

Cattedra

RELATORE

CORRELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

*Alla mia famiglia,
mia luce nel buio,
mio rifugio d'amore.*

“Per tutte le violenze consumate su di lei,
per tutte le umiliazioni che ha subito,
per il suo corpo che avete sfruttato,
per la sua intelligenza che avete calpestato,
per l’ignoranza in cui l’avete lasciata,
per la libertà che le avete negato,
per la bocca che le avete tappato,
per le ali che le avete tagliato,
per tutto questo,
in piedi, Signori, davanti ad una Donna.
E non bastasse questo,
inchinatevi ogni volta che vi guarda l’anima
perché Lei la sa vedere,
perché Lei sa farla cantare.
In piedi, Signori, ogni volta che vi accarezza una mano,
ogni volta che vi asciuga le lacrime
come foste i suoi figli,
e quando vi aspetta
anche se Lei vorrebbe correre.
In piedi, sempre in piedi, miei Signori
quando entra nella stanza e suona l’amore,
e quando vi nasconde il dolore e la solitudine
e il bisogno terribile di essere amata.
Non provate ad allungare la vostra mano per aiutarla
quando Lei crolla sotto il peso del mondo.
Non ha bisogno della vostra compassione.
Ha bisogno che voi
vi sediate in terra vicino a Lei
e che aspettiate che il cuore calmi il battito
che la paura scompaia
che tutto il mondo riprenda a girare tranquillo,
e sarà sempre Lei ad alzarsi per prima
e a darvi la mano per tirarvi su
in modo da avvicinarvi al cielo
in quel cielo alto dove la sua anima vive
e da dove, Signori, non la strapperete mai.”

William Shakespeare

INDICE

| | |
|--------------------|----|
| INTRODUZIONE | 10 |
|--------------------|----|

CAPITOLO I

UGUAGLIANZA: DEFINIZIONE ED EVOLUZIONE DI UN CONCETTO

| | |
|--|----|
| 1 Principio di uguaglianza nella costituzione (art 3) | 14 |
| 1.1 Principio di uguaglianza come diritto fondamentale | 14 |
| 1.1.1 Aspetto formale e sostanziale dell'articolo 3 della costituzione | 16 |
| 2 Uguaglianza nel dibattito filosofico | 21 |
| 2.1 Approcci giusfilosofici sul piano formale e sostanziale dell'uguaglianza ... | 21 |
| 2.1.1 Giustizia come uguaglianza | 22 |
| 2.1.2 Gli scettici dell'uguaglianza | 26 |
| 2.1.3 Il rapporto tra democrazia e uguaglianza: Alf Ross | 27 |
| 2.1.4 Una prospettiva giuridico-filosofica italiana: Letizia Gianformaggio | 29 |
| 2.1.5 Il contributo del dibattito teorico alla scienza giuridica | 30 |

CAPITOLO II

UGUAGLIANZA E DIFFERENZA DI GENERE

| | |
|--|----|
| 1 Dibattito di genere nella riflessione filosofica | 34 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 1.1 Uguaglianza nel dibattito di genere | 34 |
| 1.1.2 Discriminazione di genere e orientamenti sessuali | 36 |
| 2 Genere e sessualità nel diritto | 37 |
| 2.1 Il valore pedagogico degli studi di genere | 40 |
| 3 Una nuova chiave di lettura degli studi di genere: la bioetica..... | 43 |
| 4 Nuovi spunti di riflessione: il multiculturalismo | 45 |

CAPITOLO III

PATRIARCATO E ISTITUZIONI GIURIDICHE

| | |
|--|----|
| 1 Il contributo della riflessione femminista..... | 50 |
| 1.1 Valorizzazione delle differenze e revisione delle uguaglianze | 50 |
| 1.2 Femminismo: tipologie, differenziazioni, obiettivi raggiunti | 51 |
| 1.3 Valorizzazione delle differenze e revisione delle uguaglianze | 55 |
| 2 Femminismo: tipologie, differenziazioni, obiettivi raggiunti | 55 |
| 3 Cos'è il patriarcato..... | 58 |
| 3.1 Origini storiche e culturali del patriarcato..... | 59 |
| 3.2 La subordinazione femminile nella tradizione filosofica occidentale..... | 61 |
| 3.3 La teoria femminista..... | 63 |
| 3.3 La famiglia patriarcale..... | 64 |
| 4 Le lotte al patriarcato | 65 |
| 4.1 Donne nell'Ottocento: “un mero strumento di riproduzione” | 65 |
| 4.2 Violenza e schiavitù delle donne: Engels e Marx | 66 |
| 4.3 Le anarco-femministe e le Mujeres Libres..... | 67 |

| | |
|--|----|
| 4.5 Kate Millet: il patriarcato come forma di controllo sociale | 68 |
| 5 Patriarcato e stereotipi di genere | 71 |
| 5.1 Il patriarcato è uno stereotipo di genere | 71 |
| 5.2 Patriarcato e forme di discriminazione diretta e indiretta..... | 74 |
| 5.3 Come il diritto combatte il patriarcato | 75 |
| 6 I mezzi linguistici del patriarcato | 76 |
| 7 Il patriarcato e l'eterosessualità: Adrienne Rich..... | 77 |
| 7.1 Eterosessualità come mezzo di controllo del patriarcato..... | 77 |
| 7.2 Woman-identified-woman e continuum lesbico | 78 |
| 8 Cosa ostacola il patriarcato: Libertà sessuale e libertà di genere | 79 |
| 8.1 Sesso, genere e discriminazioni | 79 |
| 8.2 La posizione di Marta Cartabia..... | 82 |
| 9 sessualità di genere e patriarcato | 83 |

CAPITOLO IV

LA DISPARITA' DI GENERE E INEGUAGLIANZA NEL MONDO DEL LAVORO: LA PARI OPPORTUNITA' E LA TUTELA DELLA DIVERSITA'

| | |
|---|----|
| 1 La disparità di genere nel mondo del lavoro | 86 |
| 1.1 Definizione | 87 |
| 2 Lotta femminista alla disparità di trattamento nel mondo del lavoro | 88 |
| 3 Normativa antidiscriminatoria nel mondo del lavoro | 90 |
| 3.1 Codice delle pari opportunità..... | 94 |
| 3.2 Ostacoli alla parità di trattamento | 95 |

| | |
|---|-----|
| 3.3 Legislazione Comunitaria | 106 |
| 3.4 Legislazione Nazionale | 109 |
| 4 Discriminazione di genere e maternità nel mondo del lavoro: CGUE, sez. I, 08.05..... | 113 |
| 4.1 Il gap retributivo: concetto, dati statistici, miti | 124 |
| 4.2 Alcune riflessioni | 127 |

CAPITOLO V

IL DIRITTO DI FRONTE ALLE DISCRIMINAZIONI. IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA NELLE NORME COMUNITARIE ED ITALIANE

| | |
|---|-----|
| 1 Agli albori del diritto eurocomunitario..... | 132 |
| 1.1 Il principio di non discriminazione nelle Carte dei diritti (come diritto inviolabile) | 135 |
| 1.2 Il Trattato istitutivo dell'Unione Europea | 136 |
| 1.3 L'evoluzione legislativa del diritto eurounitario in tema di discriminazione: il Trattato di Amsterdam | 138 |
| 2 Le fonti internazionali: la CEDAW | 140 |
| 2.1 Premessa..... | 140 |
| 2.2 Il contributo specifico della CEDAW | 143 |
| 3 La Direttiva Comunitaria 2006/54/CE | 148 |
| 4 La Direttiva 2000/78/CE ed il processo di Recepimento delle Direttive Comunitarie | 153 |
| 5 Codice delle pari opportunità | 157 |

| | |
|--|-----|
| 6 La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea | 158 |
| 7 Discriminazione di genere e diritto comunitario: il caso del cognome | 165 |
| 7.1 Una proposta di lettura | 175 |
| CONCLUSIONI..... | 179 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 182 |
| SITOGRAFIA..... | 186 |
| GIURISPRUDENZA..... | 187 |
| RINGRAZIAMENTI | 192 |

INTRODUZIONE

Accingersi alla trattazione del tema 'Uguaglianza e discriminazione di genere' è, per me, motivo di grande orgoglio. Ho, in qualche modo, scelto la mia strada formativa pensando, soprattutto, all'universo inesplorato delle ingiustizie, delle disarmonie sociali, delle divisioni culturali, delle sopraffazioni che, in forma più o meno velata, vedono vittime persone o gruppi di persone invisibili alla storia e, talvolta, anche alla cronaca.

Questo vale sia che si tratti di discriminazioni dovute a motivi etnici, sia che riguardi le discriminazioni originate da motivi territoriali, sia che investa le discriminazioni motivate da motivi di genere. Ogni forma di discriminazione ha il suo *humus* di espressa o sotterranea violenza e produce l'effetto di aggregare in avanti il gruppo sociale avvantaggiato e, correlativamente, spingere verso l'abisso il gruppo sociale discriminato. E ciò avviene nelle forme, ed attraverso le formule, più variegata. Si va dalla discriminazione intenzionale, voluta, perseguita e pensata dal gruppo dominante, a quella che induce un dominio espresso sul piano culturale e, dunque, addirittura condiviso dal gruppo discriminato, a quella, sottile e subdola, frutto di un'apparente *ratio* equilibratrice ed invece sottintendente o implicante la perpetuazione della differenza che si vorrebbe colmare.

Quanto alla discriminazione di genere, essa si presenta come il frutto di una relazione causale con le esperienze passate, perpetuatesi, attraverso le generazioni, da una notte iniziale sino ad oggi. E' difficile spiegarne, con metodo rigoroso e storicamente attendibile, un'origine, una *causa causae* da cui tutto è sorto.

In questo mio elaborato ho cercato di darmi delle risposte e, al contempo, di pormi delle domande. Ho cercato di partire dal tema dell'uguaglianza, una parola che spesso nominiamo ma a cui sovente non diamo valore nel giusto modo. Ho tentato di risalire alle analisi dei filosofi del diritto sul termine, di capire come l'uguaglianza debba essere intesa e come, davvero, due cose o due persone possano considerarsi uguali.

Mi sono chiesta se essere considerati uguali sia sempre un bene, e non invece, magari, sia più cauto proteggere le differenze, tutelarle e ripartire da esse.

Ho analizzato ogni forma di discriminazione di genere che calpesta l'idea e il concetto di uguaglianza. Ho cercato, soprattutto, di domandarmi il perché. Per poi evidenziare, in quest'ottica, che uguaglianza non è altro che la tutela della differenza. Una differenza, indubbiamente, valorizzata e rispettata. Illuminante, in questa analisi, è stato certamente l'approccio con il Femminismo dell'uguaglianza e con il Femminismo della differenza.

Il cuore del mio elaborato, invece, tratta l'origine e le conseguenze delle discriminazioni di genere: il patriarcato. Non nella forma meramente oggettiva, piuttosto analizzandone la struttura concettuale, la sua origine, la sua perpetuazione. Le istituzioni, le religioni, le leggi nei secoli hanno rafforzato il potere dell'uomo esercitando oppressioni nei confronti della donna. Ho tentato di capire, di sapere, di informarmi per denunciare il predominio che si è radicato nelle società di tutto il mondo, e, al contempo, per osservare la sua storicità e come essa abbia attraversato tutti i tempi.

E, soprattutto, tutti gli ambiti. Mi sono occupata, infatti, dell'ambito che riguarda ogni essere umano: quello lavorativo. Permangono, in tale contesto, sacche assai gravi delle discriminazioni che, per secoli, hanno investito l'universo femminile: nell'accesso al lavoro, nella retribuzione concessa a parità di prestazione, nella fatica occorrente per raggiungere i livelli più elevati. Il mondo del lavoro, in Italia e non, spesso è ostile nei confronti della donna lavoratrice, perché non entra nel merito delle situazioni, delle diversità di vita, di responsabilità che una donna vive e deve vivere. Ho analizzato le leggi che tutelano le donne lavoratrici e le donne madri, paragonandole, però, a canoni lavorativi che sono discriminatori nei loro confronti. Si pensi alla pratica imposta dalla legge di abbattere il trattamento pensionistico e quello di fine rapporto per i lavoratori che ricorrono al 'part time', ben sapendosi che tale opzione riguarda il 95% delle donne e solo il 5% degli uomini. Ed ancora, al perché esiste un gap retributivo così differente tra uomini e donne in tutto il mondo, soprattutto per le lavoratrici di libera professione.

La discriminazione di genere ha origine nella virulenza del potere, qualcosa che ha avuto a che fare con la signoria del maschio sulla femmina e che ha provato, riuscendovi per millenni, a cancellare oltre la metà della popolazione dalla storia.

Oggi ne restano le scaglie più ostiche ed infide, quelle che pervadono i costumi, il linguaggio, le consuetudini, le pratiche, le relazioni tra esseri umani e che risultano essere quasi impercettibili, pressoché legittimate dalla diffusione sotterranea che hanno.

Negli ultimi anni anche il diritto comunitario è riuscito spesso a proteggere le donne, i diritti e la dignità che meritano di avere. Molte istituzioni hanno dato voce alle discriminazioni di genere, e molte sentenze citate in questo testo hanno contribuito a rendere l'universo europeo un universo paritario sotto tanti aspetti. Il grido ed il bisogno di uguaglianza sta lentamente espandendosi in ogni parte del mondo e attraversando tutti i popoli. Purtroppo, però, vi sono ancora troppe questioni in ambito europeo che non possono non essere contemplate quando si parla di disparità.

Si pensi alla pratica, ancora pretesa dalla legge, di assegnare il cognome del padre al figlio legittimo, e a quanto questo sia più che discriminante nei confronti della donna. Ho tentato di capire perché il patriarcato riesca ad arrivare anche in luoghi emotivi così puri come dovrebbe essere il momento della nascita di un figlio o di una figlia.

Certamente, non si registrano più gli oscurantismi di quando, per poter studiare, le donne dovevano fingersi uomini e, per poter praticare un'attività sportiva, dovevano misurarsi con montagne di pregiudizi che finivano, addirittura, per sospettare della stessa identità. Oggi le donne hanno sciolto i nodi e liberato i lacci, hanno guadagnato il diritto a diventare presidenti di nazioni e giudici delle leggi, capitani d'impresa ed incubatrici delle scienze.

Tuttavia, osservando il 'trend' delle evoluzioni del sistema normativo e sociale e considerando il livello di consapevolezza raggiunto dalle donne, ma anche di molti uomini, è possibile pronosticare l'impossibilità di arrestare il processo di uniformazione tra i generi e l'opportunità che, in un tempo ragionevole, venga considerata addirittura antistorica ogni forma di distinzione fondata sul sesso.

Questo lavoro, dunque, vuole essere un omaggio alle milioni di donne escluse, perseguitate, o negate dalla storia. Esso, tuttavia, vuole anche essere un monito per le generazioni di oggi ed un contributo perché ogni sorta di discriminazione possa essere intesa, dalla coscienza collettiva, come uno scandalo o, addirittura, come un tabù culturale, giuridico e morale. Non potrà esserci vera pace se non ci sarà vera giustizia. E non ci sarà vera giustizia se una sola donna verrà ancora condannata a restare indietro, per il solo fatto di essere donna.

CAPITOLO I

UGUAGLIANZA: DEFINIZIONE ED EVOLUZIONE DI UN CONCETTO

1 Principio di uguaglianza nella costituzione (art 3)

1.1 Principio di uguaglianza come diritto fondamentale

La Costituzione Italiana contiene, nei suoi primi dodici articoli, i “principi fondamentali”, ovvero i temi ed i valori in cui la comunità civile è chiamata a riconoscersi ed in assenza dei quali la civiltà politica e sociale italiana non avrebbe ragione di esistere. Sul piano della tecnica costruttiva, essi costituiscono l'*incipit* della Carta e, in ragione della loro collocazione, hanno piena autosufficienza ed immediata applicabilità. In definitiva, i principi fondamentali sono divenuti l'elemento identificativo della civiltà giuridica e sociale repubblicana, al punto da essere stati considerati materia sottratta al processo di revisione costituzionale. Tra le infinite possibili definizioni di “Diritti fondamentali”, vi è quella secondo cui un diritto è fondamentale nel momento in cui tutela un valore fondamentale¹. Dunque, il riconoscimento di un diritto, fondamentale o meno, ha il fine ultimo di proteggere un valore ritenuto meritevole di tutela.²

La Costituzione italiana racchiude alcuni principi supremi che non possono essere sconvolti o trasformati nel loro contenuto sostanziale, neanche da leggi di

¹ Da https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf.

² A. SCHIAVELLO, *Principio di uguaglianza. Breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, pp. 65-79.

revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali³. Particolarmente rilevanti in giurisprudenza sono le asserzioni riguardanti la libertà di pensiero, considerata come valore fondamentale e rappresentante del sistema democratico⁴ ed essenziale ai fini dell'concretizzazione del sistema democratico.⁵

Nella giurisprudenza costituzionale, la libertà di manifestazione del pensiero si colloca sia come diritto fondamentale dell'individuo, così da connotare al massimo grado "il principio personalista", sia come "diritto funzionale" all'esatta elaborazione del metodo democratico. Del resto, essere liberi di potere esprimere un'opinione si coniuga con la libertà di potere essere chi si vuole, senza il timore di essere giudicati o considerati inferiori per il proprio pensiero. Secondo la Carta Costituzionale, dunque, essere liberi di pensare è essere liberi di vivere.

Tra i principi fondamentali, quello che meglio sembra fissare il cammino delle istituzioni repubblicane è quello di uguaglianza, contenuto nell'articolo 3. Dispone la norma:

1. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.
2. È compito della Repubblica rimuovere 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.

Un testo breve, denso, essenziale, ma tuttavia capace di rendere chiaro il senso valoriale e di prospettiva che la Costituzione ha inteso perseguire.

³ Sentenza della Corte Costituzionale n.1146 del 1988.

⁴ Sentenza della Corte Costituzionale n. 9 del 1965.

⁵ Sentenza della Corte Costituzionale n. 84 del 1969 e Sentenza n.126 del 1985.

1.1.1 Aspetto formale e sostanziale dell'articolo 3 della costituzione

È facile evincere, sul piano semantico, che l'articolo compone due diversi livelli concettuali, corrispondenti a ciascuno dei due commi.

Al primo comma viene posto il principio dell'uguaglianza formale tra i cittadini, costituente il primo e più alto orizzonte valoriale del nostro Stato di diritto. L'eguaglianza di tutti i cittadini dinnanzi alla legge racchiude un generale dovere di osservanza delle leggi anche da parte di coloro che le realizzano o vi danno esecuzione, al fine di schivare abusi di potere da parte dei soggetti pubblici in danno dei cittadini.

La norma dispone il divieto allo Stato di emanare provvedimenti discriminatori in base ad uno o più dei sei criteri in essa indicati (sesso, razza, religione). Tale principio si concretizza pragmaticamente in molteplici disposizioni costituzionali che regolamentano situazioni precise. Per fornire un esempio di particolare rilievo, l'articolo 8, difatti, stabilisce l'uguale libertà di ogni confessione religiosa; l'articolo 37, invece, a parità di lavoro, ammette l'eguaglianza di diritti e retribuzioni tra lavoratori e lavoratrici.

Al secondo comma, invece, viene posto il principio dell'uguaglianza sostanziale, recante impegno per la Repubblica di rimuovere gli ostacoli, di ordine economico e sociale, che, in concreto, limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini ed impediscono la loro piena partecipazione alla vita democratica. Trattasi, in quest'ultimo caso, di norma assai sostanzialmente nuova nel panorama costituzionale, poiché mai si era dato un ordine positivo alle pubbliche Istituzioni di compiere specifiche attività finalizzate ad uno scopo. Di più, il secondo comma dell'art. 3 segna lo spartiacque tra la cultura costituzionale dell'Ottocento e quella del secondo Novecento, in cui si è dato corpo e senso alla funzione regolatoria affidata al diritto costituzionale, sorto per disciplinare ma, soprattutto, limitare e ricondurre a democrazia, i poteri pubblici.

Dal punto di vista concettuale, è del tutto evidente che la norma, avendo una ferma impronta etica ed ideale, assume un'efficacia universale. Essa, dunque, non allude soltanto ai "cittadini", ma è rivolta a qualsiasi persona entri in contatto o in

relazione con l'Italia. Dunque, è la persona il centro di interesse della norma, perlomeno nella sua dimensione formale, al di là della denominazione utilizzata dal Costituente. Ciò in piena sintonia al contenuto costruttivo della Costituzione Italiana, che coglie nella "persona" l'epicentro delle sue attenzioni e ad essa destina tutte le più alte disposizioni valoriali, sia in seno ai "principi fondamentali", sia in riferimento alla "parte prima", concernente i "diritti e doveri dei cittadini"⁶.

Ed invero, è in tali ambiti che vengono esposti i c.d. "diritti inviolabili", ossia i diritti riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale, senza che vi sia modo di distinguere, secondo l'insegnamento dell'art. 3, in relazione al sesso, l'appartenenza, la provenienza, le opinioni politiche e religiose, la matrice linguistica.

Né ciò deve stupire. La Costituzione Italiana, al di là delle evidenti tracce di matrice socialista e cattolica, deve il suo principale debito culturale alla cultura illuminista e liberale, che proprio nelle libertà dovute alla persona umana individua il senso e lo scopo dello Stato di Diritto.

Ebbene, in questo quadro concettuale, assume valore primario il principio di uguaglianza, che è filiazione, ma anche fattore generativo del principio di libertà e si atteggia quale criterio etico, sociale e politico per dare senso alla nostra Nazione e fissarne l'orizzonte valoriale.

Si è detto che l'articolo in esame disciplina l'uguaglianza secondo due prospettive distinte ma, al contempo, speculari: quella formale, orientata a fissare gli obiettivi, quella sostanziale, orientata a consentirne la realizzazione. La prima ha per destinatari le persone, la seconda, al contrario, ha per destinatari immediati le Istituzioni, chiamate ad un'opera di bonifica e rimozione.

L'uguaglianza formale compone un criterio discretivo universale, stabilendo che tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge. La norma ha una doppia lettura semantica, perché per un verso fissa il criterio in positivo (tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge), per altro verso lo spoglia delle negatività (senza distinzioni di sesso etc.). Dunque, i diritti di uguaglianza sono originari, indefettibili, incompressibili, incontendibili, e non piegano al cospetto di alcuna differenza, né di genere, né di razza, né di appartenenza, né di fede o di opinione politica.

⁶ Da https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf.

“L’eguaglianza è il principio generale che condiziona tutto l’ordinamento nella sua obiettiva struttura”⁷, nonché “canone di coerenza del campo delle norme di diritto”⁸.

Trattasi, come è evidente, di un approccio metodologicamente e concettualmente rivoluzionario, poiché prima dell’articolo 3 l’uguaglianza era, nella migliore delle ipotesi, un pensiero, una missione, un’illusione.

Si pensi, per restare al tema che occuperà questa tesi, che, fino al 1946, le donne (ma, del resto, anche i poveri), non avevano diritto al voto. Dunque, la discriminazione aveva la sua matrice e la sua certificazione proprio nella legge, a sua volta figlia di una carta fondamentale, lo Statuto Albertino⁹, che in quanto ad uguaglianza e non discriminazione conteneva parole blande e del tutto inefficaci. D’altra parte, come non pensare che proprio la pochezza concettuale dello Statuto Albertino rese possibile l’emanazione, nel 1938, della summa discriminatoria espressa dall’ordinamento italiano, ovvero le leggi razziali che, proprio sulla razza, ovvero un elemento bandito espressamente dall’art.3 della Costituzione, fondavano la loro legittimazione.

Il tema del rapporto tra diritto e diritti è particolarmente delicato, poiché dimostra che non basta la sussistenza di una disciplina per attestare l’esistenza della giustizia e del suo senso. Ciò a riprova che il diritto non è riflesso di una meccanica superiore, ma vive e trasuda delle debolezze, delle contraddizioni e delle fragilità che risalgono dalla società.

D’altra parte, non è di secondario rilievo la circostanza che l’art. 3 abbia inteso evocare, quale criterio distintivo dell’uguaglianza, lo “sviluppo della persona umana”, ovvero il valore che, sul piano filosofico, ma anche etico, la Costituzione ha inteso meglio stigmatizzare in seno alle sue disposizioni. In sostanza, l’articolo 3 è la disposizione che meglio sembra servire i principi libertari contenuti nella Costituzione, anche quando contenute in disposizioni specifiche come, ad esempio, l’art. 13, che proclama come inviolabili i diritti di libertà personale.

⁷ Sentenza della Corte Costituzionale n. 25 del 1966.

⁸ Sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1982.

⁹ Noto come Statuto Albertino, dal nome del re che lo promulgò, Carlo Alberto di Savoia, fu la costituzione adottata dal Regno di Sardegna il 4 marzo 1848 a Torino.

Tuttavia, l'asserzione di un diritto, ancorché consacrato all'interno della voce più alta dell'ordinamento giuridico, non basta, da sola, a considerarlo invero. Troppe le distorsioni che si annidano nelle pieghe della società perché asserire un principio valga a vederlo realizzato. In questa ottica, consapevole della natura meramente programmatica e tendenziale del principio di cui al primo comma, il Costituente intese apprestare uno strumento ulteriore, non solo assertivo ma impegnativo per le Istituzioni repubblicane, preordinato a riconoscere le disarmonie del sistema e ad impegnare lo Stato a farne superamento.

Da qui, l'esigenza di impegnare lo Stato e tutte le Istituzioni preposte, perché i vari impedimenti, di ordine personale o sociale, infrastrutturale o culturale, frapposti all'effettivo conseguimento delle libertà umane, trovino rimozione e, attraverso questo, venisse consentita la piena realizzazione della civiltà democratica.

L'orizzonte di tale misura "sostanziale" è affatto banale. Essa allude, certamente, alle libertà personali dei cittadini ed ai diritti di uguaglianza reale loro spettanti. Ma, più sottilmente, essa assume un valore politico alto, essendo suo obiettivo riflesso quello di consentire a tutti i cittadini di contribuire "all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Ed invero, il *focus* della norma non è solo il diritto universale all'uguaglianza, osservato dal punto di vista delle posizioni soggettiva, ma anche il dovere e l'opportunità resi a ciascun cittadino di partecipare allo sviluppo globale della società con pienezza di intenti. Non solo, ma la disposizione si sposa con un'ulteriore esigenza, che è propria del governo democratico: ovvero il diritto/dovere della Repubblica di pretendere dai suoi consociati il massimo apporto perché l'organizzazione sociale, culturale ed economica del Paese possa aver modo di compiersi e realizzarsi. Un disegno politico, dunque, non solamente individuale, che fa della norma uno dei nuclei strategici più rilevanti dell'intero impianto costituzionale¹⁰.

Il principio di uguaglianza di fronte alla legge, come detto, è certamente uno dei più invocati dalla giurisprudenza costituzionale. Sin dal suo esordio, nel 1957, la Corte Costituzionale ha ammonito il legislatore circa la necessità di ancorare ogni atto normativo ai valori espressi dall'art. 3 della Costituzione ed in relazione alle

¹⁰ Sentenza della Corte Costituzionale n. 3 del 1957.

condizioni soggettive e oggettive alle quali l'atto stesso si connette. Ne segue che viola il principio di uguaglianza il legislatore che assoggetti a una disciplina indifferenziata situazioni diversamente calibrate e variamente caratterizzate sul piano degli interessi. Secondo la stessa Corte costituzionale, il principio di uguaglianza non deve essere inteso come una sorta di livellatore degli esseri umani, ma anzi quale strumento per esaltarne l'individualità e le differenze, anche attraverso l'adozione di misure diversificate¹¹.

Per quanto riguarda le discriminazioni basate sul sesso, la giurisprudenza costituzionale, nel tempo, ha ritenuto costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di uguaglianza:

- a) Il divieto per le donne di accedere a una serie di uffici pubblici;
- b) Il fatto che solo il padre, esercente la patria potestà, potesse presentare denuncia penale per sottrazione di minore;
- c) Il riflesso penale dell'adulterio, foriero di severa disparità di genere e di fermo pregiudizio per la libertà morale e sociale della donna.

Ebbene, tutti i precorsi interventi, ovviamente semplificati, aprirono la strada alle successive riforme del diritto di famiglia¹², della parità di accesso nei luoghi di lavoro¹³, della tutela delle lavoratrici madri¹⁴.

La Corte Costituzionale, sin dal suo insediamento, ha avuto occasione di scrutinare il senso del principio di uguaglianza e le sue implicazioni sull'assetto ordinamentale. In questa ottica, ha avuto modo di asserire che "Il principio di uguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni"¹⁵, "poiché l'art. 3 Cost. vieta disparità di trattamento di situazioni simili e discriminazioni irragionevoli"¹⁶. Ne segue che "si ha violazione dell'art. 3 della Costituzione quando situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, mentre non si manifesta tale

¹¹ Sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1982.

¹² Legge n. 151/1975.

¹³ Legge n. 903/1977.

¹⁴ Legge n. 1204/1971.

¹⁵ Sentenza della Corte Costituzionale n. 15 del 1960.

¹⁶ Sentenza della Corte Costituzionale n. 96 del 1980.

contrasto quando alla diversità di disciplina corrispondono situazioni non sostanzialmente identiche”¹⁷.

Ed ancora, quanto ai destinatari dell’art. 3, la Corte ha sempre ritenuto che il principio di uguaglianza abbia carattere universale e, pertanto, operi anche nei confronti dello straniero “allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo garantiti allo straniero anche in conformità dell’ordinamento internazionale”¹⁸. Sul punto, ancora, e con riferimento al diritto ai trattamenti sanitari per la tutela della salute la Corte ha ulteriormente precisato che:

Il diritto alla salute deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il Legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso, poiché lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti ... trattandosi di un diritto fondamentale della persona¹⁹.

2 Uguaglianza nel dibattito filosofico

2.1 Approcci giusfilosofici sul piano formale e sostanziale dell’uguaglianza

Il punto di vista giusfilosofico in merito alla distinzione tra uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale è molto chiaro e assai specifico: i problemi sorgono al momento della specificazione o concretizzazione della definizione di eguaglianza, e sono quindi confinati all’eguaglianza prescrittiva. Concezioni diverse dell’eguaglianza propongono criteri differenti per disciplinare soggetti o situazioni inevitabilmente non identici. In sintesi, la particolarità dell’eguaglianza in ambiti come la filosofia e il diritto gira attorno alla citata distinzione fra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale.

¹⁷ Sentenza della Corte Costituzionale n. 304 del 2004.

¹⁸ Sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1969.

¹⁹ Sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2001.

Il principio di eguaglianza formale, ovvero il concetto di eguaglianza, stabilisce di esaminare casi eguali in modo eguale ed i casi diversi in modo diverso. Amartya K. Sen considera, che “caratteristica comune praticamente di tutti gli approcci all’etica dei fenomeni sociali che hanno resistito all’usura del tempo è quella di desiderare l’eguaglianza di qualcosa”²⁰. In realtà, questa ampia condivisione contiene in sé divisioni radicali al livello dell’eguaglianza sostanziale. Sen, dunque, sostiene che la questione notevole non è “perché eguaglianza?” ma, piuttosto, “eguaglianza di che cosa?”. In sintesi, il vero problema è quello di trovare un concetto plausibile di uguaglianza. Proprio per questo motivo, Westen, filosofo del diritto, ritiene che l’eguaglianza sia un’idea per molti versi vana:

L’eguaglianza cesserà di mistificare e di ingarbugliare i discorsi morali e politici quando le persone cominceranno ad acquisire consapevolezza del fatto che essa è una forma vuota, che non presenta in proprio alcun contenuto sostanziale. Ciò avverrà non appena le persone si renderanno conto del fatto che qualsivoglia argomento morale e giuridico può essere presentato sotto forma di un argomento a favore dell’eguaglianza. A quel punto si ribatterà ad argomenti a favore dell’eguaglianza con contro-argomenti a favore dell’eguaglianza. Ovvero, più semplicemente, si imparerà a fare a meno dell’eguaglianza²¹.

2.1.1 Giustizia come uguaglianza

La prime analisi filosofiche sorte in Grecia ci narrano che la definizione di uguaglianza non può scindere per alcun motivo da quella di giustizia. Difatti, Aristotele ne “L’Etica a Nicomaco” collega tra loro in modo indissolubile i due concetti²²: “Se dunque ciò che è ingiusto è iniquo, ciò che è giusto è equo: e ciò appare a tutti anche senza ragionamento”²³.

²⁰ A. K. SEN, *La diseguaglianza Un riesame critico*, trad. it. di A. Balestrino, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 7.

²¹ P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 1982, p. 596.

²² A. SCHIAVELLO, *Principio di eguaglianza. Breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, pp. 65-79.

²³ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* (IV sec. a.C.), trad. it. di A. Plebe.Laterza, Roma-Bari, 1988, pp. 113-114.

Dunque, posto il livello prescrittivo dell'uguaglianza, si può certamente affermare che lo stesso sia stato storicamente correlato e connesso, sul piano politico e giuridico, al concetto di giustizia, fonte, strumento e fine della prima.

Platone, sul punto, osserva: “Se dunque ciò che ingiusto è iniquo, ciò che è giusto è equo: e ciò appare a tutti anche senza ragionamento”²⁴.

Anche molti giuristi e filosofi contemporanei hanno sottolineato la relazione tra giustizia ed eguaglianza:

Chaùn Perelman afferma che: «il concetto di giustizia suggerisce a tutti, inevitabilmente, l'idea di una certa uguaglianza». Alf Ross sostiene che: «... il postulato della giustizia comporta l'esigenza di eguaglianza nella distribuzione o nella divisione dei vantaggi e dei carichi. Giustizia è eguaglianza». Herbert Hart, distinguendo la giustizia dalla morale, ritiene che lo specifico della giustizia consiste proprio nell'idea «... che gli individui hanno diritto nei loro rapporti reciproci a una certa posizione relativa di uguaglianza o disuguaglianza». John Rawls, facendo propria la lezione hartiana, sottolinea che tutte le concezioni della giustizia condividono l'idea che «... le istituzioni sono giuste quando non viene fatta alcuna distinzione arbitraria tra le persone nell'assegnazione dei diritti e doveri fondamentali, e quando le norme determinano un appropriato equilibrio tra pretese contrastanti riguardo ai vantaggi della vita sociale»²⁵.

È importante precisare che fra il termine “eguaglianza” (o principio di universalizzabilità) e “diritto” c'è un rapporto molto importante che vale la pena approfondire. Lon Fuller valuta la generalità della legge un principio fondamentale, il più importante, della “inner morality of law”: “La prima esigenza di un sistema che voglia assoggettare la condotta umana al governo di norme è ovvia: vi debbono essere norme. Ciò può essere inteso come bisogno di generalità”²⁶. La generalità delle norme, da sola, non è di certo una condizione di per sé adeguata al fine di garantire giustizia e verità di un ordinamento giuridico. Questo concetto è approfondito da Anatole France che, nel romanzo “Le lys rouge”, fa dire con denigrazione al poeta Choulette: “In Francia siamo soldati e cittadini. (...) Ciò consiste per i poveri nel sostenere e conservare i ricchi nel loro stato di potenza e di ozio. Essi devono lavorare davanti

²⁴ Ivi, pp.113-115.

²⁵ ²⁵ A. SCHIAVELLO, *Il principio di eguaglianza*, cit.

²⁶ L. L. FULLER, *La moralità del diritto*, trad. it. di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano, 1986, p. 65.

alla maestosa eguaglianza delle leggi, che proibiscono al ricco come al povero di coricarsi sotto i ponti, di mendicare nelle vie e di rubare il panes”²⁷.

Il concetto di uguaglianza, a dispetto della sua apparente ovvietà, è materia assai vischiosa ed intrisa di insidie concettuali e di contenuto. Per dirla con Aldo Schiavello²⁸, “In via preliminare è opportuno distinguere tra la relazione di uguaglianza in sistemi formalizzati - in matematica ed in logica, ad esempio - e la relazione di uguaglianza in sistemi non formalizzati. Solo nel primo caso, il vocabolo ‘eguaglianza’ può essere sostituito dal vocabolo ‘identità’ ed il suo significato è assolutamente chiaro e scevro da apprezzamenti valutativi di sorta.”

Tale approccio implica la difficoltà ermeneutica di sistemare il concetto di uguaglianza in un’ottica univoca e rende plausibile l’osservazione secondo cui “affermare che due persone o cose sono uguali non significa che esse siano identiche sotto ogni punto di vista, descrittivo o prescrittivo; non esistono infatti due persone o cose che siano identiche sotto ogni punto di vista”²⁹.

È del tutto evidente, già alla luce di tali brevi proposizioni, che il concetto di uguaglianza, a dispetto di una sua creduta chiarezza ed univocità, è tutt’altro che evidente. Al contrario, in esso riposano contrasti concettuali e metodologici che impegnano aspramente l’elaborazione filosofica, al punto da rendere non proficuo il tentativo di asserire l’esistenza di ogni sorta di misuratore ontologico del fenomeno.

Ad esempio, è stato affermato che “Dire che un ente è «uguale» ad un altro ente significa assumere un punto di vista per cui i due enti non si diversificano; dire «uguaglianza» significa da un lato escludere l’identità e dall’altro lato escludere (a titolo provvisorio oppure definitivo) la rilevanza di differenze”³⁰.

Ne segue che il concetto di uguaglianza, sul terreno sociologico, filosofico e giuridico, non può inseguire modelli matematici, quelli cioè della c.d. uguaglianza formalizzata, ma va ricondotto a profili di diveniente assimilabilità, materia, come è

²⁷ A. FRANCE, *Il giglio rosso*, in *I capolavori di A. France*, Mursia, Milano, 1993, p. 357.

²⁸ A. SCHIAVELLO, *Il principio di eguaglianza*, cit., p.79.

²⁹ P. WESTEN P, *The Concept of Equal Opportunity*, in *Ethics*, 95, 1985, p. 843.

³⁰ S. CASTIGLIONE, *L’opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 351.

facile evincere, di inevitabili contraddizioni, contaminazioni, storicizzazioni. Ne conclude Schiavello che:

Punto essenziale non è tanto quello di stabilire se vi sia o meno un concetto unitario di eguaglianza, quanto quello di evitare l'errore di considerare l'eguaglianza nei sistemi non formalizzati come un'approssimazione imperfetta dell'eguaglianza nei sistemi formalizzati". Ed aggiunge: "Westen³¹ rileva che un errore di questo tipo ha commesso ad esempio da Platone quando afferma che nel mondo l'assoluta uguaglianza, in sé, non esiste.

In questo senso appare corretto dire che "un chilo di farina è «assolutamente eguale» ad un chilo di caffè relativamente alla dimensione del peso, anche se è evidente che farina e caffè non sono identici sotto ogni punto di vista"³².

Tuttavia, tale connessione tra uguaglianza e giustizia ha trovato piena sedimentazione filosofica nel tempo. Anche il pensiero filosofico contemporaneo se ne è occupato, annotando, ad esempio, che "il postulato della giustizia comporta l'esigenza di eguaglianza nella distribuzione o nella divisione dei vantaggi e dei carichi. Giustizia è uguaglianza"³³. Sotto altro verso, si è inteso osservare una necessaria distinzione tra concetto giuridico e sociologico di uguaglianza ed universo morale, giungendo così alla conclusione che la giustizia consiste proprio "nell'idea che gli individui hanno diritto nei loro rapporti reciproci a una certa posizione relativa di uguaglianza o disuguaglianza"³⁴.

