

DIFFERENZIARE  
IN MODO IRRAGIONEVOLE  
E DISCRIMINARE (IN BASE  
AL SESSO): LA “DISTINZIONE”  
MANCATA

UN VIAGGIO AI CONFINI  
DELL'EGUAGLIANZA

GIUSI **SORRENTI**



Differenziare in modo irragionevole e discriminare (in base al sesso):  
la “distinzione” mancata  
Un viaggio ai confini dell'eguaglianza

The Failure to Distinguish Between Non-Rational Desperate Treatment  
and (Gender) Discrimination  
A journey to the ends of equality

GIUSI SORRENTI

Professoressa ordinaria, Università degli Studi di Messina.  
E-mail: [giuseppa.sorrenti@unime.it](mailto:giuseppa.sorrenti@unime.it)

#### ABSTRACT

L'articolo presenta un'indagine – trasversale a varie branche del diritto – sui limiti e i punti di caduta delle tecniche, tanto giurisprudenziali quanto normative, di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso. L'idea di fondo è quella di mettere in evidenza la non coincidenza concettuale tra “discriminazione” e “disparità di trattamento”, che, colta negli USA, ha portato la Corte Suprema a sviluppare un'apposita tipologia di sindacato delle *invidious classifications* anche quando *gender-based*, smarrita invece nel nostro ordinamento, ha determinato l'assorbimento del relativo controllo di costituzionalità nel comune schema del sindacato di ragionevolezza derivante dall'art. 3 Cost. Quest'appiattimento concettuale non solo ha condotto ad un controllo di legittimità costituzionale sulle diseguaglianze di genere inizialmente meno penetrante, ma ha anche occultato lo spessore socio-culturale della discriminazione, rendendo più lento ed arduo il percorso volto a mettere a punto strumenti e tecniche normative di intervento capaci di incidere sulla dimensione effettuale del fenomeno discriminatorio.

This article offers an inquiry – extended to various legal branches – into the limits and the critical points that affect both the judicial and the normative techniques of implementing the ban on gender-based discrimination. The key idea is to highlight the conceptual non-coincidence between “discrimination” and “desperate treatment”. In the United States this distinction led the Supreme Court to develop an *ad hoc* constitutional review of the “invidious classifications”; the same distinction, being lost in Italian system, has driven the Constitutional Court to reduce the related constitutional review into the common scheme of the “rational basis test”, drawn from art. 3 It. Const. This conceptual flattening not only brought to a constitutional review of the law which initially was not so strict, but it even concealed the socio-cultural complexity of the phenomenon of discrimination, slowing down and hindering the path toward the elaboration of instruments and interventions capable of affecting the factual dimension of gender discrimination.

#### KEYWORDS

eguaglianza, discriminazione di genere, ragionevolezza, differenziazione, neutralizzazione

equal protection, gender discrimination, rational basis test, desperate treatment, neutralization

# Differenziare in modo irragionevole e discriminare (in base al sesso): la “distinzione” mancata Un viaggio ai confini dell'eguaglianza

GIUSI SORRENTI

*1. Premessa – 2. “Disparità di trattamento” e “discriminazione”: analisi di una differenza concettuale e delle sue ricadute sul controllo di validità delle leggi, alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema americana – 3. Un passaggio essenziale grazie al correttivo apportato dalla Francia: la specificità della rivendicazione della parità tra i sessi nell'ambito del dibattito sull'eguaglianza – 4. Un'indagine sul campo delle tecniche normative di tutela antidiscriminatoria nei vari settori – 4.1. Alla ricerca dell'eguaglianza effettiva nel campo del diritto del lavoro, tra parità e speciale protezione – 4.2. Per una rappresentanza (effettivamente) universale e una democrazia paritaria: tecniche di parità delle chances e tecniche result-oriented, il riequilibrio negli organi collegiali non elettivi, l'incidenza sulle prassi partitiche – 4.3. Un cenno critico alla propensione alla neutralizzazione delle differenze nell'UE e nell'Universal Turn statunitense.*

## 1. Premessa

Il sottotitolo della presente riflessione, che suona come una parafrasi del celebre libro di Céline, evocando l'idea dei “confini” del principio di eguaglianza, intende alludere a un primo tentativo di delineare i limiti e i punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso. L'interesse per questo peculiare profilo, prescelto come oggetto di studio, deriva dalla constatazione del divario tra la solennità di un principio, quale quello proclamato nell'art. 3 Cost., l'ampiezza degli strumenti di cui oggi esso si può avvalere per la sua realizzazione e, d'altro canto, la realtà effettuale, ancora insoddisfacente e, a tratti, desolante.

Anticipandone gli esiti, si può osservare sin da subito come la ricerca abbia evidenziato un carente inquadramento teorico del divieto di discriminazioni (normative) in base al sesso, che si è tradotto in un prototipo di sindacato delle leggi oscillante e meno efficace rispetto a quello idealmente elaborabile, e di fatto concretamente sperimentato agli esordi del principio in discorso negli Stati Uniti d'America. A livello legislativo, d'altro canto, complice la sussistenza di solidi interessi sottostanti, insediati tanto sul piano economico quanto su quello istituzionale, lo stesso difetto di inquadramento ha portato, specie nell'ambito del settore giuslavoristico, all'adozione di modelli di intervento non sufficientemente in grado di realizzare un'eguaglianza effettiva.

