

FRANCESCA POGGI

Diversi per diritto.

Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente

Different by law.

Formal gender inequalities and their justifications within the current Italian law

ABSTRACT

Questo saggio si propone di analizzare alcune diseguaglianze formali di genere presenti nel diritto italiano vigente, di sondare le loro possibili giustificazioni e di vagliarne la tenuta. In particolare, dopo una breve rassegna delle principali giustificazioni delle diseguaglianze formali nel dibattito filosofico contemporaneo (§ 2) e nella Costituzione italiana (§ 3), distinguerò cinque tipi di diseguaglianze formali di genere: (a) diseguaglianze formali di genere prive di plausibili giustificazioni (§§ 4, 4.1); (b) diseguaglianze formali di genere dirette a ottenere un'eguaglianza (d'arrivo) rispetto a determinate opportunità (§§ 5.1, 5.2); (c) diseguaglianze formali di genere dirette a conseguire un'eguaglianza (d'arrivo) rispetto a determinati risultati (§§ 5.2, 6); (d) diseguaglianze formali di genere riconducibili al principio di speciale protezione (§ 7); e, infine, (e) diseguaglianze formali riconducibili al principio identitario (§8). Per ciascuna di queste categorie verranno forniti e discussi alcuni esempi. Quest'analisi non aspira a essere esaustiva, cioè ad esaminare tutte le diseguaglianze formali di genere presenti nel diritto italiano contemporaneo, ma si propone comunque di analizzare quelle più importanti, quelle più diffuse (che riguardano un numero considerevole di uomini e donne) e più rilevanti (che incidono in maniera significativa sulla distribuzione delle situazioni giuridiche).

This essay aims to examine some formal gender inequalities within the Italian law in force – i.e. cases in which Italian legal norms provide a different regulation according to features connected to the recipients' gender. In particular, after a brief overview of the main kinds of justifications of formal inequalities within the contemporary debate (§ 2), and a brief presentation of the justifications of formal inequalities that can be traced back to the Italian Constitution (§ 3), I will distinguish five types of formal gender inequalities depending on their possible justification (or its absence). In particular, I will distinguish: (a) formal gender inequalities which are not reasonably justifiable (§§ 4, 4.1); (b) formal gender inequalities which aim to obtain an equality of certain opportunities (§§ 5.1, 5.2); (c) formal gender inequalities which are directed to achieve an equality of certain results (§§ 5.2, 6); (d) formal gender inequalities which seek to ensure a special protection (§ 7); and, finally, (e) formal gender inequalities founded on (reasons related to) gender identity (§ 8). For each type, I will examine the most pervasive examples: this analysis doesn't want to be exhaustive, but it aims to discuss the most important formal gender inequalities, i.e. the most common (affecting a considerable number of men and women) and the most relevant (which have a significant impact on the distribution of legal rights and duties).

KEYWORDS

Genere, diseguaglianze, diritto, diseguaglianze formali, maternità.

Gender, inequalities, law, formal inequalities, maternity.

FRANCESCA POGGI*

*Diversi per diritto.
Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni
nel diritto italiano vigente***

*Tous les hommes seraient donc nécessairement égaux s'ils étaient sans besoins.
La misère attachée à notre espèce subordonne un homme à un autre homme;
ce n'est pas l'inégalité qui est un malheur réel,
c'est la dépendance*

VOLTAIRE, Article Égalité, in *Dictionnaire philosophique*, 1764

*1. Introduzione. Le diseguaglianze formali di genere – 2. Giustificare la diversità di trattamento –
3. Le diseguaglianze formali nella Costituzione italiana – 4. Senza ragioni. Le diseguaglianze formali
al femminile – 4.1. I requisiti per l'accesso ai corpi militari – 5. Eguaglianza di opportunità vs. eguaglianza
di risultati – 5.1. L'eguaglianza di opportunità nella formazione e nella vita lavorativa – 5.2. La rappresentanza
politica: tra "eguaglianza" di opportunità ed "eguaglianza" di risultati – 6. L'eguaglianza di risultati
in materia professionale – 7. La speciale protezione – 8. La giustificazione identitaria – 9. Alcune conclusioni
sulle diseguaglianze formali di genere vigenti in Italia.*

1. Introduzione. Le diseguaglianze formali di genere

In questo saggio mi propongo di analizzare alcune diseguaglianze formali di genere presenti nel diritto italiano vigente, di sondare le loro possibili giustificazioni e di vagliarne la tenuta. In via preliminare, vorrei osservare che il tema di indagine si giustifica in base a due ordini di considerazioni.

Innanzitutto, come è ben noto, a partire dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 l'universalità è divenuta la regola generale: l'eguaglianza formale si è imposta come un valore o, forse, addirittura come il valore del diritto moderno – un valore quasi sempre positivizzato a livello costituzionale – sicché sono le deviazioni da essa a dover essere giustificate.

In secondo luogo, e soprattutto, questo lavoro si colloca in un più ampio cammino di ricerca teso a sondare la plausibilità di alcune tesi femministe relative al diritto e, prima tra tutte, la tesi secondo cui il diritto non è neutro rispetto al genere, i.e. l'universalità di cui sopra è, sotto alcuni profili almeno, una mera illusione: il diritto è prodotto (prevalentemente) dai maschi per i maschi. In quest'ottica mi

* Professoressa associata di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano. E-mail: francesca.poggi@unimi.it.

** Ringrazio tutti i partecipanti al convegno *Le diseguaglianze di genere nel diritto italiano* e, in particolare, Corrado Del Bò, Isabel Fanlo Cortés e Cesare Pitea per le loro preziose osservazioni.

pareva interessante analizzare se nel diritto italiano odierno fossero ancora presenti delle disegualità formali di genere e se esse costituissero delle discriminazioni ai danni di uno dei due sessi oppure potessero essere giustificate (ad esempio, in quanto meccanismi tesi a eliminare o ridurre le disegualità sociali che di fatto esistono nell'Italia contemporanea o, comunque, a tenere conto delle peculiarità della condizione femminile evitando ogni forzosa assimilazione ai modelli maschili)¹.

Quest'analisi non aspira ad essere esaustiva, cioè ad esaminare tutte le disegualità formali di genere presenti nel diritto italiano contemporaneo, ma si propone comunque di analizzare quelle più importanti, quelle più diffuse (che riguardano un numero considerevole di uomini e donne) e più rilevanti (che incidono in maniera significativa sulla distribuzione delle situazioni giuridiche).

Per “disegualità formale di genere” intendo una disegualità nel diritto, cioè una disegualità istituita da una norma giuridica, la quale discrimina, cioè detta una disciplina diversa, in base al genere cui appartengono i soggetti interessati o, meglio, a caratteristiche dei destinatari necessariamente (non contingentemente) connesse ad un dato genere (e assume, quindi, l'appartenenza ad un dato genere come criterio rilevante per distinguere tra i soggetti)². In breve, si ha una norma giuridica che non conferisce le stesse pretese, libertà, poteri o immunità o gli stessi doveri, non-pretese, non-poteri e soggezioni agli uomini e alle donne³.

Da un lato, ci sono casi in cui il diritto attribuisce più posizioni soggettive attive (i.e. più pretese, libertà, immunità e/o poteri) agli uomini che alle donne oppure attribuisce alle donne più situazioni soggettive passive (i.e. più doveri, non-pretese, non poteri e/o soggezioni), o, comunque, disciplina in un modo che, almeno *prima facie*, appare come più favorevole la situazione degli uomini rispetto a quella delle donne oppure in un modo che, almeno *prima facie*, appare come più sfavorevole quella delle donne rispetto agli uomini: possiamo chiamarle “disegualità formali al femminile”.

D'altro lato, ci sono casi in cui il diritto attribuisce più situazioni soggettive attive alle donne che agli uomini oppure attribuisce più situazioni soggettive passive agli uomini che alle donne, o, comunque, disciplina in un modo che, almeno *prima facie*, appare più favorevole la situazione delle donne rispetto a quella degli uomini oppure in un modo che, almeno *prima facie*, appare più sfavorevole quella degli uomini rispetto alle donne: possiamo chiamarle “disegualità formali al maschile”.

Ebbene, come possono essere giustificate le disegualità formali di entrambi i tipi? Per rispondere a tale quesito inizierò col riportare molto schematicamente le posizioni rinvenibili in letteratura circa la giustificazione delle disegualità formali in generale, vedendo come esse si adattino alla disegualità formale di genere (vedi *infra*, §§ 2 e 2.1.) ed esaminerò quali tra esse sono previste (o possono essere riferite o sono di fatto desunte) dalla nostra Costituzione (vedi *infra*, § 3). Successivamente analizzerò alcune delle più importanti e più pervasive disegualità formali di genere presenti nel nostro ordinamento, dividendole in cinque (macro)categorie, in base alla loro possibile giustificazione (o alla sua assenza).

¹ In questo lavoro trascurerò di prendere in considerazione la posizione dei *transgender*, non perché non sia importante, ma, al contrario, perché pone problemi particolari e particolarmente rilevanti, il cui approfondimento richiederebbe uno studio a sé.

² Per un'analisi dei diversi sensi di “egualità formale” cfr. GIANFORMAGGIO 1997. Si noti che la definizione di disegualità fornita nel testo è profondamente diversa da quella di GIANFORMAGGIO 1996a, la quale osserva «Non si dice [...] che c'è una disegualità quando una persona ha un dovere o un diritto, e un'altra non li ha, a meno che questa differenza non sia avvertita come carente di giustificazione» (GIANFORMAGGIO 2005, 202). Nel testo, invece, la disegualità formale è definita indipendentemente dalle sue possibili giustificazioni: proprio l'esistenza (e la tenuta) di tali giustificazioni è al centro di questo studio.

³ Qui richiamo, ovviamente, la teoria di HOHFELD 1913.

2. Giustificare la diversità di trattamento

In base ad una prima posizione, le diseguaglianze formali non sono mai giustificabili: agli individui devono sempre essere riconosciuti in astratto gli stessi diritti (poteri, immunità, libertà) e gli stessi doveri (soggezioni, non-poteri, non-pretese). Al riguardo, la precisazione “in astratto” è importante e si riferisce al fatto che gli individui non devono davvero essere titolari degli stessi identici diritti intesi come *token* (ad esempio, essere tutti contitolari dello stesso diritto d’usufrutto o di proprietà sullo stesso bene) né devono essere titolari di un numero uguale di diritti (ad esempio, essere tutti titolari di un diritto di proprietà su un, e solo un, immobile ad uso abitativo): piuttosto, secondo questa posizione, le norme giuridiche non devono esse stesse attribuire più diritti (o, in genere, più situazioni giuridiche attive) o più doveri (o, in genere, più situazioni giuridiche passive) ad alcune classi di individui (*rectius* di cittadini) piuttosto che ad altri, né devono discriminare (salvo che in base a certi parametri la cui individuazione può essere discussa)⁴ rispetto alla capacità di diventare titolare di situazioni giuridiche attive o passive. Una posizione simile potrebbe, ad esempio, imputarsi ad alcune varianti del libertarismo (*libertarianism*)⁵, in particolare a quello anarchico e a quello nozickiano, anche se è difficile trovare autori che abbiano espressamente rivendicato questa tesi, almeno in termini così categorici. Semmai gli autori libertari sostengono che siano ingiuste tutte o, più spesso, alcune limitazioni giuridiche alle libertà individuali e alla capacità d’agire indipendentemente dal fatto che violino o no l’eguaglianza formale (i.e. anche se si tratta di limitazioni che valgono per tutti i soggetti). Certo, dal libertarismo parrebbe seguire l’inesistenza di un obbligo morale di aiutare chi ne ha bisogno (e l’inammissibilità morale di usare qualcuno per aiutare chi ne ha bisogno: su entrambi i punti cfr. VALLENTYNE, VAN DER VOSSEN 2014) e, quindi, l’immoralità di quelle misure di giustizia distributiva che violano l’eguaglianza formale allo scopo di introdurre un’eguaglianza sostanziale⁶, o, più spesso, di diminuire il divario tra i soggetti rispetto al godimento di certi beni (come le prestazioni mediche) o al livello di benessere (collegato, ad esempio, alla disponibilità di somme di denaro). Tuttavia ciò non sempre è vero e dipende da quale variante del libertarismo si adotti⁷, nonché, e soprattutto, dalle condizioni alle quali si può ritenere legittima la limitazione della proprietà. Così, lo stesso Nozick, a proposito delle rettificazioni di passate ingiustizie, scrive che «anche se introdurre il socialismo come punizione dei nostri peccati sarebbe andare troppo lontano, le ingiustizie passate potrebbero essere così grandi da rendere necessario a breve termine uno stato più esteso per giustificarle»⁸.

⁴ Alcune discriminazioni rispetto alla capacità d’agire sembrano inevitabili: ad esempio, quelle che riguardano i minori o gli infermi di mente.