La distinzione concettuale tra giustizia, uguaglianza e morale ha consentito, così, di elaborare, all'interno del principio di uguaglianza, anche quello delle differenze che, se verosimilmente aborrite dal mondo etico, trovano necessaria giustificazione in quello filosofico e giuridico. Seguendo tale direttrice, è stato affermato che "le istituzioni sono giuste quando non viene fatta alcuna distinzione arbitraria tra le persone nell'assegnazione dei diritti e doveri fondamentali, e quando le norme determinano un appropriato equilibrio tra pretese contrastanti riguardo ai

³¹ PLATONE, *Fedone* (IV sec. a.C.), trad. it. di M. Valgimigli, in Platone, Laterza, Roma-Bari, 1971.

³² A. SCHIAVELLO, *Il principio di eguaglianza*, cit.

³³ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, p. 253.

³⁴ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1962, p. J86.

vantaggi della vita sociale”³⁵. Il che implica che “bisogna trattare i casi eguali in modo eguale ed i casi diversi in modo diverso.”³⁶

In altri termini, l’approdo concettuale di tale sistema è che l’uguaglianza non produce identità, ma proporzionata e ponderata distinzione e cura delle differenze.

2.1.2 *Gli scettici dell’uguaglianza*

Tuttavia, un simile approccio fornisce la stura a possibili conclusioni di tipo relativistico e, per questa via, addirittura negazionistico.

Amartya Sen ha annotato che la vera questione non risiede nella domanda “perché uguaglianza?”, ma in quella, ben più insidiosa, “uguaglianza di che cosa?”³⁷.

In realtà, la retorica della domanda conteneva, *in nuce*, l’approdo ultimo del ragionamento, orientato a negare in radice la stessa possibilità di esistenza di una uguaglianza omogeneamente considerata.

L’uguaglianza cesserà di mistificare e di ingarbugliare i discorsi morali e politici quando le persone cominceranno ad acquisire consapevolezza del fatto che è essa una forma vuota, che non presenta in proprio alcun contenuto sostanziale. Ciò avverrà non appena le persone si renderanno conto del fatto che qualsivoglia argomento morale e giuridico può essere presentato sotto forma di un argomento a favore della uguaglianza. A quel punto si ribatterà ad argomenti a favore dell’uguaglianza con contro-argomenti a favore dell’uguaglianza. Ovvero, più semplicemente, si imparerà a fare a meno dell’uguaglianza.³⁸

Lo stesso Kelsen ha affrontato la questione, affermando che

Un concetto generale di giustizia può soltanto essere del tutto vuoto nei confronti del problema fondamentale concernente il modo in cui si devono

³⁵ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1971, p. 23.

³⁶ L. GIANFORMAGGIO, *L’uguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in Ead, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 96.

³⁷ A. K. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, trad. it. di A. Balestrino, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 7.

³⁸ P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 1982, p. 596.

trattare gli uomini, se il trattamento deve essere considerato giusto, tanto più che questo concetto deve comprendere anche le norme di giustizia di tipo metafisica³⁹.

Ed ancora, Kelsen ha inteso distinguere in modo perentorio l'approccio normativo, che viene inteso come "eguaglianza davanti alla legge", dalla giustizia, che è considerata come "eguaglianza nella legge". In questa ottica, egli asserisce che

La cosiddetta eguaglianza davanti alla legge non significa altro che l'applicazione della legge conformemente ai suoi principi, cioè correttamente, qualunque contenuto possa avere questa legge, anche se prescrive un trattamento non uguale, bensì diseguale. [...] Questa conformità è in realtà correttezza logica e non ha nulla a che fare con la giustizia, in particolare con la giustizia dell'eguaglianza⁴⁰.

2.1.3 Il rapporto tra democrazia e uguaglianza: Alf Ross

Nell'ambito dei rapporti tra democrazia ed eguaglianza, il filosofo danese Ross distingueva principalmente tra eguaglianza politica ed eguaglianza sociale.

La prima prende forma nel principio di maggioranza, che è espressione di eguaglianza "materiale" (in riferimento al diritto di voto) di tutti gli individui adulti. Ross, tuttavia, rifletteva sul fatto che non ci sarà mai un'eguaglianza politica effettiva in democrazia, poiché il potere politico verrà comunque esercitato da un piccolo gruppo di politici eletti, sebbene attraverso le elezioni tale potere derivi dalla popolazione. L'eguaglianza, dunque, a differenza della libertà, non costituisce un pilastro portante perché ci sia democrazia.

L'eguaglianza politica non è qualcosa di cui la democrazia necessiti per dirsi tale. Scriveva Ross: "L'eguaglianza è un'idea democratica che ha solo un carattere dipendente subordinato. L'eguaglianza deve essere garantita ad ognuno, purché la democrazia esiga eguaglianza, eguaglianza nella libertà (...). La libertà è il fine in

³⁹ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, trad. it. di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1975, p. 60.

⁴⁰ *Ibidem*.

sé”⁴¹. Dunque, se eguaglianza politica significhi eguale distribuzione di libertà per tutti, allora la democrazia può non solo sopravvivere con limitazioni di eguaglianza politica ma anche essere, con esse, coerente.

Nonostante le difficili interdipendenze interpretative di eguaglianza e democrazia, la connessione tra democrazia ed eguaglianza potrebbe configurarsi come un pre-requisito per l’esistenza ininterrotta di una democrazia. Sul punto, Ross espone una qualche ostilità. “Chi sostiene l’eguaglianza e nutre poco amore per la libertà, non supporta la democrazia; anzi, un desiderio sproporzionato di eguaglianza avrebbe dovuto essere considerato un pericolo per la democrazia, poiché questa non riuscirà a sopravvivere a lungo”⁴². L’idea di indicare l’eguaglianza come base della democrazia è solo forma di un’aspirazione politica: era stata certamente la dottrina cristiana fondata sull’eguaglianza tra gli uomini ad aver creato il rapporto tra democrazia ed idea di eguaglianza.

Ross affermava che la democrazia affondasse le sue radici nei principi tradizionali di umanesimo e cristianità, ma non credeva che ciò avesse qualcosa a che fare con l’eguaglianza sociale, ma solo con l’idea della sacralità dell’uomo. “L’eguaglianza non supporta la democrazia se non nella misura in cui essa è già contenuta nell’idea di libertà”⁴³. Un’altra occasione, quella della libertà materialmente e formalmente concepita, e con esse le forme di eguaglianza, per preferire la democrazia alla autocrazia, alla dittatura, al socialismo. Quest’analisi di libertà ed eguaglianza si è mostrata necessaria alla definizione di democrazia. Se libertà, quale motore unico ed inconfondibile, è la prova indiscutibile del bisogno di democrazia, l’eguaglianza non è, di essa, l’ombra essenziale. Nel disnodarsi dei suoi argomenti, Ross esplicitamente dice che la democrazia ha più di una ragione per essere condivisa: in essa vi è lo stigma necessario per offrire all’uomo il massimo della libertà ed il massimo della sicurezza. Non esiste per Ross democrazia all’interno dell’eguaglianza e al di fuori dalla libertà.

⁴¹ A. ROSS, *Why Democracy?*, Harvard University Press, Cambridge, 1952, p. 131.

⁴² *Ivi*, p. 135.

⁴³ *Ibidem*.

2.1.4 Una prospettiva giuridico-filosofica italiana: Letizia Gianformaggio

L'attenzione per la complessità e pluralità della nozione giuridica di eguaglianza e la l'analisi della sfera assiologia e, soprattutto, ideologica delle sue diverse concezioni, permettono alla filosofa del diritto Letizia Gianformaggio di contestare le critiche sul principio di uguaglianza. Tali critiche, difatti, sono state spesso e volentieri l'epicentro di questioni negli anni novanta del novecento. In ragione di questo, il principio d'eguaglianza è stato sempre più spesso obiettivo ed epicentro sia della teoria della differenza di genere quanto di diversi movimenti giuridici, quali il post-modernismo, il comunitarismo, il movimento dei Critical Legal Studies.

Quella che Letizia Gianformaggio si propone di riaffermare come valore del diritto è, appunto, l'eguaglianza, intesa come eguaglianza sostanziale costituita dall'universalità dei diritti fondamentali che il diritto prescrive di perseguire, perché, non diversamente da Luigi Ferrajoli, anche Letizia Gianformaggio è convinta che l'uguaglianza nei diritti fondamentali si configuri come l'uguale diritto di tutti all'affermazione e alla tutela della propria identità, in forza del pari valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascuno individuo una persona come tutte le altre.⁴⁴

La decisione di Letizia Gianformaggio di occuparsi dell'eguaglianza è, senz'altro, un esempio di ciò che Paolo Comanducci identifica come la svolta "militante" della sua riflessione filosofica⁴⁵. La scelta di Letizia Gianformaggio certamente è altresì una scelta militante poiché, come da lei esplicitamente dichiarato, il suo obiettivo principale è quello di essere in grado di dare "un contributo all'argomentazione a favore dell'eguaglianza come valore giuridico".

A differenza della lettura che ne propone Paolo Comanducci, quella di Letizia Gianformaggio è soltanto una scelta militante, ossia una decisione che la porta anche

⁴⁴ T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2, 2006, p. 399-420.

⁴⁵ P. COMANDUCCI, *Le ragioni dell'egualitarismo*, in *Ragion pratica*, 2, 2006, pp. 387-398.

a dovere “tradire” i canoni della tradizione analitica esaminata in tutta la sua produzione filosofica. Come lei stessa scrive, in effetti, il suo discorso “in favore dell’eguaglianza come valore giuridico” è “condotta attraverso un esercizio di analisi concettuale”. Un “esercizio di analisi concettuale” che, nello specifico, nonostante proponga di dissezionare, individuare e distinguere la “varietà di significati e di funzioni che il principio di eguaglianza può assumere”, non nasconde, in nessun modo, la scelta politica di riscattare il valore dell’eguaglianza dal punto di vista giuridico da attacchi (essi stessi politici anche quando si pretende siano asetticamente adiafori) dei quali sempre più spesso è (stato) fatto bersaglio.

Il pensiero giusfilosofico di Letizia Gianformaggio combacia con quello di Uberto Scarpelli, suo maestro, così come con quelli di molti filosofi italiani e non del diritto di indirizzo analitico. Per quanto riguarda quelli italiani, da citare sono certamente Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli; sul piano internazionale, invece, vanno innanzitutto citate l’opera di Hans Kelsen, filosofo teorico della democrazia e filosofo del diritto internazionale, e forse anche più significativamente, teorico della dottrina pura del diritto.

2.1.5 Il contributo del dibattito teorico alla scienza giuridica

Tuttavia, il dibattito filosofico sull’uguaglianza ha trovato il suo punto di congiunzione nell’elaborazione giuridica e costituzionale. La tradizione liberale e neo illuminista ha rischiarato il tema, assumendolo come divisivo nel faticoso cammino di riscatto delle società arcaiche e di tardo impronta feudale e dirigista.

L’*incipit* della Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 è un modello esemplare, in questo senso:

Tutti gli uomini sono di natura egualmente liberi e indipendenti, e hanno alcuni diritti innati, di cui, entrando nello stato di società, non possono mediante convenzione privare o spogliare la loro posterità; cioè, il godimento della vita, della libertà, mediante l’acquisto ed il possesso della proprietà, e il perseguire e ottenere felicità e sicurezza.

Medesimo l'approccio della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, fondamento filosofico e giuridico della rivoluzione francese. Ebbene, gli cui articoli 1 e 6 pongono con solennità il tema e lo risolvono attraverso una precettazione che non lascia spazio alle differenze:

Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune... La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno il diritto di concorrere personalmente o per mezzo di loro rappresentanti alla sua formazione. Essa deve essere la stessa per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici, secondo la loro capacità e senz'altra distinzione che quelle della loro virtù e del loro ingegno.

La Dichiarazione del 1789 è ancora più interessante, poiché, oltre ad introdurre un criterio generale indifferenziato, fa esordire temi del tutto inusuali ed osteggiati dai tempi: quelli del lavoro e del loro libero accesso senza altre distinzioni possibili se non quelle della loro virtù e del loro ingegno.

Ecco, in tale specificazione si annida, sul piano giuridico, il primo nucleo a mezzo del quale impostare una discussione sulle uguaglianze che tengano in massimo conto anche le differenze (le *virtù* e l'*ingegno*).

CAPITOLO II

UGUAGLIANZA E DIFFERENZA DI GENERE

1 Dibattito di genere nella riflessione filosofica

1.1 Uguaglianza nel dibattito di genere

Il principio di uguaglianza, per come articolato in seno alla Carta Costituzionale, merita considerazioni ulteriori.

Se è vero che la Costituzione ha inteso solennizzare che gli uomini nascono liberi ed uguali, a prescindere dalle razze, dai generi, dalle religioni, da orientamenti politici o sessuali, è altrettanto necessario rilevare che l'uguaglianza non allude ad alcuna forma di massificazione delle persone, ma piuttosto ad un criterio che tende a valorizzarne l'unicità e la loro escatologica differenza. In questo senso, precise sono le parole della prof.ssa Cartabia:

L'uguaglianza evocata dall'art. 3 della Costituzione va correttamente intesa sia come libertà dalle discriminazioni, sia come diritto alla diversità ed alla differenza. Dopo tutto, una delle sfide più complesse della nostra epoca è quella di eliminare le discriminazioni senza sacrificare la diversità. Preservare ad un tempo le identità e le differenze senza perpetuare discriminazioni e svantaggi a carico dei gruppi deboli è un'impresa paragonabile alla quadratura del cerchio⁴⁶.

⁴⁶ M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di uguaglianza e non discriminazione*, in Ead, *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011.

In questo senso, il principio di uguaglianza è, in qualche modo, lo stigma ermeneutico più elevato e complesso iniettato nel nostro ordinamento giuridico. Si consideri che l'uguaglianza, per un lungo tratto di storia, è rimasta chiusa in una dimensione puramente filosofica o concettuale, mentre il diritto positivo la riconduceva ai privilegi accordati a sparute *èlites*. In altri termini, e per paradosso, l'uguaglianza coincideva, secondo quei modelli, nell'affermazione di un privilegio e non nella stratificazione di un diritto. Con la conseguenza che la vera uguaglianza coincideva con la discriminazione, perseguita a norma di legge.

Sotto altro verso, occorre considerare che l'uguaglianza, in quanto valore immateriale e culturale, costituisce un percorso *in fieri*, mai definito e chiuso. Ed invero, la sua puntualizzazione e la sua stessa valenza trovano precisazione e/o mutazione con lo scorrere del tempo, delle tecnologie, della cultura, dei ritorni. In questo senso, è possibile che l'uguaglianza, ancorché asserita, possa rimanere ostaggio di ignoranza, pregiudizio, incoscienza, vanità, oppure venire emendata dalla formazione di nuove tecniche e nuovi saperi. Sotto tale profilo, è interessante l'evoluzione, non solo tecnica, ma anche linguistica che il concetto ha conosciuto nel tempo. Ad esempio, è certamente più invalso l'utilizzo dell'espressione "non discriminazione"⁴⁷, ritenuta più efficace e meglio orientata rispetto agli obiettivi perseguiti. Non solo, ma dal punto di vista tecnico, la tendenza, anche in ambito internazionale, va nella direzione di specificare i dettagli della non discriminazione, evitando di rimettere all'interprete il modo ed il tempo della traduzione del principio generale in fatto reale. Sul punto, è stato specificato che:

La più recente legislazione europea in tema di eguaglianza non si accontenta di qualche scarso principio fondamentale da modularsi secondo le evenienze e le esigenze del fatto; essa predilige piuttosto una ricca articolazione legislativa, volta ad individuare per ogni situazione di potenziale diseguaglianza lo strumento più appropriato di protezione giuridica. L'*equality act* britannico, ad esempio, consta di una dettagliatissima sequenza di previsioni normative che mirano a confezionare la regola più adeguata per ogni tipo di discriminazione sesso, razza, religione, opinioni politiche, disabilità, età, etc.,

⁴⁷ *Ibidem*.

in ogni tipo di situazione sociale scuola, lavoro, accesso ai pubblici servizi, famiglia, etc. Analogamente, ancorché più sobrio, è l'approccio delle direttive europee sulla non discriminazione: una molteplicità di regole, differenziate da caso a caso, corredate di nuovi strumenti antidiscriminatori, di nuove tipologie di divieti di discriminazione e di una lunga lista di eccezioni alle regole prestabilite. Frutto di questo approccio sono veri e propri «codici antidiscriminazione» che caratterizzano la nostra epoca e la conseguente nascita di un nuovo ramo del diritto: il diritto delle non discriminazioni, appunto.⁴⁸

Da qui la necessità di adeguare, con frequenza, i paradigmi dell'uguaglianza e vagliarli alla luce delle realtà che mutano e si evolvono. «Affermare che due persone o cose sono eguali non significa che esse siano identiche sotto ogni punto di vista, descrittivo o prescrittivo; non esistono infatti due persone o cose che siano identiche sotto ogni punto di vista»⁴⁹.

Il passo decisivo per ottenere una giusta analisi giusfilosofica è rappresentato dalla presa di coscienza che il termine «uguaglianza» è sia descrittivo che prescrittivo. È descrittivo sulla base, per l'appunto, di criteri descrittivi (razza, sesso, credenze religiose ecc.), classi di soggetti eguali; è prescrittivo, poiché disciplina normativamente in che modo debbono essere trattati tutti gli individui che appartengono ad una classe determinata.

1.1.2 Discriminazione di genere e orientamenti sessuali

Ma v'è di più. Le evoluzioni sociali hanno imposto una disarticolazione dell'approccio tradizionale, introducendo questioni che non attengono, strettamente, al sesso, ma, piuttosto, agli orientamenti sessuali. Scrive ancora Marta Cartabia:

Negli anni più recenti, il successo dei «gender studies» e delle «gender theories», che attribuiscono sempre minore significato al fatto in sé della differenza di sesso, hanno impresso una decisa virata del dibattito pubblico verso le tematiche delle discriminazioni sulla base del gender e dell'orientamento sessuale. Nell'ambito di queste più recenti

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ P. WESTEN, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

concezioni la stessa nozione di differenza sessuale appare un pezzo di repertorio ormai obsoleto. Ecco allora che l'agenda politica risulta dominata da nuove problematiche connesse alle differenze sessuali: da un lato la tematica dell'identità di genere, con particolare riferimento ai diritti delle persone LGTB (Lesbian, Gay, Transsexual and Bisexual); e dall'altra quella del divieto delle discriminazioni sulla base dell'orientamento⁵⁰.

Trovano posto, in questo nuovo spazio, i temi dei diritti genitoriali in seno alle coppie omologhe, i diritti matrimoniali, quelli successori, quelli patrimoniali. In questa ottica, la specificazione costituzionale fornita dalla riforma dovuta alla L.C. n. 1/2003, secondo cui “la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra uomini e donne” (il riferimento è all'accesso agli uffici pubblici ed alle cariche elettive), appare, paradossalmente, testimonianza di un mondo sepolto dalle polveri della storia. In questo senso, ne conclude la Cartabia, “l'attuale prevalente approccio al «gender» sta conducendo i nostri sistemi giuridici verso una concezione dell'io «disincarnato», o meglio «un-encumbered»”⁵¹.

Tale nuovo taglio metodologico ha consentito di considerare che:

Sesso indica il fenomeno empirico e la condizione naturale (intesa in senso biologico) della differenza fisica uomo/donna (si parla di differenza sessuale); gender indica la rappresentazione psicologico simbolica, il condizionamento sociale e la costruzione storico culturale dell'identità maschile/femminile (a prescindere dalla considerazione della natura)⁵².

2 Genere e sessualità nel diritto

Sul piano normativo, tale dato ha osservato precise evoluzioni, al più alto livello, soprattutto nelle Carte Europee. Ad esempio, nell'ordinamento dell'Unione europea il riferimento all'orientamento sessuale trova posto sin dal Trattato di Amsterdam del 1997 e specificazione in seno all'art. 19 (ex 13 TCE) TFUE del

⁵⁰ M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di uguaglianza e non discriminazione*, cit., p. 419.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² L. PALAZZANI, *Identità di genere?*, San Paolo edizioni, Torino, 2007.

Trattato di Lisbona, nonché nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove sono tipizzati alcuni divieti di discriminazione, tra cui quello basato sul sesso e sull'orientamento sessuale. In questa ottica, ha un evidente rilievo giuridico, ma anche sociologico, la circostanza che la norma unitaria abbia inteso distinguere i due livelli (sesso ed orientamento sessuale), facendone oggetto di specifica e distinta tutela. Interessante, sul punto, è il risalente e, devi dirsi, acuto sguardo della Corte Costituzionale che, in riferimento alla legge 164/1982, concernente la rettifica dei dati anagrafici, ha avuto modo di registrare un "concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che (...) viene conferito rilievo non più esclusivamente ad organi genitali esterni (...) ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale"⁵³. Illuminante, sul punto, è, ancora, l'intervento della Corte Europea dei diritti dell'uomo che, a proposito dell'ordinamento inglese che, per un verso consentiva la mutazione chirurgica del sesso e, dall'altra, vietava la rettifica anagrafica, ne ha certificato la contraddittorietà (Caso Goodwin)⁵⁴. Epicentro della decisione è, tuttavia, un elemento ancora più pervasivo e penetrante rispetto a quello strettamente sessuale, e cioè l'art. 8 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, che riconosce il diritto al rispetto della vita privata ed all'autodeterminazione. Su questa scia, si è registrata una sorta di detronizzazione del corpo, non più strumento di elezione del sesso e delle scelte correlate. Sul punto, interessanti sono la legislazione Germanica, sul diritto al cambio del nome e quella Inglese o Spagnola sul diritto alla mutazione anagrafica del sesso, in assenza di mutazione chirurgica⁵⁵.

Ovviamente, fanno da sfondo a tali nuovi modelli di riflessione, le già inverate affermazioni di diritto a proposito del riconoscimento delle unioni civili e del loro netto avvicinarsi ai titoli matrimoniali. Quanto a quest'ultimo tema, il dibattito è vivo e vivace e tiene conto della particolare scrittura del nostro articolo 29 della Costituzione. Sul punto, la Corte Costituzionale ha escluso l'equiparabilità delle

⁵³ Sentenza della Corte Costituzionale n. 161/1985.

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2002, Christine Goodwin, n. 28957/95. In proposito si veda L. Trucco, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.* 2003, 371 ss.

⁵⁵ Gender Recognition Act 2004.

coppie omosessuali alla famiglia. Ciò in riferimento all'art. 29 della Costituzione, nel quale è iscritto un preciso ed inequivoco "il paradigma eterosessuale del matrimonio"⁵⁶. Medesimo l'approccio della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, che ha escluso un diritto comunitario al matrimonio omosessuale sulla base degli artt. 8 e 12 della C.E.D.U., avendo rilevato l'ammissibilità, da concedersi alla libertà degli Stati. La stessa sentenza ha tuttavia riconosciuto il diritto delle coppie di fatto di ricevere un trattamento analogo a quello matrimoniale⁵⁷.

Un caso concettualmente inverso, ma certamente non trascurabile in ottica nomofilattica, è il tema del pensionamento anticipato delle donne, in Italia già ammesso a 60 anni, in anticipo a quanto previsto per gli uomini, 65 anni. Ebbene, mentre la Corte Costituzionale⁵⁸ ha considerato legittima la disposizione normativa, in quanto tesa a garantire alla donna lo svolgimento delle plurime funzioni cui è chiamata, la Corte di Giustizia Europea⁵⁹ ne ha ravvisato il tono paternalistico e, in definitivo, antitetico, in danno del genere maschile, ai principi di uguaglianza.

Posto quanto sopra, è utile soffermarsi sul tema delle uguaglianze non formalizzate, unico idoneo a registrare le ricadute sui modelli sociali, politici, etici, giuridici e filosofici.

Occorre premettere che il termine uguaglianza è stato assunto così nella sua valenza descrittiva, come in quella prescrittiva⁶⁰. Nel primo caso, esso è chiamato ad individuare, sulla base di criteri descrittivi (razza, sesso, credenze religiose, provenienze, appartenenze, etc.), classi di soggetti eguali; nel secondo caso, esso definisce, sul piano giuridico, il trattamento spettante a tutti gli individui che appartengono ad una classe determinata⁶¹.

⁵⁶ Sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2009.

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Caso Schalk and Kopf vs Austria*.

⁵⁸ Si vedano ad esempio le ordinanze della Corte costituzionale n. 703 del 9 giugno 1988 e n. 576 del 28 dicembre 1990.

⁵⁹ Corte di giustizia europea, decisione 13 novembre 2008, C-46/07, Commissione contro Repubblica Italiana.

⁶⁰ A. SCHIAVELLO, *Il principio di eguaglianza*, cit.

⁶¹ *Ibidem*.

2.1 Il valore pedagogico degli studi di genere

Anche il dibattito sull'uguaglianza legata al genere ha affrontato il tema della compatibilità tra principio di uguaglianza e politica delle differenze. Letizia Gianformaggio⁶², una delle pensatrici più acute ed attente ai percorsi concettuali sul tema, ebbe modo di affermare che “come né la politica della differenza neghi l'uguaglianza, né il principio di uguaglianza dimentichi le differenze”.

In ottica ancora più complessa, la stessa autrice ha annotato che:

La valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio. Essa richiede infatti che proprio in nome dell'eguaglianza dei diritti fondamentali si conduca una lotta nei confronti dell'oppressione di individui e gruppi; che finalmente si consideri violazione del principio giuridico dell'eguaglianza l'oppressione oltretutto la mera discriminazione, o addirittura l'oppressione anziché la discriminazione⁶³.

Il tema si è interfacciato, ovviamente, con la veemente mutazione delle società contemporanee, in cui, prepotenti, si sono affacciati e, nel tempo, affermati, diritti in precedenza sconosciuti o, addirittura, negletti o reputati valorialmente contrari. Si pensi, in particolare, alla magistrale evoluzione del ruolo femminile, riflesso di una consapevolezza culturale ed identitaria che, nonostante le spinte repulsive e le decise contrarietà dell'*establishment* dominante, ha attraversato l'intera storia dell'ultimo cinquantennio.

Il fenomeno ha trovato matrice e radice in sé, ovvero in un percorso di autocoscienza che si è liberato dal corpo vivo delle società ed in esse ha trovato il suo seme fecondante. Vi hanno concorso le riflessioni dell'universo intellettuale, le osservazioni del mondo politico, le battaglie di matrice generazionale, l'originalità dei contributi dell'arte. Non si è registrato, al contrario, un analogo percorso di asserzione in seno al mondo accademico, parso sordo o tardivo rispetto alle urgenze del tema. Ed

⁶² L. GIANFORMAGGIO, *Identity, Equality, Similarity and Law*, in *Rechtstheorie*, vol. 15, 1993, p. 90.

⁶³ *Ibidem*.

invero, è emerso, perlomeno in Italia, che le necessarie riflessioni in tema di uguaglianza di genere hanno trovato scarsa eco negli ambienti universitari. Sulla questione ha condotto un interessante studio l'Osservatorio dell'Università degli Studi di Padova denominato *gender-women's studies*, che ha inteso scandagliare i corsi, gli insegnamenti ed i moduli realizzati in ambito accademico con una prospettiva di genere. Ne è emersa un'evidenza insufficiente dell'approccio accademico e, in seno a tale insufficienza, un'ampia disparità tra facoltà scientifiche e facoltà umanistiche.

Nelle prime, l'ottica di genere è risultata essere praticamente assente, salvo che per la facoltà di medicina dove, tuttavia, la questione si è legata quasi esclusivamente a discipline ovviamente connesse, quali ginecologia, ostetricia e medicina legale. Tra le seconde, la facoltà di scienze politiche è quella che ha manifestato maggiore interesse, seguita da lettere e filosofia, lingue e letterature straniere, scienze della formazione, economia e giurisprudenza. Nelle due ultime facoltà gli insegnamenti in ottica di genere, tuttavia, si sono circoscritti, prevalentemente, sulla dimensione socio-lavorativa delle donne, mancando al contrario di scrutinare i profili culturali e filosofici d'insieme. La ricerca dell'Università di Padova, risalente all'anno 2007, ha confermato una significativa differenza tra la realtà Italiana e quella Anglosassone, in cui i *gender e women's studies* si sono radicati già negli anni settanta.

Né la situazione è mutata *in melius*. Elisabetta Moro, in un articolo apparso l'11.10.2019⁶⁴, scrive che

Ben diversa è la situazione negli Stati Uniti e nei Paesi anglosassoni dove questi studi vantano una tradizione accademica duratura. Nel Regno Unito i dipartimenti di Women's Studies o Gender Studies sono presenti in moltissime università e basta una veloce ricerca su Google per trovare una vastissima offerta di corsi in materia. In Italia non esistono dipartimenti di Studi di Genere, ma solo centri interdisciplinari di ricerca. I master e i dottorati disponibili si contano a fatica sulle dita di una mano, e non sono nemmeno così facili da individuare. Secondo un'indagine presentata all'Università di Roma Tre, nel 2012 solo 16 università pubbliche su 57 mettevano a disposizione almeno un corso in Studi di Genere ed erano 6 i master di secondo livello legati a queste materie

⁶⁴ E. MORO, *Perché non abbiamo ancora gli studi di genere all'università*, in *The Vision*, 11 ottobre 2019, disponibile al seguente link <https://thevision.com/attualita/studi-di-genere-universita/>.

(e alcuni ormai non sono più attivi). Nel 2016, invece, stando ai dati raccolti da Marta Prandelli, Ricercatrice presso l'Università di Padova, solo 24 tra le 91 università pubbliche e private presenti in Italia proponevano corsi legati al genere. La situazione è sconcertante, soprattutto se si pensa che in Europa l'attenzione a questi studi è in crescita con i Paesi del Nord a fare da apripista, seguiti da Germania e Francia, mentre l'Unione stessa incentiva la creazione di cattedre per l'insegnamento di queste materie.

Spiega ancora Elisabetta Moro che gli “studi di genere” hanno potuto avere ingresso nelle università italiane solo a seguito della riforma del 1999, che ha schiuso a forme decise di autonomia degli ordinamenti disciplinari, con trent'anni di ritardo.

In qualunque caso, la scarsa diffusione degli studi di genere in ambito accademico costituisce un deciso *vulnus* al processo di allineamento culturale del disagio di genere. Ciò per le evidenti connessioni che il pensiero di matrice accademica ha con quello che si sviluppa in seno alla società. Dice Elisabetta Moro:

La forte presenza di studiosi universitari che si occupano di una determinata materia ha, infatti, da sempre influenzato la visibilità e il fervore culturale a essa collegati. Di conseguenza, lo scarso impegno delle istituzioni universitarie nell'ambito degli Studi di Genere priva il dibattito su questi argomenti (al giorno d'oggi sempre più acceso) di un ulteriore grado di approfondimento che potrebbe derivare dalla presenza sul territorio di docenti, ricercatori e studenti specializzati in tale settore”⁶⁵.

Né tale ritardo chiude il cerchio delle conseguenze in sé. È del tutto evidente che la carenza di dibattito, addirittura in seno alle istituzioni di alta formazione, induce, a cascata, una scarsa propensione nella società civile, soprattutto in riferimento ai rischi corrosivi, se non addirittura criminali, che il tema racchiude. In questo senso, è stato precisato che:

L'Unione Europea è chiara nel sottolineare il ruolo fondamentale dell'istruzione nel promuovere la parità di genere e in quest'ottica incentiva lo sviluppo dei Gender Studies come strumento di miglioramento sociale”. Quanto sopra, dopo aver sottolineato “il valore sociale di tali studi che si collegano a importanti tematiche quali la

⁶⁵ *Ibidem*.

configurazione e il rapporto tra i generi e gli orientamenti sessuali, la lotta alle discriminazioni e alla violenza di genere, le pari opportunità, la tutela e i diritti delle minoranze di genere⁶⁶.

Eppure, il corpus delle riflessioni promanate dalle lotte di liberazione femminile, avviate negli anni sessanta, ha prodotto esiti di sicuro rilievo, soprattutto negli Stati Uniti. Si è infatti affermata, accanto ad una sociologia del femminismo, anche una “teoria giudica femminista”⁶⁷, che ha esplorato molteplici prospettive, dal ruolo del diritto quale strumento per dirimere le differenze discriminatorie ai danni delle donne, alla critica del carattere “sessuato” delle norme giuridiche - costruite in base a modelli, categorie e valori prevalentemente maschili e quindi incapaci di rispecchiare la visione e gli interessi delle donne - fino ad un radicale scetticismo rispetto alla funzione emancipativa del diritto, nella convinzione che gli interessi delle donne possono meglio essere tutelati dalla riduzione della regolazione giuridica.

Tuttavia, il tema delle discriminazioni di genere, allo scopo di non dare adito a confusioni e/o approcci fuorvianti o riduttivi, ha provato a sottrarsi alla banale asserzione delle differenze di ordine biologico, ma ha inteso spaziare in tutti gli ambiti in cui l'essere donna può costituire fattore di discriminazione: dalle differenze di classe a quelle di cultura, da quelle di razza, a quelle di culto. In altri termini, si è inteso evitare di assumere, quale parametro di riferimento, quello della donna bianca, occidentale, eterosessuale, di classe media, laica o di religione cristiana⁶⁸.

3 Una nuova chiave di lettura degli studi di genere: la bioetica

Vi è tuttavia un ulteriore e più specifico livello in cui la riflessione filosofica applicata all'universo dei diritti di genere ha fornito chiavi di lettura più articolate. È quello della bioetica. È stato annotato che:

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ L'espressione “teorie femministe del diritto” compare per la prima volta in Scales (1981).

⁶⁸ C. FARALLI, *Women's studies e filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, pp. 297-312.

Uno dei fattori che influenzano la bioetica è la voce morale delle donne [...], la filosofia femminista del prendersi cura degli altri. Le implicazioni nella bioetica di un'etica del prendersi cura appaiono rivoluzionarie, in quanto tendono a correggere il predominio di un orientamento esclusivamente razionalistico del ragionamento bioetico⁶⁹.

Questo rilievo ha consentito di estendere il campo visivo in cui è possibile apprezzare il ruolo delle donne nelle società, non essendo appagante considerare le persone “quali atomi possessori di diritti, libertà e obblighi, come avviene per lo più nelle prospettive più influenti in bioetica, quali l'utilitarismo, il principlismo, la teoria della legge naturale”⁷⁰.

Il tema ha strette implicazioni nel mondo del diritto, soprattutto quella parte attraversata da imperiose ed inestinguibili connotazioni bioetiche che vedono la donna quale epicentro del sistema valoriale. Si pensi, ad esempio, alle problematiche legate alla procreazione (aborto e fecondazione artificiale), all'eutanasia e all'impatto delle nuove tecnologie sull'ambiente. Ebbene, tali questioni trovano una diversa connotazione, se osservate secondo il punto di vista - che è etico, bioetico e filosofico delle donne, piuttosto che secondo un criterio freddamente razionale, qual è quello imposto dal diritto dominante. In questi termini, la riflessione in materia di procreazione si differenzia profondamente dalle tesi razionalistiche, “per riconoscere direttamente alla donna e al contesto delle sue relazioni la capacità morale di scegliere responsabilmente”⁷¹. Lo sguardo femminile, pertanto, si dilunga, in termini di consapevolezza e determinazione bioetica, anche riguardo a pratiche quali la fecondazione eterologa, la surrogazione di maternità e le manipolazioni genetiche, proprio nella donna infondendosi la massima parte delle questioni morali correlate, anche in termini di diagnosi preconcezionale e prenatale.

Anche in materia ambientale si è posto il tema delle uguaglianze e delle differenze. In particolare, è stata ravvisata una sorta di simmetria logica, etica e

⁶⁹ W. REICH, *La lotta sessuale dei giovani*, Pgreco, Lewisburg, 1972.

⁷⁰ C. FARALLI, *Women's studies e filosofia del diritto*, cit., p. 304.

⁷¹ Ivi, p. 305.

teleologica tra cultura del dominio verso la natura e cultura del dominio verso la donna. Osserva Carla Faralli che:

La riflessione ecofemminista, in particolare, assume come portante concettuale che vi sia una profonda e non accidentale connessione tra la logica di dominio espressa nei confronti delle entità naturali e la logica di sottomissione delle donne perseguita nelle società patriarcali. La medesima logica di dominio favorisce ed esprime un sistema di oppressione che legittima ad un tempo la subordinazione della donna e della natura, giustificando in modo arbitrario lo sfruttamento e il dominio di entrambe. L'ecofemminismo, sebbene originato da alcune premesse concettuali comuni e condivise, comprende al suo interno un'ampia differenziazione di scuole e posizioni teoriche ed esprime attenzione per una differente molteplicità di tematiche connesse alla logica di dominio (di volta in volta concettuali, storiche, simboliche, epistemologiche), rispetto alle quali appare necessario un maggiore sforzo di sistematizzazione teorica ed una maggiore attenzione ai reali esiti pratici e alle possibili conseguenze trasformative sul piano etico, ambientale e sociale⁷².

4 Nuovi spunti di riflessione: il multiculturalismo

V'è un ulteriore ambito di riflessione filosofica e giuridica emersa nell'ultimo decennio. Essa riguarda il multiculturalismo costituitosi a seguito dei corposi flussi migratori che si sono registrati, sia nella loro dimensione legalizzata, sia nella loro dimensione, non meno impattante, clandestina. Anche in riferimento a tale tema, ci ricorda Carla Faralli, l'ottica di genere appare particolarmente significativa. In fondo, multiculturalismo e femminismo hanno, in qualche misura, avuto un cammino comune, soprattutto con riferimento alla durissima battaglia

Per il riconoscimento, tutela e valorizzazione delle diversità e delle identità specifiche (rispettivamente di genere e di cultura) contro le culture e le istituzioni dominanti, caratterizzate per il femminismo... dal dominio maschile e per il

⁷² Ivi, p.306.

multiculturalismo da quello della maggioranza o dei gruppi con maggior potere economico e politico⁷³.

Tuttavia, la maggiore complessità del cammino di riflessione al femminile ha procurato una sostanziale distinzione de due processi. Quanto alle donne, il femminismo ha avuto modo di affermare e rivendicare il dovere ed il diritto alle differenze culturali e sociali tra le donne, evitando così di non incorrere nel vizio contro cui si erano battute, ovvero la creazione di un soggetto universale, modellato sui caratteri del gruppo dominante occidentale, dovendo invece perseguire, per asserire un autentico diritto all'uguaglianza, le differenze di classe, di cultura, di razza, di religione tra le donne. Interessanti, in questo senso, sono le distinzioni rivendicate dall'universo del pensiero critico di colore in America⁷⁴ in relazione, come dice Carla Faralli, alla complessa situazione provocata dalle forze combinate di razzismo e sessismo.

In questa ottica, ancora più tenacemente è stata avversata la tendenza del pensiero multiculturalista di praticare una ragione di uguaglianza, prescindendo dalle variegata identità e matrici culturali che lo connotano, sino ad asserire "l'incompatibilità e l'opposizione di fondo tra femminismo e multiculturalismo"⁷⁵.

Nella realtà, il tema della parità di genere, in quanto proiettato a fissare un criterio paritario nella sconfinata mole delle differenze che la vita reale presenta, richiede un approccio costantemente aggiornato e finalisticamente innovativo. Nella realtà, aver consolidato, anche in ambito giusfilosofico, il principio per il quale nessuna uguaglianza può prescindere dall'esaltazione della differenza, mette in gioco la stessa credibilità del pensiero sulla questione e, soprattutto, disarticola le soluzione che, di volta in volta, vengono sperimentate, sia sul terreno logico, sia su quello metodologico, sia, infine, su quello del diritto positivo.