Il punto maggiormente critico, nell'approccio al divieto delle discriminazioni di genere, è rappresentato, precisamente, dalla mancata percezione della differenza concettuale tra “discriminazione” e mera “differenziazione irragionevole”, che ha condotto ad un'indebita assimilazione dei due fenomeni, rendendo, da una parte, meno penetrante – almeno in una fase iniziale – il sindacato di legittimità costituzionale sulle discriminazioni di genere e, dall'altra, offuscando le radici socio-culturali della diseguaglianza tra i sessi, ciò che non ha consentito di affrontare quest'ultima direttamente e primariamente sul piano ad essa più congeniale, attraverso l'impiego della regolamentazione giuridica anche in chiave promozionale.

## 2. “Disparità di trattamento” e “discriminazione”: analisi di una differenza concettuale e delle sue ricadute sul controllo di validità delle leggi, alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema americana

La trattazione non può che prendere le mosse dall’ordinamento statunitense<sup>1</sup>, la “culla” della tutela antidiscriminatoria: anche se, per i motivi che si diranno più avanti, il prototipo lì elaborato non ha dato gli esiti sperati e sarà in seguito abbandonato, esso merita di essere ripercorso nei suoi caratteri essenziali, ponendosi quale modello ideale ineguagliato.

Negli USA, com’è noto, al contrario di quanto è avvenuto nell’esperienza europea continentale, non si è assistito alla formulazione del divieto di discriminare come una “costola” di un generale principio di eguaglianza davanti alla legge, bensì, con un percorso inverso, si è proceduto all’introduzione di un apposito emendamento nella Costituzione federale (XIV em., *Equal Protection Clause*, 1868) per fronteggiare la specifica tematica della discriminazione. Conseguentemente, la riflessione in tema di eguaglianza ha assunto connotati peculiari, legati *ab origine* alle esigenze della tutela antidiscriminatoria, venendone in definitiva caratteristicamente forgiata. A tale riflessione corrispose conseguentemente lo sviluppo di un apposito modello di *judicial review of legislation*. In un laboratorio attivo per circa un quindicennio, magistralmente illustrato da TRIBE (1978, 1558 ss.), grazie all’elevato afflato morale ed intellettuale suscitato dall’esperienza dello schiavismo e della segregazione razziale – che agiscono come potenti reagenti – la Corte Suprema, sotto l’impulso iniziale del giudice Warren, “distilla” gli aspetti distintivi di tale sindacato.

Punto di partenza è la constatazione che una odiosa differenziazione (*invidious classification*) non coincide con una mera “differenziazione irragionevole”, presupponendo la sussistenza di un *pregiudizio*: un “giudizio prematuro” di inferiorità, come ha ricordato Norberto Bobbio (cit. da PACE 2002, 97) a proposito del razzismo o una «long history of prejudice», come scrive Tribe nell’esordio del Capitolo sulle distinzioni di genere (TRIBE 1978, 1558). Essendo storicamente lungo e radicato, dotato di vischiosità culturale e sedimentato nei costumi e nell’assetto sociale, il pregiudizio o stereotipo (*stigmatic harm*) rischia di permeare le stesse scelte politiche, *in primis* le differenziazioni legislative, che risultano *suspect*, inficiate da una presunzione di incostituzionalità, più rigorosa per il fattore razziale (cui corrisponde uno *strict scrutiny*), relativa invece per il genere laddove alcune condizioni possono giustificare certe differenze di trattamento (cui corrisponde un *intermediate scrutiny*). Le *gender-based classifications* vengono dunque sottoposte a tante prove di resistenza quante appaiano necessarie a dimostrare che la scelta del legislatore non rifletta e perpetui essa stessa uno stereotipo, attraverso l’adozione di previsioni normative che hanno l’effetto di prevenire o scoraggiare, anche economicamente (TRIBE 1978, 1565), l’allontanamento dai ruoli tradizionali (*controllo by effects*).

Il secondo tratto essenziale del diritto antidiscriminatorio americano e del relativo sindacato è la sua spiccata propensione “anti-casta”: questa, che appare ovvia di fronte alla segregazione *race-based*, viene mutuata integralmente anche nell’ipotesi contigua delle discriminazioni di genere – laddove si tratta di sovvertire la tradizione che tende a confinare virtualmente, sulla base di preassunzioni relative al “proper role” di ciascun sesso, donne e uomini in specifici comparti della società, rispettivamente domestico ed extradomestico – con la sola differenza, rispetto alle discriminazioni consumate a danno delle persone di colore, che il sindacato volto a sottrarre alla prevalente assegnazione a sfere predefinite i due sessi assume un moto bidirezionale (*two ways street*), valendo non soltanto a favore della donna verso il comparto tradizionalmente maschile, ma anche nella direzione inversa (TRIBE 1978, 1569 s.). Per questo secondo caratteristico aspetto,