⁵ Esistono diverse versioni o, se si preferisce, diversi modi di intendere il libertarismo: come la filosofia politica che rivendica i diritti individuali di libertà e proprietà e considera la protezione di tali diritti come il dovere primario dello Stato; come la teoria morale o la dottrina giusnaturalistica secondo cui gli agenti sono inizialmente proprietari di se stessi ed hanno, a certe condizioni, il potere morale di acquisire la proprietà di altri beni (la c.d. *self-ownership version*); come il principio secondo cui ogni agente ha diritto al più ampio insieme di libertà empiriche negative compatibile con un uguale insieme di libertà altrui (c.d. *Spencerian Libertarianism*). Esistono poi un libertarismo di destra e uno di sinistra che si dividono soprattutto per quanto concerne l’appropriazione delle risorse naturali, così come una versione radicalmente anarchica. Su questi temi cfr. KAGAN 1994; GAUS, MACK 2004; VALLENTYNE, VAN DER VOSSEN 2014.

⁶ Per “eguaglianza sostanziale” intendo un’eguaglianza descrittiva, nei fatti, relativa al godimento effettivo di situazioni giuridiche attive o alla titolarità di situazioni giuridiche passive e/o al bene o benessere ad esse correlato. Questo non è l’unico significato di “eguaglianza sostanziale” e delle sue espressioni sinonime in altre lingue circolante in letteratura: sul punto cfr., ad esempio, PERELMAN 1945; GIANFORMAGGIO 1993; GIANFORMAGGIO 1997.

⁷ Certo, il libertarismo anarchico giunge a tale risultato ma solo in quanto contesta le norme giuridiche statali in quanto tali: sul punto CHARTIER 2012; HUEMER 2012.

⁸ NOZICK 1974, 159. Ciò dipende, ovviamente, dalla dottrina nozickiana del titolo valido; sul punto cfr. SCHEFFLER 1981; COMANDUCCI 1991; SCHIAVELLO 2000; DEL BÒ 2008.

Se la tesi secondo cui non è ammissibile nessuna limitazione dell'eguaglianza formale non vanta molti sostenitori, probabilmente è perché si tratta, in effetti, di una tesi insostenibile. Così, secondo Guastini, una norma che prescrivesse al legislatore di trattare tutti gli individui allo stesso modo «equivarrebbe ad un divieto assoluto di legislazione, giacché legiferare è necessariamente distinguere e, quindi, in questo senso, “discriminare”» (GUASTINI 1996, 158). Se riferita solo all'eguaglianza formale di genere una simile posizione sembra diventare, però, molto più plausibile e si traduce nella tesi secondo cui non è mai legittimo discriminare solo in base al genere: non bisogna mai trattare in modo diverso gli uomini e le donne solo *qua* uomini o *qua* donne. Il problema è che cosa significhi esattamente discriminare solo in base al genere. Mi spiego. Oggi non sono più in vigore né in Italia né in altri paesi occidentali norme che dettino una disciplina diversificata per i soggetti solo in quanto maschi o femmine (ad esempio, escludendo l'elettorato passivo o attivo di tutte le donne in quanto tali o limitando la capacità d'agire di tutte le donne in quanto tali), tuttavia si ritiene che violino l'eguaglianza formale di genere anche quelle norme che discriminano in base a caratteristiche necessariamente (non contingentemente) connesse ad un dato genere (come l'essere marito o l'essere moglie, l'essere in stato di gravidanza, ecc.). Queste norme – che sono precisamente quelle di cui ci occuperemo nei prossimi paragrafi – non discriminano solo in base al genere (non tutte le donne sono incinte né tutte sono mogli), ma, in ogni caso, discriminano in base a criteri che possono essere soddisfatti solo da chi appartiene ad un dato genere.

Una seconda posizione sostiene che le diseguaglianze formali siano giustificate se collegate al merito. Questa tesi è quantomeno implicata da quegli autori inclini ad accettare che la giustizia sia interamente una questione di avere ciò che si è meritato (DANIELS 1978; FELDMAN 1992; FELDMAN 1995; per una discussione cfr. RAWLS 1971; FEINBERG 1974; STERBA 1974; MILLER 1996; DURU-BELLAT 2009; MCLEOD 2013; per una recente difesa del merito quale criterio di giustizia cfr. GIAVAZZI 2014). In ogni caso, una simile posizione porta a ritenere che, di per sé, la diseguaglianza formale di genere non sia giustificabile, a meno di non volerla coniugare con la tesi secondo cui le donne e/o gli uomini meritano di più o di meno in certi contesti e/o rispetto a certe attività. Ad esempio, in passato l'esclusione delle donne da certe professioni (aviatore, giudice, ecc.) così come dall'elettorato attivo e passivo veniva giustificata proprio in base alla loro presunta incapacità a svolgere certe mansioni⁹.

Una terza posizione, tipica del pensiero liberale, sostiene che le diseguaglianze giuridiche formali siano legittime solo se soddisfano due condizioni: (i) essere volte a riparare una passata deviazione ingiustificata dall'eguaglianza e (ii) essere dirette a ricostituire in futuro una situazione di eguaglianza (GOLDMAN 1979; FULLINWIDER 1980; ROSENFELD 1990; COMANDUCCI 1992). Per questa posizione le diseguaglianze formali non solo devono porsi come risarcimenti, riparazioni di precedenti violazioni dell'eguaglianza (giuridica e/o sociale a seconda degli autori), ma devono altresì consistere in «misure temporalmente limitate, contingenti e strumentali» (COMANDUCCI 1992, 94). Al riguardo, tali misure possono essere volte a reintrodurre un'eguaglianza di risultati oppure, più spesso, un'eguaglianza di opportunità (o un'eguaglianza procedurale: cfr., ad esempio, SCHAAR 1967; WESTEN 1985; ARNESON 1989; WESTEN 1990; SCHIAVELLO 2000; JACOBS 2004; GOMBERG 2007; RIVA 2011). La variante dell'eguaglianza di opportunità, a sua volta, si articola in modo differente a seconda (i) di come si intenda il concetto di opportunità – e, in particolare, a seconda che ci si riferisca all'opportunità come *chance* oppure come opzione¹⁰ – (ii) di quali opportunità si vogliano eguagliare e (iii) di come si ritenga

⁹ Direi che anzi proprio questi esempi mettono bene in luce tutti i limiti di questa tesi e dell'evanescente concetto di merito: sul punto cfr. MCLEOD 2013.

¹⁰ Come osserva RIVA 2011, 115, «Due o più persone hanno eguali chance di fare o di ottenere qualcosa, se le probabilità che riescano a farlo o a ottenerlo sono eguali. Invece, due o più persone hanno eguali opzioni di fare o di ottenere qualcosa se esse controllano tutti i fattori da cui dipende il loro fare o ottenere una tal cosa, ossia se, volendolo e facendo tutto ciò che è necessario, esse sono in grado di farla o di ottenerla. Affinché si possa dire che due o più

opportuno farlo¹¹. Anche la variante dell'eguaglianza dei risultati si declina in modo diverso a seconda che questi consistano in beni (o nella ricchezza) oppure nel benessere degli individui (o nel soddisfacimento dei loro bisogni): mentre nel primo caso l'eguaglianza di risultato prescinde dalle preferenze dei destinatari, nel secondo si mira, attraverso una distribuzione anche disuguale dei beni, al raggiungimento di un'uguale distribuzione, iniziale o finale, di benessere (e/o del soddisfacimento dei bisogni), tenendo in considerazione le preferenze (e/o i bisogni) degli individui coinvolti (COMANDUCCI 2000).

Se applicata alle diseguaglianze formali di genere, la variante dell'eguaglianza dei risultati sostiene che esse sono legittime se, in un certo contesto e/o rispetto a certe attività e/o a certe situazioni giuridiche attive o passive, è rinvenibile di fatto una diseguaglianza sociale di partenza, ingiustificata e frutto di discriminazione, tra uomini e donne¹² – ad esempio, se donne e uomini non sono davvero uguali in relazione alla titolarità o alla quantità o alla possibilità di esercizio di determinate situazioni giuridiche soggettive o dei beni o del benessere ad esse connesso e ciò in quanto una delle due categorie è stata ingiustamente discriminata – e la diseguaglianza formale riequilibra tale posizione, garantendo un'eguaglianza sostanziale d'arrivo (sul punto cfr., ad esempio, NAGEL 1973; ROSENFELD 1990; CHARPENTIER 1998; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN 2002; FREDMAN 2002; GIANFORMAGGIO 2003; GIANFORMAGGIO 2005, Cap. IX; SPITALERI 2013). In base alla variante dell'eguaglianza delle opportunità, invece, le diseguaglianze formali di genere sono giustificate se tendono a introdurre, in un certo contesto e/o rispetto a certe attività e/o situazioni giuridiche attive o passive, un'eguaglianza di opportunità, che era ingiustamente assente. Per entrambe le varianti, le deviazioni dall'eguaglianza formale sono tendenzialmente temporanee: consistono in misure a termine destinate ad essere superate una volta che il loro obiettivo sia stato raggiunto e il loro effetto si sia consolidato.

Una quarta posizione, tipica del pensiero marxista e, più in generale, socialista, sostiene che le diseguaglianze formali siano giustificate tutte le volte in cui sopperiscono a una diseguaglianza sostanziale, garantendo a tutti gli individui un'eguaglianza di beni o, più spesso, di benessere (inteso soprattutto come soddisfacimento dei propri bisogni). Questa posizione non si applica in modo specifico alle diseguaglianze di genere quando i bisogni, del cui soddisfacimento trattasi, siano comuni a tutti i generi (si pensi alle cure mediche o alla retribuzione sufficiente a garantire un'esistenza dignitosa), anche se, di fatto e contingentemente, le persone sfavorite che, pertanto, il diritto deve agevolare, siano donne. Per contro, questa posizione ha un rilievo specifico rispetto alla diseguaglianza formale di genere, quando il bisogno in questione è proprio, esclusivamente, di un dato genere. In questo caso, però, la giustificazione in oggetto rientra all'interno di una categoria più ampia: quella degli argomenti che possiamo considerare di tipo identitario.

Infatti, una quinta posizione, tipica del pensiero femminista (in particolare del c.d. femminismo della differenza, ma non solo), e, più in generale, di chiunque porta avanti rivendicazioni identitarie, sostiene che sono giustificate tutte quelle diseguaglianze formali che sono dirette a tener conto delle specificità, delle particolari esigenze, bisogni, capacità, aspettative, valori, ecc., di alcuni gruppi di individui. In particolare, se riferita alle diseguaglianze formali di genere, questa posizione giustifica quei trattamenti differenziali che siano tesi a tenere in conto la particolare situazione di uno dei due generi. Questa posizione è ben esemplificata da Catharine MacKinnon quando scrive

«il concetto di “neutralità rispetto al genere” suggerisce che ci sia discriminazione sessuale allorché viene riconosciuto alle donne ciò di cui hanno bisogno in quanto donne [...] Ma sulla base dello stesso concetto,

persone hanno eguali chance di fare o di ottenere ciò che vogliono, non è necessario che tutte loro possano, contemporaneamente, farlo o ottenerlo, cosa invece necessaria affinché si possa dire che esse hanno eguali opzioni».

¹¹ La giustificazione incentrata sull'eguaglianza delle opportunità intrattiene molti, complessi, rapporti con la giustificazione meritocratica: per un'introduzione al problema cfr., ad esempio, RIVA 2011, 12 ss., e la bibliografia ivi citata.

¹² Sulla distinzione tra eguaglianza di partenza ed eguaglianza d'arrivo cfr., ad esempio, COMANDUCCI 2000.

non sarebbe discriminazione sessuale non riconoscere alle donne ciò di cui hanno bisogno in quanto donne, visto che, in tal caso, solo le donne non avrebbero ciò di cui hanno bisogno?» (MACKINNON 1989, 222, trad. mia).

Un ultimo tipo di giustificazione che, anche se non concettualmente autonomo, ai nostri fini è opportuno considerare a parte, è quello della c.d. speciale protezione: esso richiede l'adozione di misure di tutela di soggetti che, per ragioni fisiche, biologiche o, comunque, naturali, sono più deboli. L'argomento della speciale protezione consiste, in genere, in appelli al principio solidaristico, richiama la posizione socialista sopra considerata, in quanto può giustificare una diversità di trattamento in base ai particolari bisogni di certi soggetti, ma non è affatto estraneo neppure alla tradizione liberale, specie se riferito alle diseguaglianze formali di genere. Come nota in termini polemici Gianformaggio, le

«donne non sono degli uomini (ossia dei veri uomini): questo è il messaggio del liberalismo. E tuttavia se, come è giusto, le si vuole trattare – se vogliono essere trattate – come gli uomini, debbono essere considerate come uomini. Le differenze, che indubbiamente ci sono, possono al più giustificare qualche speciale protezione» (GIANFORMAGGIO 2005, 111).

Insomma, l'assimilazione forzata delle donne a modelli maschili, che caratterizza un certo tipo di pensiero liberale, può trovare per quello stesso pensiero una deroga solo quando si tratti di prevenire un qualche danno, cioè di predisporre una qualche particolare tutela per le donne in quanto soggetti (considerati) più deboli. A tutta evidenza si tratta di un tipo di giustificazione difficilmente distinguibile da quella di tipo identitario. In via di stipulazione, per operare tale distinzione, assumo che l'argomento della speciale protezione, quando riferito al genere, si fondi solo su caratteristiche (senza dubbio) biologiche – e non invece su valori, aspettative o bisogni di altra natura o di natura dubbia – connesse necessariamente ad un solo genere, e riguardi solo norme giuridiche dirette a garantire una qualche forma di protezione o tutela (e non invece altri vantaggi) – si dovrebbe trattare, insomma, di norme che prevedono immunità o pongono altrui divieti o incapacità al fine di creare una sfera giuridica di intangibilità a favore del genere debole¹³.

