'afflato giuridico-morale, con cui le discriminazioni in base ai fattori enumerati risultarono vietate nell'art. 3 Cost., sarebbe stato in grado di dispiegare effetti della portata ed incisività dell'*EPC* statunitense, con l'attenzione alla dimensione effettuale e la carica polemica ad essa correlate.

I divieti positivizzati nella Costituzione italiana invece, come si è anticipato all'inizio, sono stati fagocitati dal principio di eguaglianza davanti alla legge, mutuando le caratteristiche del corrispondente tipo di sindacato. Sebbene tale genere di controllo non sia refrattario di per sé alla considerazione di valutazioni extra-normative, esso ne affida però il rilievo all'estensione del livello di profondità dell'indagine, che il giudice delle leggi riterrà di volta in volta di dover adottare. Al contrario, il sindacato *by effects* statunitense nella sua conformazione originaria, come risulta dall'analisi condotta in precedenza, immette *istituzionalmente* nel modello di giudizio antidiscriminatorio – come componenti intrinseche della sua natura – le argomentazioni volte a slatentizzare i pre-condizionamenti culturali che si sospettano inficiare le scelte normative.

Per quanta insistenza sia stata fatta sull'unitarietà del principio formulato nei due commi dell'art 3 Cost., nel nostro ordinamento è prevalsa in modo netto una lettura polarizzata tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale<sup>86</sup>.

Il primo comma, come si è visto, è stato svuotato del significato “eversivo” contenuto nelle prime Dichiarazioni dei diritti, nel momento in cui lo si è trasformato in un “motto di conservazione” finalizzato a perpetuare lo *status quo* borghese. Si riduceva così l'indicazione rivoluzionaria dello Stato di diritto ad un principio rivolto solo ai pubblici poteri (e inizialmente tra di essi solo a quello esecutivo) e non anche – complice la predicata separazione tra società e Stato – a quelli privati, non meno insidiosi<sup>87</sup>. Con ciò si tendeva a dimenticare che la soggezione paritaria dei consociati in via esclusiva alla legge valeva a liberare innanzitutto dagli ingabbiamenti cetuali, così disgiungendo la sua affermazione da un'origine storica che ne svelava la potenzialità eversiva rispetto all'assetto esistente: l'eguaglianza davanti alla legge era infatti orientata progressivamente, sia pure in una logica incrementale mai interamente realizzabile, alla fruizione universalistica, da parte di tutti, dei diritti costituzionalmente proclamati.

Con questa parvenza attenuata, l'eguaglianza giungeva fino alle soglie del Novecento, quando i suoi risvolti reazionari vennero nitidamente esemplificati dalla contrapposizione tra

---

<sup>86</sup> Riproducendo la tradizionale disputa in cui si fronteggiano «democrazia e liberismo (...) eguaglianza e libertà»: N. BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* (1954), ora in Id., *Politica e cultura*, Einaudi, Torino 2005, 162.

<sup>87</sup> ... in un processo di rimozione che è proseguito nella tendenza che lo ha «cauterizzato» attraverso l'astrazione e l'ipostatizzazione (...) dell'eguaglianza a generalità del comando», cozzando contro quella precisa «intuizione per cui il “diritto”, cioè la norma generale altro non è che un tipo di rapporto storicamente determinato». Così, B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Giuffrè, Milano 1984, risp. 35 e 41, che richiama C. Schmitt, per il quale «una giusta comprensione del concetto di eguaglianza è inseparabilmente collegata ad una giusta comprensione del concetto di legge», nel senso che ne implica necessariamente il carattere generale, con il risultato che si converte automaticamente l'«eguaglianza attraverso la legge» (*Gleichheit durch das Gesetz*) in «eguaglianza di fronte alla legge» (*Gleichheit vor dem Gesetz*).

Liebholz e Neumann all'epoca della Costituzione di Weimer: il secondo denunciava il rischio che l'eguaglianza, operante a garanzia della libertà contrattuale e della proprietà originaria degli individui, potesse fungere da ostacolo alle politiche sociali e progressiste perseguite dal legislatore, a fronte del primo, che ne difendeva il non insidiato primato<sup>88</sup>.

Come si è accennato, il criterio di eguaglianza sostanziale, dal canto suo, è stato marginalizzato, intendendolo come deroga eccezionale al primo comma e quindi tendenzialmente assorbito nella parità di fronte alla legge<sup>89</sup>, di modo che l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela ha potuto trovare spazio tra le maglie del sindacato di eguaglianza al massimo come una delle ragioni atte a giustificare differenziazioni legislative<sup>90</sup>.

## **2. (Segue) La “pari dignità sociale”: la conversione da dato ontologico a termine teleologico come chiave di volta per una lettura unitaria del principio di eguaglianza**

Oggi si tenta di recuperare, sulla scorta di posizioni ben più risalenti, una lettura dell'art. 3 Cost. che rimarca l'unitarietà dei contenuti della disposizione, valorizzando l'inciso della “pari dignità sociale”, che, anteposto al principio egualitario, lo carica di implicazioni sostanziali e vale ad imprimergli un dinamismo ed una tensione evolutiva che esso da solo non avrebbe. Grazie al riflesso di tale inciso, si decreta l'insufficienza della visione statica della società corrispondente alla sovrapposizione postuma dell'ideologia liberale all'attribuzione universalistica dei diritti (e dei doveri) in virtù di leggi generali. Parificare, in modo che tutti possano fruire dell'astratta libertà riconosciuta, vale ad innescare un mutamento dell'assetto economico-sociale sedimentato, conforme all'idea di «democrazia pluralistica» prefigurata in Costituzione, che comporta una «convivenza dinamica di soggettività individuali e collettive diverse»<sup>91</sup>, nella quale l'eguaglianza è strumentale alla libertà, perché si risolve in un processo di liberazione ben più ampio dell'affrancamento dal bisogno.

La formula della pari dignità – a patto che non la si riduca a «semplice enfattizzazione retorica delle basi sostanziali dell'eguaglianza formale» o a mero riferimento alla nozione di

---

<sup>88</sup> M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., 31 ss.

La stessa tensione tra le due anime del principio si coglie nel passaggio in cui A. BALDASSARRE nota che, dinanzi alla crisi della legge propria dello Stato novecentesco, l'eguaglianza formale si converte al ruolo di «composizione della contraddizione tra la razionalità (il diritto) e l'irrazionalità (il potere) che attraversa tutto il “sistema” ponendone continuamente in crisi l'equilibrio»: v. *Relazione* in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., 122 s.

<sup>89</sup> Osserva ancora B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., che si è assistito ad una «rimozione, poi divenuta assorbimento recessivo della problematica del comma 2 nel primo»: in particolare, recidendo il collegamento del ragionevole motivo per differenziare all'esigenza di perseguire le finalità additate dall'art. 3, co. 2, Cost., «quel sottile filo attraverso cui la “ragionevolezza” avrebbe potuto legarsi al comma 2 si è ormai interrotto, permettendo così alla problematica sostanziale solo furtive e ambigue apparizioni» (risp. 150 e 153, c.vi testuali).

V. anche L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996, 1961 ss.

<sup>90</sup> V. Corte cost. sent. n. 163/1993.

<sup>91</sup> G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in M. CARTABIA - T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'eguaglianza*, cit., 8.

dignità della persona<sup>92</sup> – costituisce la migliore chiave di lettura dell'art. 3 Cost. In particolare, l'espressione non può alludere soltanto (come il passaggio dall'originaria formulazione dell'eguale trattamento sociale alla versione attuale potrebbe legittimamente lasciar intendere) all'equivalenza sul piano assiologico di ciascun essere umano, indipendentemente dal gradino che egli occupa nella scala sociale<sup>93</sup>. Da un lato, risulterebbe svuotata di senso l'attribuzione a tutti degli stessi diritti se, in una visione imm modificabile della società, essi non potessero in partenza essere mai esercitati alle stesse condizioni; dall'altro, si priverebbe il precetto di reali ricadute giuridiche in relazione alla tematica dell'eguaglianza, con cui invece è strettamente connesso, sintatticamente e concettualmente<sup>94</sup>.

Affermare la pari dignità sociale comporta, dunque, che «la diversità di rilevanza sociale» delle persone sia ammissibile «solo in base alle capacità ed ai meriti» e, per converso, non tolleri di essere intaccata a causa dell'assenza di altri tipi di *status*, implicando – in altri termini – che capacità e meriti personali possano essere liberamente dispiegati, senza incontrare arbitrarie e precostituite limitazioni.

In questo senso, la pari dignità sociale non è tanto una *premessa* dell'eguaglianza, quanto una sua *promessa*, un elemento teleologico che imprime al principio di eguaglianza un movimento verso la ricomposizione della scissione «tra tutela astratta e tutela concreta dei diritti, tra eguaglianza formale e pari dignità sociale»<sup>95</sup>. La sua affermazione non indica solo «un metodo» della legislazione, «ma anche un fine», per quanto «non ultimo» – l'obiettivo che contrassegna finalisticamente, nelle parole dell'on. Moro, il carattere democratico di uno Stato – imprimendo a tutta la disposizione «una spinta dinamica verso il cambiamento, ben lontana dalla pura conservazione statica di posizioni acquisite»<sup>96</sup>. Ne deriva che, ricucendo l'articolato quadro desumibile dalla portata normativa delle singole parti che compongono la complessa disposizione, il riferimento alla pari dignità sociale non può che alludere – in nome dell'effettività delle *Lebenchancen* di cui dispone ciascun individuo – alla *pari possibilità di ognuno di*

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, 13. Sulla formula v. anche G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, t. II, Giuffrè, Milano 1973 e A. PACE, *Problematologia delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova 1990, 47, nonché più di recente M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2007, 67 ss.; A. GUZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, cit., 196 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale: la dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, con pref. di E. CHELI, Passigli, Firenze 2010; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli 2011; M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in *Lex social*, 2/2013; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *ConsultaOnLine*, 3 giu. 2018, 398.

<sup>93</sup> V. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova 1976, 1017.

<sup>94</sup> G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, cit., 1091.

<sup>95</sup> G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 9.

<sup>96</sup> *Ibidem*, risp. 9 e 15.

L'insegnamento è ben recepito da M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, Torino 2018, che, sulla sorta di un'accurata indagine dei lavori dell'Assemblea Costituente (24 ss.), vede nella pari dignità sociale un «concetto dinamico, a differenza dell'eguaglianza formale», in grado di innescare all'interno di quest'ultima un «rovesciamento di significato» (risp. 25 e 16). La formula, mettendo in comunicazione la «vocazione universalistica» del primo comma con l'«attenzione al pluralismo e al particolarismo delle situazioni concrete» insita nel secondo, evidenzia tra le due declinazioni dell'eguaglianza «una linea di progressione», affermazione «tanto più vera» proprio «con riferimento all'eguaglianza senza distinzioni di sesso» (16).

scegliere la propria posizione all'interno della società<sup>97</sup>. La promozione dello sviluppo personale implica la possibilità di «prendere parte alla vita della comunità», come una delle «funzioni vitali» che costituiscono la dimensione più rilevante per l'analisi delle disuguaglianze<sup>98</sup>.

Nei divieti esplicitamente sanciti trova espressione, in sintesi, un moto di emancipazione collettiva<sup>99</sup>, una rivendicazione di vasta portata sociale, avanzata da categorie o insiemi di soggetti sottoposti tradizionalmente a trattamenti deteriori. In questa mutata prospettiva anche le «discriminazioni alla rovescia» – in nome della «tutela positiva dell'eguaglianza», come la definisce Pizzorusso<sup>100</sup> – sono non mere eccezioni tollerate dall'ordinamento in quanto rotture all'eguaglianza formale, ma puntuali «*corollari necessari*»<sup>101</sup> degli stessi divieti.

### 3. La ragionevolezza del differenziare tra potenzialità, limiti e sviluppi di un parametro diffuso di giudizio sulle leggi

Il fatto che, come si è anticipato, nel nostro ordinamento sia invalsa l'equiparazione delle discriminazioni alle differenziazioni irragionevoli e la loro omologazione sotto il vaglio di eguaglianza-ragionevolezza, ha comportato l'adozione di un metro di controllo del tutto «analogo»<sup>102</sup> al *rational basis test* dei giudici americani, anziché allo scrutinio stretto, nella variante dell'*intermediate scrutiny*, impiegato dinanzi alle discriminazioni costituzionalmente illecite. Mentre la prima prospettiva appura se un trattamento diversificato sia sostenuto da una congrua giustificazione, la seconda sottopone la valutazione legislativa a tante prove di resistenza quante ne risultano necessarie per appurare che essa non rifletta uno stereotipo che la legge concorre a perpetuare.

La capacità dei giudizi di ragionevolezza di oltrepassare il filtro della valutazione normativa, attingendo direttamente ad elementi pre-giuridici è stata a lungo osteggiata, per evitare che ne risultasse intaccata la scelta dei fini liberamente compiuta in sede politica. Si sono avanzati in proposito i noti schemi dicotomici – controllo per linee interne/esterne; razionalità in base allo scopo/in base al valore; valutazione giuridico-formale/politico-teleologica – al fine di circoscrivere il sindacato di ragionevolezza entro i limiti segnati dai primi poli della plurima serie di alternative. Senza la possibilità di spingere il vaglio di costituzionalità fino a percepire

---

<sup>97</sup> M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni*, cit., 17, nt. 22.

<sup>98</sup> A. SEN, *On economic inequality*, Clarendon Press, Oxford 1973, 199.

<sup>99</sup> Sottolinea a più riprese la portata emancipatoria dei singoli divieti di discriminazione, seriamente offuscata dalla loro riconduzione alla formula consueta dell'eguaglianza-ragionevolezza, M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza*, 25 s., 45 e spec. 126.

<sup>100</sup> A. PIZZORUSSO, *Eguaglianza (diritto)*, cit., par. 4.

Le azioni positive sono state efficacemente definite misure preferenziali individuali «a giustificazione collettiva» (A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo ad un studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, 238).

<sup>101</sup> M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., 98 (c.vo testuale). V. anche A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano 1976, 37.

<sup>102</sup> Lo rileva già A. PIZZORUSSO, *Eguaglianza (diritto)*, cit., par. 4.

gli “ostacoli di fatto” all’eguaglianza, si rischiava tuttavia che sfuggisse nella maggior parte delle ipotesi, la portata discriminatoria della disciplina *sub iudice*<sup>103</sup>.

In questo scenario se, nonostante le difficoltà, il sindacato sulle distinzioni in base al sesso si è evoluto nel nostro ordinamento fino a cogliere più efficacemente la dimensione effettuale e ad assolvere alla funzione tipicamente emancipatoria che gli è connaturata, ciò è avvenuto grazie alla sua intrinseca permeabilità alle considerazioni assiologiche.

Si è rilevato che, anche se in modo inesperto, nel comparare le *rationes* delle fattispecie messe a confronto nel procedimento analogico che presiede al sindacato di eguaglianza, i principi che compongono in larga parte il testo costituzionale sono costantemente evocati in campo pur rimanendo sullo sfondo<sup>104</sup>: per cui il giudizio di legittimità costituzionale svolto sulla scorta dell’art. 3, co. 1, Cost. assume sempre uno svolgimento non solo ternario – disposizione legislativa oggetto del giudizio, *tertium comparationis* e art. 3 Cost. – bensì (almeno) quaternario. Questo arricchimento è in grado di imprimere al sindacato un carattere più penetrante, tale da dispiegare la sua *vis critica* nei confronti delle valutazioni operate in prima battuta dal soggetto politico.

Non appena nell’ampia ed elastica griglia del vaglio di ragionevolezza hanno fatto ingresso il bilanciamento e la reciproca ponderazione dei principi costituzionali, queste operazioni – per la consueta insuscettibilità delle norme di principio di esaurire la loro interpretazione

---

<sup>103</sup> Lo si è colto acutamente riguardo all’art. 3, co. 2, Cost. Al momento in cui si è soppesato il tipo di verifica in grado di assicurare compiutamente il rispetto della norma programmatica ivi contenuta, si è nettamente rilevata la non adeguatezza del formante della ragionevolezza ad esprimere tutte le potenzialità del controllo pretese dall’esigenza di garantire l’effettività della tutela.