<sup>1</sup> Avvalendosi della ricca e rigorosa ricostruzione della giurisprudenza costituzionale americana offerta da TRIBE 1978, 1558 ss. Tale ricognizione è stata interamente riprodotta in sintesi da chi scrive – con un contributo inedito per il nostro ordinamento – ai fini di una ben più estesa relazione, presentata al Convegno AIC svoltosi a Bergamo il 15-16 novembre 2019 sul tema *Eguaglianza e discriminazioni nell’epoca contemporanea – I sessione: Discriminazioni di genere*, in corso di stampa su *RivistaAIC*.

l'ordinamento statunitense è pervaso da una profonda diffidenza culturale nei confronti del principio di eguaglianza, visto come strumento di ingegneria sociale, non tanto atto a produrre un maggior tasso di integrazione e coesione pluralistica (DWORKIN 1977, 14 ss; DWORKIN 2010 [1977], 323 ss.), quanto suscettibile di essere impiegato per creare artificialmente assetti distanti da quelli che scaturirebbero dalla semplice dinamica meritocratica. Non a caso si insiste a vincolare gli interventi adottabili dal legislatore in questo campo ai traguardi raggiunti dalle *Courts*, notoriamente reputate maggiormente conservatrici.

Nell'ordinamento italiano, com'è noto, i divieti di discriminazione, dopo un breve tortuoso percorso, vengono assimilati alle mere differenziazioni irragionevoli. La vicenda è lunga ma nota: in un primo momento, per non privare gli espressi divieti relativi ai sette parametri sensibili formulati dal Costituente di un autonomo significato, li si legge come fonte di una preclusione assoluta ad assumere quei fattori come fondamento di differenziazioni legislative (c.d. nucleo forte o risvolto negativo dell'eguaglianza), salvo poi rendersi conto ben presto, nell'ipotesi del sesso, che per alcune circostanze, per esempio di carattere biologico, appariva lecito o addirittura doveroso dettare un trattamento diversificato. Di conseguenza il sindacato di legittimità costituzionale che assume quel fattore a parametro viene riportato – e in un certo senso dissolto – nello schema ordinario del giudizio di ragionevolezza: in altri termini, si svolge in modo del tutto analogo al *rational basis test* statunitense (per tutti, PIZZORUSSO 1993, par. 4), che non comporta alcuna inversione dell'onere della prova.

Le componenti coesenziali del sindacato antidiscriminatorio vengono di conseguenza smarrite e con esse la vocazione spiccatamente emancipante di quest'ultimo (BARBERA 1991, 25 s., 45, 126). La permeabilità della *ratio legis* ad alcune preassunzioni culturali non adeguatamente vigilate rende l'esito del sindacato oscillante ed incerto (FERRARA 1984, 98): trattamenti discriminatori vengono avallati, perché ritenuti sorretti da una congrua e idonea, o talora persino semplicemente non arbitraria, giustificazione. Questo comporta che spesso, in una fase iniziale, il vaglio di costituzionalità operi come testimone passivo di una tradizione persistente, anziché tendere a scardinare i convincimenti radicati sul ruolo appropriato della donna, posti al suo fondamento. Basti porre a raffronto le sentt. nn. 119 e 201 del 1972, con cui i giudici costituzionali italiani giustificano la norma che esclude l'uomo dalla pensione spettante ai superstiti, per la minore probabilità che sia il marito anziché la moglie a dipendere economicamente dal coniuge, con la quasi coeva sent. *Frontiero v. Richardson* del 1973, con cui la Corte Suprema annulla una legge che ai fini del riconoscimento dei benefici militari presume le mogli dipendenti dal marito (e non invece i mariti dipendenti dalle mogli che siano componenti dei servizi armati, anche quando di fatto questi lo siano per più di metà del loro sostentamento), elidendo così uno schema che, sotto la forma di un "romantic paternalism", ha l'effetto di «mettere le donne non su un piedistallo ma in una gabbia» (TRIBE 1978, 1562, trad. propria). O ancora con la sent. *Weinberger v. Wiesenfeld* del 1975, con cui si invalida la legge che riconosce alle vedove (e non ai vedovi) i benefici dati al coniuge superstite con prole, in quanto presume che gli sforzi compiuti dalle lavoratrici per pagare le tasse per la sicurezza sociale siano meno "protettivi" (in quanto economicamente meno cospicui) per la famiglia degli sforzi compiuti dai lavoratori, ponendo tra l'altro una differenziazione interamente irrazionale rispetto allo scopo di consentire al genitore di restare a casa per prendersi cura dei bambini.

Naturalmente, con l'evolversi dei costumi sociali, il sindacato di eguaglianza-ragionevolezza, per la sua permeabilità a dati di coscienza diffusa e per il suo stretto intreccio (in quanto "logica dei valori": D'ANDREA 2000, 45) con la trama dei principi costituzionali – notoriamente refrattari a lasciarsi esaurire in una dimensione giuridico-formale e capaci di attingere alla dimensione della realtà effettuale – può gradualmente guadagnare un ruolo più marcatamente "polemico" rispetto all'esistente (CERRI 2005, 5). Prende perciò progressivamente vita un nutrito filone di decisioni volte a superare, con un grado crescente di incisività, assetti socio-culturali radicati, fino a raggiungere esiti molto avanzati. Si cita soltanto, negli ultimi anni, la sent. n. 193/2017

che, pur riguardando un istituto dalla portata assolutamente circoscritta, acquista specifico rilievo ai nostri fini, in quanto va a scalfire tradizioni territoriali sedimentate: incidendo sulla disciplina formatasi *ab immemorabili* del “maso chiuso”, la decisione annulla il criterio ereditario della prelazione maschile, per il *vulnus* inferto al principio di parità tra i sessi, che assurge con l’occasione a principio supremo, risultando quella disciplina inserita nell’ordinamento con norme di rango costituzionale (lo Statuto del Trentino Alto Adige).