⁷³ Ivi, p. 307.

⁷⁴ K. CRENSHAW, *Say Her Name: Resisting Police Brutality Against Black Women*, African American Policy Forum, Center for Intersectionality and Social Policy Studies, 2016, p. 140.

⁷⁵ S. MOLLER OKIN, *Is multuculturalism bad for women?*, in AA. VV., *Is multuculturalism bad for women?*, Princeton University Press, 2000, pp. 7-24.

Il tema è stato di recente sintetizzato da Thomas Casadei nel suo “Parità e (dis)parità: dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria”. Ebbene, in questo lavoro l’autore scandaglia i principali temi che avvincono il dibattito sulle discriminazioni, soffermandosi in particolare sulla questione degli stereotipi e delle discriminazioni di genere, sul tema della democrazia paritaria, come auspicato approdo del patrimonio di lotte e rivendicazioni al femminile e, infine, sul tema del costituzionalismo contemporaneo, investigato in un’ottica di genere, nel malcelato intento di richiamare ad una positivizzazione giuridica del pensiero, quale unico sbocco per la pacificazione degli opposti e resistenti interessi.

CAPITOLO III

PATRIARCATO E ISTITUZIONI GIURIDICHE

1 Il contributo della riflessione femminista

1.1 Valorizzazione delle differenze e revisione delle uguaglianze

Letizia Gianformaggio capovolge il luogo comune della necessità di definire criticamente l'eguaglianza giuridica, e nei suoi scritti la filosofa si chiede, in maniera retorica, se la revisione delle disuguaglianze e, in particolare, la valorizzazione delle differenze obblighino davvero a un superamento dell'eguaglianza e non invece a una sua forte riaffermazione.⁷⁶

La valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio. Essa richiede [...] che proprio in nome dell'eguaglianza dei diritti fondamentali si conduca una lotta nei confronti dell'oppressione di individui e gruppi; che finalmente si consideri violazione del principio giuridico dell'eguaglianza l'oppressione oltreché la mera discriminazione, o addirittura l'oppressione anziché la discriminazione.⁷⁷ La non eguaglianza è, di fatto, il motore del patriarcato.

⁷⁶ T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 27, 2006, p. 399-420.

⁷⁷ L. GIANFORMAGGIO, *Identity, Equality, Similarity and Law*, cit., p. 90.

1.2 Femminismo: tipologie, differenziazioni, obiettivi raggiunti

La predisposizione di una efficace tutela giuridica contro gli stereotipi di genere va di pari passo con l'esigenza di superare alcune contrapposizioni che da tempo ostacolano la possibilità di uno sacrificio comune per il raggiungimento della piena emancipazione delle donne: contrapposizioni come, in particolare, quella tra femminismo dell'eguaglianza e femminismo della differenza o, ancora, quella tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale.

Per potere bene approfondire e capire cos'è il femminismo dell'uguaglianza e il femminismo della differenza è indispensabile capire cos'è e come nasce il femminismo.

Nella seconda metà dell'Ottocento assistiamo a un vero e proprio cambiamento dello status della donna, tramite un movimento organizzato da donne, le quali insieme lottavano per la conquista dei diritti.

L'inizio di questo movimento viene fatto risalire alla prima Women's Rights Convention (a Seneca Falls, vicino a New York) del 1848. Conseguimento di conquiste pratiche di grande rilevanza: il diritto di voto, l'uguaglianza giuridica, l'accesso all'educazione superiore e alle libere professioni e ad altri importanti diritti sociali e civili. La prima ondata del movimento femminista fu caratterizzata dal cosiddetto "femminismo dell'uguaglianza". Le rivendicazioni riguardavano la conquista di uno statuto di uguaglianza rispetto alle identità, ai diritti e alle prerogative del soggetto maschile

La principale femminista della prima ondata fu Mary Wollstonecraft, la quale pubblica nel 1792 un lavoro sullo stesso tema, intitolato "Una Rivendicazione dei diritti della donna":

È un libro rivolto al pubblico femminile ed spera in una nuova rivoluzione, di tipo culturale e pedagogico, che rappresenti il naturale completamento dei moti rivoluzionari. In una lotta per i diritti della donna, il mio argomento principale si fonda su questo semplice principio: che la donna, se non viene preparata dall'istruzione (...)

fermerà il progresso del sapere e della virtù; perché, o la verità deve essere comune a tutti, o il suo influsso sulla condotta sarà inadeguato⁷⁸.

Una significativa parte del lavoro è dedicata all'*Emile* di Rousseau. Il modello descritto intende rappresentare un manifesto educativo per l'emancipazione dell'uomo moderno e Mary Wollstonecraft ne condivide gli intenti, ma mette in evidenza il limite più rilevante dell'opera: essa esclude categoricamente le donne. Rousseau, difatti, scrive:

L'uomo e la donna sono fatti l'uno per l'altra, ma la loro mutua dipendenza non è eguale: gli uomini dipendono dalle donne soltanto per i loro desideri; le donne dipendono dagli uomini per i loro desideri e i loro bisogni; potremmo noi vivere meglio senza di esse che esse senza di noi. [...] Tutta l'educazione delle donne deve essere sempre relativa agli uomini. Piacere a noi uomini, esserci utili, farsi amare ed onorare da noi, allevarci da giovani, curarci da grandi, consigliarci, consolarci, renderci la vita piacevole e dolce: ecco i doveri delle donne in tutti i tempi, e quello che si deve insegnar loro fin dall'infanzia. [...] Educate le donne come gli uomini e quanto più rassomiglieranno al nostro sesso, tanto minore sarà il potere che avranno su di noi⁷⁹.

A questa argomentazione, Mary Wollstonecraft replica “È proprio questo il punto a cui io miro. Io non mi auguro che le donne abbiano potere sugli uomini, ma su se stesse”⁸⁰. I principi educativi dell'*Emilio* conservano la loro validità solo se vengono estesi alle donne.

Per quanto attiene, invece, il femminismo della differenza, le donne di questa nuova generazione ritengono che, per risolvere problemi di ingiustizia e disparità, il liberalismo e il socialismo non bastino più e che la risposta debba essere più radicale. La radicalizzazione viene realizzata attraverso la formulazione di un discorso centrato non più sull'uguaglianza, ma sulla differenza tra uomo e donna. Un filone importante di questa nuova ondata prenderà il nome di “pensiero della differenza sessuale”.

⁷⁸ M. WOLLSTONECRAFT, *Rivendicazione dei diritti della donna* (1792), Caravan edizioni, Roma, 1792, 2013, p. 73.

⁷⁹ J. ROUSSEAU, *Emile* (1762), Mondadori, Milano, 2004, p. 617.

⁸⁰ M. WOLLSTONECRAFT, *Rivendicazione dei diritti della donna*, cit., p. 152.

Intorno alla metà del '900, nonostante le molteplici battaglie del cosiddetto "primo femminismo" mirate al raggiungimento di obiettivi, quali la figura della donna nella società esattamente come l'uomo, la donna in politica, la donna nel mondo del lavoro, la rappresentazione della donna continuava a essere collocata quasi esclusivamente in una dimensione domestica ed anzi, a partire dal secondo dopoguerra, i mass media iniziano a trasmettere l'immagine della donna bianca casalinga come un vero e proprio status symbol, dal quale, naturalmente, attingere e nel quale doversi rispecchiare.

Il carattere razzista dell'immaginario patriarcale sarà rimarcato con forza dal femminismo nero. Il patriarcato, dunque, si perpetua all'interno della società, in cui il massimo grado di realizzazione femminile si realizza nell'astensione dal lavoro e nella cura della famiglia e della casa. Casa e famiglia, difatti, diventano l'unico scenario del quale può far parte la donna.

Agli inizi degli anni Sessanta, la vita familiare è rappresentata dai media e dalle cronache come un riparo, nel quale le donne possano vivere per sottrarsi ad una faticosa e inutile competizione con gli uomini ed alle fatiche del lavoro fuori casa, garantendo loro un'esistenza 'gradevole' ed una cerchia di rassicuranti amicizie, costituita soprattutto dalle donne della stessa classe sociale, con cui ci si può scambiare idee. Il rapporto asimmetrico tra marito e moglie, quando anche non determina insopportabili violenze all'interno della famiglia, assai frequenti anche all'epoca, finisce per condizionare i rapporti tra gli uomini e le donne nella società sotto ogni aspetto. Dunque, da un lato un'uguaglianza formalmente stabilita, ossia sul piano formale un'adeguatezza superficiale della norma verso le esigenze reali e concrete delle donne. Dall'altro, uno scenario sbagliato, che contemplava un malessere interiore col quale le donne dovevano convivere, sopportando una condizione innaturale che non permetteva loro di vivere con libertà e dignità.

Il rapporto che intercorreva tra giustizia, genere e famiglia è il centro della riflessione di Okin, nell'opera "Justice, Gender, and the Family". Nell'opera il filo conduttore è la tolleranza verso le ingiustizie perpetuate all'interno della famiglia già negli autori classici della modernità, quali Rousseau, il quale narra l'adeguatezza dei mariti per la tutela dei diritti delle mogli e Hume, che ritiene la giustizia un modello

inappropriato per l'istituzione familiare. Nel 1949, alla vigilia del decennio, Simone de Beauvoir pubblica un volume, "Il secondo sesso", che segna un vero e proprio punto di svolta, e, sotto tanti aspetti, di partenza per la riflessione femminista. "Il secondo sesso" è l'affresco della condizione della subordinazione femminile. L'autrice elenca le diverse spiegazioni che ne sono state date, ma le smentisce una per volta.

La prima, la spiegazione biologica, colloca il motivo della subordinazione femminile nel ruolo che la donna ha nell'ambito della riproduzione, ma questo non comporta, secondo De Beauvoir, la sua automatica inferiorizzazione. Neanche la spiegazione fornita dalla psicoanalisi freudiana risulta efficace, poiché essa riduce la donna alla mera identità sessuale/anatomica.

Secondo De Beauvoir, nessun motivo biologico, psichico o economico può giustificare la condizione evidente di subalternità della donna: ciascun individuo, sia esso uomo o donna, può, in teoria, essere libero di incentrare la sua vita all'accettazione incondizionata della realtà esistente, la cosiddetta "immanenza" definita da De Beauvoir, oppure tendere alla trascendenza e modificare la realtà. Nel corso dei secoli, con l'ausilio indispensabile delle donne, il dato della differenza sessuale è stato interpretato attribuendo all'uomo la capacità di scegliere per sé la trascendenza, e relegando la donna nella sfera dell'immanenza. Quello dell'uomo è dunque "il sesso per eccellenza", il primo sesso, e quello della donna è l'altro sesso, che sarà sempre secondo ed eternamente ultimo rispetto al primo.

Qual è la soluzione che fornisce De Beauvoir rispetto alla disparità? Il primo passo utile per uscire dalla diversità intesa come inferiorità e perché la donna possa riscattarsi è l'accettazione della propria alterità. La differenza che esiste, biologicamente e anatomicamente, deve essere una differenza funzionale, che non crei gerarchie, ma che, anzi, unisca fin dove sembra sempre esserci solo odio. Tale processo non può, certamente, svolgersi secondo modalità individuali, ma deve essere un cammino collettivo, che pone obiettivi minimi già individuati dal femminismo del tardo ottocento (parità di diritti, abolizione anche ideologica dello sfruttamento,

indipendenza economica) e, soprattutto, la consapevolezza “dell’alterità” che appartiene alla donna⁸¹.

1.3 Valorizzazione delle differenze e revisione delle uguaglianze

Letizia Gianformaggio capovolge il luogo comune della necessità di definire criticamente l’eguaglianza giuridica, e nei suoi scritti la filosofa si chiede, in maniera retorica, se la revisione delle disuguaglianze e, in particolare, la valorizzazione delle differenze obblighino davvero a un superamento dell’eguaglianza e non invece a una sua forte riaffermazione.⁸²

La valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l’eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio. Essa richiede [...] che proprio in nome dell’eguaglianza dei diritti fondamentali si conduca una lotta nei confronti dell’oppressione di individui e gruppi; che finalmente si consideri violazione del principio giuridico dell’eguaglianza l’oppressione oltreché la mera discriminazione, o addirittura l’oppressione anziché la discriminazione.⁸³ La non eguaglianza è, di fatto, il motore del patriarcato.

2 Femminismo: tipologie, differenziazioni, obiettivi raggiunti

La predisposizione di una efficace tutela giuridica contro gli stereotipi di genere va di pari passo con l’esigenza di superare alcune contrapposizioni che da tempo ostacolano la possibilità di uno sacrificio comune per il raggiungimento della piena emancipazione delle donne: contrapposizioni come, in particolare, quella tra femminismo dell’eguaglianza e femminismo della differenza o, ancora, quella tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale.

⁸¹ A. CAVALIERE, *La comparsa delle donne. Uguaglianza, differenze, diritti*, Fattore Umano, Roma, 2016.

⁸² T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 399-420.

⁸³ L. GIANFORMAGGIO, *Identity, Equality, Similarity and Law*, cit., p. 90.

Per potere bene approfondire e capire cos'è il femminismo dell'uguaglianza e il femminismo della differenza è indispensabile capire cos'è e come nasce il Femminismo.

Nella seconda metà dell'Ottocento assistiamo a un vero e proprio cambiamento dello status della donna, tramite un movimento organizzato di donne, le quali insieme lottavano per la conquista dei diritti.

L'inizio di questo movimento viene fatto risalire alla prima Women's Rights Convention (a Seneca Falls, vicino a New York) del 1848. Conseguimento di conquiste pratiche di grande rilevanza: il diritto di voto, l'uguaglianza giuridica, l'accesso all'educazione superiore e alle libere professioni e ad altri importanti diritti sociali e civili. La prima ondata del movimento femminista fu caratterizzata dal cosiddetto "femminismo dell'uguaglianza". Le rivendicazioni riguardavano la conquista di uno statuto di uguaglianza rispetto alle identità, ai diritti e alle prerogative del soggetto maschile

La principale femminista della prima ondata fu Mary Wollstonecraft, la quale pubblica nel 1792 un lavoro sullo stesso tema, intitolato "Una Rivendicazione dei diritti della donna":

È un libro rivolto al pubblico femminile ed spera in una nuova rivoluzione, di tipo culturale e pedagogico, che rappresenti il naturale completamento dei moti rivoluzionari. Sostiene l'autrice: "In una lotta per i diritti della donna, il mio argomento principale si fonda su questo semplice principio: che la donna, se non viene preparata dall'istruzione [...] fermerà il progresso del sapere e della virtù; perché, o la verità deve essere comune a tutti, o il suo influsso sulla condotta sarà inadeguato"⁸⁴.

Una significativa parte del lavoro è dedicata all'*Emile* di Rousseau. Il modello descritto intende rappresentare un manifesto educativo per l'emancipazione dell'uomo moderno e Mary Wollstonecraft ne condivide gli intenti, ma mette in evidenza il limite più rilevante dell'opera: essa esclude categoricamente le donne. Rousseau, difatti, scrive:

⁸⁴ M. WOLLSTONECRAFT, *Rivendicazione dei diritti della donna*, cit., p. 73.

L'uomo e la donna sono fatti l'uno per l'altra, ma la loro mutua dipendenza non è eguale: gli uomini dipendono dalle donne soltanto per i loro desideri; le donne dipendono dagli uomini per i loro desideri e i loro bisogni; potremmo noi vivere meglio senza di esse che esse senza di noi. [...] Tutta l'educazione delle donne deve essere sempre relativa agli uomini. Piacere a noi uomini, esserci utili, farsi amare ed onorare da noi, allevarci da giovani, curarci da grandi, consigliarci, consolarci, renderci la vita piacevole e dolce: ecco i doveri delle donne in tutti i tempi, e quello che si deve insegnare loro fin dall'infanzia. [...] Educate le donne come gli uomini e quanto più rassomiglieranno al nostro sesso, tanto minore sarà il potere che avranno su di noi⁸⁵.

A questa argomentazione, Mary Wollstonecraft replica “È proprio questo il punto a cui io miro. Io non mi auguro che le donne abbiano potere sugli uomini, ma su se stesse”⁸⁶. I principi educativi dell'Emilio conservano la loro validità solo se vengono estesi alle donne.

Per quanto attiene, invece, il femminismo della differenza, le donne di questa nuova generazione ritengono che, per risolvere problemi di ingiustizia e disparità, il liberalismo e il socialismo non bastino più e che la risposta debba essere più radicale. La radicalizzazione viene realizzata attraverso la formulazione di un discorso centrato non più sull'uguaglianza, ma sulla differenza tra uomo e donna. Un filone importante di questa nuova ondata prenderà il nome di “pensiero della differenza sessuale”.

Intorno alla metà del '900, nonostante le molteplici battaglie del cosiddetto “primo femminismo” mirate al raggiungimento di obiettivi, quali la figura della donna nella società esattamente come l'uomo, la donna in politica, la donna nel mondo del lavoro, la rappresentazione della donna continuava a essere collocata quasi esclusivamente in una dimensione domestica ed anzi, a partire dal secondo dopoguerra, i mass media iniziano a trasmettere l'immagine della donna bianca casalinga come un vero e proprio status symbol, dal quale, naturalmente, attingere e nel quale doversi rispecchiare. Il carattere razzista dell'immaginario patriarcale sarà rimarcato con forza dal femminismo nero.

⁸⁵ J. ROUSSEAU, *Emile*, cit., p. 617.

⁸⁶ M. WOLLSTONECRAFT, *Rivendicazione dei diritti della donna*, cit., p. 152.

Agli inizi degli anni Sessanta, la vita familiare è rappresentata dai media e dalle cronache come un riparo in cui le donne possano vivere per sottrarsi ad una faticosa e inutile competizione con gli uomini ed alle fatiche del lavoro fuori casa, garantendo loro un'esistenza 'gradevole' ed una cerchia di rassicuranti amicizie, costituita soprattutto dalle donne della stessa classe sociale, con cui ci si può scambiare idee. Il rapporto asimmetrico tra marito e moglie, quando anche non determina insopportabili violenze all'interno della famiglia, assai frequenti anche all'epoca, finisce per condizionare i rapporti tra gli uomini e le donne nella società sotto ogni aspetto. Dunque, da un lato un'uguaglianza formalmente stabilita, ossia sul piano formale un'adeguatezza superficiale della norma verso le esigenze reali e concrete delle donne. Dall'altro, uno scenario sbagliato, che contemplava un malessere interiore col quale le donne dovevano convivere, sopportando una condizione innaturale che non permetteva loro di vivere con libertà e dignità.

Il rapporto che intercorreva tra giustizia, genere e famiglia è il centro della riflessione di Okin, nell'opera "Justice, Gender, and the Family". Nell'opera il filo conduttore è la tolleranza verso le ingiustizie perpetuate all'interno della famiglia già negli autori classici della modernità, quali Rousseau, il quale narra l'adeguatezza dei mariti per la tutela dei diritti delle mogli e Hume, che ritiene la giustizia un modello inappropriato per l'istituzione familiare. Nel 1949, alla vigilia del decennio, Simone de Beauvoir pubblica un volume, "Il secondo sesso", che segna un vero e proprio punto di svolta, e, sotto tanti aspetti, di partenza per la riflessione femminista. "Il secondo sesso" è l'affresco della condizione della subordinazione femminile.

3 Cos'è il patriarcato

Serve, in premessa, interrogarsi circa le origini ed i contenuti della c.d. società patriarcale.

La società patriarcale corrisponde al quel genere di organizzazione sociale in cui gli uomini assumono il pieno dominio di ogni sorta di potere, da quello politico a quello economico, da quello spirituale a quello familiare.

In genere, questo dominio si manifesta anche nelle linee ereditarie che, per l'appunto, vedono privilegiati i successori di sesso maschile (c.d. società patrilineare).

Ovviamente, il modello patriarcale non esclude alcun ambito per rivelare il sistema di potere. Rientra, in tale ambito, la successione dinastica, che contemplava l'obbligo di far succedere al potente (Re, imperatore, Duca, Conte, etc.) l'erede diretto, purché maschio.

Ovviamente, il patriarcato, in quanto iscritto nella qualità di genere, non ha una spiegazione logica o etica, ma ha matrice autocratica, nel senso che essa ha legittimazione nella tradizione⁸⁷, purché abbia a riferimento una filiera esclusivamente maschile. Tuttavia, nel tempo moderno, esso ha attenuato la sua impronta genealogica, ma viene riferito, più generalmente, al sistema sociale in cui il potere è prevalentemente detenuto da uomini adulti⁸⁸.

3.1 Origini storiche e culturali del patriarcato

Il predominio dell'uomo trova fondamento nel "patriarcato", un apparato che per centinaia di anni è stato il caposaldo di ogni società. Qualsiasi sia stata la sua origine nella società, la complessa strutturazione delle società umane richiese una maggiore regolamentazione dei ruoli, portando alla creazione di istituzioni che consolidarono il potere e il predominio dell'uomo, esercitando prevaricazione e oppressione sulla donna. La supremazia maschile si sviluppò così in ogni ambito della collettività- dalle autorità, alla legislazione, ai riti religiosi, fino alla vita coniugale e alla vita domestica- e la donna, sottomessa e priva di potere, era considerata inferiore per la sua posizione spirituale, politica e culturale.⁸⁹

Quanto alle origini storiche del patriarcato, molti studiosi suggeriscono che le società preistoriche fossero sostanzialmente egalarie, e che solo con lo sviluppo della civiltà economica e tecnologica, dopo la fine del Pleistocene, si ebbero i primi segni

⁸⁷ M. WEBER, *Saggi sulla dottrina della scienza : Roscher e Knies e i problemi logici della scuola storica dell'economia ; La teoria dell'utilità marginale e la "legge fondamentale della psicofisica"*, De Donato, Bari 1980.

⁸⁸ A. GIDDENS, *Central Problems in Social Theory*, Univ of California Pr, Berkeley, 1979.

⁸⁹ H. McCANN, G. CARROLL, B. DUGUID, K. GEHRED, L. KIRILLOVA, A. KRAMER, M. SMITH HOMES, S. WEBER, L. MANGANI, *Il libro del Femminismo*, Gribaudo, Milano, 14,

di dominio maschile sulle strutture sociali⁹⁰. Gli studiosi sono, ovviamente, andati alla ricerca di un evento iniziale.

Seconda la versione maggiormente accreditata dal “mondo accademico”, l’origine del patriarcato risalirebbe ad un certo stadio seguente la nascita e lo sviluppo delle società agricole. Secondo questi, in ogni parte del mondo ove sia sorta l’agricoltura si sarebbe inevitabilmente instaurato un sistema patriarcale. I tre esempi principali sono il Vicino Oriente antico, la Cina antica e il Mesoamerica. In ciascun caso, l’agricoltura sorse senza alcun influsso dall’esterno; in ciascun caso sembra che l’inizio della pratica agricola sia stato seguito da un periodo di culto di una dea della fertilità (con o senza un equivalente maschile) e da una società caratterizzata da una approssimativa eguaglianza tra i sessi: ma questo breve periodo di quasi matriarcato fu seguito dall’emergere di una cultura guerriera dominata dai maschi.

Secondo diverse teorie storiche, il passaggio a un’agricoltura su larga scala, con lo sfruttamento degli animali, avrebbe favorito l’accumulo di viveri e il passaggio da un’economia di tipo cooperativo a un’autonomizzazione rispetto al *clan*.

Dalla mancanza di proprietà (i beni venivano prodotti collegialmente e suddivisi nel clan) si sarebbe passati alla prima forma di proprietà privata: i viveri in più, gli animali, e anche i figli. Il padre avrebbe iniziato a rivendicare i figli perché alleati nell’accumulo e nella difesa delle proprietà. Per far tutto questo avrebbe stipulato dei contratti in grado di assicurargli il controllo sul corpo della madre: nascerebbe così la famiglia nucleare e patriarcale.⁹¹

Secondo Riane Eiser, la donna stessa, non avendo più alcuna funzione economica come nei modi di produzione paleolitico e neolitico, divenne una pura proprietà dei capi-pastore. Questi ultimi stabilivano se e quando le donne potevano sposarsi (gli era permesso farlo solo con proprietari di bestiame), diventando, dunque, una sorta di oggetto adatta esclusivamente alla procreazione. E sarebbe proprio la cultura nomade-pastorale, in particolare quella dei nomadi Kurgan e degli

⁹⁰ S. SHAVER HUGHES E B. HUGES, *Women in Ancient Civilizations*, Greenwood Press, Santa Barbara, 1999.

⁹¹ Questa è la teoria maggiormente accreditata, confutata con efficacia da Riane Eiser, filosofa, storica e sociologa femminista.

indoeuropei, ad aver demolito la cultura neolitica europea e ad aver importato, sempre in Europa, un sistema patriarcale ed autoritario.⁹²

Tuttavia, secondo Robert M. Strozier, la ricerca storica non ha ancora rinvenuto un'origine precisa ed iniziatica.⁹³ Secondo alcuni, ma è un congettura, la diffusione del patriarcato va collocata a circa seimila anni fa (4000 a.C.), quando si affermò il concetto di paternità.⁹⁴

Anche gli ideologi del socialismo si sono cimentati con il tema. Secondo Friedrich Engels e Karl Marx, il patriarcato sarebbe sorto da una primitiva divisione del lavoro, che prevedeva che le donne si prendessero cura della casa e gli uomini dell'approvvigionamento di cibo attraverso l'agricoltura.

Tale stato di cose si perpetuò e trovò massimizzazione con lo sviluppo del capitalismo, che potenziò il valore sociale della produzione, rispetto alla funzione domestica che, sotto tale aspetto, rimase estranea alla valutazione economica⁹⁵. Quanto alle prove storiche, il dominio maschile sulle donne è stato attestato nell'antico Vicino Oriente fin dal 3100 a.C., così come le restrizioni sulla loro capacità riproduttiva e l'esclusione dal "processo di rappresentanza o dalla costruzione della storia"⁹⁶.

3.2 La subordinazione femminile nella tradizione filosofica occidentale

In una celebre fonte greca, il "Menone" di Platone, un condottiero greco, Menone, riassume il sentimento prevalente nell'Antica Grecia riguardo alle virtù di uomini e donne:

Prima di tutto, se prendi la virtù di un uomo, è facilmente stabilito che la virtù di un uomo è questa - che egli è competente nel gestire le questioni della sua città, e gestirle

⁹² R. EISER, *Il calice e la Spada*, Forum, Udine, 2011.

⁹³ R.M. STROZIER, *Foucault, Subjectivity, and Identity: Historical Constructions of Subject and Self* 46, Wayne State Univ Pr, Detroit, 2001.

⁹⁴ S. KRAEMER, *The Origins of Fatherhood: An Ancient Family Process*, in *Family Process*, vol.30, n.4, 1991.

⁹⁵ T. KEITH, *Patriarchy, Male Privilege, and the Consequences of Living in a Patriarchal Society*, in *Masculinities in Contemporary American Culture: An Intersectional Approach to the Complexities and Challenges of Male Identity*, Routledge, Londra, 2017.

⁹⁶ R. M. STROZIER, *Foucault, Subjectivity, and Identity Historical Constructions of Subject and Self*, cit., p. 46.

in modo tale da fare beneficio ai suoi amici e danneggiare i suoi nemici, e curarsi di evitare di danneggiare se stesso. Ora prendi la virtù di una donna: non vi è difficoltà nel descriverla come il dovere di gestire bene la casa, prendersi cura dell'interno della proprietà, e obbedire a suo marito.⁹⁷

Anche in Aristotele si registra una configurazione già consolidata dell'inferiorità femminile, facendosi coincidere il ruolo delle donne nella società con la riproduzione e con l'essere al servizio degli uomini in casa. Tale stato di cose, lungi dall'essere considerato ingiusto e riprovevole, viene ritenuto naturale e virtuoso⁹⁸. Sul punto, la storica Maryanne Cline Horowitz sostiene che Aristotele credeva che qualsiasi imperfezione presente nel mondo deve essere causata da una donna poiché non è possibile acquisire una imperfezione dalla perfezione, rappresentata dal maschio. Le teorie di Aristotele sostengono di fatto una struttura gerarchica di comando, con al vertice l'uomo.

Lerner sostiene che, perpetuandosi questo sistema di valori patriarcali di generazione in generazione, si è determinata la convinzione, divenuta pregiudizio e somministrata sinanco ai bambini, per cui gli uomini sono superiori alle donne⁹⁹.

L'Europa medievale vide attenuarsi il fenomeno, giacché non rare sono i casi di imperatrici (come Teodora) o matriarche (come Elena, la madre di Costantino) capaci di attestarsi alla pari con gli uomini¹⁰⁰.

Con Lutero e la liturgia Protestante ebbe luogo l'esaltazione del potere maschile, attraverso il comandamento contenuto nell'Esodo 20:12. Il comandamento *onora il padre*, è stato tuttavia applicato non solo ai padri, ma anche agli anziani e al re.

Il primo impianto politico e, si direbbe smacientifico del patriarcato è tradizionalmente associata a Robert Filmer¹⁰¹ che, nel 1653, realizzò un'opera

⁹⁷ PLATONE, *Menone* (IV sec. a.C.), trad. it. di Franco Ferrari, Rizzoli, Milano, 2016.

⁹⁸ H. D. FISHBEIN, *Peer prejudice and discrimination: the origins of prejudice*, in Psychology Press, 2002.

⁹⁹ G. LERNER, *The Creation of Patriarchy*, in *Symblos*, capitolo 10, Oxford University Press, New York, 1986.

¹⁰⁰ J. WILLEM DRIJVERS, *Helena Augusta*, Brill, Leida, 1991.

¹⁰¹ Robert Filmer è stato un filosofo inglese, difensore del diritto divino dei re. La sua opera più famosa, *Patriarca o il potere naturale dei re*, fu pubblicata postuma nel 1680.

intitolata *Patriarcha*, pubblicata post mortem. In essa, egli difendeva il diritto divino dei re a possedere il titolo ereditato da Adamo, uomo e maschio, primo uomo re della specie umana direttamente officiato da Dio, secondo la tradizione giudeo-cristiana¹⁰².

3.3 *La teoria femminista*

Spesso è erroneamente pacifico sostenere che, poiché gli uomini sanno essere più aggressivi delle donne, essi hanno vinto la competizione con le stesse per una loro posizione privilegiata nell'ambito della cultura. Al contrario, molte femministe concordano sul fatto che non ci sia nulla di ciò che un può ed è capace di fare che una donna non possa fare a sua volta.

L'analisi filosofica femminista segnala come vi siano diverse forme di forza diverse da quella fisica, confutando che le donne possano essere definite il "sesso debole". Esistono delle forze nascoste che non si evidenziano con uno schiaffo o qualsiasi altra forma di aggressività, e sono le stesse forze che possono essere impiegate da donne in modo più adeguato degli uomini.

Dunque, a rigor di logica, se gli uomini hanno sempre tratto vantaggi (culturali, patrimoniali, economici, familiari) dal patriarcato, è opportuno evidenziare che devono essere stati gli stessi uomini ad idearlo, rafforzarlo e stigmatizzarlo. Questo perché è ovvio sottolineare che le donne non avrebbero avuto alcun motivo di partecipare alle scelte funzionali alla loro prevaricazione.

Sara Morace, osserva che, comunque, deve essere stato un mutamento doloroso, in concomitanza di conflitti tra popolazioni per il possesso di terre e animali. Fu un'epoca caratterizzata dalla violenza, in cui le donne si sono viste togliere la libertà e, soprattutto, la dignità. Dunque, hanno scelto spesso di far parte di una società patriarcale, ma che assicurava loro l'incolumità personale. Insomma, l'origine di patriarcato deve essere stata certamente maschile, senza che le donne potessero opporsi poiché temevano per la loro stessa vita.¹⁰³

Un'ipotesi al vaglio è la seguente:

¹⁰² G. SCHOCHET, *Patriarchy and Paternalism, in Europe, 1450 to 1789: Encyclopedia of the Early Modern World*, Charles Scribner's Sons, 2004.

¹⁰³ Da Wikipedia: [https://it.wikipedia.org/wiki/Patriarcato_\(sociologia\)](https://it.wikipedia.org/wiki/Patriarcato_(sociologia))

Il ruolo femminile era inizialmente legato alla nutrizione, alla crescita dei figli e alla coltivazione dell'orto, ovvero era un "produttore" di vita. Con l'andare del tempo, quando gli uomini iniziarono ad allevare gli animali per ricavarne cibo, e con l'emergere della figura del contadino-padrone, l'associazione donna/terra assunse un valore ancora più denso di significato: l'uomo diventò proprietario della terra, capo-famiglia e "proprietario" della donna. Successivamente, mediante una deduzione religiosa, la donna come datrice di vita fu associata alla donna come vittima sacrificale. Il maschio acquisì il ruolo di sacerdote o sacro carnefice/eroe e quindi di dominatore.¹⁰⁴

I miti che riguardano le Amazzoni possono testimoniare di donne che si sono ribellate alla nuova organizzazione sociale e hanno proceduto ad una cooperazione ancora matrilinea, a differenza dei popoli vicini, i quali sostituivano persino nel cielo le divinità maschili a quelle femminili.

3.3 La famiglia patriarcale

Nel supremazia familiare, storicamente il padre deve esercitare la propria autorità sulla moglie e i figli.

Al vertice della famiglia patriarcale c'era il padre, a cui spettavano i più alti diritti e più nobili doveri, nei confronti degli altri membri della famiglia. La sua autorità gli consentiva di detenere potere di vita e di morte sui discendenti, accordava i loro matrimoni e aveva il diritto di comandare gli animali, le terre e le piantagioni che considerava di sua proprietà. Le figlie dei possidenti potevano essere date in matrimonio ai soli uomini dello stesso rango sociale; gli uomini poveri potevano sposarsi solo con le prostitute o con donne molto povere. In questo modo accresceva il distacco tra famiglie ricche e povere, tra dominatori e dominati, ponendo le basi della distinzione di classe (classismo). La donna è ridotta ad una sorta di fattrice, contrariamente alla civiltà paleolitica e alle società gilaniche descritte da Riene Eiser, dove la donna occupava un ruolo di assoluta parità rispetto all'uomo.

¹⁰⁴ S. MORACE, *Origen mujer. Del matrismo al patriarcado*, Prospettiva, Siena, 1997.

In ogni caso, qualunque sia stata la matrice del dominio patriarcale del maschio, la separazione di ruoli, funzioni e lavoro ha generato una scala sociale al cui vertice sono stati posti gli uomini ed al cui pedice le donne, sottoposte a manipolazione, abuso e subordinazione. Così, il patriarcato ha consegnato al padre di famiglia le chiavi del completo possesso della moglie e dei figli, così come, esasperando il concetto, il diritto di abuso fisico e psicologico.

In questo modo, è maturata anche l'idea della donna come bene in proprietà dell'uomo, da cui è risultata, soprattutto nelle società arcaiche, un orientamento culturale per cui lo stupro e altre forme di violenza verso le donne risultano ammissibili all'interno dell'ordine sociale. Per esempio, dal XX al XXI secolo i serbi in Croazia, Kosovo e Bosnia usarono lo stupro di donne come strumento di combattimento per stroncare un principio di purezza della razza¹⁰⁵.

Parimenti deprecabili sono, in questa ottica, le pratiche di mutilazione corporea inflitte alle donne nei territori più negletti ed arcaici del pianeta, quale segno di una sottomissione non redimibile. La mutilazione è creduta in alcune comunità per favorire la fedeltà coniugale e prematrimoniale e può essere utilizzata per governare la libertà sessuale di una donna prima del matrimonio. Gli archetipi culturali supportano la credenza che eliminando le parti degli organi genitali femminili la mutilazione può rendere una donna più femminile o conservare la sua sobrietà.

4 Le lotte al patriarcato

4.1 Donne nell'Ottocento: "un mero strumento di riproduzione"

Durante l'Ottocento, l'uomo della classe dirigente considerava il bambino come strumento di lavoro a basso costo dal quale trarre un vantaggioso profitto. Secondo una logica patriarcale e incentrata sull'uomo e sul lavoro maschile, alle donne viene chiesto di produrre figli per soddisfare la domanda di manodopera a bassissimo prezzo. Dunque, sono oppresse dai mariti che traggono vantaggio dallo

¹⁰⁵ D. S. GLASBERG, D. SHANNON, *Political Sociology: Oppression, Resistance, and the State*, Sage Publication, California, USA, 2010.

sfruttamento loro e dei loro figli. Le donne e bambini, come la storia ci ha sempre raccontato in ogni epoca, venivano sfruttati dagli uomini per potere creare la catena di montaggio del lavoro. La donna era schiava e servitrice dell'uomo, al quale doveva donare un discendente che avrebbe contribuito al sistema lavorativo dell'epoca. È per questo motivo che l'uomo borghese considera la moglie un vero strumento di produzione.

Dunque non si considera la donna neppure lontanamente come una figura da amare e con cui volere, assieme, per costruire e creare una famiglia più grande, un figlio. Il figlio, come la madre, è solo uno strumento di crescita di quella parte di popolazione utile a lavorare che fa parte della macchina del sistema.

Dunque, le donne sono trattate come cittadini subordinati e di seconda classe, nell'ambito della famiglia e, soprattutto, nella società. Quest'ultima non permette loro di potersi realizzare come donne, come lavoratrici, come cittadine pronte a contribuire alla politica e a ogni decisione utile per le città e i Paesi in cui vivono. Il loro unico compito è quello di partorire bambini che diventeranno uomini al potere.

4.2 Violenza e schiavitù delle donne: Engels e Marx

Friedrich Engels, filosofo, sociologo, economista, giornalista e imprenditore tedesco, fondatore assieme al sodale Karl Marx del socialismo scientifico, sostiene che la violenza e l'asservimento subiti dalle donne sono radicati nel fondamento stesso della famiglia e definisce la nascita della famiglia nucleare come "la sconfitta storica mondiale del sesso femminile", in cui la donna diventa schiava del marito e un mero strumento per la produzione dei figli. "Per garantire la sua fedeltà è soggetta incondizionatamente al potere del marito; se egli la uccide, sta solo esercitando i suoi diritti"¹⁰⁶.

Secondo gli scritti del marxismo classico, mentre la divisione del lavoro basata sul genere è sempre esistita, le diverse mansioni svolte dagli uomini e dalle donne sono ugualmente necessarie e solo con l'ascesa del capitalismo la razza umana ha cominciato a interessarsi all'eredità. Il diritto di eredità, secondo Engels, si regge

¹⁰⁶ F. ENGELS, *Rheinische Zeitung für Politik, Handel und Gewerbe*, Colonia, 1843.

su un'idea di moralità associata alla famiglia monogama e sulla separazione tra le sfere pubblica e privata, che ha portato al controllo della sessualità femminile.

Secondo la teoria marxista classica, l'emancipazione delle donne richiedeva la loro inclusione nella produzione sociale, pertanto la lotta femminile costituiva una componente assai importante della lotta di classe. I seguaci del marxismo sostenevano che gli obiettivi delle donne e del proletariato corrispondevano e che le disuguaglianze di genere sarebbero scomparse con l'annullamento della proprietà privata, poiché non sarebbe più sussistita alcuna ragione per lo sfruttamento.

Secondo le femministe marxiste, in una società capitalista le donne erano "l'esercito di riserva della manodopera", di cui si beneficiava in caso di necessità, ma che, una volta terminata l'urgenza, veniva respinto e ignorato.