Da una parte, si intuiva il nesso tra il primo e il secondo comma, escludendo, ad esempio, una netta differenza qualitativa tra sindacato sulle differenziazioni ragionevoli e rispetto delle esigenze poste dall’eguaglianza effettiva (A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., 242) o reputando il criterio di ragionevolezza equivalente, sia pure in un significato «minimo» o «debole», del criterio di giustizia materiale, in quanto principio di adeguamento della forma del diritto alla consistenza dei rapporti di fatto, che legittima il controllo degli atti legislativi sotto il profilo della mancata corrispondenza della disciplina alle esigenze di equità imposte dai contesti (A. MORONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001, 432 s.).

Dall’altra, si esprimeva la piena consapevolezza che l’art. 3, co. 2, Cost. comporta tecniche legislative estremamente più delicate e articolate (fino a contemplare l’ipotesi in cui gli ostacoli di fatto più ostinati richiedano, ai sensi dell’art. 3, co. 2, Cost., azioni positive): precisamente, esso richiede che ci si domandi «quali differenze di fatto sia giusto cercare di eliminare attraverso le disuguaglianze giuridiche; quali disuguaglianze giuridiche siano ammissibili per eliminare o ridurre le differenze di fatto» (V. ONIDA, *Ragionevolezza e «bisogno di differenza»*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Seminari della Corte costituzionale, Giuffrè, Milano 1994, 254).

Ciò portava ad ammonire a non sovrapporre i due *standard* di controllo, in quanto una cosa è «vietare leggi le quali producono in realtà diversi effetti nei confronti delle diverse categorie sociali ed altra perseguire un fine di profondo egualitarismo» (A. CERRI, *Differenze di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.* 1977, 888) ed a concludere, in definitiva, che «l’opera di ‘rimozione degli ostacoli’ assume le forme del diritto diseguale in un senso che «non appare completamente riducibile alla versione ‘ragionevole’ dell’eguaglianza formale» e che debba perciò ritenersi «sbagliato» assorbire le esigenze di eguaglianza effettiva nelle differenziazioni ragionevoli: a queste ultime infatti manca quel lato spiccatamente *promozionale*, tendente non solo ad adeguare la normazione al fatto, bensì a trasformare il fatto in direzione dell’evoluzione sociale che si vuole perseguire (A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., risp. 239 e 242 s., c.vo non testuale).

<sup>104</sup> Sulla scorta dell’intuizione di A. AGRÒ, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 900 ss. Di ragionevolezza come «logica dei valori» parla L. D’ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, 45.

entro i confini segnati dal dettato testuale<sup>105</sup> – hanno reso insostenibile l'insieme di quelle dicotomie richiamate all'inizio, che hanno come tratto comune quello di negare l'unitarietà del sindacato di ragionevolezza come giudizio che presuppone di per sé l'«interezza del processo ermeneutico»<sup>106</sup>.

Il processo evolutivo attraversato dal sindacato di ragionevolezza e ora descritto non potrebbe ritenersi, a rigore, sufficiente. Le componenti che distinguono il sindacato antidiscriminatorio da quello di mera ragionevolezza dovrebbero essere acquisite stabilmente ed apertamente come *componenti necessarie* del controllo che assume a parametro il divieto di distinzioni in base al sesso, evitando che il loro impiego resti affidato di volta in volta alla diversa sensibilità del giudice delle leggi, mutevole nel tempo ed in relazione alle varie fattispecie, lasciando aperta la praticabilità di un sindacato che risulta ora «incerto», ora aleatorio ed oscillante<sup>107</sup>. La permeabilità alle preassunzioni che condizionano le valutazioni legislative ha portato più volte infatti a coincidere tra loro, paradossalmente ma pianamente, ragionevolezza del differenziare legislativo e trattamento discriminatorio.

#### **4. Il percorso del sindacato di eguaglianza senza distinzioni in base al sesso: dal sindacato deferente ...**

Ripercorrendo nel suo pratico svolgimento la giurisprudenza costituzionale in materia antidiscriminatoria, emerge come primo dato la sua discontinuità.

---

<sup>105</sup> I valori «sono caratterizzati, da una parte, dalla vocazione ad alimentarsi dell'evoluzione culturale della comunità dei cittadini e, dall'altra parte, dalla tensione (...) a trasferire la realtà giuridica e (in ultima analisi) effettuale»: L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio*, cit., 97.

<sup>106</sup> V. L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio*, cit., 152 s. e A. MORRONE, *Il custode*, cit., 445, per il quale il giudizio di ragionevolezza, nella versione più penetrante, si spinge a ponderare «se il contenuto della disciplina sia in grado di realizzare adeguatamente il principio nel caso concreto»: infatti, poiché il caso non è mai decifrabile assumendolo nella sua nuda materialità, anche quest'ultima posizione scongiura la dissoluzione casistica dell'ordinamento e compensa il pericolo di soggettivismo con la sistematicità assicurata dalla riconduzione ai principi (450).

Si smorza, in altri termini, l'irriducibilità del contrasto tra la posizione che professa l'ostracismo verso ciò che è prepositivo, in omaggio a un normativismo in fuga dal terreno assiologico che precede i principi positivizzati e quella che reputa ragionevole la «norma che risponde alle esigenze del caso valutate alla luce dei principi costituzionali» (propria di G. ZAGREBELSKY, *Eguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., 66).

V. anche E. CHELI, *Il giudice sulle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna 1999, 64 e, per la descrizione del processo argomentativo seguito dal sindacato, S. BARTOLE, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Cedam, Padova 2002, 46 ss.

<sup>107</sup> M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni*, cit., 31. Parimenti appare non in grado di offrire sufficienti «parametri di certezza» a G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., 98.

È significativo che il vaglio di ragionevolezza sia stato soggetto alle più divergenti valutazioni: da quella che lo considera espressione del porsi della Corte quale «isola della ragione», illuministicamente intesa, a quella che vi vede lo strumento di manifestazione di un potere «arbitrario». Le due posizioni sono espresse rispettivamente da G. ZAGREBELSKY e A. BALDASSARRE nella *Relazioni e nell'Intervento su Corte costituzionale e principio d'eguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., risp. 89 ss. e 121 ss.

In una prima fase, l'impropria assimilazione delle disparità in base al sesso alle mere "differenziazioni irragionevoli" ha condotto meccanicamente la Corte a sancire la non arbitrarietà della *ratio legis* di volta in volta sottostante, poggiando sull'argomento della sua conformità a «convincimenti sociali radicati»<sup>108</sup>. Il sindacato tende a rivelarsi maggiormente deferente nei confronti delle scelte del legislatore, in quanto reputa non arbitrarie previsioni la cui *ratio* si fonda su preassunzioni consolidate, anche quando queste consistono in "stereotipi segreganti"<sup>109</sup>. Nell'approccio più spiccatamente normativistico al controllo sull'uso ragionevole della discrezionalità legislativa, da una parte un'attenzione marcata al fatto risulta preclusa<sup>110</sup>, dall'altra acquistano rilievo le pre-assunzioni tradizionali consolidate.

Si pensi alle decisioni avallanti l'esclusione dai collegi giudicanti di Corte d'Assise delle componenti femminili, in quanto reputate inadatte a giudicare, e poi favorevoli alla loro ammissione nella misura massima di un terzo per non alterare il funzionamento del collegio, o a quelle legittimanti la minore entità della retribuzione percepita dalle donne, giustificate con l'argomento del minor rendimento femminile<sup>111</sup>. Ma anche la lettura dell'art. 51 Cost. si rivelò sorda a qualsiasi spinta emancipatoria che potesse sostenersi in essa condensata, tanto che si considerò indispensabile, per imprimerla nel testo, la sua testuale revisione<sup>112</sup>. Il controllo di ragionevolezza si è rivelato, così, perfettamente conciliabile con un esito funzionale al mantenimento dello *status quo*.

La diversità di esiti cui conduce l'adozione di un simile approccio rispetto allo scrutinio severo (nella forma dell'*intermediate test*) intrapreso oltreoceano si coglie con particolare evidenza ponendo a raffronto alcune decisioni adottate dal garante della supremazia costituzionale del nostro ordinamento con quelle assunte dalla Corte Suprema statunitense negli stessi anni su casi simili. Come si è visto precedentemente, nella sent. *Frontiero v. Richardson* del 1973, la Corte Suprema annulla una legge che ai fini del riconoscimento dei benefici militari presume le mogli dipendenti dal marito e non invece i mariti dipendenti dalle mogli che siano componenti dei servizi armati, anche quando di fatto questi lo fossero per più di metà del loro

---

<sup>108</sup> A. CERRI, *Eguaglianza*, cit., 5: così, ad es., ancora nel 1972 la Corte avalla la configurazione legislativa dei doveri di mantenimento da parte del marito e le sue ricadute sul sistema previdenziale (sent. n. 201).

Nota A. MORRONE come proprio in materia di diritto di famiglia la Corte sia stata più permeabile al senso comune, alla «coscienza collettiva» e «sociale», quale insieme di dati di comune esperienza (*Il custode*, cit., 272 s.)

<sup>109</sup> V. M. BARBERA, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo*, in B. BECCALLI (a cura di), *Donne in quota*, cit., 97 ss.; ID., *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., 166. Nota questi effetti del modello di giudizio adottato dalla Corte anche S. SCARPONI, *Il principio di eguaglianza uomo/donna fra divieti di discriminazione e promozione delle pari opportunità*, in ID. (a cura di), *Diritto e genere*, cit., 66 s.

<sup>110</sup> Nei giudizi di eguaglianza condotti dalla Corte costituzionale «la sottostante realtà non acquista rilievo se non attraverso il filtro delle qualificazioni normative e delle finalità che il legislatore si è proposto in materia, mentre è raro il ricorso a valutazioni di tipo quantitativo, aventi immediato riguardo alle fattispecie disciplinate dalle norme in questione (...) lo stesso criterio statistico riceve secondarie e poco approfondite applicazioni»: L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, 1985, 657.

<sup>111</sup> È la nota argomentazione di C. ESPOSITO, *La giusta retribuzione femminile*, in *MGL*, 1958, 286.

<sup>112</sup> Al contrario non necessaria per L. GIANFORMAGGIO, *La promozione della parità di accesso alle cariche elettive in Costituzione*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi*, cit., 74 ss.; adesivamente, v. ora anche F. RESCIGNO, *Eguaglianza, sesso e religione. La paradigmatica declinazione dell'art. 3*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2/2015 (num. monogr. a cura di G. MANIACI, G. PINO, A. SCHIAVELLO, *Le discriminazioni di genere nel diritto italiano*), secondo cui, dato il tenore della norma, non si trattava di «indifferenza del Legislatore, ma di eguaglianza sostanziale ai sensi del secondo comma dell'art. 3» (95).

sostentamento. Quasi contemporaneamente nelle sentt. nn. 119 e 201 del 1972, i giudici costituzionali italiani giustificano invece la norma che esclude l'uomo dalla pensione spettante ai superstiti, basandosi sull'argomento della minore probabilità che sia il marito anziché la moglie a dipendere economicamente dal coniuge. Ancora più eloquente il confronto delle sentenze italiane del 1972 appena ricordate con la sent. *Weinberger v. Wiesenfeld* del 1975, con cui la Corte Suprema americana invalida la legge che riconosce alle vedove (e non ai vedovi) i benefici dati al coniuge superstite con prole, in quanto presume che gli sforzi compiuti dalle lavoratrici per pagare le tasse per la sicurezza sociale, siano meno "protettivi" per la famiglia (in quanto economicamente meno cospicui) degli sforzi compiuti dai lavoratori, ponendo tra l'altro una differenziazione interamente irrazionale rispetto allo scopo di consentire al genitore di restare a casa per prendersi cura dei bambini. Appare evidente che, mentre all'*intermediate scrutiny* non sfuggono trattamenti differenziati che hanno l'effetto di disincentivare, anche economicamente, il discostarsi dai ruoli tradizionali, il metro della ragionevolezza risulta più benevolo con analoghi trattamenti, in quanto *rebus sic stantibus* essi appaiono sorretti da una congrua e idonea, o talora persino (semplicemente) non arbitraria, giustificazione.

Seguendo lo schema della ragionevolezza, la Corte si è imbattuta, peraltro, nella spinosa questione di determinare quando le oggettive differenze di genere siano idonee a fondare un trattamento diseguale o richiedano di essere neutralizzate nella regolamentazione normativa<sup>113</sup>: si è aperta, in altri termini, l'alternativa sull'opportunità di scegliere un trattamento *gender-conscious* o *gender-blind*.

La prima occasione per un'opera di costruzione della cittadinanza, riflettendo sulla possibilità di uno specifico statuto sociale assegnato alle donne, era stata ancora una volta offerta dalla Rivoluzione francese, con la sua aspirazione a modellare la società al principio ispiratore dell'universalismo. Ne sono espressione le ferme proclamazioni delle donne come "soggetti distinti", che giungono dalle voci di Olympe de Gouges nel Preambolo alla *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* del 1791 e di Mary Wallstoncraft nella *Vindication of the Rights of women* del 1792<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro*, cit. Non è mancato chi ha notato come la formulazione aristotelica dell'eguaglianza sia tautologica: poiché, a parte il caso dell'identità, tutte le altre entità presentano differenze, rimane da chiarire alla stregua di cosa equiparare o differenziare, il che è proprio la questione, per eccellenza, dell'eguaglianza.

<sup>114</sup> In argomento M.P. PATERNÒ, *Dall'eguaglianza alla differenza. Diritti dell'uomo e cittadinanza femminile nel pensiero politico moderno*, Giuffrè, Milano 2006.

È noto come le difficoltà valutative tipiche del binomio eguaglianza/differenza abbiano costituito il più duro banco di prova per lo stesso pensiero femminista, laddove un certo "femminismo della differenza" (v. C. BOTTI, *Il femminismo tra uguaglianza e differenza*, in *Ragion pratica*, 8/1997, 15 ss.), pronto ad esaltare la diversità di genere come destinataria di uno specifico, differenziato trattamento corrispondente a diversi bisogni, declinati al femminile, è incorso poi nella critica di "essenzialismo", valutando di per sé meritevoli di distinta considerazione qualità biologiche dell'individuo.

La disputa filosofica tra l'orientamento teso ad assegnare la prevalenza al principio di parificazione e quello tendente a dare il primato al principio della differenziazione, che ha contrassegnato il pensiero femminista, costituendone il nodo costantemente irrisolto, sembra di recente, proprio per uscire dall'*impasse*, prendere atto della necessità di un nuovo approccio, più relativista. L'importante sarebbe disporre di linee-guida o di un terreno condiviso per discernere i settori, le materie o i singoli profili rispetto ai quali è possibile (o anzi doveroso) divaricare i trattamenti da quelli per i quali occorre livellare. V. C. SARACENO, *Femminismo*, in *www.treccani.it (Enc. Sc. Soc., 1994)*.

Il discorso sull'eguaglianza di genere incontra sin da allora le difficoltà valutative tipiche del binomio eguaglianza/differenza e, senza essere ricondotto ed agganciato a solidi criteri extragiuridici che guidino la scelta di parificare e, per converso, quella di differenziare, rimane esposto ai ritardi culturali che hanno spesso contrassegnato la considerazione del ruolo femminile. Un chiaro esempio è offerto in tempi più vicini a noi dal lavoro notturno: il relativo divieto può agevolmente contare su una ragione giustificativa, muovendosi entro la cornice consueta della logica protettiva della donna debole e da confinare entro le mura domestiche; la perde tuttavia al di fuori di tale inquadramento, se si considera l'esigenza di riscattare le donne dall'immagine di soggetti costantemente esposti a un'offesa.

Non solo ma, in base alla stessa contrapposizione, le azioni positive, pur quando ritenute legittimate dalla necessità di rimediare agli ostacoli di fatto esistenti, vedono circoscritta le loro potenzialità a causa dell'obiezione che esse costituiscano pur sempre deroghe eccezionali all'eguaglianza formale. La portata conflittuale delle azioni positive rispetto all'eguaglianza di origine liberale emerge sin dalla denominazione di *reverse discriminations*, "discriminazione alla rovescia", adoperata anche in Italia, evocando lo stesso tipo di contrasto concettuale, mentre appare viceversa attutita nel linguaggio giuridico adottato dal Tribunale costituzionale spagnolo, che parla non a caso di *derecho desigual igualitario*.