I rallentamenti subiti da quest’evoluzione sono imputabili in parte anche alla distorsione ideologica di matrice liberale subita dal principio di eguaglianza davanti alla legge (cui lo schema della ragionevolezza è riconnesso), che coincide con quella inferta allo Stato di diritto, cui lo lega l’erezione della legge a fonte del diritto *esclusiva*, a cui tutti gli individui sono *parimenti* assoggettati, tipica di quest’ultimo. Una volta che l’*establishment* borghese ha ricostituito un ordine confacente ai propri interessi, sulle macerie dell’*Ancien Règime*, i due principi perdono l’impronta di una “parola di lotta” per trasformarsi in un “motto di conservazione” dello *status quo* (BIN 2016, 41). Per la difficoltà di imputare alla logica dell’eguaglianza-ragionevolezza una *vis* promozionale, non vi si potrebbero ricondurre pianamente, ad es., le azioni positive (D’ALOIA 2002, 242 s.), che però delle sue “costole” (i divieti di discriminazione) costituiscono non eccezionali deroghe appena tollerate, bensì persino corollari necessari.

Si rinnovano, pertanto, i tentativi di recuperare una lettura unitaria dell’art. 3 Cost., nelle sue due componenti, formale e sostanziale, restituendo già all’eguaglianza davanti alla legge la sua connotazione dinamica e sottraendo poi l’eguaglianza effettiva al costante inquadramento che vi vede uno strappo al solo volto del principio in grado di vantare la primogenitura dell’origine rivoluzionaria. L’operazione si compie in concreto grazie alla valorizzazione dell’inciso della pari dignità sociale: lungi dall’essere, staticamente, il riconoscimento di un attributo universale che spetta a chiunque, indipendentemente dalla posizione ricoperta nella scala sociale, la formula sta ad indicare – nella stretta connessione con il principio democratico risultante dalle parole di Moro all’Assemblea Costituente (*Atti Cost.*, 13 mar. 1947, 2040-2042) – la tendenzialmente inesauribile possibilità di ciascuno di acquisire dinamicamente qualsiasi posizione su quella scala, in virtù dell’unico criterio costituito dai propri mezzi e dalle proprie capacità (SILVESTRI 2009, 9; RODOMONTE 2018, 17, nt. 22).

### 3. *Un passaggio essenziale grazie al correttivo apportato dalla Francia: la specificità della rivendicazione della parità tra i sessi nell’ambito del dibattito sull’eguaglianza*

La controversia che ha segnato il perimetro del dibattito nordamericano sull’eguaglianza ha fatto emergere anche un nodo concettuale insuperato, che affiora al momento di considerare il lascito che l’esperimento, ormai concluso, di un ventennio di giurisprudenza antidiscriminatoria della Corte Suprema ha prodotto per l’Europa. Una volta esauritosi il filone giurisprudenziale esaminato negli USA, sepolto dal proliferare esponenziale delle rivendicazioni identitarie, il testimone viene raccolto dalla Francia, che riformula il dibattito in termini di “parità di genere”, sulla scorta della precisazione per cui le donne non costituiscono un gruppo o una categoria, ma una componente “trasversale” della comunità (SCOTT 1997, 12 ss.).

La precisazione vale a superare due ostacoli teorici in cui si imbatte la proclamazione del principio di eguaglianza. Da un lato, la rivendicazione paritaria, così estrapolata dal dibattito egualitario nella sua assoluta specificità, non rischia di alimentare il moltiplicarsi delle richieste indiscriminate da parte di altri gruppi, evitando il deflagrare del pluralismo sulla base di pretese egualitarie di cerchie di soggetti immeritevoli e marginali, che determinò la crisi dell’orientamento antidiscriminatorio nell’ordinamento nordamericano. Dall’altro e simmetricamente, proprio per la stessa presenza “trasversale” della componente femminile alla perdurante suddivisione in gruppi della comunità, si scongiura anche il pericolo del perseguimento di una società

anomica composta di sole entità individuali, priva di ordine e struttura, rifuggendo al contempo dall'altra deriva dell'eguaglianza estrema, la dissoluzione della società su base individualistica, tanto temuta in epoca rivoluzionaria (FIORAVANTI 2009, 54).