In sintesi, sostenendo che il patriarcato e il dominio maschile esistevano prima dell'avvento della proprietà privata e della divisione di classe, le femministe marxiste identificarono nel capitalismo e nel patriarcato il duplice sistema alla base dell'oppressione delle donne".¹⁰⁷

4.3 Le anarco-femministe e le Mujeres Libres

Emma Goldman¹⁰⁸ dichiarò che l'anarchia avrebbe portato alle donne "libertà e uguaglianza. Tutto ciò che le donne ora non hanno". L'anarchismo femminista di Goldman intendeva lottare contro la sottomissione che il patriarcato capitalista aveva imposto alle donne nel corso della storia. Questa sua concezione la resero una precorritrice di ciò che oggi chiamiamo "anarco-femminismo", nato tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento.

"*Mujeres Libres*", invece, fu uno dei gruppi anarco-femministi più rappresentativi. Fu fondato in Spagna nel 1936, agli albori della guerra civile spagnola. Tra le sue fondatrici spicca Lucía Sánchez Saornil¹⁰⁹. Le donne lottavano per una rivoluzione sociale che, a loro parere, non si sarebbe potuta verificare se La

¹⁰⁷ M. H., C. G., D. B., G. K., K. L., K. L., K. A., H. M. S., W. S., M. L., *Il libro del Femminismo*, cit.

¹⁰⁸ Nata in Lituania, dedicò la vita a scrivere e discutere su questioni controverse negli Stati Uniti e in Europa.

¹⁰⁹ Nata nel 1895 fu un'anarco-femminista spagnola. Le sue opere principali furono "*La cuestión femina*" e "*Poesía*".

Confederación Nacional del Trabajo continuava a essere in gran parte maschile. In soli due anni, *Mujeres Libres* raggiunse 30.000 membri e i suoi sostenitori viaggiavano nel Paese adottando sue strategie chiave: la *capacitación*, ossia conferire il potere alle donne affinché realizzassero il loro vero potenziale, e la *captación*, cioè portarle a unirsi alla lotta anarchica contro il capitalismo patriarcale, sotto il quale sarebbero state eternamente schiave.

Per molti anni le attiviste anarco-femministe continuarono a combattere contro il legame che univa il patriarcato, capitalismo, militarismo e impero, poiché a loro parere consentiva il perpetuarsi della persecuzione delle minoranze e delle disuguaglianze sociali, che tante donne in tutto il mondo si trovano tuttora ad affrontare. Federica Montseny, anarchica spagnola, scrisse “L’amore per la libertà e il senso della dignità umana sono gli elementi fondamentali del credo anarchico”.

4.5 *Kate Millet: il patriarcato come forma di controllo sociale*

Il patriarcato, sistema sociale e politico del potere dell’uomo sulla donna, era il bersaglio principale delle femministe radicali degli anni sessanta e settanta. Le loro teorie furono esposte nel 1970 ne *La politica del sesso* della scrittrice e attivista americana Kate Millet. Il libro definisce il patriarcato e analizza le molteplici forme in cui opprime le donne. Il titolo riflette la tesi di Millet secondo cui il sesso, come altri ambiti di vita considerati personali, ha in realtà una dimensione politica che viene spesso ignorata.¹¹⁰

Millet non rintraccia alcun fondamento biologico che giustifichi il dominio maschile. Al contrario, la femminista sostiene che l’identità di genere si formi nei primi anni di vita tramite le concezioni trasmesse ai bambini. La famiglia, secondo Millet, è “l’istituzione principale del patriarcato”¹¹¹, poiché in essa è rafforzato il controllo maschile delle sue strutture sociali e del comportamento dei singoli membri all’interno della famiglia. Non solo la famiglia contiene in sé elementi patriarcali, ma

¹¹⁰ Per le femministe radicali come Kate Millet, la famiglia contiene in sé il patriarcato: educa le ragazze alla passività, prescrivendo ai ragazzi ruoli più utili e intellettualmente elevati poco dopo la nascita.

¹¹¹ K. MILLET, *La politica del sesso*, Rizzoli, Milano, 1971.

anche l'istruzione è orientata al suo consolidamento. Questo perché, nell'ambiente scolastico, le donne sono indirizzate verso studi umanistici e scienze sociali, mentre gli uomini verso scienze, tecnologie, professioni e imprenditorie:

Quando un gruppo governa su un altro la loro relazione è politica. Quando questa condizione si protrae per tanto tempo si sviluppa un'ideologia (feudalesimo, razzismo ecc.) Tutte le civiltà storiche sono state dei patriarcati: l'ideologia su cui si basano è la supremazia maschile. Ai gruppi oppressi è negata l'istruzione, l'indipendenza economica, il potere d'ufficio, la rappresentanza, un'immagine di dignità e rispetto personale, lo stato di uguaglianza e il riconoscimento come esseri umani.¹¹²

La storia del patriarcato ci racconta che alle donne è stato sempre negato tutto questo. In particolare, l'istruzione che fu permessa alle donne è stata volontariamente progettata per essere qualitativamente inferiore, poiché, scrive Millet, “Le donne sono sistematicamente formate per essere escluse dalla sfera della Conoscenza sulla quale si fonda oggi il potere”¹¹³

Il lavoro concesso alle donne, secondo Millet, avrebbe permesso loro un'indipendenza economica misera. E ancora, le donne non potevano governare, né erano rappresentate in nessun luogo di potere.

In aggiunta a tutto ciò, l'immagine della donna che viene commercializzata dai media è quella di un'esistenza al di fuori della vita vera, che rimane prerogativa esclusiva dell'uomo e alla quale la donna non è permesso accedervi, mai.

Il governo è un'istituzione di potere, potere che si mantiene attraverso il consenso (opinione pubblica) o viene imposto attraverso la violenza. Il condizionamento ideologico corrisponde al primo metodo. Può esserci però un ricorso al secondo ogni volta che si perde il primo — stupro, aggressione, arresto, pestaggio, assassinio. La politica del sesso ottiene il consenso attraverso la “socializzazione” di entrambi i sessi alle norme patriarcali.¹¹⁴

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ *Ibidem.*

Millet, ci propone alcune norme a tal proposito:

- 1) La formazione della personalità di ogni essere umano si realizza attraverso linee guida basate sull'esigenza della classe dominante (maschile), ossia dettate da quello che il maschio vorrebbe vedere in se stesso e quello che vorrebbe vedere nella classe subordinata, ossia quella femminile.
- 2) Il concetto di "ruolo sessuale", il quale prescrive per le donne il servizio domestico e la cura dei figli alle donne, e tutto il resto degli interessi, delle ambizioni e delle conquiste agli uomini. La figura del leader è sempre assegnata ad uomini, e dunque quella di seguaci del leader alle donne.
- 3) Il dominio maschile all'interno di ogni istituzione: il dominio maschile presente in ognuna di esse, quali le religioni, il matrimonio, la cultura e la dottrine della supremazia femminile.

A cosa porterebbe una rivoluzione sessuale?

- 1) La fine di ogni tipologia di repressioni sessuali, dunque la libertà di costumi e la libertà di espressioni.
- 2) La nascita di "Unisex", ossia la fine della divisione di caratteri, indoli e comportamenti in modo tale che ognuno possa sviluppare una personalità propria, non limitata o in conformità a stereotipi imposti.
- 3) Rivisitazione dei tratti caratteriali "mascolini" e "femminili", rivalutando la loro utilità e idoneità umana per entrambi i sessi. Questi tratti, infatti, discendenti da secoli di stereotipi umana, non possono che categorizzare le persone prima ancora che le stesse possano, eventualmente, decidere a quale categoria appartenere.
- 4) La fine dei ruoli e dello status sessuale, del patriarcato, dell'ideologia della supremazia maschile in ogni ambito del lavoro, dell'esperienza e dei comportamenti.
- 5) La fine dell'eterosessualità forzata, cosicché l'atto sessuale cessi di essere orientato in modo arbitrario tra uomini e donne, e possa essere libera forma sessuale tra soggetti dello stesso sesso. La forzatura dell'eterosessualità ostacola la libertà di espressione sessuale.

- 6) La fine della sessualità nelle forme in cui essa è esistita storicamente (sfruttamento, stupro, violenza, guerra). In sostanza, abolire l'odio durante ogni espressione sessuale, poiché non può esserci sessualità dove regna l'odio (fisico e non).
- 7) Infine, la conquista del sesso femminile di ogni libertà e del pieno status di essere umano dopo millenni di lotte, privazioni e oppressioni. E, di conseguenza, il raggiungimento di un'umanità che possa definirsi tale.¹¹⁵

5 Patriarcato e stereotipi di genere

5.1 Il patriarcato è uno stereotipo di genere

Stereotipi di genere e patriarcato possono considerarsi l'uno la causa dell'altro. La costruzione sociale degli stereotipi di genere è il principale strumento di sviluppo di molte delle pratiche discriminatorie che colpiscono soprattutto le donne. E' da tempo oggetto di studio e di discussione in filosofia il contributo degli stereotipi di genere alla costituzione e perpetuazione di un ordine sociale caratterizzato da profonde asimmetrie di potere, tendenzialmente dal dominio maschile, ovvero il patriarcato. È stato da più parti evidenziato, infatti, come "l'ordine di genere" (Abbatecola e Stagi 2017, 47-48) determini "sia la distribuzione del potere che l'accesso alle risorse materiali e simboliche" (Loretoni 2014, 13) presenti all'interno della società, stabilendo gerarchie tra soggetti dominanti e soggetti dominati (o, secondo la terminologia che si predilige, subordinati, subalterni). In questa prospettiva, la discriminazione che subiscono le donne non consiste solo nella "semplice" disparità di trattamento, ma affonda le proprie radici nel patriarcato, che si rivela tanto più subdolo e difficile da smantellare quanto meno è percepito come tale, per effetto di quella che è stata definita "violenza simbolica" (Bourdieu 1998).

Il patriarcato, secondo la filosofa Paola Parolari, va analizzato sotto tre profili.

¹¹⁵ *Ibidem.*

Il primo è la “pervasività dell’ordine simbolico di genere”; il secondo è la triplice valenza descrittiva, normativa e costitutiva degli stereotipi di genere; il terzo è il rapporto tra stereotipi di genere e discriminazione.

Per quanto concerne il primo profilo, è importante sottolineare cosa sia il genere, ossia “un principio organizzatore così pervasivo da divenire uno dei principali modi che si utilizzano per dare senso al mondo circostante”. Gli stereotipi di genere, in sintesi, sono riprodotti praticamente ovunque: nel mondo del lavoro e dell’economia, in politica e nel diritto, dell’arte e della cultura.

Il secondo profilo indica che gli stereotipi, in generale, non svolgono soltanto una funzione statistico/descrittiva ma anche, e soprattutto, quella normativo/prescrittiva e, in un certo senso, costitutiva. Nella loro valenza descrittiva, gli stereotipi funzionano, in sostanza, come generalizzazioni, tramite le quali si attribuisce una certa caratteristica ad una data categoria di soggetti. Scrive la Parolari:

(...) Gli stereotipi possono avere o meno una base statistica, a seconda che una percentuale rilevante di soggetti appartenenti alla categoria presa in considerazione possieda o non possieda quella caratteristica (il che non esclude, ovviamente, che singole persone possano, in effetti, non possederla). Nella loro valenza prescrittiva, invece, gli stereotipi funzionano in un certo senso come norme sociali che stabiliscono come le persone che appartengono ad una determinata categoria di soggetti dovrebbero essere, apparire e agire, imponendo loro determinati ruoli all’interno della società – e quindi, in ultima analisi, determinate identità.¹¹⁶

Tra l’aspetto descrittivo e quello prescrittivo degli stereotipi esiste un nesso piuttosto importante:

Da un lato, infatti, spesso a partire da uno stereotipo descrittivo se ne individua uno prescrittivo; dall’altro, molte delle generalizzazioni che stanno alla base di stereotipi descrittivi sono “vere” perché sono in azione stereotipi prescrittivi a cui le persone si conformano. (...) Se gli stereotipi di genere sembrano del tutto naturali, a dispetto del loro carattere costitutivo, è perché vengono interiorizzati sin dalla prima socializzazione

¹¹⁶ P. PAROLARI, *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment. Riflessioni sul ruolo del diritto*, in *Unige*, volume 8 n. 15, 2019, p. 98.

nell'infanzia (tanto in famiglia come a scuola) e riconfermati poi costantemente nell'interazione sociale nel corso di tutta la vita.¹¹⁷

In particolare, la speciale forza normativa dei ruoli di genere imposti dagli stereotipi prescrittivi è legata proprio alla tendenziale “invisibilità” della loro dimensione costitutiva, che contribuisce a farli apparire come mere descrizioni della “realtà”. Infine, è utile occuparsi del rapporto tra stereotipi di genere e discriminazione: è fondamentale evidenziare la relazione causale esistente tra gli uni e l'altra. Gli stereotipi di genere che esprimono e riproducono il patriarcato contribuiscono infatti in modo determinante a produrre il continuum di discriminazioni di cui sono vittime le donne.

In particolare, la valenza costitutiva degli stereotipi di genere concorre a costruire “alterità” artificiali in grado non solo di imprigionare le persone che appartengono a un determinato gruppo in una descrizione di sé riduttiva e impoverita, quando non addirittura deformata e deformante, ma anche di avviare processi di marginalizzazione e di esclusione di chi è definito come “diverso”. (...) In secondo luogo, in ottica patriarcale, indirizzando le persone verso l'assunzione di ruoli precostituiti, la valenza prescrittiva degli stereotipi di genere può limitarne la libertà di scelta – condizionando, a monte, la loro stessa percezione delle alternative possibili e/o desiderabili – senza che necessariamente esse ne abbiano piena coscienza. Così, per esempio, la grandissima maggioranza delle ragazze e giovani donne tende a scegliere percorsi di studio di tipo umanistico e/o legati a funzioni di cura e a scartare invece indirizzi scientifici e/o tecnici, autoescludendosi così dalla possibilità di svolgere, in futuro, determinate professioni.¹¹⁸

Nessuna norma, di fatto, indica quale debba essere il sesso o il genere di chi svolge una determinata professione. Tuttavia, è un dato di fatto che ci siano lavori maggiormente svolti da donne e altri da uomini.

Il patriarcato, di fatto, trova radici anche e soprattutto nell'ambito di scelte personali, quali quelle lavorative. Rosti scrive:

¹¹⁷ Ivi, p. 99.

¹¹⁸ Ivi, p. 100.

Le donne che scelgono di lavorare avrebbero facoltà di accedere a qualunque professione, almeno in linea teorica; in pratica però ciò non accade, e le loro scelte risultano confinate in un ambito molto più limitato. Le donne infatti non si distribuiscono in modo uniforme nei settori di attività, nelle professioni e nei mestieri, ma si concentrano prevalentemente in poche occupazioni, spesso legate a stereotipi sociali e ricalcate sui ruoli tradizionali del lavoro domestico e di cura (insegnanti, segretarie, impiegate, parrucchiere, infermiere, commesse, assistenti sociali, cassiere, dietiste etc.). Questi lavori sono caratterizzati da retribuzioni poco elevate, bassa qualificazione e scarse prospettive di carriera, ma sono più compatibili di altri con la gestione delle responsabilità familiari (vicini al luogo di residenza, con orari flessibili, con incarichi di routine che non richiedono trasferimenti e straordinari etc.).¹¹⁹

5.2 Patriarcato e forme di discriminazione diretta e indiretta

Ci sono, poi, contesti in cui le norme giuridiche hanno una (co)responsabilità nel generare forme di discriminazione. In tal senso, si possono differenziare le discriminazioni in diretta e indiretta.

In particolare, si ha discriminazione diretta quando “una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un’altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga”¹²⁰; invece, la discriminazione indiretta si verifica nel momento in cui

Una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell’altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Come già specificato più volte, il patriarcato e le discriminazioni di genere, oltre che essere l’uno l’origine delle altre, sono materie tanto insidiose quanto attuali.

¹¹⁹ L. ROSTI, *La segregazione occupazionale in Italia*, Carocci, Milano, 2006.

¹²⁰ P.PAROLARI, *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment. Riflessioni sul ruolo del diritto*, cit., p. 104.

Le discriminazioni più diffuse e più insidiose da individuare sono certamente quelle indirette, molto spesso frutto di stereotipi di genere di tipo prescrittivo. Così, per esempio, scrive Parolari:

È indirettamente discriminatoria una disciplina in materia di pensioni di invalidità, poiché i cui criteri di calcolo dei contributi favoriscono i dipendenti che hanno sempre optato per il full-time (le donne richiedono più frequentemente il part-time rispetto agli uomini). O, ancora, è una discriminazione indiretta trattare in modo diverso il servizio militare e il congedo parentale in relazione al calcolo dell'anzianità di servizio per il pagamento del Tfr sulla base del fatto che, formalmente, il primo è obbligatorio mentre il secondo non lo è, là dove sono le donne che più spesso usufruiscono di congedi parentali. In nessuno dei due casi, infatti, si distingue in base al sesso/genere, ma in entrambi i casi le donne risultano di fatto svantaggiate.

Dunque, è essenziale che la giurisprudenza possa riconoscere il patriarcato, anche quand'esso si insidi in maniera indiretta. Riuscire in questo significa prestare attenzione al valore prescrittivo degli stereotipi di genere, dunque essere capaci di arginare tutte le discriminazioni che ne derivano e individuare, volta per volta, gli strumenti migliori per contrastarle, dando così piena attuazione al principio di eguaglianza nei diritti fondamentali.

5.3 Come il diritto combatte il patriarcato

Il diritto dovrebbe porre rimedio alle discriminazioni subite dalle donne, dunque è necessario evitare che esso veicoli, direttamente o indirettamente, stereotipi di genere discriminatori. A tal fine, si rivela particolarmente utile adottare la metodologia filosofica propria di quella corrente del giusfemminismo che mira non solo a “smascherare la finzione che sta alla base della presunta neutralità del materiale giuridico” ma anche e soprattutto a “svelare quale ruolo e quale rappresentazione delle donne emerga nella normativa o nella giurisprudenza”. Si tratta, in altre parole, di “procedere alla finora sottovalutata verifica specifica di quali stereotipi (femminili e maschili) possano aver influito sull'adozione di una certa disposizione, e quali di essi possano essere perpetuati” proprio per il tramite di quella disposizione.

In questa prospettiva, anche taluni trattamenti giuridici differenziati introdotti per proteggere le donne da eventuali discriminazioni potrebbero probabilmente assumere una diversa configurazione se si prestasse maggiore attenzione a come le loro possibili ripercussioni, in termini di perpetuazione di stereotipi di genere, rischino di neutralizzare la funzione e gli obiettivi dichiarati per porre fine al patriarcato.

D'altronde, ognuna di queste discriminazioni trova il suo fondamento nel sostrato patriarcale che caratterizza il nostro tempo. Tali contrapposizioni sono discusse da tempo in filosofia ma, considerati i principi cardine del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo dopoguerra, si rivelano inconsistenti e fuorvianti.

Da un lato, infatti, il principio di eguaglianza nei diritti fondamentali non si pone in conflitto con la tutela delle differenze ma è anzi la principale garanzia della loro eguale valorizzazione (Ferrajoli 1993; Gianformaggio 2005; Mazzaresse 2008). Dall'altro, nella prospettiva dei diritti fondamentali, eguaglianza formale e sostanziale non sono contrapposte, bensì tra loro complementari.¹²¹

6 I mezzi linguistici del patriarcato

Molte femministe hanno considerato la lingua un'area di studio e di analisi cruciale, specialmente per indicare le modalità con le quali contribuisce a promuovere il patriarcato e le discriminazioni contro le donne. Nel 1980, l'australiana Dale Spender pubblicò *Man Made Language*, un'opera chiave nello studio del linguaggio da una prospettiva femminista¹²².

Secondo Spender, la lingua è sotto controllo maschile e riflette i valori associati all'uomo. Ne consegue che le donne sono invisibili. Inoltre, il tentativo delle donne di modificare la loro condizione è ostacolato dal fatto che, per farlo, devono avvalersi di

¹²¹ Ivi, 111.

¹²² Il libro dichiara che gli uomini, investiti di un ruolo dominante e principale, hanno dato vita a un linguaggio che rafforza la subordinazione delle donne.

una lingua ereditaria. Il linguaggio, difatti, perpetua la supremazia maschile e consolida il patriarcato.¹²³

Il linguaggio è lo specchio della società, che è orientata ad uno sfondo maschile, dunque è sessista questo preconcetto linguistico. Secondo Spender, il sessismo compare nel linguaggio in forme diverse: un esempio ovvio è costituito dall'uso del pronome "he" (lui) per riferirsi sia agli uomini che alle donne. L'autrice ripercorre i secoli XVII e XVIII, durante i quali i grammatici scrissero le regole che sancirono il posto d'onore occupato dagli uomini nel linguaggio. E' pacifico considerare che, in questo modo, si consolidò l'idea che il potere maschile fosse superiore a quello femminile (gli uomini erano la norma, le donne "l'altro").

"Il monopolio sul linguaggio è uno dei mezzi con i quali gli uomini hanno sancito il loro primato e l'invisibilità delle donne"¹²⁴.

Per le donne, dunque, era impossibile identificarsi e ritrovarsi in termini maschili. Secondo l'autrice, tutto il linguaggio he/man ha la funzione di costruire e rafforzare le divisioni tra i gruppi dominanti (maschili) e quelli ridotti al silenzio (femminili). Questo dato di fatto rende le donne invisibili dal punto di vista linguistico. Inoltre, vengono forniti esempi che incoraggiano la creazione di un'immagine positiva dell'uomo e di una negativa della donna.¹²⁵

7 Il patriarcato e l'eterosessualità: Adrienne Rich

7.1 Eterosessualità come mezzo di controllo del patriarcato

Nel 1980 Adrienne Rich, nel suo saggio "*Eterosessualità obbligatoria ed esistenza lesbica*", indaga il funzionamento "dell'eterosessualità obbligatoria", cioè la sua "natura di istituzione politica".¹²⁶ L'autrice definisce l'eterosessualità

¹²³ D. SPENDER, *Man Made Language*, Pandora, Segrate, 1980.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ La parola "bachelor" (scapolo), per esempio, suggerisce autonomia e virilità; al contrario, la parola "spinster" (zitella), una visione negativa della donna, la cui vita potrebbe essere caratterizzata da solitudine e disperazione.

¹²⁶ A. RICH, *Eterosessualità obbligatoria ed esistenza lesbica*, in DWF, n. 23-24, 1980, pp. 5-40.

obbligatoria un meccanismo capitalistico idealizzato per rafforzare l'asservimento delle donne agli uomini in ambiti quali il matrimonio e la maternità. E' stato alla base di molti abusi ai danni delle donne la negazione della capacità della donna di mantenersi al di fuori del matrimonio eterosessuale e il controllo maschile.¹²⁷

Un'altra analisi assai rilevante della scrittrice è la cancellazione del lesbismo dai testi storici scritti dagli uomini. Dunque, gli uomini continuano ad orientare le scelte femminili, negando alle donne moderne la conoscenza del passato e delle alternative all'eterosessualità. Lo sfruttamento patriarcale e gli abusi commessi sulle donne hanno portato le donne stesse a interiorizzare l'idea di essere un oggetto sessuale e ad accettare per istinto di sopravvivenza le violazioni maschili del loro spazio.

7.2 Woman-identified-woman e continuum lesbico

Per contrastare l'eterosessualità obbligatoria e l'identificazione di sé al maschile, Adrienne Rich propone il concetto di "woman-identified-woman", ossia una persona che convoglia le sue energie emotive, romantiche ed erotiche alle donne, sottraendole agli uomini.¹²⁸ Rich estese l'ambito del lesbismo introducendo il concetto di "continuum lesbico". Il pensiero ideato è che il primo amore per una donna è la propria madre, e l'autrice sostiene che ogni donna, indipendentemente dall'orientamento sessuale, si colloca su un continuum di amore verso altre donne. Una proposta, questa, che portò molte femministe a mettere in discussione la coerenza del termine "lesbica" una volta sradicato dall'ambito della sessualità.

Il concetto di continuum riscosse molte critiche, ma la definizione dell'eterosessualità obbligatoria come istituzione politica patriarcale rivoluzionò il pensiero femminista. Scrive l'autrice "I rapporti sociali tra i sessi sono per le donne confusi ed estremamente problematici, se non invalidanti".

¹²⁷ L'autrice mette in luce le varie forme assunte dal dominio maschile sul corpo della donna, evidenziando quanto questo impedisse di accedere ad un'istruzione e ad una carriera.

¹²⁸ L'idea ispirò il separatismo lesbico radicale degli anni Settanta.

L'obbligo di essere eterosessuali nelle società patriarcali opprime tutte le donne, non soltanto le donne lesbiche. Tale obbligo non si limita infatti a impedire alle lesbiche di esistere in quanto lesbiche, ma priva tutte le donne della possibilità di esistere al di fuori dei ruoli definiti dalla loro subordinazione agli uomini. Anziché occultare l'esistenza lesbica, quindi, il movimento femminista dovrebbe valorizzarla, perché dalla liberazione delle lesbiche dipende la liberazione di tutte le donne.

E' importante evidenziare che vi siano stati ulteriori saggi lesbo-femministi in quel periodo:

Il 1980 è anche l'anno di uscita di un altro fondamentale saggio lesbofemminista, *The Straight Mind*², in cui Monique Wittig denuncia come il divieto di esistere al di fuori dell'eterosessualità strutturi non soltanto la vita sociale ma anche la vita intellettuale. In una società eterosessista, anche il pensiero è eterosessista, e ogni mente non allenata a un esercizio di critica radicale è una "mente straight" (una "mente etero"), che segue la logica binaria secondo cui, scrive l'autrice, «tu sarai eterosessuale o non sarai». La strategia argomentativa che Wittig utilizza per mettere in scacco tale logica è, in un certo senso, antitetica a quella utilizzata da Rich. Se per Rich le relazioni politiche tra donne femministe appartengono al continuum lesbico, per Wittig autorappresentandosi come donne e uomini, lesbiche e gay continuano a pensare con la mente straight e contribuiscono al mantenimento dell'ordine eterosessuale. La conclusione di Wittig è drastica: «sarebbe scorretto dire che le lesbiche si associano, fanno l'amore, vivono con le donne, perché "donna" ha un significato solo nei sistemi eterosessuali di pensiero e nei sistemi economici eterosessuali. Le lesbiche non sono donne (non è più una donna chi non è in relazione di dipendenza personale con un uomo).¹²⁹

8 Cosa ostacola il patriarcato: Libertà sessuale e libertà di genere

8.1 Sesso, genere e discriminazioni

Se il patriarcato è dominio assoluto degli uomini sul mondo, certamente tale significato non può tollerare alcun tipo di libertà, né tantomeno quella sessuale o di

¹²⁹ Da <https://www.intersexioni.it/eterosessualita-obbligatoria-ed-esistenza-intersex/>.

genere. Per capire bene perché il patriarcato fa sì che non si accettino le libertà sopra citate, è bene capire la differenza tra sessualità e genere.

La fase più recente del dibattito dei diritti delle donne si è consolidata nella prospettiva del cosiddetto “empowerment”¹³⁰, a cui potrebbe essere ricondotta la riforma dell’art. 51 della Costituzione italiana.

Da molti anni ormai nel linguaggio giuridico è stato inserito il termine “gender” accanto o in sostituzione del più tramandato riferimento al sesso, soprattutto in normative quali quelle sull’eguaglianza e, non di minore importanza, sulla non discriminazione. Nonostante nel linguaggio corrente i due termini “sesso” e “genere” siano utilizzati in maniera interscambiabile, il loro significato è piuttosto differente: il primo si riferisce ad un ambito corporale, il secondo, al contrario, a una scelta personale.¹³¹

Come gli studi scientifici e filosofici hanno studiato:

Sesso indica il fenomeno empirico e la condizione naturale (intesa in senso biologico) della differenza fisica uomo/donna (si parla di differenza sessuale); gender indica la rappresentazione psicologico simbolica, il condizionamento sociale e la costruzione storico culturale dell’identità maschile/femminile (a prescindere dalla considerazione della natura).¹³²

Insomma, citando una famosissima frase di Simone de Beauvoir frequentemente citata nei gender studies, “donna non si nasce, lo si diventa”: di conseguenza, se il sesso designa un essere, donne o uomini, come dato, invece il genere rappresenta un divenire, maschio o femmina. In molte decisioni giurisprudenziali i due termini sono interscambiabili, al contrario che negli atti normativi, in cui accanto al termine “sesso” è negli ultimi anni evidenziata anche la nozione di “orientamento sessuale” o di “tendenza sessuale”.

Le differenze sul piano significativo dei termini “sesso” e “genere”, oppure “sesso” e “orientamento sessuale” hanno posto alcuni interessanti problemi giuridici,

¹³¹ L.PALAZZANI, *Identità di genere?*, San Paolo edizioni, Cinisello Balsamo, 2007, p. 30.

¹³² *Ibidem*.

soprattutto in ambiti quali i diritti delle persone transessuali. In tal senso, è utile confrontare alcune delle prime decisioni, risalenti alla metà degli anni '80, quale la Sentenza n. 161 del 1985.

Il problema affrontato dalla Corte costituzionale riguardava la richiesta di modificare i dati anagrafici di una persona, poiché aveva deciso di modificare i suoi caratteri sessuali. Il problema è stato in seguito disciplinato dal legislatore con la legge n. 164 del 1982, che consente la modifica dei dati anagrafici non soltanto nei casi di indeterminatezza sessuale o intersessualità che a volte si riscontrano alla nascita, ma altresì quando il corpo ha un sesso determinato, ma la persona soffre di psicosessualità, ossia sente di appartenere al sesso diverso da quello del suo corpo. La Corte costituzionale, con la citata sentenza, ha appoggiato le scelte del legislatore. Tra i vari concetti della Corte esplicitati nella sentenza, può essere utile citare il seguente: “Concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che [...] viene conferito rilievo non più esclusivamente ad organi genitali esterni [...] ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale”. In altre parole, il concetto di identità sessuale esplicito dalla Corte è quello di “dato complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando — poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa — il o i fattori dominanti”.

Con questa considerazione, la Corte scrive che la scienza medica afferma che “il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo “naturale” modo di essere”. Nel caso specifico della sentenza, la rettificazione dei dati all'anagrafe sarebbe una conseguenza dovuta al termine di un lungo processo medico e legale, in cui hanno molta importanza sia le opinioni dei medici sul piano psicofisico sia quelle dell'autorità pubblica: un dettaglio non irrilevante della legge, infatti, è che essa esige un'autorizzazione del giudice, senza la quale non è possibile l'intervento chirurgico volto ad adeguare il soma alla psiche.

8.2 *La posizione di Marta Cartabia*

È essenziale osservare che proprio in ambito di diritti dei transessuali, è avvenuta la rottura tra “sesso” e “genere”, ossia tra identità del proprio corpo e quella di ruolo psicologico, che è anche alla base dell’omosessualità. Senza un divorzio tra genere e sesso sarebbe stato inimmaginabile il successo delle richieste di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali. Al contrario, ammesso che si possa scegliere indifferentemente di interpretare il ruolo maschile o femminile del tutto a prescindere dal proprio sesso, ossia all’infuori dal fatto di essere nati sessualmente come uomini o donne, allora è certamente giuridicamente possibile la scelta di legarsi con individui di sesso diverso o dello stesso sesso, dunque di essere eterosessuali o omosessuali: è per questo motivo che nasce la richiesta del riconoscimento delle unioni civili.

In sintesi, la quesitone è la seguente: se l’ordinamento deve tutelare le libertà di genere senza dovere contemplare il sesso (il caso dei diritti dei transessuali e dei transgender), dunque l’ordinamento deve anche proteggere gli affetti e le convivenze che essi desiderano costruire, senza distinguere chi siano i partner o le loro preferenze sessuali. D’altronde l’identità appartiene profondamente alla dimensione relazionale e intima della persona. È per tale ragione che ogni trasformazione dell’identità si riflette inmancabilmente sulla capacità di accogliere l’altro da sé, considerando che ciò che appare come essere una nuova identità, è sempre e solo stata l’unica.

Storicamente, quindi, i diritti dei transessuali hanno portato alla deprezzamento del “dato corporale” per valorizzare la “scelta di genere”; l’attenzione su scelte e individuali ha aperto il tema del riconoscimento giuridico delle forme di convivenza affettiva diverse dalla famiglia, in particolare per le coppie omosessuali; il principio di non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale comincia a premere per una parificazione delle unioni civili al matrimonio. Le caratteristiche di fondo del movimento oggi in atto — in concomitanza dei nuovi diritti della più recente generazione — si fondano su due principi fondamentali: il diritto alla privacy, quale diritto che garantisce e solidifica l’autonomia individuale, e il principio di non discriminazione, quale specificazione dell’ampio principio di eguaglianza.

Dove trova origine questo nesso che si osserva nella prassi e nella giurisprudenza tra la libertà intesa come autonomia individuale e eguaglianza che si esplica in non discriminazione? Implicitamente o esplicitamente si ritiene infatti che il principio di autonomia o autodeterminazione individuale si possa esplicitare in un ordinamento giuridico composto da leggi “neutrali” rispetto alle scelte di ciascun individuo. Affinché tutte le scelte personali possano essere egualmente permesse e rispettate sarebbe utile una cornice legislativa neutrale, che non contenga alcuna opzione discriminata o privilegiata. L’ambiente ideale per il soggetto che si vuole autodeterminare deve essere asettico, schermato da qualsiasi interferenza esterna. Sul piano giuridico, autodeterminazione individuale e neutralità potrebbero equipararsi: la prima spiega una caratteristica essenziale e liberale del soggetto, la seconda descrive una qualità delle istituzioni, poiché essenziale e necessaria per le istituzioni liberali.

Dunque l’ordinamento giuridico deve assicurare la parità di trattamento e la non discriminazione non perché vuole essere neutrale (o indifferente) rispetto ad un determinato gruppo, ma poiché vuole farsi carico delle esigenze di quel dato gruppo, in quanto meritevole di speciale protezione. Lo strumento per far questo, ossia il principio di non discriminazione, produce effetti neutralizzanti, ma la sua ratio è un giudizio di valore. L’ordinamento che decide di non discriminare non è di fatto un ordinamento che si astiene, al contrario è un ordinamento che interviene; non è un ordinamento equidistante, ma uno che opera delle scelte di valore.¹³³

9 Sessualità di genere e patriarcato

La sessualità maschile si manifesta in maniera paradigmatica nella violenza sessuale, che incarna l’ipotesi limite di un immaginario sessuale in cui la coercizione non è un elemento accidentale ma elemento costitutivo. Brownmiller scrisse che la subordinazione sessuale della donna si diffonde nelle relazioni sociali, nei rapporti intercorrenti tra uomo e donna, nel modo in cui essi comunicano e si concedono

¹³³ M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di uguaglianza e non discriminazione*, in Ead, *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011.

reciprocamente: quest'ultima tipologia, difatti, è solo la base di una libertà apparente, che, nella realtà, non esiste. Il mondo del diritto partecipa a questa asimmetria: il punto di vista giuridico che si autorappresenta come universale e, dunque, imparziale è, in realtà, quello del potere maschile. Importante sottolineare, a tal proposito, Rivelativo è, in questo senso, secondo MacKinnon, il modo in cui il diritto ha dato vita alla categoria del consenso in ambito sessuale. La legge ritiene che non ci sia solo se vi sia l'uso della coercizione fisica tra i due soggetti: nei fatti, quando l'uomo abbia adoperato la forza per ottenere un rapporto sessuale con una donna, ovvero nell'ipotesi in cui ella abbia opposto una resistenza fisica ai suoi approcci.

È in tal modo che il diritto si occupa di costruire e contemplare solo una versione della realtà parziale, ossia la violenza sessuale analizzata dal punto di vista del carnefice, non della vittima. Difatti, l'ordinamento giuridico condanna la coercizione solo nel caso limite: quando, dunque, essa non sia sinonimo di forza fisica, e lo strumento giuridico non riesce a categorizzare come "violenza" un atto privo di forza fisica concreta. Al contrario, il rapporto potrebbe sembrare normale, o comunque tollerabile, e dunque che vi sia stato, a monte, il consenso di una donna. Questo dato per la MacKinnon è inaccettabile, ed ha scelto di occuparsi, a tutela dei diritti delle donne, anche di molestie sessuali, con una riforma assai importante nel mondo del diritto.

La riforma in materia di molestie sessuali ha avuto un grande merito: quello di determinare il pensiero di ingiustizia della molestia, legittimarne la tutela all'interno della società, a categorizzare una pratica considerata come "normale" per le donne come un atto di ingiustizia grave con il quale non dovere mai convivere.

Quello della MacKinnon può essere considerato un femminismo della differenza sui generi, poiché si distanzia notevolmente dalle essenzializzazioni della differenza elaborate dalla Giligan, considerato che queste rischierebbero di fornire una legittimazione e, dunque, giustificazione alla discriminazione contro le donne.

Al contempo la Mackninnon sceglie di allontanarsi anche dal femminismo della differenza "egomonico" e del post-femminismo, poiché considerati dalla stessa poco efficaci sul piano giuridico.

È necessario affermare, in conclusione, che il femminismo giuridico e filosofico può e deve occuparsi della prospettiva di genere sotto diversi punti di vista. In primis, poiché è imprescindibile mettere in evidenza che, all'interno della fattispecie, possano nascondersi discriminazioni, ingiustizie e silenzi della norma. Il diritto non può e non deve essere maschile. Lo è stato e lo è per certi aspetti anche ora, poiché elaborato da uomini. Per quest'ultima ragione, se si parla di diritti delle donne si possono elencare diversi problemi giuridici ancora irrisolti.

Il primo riguarda i contenuti stessi del diritto, poiché occorre verificare in che misura esso sia sessista, maschile e sessuato¹³⁴. Non soltanto il femminismo giuridico allora, ma la riflessione femminista tout court possono dare il loro contributo per demolire le coperture ideologiche e gli stereotipi di genere che possano condizionare il mondo giuridico, e mettere in evidenza che non sempre il diritto assume una prospettiva neutrale, ma che la neutralità costa fatica, coraggio e audacia.

Il femminismo può certamente condizionare *in meius* il punto di vista giuridico sulle molteplici modalità con cui la sessualità può manifestarsi, elaborando politiche di diritto che contemplino davvero ogni ipotesi, senza che nessuna di essa possa essere sminuita o devalorizzata. Qualsiasi caso in cui avvenga una violenza o un potere sessuale esercitato non deve essere trascurato, poiché ciascuno di questi atti è figlio del patriarcato, che deve essere debellato a partire dalle circostanze nelle quali è generato (famiglia, lavoro, società, etc.).

In tal senso, il secondo problema non può che riguardare il piano dell'efficacia delle norme: anche qualora esse si ponessero in contrasto con fattori antidiscriminatori, è sempre possibile che esse siano disapplicate, ovvero aggirate ed eluse. Ecco dunque, per concludere, che tutelare i diritti delle donne significhi certamente entrare nel merito di ogni questione meritevole di tutela creando leggi ad hoc, ma, soprattutto, dovere verificare che tali leggi siano attuate.¹³⁵

¹³⁴ La sociologa inglese Carol Smart ha messo in evidenza come la prospettiva femminista relativa al diritto sia giunta a tre diverse conclusioni, che possono essere enunciate schematicamente così: il diritto è sessista; il diritto è maschio, il diritto è sessuato. La prima frase denuncia le discriminazioni che il diritto esplicitamente opera a favore delle donne; la seconda mette in evidenza il carattere intrinsecamente maschile del diritto, la terza supera lo schema binario uomo/donna e mette in evidenza come il genere metta in forma il diritto.