## **5. (Segue)... al recupero del sindacato polemico, in un vaglio più rigoroso che travalica il filtro della valutazione del legislatore**

È stato necessario il mutare delle coordinate di inquadramento delle relazioni di genere perché le argomentazioni prima utilizzate per motivare disparità di trattamento si rivelassero non aderenti a dati empiricamente verificabili e difficilmente sostenibili, aprendo così la seconda fase della giurisprudenza costituzionale tesa a recuperare il «significato polemico» della formula<sup>115</sup>.

Se già con la sent. n. 133/1970, condizionando l'obbligo di mantenimento da parte del marito all'insufficienza di mezzi della moglie, la Corte costituzionale inizia a scardinare alcuni

---

Anche sul versante filosofico, dunque, il capolinea sembra rappresentato dallo stesso profilo problematico cui apre la tematica della ragionevolezza in campo più propriamente giuridico.

D'altro canto, che il cuore del ragionare in merito all'eguaglianza sia rappresentato da uno schema analogico e che al suo interno l'esame della *ratio* alla stregua della quale considerare equiparabili due situazioni rivesta un ruolo centrale, dovendosi scegliere quali elementi della situazione reputare essenziali ai fini del riscontro della medesima ragion d'essere e dunque della parificazione della disciplina, è già noto sin dalla ricostruzione di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della Regia Università, Torino 1938, 34 ss. (il rilievo è già presente in G. SORRENTI, *La Corte di cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in *RivistaAIC*, 4/2012, 4).

<sup>115</sup> A. CERRI, *Eguaglianza*, cit., 5.

Sottolinea come anche per «merito della rottura della cultura patriarcale agita dalla cultura di genere» il diritto abbia potuto «assumere, almeno in parte, un ruolo controfattuale», superando le costruzioni sociali basate sulla visione antropologica dominante, non intaccata nelle fasi di più spiccato «formalismo legalistico» F. BILANCIA, *Etica della cura come etica pubblica*, in M.P. PATERNÒ (a cura di), *Cura dell'altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, ES, Napoli 2017, 53.

stereotipi di ruolo, successivamente potenziando – in seguito al decisivo avvento della riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975) – la sua rimodulazione dei rapporti coniugali secondo il principio di parità che prende il posto della logica patriarcale, è nell'ambito del diritto del lavoro che si assiste agli apporti più significativi.

Nel campo dei rapporti lavoristici, bisognava rimuovere l'ostinata convinzione che a far spazio alla realizzazione dell'eguaglianza tra i prestatori di lavoro ostasse l'intangibilità dell'autonomia privata, da preservare dagli effetti erosivi<sup>116</sup> nascenti dal vincolo al rispetto della parità esteso ai rapporti interprivati. Già la sent. n. 103/1989 per la prima volta, connettendo la parità tra i lavoratori dei due sessi all'art. 41 Cost., aveva fissato significativi limiti al potere d'impresa, traendoli non dal divieto di introdurre disparità irragionevoli, bensì direttamente da quello di ledere la dignità della persona (come insieme di diritti e libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile del lavoratore).

Tuttavia, ad abbandonare definitivamente la concezione incentrata sull'autonomia del datore di lavoro, è la sent. n. 61/1991 sul divieto di licenziamento della lavoratrice madre: essa, nel rafforzare il filone giurisprudenziale di contrasto alla «divisione sessuale» del lavoro domestico ed extradomestico<sup>117</sup>, viene motivata con l'esigenza di evitare che la maternità «si traduca in concreto in un impedimento alla realizzazione dell'effettiva parità dei diritti della donna lavoratrice».

Il percorso di «de-segregazione» seguito dalla Corte costituzionale è segnato dalla determinante tappa con cui, pur solo nel 1986, si giunge finalmente a ribaltare la precedente associazione naturale tra sesso femminile e inferiore capacità lavorativa – ponendo le basi per il riconoscimento della *Drittwirkung* dell'art. 37 Cost. (sent. n. 137), da cui è fatta conseguire la nullità delle clausole contrattuali discriminatorie – e ad affermare per converso l'esigenza della partecipazione paritaria di entrambi i genitori alla cura e all'educazione della prole (sent. n. 1/1987). L'orientamento raggiunge il culmine con la pronuncia n. 374/1989, la quale, chiarendo il riferimento all'«essenziale funzione familiare» contenuto nell'art. 37 Cost., stabilisce che «tale funzione non deve impedire la piena realizzazione della donna in correlazione ad attività da esplicare, a parità dell'uomo, al di fuori della famiglia, sì da non circoscrivere soltanto in quest'ambito risorse preziose».

Al contempo la Corte ha adottato in materia il paradigma della *two ways street*, consentendo ad esempio anche agli insegnanti di sesso maschile rispettivamente di insegnare e di iscriversi nelle scuole magistrali (sent. n. 173/1983)<sup>118</sup>.

Il giudice delle leggi implementa ulteriormente l'effettività del divieto, introducendo, sotto l'influsso del diritto comunitario, la nozione di discriminazione indiretta (sent. n. 163/1993)

---

<sup>116</sup> Se non «distruttivi»: M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., 265.

<sup>117</sup> B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Atti del Convegno svoltosi presso la Corte costituzionale, 19-20 mag. 2016, Giuffrè, Milano 2017, 48.

<sup>118</sup> V. M. DELLA MORTE, *Profili del divieto di discriminazione nell'ambito della scuola*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, cit., 206.

e dando il suo avallo alle azioni positive<sup>119</sup>. In particolare, il garante della Costituzione riconosce che gli interventi a carattere positivo, sia pure non propriamente nella forma di quote, «sono diretti a colmare o ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne che, a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda». Pertanto, nella stessa pronuncia attesta che le misure positive concorrono a «superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino in discriminazioni di destino sociale»<sup>120</sup>: sono queste alcune delle più illuminate parole impiegate sul tema dalla Corte costituzionale, in cui difficilmente può non sentirsi l'eco del giudizio critico di Tribe sugli effetti delle *invidious classifications* contenute in leggi americane... «freezing biology into a social destiny»<sup>121</sup>.

Accanto alle argomentazioni che mirano ad intaccare le previsioni legislative che presuppongono ed alimentano il tendenziale confinamento in comparti della vita comunitaria *secundum genus*, si collocano trasversalmente quelle che dedicano attenzione alle disegualianze “di fatto” – nella precisazione che si deve alla più giovane delle donne costituenti, la genovese Teresa Mattei – tra cui vengono fatte rientrare quelle legate a categorie socio-culturali. Proprio la richiamata sent. n. 109/1993, sulle misure preferenziali, ne statuisce la legittimità in quanto rivolte ad una categoria di persone «che hanno subito in passato discriminazioni di ordine sociale e culturale e, tuttora sono soggette al pericolo di analoghe discriminazioni». Il medesimo concetto si trova ribadito nell'ordinamento dell'Unione Europea nel caso Marshall, quando, nel riconoscere la tendenza a preferire il candidato maschile nelle promozioni sul lavoro, anche in caso di pari qualificazione rispetto a quello femminile, la Corte di Giustizia ne addita le cause nella sussistenza di «taluni pregiudizi e di talune idee stereotipe sul ruolo e sulle capacità delle donne nella vita attiva» (oltreché nel timore che le stesse, per il ruolo di mogli e di madri, interrompano più spesso la carriera e siano meno flessibili nei tempi di lavoro), ammettendo che «il fatto che due candidati di sesso diverso abbiano pari qualifica non implica, in sé e per sé, che essi abbiano pari opportunità»<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Riguardo alle quali la giurisprudenza della Corte di Giustizia, dopo la discussa pronuncia *Kalanke*, ha subito un'evoluzione, attraverso le tappe costituite dai casi *Marshall* (11 nov. 1997), *Badeck* (18 mar. 2000) e *Abramsson* (6 lug. 2000), ammettendo le misure preferenziali proporzionate allo scopo che non si traducano in meccanismi di preferenza assoluta ed incondizionata: v. G.F. MANCINI, *Le nuove frontiere della parità fra i sessi*, in Id., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna 2004, 225.

<sup>120</sup> C. cost., sent. n. 109/1993 (c.vo non testuale), che respinge i dubbi di legittimità costituzionale sollevati in nome dell'eguaglianza formale tra uomini e donne le misure di agevolazione finanziaria per le imprese a prevalente composizione femminile introdotte dalla l. n. 215/1992 a favore dell'imprenditoria femminile, legge poi confluita insieme alla l. n. 125/1991 nel Codice per le Pari Opportunità. Sulla decisione v. S. SCARPONI (a cura di), *Le pari opportunità nell'accesso al lavoro e nella rappresentanza politica. I sistemi di «quote» al vaglio di legittimità*, Università degli Studi di Trento, Trento 1998. In generale, sulle azioni positive contemplate nella legge del 1991, v. M.V. BALLESTRERO, T. TREU (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991 n. 125*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994; L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino 1992 e M.L. DE CRISTOFARO (a cura di), *La legge italiana per la parità delle opportunità delle lavoratrici. Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, ESI, Napoli 1993.

<sup>121</sup> H.L. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 1565.

<sup>122</sup> V. CG, 11 nov. 1997, caso *Marshall* (c.vo non testuale).

Valorizzando una lettura unitaria del principio di eguaglianza, il giudice delle leggi nella richiamata sent. n. 163/1993 annulla una norma formulata in termini neutri ma in grado di produrre indirettamente effetti differenziati tra i due sessi (ponendo un requisito identico di statura minima per l'accesso alla professione di vigile del fuoco)<sup>123</sup>. Con la medesima impostazione lo stesso giudice, integrando esplicitamente profilo formale e profilo sostanziale, afferma inoltre che il secondo comma dell'art. 3, rapportato al primo, «ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi prodotti o producibili», esprimendo «un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza "formale"».

La riluttanza del legislatore ad intraprendere le direzioni più progressiste emerge da ultimo con chiarezza nella vicenda dell'esclusiva attribuzione del cognome paterno ai discendenti, pure quando il divario rispetto all'evoluzione socio-culturale si è manifestato da tempo in modo diffuso e l'istanza antidiscriminatoria viene caldeggiata a livello internazionale, sia generale che regionale<sup>124</sup>. È la Corte costituzionale a tenere conto, sia pure a fatica, del fatto che lo stesso sacrificio del principio di parità, in nome dell'esigenza di salvaguardare l'unità familiare, accoglie in maniera acritica un'esigenza di certezza degli *status* e della loro notorietà, che appare «assolutamente insufficiente in società ampie, caratterizzate da una notevole mobilità e da un elevato grado di informatizzazione»<sup>125</sup>. Dopo l'inammissibilità della questione pronunciata dal giudice delle leggi nel 1998, per la pluralità di soluzioni discrezionalmente praticabili, segue una nuova declaratoria di inammissibilità che reca un pesante monito rivolto al legislatore, affinché innovi una previsione definita «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia», in quanto «non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna» (sent. 61/2006). Con la sent. n. 286/2016, superando le remore connesse al convincimento che l'intervento esulasse dai propri poteri, dichiara infine l'illegittimità dell'automatica trasmissione patrilineare, nella parte in cui non consente ai genitori concordi di trasmettere ai figli il cognome materno, aggiungendolo a quello paterno.

L'orientamento volto a scalfire le concrezioni più resistenti dell'assetto consolidato prosegue con la significativa sent. n. 193/2017, con cui la parità tra i sessi viene eretta a principio supremo dell'ordinamento giuridico, legittimato a prevalere anche sulla regolamentazione di

---

<sup>123</sup> Condivide la valutazione della Corte S. SCARPONI, *Il principio di eguaglianza uomo/donna*, cit., 79; *contra*, F. POGGI, *Diversi per diritto. Le disuguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2/2015, 18 ss. e 32.

<sup>124</sup> La Convenzione ONU, 18 dic. 1979, sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna, riconosce espressamente «gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome, di una professione o di una occupazione» (art. 16, lett. g).

In senso analogo si esprimono le raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271/1995 e n. 1362/1998, ribadendo la risoluzione n. 37/1978, tutte relative alla piena attuazione dell'eguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome ai figli, nonché la stessa Corte edu, sent. n. 77/2014, caso *Cusan e Fazzo c. Italia* (su cui v. E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, in *ConsultaOnLine*, 9 mar. 2014). In merito a quest'ultima pronuncia, di condanna dell'Italia, si è rilevato criticamente che «il movente che evoca in diritto esigenze di parità tra i genitori non si cura di fatto della condizione della minore, che appare ancora destinataria passiva di una scelta»: F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1, 159.

<sup>125</sup> F. POGGI, *Diversi per diritto*, cit., 18.

istituti conformati secondo una granitica logica tradizionale, pur riconosciuta meritevole di protezione costituzionale. È quanto accade annullando, nell'ambito della disciplina giuridica del "maso chiuso" – preservata *ab immemorabili* e recepita nel nostro ordinamento attraverso una fonte di rango superprimario (lo Statuto del Trentino Alto Adige) – la norma di devoluzione *mortis causa* che dispone il criterio di prelazione maschile, in quanto – pur rispondendo alle finalità economico-sociali dell'istituto, le quali richiedono l'assunzione del fondo da parte di un unico soggetto – appare espressione di un'«ormai superata concezione patriarcale della famiglia come entità bisognosa della formale investitura di un capo del gruppo parentale». Il giudice delle leggi – con una fondamentale inversione di prospettiva, che sembra tendere a presumere l'incostituzionalità di ogni discriminazione di genere – supera in tal modo la posizione di quanti ritengono che il richiamo alla storia e alla tradizione sarebbe di per sé idoneo a giustificare una deroga ai principi costituzionali<sup>126</sup>.

## 6. Le donne tra lavoro domestico o "di cura" e lavoro produttivo

Come rilevato da un numero crescente di osservatori statistici, sia a livello nazionale che sovra-nazionale, il lavoro femminile sconta ancora molte penalizzazioni, più gravose di quelle riscontrabili in altri Paesi europei: basso tasso di occupazione, "segregazione orizzontale" (entro appositi comparti produttivi), "segregazione verticale" (preclusiva dei livelli professionali più elevati), "tetto di cristallo", *gender pay gap*, ricorso a forme contrattuali meno garantiste<sup>127</sup>. Quanto al divario retributivo, è significativo che lo scarto reddituale sussista persino quando la prestazione lavorativa sia resa nel medesimo settore economico-produttivo, a causa della riluttanza ad adibire il lavoro delle donne alle mansioni superiori. Questo dato, oltre a determinare una circolarità tra disparità salariale e consueto riparto dei ruoli<sup>128</sup>, vanifica di fatto la prescrizione della parità del trattamento economico della lavoratrice rispetto al lavoratore, a parità della quantità e della qualità del lavoro prestato, sancita espressamente dall'art. 37 Cost.

---

<sup>126</sup> E agisce «separando logicamente la sostanza dall'accidente», cioè conservando quella porzione della normativa «funzionalmente essenziale» alla sua *ratio*, senza contraddire le scelte fondamentali della *Weltanschauung* costituzionale: A. LONGO, *Maso chiuso. Tempo, pluralismo ed eguaglianza nella decisione n. 193 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22 nov. 2017, 8.

<sup>127</sup> Come rileva il Rapporto dell'*International Labour Organization*, nei Paesi ad alto reddito, l'occupazione femminile è concentrata in lavori poco pagati, mentre troppe poche donne raggiungono i vertici professionali, posizioni manageriali o di *leadership*: V. BEGHINI - U. CATTANEO - E. POZZAN, *A quantum leap for gender equality: For a better future of work for all*, in *www.ilo.org*, il 7 mar. 2019, spec. 29 s.

<sup>128</sup> Secondo l'Ufficio federale svizzero per l'uguaglianza tra donne e uomini, la lentezza con cui diminuiscono le differenze salariali e le discriminazioni nell'ambiente lavorativo, è dovuta al profondo radicamento degli stereotipi di genere, per cui, circolarmente, la disparità salariale «cementa» la ripartizione tra i sessi del lavoro familiare, domestico e professionale, che a sua volta influisce sulla scelta della formazione e determina distorsioni di genere nella valorizzazione delle prestazioni dei due sessi: v. *www.ebg.admin.ch/ebg/it/home/temi/lavoro/paritasalariale/basi/cause-e-conseguenze.html*.