La lunga retrospettiva sviluppata fin qui vale a evidenziare come la protezione antidiscriminatoria, sin dal suo primo delinarsi, abbia non tanto, come spesso si crede, lo scopo di offrire ai suoi destinatari una compensazione per passati svantaggi (obiettivo che pure può talora assumere, transitoriamente e parzialmente, in specifici settori), quanto una finalità tipicamente emancipatoria, tesa a consentire – liberando da confinamenti socio-culturali che limitano le *Lebenchancen* di ognuno – la piena fruizione dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico, in condizioni paritarie. La anima, in altri termini, l'esigenza di «superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino in discriminazioni di destino sociale» (sent. n. 109/1993), ricorrendo ad alcune delle più illuminate parole della Corte costituzionale, in cui sembra di sentire riecheggiare il giudizio critico di Tribe sugli effetti di leggi statunitensi «freezing biology into a social destiny» (TRIBE 1978, 1565).

Questa impostazione si può avvalere, nel campo della teoria politica, del solido ancoraggio nell'approccio basato sulle capacità, da curare quale insieme di circostanze che consentono alle persone di determinarsi in quanto tali (NUSSBAUM 2000 [2001]).

#### 4. *Un'indagine sul campo delle tecniche normative di tutela antidiscriminatoria nei vari settori*

L'aver ripercorso questi sviluppi serve a fornire una griglia teorica utile a proseguire nell'analisi, sgombrando il campo da alcuni fraintendimenti concettuali ed evidenziando le ragioni delle più significative battute d'arresto nell'evoluzione delle strategie normative di attuazione del divieto di discriminazione tra i sessi. In un primo momento si prenderà in considerazione il settore del diritto del lavoro, esaminando le linee di evoluzione delle forme di tutela della parità, le peculiarità del sistema italiano ed i nodi ancora irrisolti, per poi passare alla questione dell'accesso ai pubblici uffici ed alle cariche elettive, richiamando gli aspetti più problematici del rapporto tra donne e potere politico. Infine, si dedicherà un accenno ad alcune tendenze in atto nella tutela antidiscriminatoria perseguita dall'ordinamento dell'Unione Europea.

##### 4.1. *Alla ricerca dell'eguaglianza effettiva nel campo del diritto del lavoro, tra parità e speciale protezione*

L'esigenza di evitare la logica binaria in cui sono consuetamente inquadrati i rapporti tra il primo ed il secondo comma dell'art. 3 Cost. risulta particolarmente evidente nel campo del diritto del lavoro. Come rileva un numero crescente di osservatori statistici, a livello nazionale e sovra-nazionale (Rapporti dell'*International Labour Organization, 2019 Report on equality between women and men in the UE* della Commissione europea), nell'ordinamento italiano il lavoro femminile sconta ancora molte penalizzazioni, più gravi di quelle riscontrabili in altri Paesi europei: basso tasso di occupazione, “segregazione orizzontale” in appositi comparti produttivi, “segregazione verticale” preclusiva dei livelli professionali più elevati, “tetto di cristallo”, *gender pay gap*. È evidente come la “de-segregazione” delle donne possa realizzarsi solo a patto di incidere sulle ragioni socio-economiche ed istituzionali che vi concorrono, identificate dall'analisi sociologica nella convergenza tra gli interessi capitalistici ad avvalersi di una forza-lavoro continuativa, corrispondente a quella maschile, e gli interessi di governo al contenimento della spesa sociale, grazie alla prestazione del lavoro femminile negli ambiti familiari e domestici. Precisamente, si richiede che adeguati supporti e strumenti di *Welfare State* sopperiscano e/o sostengano il ruolo “di cura” tradizionalmente ricoperto dalle donne in modo prevalente o tendenzialmente esclusivo. In mancanza, la stessa elisione dei trattamenti differenziati con l'adozione di tecniche legislative livellatrici (*gender-blind*) potrebbe rivelarsi persino contropro-

ducente, appesantendo ulteriormente la condizione femminile. Con la conseguenza, come accaduto in Italia già alla fine degli anni Ottanta, di rendere necessario un ripiego sulle “politiche della differenza” (*gender-conscious*). Lo sviluppo di una legislazione di protezione della donna – e tipicamente della maternità – determina la peculiarità del modello italiano, nel quale convivono pacificamente l’obiettivo della protezione e quello della parità, considerati prevalentemente in antitesi in altri ordinamenti (BECCALLI 1999, 37).

La combinazione dicotomica tra misure *gender-blind* e misure *gender-conscious* non sempre si rivela tuttavia sufficiente a realizzare pienamente la domanda di eguaglianza. Se la previsione del mero congedo di maternità appariva insoddisfacente nel nuovo quadro degli obblighi familiari, il passaggio all’istituto del congedo parentale offre un esempio emblematico di come, in mancanza di un’azione integrata su vari fronti, misure formalmente neutre possano di fatto rivelarsi ben poco paritarie. Pur laddove si riconosca ad entrambi i genitori il diritto ad un periodo (quadrimestrale) di congedo per la nascita di un figlio, in presenza di un marcato divario retributivo a sfavore del lavoro femminile – ed anche dato il basso valore dell’indennità corrisposta durante il periodo di assenza dal lavoro – risulta finanziariamente conveniente che ad usufruire dell’istituto continui ad essere comunque la madre lavoratrice.