¹³⁵ A. CAVALIERE, *La comparsa delle donne. Uguaglianza, differenze, diritti*, Fattore Umano, Roma 2016.

CAPITOLO IV

LA DISPARITA' DI GENERE E INEGUAGLIANZA NEL MONDO DEL LAVORO: LA PARI OPPORTUNITA' E LA TUTELA DELLA DIVERSITA'

1 La disparità di genere nel mondo del lavoro

L'articolo 37 della Costituzione sancisce che:

La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore.” Ed all' articolo 51 “Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza”. Ciò che nella costituzione è indicato come sesso, a seguito di tutte le normative comunitarie, che saranno trattate nei prossimi paragrafi, adesso è indicato come “genere.

Dunque, è pacifico considerare che tutte le discriminazioni di genere in ambito lavorativo sono vietate e sanzionate dall'ordinamento italiano.

Nonostante siano trascorsi molti, troppi anni, dall'entrata in vigore della costituzione, parlare di discriminazione di genere nel mondo del lavoro non è un argomento lontano dalla realtà odierna.

Infatti, uno dei temi maggiormente sensibili, in tema di uguaglianza e pari opportunità, è quello legato ai generi.

1.1 Definizione

Il principio di parità tra uomini e donne presume che le donne abbiano diritto ad avere accesso a qualsiasi lavoro in condizioni di parità con gli uomini ed il diritto ad un trattamento identico per un lavoro eguale ovvero equivalente. Solo dal 1966 è stata ammessa l'opportunità per le donne di accedere al pubblico impiego, e gradualmente il diritto si è sviluppato fino all'attuale provvedimento che ne riconosce il diritto anche alla carriera militare¹³⁶.

L'art. 37 della Carta Costituzionale afferma che:

La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. La legge stabilisce il minimo di età per il lavoro salariato. La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione.¹³⁷

In attuazione del principio di uguaglianza sancito dall'art.3, la norma vieta qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e, perciò, stabilisce l'assoluta parità tra lavoratori e lavoratrici per quanto riguarda l'accesso e le opportunità di lavoro, la retribuzione e le possibilità di carriera. Per rafforzare questo principio è previsto il divieto di licenziare le lavoratrici a causa del matrimonio durante il periodo della gravidanza e del puerperio.

Originariamente le condizioni di lavoro dei minori e delle donne (considerati categorie deboli) erano equiparate e ricevevano, perciò, il medesimo trattamento. In realtà, si applicava loro una disciplina che mortificava i diritti e le specifiche capacità sia delle donne lavoratrici, sia dei minori prestatori di lavoro. Con la Costituzione, si è

¹³⁶ D.lgs. 28 gennaio 2000.

¹³⁷ Art. 37 costituzione.

cominciato a puntare l'attenzione sulla necessità di assicurare la parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici, salvaguardando queste ultime nel loro naturale ruolo di madri.

Il principio di parità prevede il divieto di discriminazione tra i due sessi:¹³⁸

- nell'accesso al lavoro, con qualunque tipo di assunzione ed in qualunque settore;
- nella formazione professionale;
- nella carriera professionale;
- nel tipo di lavoro che viene affidato;
- nella retribuzione;
- nel licenziamento;
- nelle condizioni di lavoro;
- in ogni altro aspetto del rapporto di lavoro.

2 Lotta femminista alla disparità di trattamento nel mondo del lavoro

Nel 1792, la scrittrice britannica Mary Wollstonecraft¹³⁹ pubblicò *“La rivendicazioni dei diritti della donna”*, dando un colpo potente nella battaglia per l'emancipazione della donna dalla vita domestica. Il saggio in questione era una ribellione contro gli illuministi, quali Jean-Jacques Rousseau, che non includevano le donne nei loro ideali libertari.

Secondo l'autrice, le donne erano realmente di fatto inferiori, poiché relegate nella sfera domestica, costrette a essere “giocattoli e trastulli”¹⁴⁰. La società insegna solo che il matrimonio, il giudizio maschile e l'aspetto esteriore, per loro, dovessero essere gli aspetti più importanti per la realizzazione personale. Dunque, la femminista

¹³⁸ L. n. 903/1977 e l. n.125/91 art.4, come modificato dall'art.1, lett.a e e b) d.lgs. n.145/2005

¹³⁹ Femminista e radicale aglo-irlandese. Le sue opere principali sono *“Thoughts on the Education of Daughters”*, *“A Vindication of the Rights of Men”* e *“Rivendicazione dei diritti della donna”*.

¹⁴⁰ M. WOLLSTONECRAFT, *Rivendicazione dei diritti della donna* (1792), cit.

descrisse il matrimonio come una forma di sostentamento, come se fosse una sorta di prostituzione. Questo poiché sovente avveniva che una donna si sposasse per mancanza di mezzi, e che, per tali ragioni, la donna si sentisse umiliata per la dipendenza economica dal marito, diventando una schiava.

Il lavoro femminile, infatti, nel XVIII secolo era sempre e solo domestico, e chi usciva dalla casa, come le lavandaie, lavorava fino a spezzarsi la schiena per una paga misera. In sintesi, la fine delle differenze sociali avrebbe portato alla conclusione delle differenze lavorative.

All'inizio del XIX secolo, con l'evolversi della rivoluzione industriale (1760-1840), le donne iniziarono a indagare la loro posizione per cui il lavoro produttivo rivestiva un ruolo sempre più essenziale. Il filosofo e socialista utopico Charles Fourier (che coniò per primo il termine "femminismo"), auspicava un nuovo ordine basato sull'autonomia di cooperazione di donne e uomini, considerati pari.

Secondo Charles Fourier, le donne dovevano avere accesso a ogni professione e scegliere in base alle attitudini personali, alle capacità e agli interessi. Riteneva il loro contributo cruciale per la riuscita della realizzazione di una società produttiva ed efficiente.

Tra i seguaci del pensiero di Charles Fourier, di rilievo è certamente Margaret Fuller, giornalista americana. La scrittrice aggiunse la sua voce con la pubblicazione nel 1845 di "Woman in the Nineteenth Century", in cui si racconta di una società incentrata sulle donne aventi pari diritti lavorativi degli uomini. Pur accettando le differenze fisiche tra i sessi, Fuller rifiutava gli attributi di genere: "Non esiste un uomo completamente mascolino né una donna puramente femminile", così scriveva l'autrice.¹⁴¹

Furono queste le donne che orientarono l'emancipazione femminile in Europa e negli Stati Uniti, e nella seconda metà del diciannovesimo secolo un nuovo afflusso avrebbe inciso molto per le sorti delle donne, mettendo i governi nelle condizioni di dovere ascoltare. A differenza del primo movimento femminista, in cui le donne appartenevano perlopiù alla classe media, l'imponente crescita delle imprese e della

¹⁴¹ M. MULLER, *Woman in the Nineteenth Century* (1843), Dover Pubns, Mineola, 1999.

burocrazia alimentò la richiesta di stenografe, copiste e contabile colte della classe operaia e medio-bassa (tutte mansioni, fino a quel tempo, maschili).

Nonostante l'entusiasmo di queste ondate, e nonostante le donne ora potevano sentirsi un gradino più su rispetto al passato, il lavoro femminile era ancora considerato non importante quanto quello maschile. Questo poiché il lavoro femminile era caratterizzato da bassa retribuzione e scarso prestigio sociale.¹⁴²

“Nella mente degli uomini un certo sentimento verso le donne è equiparabile a quello verso gli schiavi”¹⁴³.

3 Normativa antidiscriminatoria nel mondo del lavoro

Si è avuto modo di annotare, nei paragrafi precedenti, la ferma evoluzione che il sistema giuridico ha conosciuto nell'era Repubblicana, a seguito dell'emanazione della Costituzione del 1948.

In quella sede, la più alta ed autorevole dell'intero sistema, venne non solo asserito, in seno ai principi generali, il tema dell'uguaglianza e della non discriminazione, ma venne altrimenti individuato un criterio discretivo generale in materia di accesso ai pubblici uffici e di equilibrio nelle relazioni di genere. Non solo, ma il principio di non discriminazione, nella lettura evolutiva successiva, venne progressivamente sganciato dalla sua dimensione naturale (concetto di sesso in senso biologico), per approdare su territori in precedenza impensati, direttamente inferenti la persona umana, in tutte le sue espressioni e possibili modalità. Si pensi al tema dell'omosessualità ovvero a quello, ancora più avanzato, della transessualità, della trasformazione della condizione biologica da un genere all'altro e/o della mutazione dello stato anagrafico. In questo senso, il tema della non discriminazione ha, in qualche modo, oscurato il suo movente originario, legato a fattori biologici e di genere, per approdare a livelli più sottili e permeabili, legati a fattori psicologici ed indentitari. In questo senso, è stato introdotto il tema della “vulnerabilità”¹⁴⁴.

¹⁴² McCANN H., CARROL G., DUGUIS B., GEHRED K., KIRILLOVA L., KREMER A., SMITH HOLMES M., WEBER S., MANGANL., *Il libro del femminismo*, cit., p. 41.

¹⁴³ M. FULLER, *Woman in the Nineteenth Century*, cit.

¹⁴⁴ P. PAROLARI, *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerement*, cit.

Interessante, nella riflessione di Paola Parolari, è il concetto di sedimentazione della differenza, che diventa movente di vulnerabilità e discriminazione non in sé, ma in quanto assunzione culturale ed identitaria della società costituita. In questa ottica, l'autrice ha avuto modi di individuare due livelli di vulnerabilità: la *situational vulnerability* e la *pathogenic vulnerability*¹⁴⁵. Nel primo caso, si ottiene una visione statica del problema e lo si raccorda alle “condizioni personali, sociali politiche, economiche di specifici individui e/o gruppi”. Nel secondo caso si ha un approccio dinamico e si allude “ai possibili effetti escludenti, discriminatori e oppressivi derivanti dall’assetto delle istituzioni (sociali, politiche, giuridiche) o da relazioni intersoggettive caratterizzate da forme di abuso e sfruttamento”. Tale secondo approccio focalizza i fenomeni in cui le differenze trovano sedimentazione nella società e di concluderne che “una società che discrimina sistematicamente alcuni soggetti li rende vulnerabili”¹⁴⁶. Tale approccio consente, altresì, di introdurre il concetto di “stereotipi”, categoria sociale che viene vissuta, d’ordine, quale fattore neutro ma che, in realtà, finisce per essere il contenitore silente ed invisibile, in quanto introiettato culturalmente dalle società, dei processi di discriminazione. Uno di questi stereotipi è il sistema di ‘dominio maschile’ sulle donne, quale fonte di discriminazione progressiva ed invasiva nella scala sociale. In questo senso, “la discriminazione nei confronti delle donne non si esaurisce in una ‘semplice’ disparità di trattamento, ma affonda le proprie radici in un sistema di dominio maschile che si rivela tanto più subdolo e difficile da smantellare quanto meno è percepito come tale, per effetto di quella che è stata definita ‘violenza simbolica’”¹⁴⁷. Ebbene, lo stereotipo, in quanto fonte, per via derivativa e progressiva, di discriminazione, costituisce materia di specifica riflessione e disciplina, in un’ottica di contrasto e regolarizzazione del processo. Ciò in ragione del fatto che lo stereotipo, in quanto fenomeno umano diffuso, finisce per avere riflesso e custodia in un assetto ordinamentale specifico che,

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Ivi, p. 95

¹⁴⁷ Ivi, pp. 96-97.

paradossalmente, finisce per essere lo strumento giuridico, ma anche etico, di un impianto discriminatorio diffuso. Ed invero, come insegnano Cook e Cusack, 2010,

Gli stereotipi, in generale, non svolgono soltanto una funzione statistico-descrittiva ma anche normativo/prescrittiva e, in un certo senso, costitutiva¹⁴⁸. La precisazione psicologica e sociologica è assai opportuna, giacché gli stereotipi di genere “vengono interiorizzati sin dalla prima socializzazione nell’infanzia (tanto in famiglia come a scuola) e confermati poi costantemente nell’interazione sociale nel corso di tutta la vita”¹⁴⁹. D’altra parte, fu proprio John Stuart Mill¹⁵⁰ a contestare il concetto di dominio maschile e soggezione femminile, dovuto alla natura di questa, segnalando invece come esso fosse “il logico prodotto di un preciso contesto storico, culturale e sociale”¹⁵¹.

Osserva J.S.Mill che:

È d’uopo possedere la più approfondita cognizione delle leggi della formazione del carattere per aver diritto di affermare che v’ha una differenza ed a più forte ragione per dire qual è la differenza che distingue i due sessi dal punto di vista intellettuale e morale¹⁵².

E’ esattamente frutto degli stereotipi l’assunzione di regole sociali, ma anche giuridiche, che dispongono e pretendono una distinzione dei ruoli sociali, che si traduce in discriminazione effettiva anche quanto ai diritti di accesso al mondo del lavoro. Esempio, al riguardo, è considerare che, sino all’anno 1963, in Italia, per disposizione di legge, non era consentito alle donne di accedere in Magistratura, evidentemente quale riflesso della vulgata che vuole le donne naturalmente emotive e compulsive.

In questo senso, lo stereotipo ad *excludendum*, si avvale di un elemento insidioso e strisciante, ovvero l’autoesclusione del soggetto discriminato, esso stesso vittima del processo di sedimentazione della differenza. Sul tema si è intrattenuta, recentemente,

¹⁴⁸ Ivi, p. 97.

¹⁴⁹ E. GIANNINI BELOTTI, *Dalla parte delle bambine*, Feltrinelli, Milano, 1973.

¹⁵⁰ J. S. MILL, *La soggezione delle donne*. trad. it. di O. Bellini, Era Nuova, Perugia, 1998.

¹⁵¹ E. GIANNINI BELOTTI, *Dalla parte delle bambine*, cit.

¹⁵² J. S. MILL, *La soggezione delle donne*, cit., pag. 47.

la più avveduta dottrina che ha avuto modo di asserire che la sedimentazione dello stereotipo, nonostante la sua base identitaria e culturale, costituisce materia di necessaria rimozione da parte del diritto positivo.

Afferma Paola Parolari: “Compito del diritto è...considerare violazione del principio di uguaglianza non solo la ‘rottura ingiustificata della parità di trattamento’ ma anche, e soprattutto, ‘ la persistenza di profonde ingiustizie radicate in norme e stereotipi...che strutturano lo stato, la società e il mercato, e che non risultano necessariamente evidenti ed intenzionali’”¹⁵³.

Il tema, tuttavia, è divenuto materia di disciplina ordinistica, soprattutto di rango internazionale. A partire dalla “Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne” (Cedaw) del 1979, fino alla c.d. “Convenzione di Istanbul”, ovvero la “Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica”, firmata l’11.5.2011 ad Istanbul. In particolare, l’art. 12 della Convenzione ha stabilito che è compito degli Stati “proteggere le donne da ogni forma di violenza e prevenire, perseguire ed eliminare la violenza contro le donne e la violenza domestica”. Rientrano in questo ambito, altresì, le definizioni contenute nella Direttiva 2006/54/CE riguardante l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego (art. 2).

Sul punto, è utile segnalare la difficoltà di scardinare, anche a livello di giurisprudenza orientata, l’efficacia pervasiva di uno stereotipo discriminatorio. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, ad esempio, ha avuto difficoltà di cogliere profili discriminatori nella legislazione spagnola ed austriaca, e, in materia di diritti pensionistici, cristallizzavano evidenti elementi di discriminazione indiretta, quali sono, ad esempio, le norme che contengono elementi di penalizzazione verso chi opta per il part time, piuttosto che per il full time, atteso che il ricorso al primo caso è diffusamente appannaggio delle donne. In tali casi, tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto non

¹⁵³ P. PAROLARI, *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment.*, cit., p. 101.

sussistere un elemento discriminatorio di tipo stereotipo, osservando la sussistenza del diritto di libertà di scelta tra i due generi, senza distinzioni pregiudiziali¹⁵⁴.

Infine, mette conto richiamare, ancora, l'art. 51 della Costituzione che, sin dal 1948, ha prescritto che “tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”.

Notevole, in un'ottica di intensificazione del processo di uguaglianza sostanziale, è l'aggiunta dovuta a legge costituzionale n 1 del 2003, a mente della quale “A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne ed uomini”. Segno, questo, che va a scavare anche nella dimensione delle vulnerazioni dovute non già ad azioni intenzionali dirette, ma anche a quelle identitarie indirette, quali risultano, ad esempio, dagli stereotipi discriminatori.

3.1 Codice delle pari opportunità

Il processo di uniformazione e parificazione dei genere, in ogni ambito, a partire da quello lavorativo, ha trovato, dopo le indicazioni di principio contenute nella Costituzione, il suo approdo sistemico e la sua sintesi più alta nel Codice delle pari opportunità, adottato con dlgs 11.4.2006 n. 198.

Il progetto istituzionale è perfettamente evidente sin dal primo articolo della norma, recante “Divieto di discriminazione e parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini, nonché integrazione dell'obiettivo della parità tra donne e uomini in tutte le politiche e attività”

In particolare, è prescritto:

1. Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni discriminazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo.

¹⁵⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14.4.2015, caso Cachaldora Fernandez; sentenza 8.5.2004, caso C.220/02.

2. La parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione.
3. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.
4. L'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività.

3.2 Ostacoli alla parità di trattamento

Tuttavia, a fronte di una rete di disposizioni, nazionali ed internazionali, acutamente orientate, la realtà evidenzia barriere, talvolta a base legale, talvolta legate a fattori sociali e culturali stereotipati, che limitano l'accesso delle donne al mondo del lavoro e comprimono le opportunità di conseguire una vera parità di genere. Pesa, sulle società occidentali e quella Italiana in particolare, il retaggio maschile, che pervade ogni ambito del vivere, da quello politico, a quello religioso, da quello economico a quello sociale e familiare.

In conseguenza di ciò, pur all'interno di un assetto normativo apparentemente protettivo e tutorio, la prassi racconta una diversa realtà, nella quale le ipotesi di discriminazioni fondate sul genere risultano ancora vibranti e, molto spesso, si tramutano in atti di violenza, morale, psicologica o addirittura fisica.

Basti pensare, ad esempio, alle disposizioni in materia di accesso alle carriere militari, in cui i requisiti fisici (altezza) vengono calibrati, esclusivamente, sul modello maschile. La conseguenza inevitabile è che, statisticamente, molte ragazze vengono predestinate all'esclusione, essendo la conformazione fisica tra i due sessi sensibilmente diversa per fattori endogeni. Stessa cosa vale per le prove attitudinali fisiche, congegnate a misura del maschio tipo, con conseguenti ingiuste e discriminatorie riduzioni delle opportunità di accesso a carico delle donne.

Posto quanto sopra, è del tutto evidente che l'eradicazione dei fenomeni discriminatori, sia diretti, sia indiretti, passa, oltre che da una legislazione avveduta

ed univoca, anche dalla predisposizione di strumenti di tutela giudiziaria idonei ad equilibrare le manifeste asimmetrie del sistema.

Uno degli ostacoli tradizionalmente frapposti al riconoscimento dei diritti dei lavoratori in generale e, più specificamente, delle lavoratrici sottoposte a discriminazione di genere, è quello della prova. In linea generale, come recita l'art. 2697 c.c., "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento". Sulla base di tale criterio generale, la lavoratrice discriminata, che voglia trovare tutela giudiziaria alle sue ragioni, è chiamata a provare il contenuto, il modo, il tempo, l'intensità e la forma delle discriminazioni. Tuttavia, l'ambiente di lavoro è, per definizione, un contesto scarsamente incline alla verità processuale. Ciò in ragione di un'evidente asimmetria che corre tra datore di lavoro, detentore di un formidabile potere di persuasione, e lavoratore, soggetto tradizionalmente debole, la cui domanda di giustizia viene sovente affidata a testi sottoposta a soggezione lavorativa.

Ebbene, uno degli strumenti per ovviare a tale difficoltà non poteva che essere affidato, con riferimento ai fenomeni di discriminazione di genere, ad un diverso assetto del meccanismo di prova.

E' così intervenuto l'art. 40 dlgs 198/2006, che ha posto una evidente attenuazione del carico probatorio a favore della lavoratrice discriminata, imponendo al datore di lavoro la dimostrazione in positivo dell'inesistenza di pratiche discriminatorie. Nel dettaglio, la norma ha stabilito che

Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione.

La norma è filiazione della direttiva n. 2006/54 CE in tema di opportunità nei rapporti di lavoro che, all'art. 19, prevede che:

Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta. 2. Il paragrafo 1 non osta a che gli Stati membri impongano un regime probatorio più favorevole alla parte attrice.

Tale direttiva, che raggruppa in un unico testo i principali contenuti delle direttive anteriori in tema di non discriminazione nonché certi sviluppi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con riguardo all'onere della prova, riproduce analoga disposizione già prevista dalla direttiva n. 80/1997, art. 4.

Tuttavia, per essere più precisi, non si tratta di una vera e propria inversione dell'onere della prova, in favore della lavoratrice discriminata, ma di una "attenuazione dell'onere della prova", come definita dalla Cassazione (Lav., 14.206/2013), tuttavia utile a perseguire i comportamenti discriminatori in ambito processuale. Tale principio, relevantissimo nell'ottica di rafforzare il potere giudiziale della lavoratrice discriminata, venne asserito anche in sede di giurisprudenza europea. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, investita della questione interpretativa con riferimento alla direttiva n. 80/1997 e nella decisione n. 104 del 21/07/2011 resa nella Causa C-104/10 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Ireland - (Manda) - Patrick Kelly/National University of Ireland - University College, Dublin -) al par. 29, ebbe ad osservare:

La direttiva 97/80 enuncia, all'art. 4, n. 1, che gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del suddetto principio ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta...In tal senso, incombe a colui che si ritenga leso dal mancato rispetto del principio di parità di trattamento, dimostrare, in un primo momento, i fatti che consentano di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta. Solamente nel caso in cui questi abbia provato tali fatti, spetterà poi alla

controparte, in un secondo momento, dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione.

In definitiva, in conformità con quanto previsto dal legislatore comunitario, può asserirsi che la disposizione abbia alleggerito l'onere probatorio a carico del ricorrente anche rispetto alla regola concernente le presunzioni di cui all'art. 2729 c.c., in quanto non ha richiesto il requisito di gravità della presunzione in materia di discriminazione ma solo della precisione e concordanza.

E' del tutto evidente, per chiudere, il cambio di prospettiva che sottosta a tale novità processuale. Il vero tema, in materia di discriminazione, è non solo l'affermazione di un principio contrario, ma anche la possibilità di coltivare giudiziariamente la bonifica dei diritti lesi, attraverso un processo che abbia, al suo interno, regole idonee a realizzarla. Da qui l'enorme importanza dell'art. 40 in commento.

Il tema è stato affrontato dalla Corte Costituzionale sin dal suo esordio operativo, con specifico riferimento all'incipit della norma: "tutti i cittadini sono uguali dinanzi alla legge senza distinzione di sesso". L'approccio è stato in una prima fase, timido, quasi didascalico. La Corte ha osservato:

E' da considerare, anzitutto, che la Costituzione trasformava radicalmente un sistema tradizionale che vigeva nelle leggi e soprattutto nel costume riguardo alla condizione giuridica della donna... Era naturale che, pur avendo posto il precetto dell'eguaglianza giuridica delle persone dei due sessi, i costituenti abbiano ritenuto che restasse al legislatore ordinario una qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici, anche nell'intento di meglio utilizzare le attitudini delle persone. Del resto, anche gli articoli 29 e 37 della Costituzione partono da un presupposto non ispirato ad un'assoluta e indiscriminata parità livellatrice fra uomini e donne: l'art. 29, deferendo alla legge di fissare i limiti a garanzia dell'unità familiare; l'art. 37, assicurando, a favore della donna, condizioni di lavoro consone alla sua essenziale funzione di sposa e di madre. E per quanto si tratti di un'altra materia e si tratti di una norma formulata in modo differente, può richiamarsi anche l'art. 52, secondo comma, il quale, nei riguardi del servizio militare obbligatorio, rinvia ai limiti e modi stabiliti dalla legge. Ora, non pare negabile che, in tali limiti e modi, possa comprendersi un trattamento delle donne diverso da quello degli uomini. Le disposizioni richiamate

hanno una nota comune: la riserva di legge; la stessa riserva di legge che é posta dall'art. 51 e dagli articoli 102, 106 e 108 della Costituzione. Si può concludere che una interpretazione sistematica delle norme costituzionali esaminate induce a far ritenere che le leggi ordinarie, che regolano l'accesso dei cittadini ai pubblici uffici (art. 51) e che regolano i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia (art. 102, terzo comma), possano tener conto, nell'interesse dei pubblici servizi, delle differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso, purché non resti infranto il canone fondamentale dell'eguaglianza giuridica.

Per il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, stabilito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione, le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali non possono essere assunte dal legislatore quali criteri validi per l'adozione di una diversa disciplina. Ma per quanto riguarda la differenza di sesso il principio va integrato con le norme della Costituzione in cui si fa riferimento al sesso o in cui si deve ritenere che la differenza di sesso assume rilevanza: artt. 29, 37, 51, 52, 102, 106, 108. Queste disposizioni hanno una nota comune: la riserva di legge.¹⁵⁵

Come è facile evincere, la Corte Costituzionale, a dieci anni dall'emanazione della Carta Costituzionale, risentiva ancora degli influssi di un sistema sociale e culturale affatto incline a considerare pacifica la pari opportunità tra gli appartenenti ai due sessi. Ed è rilevante che la Corte abbia operato tale attenuazione dell'inderogabilità del principio, affidandosi ad una lettura sistematica della Carta Costituzionale e della tecnica invalsa di riservare alla legge la determinazione di possibili diversità di trattamento.

Tuttavia, simili titubanze venivano decisamente superate dalla giurisprudenza successiva. La sentenza n. 422 del 1995, a proposito dell'accesso ai pubblici uffici, ebbe modo di affermare con nettezza che "l'eguaglianza non può avere significato diverso da quello della irrilevanza giuridica e dell'indifferenza del sesso ai fini considerati".¹⁵⁶ Il riferimento era in particolare, oltre che all'art. 3 1° comma, all'art. 51, primo comma, Cost., a mente del quale "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di

¹⁵⁵ Sentenza della Corte Costituzionale n. 56 del 1958.

¹⁵⁶ Sentenza della Corte Costituzionale n.42 del 1995.

eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”.¹⁵⁷ Tale lettura della norma costituzionale riflette, del resto, il significato letterale ed inequivoco delle formule adottate, al punto che appare quasi pleonastica la specificazione “dell’uno e dell’altro sesso”, essendo assorbente l’espressione “tutti i cittadini”. Tuttavia, appaiono comprensibili, aggiunge la sentenza, le preoccupazioni dei Costituenti, che non vollero mai demordere rispetto ad un *munus* di specificazione, come si evince dall’art. 48, in cui è precisato che “sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età”¹⁵⁸, tenuto conto del contesto storico, a mente del quale l’elettorato attivo e passivo era stato concesso alle donne, quale atto autenticamente rivoluzionario, solo nel 1945.¹⁵⁹

Una questione di estrema attualità, ancora, è stata quella delle “quote rosa”, ovvero le quote minime di presenza di entrambi i sessi all’interno degli organi politici istituzionali, elettivi e non.

Il tema delle quote rosa sorge in relazione alla risalente esiguità di presenze femminili nel mondo della politica e della governance economica. L’ordinamento giuridico stabilisce che, a partire dal 2012, i Consigli di Amministrazione delle aziende quotate e delle società a partecipazione pubblica dovessero essere composte per un quinto da donne, percentuale innalzata ad un terzo a partire dal 2015.¹⁶⁰ In questa medesima direzione, rilevanti sono gli interventi della legislazione in materia di quote da destinare ad entrambi i generi con riferimento alle liste elettorali in ogni ambito, oppure con riferimento alle presenze in seno alle Giunte Comunali. Il tema ha trovato ospitalità all’interno del Testo Unico sugli Enti Locali (TUEL), il quale ha previsto¹⁶¹ che gli statuti comunali abbiano onere di stabilire norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna e per garantire la presenza di entrambi i sessi nelle giunte. In particolare, è prescritto¹⁶² che il Sindaco nomina i componenti della giunta, nel rispetto del principio di pari opportunità tra donne e uomini, garantendo la presenza di entrambi i sessi.

¹⁵⁷ Art. 51 Costituzione.

¹⁵⁸ Art. 44 Costituzione, primo comma.

¹⁵⁹ D.lgs. 1 febbraio 1945, n. 23.

¹⁶⁰ Legge n. 120 del 2011.

¹⁶¹ Art 6 del TUEL.

¹⁶² Art. 46 comma 2 TUEL.

La successiva l. 56/2014, ha ulteriormente precisato che “nelle giunte dei comuni con popolazione superiore a 3.000 abitanti, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura inferiore al 40 per cento, con arrotondamento aritmetico”.¹⁶³ Sulla questione, è altresì intervenuta la giurisprudenza amministrativa che, stante l'inesistenza di un obbligo numerico per i comuni al di sotto di 3.000 abitanti, ha affermato che le norme dettate dai citati articoli 6, 46 e 47 del TUEL non devono essere considerate norme di mero valore programmatico, ma immediatamente precettive ed autosufficienti.¹⁶⁴ Ciò anche in relazione ai contenuti dell'art. 51 della Costituzione italiana, che eleva a principio inderogabile quello delle pari opportunità in materia di accesso ai pubblici uffici.

Il tema dell'uguaglianza è stato esplorato anche con riferimento all'ambiente familiare. In particolare, la sentenza n. 126 del 1968 ha chiarito che:

l'art. 3 Cost. tende ad escludere privilegi e disposizioni discriminatorie tra i cittadini e prende in considerazione l'uomo e la donna come soggetti singoli, che, nei rapporti sociali, godono di eguali diritti ed eguali doveri. Esso tutela la sfera giuridica della donna ponendola in condizioni di perfetta eguaglianza con l'uomo rispetto ai diritti di libertà, alla immissione nella vita pubblica, alla partecipazione alla vita economica ed ai rapporti di lavoro ecc. E la differenza di sesso è richiamata nel detto articolo con riferimento ai diritti e doveri dei cittadini nella vita sociale, e non anche con riferimento ai rapporti di famiglia”¹⁶⁵, atteso che l'art. 29, comma secondo, Cost. stabilisce che “il matrimonio è ordinato sulla uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Per quanto ne occupa, detta sentenza è tuttavia rilevante perché ebbe a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 559 c.p., che puniva l'adulterio della moglie e non anche quello del marito.

Il tema dell'infedeltà coniugale costituiva, in effetti, uno dei temi divisivi, al fine di registrare l'equilibrio del sistema giuridico in tema di genere. Della questione si erano ampiamente occupati il cinema, la letteratura, i racconti di costume, tutti affiliati ad

¹⁶³ Art. 1 comma 137, l. 56 del 2014.

¹⁶⁴ Consiglio di stato, n. 4626 del 5/10/2015.

¹⁶⁵ Sentenza della Corte Costituzionale n. 126 del 1948.

un criterio generale per cui l'infedeltà maschile andava tollerata e quella femminile severamente punita.

Il codice penale italiano ne aveva fatto materia di specifica disciplina, agli articoli 559 e 560. Per la moglie costituiva reato, punibile a querela del marito, il semplice adulterio, che vedeva punito anche il correo dell'adultera, con l'applicazione di un'aggravante specifica in ipotesi di *relazione adulterina*. Quando a commettere il reato era invece il marito, l'infedeltà veniva punita alla sola condizione che avesse ospitato la concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove.

Ebbene, la Corte costituzionale è stata ripetutamente chiamata ad affrontare il tema di questa disparità di trattamento. In un primo tempo aveva deciso per l'infondatezza della questione (sentenza n.64 del 1961). L'avvocatura dello Stato aveva sostenuto che «oggetto della tutela, nella norma dell'art. 559, non è soltanto il diritto del marito alla fedeltà della moglie, bensì il preminente interesse dell'unità della famiglia, che dalla condotta infedele della moglie è lesa e posta in pericolo in misura che non trova riscontro nelle conseguenze di una isolata infedeltà del marito».

La Corte, tornata sulla questione¹⁶⁶, ebbe a dichiarare incostituzionali i commi primo e secondo dell'art.559 c.p. (reato dell'adulterio semplice compiuto dalla moglie). Infine, con sentenza 3 dicembre 1969, n. 147, espunse anche i commi terzo e quarto dell'art 559 c.p. (reato di relazione adulterina della moglie), nonché l'intero art. 560 c.p. (concubinato del marito), in quanto forieri di impropria discriminazione a carico della moglie.

In tema di matrimonio, si segnala, ancora, la sentenza n. 138 del 2010 che, di non immediato interesse quanto al principio di uguaglianza, riveste un indubbio interesse. Essa asserisce che è inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143- bis e 156- bis cod. civ, in relazione agli artt. 2 e 117, primo comma, Cost, nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. Quanto all'inammissibilità in riferimento all'art. 2 della Costituzione, la Corte ha motivato segnalando che la stessa discendeva dalla necessità di una pronunzia additiva, non costituzionalmente consentita. In particolare, la Corte ha osservato che la disciplina

civilistica non è censurabile, di per sé, per il solo fatto di aver previsto un'unica modalità di unione matrimoniale. Tale parametro, difatti, non è in sé censurabile, dovendosi piuttosto registrare un vuoto di disciplina quanto all'eventualità e legittimità del matrimonio omosessuale, rispetto a cui il legislatore non si è posto il problema. In questo senso, è vero che l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, è parimenti vero che si deve escludere che l'aspirazione a tale riconoscimento, che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia, possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. In proposito, aggiunge la Corte, è sufficiente l'esame delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne conclude che, rebus sic stantibus, spetta dunque al Parlamento e non alla Corte Costituzionale, nell'esercizio della sua discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali, restando riservata alla Corte la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*). Infatti, in relazione ad ipotesi particolari, può riscontrarsi la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che la Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza. Quanto alla dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost, la Corte ha scrutinato, quali norme interposte, per il principio di specialità, l'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui "Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto"; e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea per il quale "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Tuttavia, secondo la Corte, entrambe le citate disposizioni, nell'affermare il diritto al matrimonio, rinviano alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Ne conclude che, al netto del riferimento agli uomini ed alle donne, nemmeno tale normativa impone la piena equiparazione

delle unioni omosessuali e delle unioni matrimoniali e consegna al contrario alle leggi nazionali ed alla discrezionalità del Parlamento l'esame della situazione.

Sempre riguardo al tema dell'uguaglianza riferito alle questioni di genere, interessante è la sentenza n.30 del 1983, secondo cui non può contestarsi l'interesse, giuridicamente rilevante, di ciascun genitore a vedere attribuito ai figli il proprio 'status civitatis'. In questo senso, l'art. 1, n. 1, L. 13 giugno 1912 n. 555, secondo il quale è cittadino per nascita il figlio di padre cittadino, è costituzionalmente illegittimo¹⁶⁷, per contrasto con gli art. 3, comma primo e 29¹⁶⁸, comma secondo della Costituzione, nella parte in cui non prevede che sia cittadino per nascita anche il figlio di madre cittadina.

Infine, interessante è la sentenza della Corte cost., 04/07/2006, n. 254, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, delle disposizioni preliminari al c.c. per violazione degli artt. 3, comma 1, e 29, comma 2, della Costituzione, in quanto, nell'individuazione della norma regolatrice dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, ove cittadini di nazioni diverse, privilegiava la legge nazionale del marito, realizzando una discriminazione nei confronti della moglie per ragioni legate esclusivamente alla diversità di sesso.¹⁶⁹

Dalla lettura dei precedenti costituzionali, è facile intuire la grave fatica che, sul piano giuridico, ma ancor prima sul piano sociologico, è stata necessaria per pervenire ad una condizione di conformità costituzionale del complesso sistema ordinamentale italiano. Tale meccanismo passa, anche, dall'opportunità di operare trattamenti normativi differenziati. Sul punto, è interessante l'annotazione della sentenza n. 109 del 26.3.1993:

Le azioni "positive" costituiscono il principale strumento a disposizione del legislatore per attuare il dovere - che l'art.3, comma secondo, Cost. assegna alla Repubblica - di assicurare uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico a categorie di persone socialmente svantaggiate, fundamentalmente quelle

¹⁶⁷ Art. n. 1, L. 13 giugno 1912 n. 555.

¹⁶⁸ L'art. 29 stabilisce il principio fondamentale della parità tra i coniugi, un principio che ha ricevuto consacrazione effettiva soltanto con la riforma del diritto di famiglia del 1975. (Il mio primo Codice civile).

¹⁶⁹ Sentenza della Corte Costituzionale n. 254 del 2006.

riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel primo comma dello stesso art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali); dette “azioni positive” - in quanto dirette ad equilibrare situazioni di sostanziale disparità di condizioni - comportano l’adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento stabilito nell’art.3, comma primo, Cost., ma esigono uniforme attuazione su tutto il territorio nazionale potendo altrimenti trasformarsi in fattori aggiuntivi di disparità di trattamento - talché il coinvolgimento dei soggetti di autonomia nei relativi programmi è costituzionalmente possibile solo all’interno di un quadro diretto a garantire un’effettiva coerenza di obiettivi e di comportamenti.¹⁷⁰

Tuttavia, la compiuta opera di sensibilizzazione culturale e giuridica, infusa dalla nettezza delle disposizioni tutorie composte all’interno della Carta Costituzionale, ha consentito di setacciare anche le sparute sacche di discriminazione ai danni delle persone di sesso maschile. In questo senso, la ricerca ha evidenziato plurimi interventi della Corte, utili a conformare il sistema giuridico anche sul versante opposto a quello tradizionale.

Si ricordano, sul punto, le sentenze:

- N. 341 del 1991, che ha cassato l’art. 7, primo comma, della legge 9 dicembre 1977, n. 903, poiché non consentiva al padre lavoratore, affidatario del minore ai sensi dell’art. 10 della legge 4 maggio 1983, n. 184, l’astensione dal lavoro durante i primi tre mesi successivi all’effettivo ingresso del bambino nella famiglia affidataria, in alternativa alla moglie lavoratrice, in contrasto agli articoli 3, 29, primo e secondo comma, 30, primo comma, 31 e 37 della Costituzione, che tendono ad una completa tutela dell’interesse del bambino attraverso la piena realizzazione dei principi di uguaglianza sostanziale dei coniugi e la loro paritaria partecipazione alla cura ed assistenza di questi.¹⁷¹

- n. 1 del 1987, sulla astensione obbligatoria dal lavoro in favore del padre naturale in caso di mancanza o di grave malattia della madre;

¹⁷⁰ Sentenza n. 109 del 26.3.1993.

¹⁷¹ Sentenza n. 341 del 1991.

3.3 Legislazione Comunitaria

Il tema merita di essere osservato con riferimento così alla legislazione comunitaria, come alla legislazione interna.

Il tessuto normativo dello spazio Europeo è certamente pervaso da norme tutorie che, in materia di discriminazione di genere, paiono particolarmente stringenti e vincolanti.

Nel riservare a successivo momento il richiamo alle disposizioni normative più impellenti e di stratificato effetto, giova focalizzare l'attenzione su alcuni momenti che, nel processo di sviluppo di una identità antidiscriminatoria dell'Europa, sono apparsi fondamentali.