Nel contesto degli ordinamenti europei, l'Italia è annoverata come un Paese «*latecomer*»<sup>129</sup> nella promozione dell'eguaglianza di genere sul lavoro<sup>130</sup>. Il primo intervento in questo senso risale alla l. n. 903/1977<sup>131</sup>, mirante all'effettiva parità uomo/donna sul piano della retribuzione, dell'inquadramento professionale, dell'assegnazione delle mansioni, della progressione della carriera e genericamente di tutti gli aspetti concernenti il rapporto lavorativo. Seguono negli anni '90 interventi specifici contenenti l'incentivo a progetti di azioni positive, sostenuti con il cofinanziamento pubblico: precisamente, la l. n. 125/1991 e la l. n. 215/1992 (dal titolo "Azioni positive per l'imprenditoria femminile")<sup>132</sup>, la seconda apertamente diretta a «promuovere l'eguaglianza sostanziale e le pari opportunità per uomini e donne nell'attività economica e imprenditoriale» (art. 1). Quest'ultima legge, poi abrogata<sup>133</sup> dal Codice per le Pari Opportunità<sup>134</sup>, riceve prosecuzione e potenziamento attraverso la fissazione dell'obiettivo – concretizzato tramite la concessione di contributi pubblici – volto all'agevolazione dell'avvio di imprese femminili<sup>135</sup>.

L'accoglienza delle misure positive ha scontato sin dall'inizio in dottrina un atteggiamento ambivalente, oscillante tra la piena adesione<sup>136</sup>, in quanto misure teleologicamente orientate alla realizzazione dell'eguaglianza sostanziale – significativamente riformulata come «eguaglianza di opportunità tra gli individui di decidere sulla propria identità»<sup>137</sup> –, e la decisa diffidenza, in quanto interventi in conflitto con il principio di eguaglianza formale. Il dilemma trova risposta nelle parole della Corte costituzionale, in cui si riconosce che le discriminazioni à rebour costituiscono «il più potente strumento a disposizione del legislatore che nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui tende ad innalzare la soglia di partenza per

---

<sup>129</sup> B. BECCALLI, *La politica delle quote*, cit., 37.

<sup>130</sup> È nota la lettura fortemente riduttiva data all'art. 37 Cost., per via della sua formulazione ambivalente, che accomuna due elementi apparsi per lungo tempo difficilmente conciliabili: la proclamazione della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici ed il riconoscimento dell'essenziale funzione familiare delle donne. La contraddizione fu solo in seguito ripianata, leggendo nella disposizione l'intento di evitare che le donne fossero costrette a scegliere tra famiglia e lavoro e ponendo le premesse per fondare inizialmente il principio di conciliazione tra lavoro professionale e lavoro di cura in capo alla donna e successivamente il criterio della condivisione degli oneri familiari da parte entrambe le figure genitoriali. V. C. SALAZAR, *sub* Art. 37, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Milano 2006, 756 ss.

<sup>131</sup> L'intervento segue le leggi degli anni '60 (l. n. 860/1960 e l. n. 7/1963), che avevano portato all'abolizione delle "clausole di nubilito" nei contratti di lavoro. V. T. TREU, *sub* Art. 37, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1976, 149 ss.; ID., *Lavoro femminile e eguaglianza*, Cacucci, Bari 1977 e M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna 1979.

<sup>132</sup> Su cui v. la recente sent. n. 83/2018.

<sup>133</sup> Tranne alcuni commi dell'art. 10, riguardante il Comitato per l'imprenditoria femminile istituito presso il Ministero dell'Industria, del commercio e dell'artigianato.

<sup>134</sup> D.lgs. n. 198/2006, mod. dal d.lgs. n. 5/2010, che recepisce la direttiva n. 2006/54/CE.

<sup>135</sup> Tuttavia, è stato osservato che «gli ostacoli all'imprenditoria femminile sono di tipo più sociale che creditizio» e che, anche a voler ritenere che gli incentivi concessi, rendendo più vantaggiosa l'iniziativa economica in questione, compensino gli impedimenti sociali, resta il fatto che le attività beneficiarie costituiscono una esigua schiera rispetto a quelle che è lecito presumere siano svantaggiate. Le misure sono quindi ben lontane dal colmare in maniera equilibrata il divario: v. F. POGGI, *Diversi per diritto*, cit., 24.

<sup>136</sup> Su questa posizione si attestano M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., 100; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro*, cit., 501 ss.; M.V. BALLESTRERO - G.G. BALANDI, *I lavori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna 2005, 95 ss.; E. D'ANTONA, *Eguaglianze difficili*, in *Lavoro & Diritto*, 6/1992, 603.

<sup>137</sup> E. D'ANTONA, *op. et loc. ult. cit.*

le singole categorie socialmente svantaggiate (...) al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico» (sent. n. 109/1993, cit.).

Su queste più solide basi, una proficua direzione è stata imboccata con la l. n. 120/2011: la disciplina introdotta, che si prefigge l'obiettivo dell'«equilibrio tra i generi negli organi delle società quotate» (art. 1), prevede che a partire dal 2015 i relativi Consigli di amministrazione siano composti per un terzo da donne, pena la comminazione di elevate sanzioni pecuniarie<sup>138</sup>. Degne di nota anche le iniziative spontanee avviate dalle imprese nel settore privato, quali specificamente i progetti di azioni positive volti alla correzione tanto della minore presenza del genere femminile ai gradi più elevati delle carriere lavorative<sup>139</sup>, quanto della maggiore concentrazione dell'occupazione delle donne in specifici, circoscritti settori<sup>140</sup>.

Se le politiche intraprese hanno prodotto risultati positivi, non possono considerarsi tuttavia risolutive: l'ostinato divario retributivo – unitamente agli altri indici negativi ricordati in apertura – permane e ad esso nei tempi più recenti si aggiungono percentuali più cospicue di donne tra i c.d. lavoratori poveri o a rischio di povertà<sup>141</sup>.

L'insieme degli indicatori rilevati, soprattutto quello attinente al grado delle qualifiche professionali mediamente raggiunto, risalta ancor di più se posto a raffronto con i livelli di istruzione femminile: la forbice netta tra i ragguardevoli gradi di istruzione vantati e l'impatto modesto tanto sulla capacità di reddito quanto sui percorsi di carriera (quando non persino sull'accesso al lavoro) delinea uno scenario dualistico, che in Italia si registra in misura maggiormente marcata rispetto agli altri Paesi europei<sup>142</sup>. Anche a volersi mantenere su un piano di considerazioni prettamente utilitaristiche, è agevole percepire l'incidenza negativa dello sperpero di risorse personali e di conoscenze tecnico-specialistiche (nonché di provviste economiche spese dall'ordinamento per elargirle) sullo sviluppo economico complessivo del Paese<sup>143</sup>.

## 7. (Segue) Vischiosità dei ruoli e insufficienze dello Stato sociale

---

<sup>138</sup> Sulla sua applicazione v. F. RESCIGNO, *Eguaglianza, sesso e religione. La paradigmatica declinazione dell'art. 3*, cit., 91, nt. 21.

<sup>139</sup> «(F)attore che non solo mortifica la professionalità delle donne, che raggiungono frequentemente i livelli più elevati dell'istruzione scolastica, ma si traduce in un abbassamento del livello complessivo dell'efficienza organizzativa»: S. SCARONI, *Il principio di eguaglianza uomo/donna*, cit., 101.

<sup>140</sup> V. D. GOTTARDI, *Le azioni positive nel settore privato*, in *NLCC*, 2003, 674.

<sup>141</sup> Per un quadro di sintesi, con riferimenti analitici ai vari Paesi europei, v. il prospetto fornito in tema di *gender equality* dalla Commissione europea, in <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/>.

Anche se il divario sembra ridursi nell'ultimo periodo, ciò si deve al calo occupazionale maschile, cioè al decrescere del valore corrispondente del dato di raffronto.

<sup>142</sup> V. Rapporto OIL, *Women at work Trends 2016*, gen. 2016.

<sup>143</sup> F. RESCIGNO, *Eguaglianza, sesso e religione. La paradigmatica declinazione dell'art. 3*, cit., 91. Non sono da sottovalutare le stime di Bankitalia, secondo cui se il nostro Paese raggiungesse l'obiettivo fissato nel trattato di Lisbona per un'occupazione femminile al 60% (ora innalzato dall'UE al 70%), facendo un balzo in avanti rispetto all'attuale 46%, il PIL nazionale si accrescerebbe del 7%.

L'evoluzione storica del settore giuslavoristico ha evidenziato come la de-segregazione orizzontale e verticale delle donne lavoratrici possa realizzarsi solo a patto di incidere sulle condizioni fattuali che concorrono al fenomeno da contrastare. Tali condizioni, secondo i risultati dell'analisi sociologica (in cui sia consentita una fugace incursione...), affonderebbero le loro radici a loro volta in ragioni socio-economiche<sup>144</sup> ed istituzionali idonee a corroborarle. La convergenza tra gli interessi capitalistici da una parte, protesi ad avvalersi di una forza-lavoro continuativa (corrispondente giocoforza a quella maschile) e gli interessi di governo dall'altra, orientati al contenimento della spesa sociale (grazie al preordinato indirizzamento della prestazione del lavoro femminile verso gli ambiti familiari e domestici)<sup>145</sup>, costituisce il principale terreno di coltura delle diseguaglianze.

In particolare, appare indispensabile la predisposizione di adeguati supporti e strumenti di *Welfare State*, idonei a sopperire e/o a sostenere il ruolo "di cura" tradizionalmente ricoperto dalle donne, in modo prevalente o tendenzialmente esclusivo<sup>146</sup>. In mancanza, la stessa elisione dei trattamenti differenziati con l'adozione di tecniche legislative livellatrici (*gender blind*) potrebbe rivelarsi persino controproducente, penalizzando ulteriormente la condizione femminile. La conseguenza di un'azione non sapientemente coordinata sul piano della parificazione normativa e su quello sociale sarebbe facilmente prevedibile: come accaduto in Italia già alla fine degli anni Ottanta, si renderebbe necessario un ripiego sulle "politiche della differenza" (*gender conscious*), le quali tuttavia in ultima analisi tendono a riconformare i rispettivi ruoli in funzione neo-conservatrice.

Una simile linea di intervento unilaterale ha concorso a delineare quella che può essere a ragione definita quale la peculiarità del «caso italiano», quanto alla distribuzione tra lavoro esterno e oneri di cura familiare, laddove anche in fasi di espansione economica non sempre nel nostro ordinamento si è reso possibile apprezzare un innalzamento del tasso di occupazione femminile<sup>147</sup>.

Le politiche della differenza si concretizzano nello sviluppo di una legislazione di protezione della donna, e tipicamente della maternità: si determina così l'unicità del modello adottato nel nostro ordinamento, nel quale convivono pacificamente l'obiettivo della protezione e

---

<sup>144</sup> Come osserva L. CARLASSARE, le ragioni delle disparità uomo/donna, al netto dell'«arretratezza culturale», risiedono anche in fattori materiali concreti: il fatto che la Costituzione sia rimasta «largamente inattuata nei contenuti sociali ha inciso non poco sulla condizione reale della donna» (*La parità dei sessi nella giurisprudenza*, cit., 12).

Che quella del principio di eguaglianza sia una «storia bicefala e bislacca di successi giuridici e di sconfitte sociali» è un assunto generale: v. M. AINIS, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino 2003, 26.

<sup>145</sup> V. T. TOFFANIN, *Donne al lavoro in Italia*, cit., 123.

<sup>146</sup> Né l'abbassamento del tasso di natalità (circolarmente collegato alla precarizzazione del lavoro comportante il rinvio del progetto di gravidanza) ha determinato l'alleggerimento degli oneri gravanti sulle donne nella sfera *lato sensu* domestica, dato che vi si aggiunge l'aumento della speranza di vita, tradottosi nella «modificazione delle caratteristiche della domanda di cura» (*ibidem*, 125).

<sup>147</sup> Come ricorda T. TOFFANIN, *Donne al lavoro in Italia*, cit., 123 s., citando L. BALBO (*Stato di famiglia*, Etas, Milano 1976), «nel decennio di maggior crescita economica è aumentato infatti in via straordinaria il numero di casalinghe»: negli anni Sessanta, ovvero nel pieno sviluppo economico del secondo dopo guerra, tale numero era il più alto d'Europa.

quello della parificazione, considerati in antitesi in altri ordinamenti<sup>148</sup>. La speciale protezione, presunta come risposta adeguata alle differenze biologiche, ricopre in alcune circostanze una funzione essenziale a salvaguardia dell'interesse della prole e dell'esigenza di continuità del rapporto genitoriale: esemplare la sua applicazione nel contesto carcerario, a favore delle donne detenute<sup>149</sup>.

La combinazione dicotomica tra misure *gender blind* e misure *gender conscious* non sempre tuttavia si rivela sufficiente a realizzare pienamente la domanda di eguaglianza. Se la previsione del mero congedo di maternità appariva insoddisfacente nel nuovo quadro degli obblighi familiari, il passaggio all'istituto del congedo parentale offre un emblematico esempio di come, in mancanza di un'azione integrata su vari fronti, misure formalmente neutre possano di fatto rivelarsi ben poco paritarie. Pur laddove si riconosca ad entrambi i genitori il congedo per la nascita della prole, in presenza di un marcato divario retributivo a sfavore del lavoro femminile, risulta finanziariamente conveniente che continui ad usufruire dell'istituto – anche dato il basso valore dell'indennità<sup>150</sup> – la madre lavoratrice<sup>151</sup>. Si consolida pertanto il convincimento per cui solo il lavoro maschile è del tutto continuativo (ciò che risponde agli interessi delle imprese) e al contempo non si esercita (perché non necessaria) alcuna pressione nella direzione della modifica dell'organizzazione del lavoro aziendale. Il quadro si aggrava se a quanto detto si unisce un altro dato, considerato anch'esso come un'anomalia italiana, vale a dire la difficoltà delle madri lavoratrici a rientrare al lavoro<sup>152</sup>.

Un passo avanti si preannuncia che possa essere compiuto grazie alla direttiva UE 2019/1158 (che gli Stati membri sono impegnati ad attuare entro tre anni): essa introduce il congedo di *paternità obbligatorio* di dieci giorni fruibile in occasione della nascita di un figlio (art. 4), estende da uno a due mesi il periodo di congedo dal lavoro non trasferibile da un genitore all'altro (art. 5) e prevede che la retribuzione da corrispondere al genitore lavoratore debba essere adeguata e in ogni caso non inferiore all'indennità di malattia (art. 8). Nelle considerazioni introduttive essa contiene rilevanti affermazioni circa l'impatto negativo prodotto sull'occupazione femminile dal modo in cui viene gestita la sfida del raggiungimento di un

---

<sup>148</sup> B. BECCALLI, *La politica delle quote*, cit., 37.

<sup>149</sup> Un esempio è rinvenibile nella sent. n. 1/1987, che avalla le forme di disciplina differenziata rette da una giustificazione identitaria, legata alla specificità del ruolo materno: v. F. POGGI, *Diversi per diritto*, in *Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *D&Q*, 2015, 31.

<sup>150</sup> Come rilevano le considerazioni introduttive della recente direttiva in materia (di cui a breve nel testo), «(V)i sono studi che dimostrano che gli Stati membri che offrono una parte significativa di congedo parentale ai padri e che versano ai lavoratori una retribuzione o un'indennità durante tale congedo a un tasso di sostituzione relativamente elevato presentano un tasso più elevato di fruizione da parte dei padri e una tendenza positiva nel tasso di occupazione delle madri».

<sup>151</sup> I. FANLO CORTÉS, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e diseguaglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, in *D&Q*, 2015, 37 ss., spec. 47 e, in generale, D. GOTTARDI, *Congedi parentali*, in *Dig. It.*, IV Agg., Torino 2000, 185.

<sup>152</sup> Sono impressionanti i dati dell'Ispettorato nazionale del lavoro, circa il numero di donne costrette a rassegnare le dimissioni dal lavoro per l'impossibilità di bilanciare lavoro e impegni di cura: quasi 30 mila donne (5.000 in più dell'anno precedente) nel solo 2016, pari a un bollettino di «guerra» (T. TOFFANIN, *Donne al lavoro in Italia*, cit., 128).

equilibrio tra attività professionale e vita familiare (punti 10 e 11)<sup>153</sup>, unite ad una notevole attenzione per l'effettività delle nuove misure<sup>154</sup>.