3. *Le diseguaglianze formali nella Costituzione italiana*

Nel precedente paragrafo ho presentato, in modo piuttosto schematico, le principali giustificazioni della diseguaglianza formale proposte dai filosofi politici contemporanei: è giunto il momento di chiederci quali di esse siano (o si reputino o si possano ritenere) accolte dalla nostra Costituzione.

In primo luogo, è da escludersi che la Costituzione vieti qualsiasi tipo di diseguaglianza formale tra cittadini (tanto meno tra soggetti dell'ordinamento): secondo l'interpretazione prevalente, l'art. 3 Cost. ammetterebbe le discriminazioni ragionevoli, ossia imporrebbe di trattare i casi uguali in modo uguale e i casi diversi in modo diverso¹⁴.

¹³ Non è, ovviamente, una stipulazione unanimemente condivisa: così, ad esempio, GIANFORMAGGIO 1997 (e non solo lei) fa rientrare nella speciale protezione anche l'abolizione delle barriere architettoniche giustificata dall'esigenza di rispondere ai bisogni dei soggetti disabili: una misura che, non essendo diretta a garantire una forma di tutela, ma solo l'attuazione della libertà di circolazione, non rientrerebbe tra quelle ispirate all'esigenza di speciale protezione in base all'impostazione qui seguita.

¹⁴ In particolare, rispetto all'eguaglianza formale di genere, al disposto dell'art. 3, I comma, Cost. ai sensi del quali «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [...]» (ma cfr. anche artt. 29, I comma, 37, I comma, e 48, I comma), fanno da contrappeso le norme espresse dagli artt. 3, II comma,

Alla nostra Costituzione non è, invece, del tutto estranea la giustificazione meritocratica, la quale sembra, almeno in parte, sottesa a disposizioni come l'art. 34, II e III comma, Cost. («I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso»), nonché a tutto il sistema d'accesso alla p.a. (e ad altre professioni) per concorso pubblico (art. 97, III comma, Cost.)¹⁵. Oggi, se non forse già all'epoca dell'entrata in vigore della Costituzione¹⁶, è comunque da escludere che considerazioni di tipo meritocratico possano giustificare una disciplina discriminatoria ai danni di tutte le donne in quanto tali, ossia una disciplina giuridica differenziata basata sul presupposto che tutte le donne (in quanto tali) siano meno meritorie di tutti gli uomini (in quanto tali) rispetto a certe attività, cariche o eventi.

Per quanto riguarda la giustificazione liberale bisogna introdurre alcune distinzioni. Secondo l'opinione prevalente l'art. 3, II comma, Cost. permetterebbe solo quelle deviazioni dall'eguaglianza formale tese ad assicurare un'eguaglianza di opportunità: non si tratta però di un'opinione unanime, né della sola permessa dal dato testuale (che si riferisce, genericamente, alla rimozione de «gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»). All'eguaglianza di opportunità fa, invece, espresso riferimento l'art. 51, I comma («Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini») introdotto con la legge costituzionale n. 1 del 30 maggio 2003¹⁷.

Più incerta, invece, è l'interpretazione dell'art. 117, VII comma («Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive»), introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui testo potrebbe intendersi anche come riferito a un'eguaglianza di risultati¹⁸.

31, II comma, 37, II comma, 51, I comma, e 117, VII comma, Cost. (cfr. *infra*). Per una sintesi delle vicende storiche relative alla faticosa attuazione dell'art. 3, I comma, Cost. in tema di parità di genere cfr. CARLASSARE 2010, dove sono anche riportate alcune (sconvolgenti) opinioni espresse dai nostri costituenti sulla naturale inferiorità delle donne.

¹⁵ E forse vi è traccia di questo tipo di giustificazione anche nell'art. 4, II comma, Cost.: «Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie *possibilità* e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (corsivo mio).

¹⁶ Sul dibattito in assemblea costituente rispetto all'accesso delle donne agli impieghi pubblici e, in particolare, alla magistratura cfr., ad esempio, CARLASSARE 2010.

¹⁷ Prima di siffatta modifica costituzionale, la Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 422 del 12 settembre 1995, aveva dichiarato incostituzionali, in base al combinato disposto degli artt. 3, I comma, e 51 Cost., una serie di disposizioni che prevedevano che, nelle elezioni amministrative, ciascuno dei due sessi non potesse essere rappresentato in misura superiore ai due terzi e, nelle elezioni della camera dei deputati, le liste recanti più di un nome fossero formate da candidati e candidate in ordine alternato. Per una critica a tale sentenza anche rispetto alle norme costituzionali allora in vigore cfr. GIANFORMAGGIO 1996b; BALESTRERO 1997; CARLASSARE 1997; FARAGUNA 2013.

¹⁸ Lo stesso vale anche per le disposizioni costituzionali europee. Così l'art. 23, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea statuisce «I c. La parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. II c. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato». L'art. 141 Trattato CE (come modificato dal Trattato di Amsterdam) prevede invece che «Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedono vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di una attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

Al riguardo, occorre osservare che nessuna delle norme sopra citate fa riferimento né all'esistenza di una precedente discriminazione (in qualche senso) ingiusta a carico delle donne né al carattere temporaneo dei provvedimenti volti a promuovere le pari opportunità, a rimuovere gli ostacoli all'eguaglianza e a promuovere la parità di accesso alle cariche elettive: entrambi i requisiti possono comunque considerarsi come presupposti impliciti¹⁹.

Una giustificazione di tipo socialista è sicuramente sottesa a molte norme costituzionali: secondo una certa interpretazione (non maggioritaria) la si può rinvenire nell'art. 3, II comma, Cost. (il cui testo è di certo compatibile con tale giustificazione)²⁰, e in tutte quelle norme che attribuiscono alla Repubblica il compito di soddisfare in misura eguale determinati bisogni dei cittadini (artt. 32, 36, 38 Cost.).

Infine, la giustificazione della speciale protezione sembra sottesa agli artt. 31, II comma («[La Repubblica] Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo») e 37, II comma («Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua [della donna lavoratrice] essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione»), il quale ultimo, nel riferirsi alla essenziale funzione della madre, rinvia anche ad una giustificazione di tipo identitario.

Ciò premesso, le più rilevanti diseguaglianze formali di genere presenti nel diritto italiano contemporaneo mi sembrano riconducibili alle seguenti categorie:

- a) diseguaglianze formali senza ragioni (vedi *infra*, §§ 4, 4.1);
- b) diseguaglianze formali dirette a ottenere un'eguaglianza (d'arrivo) rispetto a determinate opportunità (vedi *infra*, §§ 5.1, 5.2);
- c) diseguaglianze formali dirette a conseguire un'eguaglianza (d'arrivo) rispetto a determinati risultati (vedi *infra*, §§ 5.2, 6);
- d) diseguaglianze formali riconducibili al principio di speciale protezione (vedi *infra*, § 7);
- e) diseguaglianze formali riconducibili al principio identitario (vedi *infra*, § 8).

4. Senza ragioni. Le diseguaglianze formali al femminile

Come accennato, un primo gruppo di norme che stabiliscono una diversità di trattamento in base a proprietà necessariamente connesse al sesso si caratterizza per il fatto di non essere in nessun modo giustificabile: ossia, non solo di non rispondere a nessuna delle giustificazioni prima sinteticamente considerate, ma di essere addirittura privo di qualsivoglia ragione, di qualsiasi ragionevole giustificazione. A tale gruppo appartengono tutte le diseguaglianze formali al femminile (i.e. i casi di norme giuridiche che attribuiscono più situazioni giuridiche attive agli uomini piuttosto che alle donne oppure più situazioni giuridiche passive alle donne piuttosto che agli uomini) attualmente previste dal diritto italiano vigente e, forse, un caso di diseguaglianza formale al maschile (vedi *infra*, § 4.1). Partendo dalle prime, l'istituto coinvolto è quello del cognome e le discipline rilevanti sono essenzialmente due.

In primo luogo, viene in rilievo l'art. 143-*bis* c.c. sulla trasmissione del cognome del marito alla moglie, ai sensi del quale «La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze». Stando ad un'interpretazione letterale della disposizione in esame, essa parrebbe integrare un caso di diseguaglianza formale di genere, in quanto

¹⁹ Per quanto attiene alla rappresentanza politica, anche a livello europeo, a partire dal caso Marschall, causa C-409/95, la Corte di Giustizia ha giudicato ammissibili le azioni positive purché siano proporzionali, temporanee e limitate.

²⁰ Tra gli stessi membri dell'Assemblea Costituente, Basso parlò esplicitamente dell'art. 3 come di una norma tendente a realizzare "l'eguaglianza sociale" e Nenni lo ricollegò al concetto di Stato sociale: cfr. CARAVITA 1984, 12 ss. cui rinvio per un'analisi dei lavori preparatori sull'art. 3 Cost.

sembrerebbe imporre alle (donne che diventino) mogli una soggezione che non è imposta ai (agli uomini che siano anche) mariti. Una simile disegualianza parrebbe del tutto ingiustificabile: non solo a suo favore non sembra adducibile nessuna delle ragioni considerate nel paragrafo precedente, ma è anche difficile immaginarne qualcun'altra. In particolare, la sola esigenza di garantire la notorietà del legame matrimoniale sembra del tutto insufficiente in un ordinamento in cui a tale legame non si collega un unico regime patrimoniale, sicché una simile notorietà non può certo svolgere la meritevole funzione di contribuire alla certezza delle relazioni giuridiche. Del resto, se questa fosse la ragione d'essere di tale norma, essa potrebbe realizzarsi solo se anche i mariti aggiungessero il cognome della moglie al proprio. Semmai la funzione sociale di tale previsione potrebbe essere solo quella (ripugnante e non meritevole) di rendere noto che la donna in questione è sposata e, quindi, fuori mercato, non disponibile, evidentemente non avvertendosi una simile esigenza di notorietà anche rispetto ai mariti. Insomma, la norma espressa dal tenore letterale dell'art. 143-*bis* c.c. sembra svolgere soltanto una funzione simbolica d'oppressione, nel doppio senso di essere un'oppressione simbolica (ma certo non per questo meno reale o efficace) e di essere il simbolo di un'oppressione²¹. Al riguardo, bisogna comunque sottolineare che la dottrina e la giurisprudenza prevalente adottano da tempo un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, che, per la verità, pare ben poco interpretativa, in quanto, travolgendone il dato testuale, giunge ad intenderla come attributiva di una mera facoltà²². Insomma, aderendo a quest'ultimo indirizzo, l'art. 143-*bis* c.c. parrebbe trasformarsi da caso di disegualianza formale al femminile a esempio di disegualianza formale al maschile, in quanto attribuisce alle mogli una libertà che i mariti non possiedono. A ben vedere, però, questa qualificazione vale solo *prima facie*, in quanto la libertà in questione è ben poco vantaggiosa per le donne e, anzi, rispetto ad essa si ripropongono, per quanto attenuate, le critiche precedentemente espresse: le donne che se ne avvalgono accettano di partecipare ad una prassi simbolica la cui natura oppressiva non è certo mitigata dal fatto di essere volontariamente scelta.

In secondo luogo, occorre considerare le norme che regolano la trasmissione del cognome ai figli a seguito di riconoscimento, adozione e legittimazione: norme espresse, rispettivamente, dagli artt. 262 e art. 299, III comma, c.c. e dall'art. 33 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396²³. Questo istituto – così

²¹ Sull'importanza dell'ordine simbolico (nel senso tecnico lacaniano) nell'oppressione femminile cfr., ad esempio, IRIGARAY 1974; CAVARERO 1990; MURARO 1991; BOTTI 1997.

²² Sul punto e per un elenco della giurisprudenza in materia cfr., ad esempio, LONG 2015.