La *Conferenza Ministeriale dei Diritti dell'Uomo*, svoltasi a Roma il 5 novembre 1990, ebbe a sottolineare, prendendo le mosse da una sorta di sordità rispetto ai valori ed ai principi enucleati nei trattati, la necessità di coltivare e preservare, in ogni modo, in ogni tempo ed in ogni luogo, il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo, a prescindere se civili, politici, economici, sociali o culturali.

Tale Carta ha schiuso alla successiva approvazione della *Carta Sociale Europea*, aperta alla firma a Torino il 18 ottobre 1991, novellata (Riveduta) a Strasburgo il 3.5.1996.

Ebbene, tale *Carta* ha sancito, in seno alla Parte I, art. 20, il diritto dei lavoratori alla piena parità di opportunità ed all'eguale trattamento:

- nell'accesso al lavoro;
- nelle condizioni di impiego e di lavoro (ivi compresa la retribuzione);
- nella tutela in caso di licenziamento e reinserimento professionale; d) nell'orientamento, nella formazione professionale nonché nelle progressioni di carriera, comprese le promozioni, senza distinzioni di sesso. Nell'incipit della norma, il principio è stato come di seguito delineato: "Tutti i lavoratori hanno diritto alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni fondate sul sesso".

Tale disposizione, patrimonio del diritto interno di tutte le Nazioni firmatarie, è stato inteso come “divieto di ogni discriminazione, diretta o indiretta, e dell’assoluta eguaglianza dei lavoratori, a prescindere dalla loro appartenenza al settore pubblico o a quello privato, senza distinzione per coloro che sono impegnati a tempo pieno o a tempo parziale”¹⁷².

In forza dell’art. 20 della *Carta*, gli Stati non solo devono garantire che l’uguaglianza costituisca valore costitutivo e costituzionale imprescindibile (dato per l’Italia pleonastico, stante l’assunzione dell’uguaglianza quale valore fondativo della Repubblica, ai sensi dell’art. 3 della Costituzione), , ma devono operare nel diritto interno a misura di rendere effettiva l’eguaglianza tra donne e uomini, in ogni ambito lavorativo e professionale.

La norma ha ulteriormente specificato l’estensione della sua prospettiva, prescrivendo che:

Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione, senza discriminazioni basate sul sesso, le Parti s’impegnano a riconoscere questo diritto ed a prendere adeguate misure per assicurare o promuoverne l’applicazione nei seguenti settori:

- a. accesso al lavoro, tutela in caso di licenziamento e reinserimento professionale;
- b. orientamento e formazione professionale, riciclaggio, riadattamento professionale;
- c. condizioni d’impiego e di lavoro, ivi compresa la retribuzione;
- d. progressione di carriera, ivi compresa la promozione.

L’implementazione della “Carta” ha generato una filiera di contributi ed iniziative, che hanno impegnato gli Stati nella loro dimensione istituzionale più alta.

Nell’anno 2010 è stato, invero, siglato il “Patto europeo per l’uguaglianza di genere” in seno al Consiglio, avente come orizzonte il decennio 2011-2020. In esso è stato affermato l’impegno dell’UE di abbattere le differenze tra i sessi nel lavoro,

¹⁷² T. MELE, *La discriminazione di genere nell’Ordinamento Italiano ed Europeo*, Altalex, 12.5.2020, disponibile al seguente link <https://www.altalex.com/documents/news/2020/05/12/discriminazione-di-genere>.

nell'educazione e nella protezione sociale, ponendo attenzione alla necessità di consentire alla donna di poter conciliare, senza diminuzioni lavoristiche di prospettiva, la vita lavorativa con quella familiare, di migliorare i servizi per l'infanzia nell'ambiente di lavoro, di introdurre modalità di lavoro flessibili.

Non solo, ma il "Patto" si è posto l'ambizioso obiettivo strategico di promuovere la partecipazione delle donne al processo decisionale, oltre che di avversare ogni forma di violenza contro le donne, sia in ambiente lavorativo che in generale in ogni contesto.

Sul piano più strettamente istituzionale, con la riforma del Trattato UE intervenuta a Lisbona, la *Carta dei diritti fondamentali* ha ricevuto il crisma proprio e tipico della norma vincolante.

Non solo, ma nel solco di un indirizzo normativo e culturale ormai invalso, ha caratterizzato la parità tra donne e uomini come uno dei cinque valori su cui si fonda l'Unione europea (art. 2 TUE), che la stessa Unione promuove come momento divisivo e caratterizzante delle sue azioni (art. 3 TUE e art. 8 TFUE). Il report delle precorse disposizioni consente di apprezzarne la potenza concettuale e la piena pervasività valoriale.

Recita l'art. 2:

L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

L'art. 3 comma 3 aggiunge: "L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore".

Infine, il Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), all'art. 8, dispone che "nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne."

D'altra parte, la tutela contro la discriminazione di genere ha trovato risalente riconoscimento nei contesti più alti e solenni, ovvero:

- la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo
- la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna;
- i Patti delle Nazioni Unite relativi ai diritti civili e politici e ai diritti economici e sociali;
- la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In tali atti giuridici, ciascuno con accenti e meccanismi diversi, è dato risalto al principio di unitarietà della dignità umana, da conseguirsi attraverso momenti fattoriali, al centro dei quali vi è, soprattutto, il principio di non discriminazione e di parità di condizioni tra i due sessi.

3.4 Legislazione Nazionale

Quanto al diritto interno, è di essenziale effetto muovere dalle prescrizioni Costituzionali.

Giova, in questa ottica, muovere dall'art. 3 che, in un'ottica di principio fondamentale, stabilisce che "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali." Interessante che il legislatore Costituzionale abbia inteso collocare al primo posto il tema delle distinzioni per motivi di sesso, in anticipo rispetto a quelle storicamente più avvertite, quali quelle correlate al credo religioso o politico, alle condizioni sociali o personali, all'appartenenza ad una razza o ad una lingua.

Fa eco all'art.3, l'art. 37 che, scrutinando più nel dettaglio l'universo lavoristico, annota che "La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire

l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”.

Trattasi di una norma precisa, univoca ed ineccepibile, tale da non lasciare margini a forme di esclusione e/o discriminazione fondate sul genere.

Infine, di rilevante impatto è l'art. 51 della Costituzione, a mente del quale “Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra uomini e donne.”

Anche in questo caso, echeggia la medesima tecnica legislativa che mosse l'art. 3 della Costituzione, per un verso orientato a fissare un principio (uguaglianza formale, primo comma), per altro verso finalizzato ad imporre alla repubblica un “facere” in funzione della effettiva realizzazione del principio medesimo.

Ebbene, medesimo approccio risulta in seno all'art. 51 che, finalizzato nella sua prima parte ad asserire le pari opportunità di accesso agli uffici pubblici di uomini e donne, nella seconda parte trova modo di impegnare la Repubblica a realizzare i più appropriati provvedimenti atti ad inverare il principio generale.

E' di tutta evidenza, dunque, che le pari opportunità in materia lavoristica tra uomo e donna costituiscono, per il legislatore costituzionale, una priorità assoluta, al punto da impegnarlo, in positivo, a rimuovere tutti gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione del fine.

In questa dimensione costituzionalmente orientata si iscrivono, così, la l. 1204/1971, finalizzata a tutelare, nello specifico, le lavoratrici madri, ovvero la l. 903/1977, globalmente indirizzata ad assicurare la *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*. E' esemplare riportare l'art. 1 della legge, a mente del quale “È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale.”

Tuttavia, di essenziale effetto furono le altre disposizioni contenute nel complesso normativo, concernenti il diritto alla parità retributiva e a criteri di classificazione comune (art. 2), il divieto di discriminazione in materia di attribuzione delle qualifiche e delle mansioni e di progressione nella carriera (art. 3), la parità in materia di cessazione dal lavoro (art. 4), le modalità di partecipazione delle donne al lavoro notturno ed divieto assoluto dall'inizio dello stato di gravidanza fino al compimento del settimo mese di età del bambino (art. 5), con l'aggiunta all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori dell'ultimo comma prevedente il divieto di discriminazione per ragioni politiche, religiose, di sesso, razza e lingua (art. 13). Il tutto corredato da una opportuna sanzione di nullità per patti o atti diretti a fini di discriminazione. Successivamente il D.Lgs. n. 216 del 2003, ha ulteriormente esteso l'indicata sanzione anche alle discriminazioni in base all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale e alle convinzioni personali.

Un rafforzamento della tutela discriminatoria tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale si è avuto con la L. 10 aprile 1991, n. 125 (che ha recepito la raccomandazione CEE 13/12/84 n. 635 che sollecitava gli Stati membri ad adottare misure a salvaguardia delle donne nell'accesso al lavoro e nello sviluppo di carriera professionale) che, in particolare, ha sancito il passaggio dal mero principio di parità di trattamento a quello di pari opportunità, specialmente attraverso la previsione delle azioni positive (art. 4) al fine di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità.

Tale norma ha innanzitutto introdotto la distinzione tra discriminazione diretta ed indiretta, prevedendo che costituisce discriminazione, ai sensi della L. 9 dicembre 1977, n. 903, qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando "anche in via indiretta" i lavoratori in ragione del sesso e che costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente alla adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino i requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa. Detta distinzione tra discriminazione diretta ed indiretta è stata trasfusa nell'art. 36 e ss. del codice delle pari opportunità tra uomo e

donna (D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, poi integrato dal D.Lgs. del 25 gennaio 2010, n. 5) che ha così disposto:

Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonchè l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga

ed al comma 2 che:

Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, 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.

Nel nuovo impianto legislativo, dunque, oggetto dei divieti di discriminazione non sono soltanto le leggi e gli atti negoziali (in particolare le pattuizioni, individuali e collettive, relative alle condizioni di lavoro e i negozi unilaterali di gestione del rapporto), illegittimi per il solo fatto che in essi si concreti l'applicazione di criteri di differenziazione vietati, ma anche i meri comportamenti ispirati a tali criteri, nei quali si configura al tempo stesso un inadempimento contrattuale e un illecito aquiliano, con conseguente responsabilità risarcitoria del datore nei confronti del prestatore di lavoro discriminato.

Il processo di effettiva parificazione tra uomo e donna, sul versante dei trattamenti normativi, ha avuto un deciso impulso nel dlgs 198/2006, recante "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005", n. 246. Trattasi di un complesso normativo dalla struttura giuridica assai solida, nel quale trovano posto così i meccanismi concettuali e valoriali, come i sistemi di controllo e monitoraggio e, per finire, gli strumenti, sia amministrativi, sia giudiziali,

finalizzati alla rimozione di ogni sorta di discriminazione fondata sul genere. In questa prospettiva, la norma ha costituito organi tutori specifici, organizzati secondo un criterio graduale e territoriale, in modo da fornire copertura massima al sistema di programmazione, proposta e controllo.

Valga, per tutti, riportare l'art. 1 del Codice:

1. Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni discriminazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo.
2. La parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione.
3. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.
4. L'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività.

4 Discriminazione di genere e maternità nel mondo del lavoro: CGUE, sez. I, 08.05.

Uno dei momenti divisivi nella relazione tra la donna e la società è il momento della maternità.

Trattasi di un punto di svolta formidabile che, al netto delle imperscrutabili valenze personali, genera un contributo straordinario sul piano sociale. Si pensi alle implicazioni di carattere demografico ed alle propulsioni addizionali che una nuova nascita procura, in termini di servizi sanitari, educativi, formativi, di prevenzione. Oppure a quelle di carattere cognitivo, elaborativo, produttivo, culturali,

antropologico, filosofico che ciascun essere umano è capace di sommare a quelle esistenti.

La nascita di una nuova vita, dunque, è un valore imprescindibile per la Comunità civile, non meno rilevante e divisiva di quanto non lo sia per i genitori e la madre in particolare.

D'altronde, sul piano concettuale e dei principi, la maternità costituisce un valore fondativo anche nell'approccio della Costituzione Repubblicana che, ancorché ignara della pluralità delle forme familiari poi emerse, ha saputo cogliere nella maternità e nella sua sacralità un tratto primario e non contendibile. Si pensi, ad esempio, all'inciso, contenuto nell'articolo 31, in cui è detto che la Repubblica "Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo", scollegando così il concetto di 'maternità' da quello di "famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29). La maternità è una e lo è sia all'interno del matrimonio che fuori dal matrimonio, qualunque ne sia la causa. Lo ribadisce il successivo art. 30 della Costituzione che, con intento trasversale, osserva che "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. (...) La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale (...)".

Il nodo centrale, dunque, non è il contesto in cui la maternità si sviluppa, ma la maternità in sé, per elezione e destino chiamata a rendere la vita possibile, evolutivamente sequenziale, antropologicamente originale.

Sul piano Costituzionale, peraltro e con riferimento specifico al mondo del lavoro, l'assioma concettuale trova sbocco in disposizioni perentorie e decisive.

L'art. 35 detta i tempi valoriali e stabilisce che "La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni", mentre l'art. 37, fornisce la sua chiave espansiva e dispone che "La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore". Infine, lo stesso art. 37, a proposito della lavoratrice, solennizza che "Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento

della sua fondamentale funzione familiare e assicurare alla madre ed al bambino una speciale protezione”.

D'altronde, non meno intenso è l'approccio, sul tema, del diritto internazionale e delle norme Comunitarie, come si è già precisato in altra parte. Si ricorda l'evoluzione che, sul tema della parità lavorativa, si è registrata a livello di legislazione comunitaria, ricordando che il Trattato CEE era partito da un principio di non discriminazione circoscritto all'ambito salariale, per poi approdare ad una visione di uguaglianza sostanziale estesa su tutti gli ambiti.

Si richiama, sul punto la “Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori”, adottata dal Parlamento Europeo a Strasburgo il 9 dicembre 1989, in tema di parità di trattamento tra uomini e donne, che ha severamente mutato il paradigma, non solo dal punto di vista giuridico, ma anche dal punto di vista culturale, etico e filosofico.

Ne dà testimonianza l'art. 16, che ha inteso stigmatizzare il principio per cui “Deve essere garantita la parità di trattamento tra uomini e donne e, con indicazione che sembra alludere ad un principio primigenio, Deve essere sviluppata l'uguaglianza delle possibilità”. Da qui, un'indicazione ‘sostanziale’, finalizzata a dedurre dal principio astratto la concretezza del reale: “A tal fine, occorre intensificare ovunque sia necessario le azioni volte a garantire l'attuazione dell'uguaglianza tra uomini e donne, in particolare in materia di accesso al lavoro, di retribuzioni, di condizioni di lavoro.”

Tali valori, a seguito del Trattato di Amsterdam del 1997, sono state trasfusi nel Trattato CE e, per esso, nell'ordinamento giuridico italiano, attraverso il rinvio che l'art. 117 comma 1 della Costituzione fa: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Inoltre, la ‘Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea’, proclamata al Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000, enuclea i diritti civili, politici, economici e sociali che competono ai cittadini europei ed a tutte le persone residenti

in Unione Europea. Posto che, ai sensi dell'art. 21, viene vietata ogni discriminazione fondata sul sesso, l'art.23 prescrive parità di trattamento “in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione”. A seguire, l'art. 33 della Carta è dedicato al tema della protezione della vita familiare e professionale dei lavoratori e stabilisce, a tutela della genitorialità, il divieto di licenziamento per un motivo legato alla maternità, il diritto ad un congedo di maternità retribuito e ad un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio “al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale”.

A fronte di un quadro così univoco, intenso e non contendibile, il dato effettuale, retaggio di comportamenti atavici e resilienti, presenta ancora una quadro preoccupante, nella misura in cui vi sono ambiti in cui, anche in forma indiretta ed apparentemente imperscrutabile, si assegna alla maternità una sorta di ostacolo al corretto approccio lavorativo in ogni sua fase:

- quella antecedente, in cui la maternità è solo possibile e/o immaginata;
- quella coincidente, in cui la maternità è in atto ed implica relazioni profonde con il rapporto di lavoro;
- quella successiva, in cui la maternità si è inverata ed è chiamata a confrontarsi con la realtà del lavoro.

Si pensi ai casi in cui l'accesso al lavoro, in forme più o meno dirette, viene condizionato dallo stato matrimoniale, familiare o di gravidanza, ovvero si consumino ostacoli alla carriera, anche in forma di demansionamento e\o omesso avanzamento.

Un recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁷³, pubblicata nella Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha attenzionato le discriminazioni indirette che possano trarsi dalle necessità legati all'impegno familiare delle lavoratrici, asserendo che

L'articolo 157 TFUE va interpretato nel senso che osta a una normativa che prevede che, quando un lavoratore assunto a tempo indeterminato e in regime di tempo pieno è licenziato nel momento in cui beneficia di un congedo parentale a tempo parziale, detto

¹⁷³ CGUE, sez. I, 08.05.2019 n. 486/18

lavoratore riceva una indennità di licenziamento e una indennità per congedo di riqualificazione determinate, quantomeno in parte, sulla base della retribuzione ridotta che questi percepisce al momento del licenziamento, nella situazione in cui un numero considerevolmente più elevato di donne che di uomini sceglie di beneficiare di un congedo parentale a tempo parziale e ove la differenza di trattamento che ne risulta non possa spiegarsi in base a fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.

In altri termini, non può costituire fattore discriminatorio, anche in fase di liquidazione del rapporto di lavoro, la circostanza che, in costanza dello stesso, la lavoratrice abbia optato per il tempo parziale, con ciò maturato minori risorse retributive e previdenziali da porre a base del conteggio delle indennità.

Per bene intendere, l'art. 157 TFUE recita come di seguito:

1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro.

3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

4. 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 prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività

professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

La sentenza è particolarmente interessante, perché coglie un profilo sottilissimo e quasi inavvertibile del processo di discriminazione di genere, legato alla maternità, ovvero l'impatto sugli esiti futuri di scelte operate ex ante, in funzione del corretto esercizio della genitorialità materna.

Ed invero, ancora più nel dettaglio, la CGUE coglie un profilo risalente e tradizionale nella gestione delle pratiche familiari, gravanti maggioritariamente e sociologicamente sulla lavoratrice piuttosto che sul lavoratore, di tal che sia la prima a propendere, in costanza di rapporto, per il il lavoro a tempo parziale e, dunque, per una minore retribuzione, il cui impatto, in definitiva, sarà, in ipotesi di licenziamento, sulla correlativa indennità, ovvero, in caso di pensionamento, sul correlativo trattamento di pensione.

La questione era giunta alla CGUE dalla Suprema Corte di Cassazione di Francia che, in via preventiva, aveva sollevato il tema se:

3) In caso di risposta affermativa all'una o all'altra delle due questioni precedenti, se l'articolo 157 [TFUE] debba essere interpretato nel senso che esso osti a disposizioni di diritto interno come quelle di cui agli articoli L. n. 3123 del 2013 del codice del lavoro, applicabile all'epoca dei fatti, e R. 1233-32 del medesimo codice, nella misura in cui un numero molto maggiore di donne che di uomini sceglie di fruire di un congedo parentale a tempo parziale e la discriminazione indiretta che ne deriva, sotto il profilo della percezione di un'indennità di licenziamento e di un'indennità per congedo di riqualificazione ridotte rispetto ai lavoratori che non hanno fruito di un congedo parentale a tempo parziale, non è giustificata da elementi oggettivi estranei a qualsiasi discriminazione.

La CGUE, per la verità, coglie un primo momento di anomalia, a tutela del lavoratore tout court, a prescindere dal genere e stabilisce che (par.54):

In tale contesto, la Corte ha statuito che la clausola 2, punti 6 e 7, dell'accordo quadro sul congedo parentale deve essere interpretata nel senso che essa osta a che, in caso di risoluzione unilaterale, da parte del datore di lavoro, senza un motivo grave o in violazione del termine legale di preavviso, del contratto di lavoro di un lavoratore assunto a tempo indeterminato e in regime di tempo pieno, durante un periodo in cui quest'ultimo fruisce di un congedo

parentale a tempo parziale, l'indennità dovuta al lavoratore sia calcolata sulla base della retribuzione ridotta che questi percepisce quando si verifica il licenziamento (sentenza del 22 ottobre 2009, Meerts, C-116/08, EU:C:2009:645, punto 56)...⁵⁸ Date queste premesse, la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale osta a una disposizione nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che implica che si prenda in considerazione la retribuzione ridotta che il lavoratore in congedo parentale a tempo parziale percepisce al momento del licenziamento, prevedendo che l'indennità di licenziamento per un lavoratore che sia stato occupato a tempo pieno e a tempo parziale nella medesima impresa sia calcolata proporzionalmente ai periodi di impiego svolti secondo l'una o l'altra di queste due modalità a far data dalla sua assunzione nell'impresa...⁶⁴ Orbene, al pari dell'indennità di licenziamento, una prestazione come l'indennità per congedo di riqualificazione deve, in applicazione della clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, essere determinata esclusivamente sulla base della retribuzione relativa alle prestazioni di lavoro svolte a tempo pieno da detto lavoratore. ⁶⁵ Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve rispondere alla prima e alla seconda questione affermando che la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale deve essere interpretata nel senso che osta a che, quando un lavoratore assunto a tempo indeterminato e in regime di tempo pieno è licenziato nel momento in cui beneficia di un congedo parentale a tempo parziale, l'indennità di licenziamento e l'indennità per congedo di riqualificazione da versare a detto lavoratore siano determinate, quantomeno in parte, sulla base della retribuzione ridotta che questi percepisce al momento del licenziamento.

Posto il tema di carattere generale, la Corte di Giustizia assume quello specifico,

Nella situazione in cui un numero considerevolmente più elevato di donne che di uomini sceglie di beneficiare di un congedo parentale a tempo parziale e ove la differenza di trattamento che ne risulta non possa spiegarsi in base a fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso. La CGUE muove da una premessa di metodo, e statuisce (⁶⁷) che, in limine, occorre rilevare che, dal momento che l'articolo 157 TFUE possiede natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile non solo riguarda le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni, che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato nonché per i contratti fra singoli (v., in tal senso, sentenze dell'8 aprile 1976, Defrenne, 43/75, EU:C:1976:56, punto 39, e del 18 novembre 2004, Sass, C-284/02, EU:C:2004:722, punto 25). ⁶⁸ In tal senso, il principio sancito da detto articolo può essere fatto valere dinanzi ai giudici nazionali, in particolare nel caso

di discriminazioni che traggono direttamente origine da norme di legge o da contratti collettivi di lavoro, nonché nel caso in cui il lavoro venga svolto nella stessa azienda o nello stesso ufficio, privati o pubblici (v., in tal senso, sentenza dell'8 aprile 1976, Defrenne, 43/75, EU:C:1976:56, punto 40, e del 13 gennaio 2004, Allonby, C-256/01, EU:C:2004:18, punto 45).

Inoltre, la Corte offre uno spunto interpretativo circa il concetto di “retribuzione”, come fissato dall'articolo 157, paragrafo 2, TFUE, da intendersi come:

Il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. Risulta dalla giurisprudenza della Corte che la nozione di "retribuzione", ai sensi dell'articolo 157, paragrafo 2, TFUE, dev'essere interpretata in modo estensivo. Essa comprende, in particolare, tutti i vantaggi, in contanti o in natura, attuali o futuri, purché siano pagati, sia pure indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo, in forza di un contratto di lavoro, di disposizioni di legge oppure a titolo volontario. Inoltre, la circostanza che talune prestazioni siano corrisposte dopo la cessazione del rapporto di lavoro non esclude che esse possano avere carattere di retribuzione ai sensi di detta disposizione (sentenze del 6 dicembre 2012, Dittrich e a., C-124/11, C-125/11 e C-143/11, EU:C:2012:771, punto 35, nonché del 19 settembre 2018, B., C-312/17, EU:C:2018:734, punto 33).

Tale impronta ha il suo impatto sulle indennità spettanti al lavoratore in ipotesi di cessazione dal lavoro:

Con riferimento alle indennità concesse dal datore di lavoro al lavoratore in occasione del suo licenziamento, la Corte ha già constatato che queste ultime costituiscono una forma di retribuzione differita, alla quale il lavoratore ha diritto in ragione del suo impiego, ma che gli viene versata al momento della cessazione del rapporto di lavoro al fine di rendere più agevole il suo adattamento alle nuove situazioni derivanti dalla stessa (sentenze del 17 maggio 1990, Barber, C-262/88, EU:C:1990:209, punto 13, e del 19 settembre 2018, B., C-312/17, EU:C:2018:734, punto 35).⁷² Nella specie, occorre rilevare che prestazioni quali l'indennità di licenziamento e l'indennità per congedo di riqualificazione soddisfano i requisiti ricordati supra, ai punti 70 e 71 della presente sentenza. In tale contesto, dette prestazioni devono essere qualificate come "retribuzioni", ai sensi dell'articolo 157 TFUE.

Posto quanto sopra, la CGUE pone in evidenza il tema della discriminazione, in termini concettuali e differenziali. Riferisce la Corte che (par.73)

Per determinare se sussista una discriminazione, occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, una discriminazione consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni comparabili oppure nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse (sentenze del 13 febbraio 1996, G. e a., C-342/93, EU:C:1996:46, punto 16, nonché del 14 luglio 2016, O., C-335/15, EU:C:2016:564, punto 39).

La Corte precisa, ancora, che humus di una pratica discriminatoria possa essere non necessariamente una norma recante un principio discriminatorio, ma una norma in astratto non discriminatoria, utilizzata in modalità oggettivamente o socialmente discriminatoria:

(Paragrafo 79) Secondo costante giurisprudenza della Corte, il principio di parità di retribuzione sancito dall'articolo 157 TFUE osta non solo all'applicazione di norme che dispongono discriminazioni direttamente fondate sul sesso, ma anche all'applicazione di norme che conservano differenze di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile in applicazione di criteri non fondati sul sesso, ogni volta che dette differenze di trattamento non possano spiegarsi in base a fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso (v., in tal senso, sentenze del 15 dicembre 1994, H. e a., C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 e C-78/93, EU:C:1994:415, punto 20, nonché del 17 luglio 2014, L., C-173/13, EU:C:2014:2090, punto 40).

Può occorre, difatti, che una norma astrattamente neutra, finisca con l'impattare sulla comunità civile in senso discriminatorio, in ragione della peculiare organizzazione sociale, delle pratiche relazionali, dei retaggi antropologici consolidati:

(Paragrafo 80) Più in particolare, dalla giurisprudenza della Corte deriva che sussiste una discriminazione indiretta fondata sul sesso quando l'applicazione di un provvedimento nazionale, pur formulato in modo neutro, di fatto sfavorisca un numero molto più alto di lavoratori di un sesso che dell'altro. Un siffatto provvedimento è compatibile con il principio di parità di trattamento unicamente a condizione che la differenza di trattamento tra le due categorie di lavoratori che esso genera sia giustificata da fattori obiettivi estranei a qualsiasi

discriminazione basata sul sesso (v., in tal senso, sentenza del 17 luglio 2014, L., C-173/13, EU:C:2014:2090, punto 41 e giurisprudenza ivi citata.

Focalizzando il dettaglio del ricorso, la CGUE opera una scandaglio sulla condizione sociale della Nazione ricorrente, in quel caso la Francia, ed osserva che:

Par.81) Nella specie, risulta dall'applicazione di una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, che è formulata in termini neutri, che, quando un lavoratore assunto a tempo indeterminato e in regime di tempo pieno è licenziato nel momento in cui beneficia di un congedo parentale a tempo parziale, tale lavoratore risulta svantaggiato rispetto a un lavoratore che è licenziato mentre è attivo a tempo pieno in quanto, per il lavoratore in congedo parentale a tempo parziale, l'indennità di licenziamento e l'indennità per congedo di riqualificazione sono determinate, quantomeno in parte, sulla base della retribuzione ridotta che questi percepisce al momento del licenziamento.

A seguire, la Corte dà atto (par.82) che:

Il giudice del rinvio espone, nella sua terza questione, che un numero considerevolmente più elevato di donne che di uomini sceglie di beneficiare di un congedo parentale a tempo parziale. Nella decisione di rinvio indica che, secondo l'avvocato generale della Cour de cassation (Corte di cassazione), risulta dalle statistiche nazionali del mese di marzo 2016 che, in Francia, il 96% dei lavoratori che prendono un congedo parentale sono donne.

Ne conclude la Corte che (par. 86-87) In tale contesto, una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale non risulta conforme al principio di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile per lo stesso lavoro o per un lavoro di pari valore, quale previsto dall'articolo 157 TFUE: “(...) Nella situazione in cui un numero considerevolmente più elevato di donne che di uomini sceglie di beneficiare di un congedo parentale a tempo parziale e ove la differenza di trattamento che ne risulta non possa spiegarsi in base a fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso”.

La sentenza coglie, sul terreno giuridico e della giurisprudenza, un tema assai sottile e di difficile sistemazione, correlato ai rapporti tra norma positiva e stereotipi di genere.

In questa medesima direzione, ma in un'ottica ancora più sottile e non meno pernicioso, si muove la sentenza della Corte giustizia Unione Europea, Grande Sez., 05/11/2019, n. 192/18 la quale, osservando una disposizione apparentemente tutoria ravvisato nell'ordinamento della Polonia (attribuzione di una anticipazione, a favore delle lavoratrici, dell'accesso alla pensione), in realtà coglie uno stereotipo di genere dalle implicazioni concretamente discriminatorie. Ed invero, l'anticipazione del periodo lavorativo accordato alle donne, apparentemente vantaggioso, in realtà risponde ad uno stereotipo di genere contrario ai principi di uguaglianza di genere e determina una riduzione del monte stipendiale riconoscibile ai fini del calcolo della pensione, con riduzione della stessa a svantaggio dell'intero genere femminile. Osserva sul punto la Corte:

L'articolo 157 TFUE vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo che genera questa ineguaglianza. La fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per la concessione di una pensione che costituisce una retribuzione ai sensi dell'articolo 157 TFUE è in contrasto con questa disposizione. Anche se l'articolo 157, paragrafo 4, TFUE autorizza gli Stati membri a mantenere o a adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne nella vita professionale, non se ne può dedurre che questa disposizione consenta la fissazione di simili condizioni di età differenti a seconda del sesso. Infatti, i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione devono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo. La fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione d'età diversa a seconda del sesso non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale.

D'altronde, la questione non è meramente astratta, ma muove da un radicamento del pregiudizio che coinvolge, con pari modalità e pari impatto, entrambi i sessi. Tale caratteristica dello stereotipo, che nel tempo diventa comportamento tollerato, consolidato e positivizzato dalla legge, risulta di difficile sradicamento.

Si stima che il novanta per cento della popolazione (91 per cento uomini, 86 per cento donne) coltiva almeno un pregiudizio verso le donne in materia di diritti politici, economici, riproduttivi, oppure connessi all'istruzione o alle violenze di genere.

All'interno dell'ONU opera un organismo, l'UNDP (Programma per lo sviluppo dell'Onu) che, in un recente report, denominato "Tackling Social Norms: A Game Changer for Gender Inequalities"¹⁷⁴, ha investigato le disparità di genere, utilizzando un index, il Gender Social Norms Index (GSNI), che intende valutare se e quanto gli stereotipi sociali osteggino la parità di genere in ambiti sensibili quali la politica, il lavoro, l'istruzione.

Ebbene, secondo questo studio, non solo la curva di allineamento tra generi avrebbe, sin dal 1995, avuto un arresto, ma avrebbe registrato anche un arretramento. Addirittura, lo studio coinvolge in questo orizzonte anche i Paesi tradizionalmente più inclini alle pari opportunità (es. Svezia, Regno Unito, Stati Uniti), in cui la rappresentazione del pregiudizio coinvolge almeno il 50% della popolazione.

4.1 Il gap retributivo: concetto, dati statistici, miti

L'espressione "gap retributivo" indica lo scarto nel guadagno di donne e uomini, ossia che la retribuzione femminile è inferiore rispetto a quella maschile. Tale scarto si è, fortunatamente, ridotto tra gli anni Sessanta e Novanta, grazie alla lotte di donne in molti Paesi del mondo per i diritti delle donne. Tali lotte sono, certamente, il frutto di sogni e idee che sono state schiacciate negli anni addietro, in cui il pensiero che una donna potesse lavorare era certamente un'utopia, esattamente come l'idea che una donna potesse avere uno stipendio con la stessa dignità con cui lo potesse avere un uomo.

¹⁷⁴ UNDP, *Tacking social norms: a game changer for gender inequalities*, in *Empover Women*, 2020, disponibile al seguente link http://hdr.undp.org/sites/default/files/hd_perspectives_gsni.pdf?fbclid=IwAR0f-0dW_wtHC3tmc4p24DaoOWMle4RfenZZCY8fuaFvMTt_PKv8KTqgIro.

Purtroppo, i dati successivi a tali periodo non sono affatto rincuoranti. I dati del 2018 rivelano che, in media, le donne statunitensi ricevono uno stipendio pari all'80% di quello maschile. Nei Paesi dell'Unione Europea il gap di genere è pari al 16%.

Vi sono due tipologie di ragioni che soggiacciono alla base di questa disparità: quelle volontarie (ossia la scelta del part-time ad esempio) e quelle involontarie (discriminazione di genere nata nella società).

I miti e le spiegazioni che da anni tentano di spiegare o – peggio – giustificare il gap retributivo sono numerosi. Tra questi, quello maggiormente diffuso riguarda le scelte in materia di carriera: le donne non vogliono assumere posizioni manageriali, gli uomini sono più orientati rispetto alle donne a occuparsi di settori con una retribuzione molto più alta (es. l'edilizia). Al contrario, le donne tendono a occuparsi dei servizi o di ambiti sociali, in cui gli stipendi sono molto bassi.

Le statistiche, tuttavia, sono assai chiare: è la discriminazione, non la scelta, che il motivo alla base del divario.

La teoria sulla discriminazione in ambito lavorativo stabilisce che le donne siano considerate meno capaci rispetto agli uomini. I pregiudizi di una società patriarcale possono indurre a far credere che un dirigente donna non posseda affatto la qualità di leadership, notoriamente associata alla figura maschile. Il patriarcato, tra l'altro, stabilisce che sia l'uomo a mantenere la famiglia, ecco, secondo questa assurda tesi, è giusto che egli richieda una paga più alta.

Se una donna ha figli piccoli, la scelta per la sua retribuzione è influenzata dall'idea che la sua produttività e il suo impiego siano inferiori, che la sua formazione possa interrompersi e che potrà essere in grado di lavorare per meno ore per via della mancanza di assistenza all'infanzia finanziata dallo Stato.

Gli USA considerano all'assenza di un congedo di maternità pagato il problema essenziale. Al contrario, in Danimarca, dove è obbligatorio, registrano un gap retributivo simile: questo prova l'esistenza di una penale per la maternità per le madri e le donne con dei bambini piccoli.

Un altro mito è quello della minore capacità delle donne di negoziare il loro stipendio. Secondo gli studi, le donne non ottengono i risultati sperati nei contratti, oppure vengono penalizzate (o entrambe le cose).

Anche l'istruzione svolge un ruolo decisivo, specie perché le donne che intraprendono studi in ambiti come la scienza, la tecnologia e la matematica (ambiti con gli stipendi più alti) sono poche. Nonostante ciò, in Brasile le donne hanno in media un livello di istruzione molto più alto rispetto a quello maschile e lavorano molte più ore, ma il loro stipendio è inferiore a quello dell'uomo del 24%.

Insomma, per ogni euro guadagnato da un uomo una donna bianca guadagna ottanta centesimi, e una donna di colore guadagna solo sessantaquattro centesimi. La parità retributiva non esiste e, soprattutto, non è ancora parità.¹⁷⁵

Come si può pensare che una società possa insegnare a bambini/e e ai/alle giovani che non esistono differenze di genere se le stesse differenze si riscontrano nei luoghi di lavoro in cui gli stessi entreranno e per i cui lavori saranno retribuiti?

Oggi una donna deve scegliere: o madre o lavoratrice di successo. O stipendi grossi, o famiglia. Immaginare per una donna una vita personale vissuta dignitosamente senza dovere implorare nulla al proprio datore di lavoro (quasi sempre uomo) sembra un retaggio e un pensiero troppo lontano dalla realtà.

Ebbene, la sentenza CGUE, sez. I, 08.05.2019 n. 486/18 ci spiega chiaramente che la discriminazione di genere esiste anche laddove non sembra ci sia, in luoghi lavorativi in cui la donna è discriminata per sceglie di esserlo, non perché qualcun altro l'abbia messa nella condizione di esserlo. Una donna sceglie il part-time perché vuole lavorare meno, ha meno potenzialità lavorative rispetto a un uomo, decide di tornare prima a casa perché necessita il riposo più di suo marito.

¹⁷⁵ H. McCANN, G. CARROLL, B. DUGUID, K. GEHRED, L. KIRILLOVA, A. KRAMER, M. SMITH HOMES, S. WEBER, L. MANGANI, *Il libro del Femminismo*, cit.

Sono queste le convinzioni che è più facile tenersi stretti, piuttosto che scegliere la strada più coscienziosa: domandarsi il perché.

4.2 Alcune riflessioni

Negli Stati costituzionali di diritto contemporanei il principio di uguaglianza nei diritti fondamentali prescrive che è vietato discriminare le persone sulla base del loro sesso/genere.

Tuttavia, è assai frequente all'interno della società che gli stereotipi di genere di tipo prescrittivo possano generare, nei fatti, discriminazioni sia in merito a questioni non disciplinate espressamente dal diritto sia, molto frequentemente, in violazione delle norme giuridiche vigenti.

Tanto per fare un esempio, non esiste una norma che prescriva quale debba essere il sesso o il genere di chi svolge determinate professioni. Tuttavia, è noto che ci siano lavori prevalentemente svolti da donne e altri prevalentemente svolti da uomini.

Le donne che scelgono di lavorare dovrebbero avere facoltà di accedere ad ogni professione, o così almeno dovrebbe essere. Nei fatti, però, questo non accade e le loro scelte appaiono confinate in una cerchia molto più limitata. Le donne, infatti, si concentrano prevalentemente in pochi lavori, sovente associate a stereotipi sociali e incentrate sui ruoli tradizionali del lavoro domestico e di cura (parrucchiere, insegnanti, impiegate, commesse, assistenti sociali, cassiere).

C'è una caratteristica comune a tutti questi, e ben altri, lavori: hanno retribuzioni poco elevate, scarse prospettive di carriera e bassa qualificazione, e, al contempo, sono più compatibili con la gestione della famiglia (incarichi di routine che non necessitano trasferimenti e straordinari, vicini ai luoghi di residenza, orari flessibili).¹⁷⁶

¹⁷⁶ P. PAROLARI, *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment*, cit.

È giuridicamente stabilito che è fatto divieto di discriminare le donne nelle procedure di selezione per un impiego poiché sono o potrebbero essere madri. In verità, è assai diffusa la pratica di sfavorire le donne per tale motivo.

Secondo l'Onu, le donne svolgono il 75% del lavoro non remunerato al mondo, per un valore di circa dieci trilioni di dollari. In Europa il lavoro femminile non retribuito correttamente è una realtà con la quale bisogna fare i conti: ci contano circa sei-otto ore settimanali nei Paesi del Nord, e va a quindici ore in Paesi del Sud d'Europa, quali l'Italia. Questo genera un problema anche economico con conseguenze spesso di lungo periodo.