Se inizialmente la sostituzione nell'esperienza dell'Unione Europea delle misure di speciale protezione con la partecipazione paritaria delle due figure genitoriali all'allevamento della prole aveva fatto concludere per la fuoriuscita delle relative tecniche di tutela dalla branca della difesa contro le discriminazioni (e per la loro conseguente riconduzione all'ambito degli strumenti a difesa della famiglia), la nuova direttiva – che abroga la precedente in materia – mostra chiaramente come il nesso tra di esse e la parità di genere, sia sul piano concettuale, che normativo ed interpretativo, rimanga molto stretto.

La svalutazione del lavoro femminile, oltre a stridere fortemente con il già segnalato alto grado di istruzione delle donne, promette di aggravarsi con l'attuale fase economica. Il mercato globale, accentuando la competizione tra gli ambiti produttivi statali, ha determinato una corsa al ribasso nella salvaguardia degli istituti tipici del diritto del lavoro, rendendo le garanzie giuslavoristiche subordinate alle esigenze del mercato. Anche la crisi economica, con lo scardinamento del *Welfare State* che ne è conseguito, finisce per ripercuotersi negativamente sulla questione di genere: i due fenomeni hanno provocato ricadute asimmetriche sui lavoratori e sulle lavoratrici, in particolare più penalizzanti per queste ultime. Il paradigma della *flexsecurity*, adottato dalla riforma del lavoro del 2003, potenziava un'articolata gamma di contratti di lavoro atipici che, presentati e motivati ufficialmente come volano dell'occupazione, indebolivano sensibilmente le garanzie<sup>155</sup> a tutela dei lavoratori, con un impatto più accentuato nei confronti delle donne<sup>156</sup>. Vi campeggiava il lavoro parziale – statisticamente privilegiato

---

<sup>153</sup> «Lo squilibrio nella concezione delle politiche a favore dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare tra donne e uomini rafforza gli stereotipi e le differenze di genere nell'ambito del lavoro e dell'assistenza. Le politiche in materia di parità di trattamento dovrebbero mirare ad affrontare la questione degli stereotipi relativi alle professioni e ai ruoli sia maschili sia femminili, e le parti sociali sono incoraggiate ad agire in base al loro ruolo fondamentale di informare sia i lavoratori sia i datori di lavoro e di sensibilizzarli in merito alla lotta alla discriminazione. Inoltre, l'uso di meccanismi per conciliare attività professionale e vita familiare da parte dei padri, come il congedo o le modalità di lavoro flessibili, ha dimostrato di incidere positivamente sulla riduzione della percentuale di lavoro domestico non retribuito svolto dalle donne e di lasciare loro più tempo per il lavoro retribuito» (punto 11).

<sup>154</sup> «Nell'attuare la presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero considerare il fatto che una pari fruizione dei congedi per motivi familiari tra uomini e donne dipende anche da altre misure appropriate, quali l'offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e l'assistenza a lungo termine, che sono cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di assistenza di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro. L'eliminazione dei disincentivi economici può anche incoraggiare i percettori di reddito secondario, nella maggior parte dei casi donne, a partecipare pienamente al mercato del lavoro» (punto 12).

<sup>155</sup> Se la tutela reale in caso di violazione del divieto di discriminazioni, sia dirette che indirette, è stata mantenuta dalla riforma Fornero, il meccanismo di protezione non si rivela sufficiente dinanzi al fatto che l'onere della prova – sia pure con le facilitazioni consentite dalla possibilità di ricorso a rilievi statistici – grava su chi subisce il trattamento discriminatorio e, soprattutto, in un contesto generale di precarizzazione del rapporto lavorativo: v. S. SCARPONI, *op. ult. cit.*, 110 s.

<sup>156</sup> Un valore esemplare in questo contesto può assumere il rilievo che il contratto a termine, in caso di gravidanza della lavoratrice, non si rinnova, sussistendo un corrispondente diritto solo nei rapporti di lavoro stagionali, mentre dal canto suo l'invocazione del divieto di discriminazione si rivela infruttuosa per la prevalenza accordata dalla giurisprudenza alla discrezionalità del datore di lavoro. In altri termini, si può affermare che «la scadenza del termine rende inoperante il divieto di licenziamento per gravidanza o maternità»: *ibidem*, 107.

dalle lavoratrici<sup>157</sup> –, una tipologia contrattuale al cui trattamento svantaggioso aveva già cercato di ovviare la direttiva 98/81/CE<sup>158</sup>, sulla scorta di una significativa evoluzione della Corte di Giustizia, che aveva portato quest'ultima a ravvisarvi coerentemente un'ipotesi di discriminazione indiretta<sup>159</sup>. Né, per venire agli ultimi sviluppi, l'approccio al problema dell'eguaglianza tra i sessi adottato dal *Jobs Act* si può dire che abbia giovato al fenomeno, scontando i difetti di una linea politica per lo più di tipo «congiunturale»<sup>160</sup>. Infine, per quanto sia prematuro avanzare conclusioni al riguardo, la recessione che stanno attraversando tutte le economie dei Paesi più seriamente colpiti dalla pandemia da Covid-19 in atto si preannuncia non equamente ripartita tra lavoro maschile e femminile, ma ben più gravosa per quest'ultimo, anche in quegli Stati, come gli USA, dove si era da poco realizzato il tanto agognato «sorpasso»<sup>161</sup>.

In simile contesto, una qualificata funzione di indirizzo politico, in vista dell'oculata gestione delle risorse economiche pubbliche, appare suscettibile di svolgere il meccanismo di valutazione dell'impatto delle misure assunte, c.d. *gender auditing*, consistente nell'analizzare le entrate e le spese di un ente pubblico, valutando *ex ante* e monitorando *ex post* gli effetti prodotti su uomini e donne<sup>162</sup>. È il caso di sottolineare che l'adozione di simili misure non può essere lasciata a quella forma di diffusione spontanea tipica delle buone prassi delle singole amministrazioni.

Non è privo di rilievo ricordare, a questo proposito, la centralità del lavoro in un ordinamento democratico (art. 4, co. 2, Cost.), come meccanismo principale di garanzia della cittadinanza e di inclusione dinamica dei consociati in condizioni di eguaglianza, in funzione della realizzazione dell'istanza personalista<sup>163</sup>. D'altro canto, proprio nello stesso art. 35, co. 1, Cost. è stato rinvenuto dalla giurisprudenza costituzionale il fondamento del riconoscimento del lavoro domestico (sent. n. 28/1995)<sup>164</sup>. Recuperare la vocazione originaria dell'affermazione dell'eguale soggezione alla legge anche nel campo del lavoro equivale a rinverdire la funzione storica dello Stato di diritto, che non postulava affatto, secondo l'iniziale teorizzazione, una

---

<sup>157</sup> In proposito v. ancora le considerazioni introduttive della direttiva 2019/1158: «Benché il lavoro a tempo parziale si sia rivelato utile per consentire ad alcune donne di restare nel mercato del lavoro dopo la nascita di un figlio o l'assistenza a familiari che necessitano di cure o sostegno, lunghi periodi di riduzione dell'orario di lavoro possono determinare una riduzione dei contributi di sicurezza sociale e, quindi, la riduzione o l'annullamento dei diritti pensionistici» (par. 35).

<sup>158</sup> Trasposta nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 61/2001.

<sup>159</sup> V. S. SCARPONI, *Il principio di eguaglianza uomo/donna*, cit., 80.

<sup>160</sup> P. TULLINI, *L'eguaglianza tra i sessi*, cit., 67.

<sup>161</sup> M. GOGGI, *Gli USA. Una recessione al femminile*, in *Corriere della sera*, 18 mag. 2020.

<sup>162</sup> A. SIMONATI, *La parità di genere*, cit., 117.

<sup>163</sup> A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., 106 ss., per il quale l'obiettivo dell'inclusione, a fini di trasformazione sociale e di sviluppo della personalità individuale, per definizione, non può identificarsi con l'incremento occupazionale come dato complessivo, ma deve misurarsi con il giusto peso specifico dei singoli «segmenti», tra cui – oltre all'occupazione giovanile, all'integrazione degli immigrati, alla distribuzione geografica del lavoro – un posto specifico ricopre l'occupazione «delle donne e il discorso sulle pari opportunità» (107).

<sup>164</sup> La valorizzazione di tale attività lavorativa è conforme alla riformulazione della cittadinanza come partecipazione e come responsabilità individuale nella cura del benessere collettivo, avanzata da F. BILANCIA (*Etica della cura come etica pubblica*, cit., 55), in connessione con un mutamento dei presupposti culturali di una teoria dei diritti sociali, i quali danno «forma istituzionale alla solidarietà»: E. CHRISTODOULIDIS, *Social Rights Constitutionalism: An Antagonistic Endorsement*, in *Journal of Law and Society* 2017, 123 ss.

separazione tra società e Stato, ma assegnava ai poteri pubblici innanzitutto un ruolo di garanzia contro qualsiasi forma di potere privato<sup>165</sup>.

Detto per inciso, questo profondo radicamento delle disparità di genere in sottostanti ragioni socio-economiche, convergenti con pressanti interessi pubblici, costituisce il *proprium* del capitolo dell'eguaglianza uomo/donna, che non lo rende concettualmente unificabile con quello delle rivendicazioni paritarie avanzate, ad es., dalle persone omosessuali<sup>166</sup>.

## 8. L'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive tra rimedi giuridici ...

La Costituzione, nel riconoscere pari diritti civili e politici a tutti, specificando «senza distinzioni di sesso», rompe l'assetto dello Stato autoritario<sup>167</sup>. Tuttavia il cammino verso il superamento della prevalente esclusione delle donne dalla costruzione della democrazia rappresentativa e dall'assunzione di decisive scelte di governo<sup>168</sup>, garantendone la piena «partecipazione ai processi decisionali» e l'«accesso al potere»<sup>169</sup>, ivi comprese le posizioni apicali negli uffici pubblici, è ancora lungo.

Per quanto riguarda la scarsa presenza femminile nelle assemblee elettive, correggendo un difetto di impostazione concettuale che ha a lungo inficiato la tematica delle c.d. quote rosa, Lorenza Carlassare ha notato che «la questione vera non sta tanto nei diritti delle donne quanto nella realizzazione della democrazia», in quanto «non è ammissibile che il potere decisionale sia detenuto esclusivamente da una metà (anzi da meno della metà) della popolazione e che dalle sedi in cui quel potere si esercita la maggioranza sia praticamente esclusa»<sup>170</sup>.

L'aver posto la questione sul piano della rivendicazione di genere ha suscitato, come obiezione, l'invocazione del limite dell'universalità della rappresentanza politica, travisando il significato degli attributi propri della nozione, tipicamente ricostruita quale relazione unitaria e generale. Tali caratteri dell'interesse da rappresentare, correttamente intesi, stanno ad indicare la circostanza per cui l'eletto rappresenta la nazione nella sua interezza e non coloro che lo investono, superando il corrispondente istituto medievale fondato sul mandato, mentre, al

---

<sup>165</sup> «Prima che il liberismo economico volgesse la teoria dello Stato di diritto contro lo Stato, i teorici del *Rechtstaat* avevano esaltato la funzione dello Stato e del suo diritto come garanzia di eguaglianza degli individui e protezione dei diritti e della proprietà dal potere economico e cetuale esercitato da altri individui»: R. BIN, *Rule of law e ideologie*, cit., 38.

<sup>166</sup> Cui la problematica non è ritenuta estensibile nemmeno dalla CG: v. sent. 17 febr. 1998, caso *Grant*.

<sup>167</sup> F. SORRENTINO, *Eguaglianza. Lezioni*, cit., 3.

<sup>168</sup> V. S. LEONE, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Franco Angeli, Milano 2013; G. BRUNELLI, *Divieto di discriminazione e diritti di cittadinanza*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, cit., 3 ss.

<sup>169</sup> Annotati tra gli obiettivi preminenti della Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulla parità di genere, svoltasi a Pechino nel 1995.

<sup>170</sup> L. CARLASSARE, *Considerazioni conclusive*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi*, cit., 246.

tempo della rivoluzione francese, essi sono stati anche tesi a conseguire l'agognato superamento del particolarismo dei corpi intermedi<sup>171</sup>.

Si è preteso invece di desumere dalla natura universale della categoria esaminata l'assoluta indifferenza – anche dal punto di vista del sesso – del rappresentante.

L'indifferenza del genere dell'eletto è la premessa da cui muove la stessa Corte costituzionale – che pure aveva svolto un ruolo altamente significativo a favore dell'accesso delle donne ai pubblici uffici<sup>172</sup> – nella sent. n. 422/1995. Tale assunto si è rivelato *a posteriori* come un equivoco, essenzialmente per due ragioni. La prima è che l'indifferenza storicamente è un falso: il sesso del rappresentante è stato a lungo così poco "indifferente" che esso stesso ha costituito per molto tempo un requisito per l'elettorato attivo e passivo<sup>173</sup>. Quello dei diritti politici ha costituito il terreno d'elezione dell'impiego nel linguaggio giuridico normativo dell'universale neutro ("Tutti i cittadini") che, per l'implicita e tacita identificazione con il maschile, ha avuto a onor del vero ben poco di universale.

L'argomento che fa leva sulla nozione teorica della rappresentanza, come categoria che nella sua connotazione tipica di generalità collega l'eletto all'interesse indifferenziato della nazione, viene opposto poi da un secondo punto di vista. Si presuppone che la promozione della partecipazione delle donne alle assemblee elettive possa basarsi solo sulla concezione della *mirror representation*, secondo cui il rappresentante rifletterebbe gli interessi della quota del corpo elettorale che lo vota, concezione in sé discutibile e priva di riscontro positivo<sup>174</sup>. La logica della parità tuttavia non sottende l'idea di una pretesa rappresentanza delle donne come distinta categoria sociale. Le donne, come si è detto, non sono un gruppo, una classe, una *lobby* o una categoria distinta in seno alla comunità dei consociati, in quanto trasversalmente presenti in tutti i possibili segmenti della società; esse non costituiscono pertanto una minoranza, ma la metà (o più...) del popolo sovrano. L'istanza della piena partecipazione politica non viene manifestata perché si tutelino presunti interessi differenziati del mondo femminile, ma per ovviare ad una limitazione del principio democratico, ad una distorsione in senso oligarchico del potere politico. Senza contare che la democrazia che connota la repubblica come sua prima qualificazione (art. 1 Cost.) dell'"etica della cura" – da sempre accostata all'indole

---

<sup>171</sup> L. CARLASSARE, *La rappresentanza politica: un concetto complesso*, in [www.centrostudi.parlamentari.it](http://www.centrostudi.parlamentari.it), 67.

<sup>172</sup> Per quanto riguarda le posizioni di vertice dei pubblici uffici, la legge fascista n. 1176/1919, che vietava alle donne l'accesso alla magistratura, alla carriera militare e ai livelli più alti della pubblica amministrazione, non è stata abrogata di propria iniziativa dal Parlamento repubblicano, ma ha potuto essere smantellata grazie alla sollecitazione della Corte costituzionale (sent. n. 33/1960, che ne dichiarava parzialmente illegittimo l'art. 7), seguita dalla l. n. 66/1963 (v. A.M. ISASTIA - R. OLIVA, *Cinquant'anni non sono bastati. Le carriere delle donne a partire dalla sentenza n. 33/1960 della Corte costituzionale*, Scientia Express, Trieste 2016).

La Corte ha proseguito in questo percorso fino alla sent. n. 172/2001, dando il suo avallo alla previsione normativa secondo cui i due componenti non togati del Trib. Minorenni devono essere di sesso diverso, in modo che il collegio possa avvalersi del peculiare contributo di esperienza e sensibilità di ciascuno di essi.

<sup>173</sup> *Ibidem*, 68; nonché Id., *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in AA.VV., *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Cedam, Padova 2002, 34 ss.

<sup>174</sup> Per la sua critica, v. W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale* (1995), Il Mulino, Bologna 1999, 241. Adde M.P. PATERNÒ, *Dall'eguaglianza alla differenza. Diritti dell'uomo e cittadinanza femminile nel pensiero politico moderno*, cit.

femminile – può e deve avvalersi nella nuova riformulazione della trama democratica non più intessuta dalle maglie asfittiche dell'individualismo borghese<sup>175</sup>.