²³ Ai sensi dell'art. 262 c.c. «Il figlio naturale assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio naturale assume il cognome del padre. Se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata, o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio naturale può assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre. Nel caso di minore età del figlio, il giudice decide circa l'assunzione del cognome del padre». La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 297 del 23 luglio 1996, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo nella parte in cui non prevede che il figlio naturale, nell'assumere il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere, antepoendolo o, a sua scelta, aggiungendolo a questo, il cognome precedentemente attribuitogli con atto formalmente legittimo, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale (tale è il tenore dell'art. 95, co. III del D.P.R. n. 396/2000). L'art. 299, terzo comma, del codice civile dispone, invece, «Se l'adozione è compiuta da coniugi l'adottato assume il cognome del marito». Infine, ai sensi art. 33 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) «[i]l figlio legittimato ha il cognome del padre, ma egli, se maggiore di età alla data della legittimazione, può scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne viene a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a sua scelta, quello del genitore che lo ha legittimato. Uguale facoltà di scelta è concessa al figlio maggiorenne che subisce il cambiamento o la modifica del proprio cognome a seguito della variazione di quello del genitore da cui il cognome deriva, nonché al figlio naturale di ignoti riconosciuto, dopo il raggiungimento della maggiore età, da uno dei genitori o contemporaneamente da entrambi».

come la norma consuetudinaria che regola la trasmissione del cognome paterno ai figli nati in costanza della presunzione di paternità – è stato compiutamente analizzato dal saggio di Cesare Pitea²⁴, sicché non mi tratterò su di esso. In questa sede vorrei solo osservare che anche tali disposizioni, peraltro diffuse in tutto il mondo occidentale, non sono giustificabili in base a nessuna delle teorie prima considerate e, anzi, appaiono prive di valide ragioni²⁵. In particolare, l'esigenza di garantire la certezza degli status familiari (la loro notorietà) appare assolutamente insufficiente in società ampie, caratterizzate da una notevole mobilità e da un elevato grado di informatizzazione. Insomma, il fatto che Francesca si chiami Poggi come suo padre Francesco, suo nonno Adelio, suo zio Giovanni, suo cugino Giancarlo e il figlio di suo cugino, Roberto, poteva svolgere (forse) una qualche funzione rilevante in merito alla notorietà degli status familiari in società rurali, ristrette, caratterizzate da una bassa mobilità, da legami sociali piuttosto stretti e dall'assenza di sofisticati strumenti di registrazione e gestione dei dati personali, ma non compie alcuna funzione nelle società attuali dove Francesco, Francesca, Adelio, Giovanni, Giancarlo e Roberto vivono in 4 città e 3 stati e 2 continenti diversi – non sempre gli stessi – sono circondati da omonimi – se non nel comune di residenza, certo nella società globale (e sui social network) – ed esistono sistemi informatizzati che consentono alle autorità competenti di custodire, elaborare e reperire il loro status di famiglia e qualsiasi altro dato personale²⁶.

4.1. *I requisiti per l'accesso ai corpi militari*

Nel nostro ordinamento esiste (ma, forse, quando leggerete queste righe non esisterà più) anche un caso di diseguaglianza formale al maschile difficile da giustificare. Si tratta della disciplina dei requisiti per l'ammissione ai concorsi nelle forze armate, e, in particolare, di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 635 del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare) e dell'art. 587 del D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90 (Testo unico regolamentare attuativo), che istituiscono requisiti di altezza differenziati per uomini e donne. In particolare

«a) per gli ufficiali, sottufficiali e volontari, salvo quanto previsto dalle lettere b) e c): non inferiore a metri 1,65 per gli uomini e a metri 1,61 per le donne e, limitatamente al personale della Marina militare, non

²⁴ PITEA 2014. Cfr. anche CARLASSARE 2010; PALICI DI SUNI 2010 (anche per quanto riguarda la giurisprudenza comunitaria su analoghi istituti di altri paesi EU).

²⁵ La Corte Costituzionale con la sentenza 16.02.2006 n. 61 ha dichiarato inammissibile la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 143-bis, 236, 237, secondo comma, 262 e 299, terzo comma, del codice civile e degli artt. 33 e 34 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 per violazione degli artt. 2, 3 e 29 Cost. La Consulta, pur evidenziando come «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna», sostiene che «l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte. Ed infatti, nonostante l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum*, limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà, viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente a detta volontà – con la conseguente necessità di stabilire i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo – ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta». Analogo esito avevano avuto precedenti giudizi di costituzionalità sulle stesse norme: cfr. Corte Cost. ordinanze n. 176 e n. 586 del 1988.

²⁶ Del resto, è appena il caso di sottolineare che la presunta funzione di assicurare la notorietà degli status familiari sarebbe comunque insufficiente a giustificare le norme in questione – non solo in base alle teorie esaminate nel precedente paragrafo, ma anche e soprattutto – perché essa potrebbe essere svolta in maniera analoga da norme che imponessero la trasmissione del cognome materno, sicché resterebbe pur sempre da giustificare la preferenza attribuita al padre.

superiore a metri 1,95; b) per gli ufficiali piloti della Marina militare e per gli ufficiali dei ruoli naviganti normale e speciale dell'Aeronautica militare: non inferiore a metri 1,65 e non superiore a metri 1,90; c) per gli ufficiali dell'Arma dei carabinieri: non inferiore a metri 1,70 per gli uomini e a metri 1,65 per le donne».

Queste disposizioni sono state oggetto di una proposta di riforma da parte di un Disegno di legge, approvato l'8 aprile 2014 dal Senato della Repubblica e diretto a sostituire i requisiti d'altezza con parametri relativi alla massa corporea: data l'ampia e trasversale maggioranza raggiunta, è probabile che, ben presto, anche la Camera dei Deputati esprima voto favorevole e abroghi la disciplina in questione. Ciononostante, credo che sia interessante esaminare il caso in oggetto per più ragioni.

Innanzitutto, esso appare, *prima facie*, come un caso di diseguaglianza formale non giustificata: se, per poter svolgere compiti nelle forze armate, per le donne è sufficiente essere alte x metri – se, quindi, per una persona è sufficiente essere alta x metri per far parte delle forze armate – è ingiusto che agli uomini venga richiesta un'altezza di metri $x + n$. Al riguardo, è appena il caso di osservare che il codice per le pari opportunità tra uomo e donna (cfr. *infra*, § 5.1) prevede sì che l'altezza delle persone possa costituire un legittimo motivo di discriminazione, ma solo per «mansioni e qualifiche speciali, per le quali è necessario definire un limite d'altezza». In altri termini, può essere legittimamente previsto un limite d'altezza, ma essendo questo imposto (o altamente consigliato) dalla peculiarità delle mansioni o qualifiche, deve essere generale e cioè valere per tutti i cittadini, indipendentemente dal sesso. Così, per fare un esempio, il limite massimo d'altezza di 1,95 metri per il personale della Marina militare è giustificato dalle dimensioni degli arredi delle navi (ad esempio, delle cuccette), che difficilmente possono ospitare persone dall'altezza eccessiva, e vale sia per gli uomini che per le donne (anche se, statisticamente, avrà più effetti sulla popolazione maschile, essendo questa in media più alta). Insomma, le disposizioni in oggetto, non solo violano gli artt. 27, 32 e 33 del codice delle pari opportunità (riguardanti, rispettivamente, il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro e il divieto di discriminazione nell'arruolamento e nel reclutamento nelle forze armate) – violazione che, intercorrendo tra norme pari ordinate, non produce effetto – ma appaiono addirittura incostituzionali per contrasto con l'art. 3, I comma, Cost.

In secondo luogo, e soprattutto, anche se le norme in oggetto sembrano integrare un caso di diseguaglianza formale al maschile, ossia trattano in modo, *prima facie*, più sfavorevole gli uomini, imponendo ad essi requisiti più rigidi per l'accesso al reclutamento nelle forze armate, esse riflettono a ben vedere degli stereotipi di genere maschilisti. Mi pare, infatti, che imponga requisiti più rigidi agli uomini convogli in qualche modo l'idea che questi siano destinati ad assumere una posizione prevalente, in qualche modo più importante, nell'ambito delle forze armate – rispetto alla progressione in carriera (in violazioni dei relativi divieti legislativi di discriminazione), ma anche in termini di difficoltà dei compiti espletati. Insomma, consapevolmente o no, il messaggio sembra essere quello per cui il maggior rigore verso gli uomini si motiva per il maggior impegno, peso e importanza che rivestiranno – e, del resto, non sono quelle militari mansioni tipicamente maschili? Lo stesso, accadeva, a ben vedere, anche per il servizio militare obbligatorio: anche in tal caso vi era una diseguaglianza formale al maschile, che imponeva obblighi ben più gravosi sugli uomini e che rifletteva un'immagine genderizzata della società – l'idea che l'onere della difesa fosse un compito virile, nel doppio senso che richiedeva e formava le doti maschili di forza, sacrificio, coraggio, spregio del pericolo, ecc., e che, pertanto, risultava, per natura, totalmente inadatto alle fragili e sensibili creature femminili.

Infine, c'è da chiedersi se, però, anche un'eventuale parità di trattamento rispetto al requisito dell'altezza non potrebbe considerarsi lesiva dell'eguaglianza (questa volta sostanziale): in particolare, se tale eguaglianza formale non minerebbe l'eguaglianza di opportunità nell'accesso alla carriera militare. In effetti, come mi ha fatto notare Cesare Pitea, un criterio d'accesso può essere considerato discriminatorio e, in particolare, può integrare una c.d. discriminazione indiretta se, pur essendo

gender-blind, ossia pur non riguardando una caratteristica necessariamente connessa al genere, tuttavia avvantaggia o penalizza in misura proporzionalmente maggiore l'uno o l'altro sesso²⁷. In sintesi, posto che gli uomini sono in media più alti delle donne, se si stabilisse un qualsiasi requisito unico d'altezza minima, ad esempio 1,65 metri, il numero di uomini che potrebbe soddisfarlo sarebbe proporzionalmente maggiore del numero di donne e, quindi, il numero di donne escluse in forza del criterio in questione sarebbe maggiore del numero di uomini esclusi²⁸.

Insomma, nel caso in esame, sembrerebbe che un'eguaglianza formale crei una diseguaglianza di opportunità non giustificabile a svantaggio delle donne, mentre, per contro, una disparità di trattamento produca una diseguaglianza formale a svantaggio degli uomini, anch'essa non giustificabile (se non in base all'esigenza di evitare una diseguaglianza di opportunità a danno delle donne). Anche se non è questa la sede per affrontare la complicata questione del conflitto tra diverse (dis)eguaglianze di genere (sul punto cfr. POGGI 2016), credo che qui il nodo della questione risieda nel fatto che non vi sono ragioni per imporre un dato requisito minimo d'altezza. Se si può convenire che i militari non dovrebbero essere troppo bassi, perché ciò potrebbe impedirgli di compiere certe attività (peraltro di non facile individuazione, dipendendo anche dalle diverse mansioni e dai corpi di appartenenza), è impossibile quantificare in termini netti un limite minimo, sicché ogni quantificazione risulta arbitraria e, quindi, direttamente o indirettamente discriminatoria. Al riguardo sarebbe di certo preferibile adottare altri requisiti – il requisito della massa corporea oppure, direttamente, l'abilità a svolgere determinate attività (variabili a seconda delle mansioni cui si aspira e dei corpi in cui si richiede l'accesso).

5. Eguaglianza di opportunità vs. eguaglianza di risultati

Intuitivamente le nozioni di eguaglianza di opportunità ed eguaglianza di risultati sembrano piuttosto chiare: come abbiamo visto (vedi *infra*, § 2), la prima si riferisce all'eguale possibilità (intesa come *chance* oppure come opzione di fatto disponibile) di ottenere un certo risultato, mentre la seconda si riferisce all'eguaglianza nel conseguimento del risultato in questione (identificabile con un certo livello di benessere, una certa quantità di beni o il soddisfacimento di certi bisogni). Tuttavia, la distinzione non è sempre agevole in quanto, quasi sempre, per garantire un'eguaglianza di opportunità è necessario garantire l'eguaglianza in un certa condizione, ossia un'eguaglianza in un qualche risultato. Così, per fare un esempio, una strada per garantire alle donne un'eguale *chance* di essere elette consiste nell'imporre un'eguaglianza in quel bene che è la presenza all'interno delle liste elettorali²⁹. Per tale ragione, in quel che segue, si seguono essenzialmente i dati normativi, che riconducono una certa disciplina all'una o all'altra giustificazione, salvo precisare quando tale auto-qualificazione non sia condivisibile o intervenire allorché assente.

²⁷ Così il Codice delle pari opportunità prevede, all'art. 25, II comma, che si ha una discriminazione indiretta «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

²⁸ Per un'applicazione di tale criterio nella giurisprudenza comunitaria cfr., ad esempio, Corte Giust., 31 marzo 1981, causa 96/80, *Jenkins*; Corte Giust., 13 marzo 1986, causa 170/84, *Bilka*; ECHR, 6 aprile 2000, *Thlimmenos v. Greece*; ECHR, 13 novembre 2007, *DH and Others v. Czech Republic*.

²⁹ Come osserva Riva (RIVA 2011, 130) «Nella misura in cui l'eguaglianza delle opportunità dipende da un insieme di condizioni [...], per promuovere l'eguaglianza tra due o più soggetti nel possesso di un'opportunità, è necessario promuovere la loro eguaglianza nell'acquisizione delle condizioni soggettive da cui quella opportunità dipende».

5.1. *L'eguaglianza di opportunità nella formazione e nella vita lavorativa*

Alla giustificazione fondata sull'esigenza di garantire un'eguaglianza di opportunità nell'ambito della formazione e della vita lavorativa parrebbero riconducibili una serie di provvedimenti, di solito catalogati sotto la dicitura «azioni positive», oggi confluiti principalmente (ma non esclusivamente) nel c.d. codice delle pari opportunità (il D.Lgs. 11 aprile 2006 n. 198, come modificato dal D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, che recepisce la direttiva 2006/54/CE, che, a sua volta, riunifica e sostituisce una serie di precedenti atti in materia). Le vicende relative all'adozione e all'attuazione di tali provvedimenti sono, sotto molti profili, interessanti: una significativa teoria di buoni propositi frustrati, inattuati o (per diverse ragioni) inattuabili, interventi frammentari, abrogazioni parziali, decreti non convertiti, deleghe legislative generiche e, soprattutto, moltiplicazioni esponenziali di organi, componenti di organi, competenze, a tutti i livelli delle amministrazioni locali e centrali – con conseguenti ingenti spese cui, francamente, almeno per ora, non sembrano seguiti risultati proporzionati. Riporto brevemente i momenti più salienti di questa poco edificante storia ad uso e consumo di eventuali amanti dell'archeologia giuridica.