Ci sono casi in relazione ai quali le leggi hanno una "co-responsabilità" nel generare forme di discriminazione, sia diretta che indiretta. Esiste, infatti, una discriminazione diretta nell'ipotesi in cui una persona sia trattata in modo meno favorevole in base al sesso di quanto una persona sia, sia stata o sarebbe stata trattata nella stessa situazione, Si ha invece discriminazione indiretta se:

una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga»; si ha invece discriminazione indiretta quando: una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Certamente, le discriminazione più insidiose e diffuse da trovare sono quelle indirette, generate da stereotipi di genere di tipo prescrittivo. È questo il caso della sentenza CGUE, sez. I, 08.05.2019 n. 486/18, in cui si evince che sia indirettamente discriminatoria una legge in materia di pensioni i cui criteri di calcolo dei contributi favoriscono i dipendenti che hanno sempre optato per il full-time, piuttosto che il part-time, considerando che quest'ultimo è più scelto dalle donne. Le donne, dunque, risultano svantaggiate. Questa discriminazione indiretta di genere è il prodotto dello

stereotipo di genere che attribuisce alle donne il ruolo prevalente all'interno della famiglia, stereotipo a causa del quale la scelta del part-time e quella di usufruire del congedo parentale non è veramente libera.

Secondo i dati Istat, gli uomini italiani che risultano occupati sono il 66,8%, invece le donne il 49,6%. Se si ha troppo da fare in casa (figli, anziani da accudire, disabili) si potrebbe decidere che non si ha il tempo necessario di andare in ufficio, dunque optare per i part-time (scelto dall' 8,2 per cento dagli uomini e dal 32,5 per cento le donne).

Qual è il risultato di questa situazione? Le donne sono mediamente più povere e meno libere, e rischiano di vivere una vecchiaia meno comoda rispetto ai loro coetanei.

In tutta Europa, la forbice media tra gli stipendi di una dipendente e del suo vicino di scrivania, a parità di occupazione e responsabilità, è quasi del 16 per cento. Sembrano cifre astratte? Poniamo che abbiate uno stipendio di 1500 euro al mese. Il capo arriva e vi dice: da domani, in busta paga vi troverete 240 euro in più. Solo per continuare a svolgere le stesse mansioni. E se per un impiegato lo scarto con il collega potrebbe essere 'solo' dell'8 per cento, per una manager può trattarsi del 23 per cento. Fate i conti e fateli bene, perché è un prezzo che in molte stanno pagando senza accorgersene.¹⁷⁷

È necessario che gli operatori del diritto inizino a prestare attenzione ad ogni valenza prescrittiva degli stereotipi di genere, poiché in tal modo possano riconoscere le discriminazioni che hanno luogo a seguito di ogni legge indirettamente patriarcale. La legge è uno strumento, il migliore per contrastare le sofferenze, le ingiustizie, le paure che una donna deve subire semplicemente per scegliere di essere donna, lavoratrice, moglie e mamma contemporaneamente. E per questo, ella non può pagare, al contrario, dovrebbe gioire.

¹⁷⁷ L. GRUBER, *Il potere delle donne contro la politica de testosterone. Basta!*, I Solferini, Milano 2019, p. 80.

CAPITOLO V

IL DIRITTO DI FRONTE ALLE DISCRIMINAZIONI. IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA NELLE NORME COMUNITARIE ED ITALIANE

1 Agli albori del diritto eurocomunitario

La parità di genere ha costituito, sino dai suoi albori, un orizzonte fondativo della costituenda Unione Europea. Tutti i documenti che hanno accompagnato il processo di formazione e di costituzione dell'organizzazione comunitaria hanno sempre posto, come centrale, il tema delle pari opportunità tra gli Esseri Umani e, in particolare, tra Uomini e Donne.

Occorre dire che tale modalità era affatto scontata. La stessa *Dichiarazione universale dei diritti umani*, proclamata dall'Onu il 10 dicembre 1948, conteneva una generica affermazione circa la parità dei diritti, ma non indicava un preciso percorso a proposito delle questioni di genere: “art. 1: Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza.” Per il resto, la parola “donne” viene utilizzata una sola volta, all'articolo 16, riferendola specificamente al matrimonio.

Dunque, il percorso verso una definizione compiuta e rigorosa di un sistema giuridico antidiscriminatorio è stato complesso e si è operata attraverso percorsi di precisazione ed affinamento progressivi.

Il Trattato di Roma del 25.3.1957, con cui si è formalmente costituita la Comunità Economica Europea, ha avuto modo di fissare, in maniera indefettibile, un criterio costituente principio fondamentale della Comunità, ovvero il divieto di discriminazione tra sessi in materia di retribuzione. Al di là della perimetrazione per materia della disposizione, essa ha costituito un passaggio fondamentale verso il riconoscimento dell'indipendenza economica ed autodeterminativa della donna.

L'art. 119 del Trattato, in particolare, ebbe a prescrivere che:

Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

Il riferimento alla sola questione salariale va contestualizzato. Occorre considerare che la CEE, come il suo acronimo rende manifesto, nacque in un'ottica preminentemente economica. Ciò spiega la rilevanza del richiamo al principio di non discriminazione in ambito retributivo e ne fissa le implicazioni per la produzione giurisprudenziale e normativa successiva.

Per la verità, un approccio simile, ancorché circoscritto alla sola materia di lavoro, si era già registrata nel 1951 per mano dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), che aveva a sua volta approvato la "Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione tra la manodopera maschile e la manodopera femminile".

Anche in questo caso, la misura merita di essere contestualizzata, nel senso che il periodo bellico e post bellico registrò una severa diminuzione della manodopera maschile, in ragione dei milioni di uomini coinvolti, ed un simmetrico incremento di quella femminile a compensazione della prima. Salvo ritornare, con prontezza, alle antiche asimmetrie sociali nel volgere di pochi anni.

Rimane il dato ontologico che le prescrizioni del Trattato di Roma ebbero scarso seguito ed imposero, a distanza di ben sedici anni, nel 1973, l'adozione di una Direttiva da parte del Consiglio CEE, recante "ravvicinamento delle legislazioni degli

Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile". In particolare, l'art. 3 disponeva che "Gli Stati membri sopprimono le discriminazioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile derivanti da disposizioni legislative regolamentari o amministrative contrarie al principio della parità delle retribuzioni", mentre l'art. 4 conteneva una disposizione propulsiva, statuendo che: "Gli Stati prendono le misure necessarie affinché le disposizioni contrarie al principio della parità delle retribuzioni e contenute in contratti collettivi, tabelle o accordi salariali o contratti individuali di lavoro siano nulle, possano essere dichiarate nulle o possano essere modificate".

Alle precisazioni della Direttiva del 1973, è seguito il corposo processo di precisazione ed estensione compiuto per via pretoria dall'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, la quale ha avuto modo di espandere il valore dei principi antidiscriminazione in ogni ambito, sia sostanziale che processuale. Nella sentenza c.d. Defrenne¹⁷⁸, la Corte ha attribuito efficacia diretta all'articolo 119, asserendo che è possibile farlo valere sia contro lo Stato (efficacia diretta verticale) che contro i privati (efficacia diretta orizzontale). Tale determinazione ermeneutica ha recato, in filiera, una serie di enunciati espansivi. Ad esempio, è stato precisato che l'articolo 119 andava applicato, altresì, con riferimento ai contratti collettivi, nel senso che i tribunali nazionali potessero essere facultati, nel caso in cui ritenessero violato l'articolo soprammenzionato, a dichiarare inapplicabile la disposizione discriminante, senza attendere la previa consultazione tra le parti sociali¹⁷⁹. Addirittura, venne asserita l'efficacia diretta dell'articolo 119 anche in ipotesi successiva, allo scopo di far emergere di diritti discriminati della lavoratrice deceduta¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Gabrielle Defrenne contro Sabena, Sentenza 22 aprile 1976, C-43/75, Raccolta 1976, pag. 455.

¹⁷⁹ - Maria Kowalska contro Freie und Hansestadt Hamburg, sentenza 17 giugno 1990, C-33/89, Raccolta 1990, pag. 2591.

¹⁸⁰ Coloroll Pension Trustees Ltd contro James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton e Coloroll Group Plc, sentenza 28 settembre 1994, C-200/91, Raccolta 1994, pag. 4389.

1.1 Il principio di non discriminazione nelle Carte dei diritti (come diritto inviolabile)

Sul piano dei principi etico-giuridici, lo spazio europeo si è giovato di uno dei documenti più rilevanti e divisivi, la “Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”, approvata il 4.11.1950. La Convenzione, attraverso il recepimento degli stati costituenti e firmatari, è divenuta parte fondativa dei sistemi nazionali, assumendo effetto analogo a quello delle rispettive Costituzioni. Sul piano valoriale, la Convenzione ha costituito, unitamente alla Dichiarazione ONU, il momento più alto, impegnativo e saliente della storia Europea, avendo determinato la piena connessione degli Stati membri sui principi che ne sono il fondamento. In particolare, il preambolo della Convenzione precisa che suo fine è quello di garantire il riconoscimento e l’applicazione universali ed effettivi dei diritti che sono enunciati nella *Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo*, proclamata dall’Assemblea dell’Uomo il 10.12.1948. In funzione di quanto sopra, dopo aver asserito, nei vari abiti, una serie di diritti umanitari inviolabili ed irrinunciabili, all’art. 14 statuisce che:

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

Trattasi di norma imperativa, che si salda, integrandoli, ai diritti ed alle libertà asseriti dalle altre disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli. La CEDU, a fronte di questa necessaria relazione sostanziale, ha precisato che l’art. 14 ha un rilievo autonomo e che può essere invocato in ogni caso in cui, senza giustificazione oggettiva e ragionevole, venga posta in essere una discriminazione tra soggetti che si trovano, in situazioni comparabili¹⁸¹.

¹⁸¹ Sentenza della Corte Costituzionale 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo contro Italia; Sentenza 7 febbraio 2013, Fabris contro Francia; Sentenza 22 marzo 2012, Konstantin Markin contro Russia;

Sul piano dell'efficacia e della capacità pervasiva rispetto agli ordinamenti interni, la *Convenzione* ha trovato presidio nell'istituzione, all'art. 19, di un organismo giurisdizionale, avente ad un tempo funzione interpretativa e statutiva. Dispone la norma che "Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti Contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di seguito denominata "la Corte".

La rilevanza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) si dovette alla doppia opportunità, data dagli artt. 33 e 34, di consentire il ricorso alla stessa non solo agli Stati membri, ma anche verso:

Ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'effettivo esercizio efficace di tale diritto". In definitiva, la CEDU costituisce il primo esempio di Organismo giurisdizionale transazionale a costituzione permanente, con potere di orientare l'azione degli Stati e rendere vincolanti le sue decisioni, come si evince dall'art. 46 a mente del quale Le alte Parti Contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti.

1.2 Il Trattato istitutivo dell'Unione Europea

In data 7.2.1992 è stato sottoscritto il Trattato istitutivo dell'Unione Europea, adottato in data 7.2.1992 e ratificato in Italia con l. 3.11.1992 n. 454. Tale Trattato pose le basi per una decisa evoluzione causale e teleologica delle relazioni tra gli Stati costituenti, proponendo una dimensione non più solo economico-produttiva, ma anche e, forse, soprattutto, di ordine libertario, culturale, morale, umanitario. Ne dà testimonianza il preambolo, nel quale le parti dichiarano di ispirarsi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia,

dell'uguaglianza e dello Stato di diritto...nonché del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Nella medesima direzione valoriale si pone l'art. 2 del Trattato, a mente del quale:

L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

Infine, di valore decisivo è l'art. 6, il cui testo, a seguito del Trattato di Lisbona, dispone che:

1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati... I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta...
2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.
3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Dunque, il Trattato UE, connettendosi integralmente ai valori della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, nonché alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ha posto una svolta decisa, orientando il suo scopo verso la dimensione umanitaria e dei diritti inviolabili.

In questa ottica, come ha statuito l'art. 6 del Trattato, parte decisiva assume la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza ed adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e

Commissione. Il documento fissa il quadrante metodologico, valoriale ed interpretativo dell'U.E. e richiama, in premessa, l'essenzialità ed inviolabilità dei diritti umani, individuali e collettivi, come risultanti dalle tradizioni costituzionali, dagli obblighi internazionali, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, all'art. 1 stabilisce che "La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata". Il tema dell'uguaglianza viene, in particolare, trattato in seno al titolo III, recante "Uguaglianza". Sul punto, l'art. 20 esordisce, disponendo, in via di principio, che "Tutte le persone sono uguali davanti alla legge". L'art. 21, denominato "Non discriminazione", precisa ancora più compiutamente il criterio, stabilendo che:

È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Infine, l'art. 23, recante "Parità tra donne e uomini", pone un tema globale e non contendibile, specifico per quanto concerne il trattamento di genere, stabilendo che

La parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione.

Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.

1.3 L'evoluzione legislativa del diritto europolitano in tema di discriminazione: il Trattato di Amsterdam

In questa ottica, è rilevante il Trattato di Amsterdam, siglato in data 2.10.1997 ed entrato in vigore l'1.5.1999, recante "modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi."

Al paragrafo 28, recante “Dichiarazione sull’articolo 119, paragrafo 4 del trattato che istituisce la Comunità europea”, il Trattato di Amsterdam stabilisce che “Gli Stati membri, nell’adozione delle misure di cui all’articolo 119, paragrafo 4 del trattato che istituisce la Comunità europea dovrebbero mirare, anzitutto, a migliorare la situazione delle donne nella vita lavorativa.”

In questa ottica, l’art. 119 del Trattato Cee è stato integrato con l’aggiunzione del paragrafo 4 secondo cui:

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 un’attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

Nella realtà, il Trattato di Amsterdam ha sviluppato un deciso avanzamento, sul piano della filosofia giuridica e sociale, verso l’effettiva omologazione dei diritti di genere, anche al di là del sostrato lavorativo. L’art. 2, ad esempio, ha definito la promozione della parità tra uomini e donne quale missione propria e specifica dell’Unione, mentre l’art. 3 ha stabilito il dovere dell’Unione di “combattere le discriminazioni fondate sul sesso”.

Il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), modificato dall’articolo 2 del trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dall’Italia con legge 2 agosto 2008, n. 1, costituisce, unitamente Trattato sull’Unione europea (TUE), la base costituente dell’Unione europea (UE). Esso assume, consolidandoli e facendone coordinamento, tutti i testi comunitari, a partire dal Trattato del 1957. Quanto ai rapporti con il TUE, in base all’articolo 1 i due trattati hanno pari dignità e valenza giuridica e sono fonte dei principi fondamentali ed inderogabili dell’U.E. Ne segue che le disposizioni del TFUE vanno lette in coordinamento alle disposizioni TUE, di cui costituisce complemento.

Per quanto occupa il tema oggetto del presente lavoro, l’art. 157 ribadisce i principi già fissati dall’art. 119 del Trattato del 1957 e ne conferma il paragrafo 4, incluso a

seguito del Trattato di Amsterdam. Sul piano sistematico e valoriale, essi si saldano ai contenuti di cui all'art. 153 TFUE, secondo cui:

1. Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 151, l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori:
 - i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro;
 - j) lotta contro l'esclusione sociale;

In definitiva, il compendio dei testi costituiti nel perimetro Europeo e Comunitario costituisce un orizzonte univoco ed unitariamente orientato, ai fini del ripudio di ogni sorta di discriminazione fondata sul genere e l'orientamento sessuale.

2 Le fonti internazionali: la CEDAW

2.1 Premessa

La ricostruzione del processo di definizione, uniformazione e consolidamento di principi e norme sui trattamenti di genere impone di dar conto di altre fonti. Del resto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea espressamente lega i suoi moventi di principio, tra l'altro, ai valori della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, proclamata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea delle Nazioni Unite. Attraverso tale richiamo, dunque, i lavori delle Nazioni Unite, nelle sue complesse articolazioni, costituiscono riferimento anche per il diritto comunitario.

Sul punto, è utile considerare che il tema della discriminazione di genere ha costituito una priorità planetaria sin dal dopoguerra e che la normativa europea ne abbia positivamente risentito, perlomeno nell'accelerazione dei processi.

Fissando un principio ineludibile ed indissolubile, l'art. 1 della Dichiarazione proclama che:

Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Ne completa il senso il successivo articolo 2, a mente del quale Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

L'art. 7 pone un ulteriore tassello al principio, specificando che "Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione". Allo stesso modo, in tema di lavoro, l'art. 23 precisa che "Ogni individuo, senza discriminazione, ha diritto ad eguale retribuzione per eguale lavoro."

In definitiva, la Dichiarazione Universale fornisce la cornice concettuale sulla quale basare i successivi interventi di dettaglio da parte delle Istituzioni ONU.

È in questa ottica che si iscrive la "Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne" (CEDAW), approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18.12.1979¹⁸², entrata in vigore il 3 settembre 1981, dopo aver raggiunto le 20 ratifiche minime previste all'articolo 27 e, ad oggi, composta di 189 Stati Parte. Essa venne integrata con il "Protocollo facoltativo alla Convenzione" approvato dalla stessa Assemblea Generale con Risoluzione del 15.10.1999, nel quale è asserito che esso è basato sulla:

Eliminazione di Tutte le Forme di Discriminazione contro le Donne (che da ora in avanti sarà definita "la Convenzione"), nella quale gli Stati parti condannano la discriminazione nei confronti delle donne in tutte le sue forme e concordano sulla necessità di perseguire con tutti i mezzi appropriati e senza ritardi una politica per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne.¹⁸³

La CEDAW costituisce, indubbiamente, il dato normativo primario e, per così dire, 'nomofilattico', in materia di uniformazione dei diritti paritari delle donne. Sua

¹⁸² Autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione in Italia dati con legge n. 132 del 14 marzo 1985 (Gazzetta Ufficiale n. 89 S.O. del 15 aprile 1985). Data della ratifica: 10 giugno 1985 (Gazzetta Ufficiale n. 186 del 8 agosto 1985). Entrata in vigore per l'Italia: 10 luglio 1985.

¹⁸³ Preambolo della Cedaw.

caratteristica fondamentale, che la pone quale strumento interpretativo flessibile, universale ed evolutivo, sono:

- la visione globale che offre verso il fenomeno della discriminazione di genere;
- l'apprestamento di strumenti specifici e tipici idonei a sradicarne le cause.

Per intenderne compiutamente la portata, occorre premettere che la CEDAW fu la risultante di una complessa opera di riflessioni, attestata dagli Organi delle Nazioni Unite. Tra esse, la Dichiarazione ONU del 1967, denominata, per l'appunto, Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata dall'Assemblea Generale il 7.11.1967, il cui incipit valoriale e programmatico è divisivo: "La discriminazione nei confronti delle donne, in quanto nega o limita l'uguaglianza dei diritti della donna rispetto all'uomo, è fundamentalmente ingiusta ed è lesiva della dignità umana".

In realtà, l'avvio del processo di riordino del sistema mondiale di caratterizzazione i criteri di non discriminazione per genere ed orientamento sessuale ebbe inizio ancora prima, attraverso la Risoluzione 1921(XVIII) del 1963. Il testo conteneva, *in nuce*, gli elementi fondativi della successiva Dichiarazione. In esso, in particolare, era segnalato come "in diversi campi è ancora presente, se non nella legge nei fatti, una notevole discriminazione ai danni delle donne". Fu da quella base propedeutica che si dette incarico alla Commissione sulla Condizione della Donna (CSW) di scrivere il testo della Dichiarazione finale, che venne fatta propria dall'Assemblea Generale con la Risoluzione 2263 (XXII) del 7 novembre 1967.

Al netto del già richiamato art. 1, è utile segnalare l'articolo 3 che, sul modello stilistico e metodologico dell'art. 3 della nostra Costituzione, impegna gli Stati non solo ad asserire i principi (momento formale), ma anche a legiferare in funzione antidiscriminatoria ed adottare "tutte le misure necessarie (...) al fine di eradicare i pregiudizi e abolire le pratiche tradizionali, o di qualsiasi altro tipo, che siano basate sull'idea dell'inferiorità della donna" (momento sostanziale).

Sul piano redazionale, la Dichiarazione assunse un enorme valore di principio e di indirizzo, con l'inevitabile limite, tuttavia, della sua connotazione puramente dichiaratoria, non accompagnata da alcuna sanzione e, dunque, rimessa alla libera volontà degli Stati. Inoltre, secondo quanto asserito da molti osservatori¹⁸⁴, nella Dichiarazione si coglieva, quale segno di una certa labilità, la mancata definizione del concetto di discriminazione contro le donne, elemento idoneo a determinarne una certa indifferenziata genericità.

Poste tali difficoltà, emerse la necessità di adottare misure che avessero, più intensamente, il crisma della conversione culturale dei popoli e di una maggiorata coerenza in termini di orientamento giuridico.

Un primo passaggio fu la proclamazione dell'Anno Internazionale della Donna nel 1975, cui seguì, nello stesso anno, la Conferenza Internazionale di Città del Messico, dedicata allo stesso tema. Per finire, fu la volta della proclamazione, da parte dell'Assemblea Generale e relativamente al periodo 1975-1985, il Decennio delle Nazioni Unite per la Donna. All'interno di tale decennio, il documento più rilevante, prescrittivo ed autosufficiente fu proprio la CEDAW, adottata nell'anno 1979.

2.2 Il contributo specifico della CEDAW

Trattasi di un documento a doppia valenza.

In primis, colma un vuoto registrato negli atti antecedenti, ovvero la natura vincolante, assumendo in essa norme capaci di rendere effettivo e coercitivamente esigibile l'adozione di azioni conformative da parte degli Stati, con la previsione ulteriore di possibili sanzioni.

In secondo luogo, sul piano sostanziale, la *Convenzione* affronta il tema della discriminazione contro le donne in tutti gli aspetti possibili, prestando attenzione ai profili di uguaglianza di fatto, ma anche ai percorsi di piena partecipazione delle donne allo sviluppo economico e sociale delle società. In questo senso, la

¹⁸⁴ E. SPEZIALI, *M.A. in Human Rights and Multi-level Governance*, in *University of Padua*, 2016, disponibile al seguente link <https://unipd-centrodirittiumani.it/en/attivita/MA-Degree-Programme-in-Human-Rights-and-Multi-level-Governance-HRG/857>.

Convenzione procura di individuare ed eliminare tutti i possibili ostacoli alla formazione di una coscienza non discriminatoria, scandagliando, con sguardo universale, tutti gli aspetti ostativi quali la povertà, la guerra, gli stereotipi di genere. Sul piano contenutistico, la Convenzione si avvale di 30 articoli, distribuiti in sei parti: le prime quattro, dedicate alla disciplina sostanziale, le ultime due istitutive del Comitato di controllo sull'attuazione della Convenzione.

La Convenzione fissa, in sostanza, gli obiettivi obbiettivi e le misure necessarie per la generazione di una società in pieno equilibrio di genere. Quanto sopra, con riferimento al lavoro (art. 11), ai diritti relativi alla salute e alla organizzazione familiare (art. 12), all'eguaglianza di fronte alla legge (art. 15), alla famiglia ed al matrimonio (art. 16), all'educazione e all'istruzione (artt. 5 e 10), alla partecipazione alla vita politica (artt. 7 e 8), allo sport, all'accesso al credito (art. 13), alla concessione o perdita della nazionalità (art. 9).

In definitiva, la platea dei diritti esigibili è enucleata in tre gruppi: con il primo si accordano essenzialmente i diritti civili e politici; con il secondo si impegnano gli Stati ad adottare misure specifiche in funzione antidiscriminatoria; con il terzo gli Stati sono chiamati ad adottare azioni volte al raggiungimento degli obiettivi, in particolare rispetto al godimento dei diritti economici e sociali.

Tale ultimo punto è cruciale. Ed invero, ai sensi dell'articolo 2, gli Stati si impegnano non solo ad adeguare il *corpus* normativo nazionale, ma anche ad eliminare le forme di discriminazione praticate da "persone, enti e organizzazioni di ogni tipo" e ad adottare ogni misura utile per modificare costumi, consuetudini e pratiche discriminatorie.

Ciò rappresenta un elemento di grande novità nel diritto internazionale dei diritti umani, in quanto lo Stato-Parte diventa giuridicamente responsabile non solo in riferimento alle misure antidiscriminatorie che mette in atto o che si astiene dal mettere in atto, ma anche delle discriminazioni profuse *ab externo* da individui e/o organizzazioni, oppure che siano frutto di consuetudini o pratiche culturali sedimentate e/o diffuse.

In definitiva, lo Stato viene assunto quale soggetto direttamente responsabile, anche di azioni o omissioni che trovino radici in fatti, consuetudini, culture, tradizioni, di culto, idonee a minare i diritti inviolabili delle donne.

Ovviamente, tale penetrante interesse della *Convenzione* verso fattori metagiuridici, ma tuttavia considerati caratterizzanti e pervasivi, ha generato un elevato numero di riserve da parte dei paesi più ortodossi e/o meno inclini alle tradizioni democratiche. Niger, Emirati Arabi Uniti, Egitto, Algeria, Bahrain, Bangladesh, Libia e Marocco, ad esempio, hanno apposto riserve all'articolo 2 della Convenzione, ritenendolo in contrasto con la legge della Shari'a.

E' del tutto evidente che la presenza di riserve costituisce un limite alla piena efficacia della Convenzione ed impedisce una piena attuazione della stessa, in particolare con riferimento alla profilazione di una effettiva ed integrale responsabilità giuridica internazionale in capo agli Stati-Parte.

D'altra parte, occorre considerare che l'inclusione di "riserve" in seno ad un trattato internazionale non costituisce, di per sé, una anomalia giuridica. La Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 22.5.1969 ed entrata in vigore il 27.1.1980, ammette la possibilità per gli Stati di apporre riserve purché esse "non siano incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione". Rimane, tuttavia, il giudizio politico ed etico circa l'immissione delle riserve, soprattutto se motivate da una storicizzazione culturale ed etnica delle discriminazioni, rispetto alle quale le Organizzazioni Mondiali sono chiamate a sviluppare una adeguata azione di 'moral suasion',

Detto questo, è tuttavia necessario sottolineare che la *Convenzione* si è dotata di uno specifico strumento tecnico, finalizzato a garantire la sua più ampia e diffusa attuazione. Trattasi del "Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti della donna", istituito all'articolo 17, composto da 23 esperti eletti dagli Stati in relazione alla loro "alta autorità morale" ed "eminente competenza nel campo nel quale si applica la presente Convenzione".

Le funzioni principali del Comitato sono analizzate in seno agli articoli 18 e 21, che inducono la determinazione di *report* cognitivi sullo stato di attuazione della Convenzione e la formulazione di suggerimenti e raccomandazioni generali di merito.

Inoltre, attraverso l'adozione, il 6 ottobre 1999, del Protocollo opzionale, è stata messa a punto una procedura finalizzata ad acquisire comunicazioni scritte su violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione, compresi quelli a tutela di interessi collettivi. In particolare, il Comitato, sulla base delle informazioni acquisite, può invitare lo Stato attenzionato ad assumere provvedimenti in via di urgenza a protezione delle vittime (art. 5).

Gli artt. 8 e 9, inoltre, attribuiscono al Comitato il potere di agire *motu proprio*, con l'instaurazione di proprie attività di indagine, la verifica diretta sui territori attenzionati, la formulazione di raccomandazioni, oggetto di successivo monitoraggio.

In definitiva, la Convenzione ha costituito un deciso passo in avanti nel processo di affermazione, precisazione ed attuazione dei principi di parità di genere e non discriminazione legata al sesso.

Interessante, per chiudere, è richiamare la potenza espressiva che lo connota, è riportare integralmente il preambolo del testo:

Gli Stati Parti della presente Convenzione,

Visto lo Statuto delle Nazioni Unite che riafferma la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana e nella uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna,

Vista la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che afferma il principio della non discriminazione e dichiara che tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti e che a ciascuno spettano tutti i diritti e tutte le libertà ivi enunciate senza distinzione alcuna, in particolare basata sul sesso,

Visto che gli Stati firmatari dei Patti internazionali sui diritti dell'uomo hanno il dovere di garantire l'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna nell'esercizio di tutti i diritti economici, sociali, culturali, civili e politici,

Considerate le convenzioni internazionali concluse sotto l'egida delle Nazioni Unite e degli Istituti specializzati al fine di promuovere l'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna,

Tenute altresì presenti le risoluzioni, dichiarazioni e raccomandazioni adottate dalla Organizzazione delle Nazioni Unite e dagli Istituti specializzati al fine di promuovere l'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna,

Preoccupati tuttavia di constatare che nonostante l'esistenza di tali strumenti le donne continuano ad essere oggetto di gravi discriminazioni,

Ricordato che la discriminazione nei confronti della donna viola i principi dell'eguaglianza dei diritti e del rispetto della dignità umana, ostacola la partecipazione della donna, alle stesse condizioni dell'uomo alla vita politica, sociale, economica e culturale del suo paese, rende più difficoltosa la crescita del benessere della società e della famiglia ed impedisce alle donne di servire il loro paese e l'umanità tutta nella misura delle loro possibilità,

Preoccupati del fatto che, nelle zone di povertà le donne non accedono che in misura minima alla nutrizione, ai servizi medici, all'educazione, alla formazione, alle possibilità di impiego ed alla soddisfazione di altre necessità,

Convinti che l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale basato sull'equità e sulla giustizia contribuirà in maniera significativa a promuovere l'uguaglianza tra l'uomo e la donna,

Sottolineando che la eliminazione dell'apartheid, di ogni forma di razzismo, di discriminazione razziale di colonialismo, di neo-colonialismo, di aggressione, di occupazione, dominio straniero o ingerenza negli affari interni degli Stati è indispensabile perché uomini e donne possano pienamente godere dei loro diritti, Affermato che il rafforzamento della pace e della sicurezza internazionali, l'attenuarsi della tensione internazionale, la cooperazione tra tutti gli Stati, indipendentemente dai loro sistemi sociali ed economici, il disarmo generale e completo e, in particolare, il disarmo nucleare sotto controllo internazionale rigoroso ed efficace, l'affermazione dei principi della giustizia, dell'uguaglianza e del reciproco interesse nelle relazioni tra paesi nonché la realizzazione del diritto dei popoli – soggetti a dominio straniero e coloniale o ad occupazione straniera – all'autodeterminazione e all'indipendenza, il rispetto della sovranità nazionale e dell'integrità territoriale, favoriranno il progresso sociale e lo sviluppo e contribuiranno di conseguenza alla realizzazione della piena parità tra uomo e donna,

Convinti che lo sviluppo completo di un paese, il benessere del mondo intero e la causa della pace esigono la partecipazione totale delle donne, in condizioni di parità con l'uomo, in tutti i campi,

Tenuta presente l'importanza del contributo delle donne al benessere della famiglia ed al progresso della società, che finora non è stato pienamente riconosciuto, l'importanza del ruolo sociale della maternità e del ruolo dei

genitori nella famiglia e nell'educazione dei figli, e consapevoli del fatto che il ruolo procreativo della donna non deve essere all'origine di discriminazioni e che l'educazione dei fanciulli richiede una suddivisione di responsabilità tra uomini, donne e società nel suo insieme,

Consapevoli che il ruolo tradizionale dell'uomo nella famiglia e nella società deve evolversi insieme a quello della donna se si vuole effettivamente addivenire ad una reale parità tra uomo e donna,

Risoluti a mettere in opera i principi enunciati nella Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione nei confronti della donna e, a questo fine, ad adottare le misure necessarie a sopprimere tale discriminazione in ogni sua forma e ogni sua manifestazione,

Convengono quanto segue...

Parimenti, importante è riportare, testualmente, l'art. 1, quale fattore di interpretazione concettuale e giurisdizionale della portata e della espansione così giuridica come morale, dei principi enunciati, l'art. 1 della Convenzione:

Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "discriminazione nei confronti della donna" concerne ogni distinzione esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo, su base di parità tra l'uomo e la donna.

3 La Direttiva Comunitaria 2006/54/CE

Le premesse concettuali e di principio fissate sul piano internazionale, Europeo e Comunitario hanno trovato riflesso sempre più preciso ed imperativo nella successiva produzione normativa d'ambito Comunitario.

La Direttiva 2006/54/CE, riguardante “l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego”, all’art. 2 ha stabilito che:

La parità fra uomini e donne è un principio fondamentale del diritto comunitario, ai sensi dell’articolo 2 e dell’articolo 3, paragrafo 2, del trattato, nonché ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Le suddette disposizioni del trattato sanciscono la parità fra uomini e donne quale «compito» e «obiettivo» della Comunità e impongono alla stessa l’obbligo concreto della sua promozione in tutte le sue attività¹⁸⁵.

In definitiva, la direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio contiene disposizioni finalizzate ad attuare il principio della parità di trattamento attraverso una normativa che regolamenti, in condizioni di piena ed originaria uguaglianza, l’accesso al lavoro, alla promozione e alla formazione professionale e che disciplina, inoltre, le condizioni di lavoro, la retribuzione e i regimi professionali di sicurezza sociale.

Non solo, ma la direttiva ha inteso sunteggiare ed elevare a sistema più altro tutto il complesso percorso di definizione delle varie normative che si sono succedute, ancorchè frazionatamente, in materia. Ne fa testimonianza, ad esempio, il preambolo della Direttiva¹⁸⁶, nel quale trovano sintesi tutti i principi allo stato acquisiti e normativizzati.

¹⁸⁵ Trattato U.E. Art. 2: “L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.”

¹⁸⁶ La direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro e la direttiva 86/378/CEE del Consiglio, del 24 luglio 1986, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale sono state sostanzialmente modificate. La direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all’applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile e la direttiva 97/80/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, riguardante l’onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso contengono anch’esse disposizioni che perseguono l’attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne. Tali direttive, dovendo essere ulteriormente modificate, sono rifuse per chiarezza e per raggruppare in un unico testo le principali disposizioni in materia, nonché certi sviluppi risultanti dalla

Non solo, la Direttiva, compiendo un deciso balzo in avanti, si è inoltrato nel campo della definizione di cosa sia un sesso ed un genere, applicando il criterio dell'estensione delle norme tutorie a tutti gli esseri umani, a prescindere dalla condizione sessuale, transgenica o di orientamento. Interessante, ancora, è riprendere il preambolo:

La Corte di giustizia ha ritenuto che il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso.

Inoltre, quanto a molestie inflitte alla donna per l'accesso al lavoro o in ambiente lavorativo, la Direttiva ha posto stigmatizzazioni interessanti, osservando, sempre in preambolo, che:

Le molestie e le molestie sessuali sono contrarie al principio della parità di trattamento fra uomini e donne e costituiscono forme di discriminazione fondate sul sesso ai fini della presente direttiva. Queste forme di discriminazione non si producono soltanto sul posto di lavoro, ma anche nel quadro dell'accesso al lavoro, alla formazione professionale nonché alla promozione professionale. Queste forme di discriminazione dovrebbero pertanto essere vietate e soggette a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

La direttive si scorgono tutti i semi della successiva evoluzione che, prima che normativa, è stata di pensiero e valoriale. Punto focale, dal punto di vista giurisdizionale e dell'approccio giudiziario della tutela delle donne, è stato un ulteriore principio fissato in preambolo e poi consacrato in norma. Proclama il preambolo, in particolare, che:

L'adozione di norme sull'onere della prova contribuisce in modo significativo a che il principio della parità di trattamento possa essere applicato efficacemente. Pertanto, come dichiarato dalla Corte di giustizia, occorre adottare provvedimenti affinché l'onere della prova sia a carico della parte convenuta quando si può

ragionevolmente presumere che vi sia stata discriminazione, a meno che si tratti di procedimenti in cui l'istruzione dei fatti spetta all'organo giurisdizionale o ad altro organo nazionale competente. Occorre tuttavia chiarire che la valutazione dei fatti in base ai quali si può presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta rimane di competenza dell'organo nazionale competente, secondo il diritto e/o la prassi nazionali. Inoltre, spetta agli Stati membri prevedere, in qualunque fase del procedimento, un regime probatorio più favorevole alla parte attrice.

Infine, mette conto richiamare la Direttiva 2004/113/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004, con la quale si attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

La Direttiva ha focalizzato un ambito enorme ed innominato dei diritti negati o sottostimati spettanti alle donne, quello appunto dell'accesso a beni e servizi e loro fornitura. Il Preambolo chiarisce il punto:

La parità fra uomini e donne è un principio fondamentale ai sensi dell'articolo 2 del trattato che istituisce la Comunità europea. L'articolo 3, paragrafo 2, del trattato esige parimenti che la Comunità miri ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra gli uomini e le donne in ogni campo d'azione.

La direttiva, in un ordine sistematico, è peraltro coerente con quanto determinato dal Consiglio europeo nel vertice di Nizza del 7 e 9 dicembre 2000, nel corso del quale la Commissione è stata invitata a rafforzare i diritti in materia di parità adottando una proposta di direttiva per promuovere la parità di trattamento tra uomini e donne in settori diversi dall'occupazione e dall'attività professionale.

Gli artt. 1 e 2 fissano, rispettivamente, lo 'scopo' e le 'definizioni'. Recita l'art. 1 che "Scopo della presente direttiva è quello di istituire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento tra uomini e donne". L'articolo due, inoltre, fissa puntualizza le definizioni e statuisce che:

Ai fini della presente direttiva, si applicano le seguenti definizioni:

- a) Sussiste discriminazione diretta quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione paragonabile;
- b) Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari;
- c) Le molestie sussistono quando si manifesta un comportamento non desiderato e determinato dal sesso di una persona, comportamento che ha come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona e la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo;
- d) La molestia sessuale sussiste quando si manifesta un comportamento non desiderato con connotazioni sessuali, che si esprime a livello fisico, verbale o non verbale, e ha come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona, in particolare con la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

L'art. 4, inoltre, fornisce una definizione complessa della parità di trattamento e statuisce che

1. Ai fini della presente direttiva, il principio della parità di trattamento tra uomini e donne significa che:
 - a) È proibita ogni discriminazione diretta fondata sul sesso, compreso un trattamento meno favorevole della donna in ragione della gravidanza e della maternità;
 - b) È proibita ogni discriminazione indiretta fondata sul sesso.
2. La presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni più favorevoli sulla protezione della donna in relazione alla gravidanza e alla maternità.
3. Le molestie e le molestie sessuali ai sensi della presente direttiva sono considerate come discriminazioni fondate sul sesso e sono pertanto vietate. Il rifiuto di tale comportamento da parte della persona interessata o la sua sottomissione non possono costituire il fondamento per una decisione che interessi la persona in questione.

4. L'ordine di discriminare persone direttamente o indirettamente a motivo del sesso è considerato una discriminazione ai sensi della presente direttiva.

5. La presente direttiva non preclude differenze di trattamento se la fornitura di beni o servizi esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso è giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità sono appropriati e necessari.

Gli artt. 13 e 14, infine, pongono severe questioni di conformazione e dispongono:

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che il principio della parità di trattamento sia rispettato per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura nell'ambito d'applicazione della presente direttiva, e in particolare fanno sì che:

- a) tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative contrarie al principio della parità di trattamento siano abrogate;
- b) le disposizioni contrattuali, i regolamenti interni delle aziende nonché le norme che disciplinano le associazioni con o senza scopo di lucro, contrari al principio della parità di trattamento siano, o possano essere dichiarate, nulle oppure siano modificate.

Infine, quanto al profilo sanzionatorio, l'art. 14 ha stabilito che:

Gli Stati membri definiscono le norme sulle sanzioni applicabili alle infrazioni delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Le sanzioni, che possono includere il pagamento di indennizzi alle vittime, sono efficaci, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri notificano tali disposizioni alla Commissione entro il 21 dicembre 2007 e ne comunicano immediatamente ogni ulteriore modifica.