Si consolida pertanto il convincimento per cui solo il lavoro maschile è del tutto continuativo (ciò che risponde agli interessi delle imprese) e al contempo non si esercita (perché non necessaria) alcuna pressione nella direzione della modifica dell’organizzazione del lavoro aziendale. Se a questo si unisce l’altra anomalia italiana – la difficoltà delle madri lavoratrici a rientrare al lavoro – si legittima la conclusione per cui l’intero scenario alimenta tendenze neo-conservatrici di rinforzo del consolidato riparto dei ruoli.

Un passo avanti si preannuncia che possa essere compiuto grazie alla direttiva UE n. 2019/1158 (pubblicata il 12 luglio scorso e che gli Stati membri sono impegnati ad attuare entro tre anni), che introduce il congedo di *paternità obbligatorio* di dieci giorni (art. 4), estende da uno a due mesi il periodo di congedo dal lavoro non trasferibile da un genitore all’altro (art. 5) e prevede che la retribuzione da corrispondere al genitore lavoratore debba essere «adeguata» e in ogni caso non inferiore all’indennità di malattia (art. 8). Nelle considerazioni introduttive essa contiene rilevanti affermazioni circa l’impatto negativo prodotto sull’occupazione femminile dal modo in cui viene gestita la sfida del raggiungimento di un equilibrio tra attività professionale e vita familiare (punti 10 e 11).

La svalutazione del lavoro femminile, oltre a stridere fortemente – in una paradossale “forbice” tutta italiana e con serio spreco di risorse professionali – con l’alto grado di istruzione femminile, promette di aggravarsi con l’attuale crisi economica: ciò non solo per il progressivo smantellamento dello Stato sociale che la crisi induce, ma anche a causa della risposta governativa che alla difficile congiuntura è stata data, prevalentemente in termini di precarizzazione del lavoro (*Jobs Act*). La c.d. flessibilizzazione produce, infatti, ricadute asimmetriche sui due sessi e maggiormente incidenti su quello femminile, posto che proprio il lavoro parziale è usualmente quello preferito dalle donne (per la necessità di conciliare lavoro intra- ed extra-domestico).

*4.2. Per una rappresentanza (effettivamente) universale e una democrazia paritaria: tecniche di parità delle chances e tecniche result-oriented, il riequilibrio negli organi collegiali non elettivi, l’incidenza sulle prassi partitiche*

Per l’accesso agli organi elettivi e alle più elevate cariche istituzionali, il maggior limite è invece stato costituito dall’equivoco che ha indotto a ritenere che la richiesta di maggiore partecipazione alla sfera pubblica riflettesse un bisogno di appagare interessi distinti “di categoria”, contraddicendo la natura universale e generale della nozione giuridica di rappresentanza politica. L’indifferenza (anche di genere) del rappresentante, che conseguirebbe a tali caratteri è tuttavia, come ha da tempo dimostrato Carlassare, un’“idea falsa” (CARLASSARE 2002a, 68; CARLASSARE 2002b, 34 ss.). Non solo il

nesso del rappresentante è stato sempre talmente *non* indifferente da costituire, storicamente, un requisito per l'elettorato attivo e passivo: l'“universale neutro” adottato in questa materia per le formulazioni normative si reggeva infatti su una sua tacita identificazione con il maschile. Ma ulteriormente, sul piano propriamente teorico, la pretesa partecipativa non può correttamente dirsi poggiante sulla concezione della *mirror representation* (da rifiutare integralmente: KYMLICKA 1999, 241) – non essendo equiparabile la componente femminile della società ad un gruppo, una categoria o una *lobby* – bensì si fonda su un'istanza di compimento della pienezza del principio democratico, promuovendo la partecipazione alle assemblee elettive di metà (anzi più) del popolo sovrano.

Acquisita pienamente la nuova impostazione a partire dalla sent. n. 49/2003 (seguita dalla sent. n. 4/2010, sulla “doppia preferenza di genere”), la giurisprudenza costituzionale tiene tuttavia opportunamente fermo in materia il limite delle misure *result-oriented*: vi osta la libertà di scelta dell'elettore e lo stesso centrale punto di riferimento assiologico della pari dignità sociale, da cui discende che le donne, lungi dall'essere tutelate, sarebbero lese nella loro dignità se ricevessero privilegi indipendentemente dal merito. Nello stesso limite sembrano destinate ad incorrere tutte le richieste di una riserva quantitativa di posizioni negli incarichi pubblici, dato il carattere squisitamente politico dell'atto di nomina.

Sarebbe tuttavia errato ritenere che le rivendicazioni avanzate al riguardo siano intese a compensare, con meccanismi di assegnazione automatica, una presunta “inferiorità” qualitativa della componente sottorappresentata (svilendone perciò di per sé la dignità); piuttosto esse costituiscono una reazione alla meraviglia che desta la difficoltà di rinvenire figure femminili di valore al momento di procedere alle più rilevanti nomine istituzionali del Paese ed induce, in definitiva, a riflettere sulla vischiosità degli ostacoli che ancora intralciano pesantemente la piena visibilità della donna nella sfera pubblica. Tali impedimenti possono essere arginati introducendo congegni ed istituti atti a garantire la trasparenza dei criteri che sorreggono l'attribuzione dei più ambiti incarichi pubblici: è la pubblicità delle candidature e dei metodi di selezione che consente – pur nel pieno rispetto della politicità delle nomine stesse – di sottoporre a critica (e ad eventuale sanzione) politica, le scelte e gli orientamenti dei partiti che si rivelassero non *gender-friendly*.