Il primo intervento di una qualche rilevanza in materia di pari opportunità è costituito dalla legge 10 aprile 1991, n. 125, intitolata *Azioni positive per la realizzazione della parità di uomo-donna nel lavoro*, oggi abrogata dall'art. 57 del codice delle pari opportunità (ad eccezione dell'art. 11 che riguardava la copertura finanziaria). Il corpo di questa prima legge aveva subito diversi – frammentari – interventi concernenti aspetti non centrali: così il D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 196 aveva rivisto la procedura di nomina, la durata, i compiti e le funzioni dei consiglieri delle pari opportunità e del consigliere nazionale di parità, e, da ultimo, il decreto ministeriale 15 marzo 2001 aveva disciplinato le modalità di presentazione, valutazione e finanziamento dei progetti di azione positiva. Un altro significativo passo nella direzione delle azioni positive è stato rappresentato dalla legge 25 febbraio 1992 n. 215, *Azioni positive per l'imprenditoria femminile*, la quale era espressamente diretta «a promuovere l'eguaglianza sostanziale e le pari opportunità per uomini e donne nell'attività economica e imprenditoriale» (art. 1). Tale legge aveva istituito il fondo nazionale per lo sviluppo dell'imprenditoria femminile (art. 3) per concedere contributi³⁰ per determinate spese relative all'avvio, all'acquisto o all'aumento della produttività di attività imprenditoriali da parte di categorie di soggetti costituiti esclusivamente o prevalentemente da donne³¹. La prima applicazione della legge avvenne solo nel 1997, in quanto le norme attuative furono introdotte solo con il D.M. n. 706 del 5 dicembre 1996. Questo ritardo fu in parte dovuto a un contenzioso in sede comunitaria, concluso con la decisione della Commissione del 16 giugno 1993, la quale stabilì che gli aiuti, di cui alla legge in oggetto, potevano essere concessi solo alle piccole imprese, non dovevano superare gli importi fissati dalla disciplina comunitaria ed era esclusa ogni possibilità di cumulo con altre agevolazioni o benefici. Successivamente, la disciplina degli interventi in favore dell'imprenditoria femminile è stata parzialmente modificata dal D.P.R. 28 luglio 2000, n. 314: dal punto di vista procedurale, oltre all'introduzione di un termine certo entro cui doveva concludersi la procedura,

³⁰ Originariamente era prevista in alternativa la possibilità di ottenere crediti d'imposta, poi abrogata dal D.P.R. 28.07.2000, n. 314.

³¹ Si tratta di: «a. le società cooperative e le società di persone, costituite in misura non inferiore al 60 per cento da donne, le società di capitali le cui quote di partecipazione spettino in misura non inferiore ai due terzi a donne e i cui organi di amministrazione siano costituiti per almeno i due terzi da donne, nonché le imprese individuali gestite da donne, che operino nei settori dell'industria, dell'artigianato, dell'agricoltura del commercio, del turismo e dei servizi; b. le imprese, o i loro consorzi, le associazioni, gli enti, le società di promozione imprenditoriale anche a capitale misto pubblico e privato, i centri di formazione e gli ordini professionali che promuovono corsi di formazione imprenditoriale o servizi di consulenza e di assistenza tecnica e manageriale riservati per una quota non inferiore al 70 per cento a donne».

l'innovazione più significativa fu rappresentata dal coinvolgimento delle regioni nel finanziamento e nella gestione degli interventi in favore delle imprese femminili. Con l'entrata in vigore del codice delle pari opportunità, anche la legge n. 215/1992 è stata abrogata (ad eccezione di alcuni commi dell'art. 10 riguardante il Comitato per l'imprenditoria femminile istituito presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato).

Il codice delle pari opportunità dedica alle azioni positive il capo IV del titolo I (*Promozione delle pari opportunità*) e il titolo II (*Pari opportunità nell'esercizio dell'attività d'impresa*)³², che sostanzialmente riproducono previgenti disposizioni, rispettivamente, della legge 125/1991 e della legge 215/1992 (vedi sopra).

Innanzitutto il codice, in linea con l'interpretazione prevalente dell'art. 3/II Cost., definisce le «azioni positive» come le «misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità [...] dirette a favorire l'occupazione femminile e realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne» (art. 42, I comma). Come già la legge 125/1991, di cui il codice ripete pedissequamente le disposizioni in materia, anche qui le azioni positive ammesse sono caratterizzate in modo estremamente generico, in base al loro scopo³³, mentre una individuazione più precisa deve (o dovrebbe) essere fornita dal programma-obiettivo formulato annualmente dal Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed eguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici. Le misure in questione possono essere realizzate da una serie di soggetti (il Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici, i consiglieri di parità, i centri per la parità e le pari opportunità, i datori di lavoro pubblici e privati, i centri di formazione professionale e le organizzazioni sindacali) e devono essere previste dalle amministrazioni dello Stato, le regioni, le provincie, i comuni, gli enti pubblici non economici, la concessionaria pubblica e i concessionari privati per la radiodiffusione sonora e televisiva in ambito nazionale. Per quanto riguarda le misure promosse dai datori di lavoro pubblici e privati, i centri di formazione professionale accreditati, le associazioni, le organizzazioni sindacali nazionali e territoriali è prevista la possibilità di un rimborso totale o parziale degli oneri finanziari connessi (una procedura diversa, e complicata, è però prevista dall'art. 45 per le azioni positive realizzate mediante la formazione professionale).

³² Le disposizioni precedenti del codice confermano una serie di organi già istituiti da normative pregresse (la Commissione per le pari opportunità fra uomo e donna; il Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici; i consiglieri di pari opportunità a livello nazionale, regionale e provinciale; il Comitato per l'imprenditoria femminile), riprendono le definizioni di «discriminazione diretta», «discriminazione indiretta», «molestie» e «molestie sessuali» di cui alla legge 125/1991 (artt. 25 e 26), nonché una serie di divieti di discriminazione più specifici (artt. 27 a 34) e un (invero un po' anacronistico) divieto di licenziamento per causa di matrimonio (art. 35), accompagnati dalle disposizioni relative alla tutela processuale conseguente alla violazione dei precedenti divieti.

³³ Si tratta, infatti, di misure miranti a «a) eliminare le disparità nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità; b) favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne in particolare attraverso l'orientamento scolastico e professionale e gli strumenti della formazione; c) favorire l'accesso al lavoro autonomo e alla formazione imprenditoriale e la qualificazione professionale delle lavoratrici autonome e delle imprenditrici; d) superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo; e) promuovere l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità; f) favorire, anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi» (art. 42, II comma).

La rispondenza delle diverse misure a una o più delle giustificazioni elencate ai §§ 2 e 3 dovrebbe, ovviamente, essere valutata caso per caso. In linea generale, si può osservare (i) che la legge in questione autorizza l'emanazione di norme che attuino una diseguaglianza formale di genere al maschile (ad esempio, attribuendo più situazioni giuridiche attive alle donne); (ii) che, almeno nel modo generico in cui sono caratterizzate le misure in questione, si presuppone che esista una diseguaglianza di partenza ingiusta, discriminatoria; (iii) che le azioni positive sono dichiaratamente volte a realizzare un'eguaglianza sostanziale (cioè di fatto, descrittiva) di opportunità (non di risultato) unicamente in ambito lavorativo (inteso in senso ampio come inclusivo della formazione professionale), con l'esclusione di altre sfere di vita; (iv) che, dal testo di legge (e salvo quanto specificato da ciascun programma-obiettivo), le opportunità in questione parrebbero articolarsi, a seconda dei casi, come *chance* o come opzioni, anche se quest'ultima nozione parrebbe preferita.

Più nel dettaglio, la formulazione degli scopi (vedi *supra*, nt. 33), parrebbe più orientata al garantire alle donne le stesse opzioni di fatto disponibili agli uomini in tema di formazione (a, c), diversificazione delle scelte professionali (b) e accesso al lavoro autonomo (c) – qui, infatti, il fine in gioco parrebbe quello di garantire direttamente alle donne la possibilità, se lo vogliono, di avere a disposizione determinate alternative; sembrerebbero, invece, più conformi all'eguaglianza delle *chance* gli obiettivi relativi all'eliminazione degli ostacoli sociali che compromettono l'avanzamento in carriera e la parità di trattamento retributivo (d)³⁴, all'inserimento delle donne nei settori tecnologicamente avanzati, ai livelli di responsabilità e in altri ambiti lavorativi in cui siano sotto-rappresentate (e). Non manca poi uno scopo, quello di «favorire, anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali», che pare ispirato ad una giustificazione di tipo identitario (vedi *infra*, § 6). Infine, a me pare che l'obiettivo di favorire una migliore ripartizione di tali ultime responsabilità tra i due sessi (f) non sia astrattamente incompatibile con, e, anzi, rinvii a, un'eguaglianza di risultati.

Le misure in questione non sono presentate come temporanee, anche se, ovviamente, ciò non può escludersi, essendo le leggi sempre abrogabili ed essendo inoltre previsto un sistema di rapporti e relazioni (cfr. art. 3, lett. c; art. 19, comma V; art. 20, comma I; art. 46), peraltro non sempre di facile reperibilità, onde verificare lo stato di attuazione della legge e il raggiungimento degli obiettivi previsti³⁵. Insomma, le azioni positive in questione sembrano combaciare perfettamente con le giustificazioni di tipo liberale nella variante mirante a riparare le diseguaglianze di opportunità. Tuttavia, almeno in qualche caso, l'esistenza di una diseguaglianza sostanziale di partenza può essere revocata in dubbio: così mi pare che, almeno oggi, le donne non siano davvero soggette a una disparità di fatto «nella formazione scolastica e professionale», ma, piuttosto, le discriminazioni subentrino dopo il

³⁴ Si noti che la lettera della disposizione dell'art. 42, II comma, lett. d, secondo cui le azioni positive hanno lo scopo di «superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo» presuppone (e convoglia l'idea) che la disparità nell'avanzamento in carriera e nel trattamento economico non sia frutto di una semplice discriminazione (non integri una semplice violazione di legge), ma dipenda da condizioni sociali e lavorative (organizzazione e distribuzione del lavoro) che svantaggiano le donne.

³⁵ In generale, l'attuazione della legge risulta molto frammentaria: la quantità, qualità ed efficacia delle misure proposte varia sensibilmente a seconda dell'amministrazione territoriale, come, del resto, era prevedibile, dato il sistema incentrato su iniziative locali. A livello di amministrazione centrale, l'ultimo programma-obiettivo che sono riuscita a reperire risale al 2013 (Decreto del Ministro del Lavoro del 27 giugno 2013, pubblicato il 20 settembre 2013), e prevede un bando (ormai scaduto il 30 novembre 2014) per progetti di durata non superiore a 24 mesi, relativi ad azioni positive finalizzate a promuovere: 1. l'occupazione (delle donne *under* 35) ed il reinserimento lavorativo (delle donne *over* 35) oppure 2. il consolidamento delle imprese a titolarità e/o prevalenza femminile (per imprese femminili attive da almeno due anni). Il bando prevede espressamente che venga accordata preferenza alle macroiniziative di particolare complessità e valenza con un finanziamento minimo di 60.000 euro.

completamento del ciclo di studi, al momento dell'inserimento nel mondo del lavoro e in occasione degli avanzamenti di carriera³⁶.

Nel titolo II del libro III del codice delle pari opportunità sono invece confluite alcune (invero ben poche delle) disposizioni prima contenute nella legge 215/1992 (cfr. sopra) sulle azioni positive per l'imprenditoria femminile. Anche in tal caso, è prevista la possibilità di operare una disegualianza formale di genere, concedendo alle imprese "femminili"³⁷ agevolazioni che alterano, in modo anche significativo, la libera concorrenza (oppure agevolando le spese di corsi di formazione imprenditoriale o servizi di consulenza e assistenza tecnica e manageriale destinati al 70% a donne).