Nella sent. n. 49/2003 la Corte ha riconosciuto che la presenza obbligatoria dei candidati di entrambi i sessi nella composizione delle liste non istituisce alcun rapporto diretto tra eletto ed elettore ed ha ricondotto la problematica entro le coordinate della partecipazione alla vita democratica del Paese da parte di una quota rilevante del soggetto detentore della sovranità. Tale pronuncia contiene la fondamentale affermazione secondo cui, al di fuori dell'attribuzione del risultato finale dell'elezione – respinta in quanto meccanismo *result-oriented* –, la misura contemplata finisce per costituire una *condicio sine qua non* dell'accesso alle cariche elettive da parte delle donne. A conferma del suo consolidamento, il nuovo indirizzo, volto ad assicurare una possibilità di partecipazione effettiva della componente femminile alle assemblee rappresentative, trova ulteriore conferma nella sent. n. 4/2010<sup>176</sup>, relativa alla legge campana che subordinava la possibilità di indicare una seconda preferenza alla divergenza del sesso del candidato da quello del precedente (“doppia preferenza di genere”). La decisione, riportando il riequilibrio nell'accesso alle cariche elettive agli ostacoli di fatto che impediscono la piena partecipazione dei cittadini agli organi politici del Paese (art. 3, co. 2, Cost.), pone correttamente il tema sul terreno della piena democraticità: trattandosi di quote di genere (e non femminili), si conferma che uomini e donne hanno titolo al medesimo trattamento, ripensando l'universale «attraverso il dualismo dei sessi» e correggendone l'originaria illusoria neutralità<sup>177</sup>.

Pur dopo la svolta segnata nel 2003, la giurisprudenza costituzionale persevera nel confermare l'inammissibilità in materia elettorale di misure orientate al risultato. Il limite costituito dall'inaccettabilità di meccanismi di tale tipo può essere ricavato, oltre che dall'ostacolo insuperabile della libertà del voto, dalla stessa formula della pari dignità sociale, connessa ai meriti e alle capacità di ciascuno: l'attribuzione di privilegi ingiustificati, indipendentemente dal possesso di tali attributi, integrerebbe infatti una lesione e non una promozione della pari dignità<sup>178</sup>. Collocandosi su questo terreno opportunamente, nella richiamata sent. n. 49/2003, la Corte costituzionale riporta la prescrizione relativa alla composizione delle liste elettorali non nel solco di finalità compensatorie di passati svantaggi, ma sul terreno delle misure antidiscriminatorie<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> Sulla base dell'etica della cura, che assume come centrali i concetti di relazione e di dipendenza interpersonale, le libertà fondamentali e i diritti politici sono stati reindirizzati verso un'assunzione di responsabilità comune e orientati verso la garanzia della società democratica e del fisiologico funzionamento delle sue istituzioni da J. TRONTO, *Caring Democracy. Markets, Equality and Justice*, NY University Press, New York-London 2013.

<sup>176</sup> Su cui v. L. LORELLO, *Quote rosa e parità tra i sessi: la storia di un lungo cammino*, in *Oss. cost.*, 2/2007.

<sup>177</sup> B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 81.

<sup>178</sup> V. G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 16.

<sup>179</sup> È lo stesso approccio dell'art. 117, co. 7, Cost. (introdotto dalla l. cost. n. 3/2001), che, eliminando ogni lettura riduttiva in cui poteva incorrere l'interpretazione dell'art. 51 Cost., impegna esplicitamente le leggi regionali a rimuovere ogni ostacolo e a promuovere la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive: v. L. GIANFORMAGGIO, *La promozione della parità di accesso alle cariche elettive in costituzione*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi*, cit., 74 ss.

Sul seguito dato alla previsione dai legislatori delle Regioni e sulle disposizioni statali in materia di elezioni negli enti locali e contenenti i principi fondamentali della legislazione elettorale regionale (l. n. 215/2012), v. F.

Nel medesimo limite finiscono per incorrere tutte le richieste di assegnazione di una riserva quantitativa di posti nei più alti incarichi pubblici. Come è stato notato, esse infliggerebbero una «surrettizia *deminutio*» alla dignità delle donne e al valore della loro persona, che rischia di essere intesa come riflesso di una loro «inferiorità naturale» da compensare con vari stratagemmi<sup>180</sup>. Sembra dubitabile, tuttavia, che chi oggi reagisce alla prevalente o esclusiva distribuzione maschile delle cariche pubbliche, sia alla ricerca di rimedi per compensare la propria presunta “inferiorità” qualitativa, attraverso privilegi concessi in virtù del solo sesso di appartenenza e indipendentemente dal proprio merito.

Piuttosto, le rivendicazioni costituiscono una reazione alla meraviglia che desta la palesata difficoltà di rinvenire donne di valore al momento delle nomine, la quale induce a riflettere sulla vischiosità degli ostacoli che tuttora intralciano una spiccata visibilità della donna nella sfera pubblica: non ultimo tra questi l’ostilità che la classe politica, specie in recentissimi governi, ha manifestato con toni marcati e abusi del linguaggio verso la componente politica femminile, arrecando *vulnera* non meno laceranti alla dignità della persona e muovendosi in direzione opposta alla promozione della partecipazione.

Tali vischiosità possono essere in parte rimosse con strumenti tipicamente giuridici. Un significativo esempio viene in anni recenti da alcune significative novità giurisprudenziali intervenute per l’ipotesi in cui le nomine per i più alti incarichi pubblici riguardino i componenti di un organo collegiale. Con riferimento alla composizione delle Giunte regionali, la Corte costituzionale – rafforzando un indirizzo che cominciava a delinearsi in seno al vertice della giustizia amministrativa – ha affermato la sindacabilità dell’atto politico di nomina presidenziale degli assessori, in nome dell’immediata precettività dell’art. 51 Cost., che vale a circoscrivere l’esercizio della discrezionalità politica (sent. n. 81/2012). Nella stessa decisione i giudici costituzionali, rivitalizzando le norme statutarie di principio, cui era stata negata in passato natura giuridicamente vincolante, hanno parimenti riconosciuto pieno carattere cogente a quei precetti, eventualmente presenti nello Statuto regionale, che nel disciplinare gli organi esecutivi dell’ente di decentramento territoriale prevedano il principio della parità di genere. Il rilievo dell’orientamento giurisprudenziale consiste nel fatto che esso travalica l’orizzonte della mera eguaglianza delle *chances* per orientarsi verso obiettivi di riequilibrio effettivo.

## 9. (Segue) ... e prassi politiche: l’obiezione della *sameness*

I rimedi propriamente giuridici non appaiono però pienamente appaganti a fronte della complessità della questione, dato che la natura delle difficoltà di accesso chiama in causa anche (e soprattutto) le responsabilità della dimensione politico-partitica. In campo elettorale, in particolare, la risoluzione soddisfacente del problema non sembra che si possa rinvenire

---

BIONDI - G. RIVOSECCHI, *Le forme della rappresentanza e il sistema dei partiti*, in S. SICARDI - M. CAVINO - L. IMARISIO (a cura di), *Vent’anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme dell’Italia tra due secoli*, Il Mulino, Bologna 2015, 218 ss.

<sup>180</sup> A. ANZON DEMMIG, *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell’accesso ad uffici pubblici e a cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti)*, in *Oss. cost.*, 3/2018, risp. 124 e 125.

nella mera fissazione di un risultato in termini quantitativi – che peraltro appare porre essa stessa un arbitrario «“tetto”» alle aspirazioni delle donne – ma pare risiedere invece in un profondo ripensamento delle prassi del potere, volto a mettere in discussione l’opportunità di conservare intatti «i costumi e le imperscrutabili logiche» che ad esso si accompagnano. Sarebbe illusorio, infatti, pensare che le preferenze di genere siano di per sé sole sufficienti ad invertire il percorso della sottorappresentazione del genere femminile nelle istituzioni democratiche. L’«oligarchia maschile» poggia su una rete diffusa e capillare di forme di «presenza sociale», capace di attrarre voti, nonché su specifici e ben consolidati «modi concreti di esercizio del potere politico»: in questo scenario le quote rappresentano solo la punta dell’*iceberg* di una tematica aggrovigliata, che va affrontata sin dalle fondamenta, una «scorciatoia»<sup>181</sup> che occulta le ragioni della minore rappresentazione, anziché mirare ad incidere sulle condizioni di fatto in cui esse si sostanziano, per la realizzazione di quella complessiva trasformazione sociale voluta dall’art. 3, co. 2, Cost.

La soluzione preferibile appare, pertanto, la previsione di congegni ed istituti atti a garantire la trasparenza dei criteri che sorreggono l’assegnazione dei più ambiti incarichi pubblici, come l’introduzione di un *audit* parlamentare (sul modello statunitense)<sup>182</sup> al momento della scelta dei candidati per le nomine di organi costituzionali e di rilievo costituzionale, di Autorità indipendenti e simili. È la pubblicità delle candidature e dei metodi di selezione che consente – pur nel pieno rispetto della politicità e dunque piena discrezionalità delle nomine stesse – di sottoporre a critica (e ad eventuale sanzione...) politica le scelte e gli orientamenti dei partiti che si dovessero rivelare alla prova dei fatti non *gender-friendly*.

L’attenzione posta sulla trasformazione delle prassi cui si accompagna l’esercizio del potere politico consente peraltro di ovviare all’obiezione della *sameness*, che viene mossa al filone antidiscriminatorio, accusato – pure, anche se non sempre a ragione, nella variante che si qualifica come corrente “antisubordinazione”<sup>183</sup> e si contraddistingue per l’obiettivo dell’affrancamento femminile da qualsiasi posizione di dipendenza – di aspirare al potere nella sua attuale conformazione, senza metterne in discussione i “costumi” e le imperscrutabili logiche. Si annullerebbe così il ruolo critico e attivo che dovrebbe per definizione essere associato ad ogni ingresso sulla scena di nuovi soggetti. Proprio un simile azzeramento – che preserva il potere politico come un universo maschile più congeniale e più ricettivo rispetto a omologhi modelli di comportamento – indebolisce vistosamente il percorso di realizzazione dell’eguaglianza, in quanto ad esso sembra in gran parte doversi ricondurre la rilevata riluttanza delle donne ad intraprendere carriere politiche e persino quella dell’elettorato femminile a sostenere candidature dello stesso genere.

---

<sup>181</sup> R. TOSI, *Le «quote» o dell’eguaglianza apparente*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, *La parità dei sessi*, cit., 110 s.; cui adde R. BIN, *Donne e autoreferenzialità della politica*, *ivi*, 39 ss.

<sup>182</sup> L’istituto consentirebbe ai parlamentari, unitamente ad esperti indipendenti, di discutere la preparazione e la caratura intellettuale dei candidati, “civilizzando” il potere attraverso l’esercizio ragionato e pubblico del giudizio: è la proposta di S. NICCOLAI, *Le cariche dei 21 uomini, ma il rimedio non sono le quote*, in *Il Manifesto*, 26 lug. 2018, 19 (dove si leggono anche le parole cit. nel testo).

<sup>183</sup> Di “principio anti-subordinazione di genere” come chiave di lettura per intendere le norme costituzionali in materia discute B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 37 ss.

La “virulenza” di pratiche criticabili può osservarsi in molteplici circostanze. Si pensi anche alla scelta dei criteri selettivi e, conseguentemente, all’eventuale strumentalizzazione delle candidate, come accaduto nel caso delle dimissioni delle onorevoli leghiste elette, per fare spazio ai candidati uomini, dopo le elezioni del 1994<sup>184</sup>; o, più di recente, al noto episodio delle dimissioni di alcune donne elette, con la pratica conseguenza di cedere il seggio ai candidati successivi nell’ordine della lista, automaticamente di sesso maschile in virtù del criterio di alternanza. Essa si è manifestata parimenti e con prepotenza alle ultime elezioni politiche, svoltesi con il nuovo modello recentemente introdotto di conversione dei voti in seggi, che ancora una volta ha rivelato l’incidenza di logiche applicative corporativistiche. Sul piano normativo il sistema elettorale vigente (l. n. 165/2017, c.d. *Rosatellum-bis*) prefigura, per la composizione alternata delle liste bloccate che valgono per l’assegnazione dei seggi con il sistema proporzionale, il rapporto di 60 % a 40 %, in ciò riducendo le opportunità per il sesso di fatto sotto-rappresentato rispetto all’*Italicum* (l. n. 52/2015), dove l’omologo limite era fissato al 50 %; per converso, lo stesso nuovo sistema elide il rischio di svuotamento dell’alternanza insito nella precedente legge, che manteneva, negativamente, la possibilità della preferenza unica. Nella prassi, l’aggiramento dell’intento di promuovere l’accesso del genere sottorappresentato può realizzarsi tuttavia al momento dell’attribuzione di un terzo dei seggi in virtù dei collegi uninominali, a causa della scelta dei partiti di “dirottare” le candidature femminili prevalentemente nei collegi considerati “meno sicuri”. In considerazione di questi ostacoli alla conquista da parte delle donne dei seggi distribuiti con il sistema maggioritario, non rimane che l’accesso attraverso il canale proporzionale, che può “fruttare” al massimo (data la composizione alternata della lista bloccata) meno della metà dei posti accessibili con questo sistema: cioè in definitiva mai molto al di là di un terzo del totale dei rappresentanti. È vero, in definitiva, che di strada se ne è fatta tanta, se si pensa che si è passati dal 5% pari al livello di presenza femminile in Parlamento nelle prime elezioni democratiche del 1948, alla composizione del 2018, quando per la prima volta un parlamentare su tre è donna<sup>185</sup> (pur rimanendo bassissima, intorno al 10% con rare eccezioni, la quota media di donne ministro nei vari esecutivi della Repubblica, a fronte del 60% dell’analoga quota in Spagna); così come, alla prima volta nella storia della Repubblica in cui, in quello stesso anno, la seconda carica dello Stato veniva attribuita ad una donna, si aggiunge oggi il traguardo della prima presidenza femminile della Corte costituzionale, con l’elezione nel novembre 2019 di Marta Cartabia. Tuttavia, senza un cambiamento di prospettiva, la frazione di un terzo sembra destinata a divenire l’ennesimo tetto di cristallo infrangibile, una misura percentuale predefinita e invalicabile in cui è destinata a risolversi la realizzazione della democrazia paritaria.

---

<sup>184</sup> V. G. BRUNELLI, *L’alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e “quote” riservate alle donne*, in *Dir. soc.*, 3/1994, 546 s. e P. FARAGUNA, *Recenti sviluppi dell’esperienza costituzionale italiana in tema di c.d. quote rosa*, in F. SPITALERI (a cura di), *L’eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Giappichelli, Torino 2013, 81.

<sup>185</sup> V. il Dossier dell’Ufficio Valutazione Impatto, *Parità vo’ cercando. Settant’anni di elezioni in Italia: a che punto siamo con il potere delle donne?*, sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it) e il Documento *Le donne e il Parlamento europeo. Infografica*, sul sito <http://www.europarl.europa.eu/portal/it> e in dottrina P. FARAGUNA, *Recenti sviluppi dell’esperienza costituzionale*, cit.

Il che conferma l'importanza della dimensione partitica – gravemente insofferente a vincoli democratici interni che ne correggono la struttura asimmetrica tendente al predominio del *leader* – nel conseguire il proclamato obiettivo del riequilibrio di genere<sup>186</sup>.

## 10. Un cenno all'effettività degli strumenti di tutela nella Pubblica Amministrazione

In generale, la tutela antidiscriminatoria può dirsi approdata pure nel settore delle pubbliche amministrazioni, guadagnando altresì il terreno delle misure di diritto diseguale che, data la natura pubblicistica delle norme di settore, sono contrassegnate da tratti di coerenza. Un esempio di azioni positive è dato dall'imposizione della quota femminile di un terzo nella composizione delle commissioni per l'accesso al pubblico impiego (l. n. 215/2012, che ribadisce il d. lgs. n. 165/2001), norma che ha superato indenne la censura di costituzionalità avanzata dal Consiglio di Stato.