Modificare le prassi cui si accompagna l'esercizio del potere politico (TOSI 2003, 110 s.) consente di ovviare all'obiezione della *sameness* che viene mossa al discorso antidiscriminatorio – pure, anche se non sempre a ragione, nella variante che si qualifica come corrente “antisubordinazione” e si contraddistingue per l'obiettivo dell'affrancamento femminile da qualsiasi posizione di dipendenza (PEZZINI 2017, 37 ss.) – cui viene rimproverato di aspirare al potere nella sua attuale conformazione, senza metterne in discussione i “costumi” e le imperscrutabili logiche, azzerando così il potenziale ruolo critico, attivo e conformativo che dovrebbe per definizione essere associato ad ogni ingresso sulla scena di nuovi soggetti. Proprio un simile azzeramento – che preserva il potere politico come un universo maschile più congeniale e più ricettivo rispetto a omologhi modelli di comportamento – indebolisce vistosamente il percorso di realizzazione dell'eguaglianza, in quanto ad esso sembra in gran parte doversi ricondurre la rilevata riluttanza delle donne ad intraprendere carriere politiche e persino quella dell'elettorato femminile a sostenere candidature dello stesso genere.

Alcune significative novità sono intervenute in anni recenti per l'ipotesi in cui le nomine riguardano i componenti di un organo collegiale: con riferimento alla composizione delle Giunte regionali, la Corte costituzionale – rafforzando un indirizzo che cominciava a delinarsi in seno al vertice della giustizia amministrativa – ha affermato la sindacabilità dell'atto politico di nomina presidenziale degli assessori, in nome della immediata precettività dell'art. 51 Cost., che vale a circoscrivere l'esercizio della discrezionalità politica (sent. n. 81/2012). Nella stessa decisione i giudici costituzionali, rivitalizzando i principi statutari, cui era stata negata in passato natura giuridicamente vincolante, hanno parimenti riconosciuto pieno carattere cogente alle norme, eventualmente presenti nello Statuto regionale, che prevedano il principio della parità di genere nel disciplinare gli organi esecutivi dell'ente di decentramento territoriale.

Dinanzi a queste importanti conquiste – che travalicano l’orizzonte della mera eguaglianza delle *chances* per orientarsi verso obiettivi di riequilibrio effettivo – appare stridente il passo indietro compiuto, soprattutto alla luce delle prime prassi applicative, con l’introduzione della legge elettorale vigente, n. 165/2017, c.d. *Rosatellum-bis*. Non tanto perché la legge prefigura, per la composizione alternata delle liste bloccate che valgono per l’assegnazione dei seggi con il sistema proporzionale, il rapporto di 60 % a 40 %, in ciò riducendo le opportunità per il sesso di fatto sotto-rappresentato rispetto all’*Italicum*, dove l’omologo limite era fissato al 50 % (quest’ultima legge manteneva infatti poi, negativamente, la possibilità della preferenza unica). Quanto per l’aggiramento dell’intento di promuovere l’accesso del genere sottorappresentato che può realizzarsi al momento dell’attribuzione di un terzo dei seggi in virtù di collegi uninominali: ciò almeno fino a quando prevarrà la tendenza, già nettamente invalsa nelle ultime elezioni, a destinare in questi ultimi le candidature femminili alle circoscrizioni più incerte e malsicure.

Il quadro descritto testimonia ulteriormente l’interazione tra soluzioni giuridico-formali e intervento sulle logiche, ancora prevalentemente corporativistiche, cui improntano la loro azione i partiti politici.

#### 4.3. *Un cenno critico alla propensione alla neutralizzazione delle differenze nell’UE e nell’Universal Turn statunitense*

Nel concludere la presente analisi dedicata ai punti di caduta delle tecniche di attuazione dell’eguaglianza tra i sessi (e sebbene un esame compiuto esuli dai fini della presente indagine) non può essere trascurata integralmente la protezione antidiscriminatoria massicciamente elaborata dall’ordinamento dell’Unione europea: conformemente agli scopi qui perseguiti e senza con ciò disconoscere il contributo che da quell’ordinamento è venuto in questa materia, un rilievo critico merita infatti di essere rivolto al delinearsi di un recente indirizzo sovranazionale, prevalentemente di impronta giurisprudenziale.

Pur nel quadro di uno strumentario molto complesso e articolato, nonché pervaso da criteri ispiratori eterogenei (PETERS 1996, 177 s.; BARBERA 2007, XIX ss.), emerge la maggiore propensione del diritto dell’UE a prediligere la tecnica della parificazione del trattamento: emblematica la sentenza della Corte di Giustizia che condanna l’Italia per la previsione di una più bassa età pensionabile per le donne (sent. 13 nov. 2008, causa C-46/07). Vale però a questo riguardo quanto detto a proposito dell’impatto delle discipline *gender-blind* cui non consegua un corrispondente adeguamento del sistema di *Welfare* o un congruo attrezzamento dei luoghi di lavoro: la circostanza che l’Unione non disponga di una propria politica sociale è in grado di compromettere l’effettività della sua azione nel campo dell’eguaglianza di genere (GUARRIELLO 2003, 346). Inoltre, la neutralizzazione della disciplina rispetto alle differenze (quasi conducendo ad una concezione dell’individuo “disincarnato”: CARTABIA 2011, 419 ss.), come l’esperienza italiana ha dimostrato, riduce la possibilità di incidenza dei principi costituzionali, che ha luogo proprio soppesando e valutando attentamente, nel sindacato sulla legittimità delle scelte del legislatore, la sussistenza di distinte e peculiari *rationes* (NICCOLAI 2018, 27 ss.).