Sul punto vorrei osservare che, nonostante la rubrica del titolo («Pari opportunità nell'esercizio dell'attività d'impresa») e nonostante il testo dell'art. 52 («Il presente capo indica i principi generali volti a promuovere l'uguaglianza sostanziale e le pari opportunità»), non è del tutto chiaro in che senso tale normativa (come, del resto, quella di cui alla legge 215/1992) tenda a realizzare un'eguaglianza di opportunità, ossia non è chiaro quali opportunità si vogliano eguagliare. Al riguardo, si potrebbe sostenere che, muovendo dal presupposto implicito (che, invero dovrebbe essere verificato e su cui si potrebbero avanzare alcuni dubbi) in base al quale le imprese femminili, *ceteris paribus*, hanno più difficoltà ad ottenere determinati finanziamenti, e, quindi, hanno meno opportunità di avviarsi o di aumentare la propria produttività, la normativa in questione, prevedendo la concessione di contributi pubblici ad *alcune* imprese femminili, aumenta le opportunità complessive di *tutte* le imprese femminili di ottenere incentivi. Tuttavia, se, dal punto di vista statistico, una simile ricostruzione è ineccepibile, sotto il profilo teorico appare invero un po' forzata: quando si parla di eguaglianza di opportunità, si pensa, infatti, ad un'eguaglianza per tutti i soggetti discriminati, mentre questa normativa realizza, al più, un'eguaglianza di *risultati* (o, almeno, di quel risultato consistente nell'ottenere un finanziamento) solo per *alcuni* dei soggetti discriminati. Da una diversa prospettiva, si potrebbe però sostenere che gli ostacoli all'imprenditoria femminile sono di tipo più sociale che creditizio e che la normativa in questione favorisce tale imprenditoria rendendola più appetibile, vantaggiosa, e, quindi, in qualche modo riequilibrando gli impedimenti sociali, agendo da contrappeso e, in tal senso, incidendo sulla disegualianza di opportunità riferita non in senso stretto all'ottenimento di finanziamenti, ma in senso più lato all'avvio e allo sviluppo di tali attività. Anche in tal caso bisogna però osservare che un simile contro-bilanciamento, riequilibrio delle opportunità, riguarda pochissime imprese, quelle che riescono ad accedere alle agevolazioni e che, per riuscirci, devono già possedere un *know how*, una competitività e anche un capitale tale da far dubitare che le loro possibilità di partenza siano davvero inferiori a quelle di molte altre imprese non-femminili³⁸.

³⁶ Così, ad esempio, secondo i dati ISTAT, relativi al 2010 «il 37,6% delle giovani donne segue un percorso di istruzione, contro il 30,7% dei maschi (nel 2005 erano rispettivamente il 33,3% e il 27,8%). La quota è più alta nel Centro-Sud, soprattutto nella classe di età 25-29 anni. La percentuale è pari all'11,9% nel Nord, al 18,1% nel Centro e al 21,9% nel Mezzogiorno. Nel corso di cinque anni il livello di istruzione delle giovani è aumentato più che per i coetanei: le laureate sono passate dal 10,5% al 14,9% delle donne della stessa fascia di età, mentre i laureati dal 6,9% al 9,4%. Le diplomate sono il 56%, una quota pari a quella dei giovani maschi, mentre il 29,2% delle giovani possiedono al massimo la licenza media (34,8% nel caso dei maschi)» (ISTAT, *Giovani donne in cifre*, 8 marzo 2011, disponibile online <http://www.istat.it>).

³⁷ Ossia alle società cooperative e alle società di persone costituite in misura non inferiore al 60% da donne, alle società di capitali le cui quote di partecipazione spettino in misura non inferiore ai due terzi a donne e i cui organi siano costituiti per almeno due terzi da donne, e alle imprese individuali gestite da donne (art. 53, lett. a).

³⁸ Per i corsi di formazione professionale, poi, valgono le precedenti considerazioni relative alla formazione scolastica e professionale: si può, cioè, dubitare dell'esistenza di una reale disegualianza relativa alle opportunità d'accesso.

5.2. La rappresentanza politica: tra “eguaglianza” di opportunità ed “eguaglianza” di risultati

Il codice delle pari opportunità prevede anche un caso ibrido tra eguaglianza di opportunità e eguaglianza di risultati (vedi *supra*, § 5): l’art. 56, (*Pari opportunità nell’accesso alla carica del Parlamento Europeo*) statuisce che

«Nell’insieme delle liste circoscrizionali aventi un medesimo contrassegno, nelle prime due elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia, successive alla data di entrata in vigore della legge 8 aprile 2004, n. 90, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati; ai fini del computo sono escluse le candidature plurime; in caso di quoziente frazionario si procede all’arrotondamento all’unità prossima»³⁹.

Questa disposizione – che ha esaurito la sua applicabilità con le elezioni del 2009 e del 2014 – anche se non *gender blind*, è improntata ad un’assoluta eguaglianza formale⁴⁰, sicché esula dall’oggetto della presente trattazione, che, lo ricordo, è diretta ad analizzare solo le diseguaglianze istituite da norme giuridiche che discriminano tra i destinatari in base al genere o ad una caratteristica necessariamente legata al genere. Tuttavia, dal momento che di fatto è diretta a facilitare le donne, normalmente sottorappresentate nelle liste elettorali, e che in tal modo essa e analoghe norme relative alla rappresentanza politica sono sempre state intese dalla giurisprudenza, specie costituzionale, vorrei spendere qualche parola sulla sua giustificazione.

Innanzitutto non si trattava di una norma davvero eguagliatrice, visto che si limitava a garantire un terzo della rappresentanza nelle liste; inoltre essa sembrava diretta a conseguire più quel risultato costituito dalla presenza (in misura pari ad un terzo) nelle liste elettorali, che non una reale eguaglianza di *chance* di elezione rispetto a quell’un terzo delle candidate. Intendo dire che la semplice immisione in lista non è mai, di per sé, sufficiente a garantire che ciascuna delle donne candidate abbia davvero le stesse *chance* di ciascuno degli uomini candidati, visto che questo dipende (oltre che dal sistema elettorale e dalla posizione nella lista in questione), anche dalla politica dei partiti e da un complesso di fattori sociali difficilmente controllabili e modificabili solo nel lungo tempo.

Mutatis mutandis, un discorso analogo può ripetersi per le norme relative alla rappresentanza politica nelle amministrazioni locali introdotte dalla Legge 23 novembre 2012, n. 215 (Disposizioni per promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali. Disposizioni in materia di pari opportunità nella composizione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni), che ha modificato il Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali (di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267). In particolare, per i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, la legge, riprendendo un modello già sperimentato dalla legge elettorale regionale della Campania, prevede due misure, entrambe assolutamente improntate ad un’eguaglianza formale rispetto al genere (anche se non *gender blind*) ed entrambe inequivocabilmente dirette a favorire le donne: la c.d. quota di lista, in forza della quale nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore a due terzi; la c.d. doppia

³⁹ Il secondo e il terzo comma prevedono sanzioni da comminarsi per la violazione di tale obbligo.

⁴⁰ Come notato acutamente da GIANFORMAGGIO 1996b, i concetti di eguaglianza formale rispetto al genere e di *gender-blind* non sono esattamente equivalenti, in quanto, se è vero che ogni norma *gender-blind* realizza un’eguaglianza formale rispetto al genere, non è vero il contrario: una norma può espressamente prevedere che donne e uomini debbano avere gli stessi diritti (poteri, ecc.), essendo così sensibile al genere, ma imparziale. In particolare, l’esempio di Gianformaggio riguardava proprio le norme, dichiarate costituzionalmente illegittime con la sent. n. 422 del 12 settembre 1995 (cfr. *supra*, nt. 17), che stabilivano che nelle liste elettorali dei candidati nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato in misura superiore ai due terzi.

preferenza di genere, che consente all'elettore di esprimere due preferenze (anziché una, come previsto dalla normativa previgente) purché riguardanti candidati di sesso diverso, pena l'annullamento della seconda preferenza.

Ora, anche in questo caso la norma non può certo dirsi eguagliatrice (visto che non garantisce un'eguale presenza di entrambi i sessi) ed anche in questo caso gli strumenti apportati non sono certo sufficienti a garantire un'effettiva eguaglianza di *chance* tra i candidati di sesso diverso, tanto più che la violazione della previsione relativa alla c.d. quota di lista determina la decadenza della lista solo nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti⁴¹.

6. *L'eguaglianza di risultati in materia professionale*

Uno dei pochissimi casi in cui il diritto italiano mira ad ottenere una sorta di eguaglianza di risultati (o, per meglio dire, a ridurre la diseguaglianza nel conseguimento di certi risultati) tra uomo e donna mediante una diseguaglianza formale di genere è rappresentato dalla formazione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni. L'art. 57 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (come modificato dalla legge 23 novembre 2012, n. 215) stabilisce, tra l'altro, che «Le pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro: a) riservano alle donne, salva motivata impossibilità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso»⁴². Per garantire l'effettività di quest'obbligo è previsto che l'atto di nomina delle commissioni di concorso sia inviato, entro tre giorni, alla consigliera o al consigliere di parità nazionale o regionale (a seconda dell'ambito territoriale dell'amministrazione che ha bandito il concorso)⁴³ e, che, qualora questa/o ravvisi una violazione debba diffidare l'amministrazione a rimuoverla, e, in caso di inottemperanza alla diffida, proponga ricorso in via d'urgenza davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competente (ex art. 37, IV comma, del codice delle pari opportunità tra uomo e donna).

Le norme in esame, ovviamente, potrebbero considerarsi dirette anche a garantire una parità di opportunità delle candidate donne rispetto ai candidati uomini, qualora si accogliessero congiuntamente due premesse: (i) che i commissari uomini tendono a preferire gli uomini e (ii) che le commissarie donne tendono a preferire le donne. Tuttavia, da un lato, accolte tali premesse, la norma non avrebbe affatto un effetto eguagliatore in tema di opportunità, visto che riserva alle donne solo un

⁴¹ Per tutti i comuni con popolazione fino a 15.000 abitanti è comunque previsto che nelle liste dei candidati debba essere assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi. Inoltre, la stessa legge stabilisce che il sindaco e il presidente della provincia siano tenuti a nominare la giunta nel rispetto del principio di pari opportunità tra donne e uomini, garantendo la presenza di entrambi i sessi, e che gli statuti comunali e provinciali debbano stabilire norme per garantire (e non più semplicemente "promuovere") la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali non elettivi del comune e della provincia, nonché negli enti, aziende ed istituzioni da essi dipendenti.

⁴² Il medesimo articolo detta altre disposizioni a tutela delle pari opportunità stabilendo che le p.a. «b) adottano propri atti regolamentari per assicurare pari opportunità fra uomini e donne sul lavoro, conformemente alle direttive impartite dalla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica; c) garantiscono la partecipazione delle proprie dipendenti ai corsi di formazione e di aggiornamento professionale in rapporto proporzionale alla loro presenza nelle amministrazioni interessate ai corsi medesimi, adottando modalità organizzative atte a favorirne la partecipazione, consentendo la conciliazione fra vita professionale e vita familiare; d) possono finanziare programmi di azioni positive e l'attività dei Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, per la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni, nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio».

⁴³ Il mancato invio dell'atto di nomina della commissione di concorso alla consigliera o al consigliere di parità comporta responsabilità del dirigente responsabile del procedimento ex art. 57, comma 1bis, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

terzo dei posti in commissione (e non la metà degli stessi); d'altro lato, non ci sono studi attendibili che confermino le due premesse in questione e soprattutto la (ii) pare problematica.

In moltissimi altri casi invece l'eguaglianza di risultati, o, meglio, l'attenuazione della disegualianza, è garantita mediante norme ispirate all'eguaglianza formale anche se non *gender blind* – i.e. norme che attribuiscono le stesse situazioni giuridiche agli appartenenti ai due generi. Tali sono, ad esempio, le norme che regolano la composizione degli organi deputati a vigilare o incentivare l'attuazione delle pari opportunità. Così il già citato art. 57 del D.Lgs. 165/2001 prevede, al II comma, che

«Il Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni ha composizione paritetica ed è formato da un componente designato da ciascuna delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello di amministrazione e da un pari numero di rappresentanti dell'amministrazione in modo da assicurare nel complesso la presenza *paritaria* di entrambi i generi».

Un altro caso, che ha suscitato molte aspre polemiche, riguarda la legge 12 luglio 2011, n. 120, che ha modificato il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Tali disposizioni prevedono che lo statuto delle società quotate in mercati regolamentati debba garantire l'equilibrio tra i generi negli organi di amministrazione e di controllo (consiglio di amministrazione, collegio sindacale e consiglio di gestione, ove formato da più di tre membri), riservando almeno un terzo dei membri al genere meno rappresentato⁴⁴. La stessa normativa si applica anche alle società a controllo pubblico non quotate in forza della previsione della legge 120/2011 e del regolamento attuativo di cui al D.P.R. 30 novembre 2012, n. 251⁴⁵.

7. *La speciale protezione*

Come si è detto, secondo l'argomento della speciale protezione, le disegualianze formali di genere sono giustificabili qualora mirino alla tutela delle donne (o di alcune donne) oppure (ma questo non accade mai) degli uomini (o di alcuni uomini) in quanto soggetti più deboli, per ragioni fisiche, biologiche o, comunque, naturali. Si tratta, come evidente, di un tipo di giustificazione che è difficilmente distinguibile dalla giustificazione di tipo identitario. In via di stipulazione, per operare tale distinzione, assumo che l'argomento della speciale protezione si fondi solo su caratteristiche (senza dubbio) biologiche (e non invece su valori, aspettative o bisogni di altra natura o di natura dubbia), connesse necessariamente ad un solo genere, e riguardi solo norme giuridiche dirette a garantire una qualche forma di protezione o tutela (e non invece altri vantaggi): si dovrebbe trattare, insomma, di norme che impongono divieti o incapacità altrui al fine di creare una sfera giuridica di intangibilità.