Tuttavia, lo strumento idealmente più incisivo sinora elaborato in questo ambito, la figura istituzionale della Consigliera di parità<sup>187</sup>, rischia di rivelarsi, nonostante la creazione di un apposito fondo per la sua attività (per via del d.lgs. n. 196/2000), sostanzialmente improduttivo. Ciò perché, nonostante le funzioni di alto profilo ad esso assegnate a presidio di principi del massimo pregio costituzionale, l'organo in sé soffre di una debole strutturazione, di scarsa provvista finanziaria e, soprattutto, dell'incardinamento presso l'apparato della pubblica amministrazione, che lo rende esposto a stringenti controlli – come emblematicamente dimostra la revoca disposta dal Ministro del Lavoro nel 2008, secondo le regole dello *spoil system* – e lo relega in definitiva ad una funzione meramente «ornamentale», alla stregua dei tanti «inutili orpelli» del potere esecutivo<sup>188</sup>.

Ben diverse sarebbero la capacità d'azione e l'autorevolezza dell'ufficio se, superandone l'inquadramento squisitamente burocratico, fosse convertito in un'autorità indipendente (secondo la proposta avanzata dal neo-istituito ministro delle Pari opportunità nel corso del primo governo Prodi). La fragile ed insoddisfacente soluzione normativa attuale, che mostra come la questione del riequilibrio di genere non sia «mai veramente entrata nell'agenda politica del nostro Paese», ha attratto conseguentemente l'attenzione della Commissione europea, che ha avviato una procedura d'infrazione contro l'Italia, con l'"accusa" di non avere indicato quale fosse l'organismo indipendente tenuto ad esercitare le funzioni antidiscriminatorie

---

<sup>186</sup> V. S. STAIANO, *L'incertezza (anche) delle regole dell'incarico*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4/2018, 8 e V. FOGLIAME, *La parità di genere nella l. elettorale e il ruolo dei partiti politici*, in *Oss. cost.*, 3/2018, 136 s.

<sup>187</sup> Nel profluvio di commissioni e comitati, prevalentemente investiti di innocui poteri propositivi e consultivi, una menzione particolare meritano i comitati unici di garanzia (Cug, ex art. 21, Collegato lavoro 2010) che, prendono il posto dei comitati per le pari opportunità previsti dai contratti collettivi.

<sup>188</sup> V. F. GUARRIELLO, *L'apparato normativo e strumentale volto a sostenere l'eguaglianza uomo-donna nel lavoro: verso un'authority contro le discriminazioni?*, in [www.unifg.it](http://www.unifg.it).

essenziali prescritte dalla normativa europea, obiettivo cui non è in grado di sopperire l'adeguamento puramente formale realizzato dal d.lgs. n. 5/2010<sup>189</sup>.

## 11. Le tante anime dell'Unione Europea: dalla tendenza alla neutralizzazione del genere alla riscoperta della dignità delle differenze

Il versante della tutela antidiscriminatoria nell'ordinamento comunitario costituisce una branca molto estesa e sottende una concezione di eguaglianza che risente di influenze e percorsi i quali, in quanto autonomi rispetto a quelli ricostruibili nell'ordinamento nazionale, richiederebbero un esame a sé stante<sup>190</sup>. Il carattere sovranazionale dell'edificio giuridico europeo, caratterizzato da uno spiccato grado di integrazione con i diritti interni, rende però inopportuno trascurarne del tutto la considerazione: in maniera rapsodica, si tenterà di evidenziarne alcune delle principali tendenze, cercando di estrapparle da un panorama sfaccettato e niente affatto univoco.

Le stratificazioni dell'eguaglianza cui si è fatto cenno hanno generato nella vecchia Europa un modello di tutela complesso, sofisticato nella strumentazione ed articolato nelle finalità. Nonostante i molteplici strumenti messi a disposizione – ulteriormente rafforzati dallo sviluppo delle recenti politiche di *mainstreaming* e *gender empowering*<sup>191</sup> – non sempre la raffinatezza dei meccanismi di garanzia elaborati nel laboratorio sovranazionale si è tradotta in corrispondenti pratiche di protezione nel nostro ordinamento, che si rivelava ancora fino ad un recente passato più propenso a privilegiare tradizionali forme di tutela reale, ritenute più efficaci. Sul piano degli obiettivi perseguiti, d'altro canto, nel contesto europeo è spesso prevalsa una prospettiva di tipo “funzionalista” – di cui sono emblema le sentenze *Defrenne*, che riconoscono la parità di retribuzione tra uomini e donne per correggere l'alterazione della libera

---

<sup>189</sup> Che aggiunge il comma 1-bis all'art. 15 del codice delle Pari opportunità: v. *ibidem* (ove si leggono le parole cit. nel testo).

È prematuro esprimersi sull'efficacia degli indirizzi programmatici in proposito assunti dall'attuale Governo in carica.

<sup>190</sup> La branca risulta fortemente permeata dall'ordinamento statunitense che, a partire dai vari *Civil Rights Acts*, ne ha modellato gli strumenti di tutela: dall'introduzione delle discriminazioni indirette, al rilievo tributato alle situazioni di fatto, fino alla figura delle azioni positive; persino la recente equiparazione della “molestia” alla violazione dell'eguaglianza, compiuta dalle direttive della seconda stagione antidiscriminatoria, proviene dall'attenzione ai risvolti di tipo sessuale della *gender discrimination* tipica del *CRA* del 1964. Per questi lasciti v. O. POLLICINO, *Di che cosa parliamo*, cit., *passim*.

Formalmente, com'è noto, è il trattato di Amsterdam ad erigere la parità uomo/donna tra gli obiettivi principali dell'UE e ad inserire in quello che corrisponde all'attuale art. 141 TFUE la previsione della legittimità a favore del “sesso sottorappresentato” di *preferential treatments* che abbiano «lo scopo di annullare gli ostacoli e compensare gli svantaggi che si frappongono nell'accesso al lavoro e nella carriera professionale». Il principio è esteso dall'art. 32 CDFUE a qualsiasi settore, ivi compreso implicitamente quello istituzionale e della rappresentanza politica ed è stato poi attuato nella normazione derivata dalla direttiva n. 2006/54, riguardante il campo della vita professionale.

<sup>191</sup> V. *Women Empowerment & Sustainable Development*, Webiner a cura di S. Leone e C. Nardocci, con Y. Ergas e M. D'Amico, 19 mag. 2020.

concorrenza provocata dai più bassi salari femminili<sup>192</sup> – volta a vantaggio più dell'integrazione del mercato che della logica redistributiva.

È vero che nell'ultima stagione della normativa europea è emerso un orientamento proteso al *social aim*, così come si è manifestata un'aperta consapevolezza del carente grado di effettività della protezione dell'eguaglianza<sup>193</sup>. Anche le norme comunitarie che rendono maggiormente permeabile il criterio della libera concorrenza alla considerazione delle condizioni sociali di debolezza e vulnerabilità, valorizzando il volto inclusivo del mercato comune, sembrano tuttavia prevalentemente animate dall'intento di fronteggiare urgenti situazioni di bisogno che altrimenti finirebbero per gravare sulla spesa sociale degli Stati. Inoltre, simili apprezzabili tendenze difficilmente si riveleranno in grado di produrre risultati soddisfacenti, fino a quando perdurerà nell'edificio comune un assetto del riparto delle competenze che vede la pressoché totale assenza di una politica sociale europea<sup>194</sup>.

Volendo trarre indicazioni di massima dal panorama frastagliato delle tecniche adottate<sup>195</sup>, si nota che il modello di eguaglianza di genere predominante in Europa dà uno spazio significativo al criterio della parificazione del regime giuridico<sup>196</sup>. Dove prevale la componente improntata al "livellamento delle tutele", le istituzioni comunitarie non rivolgono tanto lo sguardo alle differenze e mirano piuttosto ad uniformare la disciplina guardando ad aspetti qualificatori comuni ad entrambi i sessi ed alla loro appartenenza a categorie "trasversali". Dinanzi a ruoli "indifferenti" al genere, quali l'essere genitore o lavoratore – ruoli che, non essendo esclusivi di nessuno dei due sessi, possono essere indifferentemente ricoperti dall'uno e dall'altro – disparità di trattamento non sono in definitiva tendenzialmente ammesse.

L'orientamento trova esemplificazione nelle note pronunce in materia di accesso al pensionamento, con cui la Corte di Giustizia valuta discriminatoria la disciplina italiana che fissa anticipatamente l'età pensionabile delle donne rispetto agli uomini (60 anni anziché 65), sia pure consentendo alle interessate di differirla in concreto<sup>197</sup>. Sulla stessa linea concettuale su colloca due anni dopo la sentenza *Kleist*, quando riconosce una forma di discriminazione diretta nella facoltà di licenziare senza restrizioni al raggiungimento dei diversificati limiti di età, argomentando che anche l'obiettivo della promozione dell'occupazione giovanile deve retrocedere davanti al fatto di infrangere il divieto di discriminare<sup>198</sup>.

---

<sup>192</sup> La trilogia *Defrenne*, che comprende le sentt. 25 mag. 1971, causa 80/70, *Defrenne I*, 8 apr. 1976, causa 43/75, *Defrenne II* e 15 giu. 1978, causa 149/77, *Defrenne III*, segna un'evoluzione in seno alla Corte di Giustizia.

<sup>193</sup> V. M. BARBERA, *Introduzione*, in *Id.* (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano 2007, XIX ss., spec. XXII.

<sup>194</sup> V. *ibidem*.

<sup>195</sup> V. A. PETERS, *The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law: a Conceptual Analysis*, 2 *Eur. Law Journ.* 1996, 177 ss.

<sup>196</sup> V. M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano 2011, 430 ss.

Proprio in ragione di questa tendenza dominante sono stati denunciati i «limiti concettuali» che non avrebbero permesso al diritto antidiscriminatorio europeo di assolvere al ruolo emancipatorio dell'omologo USA: M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., 122.

<sup>197</sup> CG, sent. 13 nov. 2008, *Commissione c. Italia*, C-46/07.

<sup>198</sup> CG, sent. 18 nov. 2010, *Kleist*, C-356/09.

Nella prospettiva culturale della parificazione non ricevono calorosa accoglienza nemmeno quelle disparità di trattamento esplicite che si concretizzano nelle “discriminazioni alla rovescia”, prova ne sia che la misura delle azioni positive, pur generalizzata dalla seconda ondata di direttive<sup>199</sup>, non risulta obbligatoriamente imposta nell’Europa dei 27, ma piuttosto rimessa alla discrezionalità degli Stati membri<sup>200</sup>.

Come si vede, nella prospettiva sovranazionale il solo fatto che non si tratti di ruoli o prerogative esclusive di un solo sesso fa propendere per la soluzione dell’uniformità come espressione di eguaglianza: spostando l’attenzione sui caratteri comuni e distogliendola da quelli differenziali si perviene agevolmente al risultato di invocare l’accezione universalizzante del divieto di non discriminazione. Il fatto che un certo ruolo possa essere impersonato tanto da uomini che da donne non significa tuttavia che non necessiti di discipline differenziate in relazione alle impari condizioni d’insieme in cui il genere si trova calato.

Il modello della parificazione della disciplina presenta una debolezza strutturale, che è ben presente al legislatore europeo, quando rivolge insistentemente l’attenzione all’effettività delle sue misure e che è allo stato ineliminabile, dato che attiene all’attuale assetto del riparto delle competenze ed è quindi un dato esterno alle politiche comunitarie in materia. La tecnica *gender blind* consente alle diseguaglianze di perpetuarsi in mancanza di appositi interventi sulle situazioni di fatto, specie quando è destinata ad innestarsi nell’ambito di un tessuto sociale non sufficientemente assistito sul piano dei servizi. Dato che simili interventi esulano dalla diretta sfera di azione delle istituzioni comunitarie per investire quella delle autorità nazionali, cui richiedono – *a fortiori* negli ordinamenti che si trovano più indietro nel percorso di realizzazione del *Welfare* – uno sforzo aggiuntivo, il criterio di tutela prescelto rischia di arrestarsi sul piano formale e finisce per consegnare l’efficacia delle misure a un notevole grado di oscillazione da un Paese membro all’altro.

Il percorso sembra riecheggiare l’estrema frontiera del diritto antidiscriminatorio toccata dall’ordinamento statunitense, che viene definita *Universal Turn*<sup>201</sup>: la rivendicazione di eguaglianza diventa un criterio per estendere dotazioni rispetto alle quali tutti possano dirsi eguali, nel senso che le ineliminabili differenze tra soggetti sono da considerare irrilevanti ai fini dell’estensione di trattamento invocata. La svolta universalistica esaspera la neutralizzazione come tecnica di eguaglianza nei rapporti tra i sessi, non guardando a condizioni di millenario svantaggio, ma accomunando tutti i *claimants* in pretese universali, a favore dei diritti dei gruppi minoritari emergenti, primi tra tutti i *Gay Rights*. La soluzione è quella di superare gli angusti orizzonti rivolti al passato, che qualificano la discriminazione come esito di uno storico

---

<sup>199</sup> M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 410.

<sup>200</sup> ... tranne che per lo scopo generale del graduale e complessivo innalzamento del tasso di occupazione femminile, obiettivo che l’Italia manca ripetutamente: P. VILLA, *La crescita dell’occupazione femminile: la polarizzazione tra stabilità e precarietà*, in *Lav. & Dir.*, 3/2010 (num. monogr. su *Genere, lavori precari, occupazione instabile*), 343 ss.

<sup>201</sup> V. in merito l’ampia ricostruzione critica di S. NICCOLAI, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, cit., 317 ss.

pregiudizio, per imboccare la via di una “rivendicazione dignitaria”, la quale può ambire al riconoscimento giuridico se appare inquadrabile in pretese generalizzabili e comuni a tutti gli individui. In base a tale ultimo approdo – che ha preso il posto delle tecniche sviluppatesi sull'*Equal Protection Clause* ormai esauritesi nelle loro potenzialità – le nuove politiche dei diritti tendono ad essere iscritte entro le coordinate concettuali della libertà individuale. Rientra tipicamente in questo *minimum commune* universale ad esempio il diritto ad esprimere liberamente la propria personalità, in nome del quale la Corte Suprema americana ha ammesso qualche anno addietro il matrimonio tra omosessuali<sup>202</sup>.

La tendenza europea all'espansione orizzontale della tutela antidiscriminatoria ai tanti fattori rilevanti, tanto da estendersi anche alle c.d. discriminazioni multiple<sup>203</sup>, unita alla sua stilizzazione in senso neutralizzante e uniformatore, ha fatto temere che i divieti di discriminazione stiano assumendo oggi nell'area comune europea il ruolo di ultimo baluardo alla «possibile rimercificazione» dei lavoratori, un estremo «argine di protezione quando le tutele di carattere sostanziale sono cadute o ridotte»<sup>204</sup>, come contrappeso sempre più debole rispetto agli imperativi del mercato.

## **12. Conclusioni: la stilizzazione del divieto di discriminazione nell'età del neo-liberismo**

Lo spostamento del baricentro del discorso sull'eguaglianza verso i divieti di discriminazione viene oggi segnalato da più parti criticamente. È un ritorno oltranzista che, come in un'ideale parabola, riporta all'interpretazione originaria, quando si individuava nell'art. 3, co. 1, Cost., un “risvolto negativo” prescrivente un divieto assoluto di differenziare, che trovava alimento nel robusto sostegno teorico dell'universalismo dei diritti di impronta liberale; così, la nuova branca del diritto antidiscriminatorio è pervasa da un atteggiamento di “indifferenza alle differenze”, che fonda ancora una volta una preferenza per la soluzione della disciplina uniforme. Se il livellamento degli esseri umani propugnato dal giusnaturalismo trovava ragion d'essere nell'esigenza di spezzare le paratie e gli steccati tipici degli ordinamenti antecedenti al *Rechtstaat* – dove l'affermazione di pari diritti era necessaria per superare le differenze giuridiche di *status* e facoltà – negli ordinamenti del XXI sec. la medesima tecnica, in un orizzonte ordinamentale completamente mutato, non vale a produrre gli stessi risultati. Paradossalmente, non solo il recupero nel senso livellante non rivaluta la “portata emancipatoria” dei divieti e la loro vocazione a colpire le sperequazioni occulte, ma costituisce un arretramento

---

<sup>202</sup> V. Corte Suprema, 2015, *Oberfell v. Hodges*.

A favore dell'accostamento tra le due tendenze in atto sulle opposte sponde dell'oceano deporrebbe il fatto che, parallelamente, anche la *New Equality* che si affaccia al di qua gioca a vantaggio dei diritti di ultimissima generazione, se è vero che offre alle Corti europee terreno fertile per muoversi nella medesima direzione (sia nel campo dell'identità sessuale del *transgender* sia in quello della tutela giuridica delle unioni omosessuali).