Parallelamente si registra, infine, come ultima frontiera del diritto antidiscriminatorio sovranazionale, la c.d svolta dignitaria – che erge a discriminazioni comportamenti lesivi della dignità umana (come le molestie) – tendenza che pare riconducibile all’ultimo indirizzo invalso oltreoceano, noto come *Universal Turn*, consistente nel fondare le pretese al pari trattamento su un *minimum* comune di diritti dalla portata universale (NICCOLAI 2014). Anche questo appiattimento – dettato dall’esigenza di rispondere a discriminazioni non legate ad uno svantaggio storico, come quelle riscontrabili con riferimento alle donne, ma di più recente emersione, tipicamente corrispondenti alla difesa dei *Gay Rights* – rischia di immiserire l’eguaglianza alla richiesta di estensione di pretese omologanti, riducendo drasticamente la complessità delle risposte che la sua tutela esige.

## Riferimenti bibliografici

- BARBERA M. 1991. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- BARBERA M. 2007. *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in ID. (ed.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, XIX ss.
- BECCALLI B. 1999. *La politica delle quote nel lavoro e nella rappresentanza politica*, in ID. (ed.), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, Feltrinelli, 9 ss.
- BIN R. 2016. *Rule of law e ideologie*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 37 ss.
- CARLASSARE L. 2002a. *La rappresentanza politica: un concetto complesso*, disponibile in: [www.centrostudiparlamentari.it](http://www.centrostudiparlamentari.it) (consultato il 15 dicembre 2019).
- CARLASSARE L. 2002b. *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in CARLASSARE L., DI BLASI A., GIAMPIERETTI M., *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, Cedam, 1 ss.
- CARTABIA M. 2011. *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in D'AMICO M., RANDAZZO B. (eds.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 415 ss.
- CERRI A. 2005. *Eguaglianza*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXVI, Roma, Treccani.
- D'ALOIA A. 2002. *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam.
- D'ANDREA L. 2000. *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- DWORKIN R.M. 1977. *Why Bakke Has No Case*, in «New York Review of Books», 24, 18, 14 ss.
- DWORKIN R.M. 2010. *Discriminazioni alla rovescia*, in ID., *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, cap. IX (ed. or. *Reverse Discrimination*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977, trad. it. di N. Muffato).
- FERRARA G. 1984. *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in OCCHIOCUPO N. (ed.), *La giurisprudenza costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, Cedam, 89 ss.
- FIORAVANTI M. 2009. *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, in CARTABIA M., VETTOR T. (eds.), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 48 ss.
- GUARRIELLO F. 2003. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 25, 99-100, 341 ss.
- KYMLICKA W. 1999. *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, il Mulino (ed. or. *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995, trad. it. di G. Gasperoni).
- NICCOLAI S. 2014. *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in «Diritto e società», 2, 313 ss.
- NICCOLAI S. 2018. *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di un'antica regula iuris*, in SIMONE A., BOIANO I. (eds.), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, Roma, Ed. Efestò, 27 ss.
- NUSSBAUM M.C. 2001. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, il Mulino (ed. or. *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, trad. it. di W. Mafezzoni).
- PACE A. 2002. *Eguaglianza e libertà*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin (Padova 2 aprile 2001)*, Padova, Cedam, 90 ss.

- PETERS A. 1996. *The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – A Conceptual Analysis*, in «European Law Journal», 2, 2, 177 ss.
- PEZZINI B. 2017. *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in CORTE COSTITUZIONALE (ed.), *Per i sessanta anni della Corte costituzionale. Convegno Scientifico (19-20 maggio 2016)*, Milano, Giuffrè, 35 ss.
- PIZZORUSSO A. 1993. *Eguaglianza (diritto)*, in DWORKIN R.M., PIZZORUSSO A., *Eguaglianza*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, disponibile in: [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (consultato il 12 dicembre 2019).
- RODOMONTE M.G. 2018. *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, Giappichelli.
- SCOTT J.W. 1997. "La Querelle des Femmes" in the Late Twentieth Century, in «New Left Review», 1, 226, 3 ss.
- SILVESTRI G. 2009. *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in CARTABIA M., VETTOR T. (eds.), *Le ragioni dell'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 3 ss.
- TOSI R. 2003. *Le «quote» o dell'eguaglianza apparente*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (eds.), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica. In occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara. Atti del Seminario. Ferrara, 16 novembre 2002*, Torino, Giappichelli, 105 ss.
- TRIBE L.H. 1978. *American Constitutional Law*, 2 ed., Mineola, The Foundation Press, 1988.