Ebbene, credo che sia riconducibile a questo tipo di giustificazione, per esempio, il D.Lgs. 645 del 25 novembre 1996 (*Recepimento della direttiva 92/85 CEE del 19 ottobre 1992 concernente il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*), almeno nella parte in cui vieta di adibire le donne incinte, le puerpere (fino a

⁴⁴ Nel caso di violazione la Consob diffida la società inottemperante affinché si adegui entro il termine massimo di quattro mesi. L'inottemperanza alla diffida comporta l'applicazione di una sanzione pecuniaria amministrativa e la fissazione di un ulteriore termine per adempiere. Solo all'inosservanza di tale ultima diffida consegue la decadenza dei membri.

⁴⁵ Dove all'art. 2, II comma, è però previsto che, «Qualora sia previsto per la nomina degli organi sociali il meccanismo del voto di lista, gli statuti [...] non possono prevedere il rispetto del criterio di riparto tra generi per le liste che presentino un numero di candidati inferiore a tre».

7 mesi dopo il parto) o le donne che allattano a certi lavori faticosi, pericolosi e insalubri, con conseguente dovere del datore di lavoro di modificare, ove necessario, le condizioni e gli orari lavorativi: qui c'è una condizione biologica (essere gravide, allattare, aver appena partorito) che genera una situazione di particolare debolezza fisica o rischio medico e che, quindi, giustifica una speciale protezione, che si sostanzia in divieti diretti al datore di lavoro⁴⁶.

Bisogna comunque sottolineare che per donne che allattano e donne incinte le norme si giustificano anche per l'esigenza di evitare, rispettivamente, danni al neonato e aborti o deformazioni. È noto, infatti, che non solo certi sforzi possono produrre un aborto (in particolare un distacco della placenta o una prematura rottura del sacco amniotico), ma sostanze relativamente innocue per la madre possono essere altamente dannose per l'embrione, il feto e il neonato.

Forse sono riconducibili alla medesima giustificazione anche le aggravanti di cui all'art. 61, I comma, n. 11-*quinquies*, c.p., che consiste nel «l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'articolo 572, commesso il fatto [...] in danno di persona in stato di gravidanza» e quella prevista, per il reato di violenza sessuale, dall'art. 609ter, n. 5-*ter* c.p., che consiste anch'essa nell'aver commesso il fatto nei confronti di donna in stato di gravidanza. Certo, è dubbio che simili aggravanti aumentino la tutela del soggetto debole sotto il versante preventivo: piuttosto esse si giustificano in un'ottica retributiva, per il maggiore disvalore della condotta, in quanto questa mette a rischio anche la gravidanza, aumentando il danno – attuale o potenziale – per la vittima e mutando in parte anche il bene giuridico protetto (non solo la madre ma anche il feto).

In parte, ma solo in parte, sono riconducibili alla logica della speciale protezione le norme sul congedo di maternità (i.e. l'astensione obbligatoria dal lavoro ex art. 16 del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*) almeno per quanto riguarda i due mesi o il mese (nell'ipotesi di flessibilità ex art. 20) o i tre mesi (qualora la lavoratrice sia occupata in lavori gravosi o pregiudizievoli ex art. 17) anteriori alla data presunta del parto. Il fatto che tale giustificazione valga solo per queste norme – e non per (tutto) il periodo di congedo successivo – non è, come vedremo tra breve (vedi *infra*, 8), privo di rilevanza.

Riconducibile alla speciale protezione sembra anche la diseguaglianza formale di genere prevista dall'art. 19, II comma, lett. d, del Testo Unico sull'immigrazione (Decreto legislativo n. 286 del 25.07.1998, come modificato dai D.Lgs. n. 108 del 28.06.2012, e D. Lgs. n. 109 del 16.07.2012), che prevede il divieto temporaneo di espulsione e respingimento «delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono». In realtà, questa interpretazione parrebbe essere stata smentita dalla pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della presente lettera «nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio» (Corte Cost. sen. n. 376 del 27 luglio 2000): se, infatti, riconducessimo la sospensione del divieto di espulsione e respingimento alla speciale protezione richiesta dalla particolare situazione biologica della donna, allora non parrebbe sussistere nessuna incostituzionalità nella mancata estensione del divieto nei confronti del marito (posto che costui non versa nella medesima situazione biologica). Tuttavia, ciò non è del tutto corretto.

⁴⁶ Dubito, invece, che questa giustificazione sia estendibile alla previsione, ad opera dell'art. 7 del D.Lgs. 645 del 25 novembre 1996 (che ha modificato l'art. 14 del D.Lgs. n. 151 del 26 marzo 2001), del diritto a permessi retribuiti per l'effettuazione di esami prenatali, accertamenti clinici ovvero visite mediche specialistiche nel caso in cui questi debbano essere effettuati durante l'orario di lavoro. Mi pare che l'esigenza di svolgere tali controlli medici e l'opportunità che siano retribuiti qualora debbano essere effettuati nell'orario di lavoro, sia identica a quelle relative, in generale, alle visite mediche – anche se, in tal caso, all'esigenza di tutela della lavoratrice si aggiunge quella del feto.

Innanzitutto, bisogna distinguere la situazione della donna in gravidanza da quella della puerpera: mentre nel primo caso la norma mira a proteggere principalmente la salute biologica della donna e del feto e, quindi, per quel che qui interessa, opera appieno la giustificazione della speciale protezione verso la donna, nel secondo caso la disciplina in questione mira a tutelare anche il rapporto con il figlio «non solo per ciò che attiene i bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino» (Corte Cost. sen. n. 1 del 14 gennaio 1987; Corte Cost. sen. n. 376 del 27 luglio 2000). Anzi, l'esigenza di tutela del rapporto genitoriale e, attraverso questo, dello sviluppo psico-fisico-affettivo del neonato diventa prevalente più ci si allontana dalla data del parto, quando si affievoliscono progressivamente le basi biologiche della speciale protezione verso la madre. Rispetto al periodo successivo alla gravidanza, infatti, la Corte Costituzionale ha motivato l'incostituzionalità, osservando che la previgente disciplina ometteva di considerare il diritto del minore «ad essere educato, tutte le volte in cui ciò sia possibile, in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori e non dalla sola madre» e ribadendo l'esistenza di «un principio di paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi». Per quanto riguarda, invece, il periodo precedente al parto (quello dove sembrerebbe operare l'esigenza della speciale protezione verso la madre), a giudizio della Corte, la normativa in esame era incostituzionale, in quanto

«consentendo l'espulsione del marito convivente, [...] mette oltretutto la donna straniera che si trova nel territorio dello Stato in una alternativa drammatica tra il seguire il marito espulso all'estero e l'affrontare il parto ed i primi mesi di vita del figlio senza il sostegno del coniuge, e questo proprio nel momento in cui si va formando quel nuovo più ampio nucleo familiare che la legge, in forza degli artt. 29 e 30 Cost., deve appunto tutelare».

Insomma, la Corte si appella non all'art. 3, I comma, Cost. sotto il profilo della diversità di trattamento tra madre e padre, bensì a principi attinenti alla tutela dell'unità familiare (artt. 2, 29, 30 e 10 Cost. – quest'ultima in quanto norma interposta) e ritiene che l'incostituzionalità derivi dal fatto che l'espulsione del marito convivente *durante* la gravidanza può rendere scarsamente effettiva la sospensione del divieto verso la donna incinta (la quale, appunto, si trova nell'alternativa tra seguire il marito o rimanere sola) e, protraendosi nel periodo successivo, priva il bimbo della figura paterna nei suoi primi sei mesi di vita, ledendo il diritto all'unità familiare. Queste motivazioni, come spero sia chiaro, non contraddicono l'operare della giustificazione della speciale protezione nei confronti della donna incinta: anzi, solo considerando anche questa giustificazione, si spiega perché il divieto temporaneo di espulsione e respingimento riguardi solo il marito convivente e non, in genere, il padre del bambino⁴⁷.

8. La giustificazione identitaria

La giustificazione identitaria è, come si è visto, riconosciuta dalla Costituzione, che, all'art. 37, II comma, Cost., fa riferimento all'adempimento della «essenziale funzione familiare» della donna lavoratrice⁴⁸. Un tempo tale giustificazione era probabilmente al centro delle diseguaglianze formali di

⁴⁷ Al riguardo, mi pare però che permangano profili di incostituzionalità soprattutto per quanto riguarda il padre convivente che non sia anche legalmente coniugato con la madre: anche rispetto a costui mi sembrano operare tutte le esigenze di tutela dell'unità familiare e dello sviluppo psico-affettivo del neonato. Anzi, a dirla tutta, mi pare che simili esigenze possano operare anche rispetto al padre non convivente: l'assenza di coabitazione non implica necessariamente assenza di relazioni affettive.

⁴⁸ Se ne trova anche un accenno (ma non molto di più) nel codice delle pari opportunità: in particolare, nella previsione dello scopo di favorire «l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali» della donna, *ex art.* 42, II comma, lett. f).

genere relative ai congedi parentali – in particolare, giustificava tutte quelle disposizioni che riconoscevano alle sole madri il diritto a periodi di astensione obbligatoria o facoltativa dal lavoro – ma si tratta di un tipo di giustificazione che è stata progressivamente screditata dalla giurisprudenza ed abbandonata dal Parlamento in favore di una tendenziale (ma, come vedremo, non totale) fungibilità dei ruoli. Così, la Corte ha dichiarato incostituzionali tutta una serie di disposizioni della normativa previgente (la legge n. 903 del 9 dicembre 1977), progressivamente estendendo ai padri le situazioni giuridiche attive originariamente riservate alle madri⁴⁹ e tale indirizzo è stato adottato dal legislatore successivo. Ciò peraltro non significa che il D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*), neppure a seguito dei più recenti interventi della Corte Costituzionale⁵⁰, escluda qualsiasi forma di diseguaglianza formale di genere. Infatti, in forza dell'art. 16, lett. c e d, il periodo di astensione obbligatoria successivo al parto (fino ad un totale di 4 mesi) compete alla madre, mentre ai sensi dell'art. 28,

«Il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre».

Inoltre, in forza dell'art. 70, l'indennità di maternità per chi esercita una libera professione compete solo alle madri (e non anche ai padri liberi professionisti in alternativa alle madri). Se, come abbiamo visto, l'astensione nei due mesi (o nel mese o nei tre mesi) precedenti al parto si giustifica in base a ragioni riconducibili alla speciale protezione e compete solo alla madre, come giustificare la diseguaglianza formale di genere relativa all'astensione obbligatoria successiva al parto? Una diseguaglianza che, peraltro, non si riscontra rispetto ai congedi per adozioni e affidamenti (*ex artt.* 26, 27 e 31), ai congedi parentali (*artt.* 32, 33, 36 e 37), ai riposi giornalieri (*art.* 40, 42, 45) anche se per parti plurimi (*art.* 41), e ai congedi per malattia (*artt.* 47 e 50).

Ebbene, fin dalle sue pronunce relative alla disciplina previgente, la nostra Corte Costituzionale ha ravvisato una duplice *ratio* alla base della disciplina sull'astensione obbligatoria successiva al parto: da un lato, la speciale protezione della puerpera e, dall'altro, la creazione di un rapporto affettivo con il neonato e lo sviluppo psico-fisico e relazionale di quest'ultimo.

Così, già nella sentenza n. 1 del 14 gennaio 1987 – con cui aveva dichiarato incostituzionale la normativa previgente (la legge n. 903 del 9 dicembre 1977) nella parte in cui non prevedeva il diritto all'astensione dal lavoro e il diritto al godimento dei riposi giornalieri a favore del padre, in alternativa alla madre, ove l'assistenza di quest'ultima al minore fosse divenuta impossibile per decesso o grave infermità – la Corte osservava che

«oggetto della protezione nella fase successiva al parto diviene, al di là dei casi di specifica ed esclusiva considerazione della salute della madre in connessione al parto stesso, il rapporto madre-bambino, visto sotto il profilo della attiva e assidua partecipazione della prima allo sviluppo fisico e psichico del figlio. [...] La tutela della madre, in altri termini, non si fonda solo sulla condizione di donna che ha appena partorito, ma anche sulla funzione che essa esercita nei confronti del bambino: sì che la norma protegge i diritti di entrambi, e di entrambi tutela la personalità e la salute».

⁴⁹ Cfr. Corte Cost. sen. n. 1 del 14 gennaio 1987; Corte Cost. sen. n. 341 del 11 luglio 1991; Corte Cost. sen. n. 179 del 2 aprile 1993.

⁵⁰ Cfr. Corte Cost. sen. n. 104 del 26 marzo 2003; Corte Cost. sen. n. 385 del 20 luglio 2005.