<sup>203</sup> In cui, cioè, entrano in gioco contemporaneamente in capo agli stessi soggetti distinti motivi di discriminazione (religione e sesso o sesso e razza, ad es.).

<sup>204</sup> F. GUARRIELLO, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *DLRI*, 2003, 347.

rispetto agli stessi traguardi attualmente raggiunti attraverso l'impiego del giudizio di ragionevolezza.

L'indagine fin qui svolta ha fatto emergere l'illusorietà del convincimento di poter misurare il grado di eguaglianza fruibile in una comunità attraverso il mero riscontro degli standard di normazione impiegati. In una società fortemente improntata al riparto dei ruoli, far cadere alcune barriere tra "comparti", uniformando la disciplina giuridica, incrementa il tasso di eguaglianza, ma non è più sufficiente se la disciplina unitaria sconta un basso grado di effettività a causa del divario nelle condizioni socio-economico-culturali in cui si inserisce il genere: elidere i trattamenti discriminatori costituisce l'avvio del percorso, ma il modulo della differenziazione si impone, man mano che la società si fa aperta ad una più libera circolazione dei ruoli, che divengono interscambiabili, pur continuando a mantenere vischiosità e sottili resistenze, quegli "ostacoli di fatto" di cui si fa carico il Costituente all'art. 3, co. 2. Il severo scrutinio cui sono state sottoposte le *invidious classifications* per rivelare la mancanza di un fondamento oggettivo nelle discipline diversificate o la capacità del sindacato di ragionevolezza, in un contesto già storicamente maturo, di intercettare la congruità di una determinata modalità di inveroamento dei principi rispetto alla situazione di fatto<sup>205</sup>, mostrano la necessità di scandagliare la sottostante realtà ai fini del sindacato di legittimità costituzionale. Non esistono tecniche buone *a priori* e una volta per tutte, ma solo tecniche più o meno aderenti al sostrato sociale, nella consapevolezza che in questa aderenza risiede la base per la realizzazione compiuta del *cuique suum*.

L'adesione alla realtà è il criterio che si impone pure rispetto al dilemma della scelta posta dal binomio identità/differenza. L'efficacia delle politiche di eguaglianza, praticate avvalendosi del metodo *gender blind* o *gender conscious*, si misura sulla loro idoneità a dilatare la sfera delle *capabilities*<sup>206</sup> da cui dipende il grado effettivamente attingibile di dignità sociale, che l'art 3, co. 1, Cost. vuole tributato a tutti (e ad entrambi i generi in particolare) in misura pari. La modulazione, variabile rispetto alle situazioni concrete, rende congeniale la valutazione di adeguatezza della regolamentazione al fatto alla luce dei principi, operazione in cui si risolve oggi il giudizio alla stregua dell'art. 3 Cost. A ciò si affianca la necessità di imprimere all'ordinamento, attraverso l'adozione di logiche promozionali, quella tensione evolutiva che rifugge al mantenimento dell'esistente.

Il semplice livellamento costituisce un impoverimento, se è vero che la ricchezza del principio egualitario nel costituzionalismo italiano risiede nella capacità dei pochi dettami in materia di «accogliere senza traumi tutta la gamma degli strumenti dell'eguaglianza»<sup>207</sup>. Il cuore del criterio sta nella sua flessibilità, nell'adattabilità della disciplina alle mutevoli situazioni che si riscontrano nei casi concreti, per cui la prestazione di eguaglianza dell'ordinamento è garantita non dalla sua equidistanza dalle situazioni comparate, che equivale a cecità alle

---

<sup>205</sup> A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 102 s.

<sup>206</sup> V. M.C. NUSSBAUM (2001), *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna 2011, *passim*.

<sup>207</sup> M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, cit., 416; che osserva come invece la "new equality" sia costituita da una ricchissima sequenza di regole contenenti un'articolata tipologia di divieti e corredate da una lunga lista di eccezioni: un *corpus* equivalente a veri e propri "codici antidiscriminazione".

differenze, ma dalla percezione della loro esistenza e dalla abilità di modulare corrispondentemente la risposta normativa. Alla luce del rilievo delle differenze, eliminare l'ingiustizia nei confronti delle donne non vuol dire instaurare l'assoluta parità giuridico-formale, ma rendere rilevanti le diversità, impedendo innanzitutto a qualsiasi espressione di potere di passare sopra di esse<sup>208</sup>. Se l'eguaglianza è il luogo argomentativo in cui si dà spazio alle differenze «qualitative» (*ratio*, etc.) e alle «disparità feconde», la nuova istanza antidiscriminatoria mira a un diritto che delle differenze non tenga conto; per di più, poiché la valutazione di tali qualità e *rationes* è, a sua volta, il canale attraverso cui si fa strada nel ragionamento la considerazione dei principi costituzionali, anche la loro possibilità d'incidenza ne risulta conseguentemente ridotta<sup>209</sup>. In considerazione delle tendenze in atto prende corpo il timore che il tipo di argomentazioni che sono veicolate dal c.d. diritto anti-discriminatorio possano assumere forme e produrre conseguenze intrinsecamente *irragionevoli*.

La mera equidistanza della legislazione dalle situazioni differenziate nel genere, che conduce a risposte uniformi, non dà conto appieno della *ratio* storica dell'introduzione a livello giuridico-costituzionale della clausola di eguaglianza per i sette fattori espressi<sup>210</sup>. Per i Costituenti il sesso rappresenta la «prima tra le cause storico-politiche di discriminazione giuridica» rimarcata nell'art. 3 e da questo assunta come «obiettivo della rifondazione politica e sociale del nascente ordine repubblicano»<sup>211</sup>; ordine che scaturiva dalla manifestazione senza precedenti di un suffragio propriamente universale, fino a quel momento negato nonostante il linguaggio neutro delle norme sui diritti di elettorato. L'indagine rivolta al passato rivela l'esigenza originaria di prestare un'attenzione rafforzata a discriminazioni così radicate da essere "invisibili" pure al cospetto di un diritto "cieco" alle differenze, tanto che l'ordinamento – specialmente il garante della legittimità costituzionale – provvede man mano a munirsi nei loro confronti di più acuti strumenti di rilevazione e contrasto.

Nel ribaltare la *ratio* storica si restituisce una concezione di diritto spogliato della fondamentale capacità di assegnare indici di valore o di disvalore ai fenomeni della realtà che subiscono un appiattimento. Persino l'inversione dell'onere della prova richiesto quando entra

---

<sup>208</sup> Come mostra l'argomentare teso a considerare i "diritti alla omogenitorialità" in modo indifferente per tutti i tipi di coppie gay. È singolare che nel momento in cui avanza il processo verso l'eguaglianza e dunque il processo verso l'emersione (dei diritti del) del femminile accanto al maschile, vi sia contemporaneamente la tendenza sempre più spiccata a considerare la *fungibilità* del genere, che è ancora una volta una negazione del femminile.

<sup>209</sup> Per questa riflessione v. S. NICCOLAI, *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di una antica regula iuris*, in A. SIMONE - I. BOIANO (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, Ed. Efestò, Roma 2018, spec. 51 ss. (le parole cit. nel testo si leggono risp. a p. 49 e 71).

<sup>210</sup> M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 419.

<sup>211</sup> F. BILANCIA, *Il principio democratico e l'uguaglianza. 1948-2018. L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, in M. DELLA MORTE - F.R. DE MARTINO - L. RONCHETTI (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, Il Mulino, Bologna 2020, 19.

Il legame storico della nascente Repubblica e del movimento antifascista con la questione femminile è studiato da B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, in F. CORTESE - C. CARUSO - S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, Franco Angeli, Milano 2018.

in gioco il nucleo duro dell'eguaglianza (art. 21 CDFUE) non mira qui a disvelare argomentativamente la carenza oggettiva di legittimazione della *gender classification*, ma sembra esprimere la preferenza aprioristica per la normazione uniforme e non differenziata. L'indifferenza ed equidistanza della regolamentazione sembra riprodurre la condizione in cui il diritto offre una cornice giuridica, uno spazio legale entro cui le scelte dell'individuo possano tornare ad esplicarsi il più liberamente possibile. L'azzeramento delle differenze quanto al lavoratore si rivela, poi, funzionale e particolarmente congeniale ad un sistema economico standardizzato<sup>212</sup>. Simili orientamenti, dietro una parvenza esteriore di neutralità della disciplina, celerebbero adesione a un neo-liberismo che fonda la rinnovata ed irrelata signoria individuale, che potrebbe spingersi fino a negare qualsiasi legame con la realtà biologica del corpo, portando a concezioni dell'individuo «disincarnato»<sup>213</sup>.

Il *leit motiv* della neutralità rispetto alle differenze sembra informare di sé anche l'estrema stagione del diritto antidiscriminatorio europeo, la c.d. "svolta dignitaria"<sup>214</sup> – di cui la riconduzione della "molestia" al fenomeno discriminatorio rappresenterebbe l'emblema – tesa a valorizzare il nucleo universale della dignità umana come bene ultimo protetto dai divieti di discriminazione. Secondo alcuni, l'equiparazione della molestia a base sessuale, verbale o fisica, alle condotte discriminatorie non è riconducibile ad una presunta omogeneità dei comportamenti accostati – di per sé non comparabili – ma al riconoscimento di un'*eadem ratio* che consiglia di accostarli nel trattamento giuridico: ciò consentirebbe anche a chi subisce un *harassment* di avvantaggiarsi delle tecniche di tutela sperimentate per le discriminazioni. Non sarebbe lecito perciò trarne conclusioni sul piano della ridefinizione teorica della nozione giuridica di discriminazione accolta a livello europeo<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> S. NICCOLAI, *op. ult. cit.*, 54, che accosta tale orientamento alla tendenza alla semplificazione dei sistemi giuridici predicata da N. Luhmann per evitare il sovraccarico dei ditemi contemporanei permeati dalla compresenza di principi differenti di non facile armonizzazione (45 ss.) e, in definitiva, alla visione del diritto come *auctoritas*, volontà normativa orientata a rimodellare artificialmente la società (40 ss. e 57).

<sup>213</sup> M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, cit., 420; ma v. anche S. NICCOLAI, *op. ult. cit.*, 57 ss.

Per una posizione estrema v. J. BUTLER, *Bodies that matter. On the discursive Limit of "Sex"*, Routledge, New York-London, 1993 e Id., *Gender Trouble. Feminism and Subversion of Identity*, Routledge, New York-London, 1999. La Butler critica il femminismo, assumendo che non sussista un'identità stabile delle donne bensì *costruita* nel tempo attraverso atti ripetuti e propone di "denaturalizzare il genere" attraverso una "ripetizione sovversiva" di comportamenti, per togliere il velo che scambia apparenza e illusione con l'essere naturale. Al contrario di S. de Beauvoir che, scandagliando l'origine culturale, in base a influenze religiose, socio-economiche, giuridiche dell'identità femminile, denuncia il fatto che l'idea di donna sia stata forgiata a partire dall'*a priori* maschile, come l'*altro da sé* (l'*altro sesso*), la Butler contesta la radicata assunzione eterosessuale, come principio naturale, vedendo nel sesso stesso l'effetto di un processo storico in cui l'identità viene plasmata e modellata.

<sup>214</sup> V. S. SCARPONI, *Il principio di eguaglianza uomo/donna*, cit., 83 s. e R. MASTROIANNI, *Sub Art. 23*, in Id. - O. POLLICINO - S. ALLEGREZZA - F. PAPPALARDO - O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 2017, 458.

<sup>215</sup> L'operazione presenta rilevanti implicazioni pratiche, comportando in particolare l'applicazione alle molestie delle facilitazioni previste per i comportamenti discriminatori sul versante dell'onere della prova (D. MEZZACAPO, *Note minime in tema di eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro*, in *Crit. dir.*, 1/2017, 195 ss.): vantaggi questi che si producono anche nel nostro ordinamento, dopo che la tipizzazione della nuova condotta discriminatoria è stata assorbita dall'art. 26 del Codice delle Pari Opportunità.

Per altri al contrario includere nella medesima disciplina un comportamento che ha lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona creando un clima «intimidatorio, ostile, umiliante, offensivo», sarebbe indice dell'emersione di una concezione dell'eguaglianza distinta da quella intesa come dissolvimento o neutralizzazione delle differenze. Si prende atto infatti che alcuni soggetti sono distinti a causa di caratteristiche intrinseche e che per questi caratteri di alterità subiscono un pregiudizio. La nuova ondata di direttive rivelerebbe in definitiva uno «spostamento del baricentro della tutela antidiscriminatoria garantita dalle istituzioni comunitarie dall'eguaglianza alla differenza»<sup>216</sup>. Se questa lettura è corretta, accanto alla componente universalistica e neutralizzante dell'eguaglianza che la identifica nella tecnica livellatrice, si delinea una componente che la concepisce come strategia di eliminazione dell'oppressione di un gruppo che rivela un debito di influenza verso le «teorie della differenza»<sup>217</sup>.

Nel quadro «ambiguo»<sup>218</sup> del diritto dell'Unione europea e dell'incisiva influenza che esso esercita nel nostro ordinamento<sup>219</sup> – con argomentazioni che contaminano *l'habitus* concettuale prevalente nell'ordinamento interno – le tendenze da ultimo evidenziate sono quelle che sarebbe preferibile coltivare: ciò se non si vuole che prevalga come unico criterio una pseudo-neutralità, che nasconde un disimpegno dell'ordinamento nell'evitare che sottostanti interessi – non aderenti alle scelte di valore dell'ordinamento costituzionale titanicamente tese a divellere antichissime radici della cultura occidentale<sup>220</sup> – continuino ad alimentarsi e ad allungare.

---

<sup>216</sup> M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione*, cit., 413.

<sup>217</sup> «La giustizia sociale richiede non già il dissolvimento delle differenze, bensì la creazione di istituzioni che promuovono il riprodursi e il rispetto delle differenze di gruppo, senza oppressione»: I. YOUNG, *Le politiche della differenza* (1990), trad. it. di A. Bottini, Feltrinelli, Milano 1996, 61.

<sup>218</sup> F. GUARRIELLO, *op. et loc. ult. cit.*, che osserva come nell'ordinamento sovranazionale la tendenza segnalata conviva con una crescente considerazione della persona umana.

<sup>219</sup> Le sentt. n. 293/2011 e n. 40/2013 della Corte costituzionale sembrano tendere ad escludere la sottoposizione ad un sindacato di ragionevolezza delle discipline toccate dal c.d. diritto anti-discriminatorio di matrice europea.

<sup>220</sup> Secondo gli studi di Eva Cantarella, esse sono così difficili da estirpare in quanto i tratti della misoginia sono impressi nella nostra civiltà sin dai suoi albori nell'antichità classica, quando, ad es. Euripide affida la definizione della donna quale «ambiguo malanno» alle parole di Ippolito, il giovinetto che, interrogando Giove, domanda al dio come mai le divinità dell'Olimpo abbiano voluto mandare sulla terra una simile sciagura, non permettendo agli uomini di riprodursi altrimenti se non ricorrendo ad esse (v. *Eschilo, Sofocle ed Euripide, Il teatro greco. Tragedie*, a cura di G. Paduano, BUR, 2006 e F. Carpanelli, *Euripide*, Utet, Torino 2005). L'opera, incentrata sulla figura di Fedra, la matrigna (vittima di un incantesimo) alle cui profferte amorose Ippolito vuole sottrarsi, fu raccontata, com'è noto, da Euripide in due versioni completamente diverse nell'*Ippolito Velato* e, qualche anno dopo, nell'*Ippolito Coronato*: la riprovazione sociale, che aveva suscitato nel pubblico ateniese la prima versione, spinse Euripide a crearne una seconda, in cui la regina, per non cedere all'amore invincibile voluto per lei da Afrodite, si lascia morire di fame, incarnando così nel secondo *plot* – nella sua fedeltà oltre ogni possibilità umana e nel sacrificio estremo di sé – l'ideale della donna irreprensibile e perfetta, che si volle costruire come rispondente ai rigidi canoni classici. V. ora sul tema E. CANTARELLA, *Gli inganni di Pandora. L'origine delle discriminazioni di genere nella Grecia antica*, Feltrinelli, Milano 2019.