In tale decisione la Corte ravvisava sì un contrasto con l'art. 3, ma non sotto il profilo del diverso trattamento tra madre e padre, non perché, insomma, la disciplina integrasse una diseguaglianza formale di genere ingiustificata, bensì perché si discriminavano (i) i minori rimasti privi dell'assistenza della madre rispetto a tutti gli altri; (ii) i padri rispetto alle madri adottive (cui competevano già i periodi di astensione per i tre mesi successivi all'ingresso del bambino in familiare); e (iii) per irragionevolezza tra l'assenza della facoltà di avvalersi dei permessi giornalieri (in alternativa alla madre deceduta o impossibilitata) e il diritto di avvalersi invece dell'astensione facoltativa (per la durata di 6 mesi nel primo anno di vita del bambino *ex art. 7* delle previgente legge n. 903 del 1977). Inoltre, a giudizio della Corte, dovevano reputarsi lesi, soprattutto gli artt. 29, I comma, 31 e 37, I comma, Cost. per il grave pregiudizio sia alla protezione della famiglia che alla tutela del minore. Insomma, in questa sentenza era ancora evidente una giustificazione identitaria, legata alle specificità del ruolo materno, la quale inizia, però, ad attenuarsi nelle pronunce successive, le quali affermano, in maniera più decisa, il principio «di una paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi, tanto nella famiglia quanto rispetto alle attività extrafamiliari» (Corte Cass. sen. n. 341 del 11 luglio 1991).

Si noti, però, che la giustificazione identitaria, pur se attenuata, non può certo dirsi scomparsa, posto che, ancora di recente, con la sentenza n. 285 del 20 luglio 2010, la Corte Costituzionale ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 del D.Lgs. n. 151/2001 nella parte in cui non prevede il diritto del padre libero professionista di percepire, in alternativa alla madre biologica, l'indennità di maternità. Al riguardo, la Corte ha sostenuto che

«l'uguaglianza tra i genitori è riferita ad istituti in cui l'interesse del minore riveste carattere assoluto o, comunque, preminente, e quindi, rispetto al quale le posizioni del padre e della madre risultano del tutto fungibili tanto da giustificare identiche discipline. Diversamente, le norme poste direttamente a protezione della filiazione biologica, oltre ad essere finalizzate alla protezione del nascituro, hanno come scopo la tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando, quindi, di tutta evidenza che, in tali casi la posizione di quest'ultima non è assimilabile a quella del padre».

Insomma, la Corte ha giustificato la diseguaglianza formale di genere tra il padre e la madre liberi professionisti, in base alle esigenze di speciale protezione connesse al parto: una giustificazione che, però, sembra difficilmente sostenibile rispetto a tutti i mesi successivi al parto, caratterizzati da un progressivo affievolimento delle esigenze di tutela della salute materna. Ricordo al riguardo che il periodo di degenza ospedaliera medio, salvo che intervengano complicazioni, è di 5 giorni per un parto cesareo, di 3 giorni negli altri casi: dati da cui è evidente che, normalmente, nel corso di un mese la salute materna risulta completamente ristabilita. Insomma, al di là delle giustificazioni esplicite, è difficile fugare l'idea che dietro l'asimmetria di disciplina non permanga ancora una giustificazione identitaria – che, intendiamoci, alcuni potrebbero anche reputare condivisibile, ma che sicuramente va in direzione contraria rispetto all'asserita fungibilità dei ruoli tra padre e madre.

9. Alcune conclusioni sulle diseguaglianze formali di genere vigenti in Italia

Tirando le fila di questa lunga disamina, si è visto come nel diritto italiano vigente siano ancora presenti delle norme (relative alla trasmissione del cognome) che attuano una diseguaglianza formale ai danni delle donne (quella che ho denominato “diseguaglianza formale al femminile”) e che non sono ragionevolmente giustificabili. Inoltre, vi sono alcuni casi di diseguaglianza formale al maschile

(cioè ai danni degli uomini) – quelli relativi ai requisiti minimi d'altezza per l'accesso ad alcuni corpi militari – la cui giustificabilità è per lo meno dubbia. Entrambi questi casi sono attualmente al centro di proposte di riforma ed entrambi (anche quelli che svantaggiano i maschi) sembrano riflettere un'immagine maschilista della società, una discriminazione (o oppressione) ai danni delle donne.

Gli altri casi di diseguaglianza formale di genere che abbiamo esaminato consistono sempre in discipline che avvantaggiano le donne e per cui pare possibile rinvenire una ragionevole giustificazione. In particolare, accanto a diseguaglianze formali di genere dirette a garantire una speciale protezione nei confronti delle donne incinte e delle puerpere, o ispirate, più o meno apertamente, ad esigenze di tipo identitario (i.e. a permettere l'espletamento dell'essenziale funzione materna della donna), un gruppo considerevole di norme si ispira alla realizzazione di un'eguaglianza di opportunità o di risultati. Al riguardo, si è però osservato che questi ultimi due fini sono realizzati in misura decisamente modesta: così, per citare due esempi emblematici, si è visto come le azioni positive per l'imprenditoria femminile certo non eguagliano le *chance* e/o le opportunità dell'intera categoria delle imprese femminili e come, rispetto all'eguaglianza di risultati, al più si garantisca alle donne una presenza pari ad un terzo. In altri termini, più che volte a realizzare davvero un'eguaglianza di opportunità o di risultati, le disposizioni esaminate sembrano dirette solo ad attenuare, in misura talvolta molto esigua, le diseguaglianze presenti.

Certamente per arrivare a un'Italia in cui l'eguaglianza di fatto sia una realtà sembrerebbe necessario attuare interventi legislativi meno timidi e frammentari, meno affidati a iniziative locali o private, più centralizzati e più generalizzati.

Riferimenti bibliografici

- ARNESON R.J. 1989. *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, in «Philosophical Studies», 56, 1, 1989, 77 ss.
- BALESTRERO M.V. 1997. *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, in SCARPONI S. (ed.), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità*, Trento, Università di Trento, 1997, 37 ss.
- BOTTI C. 1997. *Il femminismo tra uguaglianza e differenza*, in «Ragion Pratica», 8, 1997, 15 ss.
- CARAVITA B. 1984. *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, Cedam, 1984.
- CARLASSARE L. 1997. *La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività*, in BIMBI F., DEL RE A. (eds.), *Genere e democrazia: la cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1997, 81 ss.
- CARLASSARE L. 2010. *La parità dei sessi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in DEL RE A., LONGO V., PERINI, L. (eds.), *I confini della cittadinanza*, Milano, Franco Angeli, 2010, 11 ss.
- CAVARERO A. 1990. *Nonostante Platone*, Roma, Editori Riuniti, 1990.
- CHARPENTIER L. 1998. *The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action*, in «European Law Journal», 4, 2, 1998, 167 ss.
- CHARTIER G. 2012. *Anarchy and Legal order: Law and Politics for a Stateless Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- COMANDUCCI P. 1991. *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Torino, Giappichelli, 1991.
- COMANDUCCI P. 1992. *'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista*, in «Analisi e diritto», 1992, 85 ss.
- COMANDUCCI P. 2000. Voce *Uguaglianza*, in *Enciclopedia Italiana – Appendice 2000*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2000, 916 ss.
- DANIELS N. 1978. *Merit and Meritocracy*, in «Philosophy and Public Affairs», 7, 3, 1978, 206 ss.
- DEL BÒ C. 2008. *I diritti sulle cose. Teorie della giustizia e validità dei titoli*, Roma, Carocci, 2008.
- DURU-BELLAT M. 2009. *Le mérite contre la justice*, Paris, Presses de Sciences Po., 2009.
- FARAGUNA P. 2013. *Recenti sviluppi dell'esperienza costituzionale italiana in tema di c.d. "quote rosa"*, in SPITALERI F. (ed.), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, Giappichelli, 2013, 41 ss.
- FEINBERG J. 1974. *Noncomparative Justice*, in «Philosophical Review», 83, 1974, 297 ss.
- FELDMAN F. 1992. *Confrontations with the Reaper*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- FELDMAN F. 1995. *Justice, Desert, and the Repugnant Conclusion*, in «Utilitas», 7, 1995, 189 ss.
- FREDMAN S. 2002. *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- FULLINWIDER R.H. 1980. *The Reverse Discrimination Controversy*, Totowa (N.J.), Rowman & Littlefield, 1980.
- GAUS G.F., MACK E. 2004. *Libertarianism and Classic Liberalism*, in GAUS G., KUKATHUS C. (eds.), *A Handbook of Political Theory*, London, Routledge, 2004, 115 ss.
- GIANFORMAGGIO L. 1993. *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, in BONACCHI G., GROPPI A. (eds.), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, Laterza, 1993. Ried. in GIANFORMAGGIO 2005, 33-61.
- GIANFORMAGGIO L. 1996a. *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?* in «Democrazia e diritto», 36, 1, 1996, 53-71. Ried. in GIANFORMAGGIO 2005, 201-221.

- GIANFORMAGGIO L. 1996b. *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422/1995 della Corte Costituzionale)*, in «Il Foro Italiano», CXIX(I), coll. 1961-1996. Ried. in GIANFORMAGGIO 2005, 229-243.
- GIANFORMAGGIO L. 1997. *L'eguaglianza e le norme*, in GIANFORMAGGIO L., JORI M. (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997. Ried. in GIANFORMAGGIO 2005, 125-161.
- GIANFORMAGGIO L. 2003. *La promozione della parità d'accesso alle cariche elettive in Costituzione*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGLIOTTO A., VERONESI P. (eds.), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003. Ried. in GIANFORMAGGIO 2005, 245-250.
- GIANFORMAGGIO L. 2005. *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, Il Mulino, 2005.
- GIAVAZZI M. 2014. *Desert as a criterion of Justice. Against Unfair Equality*, in «Working Paper-LPF», 5, 2014, disponibile in: http://www.centroeinaudi.it/images/abook_file/WP-LPF_5_2014_Giavazzi.pdf (consultato il 31 luglio 2015).
- GOLDMAN A.H. 1979. *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, Princeton University Press, 1979.
- GOMBERG P. 2007. *How to Make Opportunity Equal*, Oxford, Blackwell, 2007.
- GUASTINI R. 1996. *Distinguendo*, Torino, Giappichelli, 1996.
- JACOBS L. 2004. *Pursuing Equal Opportunities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- HOHFELD W. 1913. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning: I*, in «Yale Law Journal», 23, 1913, 16 ss.
- HUEMER M. 2012. *The Problem of Political Authority*, New York, Palgrave MacMillan, 2007.
- IRIGARAY L. 1974. *Speculum. De l'autre femme*, Paris, Les Editions de Minuit, 1974.
- KAGAN S. 1994. *The Argument from Liberty*, in COLEMAN J., BUCHANAN A. (eds.), *Essays in honour of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 16 ss.
- LONG J. 2015. *Diritto italiano della famiglia e impliciti "normativi"*, in MORRA L., PASA B. (eds.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015, 149 ss.
- MACKINNON C.A. 1989. *Toward a Feminist Theory of State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989.
- MCLEOD O. 2013. *Desert*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponibile in: <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/desert/> (consultato il 31 luglio 2015).
- MILLER D. 1996. *Two Cheers for Meritocracy*, in «The Journal of Political Philosophy», 4, 4, 1996, 277 ss.
- MURARO L. 1991. *L'ordine simbolico della madre*, Roma, Editori Riuniti, 1991.
- NAGEL T. 1973. *Equal Treatment and Compensatory Discrimination*, in «Philosophy and Public Affairs», 2, 4, 1973, 348 ss.
- NOZICK R. 1974. *Anarchia, Stato e Utopia*, Firenze, Le Monnier, 1981 (ed. or. *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Book, 1974).
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN C. 2002. *Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria*, in «Revista de Derecho Comunitario», 6, 12, 2002, 489 ss.
- PALICI DI SUNI E. 2010. *La legislazione sulle donne tra parità e differenziazione: azioni positive e quote elettorali*, in DEL RE A., LONGO V., PERINI, L. (eds.), *I confini della cittadinanza*, Milano, FrancoAngeli, 2010, 24 ss.
- PERELMAN C. 1945. *De la justice*, Bruxelles, Institut de la Sociologie Solvay, 1945.

- PITEA C. 2014. *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Fazzo c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento interno*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 8, 1, 225 ss.
- POGGI F. 2016. *Che genere di diritto? Un'analisi concettuale delle diseguaglianze giuridiche di genere*, in GIOLO O., PASTORE B. (eds.), *Diritto, potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Jovene, Napoli, 2016, in corso di pubblicazione.
- RAWLS J. 1971. *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971.
- RIVA N. 2011. *Eguaglianza delle opportunità*, Roma, Aracne, 2011.
- ROSENFELD M. 1990. *Affirmative Actions and Justice*, New Haven, Yale University Press, 1990.
- SCHAAR J.H. 1967. *Equality of Opportunity, and Beyond*, in CHAPMAN J., PENNOCK R. (eds.), *Nomos IX: Equality*, New York, Atherton Press, 1967, 228 ss.
- SCHEFFLER, S. 1981. *Natural Rights, Equality and the Minimal State*, in PAUL J. (ed.), *Reading Nozick*, Totowa (NJ), Rowman & Littlefield, 1981, 148 ss.
- SCHIAVELLO A. 2000. *Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in «Ragion Pratica», 14, 2000, 65 ss.
- SPITALERI F. (ed.) 2013. *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, Giappichelli, 2013.
- STERBA J. 1974. *Justice as Desert*, in «Social Theory and Practice», 3, 1974, 101 ss.
- VALLENTYNE P., VAN DER VOSSEN B. 2014. *Libertarianism*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponibile in: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/libertarianism/> (consultato il 31 luglio 2015).
- WESTEN P. 1985. *The Concept of Equal Opportunity*, in «Ethics», 95, 1985, 837 ss.
- WESTEN P. 1990. *Speaking of Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990.