4 La Direttiva 2000/78/CE ed il processo di Recepimento delle Direttive Comunitarie

Occorre osservare che l'uniformazione dei sistemi giuridici nazionali con quello comunitario è stato difficile e, per certi aspetti, stentato. Si consideri che una prima organica e cogente tutela antidiscriminatoria si dovette alla Direttiva 2000/78/CE, la quale ebbe a stabilire un quadro generale per la parità di trattamento in materia di

occupazione e di condizioni di lavoro. Tale Direttiva venne recepita in Italia con il D.Lgs. 9.7.2003 n.216, recante “Attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro”. Tale norma consacrò il pieno titolo di ciascun lavoratore alla parità di trattamento, con riferimento a tutti i potenziali fattori di discriminazione, tra cui quelli collegati all’handicap, all’età, all’orientamento sessuale e alle convinzioni personali. Tuttavia, la tutela antidiscriminatoria in ambito lavoristico ebbe come epicentro, in primis, la L. 300/1970 che, con il suo art. 15, focalizzò l’*humus* discriminatorio negli angusti limiti dello svolgimento di attività sindacale. Successivamente, la norma venne integrata grazie alla L. 903/1977, che vi aggiunse le discriminazioni per motivi politici, religiosi, razziali, di lingua e di sesso.

Quanto al D.Lgs. 216/2003 gli artt. 1, 2, 3 enunciano, richiamando pedissequamente i contenuti della direttiva, i concetti di discriminazione diretta, di discriminazione indiretta e di molestie e ne confermano l’efficacia ed il campo di applicazione.

Interessante, in ottica evolutiva, è altresì la lettura dei commi successivi al primo dell’art. 3, che prevedono possibili eccezioni al divieto di discriminazione, consistenti nelle differenze di trattamento giustificate da finalità socialmente apprezzabili, quali le limitazioni riguardanti l’età o la condizione di handicap per l’accesso, ad esempio, alle forze armate.

Con tali misure eccezzuative il legislatore consacra la possibilità di prevedere delle differenze di trattamento che, tuttavia, non intendono generare discriminazione, bensì la tutela, veicolata da disposizioni apparentemente discriminatorie, di beni collettivi. In questa ottica, la disposizione risulta essere coerente con l’art 2 comma 5 della Direttiva, a mente del quale “La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell’ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui.”

All’art 3 comma 3 del D.Lgs. 216/2003, in particolare, viene introdotta una eccezione teleologicamente orientata al divieto di discriminatorio, parzialmente raccordato all’art 4 n. 1 della Direttiva¹⁸⁷, in cui si prevede che:

¹⁸⁷ Direttiva 2000/78/CE, *Requisiti per lo svolgimento dell’attività lavorativa*, art. 4..

Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, e purché la finalità sia legittima, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività d'impresa, non costituiscono atti di discriminazione quelle differenze di trattamento dovute a uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1 qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima.

La norma, uniformandosi ad un indirizzo nomofilattico della Direttiva 2000/78/CE, introduce, nel suo livello più alto, il principio di differenziazione di trattamento non discriminatoria, ma funzionale al conseguimento di tutele di altri beni della vita, altrimenti compromessi. D'altra parte, sul punto risulta essere sibillino il 23 "considerando" della Direttiva:

In casi strettamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un handicap, all'età o alle tendenze sessuali costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato. Tali casi devono essere indicati nelle informazioni trasmesse dagli Stati membri alla Commissione.

Ne segue, dal contesto normativo, che la legittimazione di modalità apparentemente discriminatorie può avvenire solo per mano normativa e giammai per disposizione discrezionale del datore di lavoro¹⁸⁸. Sul punto, è interessante la clausola di chiusura della Direttiva che, all'art. 8, precisa che "l'attuazione della presente Direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro la

1. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

¹⁸⁸ F. BILOTTA, *Luci e ombre del decreto legislativo n. 216/2003*, in *Infoleges*, 2005, disponibile al seguente link <http://www.infoleges.it/NewsLetter/Articoli/Scheda.aspx?IDArticolo=9>.

discriminazione già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione della presente Direttiva”.

Semmai, è possibile ravvisare uno iato protettivo tra i contenuti, più estesi della Direttiva e quelli, più ristretti, contenuti del D.Lgs. 216/2003 di recepimento.

In seno all’art. 9 c. 2, la Direttiva prevede che:

Gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all’esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.

Dunque, la norma Europea affida la tutela del diritto antidiscriminatorio, in ambiente lavorativo, ad una gamma enorme di soggetti. Al contrario, l’art. 5 c. 1 D.Lgs. 216/2003 prevede che, nel diritto interno, medesima tutela possa essere apprestata solo dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, ovvero attraverso organizzazioni che non hanno il loro focus operativo nella tutela del lavoratore dalle discriminazioni, comunque operate. Ne segue l’esclusione, in Italia, della legittimazione ad agire per associazioni a tutela dei diritti LGBTI, o associazioni a tutela di lavoratori espressivi di un determinato culto, o lavoratori portatori di handicap, o, per quanto ci occupa, lavoratrici donne. Infine, è assai interessante un ulteriore strumento, questa volta di ordine processuale, apprestato dalla Direttiva 2000/78/CE a tutela dei diritti dei lavoratori discriminati. Si tratta, in particolare, della disciplina dell’onere della prova. Ebbene, l’art. 10 c. 1 prescrive che:

Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di

trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.

Ebbene, tale norma, di cruciale rilevanza, attesa la difficoltà, per il lavoratore discriminato, di provare e far valere il comportamento discriminatorio (per omertà lavorativa, timore reverenziale verso il datore di lavoro, timore di perdere il lavoro da parte dei testimoni, etc.), è stata in buona parte disattesa dal D.Lgs. 216/2003 che, all'art. 4 comma 4 ha adottato una misura più blanda, piuttosto piegata alla conservazione del contrario principio per cui è colui che deduce un fatto a doverlo provare, ai sensi dell'art. 2729 c.c.¹⁸⁹

5 Codice delle pari opportunità

Il processo di uniformazione e parificazione dei genere, in conseguenza degli approdi cui era pervenuta l'Unione Europea, in relazione alle indicazioni prescrittive delle Convenzioni Internazionali e delle Carte di principio, ha trovato il approdo sistemico e la sua sintesi più alta nel Codice delle pari opportunità, adottato con D.Lgs 11.4.2006 n.198.

Il progetto istituzionale è perfettamente evidente sin dal primo articolo della norma, recante "Divieto di discriminazione e parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini, nonché integrazione dell'obiettivo della parità tra donne e uomini in tutte le politiche e attività"

In particolare, è prescritto:

1. Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni discriminazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza o

¹⁸⁹ D.Lgs. 216/2003. Art. 4 comma 4: *Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, del codice civile.*

come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo.

2. La parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione.

3. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.

4. L'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività.

Seguono le norme sul monitoraggio, il controllo, le azioni di impulso, l'inclusione, la compartecipazione istituzionale, le tutele, i processi di riparazione. Una platea enorme di disposizioni che, sul piano normativo, ha allineato l'ordinamento nazionale agli standard migliori sul piano comunitario ed internazionale.

A questo punto, interessante risulterà verificare come la prassi si è sviluppata e quale lettura ne abbia dato la giurisprudenza.

6 La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

Come già precisato in altra parte, l'Ordinamento Nazionale ha inteso assumere i più alti principi paritari, provando a perfezionare e rendere valorialmente ancora più ineccepibile il disegno Costituzionale.

Ad esempio, dopo le alte asserzioni contenute nell'articolo 3, l'art. 51 della Costituzione aveva già prescritto che "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge". Ebbene, a completare la visione paritaria, la legge costituzionale n 1 del 2003 ha integrato la norma, segnalando che "A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini".

La giurisprudenza Comunitaria ha dato un deciso impulso all'interpretazione orientata dalle disposizioni di principio contenuta nella normativa Europea e, per essa, negli ordinamenti internazionali.

Tuttavia, pur a fronte di decisi passi in avanti, persistono delle resistenze negli orientamenti sociali e, per derivazione, in quelli processuali, non pienamente conformati alla necessità di favorire la formazione della prova in tema di discriminazione di genere. Inoltre, la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha manifestato difficoltà nel cogliere taluni aspetti, talora reconditi, di discriminazione di genere che si annidano nelle pieghe delle legislazioni nazionali.

Ad esempio, la Corte ha avuto difficoltà di cogliere profili discriminatori nella legislazione spagnola ed austriaca che, in materia di diritti pensionistici, cristallizzano, in maniera indiretta ma insidiosa, evidenti elementi di discriminazione. Il riferimento era alle disposizioni contenenti elementi di penalizzazione verso chi opta per il *part time*, piuttosto che per il *full time*, considerandosi che il ricorso al primo è statisticamente proprio delle donne. In tali casi, tuttavia, la Corte di Giustizia ha ritenuto non sussistere un elemento discriminatorio di tipo 'stereotipo', osservando la sussistenza del diritto di libertà di scelta tra i due generi, senza distinzioni pregiudiziali¹⁹⁰.

Tuttavia, occorre dare merito alla Corte di avere, attraverso il suo contributo ermeneutico ed orientato, contribuito decisamente a colmare le gravi lacune che punteggiano gli ordinamenti nazionali, riuscendo in tal modo a fornire un quadro omogeneo circa la visione teleologica del sistema ordinamentale Europeo. Con sentenza 18/11/2020, n.463/19 la sezione I della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha stabilito, a proposito di maternità e puerperio, che:

La direttiva 92/85, che contiene prescrizioni minime, non esclude in alcun modo la facoltà degli Stati membri di garantire alle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento una tutela più elevata, mantenendo o introducendo misure di tutela più favorevoli a queste ultime, a condizione che tali misure siano compatibili con le disposizioni del diritto dell'Unione. Una misura quale un

¹⁹⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14.4.2015, caso Cachaldora Fernandez; Sentenza 8.5.2004, caso C.220/02

congedo di maternità, riconosciuto alla donna dopo la scadenza del termine legale di protezione, rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 28, paragrafo 1, della direttiva 2006/54, in quanto esso mira alla protezione della donna con riguardo sia alle conseguenze della gravidanza sia alla sua condizione di maternità. Sotto questo aspetto, tale congedo può essere legittimamente riservato alla madre, ad esclusione di ogni altra persona, tenuto conto del fatto che solo la madre può subire la pressione indesiderata di riprendere prematuramente il lavoro.

La stessa sentenza, con un *obiter dictum*, ha precisato, più in generale, che:

L'articolo 14, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2006/54 vieta qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro. Nel contesto di tale direttiva, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile si estende a tutti gli accordi che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato.

La CGUE ha avuto occasione di scrutinare, altresì, gli impatti dell'ordinamento comunitario sui sistemi pensionistici interni, osservando che:

La direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, e la direttiva 2006/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, devono essere interpretate nel senso che rientrano nel loro ambito di applicazione disposizioni del diritto di uno Stato membro ai sensi delle quali, da un lato, una parte dell'importo della pensione aziendale, che il datore di lavoro si è impegnato, mediante contratto, a versare direttamente al suo ex lavoratore, deve essere prelevata alla fonte da detto datore di lavoro e, dall'altro, l'indicizzazione contrattualmente convenuta dell'importo di tale prestazione è resa inefficace. (III, 24.9.2020 n. 223/19).

Quanto al tema dell'inversione dell'onere probatorio, necessario di far emergere e sanzionare i comportamenti discriminatori, anche la giurisprudenza interna ha saputo manifestare importanti evoluzioni, grazie alla spinta della normativa comunitaria. Di recente, la Suprema Corte di Cassazione, sezione lavoro, con sentenza n. 11.530 del 15.6.2020, ha confermato che:

Ai sensi dell'art. 40 del D.Lgs. n.198 del 2006 è posto a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso o in ragione dello stato di maternità.

L'attenuazione del meccanismo di presunzione dell'esistenza di atti discriminatori, attraverso il richiamo a termini "non gravi", caratterizza certamente una evoluzione della giurisprudenza italiana, nella direzione di una più efficace tutela delle donne che subiscano un processo discriminatorio.

In questa direzione è di estremo interesse la recente decisione della CGUE, a mente della quale:

L'articolo della direttiva 2006/54 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per tutelare i lavoratori, ivi compresi i rappresentanti di questi ultimi, dal licenziamento o da qualsiasi altro trattamento sfavorevole che il datore di lavoro abbia messo in atto quale reazione a un reclamo all'interno dell'impresa o ad un'azione legale volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. Dalla formulazione stessa di detto articolo 24 risulta che la categoria dei lavoratori che possono beneficiare della protezione ivi prevista deve essere intesa in senso ampio e comprende tutti i lavoratori che possono essere oggetto di misure di ritorsione adottate dal datore di lavoro come reazione a un reclamo presentato a titolo di discriminazione fondata sul sesso, senza che tale categoria

sia peraltro delimitata (Corte giustizia Unione Europea, Sez. III, 20/06/2019, n. 404/18 J.H. c. W.R. BVBA).

Tale sentenza coglie un momento esiziale e decisivo nel processo di protezione della donna vittima di discriminazione in ambito lavorativo, neutralizzando potenziali atti di ritorsione del datore di lavoro verso i colleghi, soggetti notoriamente deboli e pertanto manipolabili, che abbiano favorevolmente testimoniato ed imponendo pertanto, a loro favore, specifiche forme di tutela. La stessa sentenza ha osservato che:

Quest'ultima disposizione costituisce un'espressione specifica, nel contesto della stessa direttiva, del principio di tutela giurisdizionale effettiva, che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, principio ormai riaffermato dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Quanto alla Direttiva 2004/113/CE, la CGUE ha avuto occasione di dichiararne l'invalidità, per contrasto con le disposizioni primarie dei trattati fondativi. In particolare, con sentenza n. 236/09 dell'1/3/2011. *Association Belgique des consommateurs vs Belgio*), ha affermato, in materia di polizze assicurative, che prendere in considerazione il sesso dell'assicurato quale fattore di rischio nei contratti di assicurazione costituisce una discriminazione. Ha dichiarato, pertanto, invalido l'art. 5 par. 2¹⁹¹ della direttiva 2004/113/CE con effetto a partire dal 21 dicembre 2012, perché in contrasto con gli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali.

¹⁹¹ 1. Gli Stati membri provvedono affinché al più tardi in tutti i nuovi contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2007, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari non determini differenze nei premi e nelle prestazioni.

2. Fatto salvo il paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere anteriormente al 21 dicembre 2007 di consentire differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici. Gli Stati membri interessati informano la Commissione e provvedono affinché siano compilati, pubblicati e regolarmente aggiornati dati accurati relativi all'utilizzo del sesso quale fattore attuariale determinante. Tali Stati membri riesaminano la loro decisione cinque anni dopo il 21 dicembre 2007 tenendo conto della relazione della Commissione di cui all'articolo 16 e trasmettono i risultati del riesame alla Commissione.

La CGUE si è occupata anche di ipotesi di discriminazione riflessa, non percepibile ragionevolmente da un trattamento interno, ma deducibile da valutazioni statistiche. Pertanto, in materia di prolungamento del periodo necessario per ottenere il diritto a pensione. In particolare, la Corte ha precisato che:

L'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, va interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che fissa, per i lavoratori a tempo determinato interessati da tale norma, una durata massima dei rapporti di lavoro superiore per i lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili, se risulta dimostrato che tale normativa incide negativamente su una percentuale significativamente più elevata di lavoratori di sesso femminile che di sesso maschile e se detta normativa non è oggettivamente giustificata da una finalità legittima o se i mezzi impiegati per il suo conseguimento non sono appropriati e necessari. L'articolo 19, paragrafo 1, di detta direttiva va interpretato nel senso che tale disposizione non impone alla parte che si ritiene lesa da una siffatta discriminazione di produrre, per stabilire un'apparenza di discriminazione, statistiche o fatti precisi relativi ai lavoratori interessati dalla normativa nazionale in oggetto se detta parte non ha accesso o ha accesso solo difficilmente a tali statistiche o fatti (Corte giustizia Unione Europea, Sez. III, 03/10/2019, n. 274/18 M.S.G. c. Medizinische Universität Wien).

In definitiva, il quadro giuridico del diritto antidiscriminatorio in ambito Europeo si avvale, oltre che della complessa base normativa, anche dell'apporto decisivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che ha saputo imprimere una forte spinta nell'intestare i percorsi dell'uguaglianza e della non discriminazione non solo in ottica individuale, ma, parimenti, in ottica sociale e non esclusivamente economica, riconoscendoli quale principi fondativi dell'ordinamento comunitario e come diritti umani fondamentali.¹⁹²

¹⁹² 3 Corte di Giustizia, Sentenza 15 giugno 1978, Defrenne II, causa 149/77, in Racc., 1978, p. 1365, punto 27.

Di più, per molti aspetti la visione pretoria della Corte di Giustizia, ha anticipato l'elaborazione normativa, in qualche misura orientandola e precisandola¹⁹³.

La Corte è anche andata oltre, superando le discriminazioni di genere con riferimento al solo sesso femminile, ma precisandole tout court, con riferimento anche al sesso maschile¹⁹⁴ e alle discriminazioni subite a causa della maternità e della gravidanza¹⁹⁵ ed a quelle patite in conseguenza del mutamento di sesso¹⁹⁶ 54 tutte le realtà sessuali. Infine, interessante è la precisazione della giurisprudenza della CGUE a proposito di elemento psicologico. La Corte ha asserito, sin dagli esordi¹⁹⁷, che ciò che rileva è il dato oggettivo della discriminazione, non già l'intenzione dolosa e/o colposa che in ipotesi, possa averlo accompagnato. Il che appare essere una scelta assai opportuna, ad evitare che la prova della discriminazione divenga 'diabolica' e, dunque, non conseguibile.

¹⁹³O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 11. Tratta interventi di remaking, di vera e propria ristrutturazione da parte della Corte di Giustizia, che ha intrapreso un'opera di costituzionalizzazione dei Trattati per via giurisprudenziale, assumendo il ruolo di motore trainante del processo di integrazione europea e interprete delle nuove priorità ultra economiche che si sono affiancate a quelle economiche. Secondo l'autore, l'attivismo della Corte è stato direttamente proporzionale all'inerzia legislativa comunitaria da parte degli Stati membri riuniti nel Consiglio delle Comunità europee.

¹⁹⁴ Corte di Giustizia, sentenza 29 novembre 2001 Joseph Griesmar, C-366/99, in Racc., 2001, p. I-9383; sentenza 13 dicembre 2001, Henri Muffin, C-206/00, in Racc., 2001, p. I-10201; sentenza 19 marzo 2002, H. Lommers, C-476/99, in Racc., 2002, p. I-2891; sentenza 21 luglio 2005, Vergani, C-207/04, in Racc., 2005, p. I-7453; sentenza 13 novembre 2008, Commissione c. Italia, C-46/07, in Racc., 2008, I-151.

¹⁹⁵ 3. Il diniego di assunzione di una donna incinta prefigura una discriminazione fondata sul sesso, in quanto il parametro gravidanza è suscettibile di valutazione solo avuto riguardo ad uno dei due sessi. Corte di Giustizia, sentenza 8 novembre 1990, Dekker, C-177/88, in Racc., 1990, p. 3941, punto 12; sentenza 14 luglio 1994, Webb, C-32/93, in Racc., 1993, p. I-3567; sentenza 30 aprile 1998, Thibault, C-136/95, in Racc., 1998, 1998, p. I-2001, punto 31. Relativamente ad un caso di una donna sottoposta a fecondazione in vitro, Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 2008, Mayr, C-506/06, in Racc., 2008, I-1017.

¹⁹⁶ Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1996, P.c.S., C-13/94, in Racc., 1996, p. I-2143; sentenza 7 gennaio 2004, K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, C-117/01, in Racc., 2004, p. I-541; sentenza 27 aprile 2006, Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04, in Racc., 2006, p. I-3585.

¹⁹⁷ Corte di Giustizia, sentenza 8 novembre 1990, E.J.P. Dekker c. Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassenen Plus, C-177/88, Racc., 1990, p. 3941, punto 12. e sentenza 11 marzo 1981, Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v Lloyds Bank Limited, Causa C69/80, Racc., 1981, I-767 in cui la CGCE ha affermato come sia da ritenersi sufficiente, ai fini della configurazione di una discriminazione, l'effetto e il fatto che esso sia casualmente riconducibile ad un fattore espresso di discriminazione.

7 Discriminazione di genere e diritto comunitario: il caso del cognome

Una delle forme più sottili, pervasive e conclamate di discriminazione fondata sul genere è dovuta al processo di attribuzione del cognome ai figli.

Trattasi di questione di rilievo assoluto, poiché dalle opzioni fatte proprie dal sistema normativo risulta l'assetto complessivo della società costituita, la riconoscibilità sociale e reputazionale delle persone, la definizione del sistema identitario.

Il tema ha una connotazione ancora più pregnante considerandosi che esso viene in evidenza non solo in termini di stereotipo comportamentale, ma anche in termini di specifica regolamentazione normativa.

Occorre premettere che l'art. 29 della Costituzione Italiana, al comma 2, prevede che "Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi"¹⁹⁸ e che, pertanto, risulta difficilmente compatibile ogni sorta di distonia che, in concreto, induca una alterazione rispetto a tale criterio di parità. Né, sotto altro avviso, potrebbe utilizzarsi il successivo limite posto dal medesimo articolo 29 (con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare), giacché non è possibile rinvenirsi alcun attacco all'unità familiare dall'evenienza di una paritaria regolamentazione sul cognome.

Posto quanto sopra, occorre dire che l'Ordinamento Italiano, a proposito di figli legittimi, non pone un indirizzo positivamente determinato verso la necessaria assegnazione paterna del cognome. E' verosimile ipotizzare che il codice civile abbia ommesso di precisare il tema, in ragione della radicata, risalente ed incontestata evidenza dell'opzione presso il corpo sociale. Sul punto, difatti, l'art. 6 c.c. si limita ad annotare che "Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito. Nel nome si comprendono il prenome ed il cognome. Non sono ammessi cambiamenti m aggiunte o rettifiche al nome se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati."¹⁹⁹

Nella realtà, il complesso normativo, nella sua interezza, sembra costruito attorno all'obiettivo di precludere l'attribuzione del cognome materno, o l'aggiunzione dello stesso a quello del padre, sin dalla nascita. La questione risulta,

¹⁹⁸ Art. 29 Costituzione italiana.

¹⁹⁹ Art. 6 Codice Civile.

invero, da una lettura sistematica delle norme codicistiche e speciali, a partire dal r.d. 9.7.1939 n. 1238, concernente la regolamentazione dello stato civile delle persone, che, all'art. 72, dispone che:

È vietato di imporre al bambino lo stesso nome del padre vivente, di un fratello o di una sorella viventi, un cognome come nome, nomi, e per i figli di cui non sono conosciuti i genitori anche cognomi, ridicoli o vergognosi o contrari all'ordine pubblico, al buon costume o al sentimento nazionale o religioso, o che sono indicazioni di località o in generale denominazioni geografiche e, se si tratta di bambino avente la cittadinanza italiana, anche nomi stranieri.²⁰⁰

In modo assai sottile, in altri termini, viene esclusa la possibilità di assegnare il cognome della madre, pur avendo la norma inteso accreditare la possibilità di farlo in riferimento al fratello o sorella viventi.

Nella stessa direzione, il decreto del Presidente della Repubblica 3 Novembre 2000 n. 396, recante “Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127”, all'art. 33 (Disposizioni sul cognome), ha inteso disporre che:

Il 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 legittimato²⁰¹.

Lo stesso DPR, all' art. 3 il DPR 396/2000 ha ribadito quanto già fissato nel Regio Decreto e stabilito che “E' vietato imporre al bambino lo stesso nome del padre vivente, di un fratello o di una sorella viventi, un cognome come nome, nomi ridicoli o vergognosi.”

Ma v'è di più. Il sistema normativo ha inteso più incisivamente convalidare la consuetudine di dare unicità al cognome maschile, stabilendo, riguardo ai figli nati fuori dal matrimonio (art. 262 c.c.), che “Il figlio assume il cognome del genitore che

²⁰⁰ Art. 72 r.d. 9.7.1939 n. 1238.

²⁰¹ L. 15 maggio 1997, n. 127, art. 33.

per primo lo ha riconosciuto”, con la precisazione che “Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre²⁰²”. Norma confermata nel successivo art. 299 c.c., a proposito del cognome dell’adottato, in cui è precettato che “Se l’adozione è compiuta da coniugi, l’adottato assume il cognome del marito”²⁰³.

Il tema trova la sua chiusa finale nell’art. centoquarantatre bis c.c., in cui è statuito anacronisticamente che “La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze”.

La questione del cognome paterno e maritale ha radici millenarie e, per quanto riguarda l’Italia, si è consolidato già in epoca romana, verosimilmente negli ultimi secoli della Repubblica, allorché si consolidò l’uso di identificare un gruppo familiare attraverso il cognome (*gens Claudia*, *gens Julia*, etc.). Ciò allo scopo di rispondere all’esigenza sociale, giuridica ed economica di stabilizzare le relazioni e conferire loro certezza *erga omnes*. Al seguito di tale consuetudine, l’intera filiera della storia sociale Italiana ed Europea si è stabilizzata, trasformando l’uso in un vero e proprio vincolo, divenuto immutabile e non contendibile.

Tuttavia, con l’evolvere del sostrato sociale, caratterizzato da un poderoso cammino culturale della donna verso l’eliminazione di ogni ragione discriminatoria, nonché attraverso una più oculata riflessione circa il senso e la *ratio* sottesi ai valori costituzionali, il tema del cognome paterno è divenuto oggetto di severe riflessioni, anche in ambito giurisprudenziale.

Il punto di svolta si è avuto nella storica Sentenza 8 novembre 2016 n. 286, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 c.c., nonché dall’art. 72 primo comma R.d. n. 1238/1939 (“Ordinamento stato civile”) e dagli artt. 33 e 34 D.p.r. n. 396/2000 (“Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile”), nella parte in cui non consente ai genitori – i quali ne facciano concorde richiesta al momento della nascita – di attribuire al figlio anche il cognome materno.

²⁰² Art. 262 del Codice civile.

²⁰³ Art. 299 del Codice civile.

La Sentenza della Consulta è stato l'approdo di una lunga meditazione ermeneutica, che ebbe i suoi prodromi circa 35 anni fa.

Già nell'ordinanza n. 176 del 1988 la Corte Costituzionale asseriva che:

Sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro²⁰⁴.

Tuttavia, è con la sentenza n.61/2006 che la Consulta, prendendo atto dell'immutazione della cornice normativa, ebbe modo di evidenziare l'incompatibilità della normativa italiana con i valori costituzionali di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi segnalando, riguardo al sistema di attribuzione del cognome, che esso costituiva:

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 donna²⁰⁵.

Vero è che la stessa sentenza dichiarò inammissibile la questione posta al suo vaglio, ritenendola riservata alla discrezionalità del legislatore. Tuttavia, essa pose una pietra miliare nel processo di sgretolamento dell'impianto consuetudinario e normativo, di cui si avvale la successiva sentenza n. 286/16, nella quale si ribadiva non solo l'*humus* discriminatorio dell'impianto normativo, non giustificato nemmeno con riferimento alla finalità di salvaguardia dell'unità familiare, ma anche l'evidente pregiudizio inflitto al diritto all'identità personale del minore.

Su tale ultimo punto, la Consulta offriva una chiave di lettura sistemica e culturalmente profonda. In particolare, asseriva che:

²⁰⁴ Ordinanza n. 176 del 1988 della Corte Costituzionale

²⁰⁵ Sentenza Corte Costituzionale n. 61/2006.

La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori²⁰⁶. Viceversa "la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno²⁰⁷.

Precisava inoltre che l'identità di un essere umano, nella varietà delle sue articolazioni, ha valenza pubblicistica e privatistica e trova nel diritto al nome il suo snodo deterministico, quale segno dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare. In tal senso, il diritto ad un corretto ed esaustivo cognome stigmatizza la personalità sociale dell'uomo, inverando uno dei criteri discretivi e fondamentali fissato dall'art. 2 della Costituzione.

Quanto al tema della violazione del principio di uguaglianza dei coniugi, il Giudice delle leggi ha ulteriormente evidenziato che: "Il criterio della prevalenza del cognome paterno, e la conseguente disparità di trattamento dei coniugi, non trovano alcuna giustificazione né nell'art. 3 Cost., né nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare, di cui all'art. 29, secondo comma, Cost."²⁰⁸, concludendo nel senso dell'incostituzionalità dell'attuale sistema, "in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, (che) non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica".

Il tema dell'esclusività del cognome paterno e maritale ha profondamente impegnato anche la giurisprudenza Europea, la quale ha trovato nella "Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali", approvata a Roma il 4.11.1950, il suo punto di snodo interpretativo e valoriale.

²⁰⁶ Sentenza della Corte Costituzionale 281/2016.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*.

Particolarmente penetrante è stato l'approccio della Corte EDU, cristallizzato dalla sentenza 7 gennaio 2014 n. 77/07, sez. II (Cusan e Fazio c. Italia). In essa, il tema del cognome è stato scrutinato alla luce degli artt. 8 e 14 della Convenzione, letti in combinato disposto.

Si rende necessario, in primis, richiamare le predette disposizioni.

Dispone l'art. 8, recante "Diritto al rispetto della vita privata e familiare":

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.²⁰⁹

Quanto all'art. 14, recante "Divieto di discriminazione", la Convenzione dispone:

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione²¹⁰.

E' del tutto evidente che la latitudine assiologica delle due norme e la loro connotazione sistemica, ne ha imposto una lettura orientata, tale da risultare decisiva ai fini della coerenza degli ordinamenti degli Stati contraenti. Si ricorda, sul punto, che, ai sensi dell'art. 10 della Costituzione, "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute²¹¹" e che, ai sensi dell'art. 117 comma 1 della Costituzione, "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"²¹².

²⁰⁹ Art. 8. Sentenza 7 gennaio 2014 n. 77/07, sez. II (Cusan e Fazio c. Italia).

²¹⁰ Art. 14 Sentenza 7 gennaio 2014 n. 77/07, sez. II (Cusan e Fazio c. Italia).

²¹¹ Art. 10 della Costituzione italiana.

²¹² Art. 117 della Costituzione italiana.

In questa ottica, la Corte EDU ha esaminato il complesso problema dell'unicità del cognome paterno nell'ambito dell'ordinamento Italiano e lo ha confrontato con i principi ed i valori emergenti dalla Convenzione. Ne è scaturita la sentenza in commento la quale, a seguito di un complesso percorso ricognitivo, ha stabilito che precludere al figlio l'assegnazione del solo cognome materno, mentre è vincolato quello del padre, costituisce una forma di discriminazione basata sul sesso e viola il principio di uguaglianza tra uomo e donna.

In particolare, la Corte ha stabilito che “Contrasta con il principio di non discriminazione l'obbligo vigente in Italia di attribuire ai figli il cognome del padre, in quanto, espressione di una concezione patriarcale della famiglia, non prevede alcuna possibilità di deroga, neppure in presenza del consenso dei genitori.”

Sotto altro versante, la Corte EDU ha precisato che “Viola il diritto al rispetto della vita privata e il divieto di discriminazione tra uomo e donna la normativa italiana che impedisce la trasmissione del cognome materno al figlio nato nel matrimonio e, nonostante l'accordo tra i genitori, impone quello paterno”.

A questo punto, la Corte EDU ricorda che:

L'articolo 8 della Convenzione non contiene alcuna disposizione esplicita in materia di cognome ma che, in quanto mezzo determinante di identificazione personale (Johansson c. Finlandia, n. 10163/02, § 37, 6 settembre 2007, e Daróczy c. Ungheria, n. 44378/05, § 26, 1° luglio 2008) e di ricongiungimento ad una famiglia, ciò non di meno il cognome di una persona ha a che fare con la vita privata e familiare di questa. Il fatto che lo Stato e la società abbiano interesse a regolamentarne l'uso non è sufficiente ad escludere la questione del cognome delle persone dal campo della vita privata e familiare, intesa come comprendente, in certa misura, il diritto dell'individuo di allacciare relazioni con i propri simili.

Inoltre, a proposito dell'art. 14 della Convenzione, la sentenza ha osservato che “Nella sua giurisprudenza, la Corte ha stabilito che per discriminazione si intende il fatto di trattare in maniera diversa, senza giustificazione oggettiva e ragionevole, persone che si trovano, in un determinato campo, in situazioni comparabili”; di tal che:

La Corte è del parere che, nell'ambito della determinazione del cognome da attribuire al figlio

legittimo, persone che si trovavano in situazioni simili, vale a dire il ricorrente e la ricorrente, rispettivamente padre e madre del bambino, siano stati trattati in maniera diversa. Infatti, a differenza del padre, la madre non ha potuto ottenere l'attribuzione del suo cognome al neonato, e ciò nonostante il consenso del coniuge.

Dunque, riconducendo il diritto al nome nell'ambito della tutela offerta dall'art. 8 e dall'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la Corte ha ritenuto che la preclusione per i genitori, anche se entrambi consenzienti, di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre, è contrario alle norme convenzionali e genera violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU.

Posto il principio, la Corte EDU ha inteso segnalare come ciò sia la risultante di una lacuna del sistema giuridico italiano, per superare il quale “dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi italiane”.

Né la Corte EDU ritiene che la censurata preclusione trovi ristoro o compensazione nel fatto, reso possibile dall'ordinamento nazionale, che si possa, successivamente, venire autorizzati, per via amministrativa, a cambiare il cognome, aggiungendo a quello paterno il cognome della madre. Trattasi di questione che non scalfisce il *vulnus* ravvisato verso l'identità del minore e quello a non essere discriminati per ragioni di genere.

D'altra parte, la Corte EDU ha inteso rimarcare che:

Una differenza è discriminatoria ai sensi dell'articolo 14 se è priva di giustificazione oggettiva e ragionevole. L'esistenza di una tale giustificazione si valuta alla luce dei principi solitamente prevalenti nelle società democratiche. Una disparità di trattamento nell'esercizio di un diritto enunciato dalla Convenzione non deve solo perseguire uno scopo legittimo: si ha violazione dell'articolo 14 anche quando non esiste "un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefisso.

In questa direzione, ha fornito alcune coordinate applicative, precisando che:

Gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento nello stabilire se e in quale misura differenze tra situazioni sotto altri aspetti analoghe giustifichino disparità di trattamento giuridico (G. c. Austria, 16 settembre 1996, § 42, Recueil 1996-IV). L'ampiezza di tale margine di apprezzamento varia a seconda delle circostanze, dei campi e del contesto (R. c. Danimarca, 28 novembre 1984, § 40, serie A n. 87, e I. c. Austria, 28 ottobre 1987, § 41, serie A n. 126), ma la decisione finale in merito all'osservanza delle esigenze poste dalla Convenzione spetta alla Corte. La Convenzione è innanzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo, la Corte deve quindi tenere conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire, ad esempio, al consenso suscettibile di manifestarsi quanto alle norme su cui intervenire.

Ne ha concluso che “Soltanto considerazioni fortissime possono indurre la Corte a ritenere compatibile con la Convenzione una disparità di trattamento fondata esclusivamente sul sesso”. In questa ottica:

Ha ricordato l'importanza di un'evoluzione nel senso dell'eguaglianza dei sessi e dell'eliminazione di ogni discriminazione fondata sul sesso nella scelta del cognome. Essa ha inoltre ritenuto che la tradizione di manifestare l'unità della famiglia attraverso l'attribuzione a tutti i suoi membri del cognome del marito non potesse giustificare una discriminazione nei confronti delle donne.

La decisione della Corte, ancorché correlata ad una specifica questione, assume, in realtà, un valore universale, giacché in essa trovano composizione le profonde e radicate ragioni di conflitto che, in forma diretta o indiretta, consuetudinaria o positiva, hanno visto lacerare il principio di uguaglianza di genere e perpetuare l'atavico ed inspiegato primato del genere maschile in ogni ambito socialmente e giuridicamente rilevante.

La decisione della Corte EDU ha avuto una vasta eco nella giurisprudenza italiana. La richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 286 del 2016 ne è stata il coagulo e, al contempo, l'elemento propulsivo.

Tuttavia, in mancanza di un riordino della materia sul piano legislativo, è di recente intervenuto il Collegio della Corte Costituzionale il quale, chiamato dal

Tribunale di Bolzano a scrutinare il tema dell'assegnazione del cognome materno al figlio, ha inteso “sollevare davanti a se stesso la questione di costituzionalità del primo comma dell'articolo 262 del Codice civile che stabilisce come regola l'assegnazione del solo cognome paterno”²¹³.

In realtà, v'è da ritenere che la Corte, prendendo nota del nuovo assetto sociale, che vede padre e madre parimenti coinvolti sul piano culturale, sociale e morale, abbia inteso interrogarsi globalmente sui temi legati alla famiglia ed ai generi, nella prospettiva di verificare l'incoerenza di un sistema normativo che, in modo irragionevole e non giustificato, certifichi che solo il cognome paterno sia utile a definire l'identità sociale e giuridica del figlio.

Si ha motivo di ritenere che, dopo la sentenza n. 286 del 2016, l'approdo non potrà che essere radicale e tale da determinare così interventi additivi (incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede la madre), come interventi di indirizzo verso la successiva e necessaria azione di riordino complessivo della materia.

Allo stato, può tornare utile annotare che, nel corso della XVII legislatura (2013-2018), il Senato della Repubblica aveva approvato un progetto di legge (A.S. 1628), finalizzato a riordinare riformare radicalmente le norme sul cognome, prevedendo che al figlio, nato in costanza di matrimonio e nell'accordo dei genitori, potesse essere assegnato uno dei seguenti cognomi:

- il cognome del padre;
- il cognome della madre;
- il cognome di entrambi, nell'ordine convenuto.

Con la precisazione che, in mancanza di accordo, sarebbe conseguita l'attribuzione, in ordine alfabetico, di entrambi i cognomi dei genitori. La stessa regola sarebbe valsa per i figli nati fuori dal matrimonio, riconosciuti contemporaneamente da entrambi i genitori.

La fine della legislatura ha fatto decadere il progetto, mentre non si ha contezza di una riproposizione nel corso della nuova legislatura. Risulta, invece, che il nuovo

²¹³ Corte Costituzionale, Comunicato Ufficio Stampa del 14 gennaio 2021, “sulla regola del cognome paterno, la corte solleva questione di costituzionalità davanti a se stessa”

Parlamento ha incardinato una proposta di legge (A.C. 2129), limitata tuttavia alla modifica dell'art. 143 bis c.c., che pure contiene una norma non solo desueta, ma anche assolutamente anacronistica. La novella così risulterebbe: “Art. 1. (Cognome dei coniugi) 1. L'articolo 143-bis del codice civile è sostituito dal seguente: « Art. 143-bis. – (Cognome dei coniugi) – Ciascun coniuge conserva il proprio cognome »”²¹⁴.

In attesa delle determinazioni del Parlamento, è ora intervenuta la Corte Costituzionale, le cui decisioni certamente avranno l'effetto di sollevare l'Italia dalle contraddizioni e dagli anacronismi che ancora vi allignano e che la Corte EDU ha chiaramente evidenziato.

7.1 Una proposta di lettura

Il patriarcato, come ogni altra forma di discriminazione e differenziazione nasce a casa. Probabilmente è dentro noi stessi e neanche riusciamo a fermare il suo processo di evoluzione, perché è tramite piccole cose ordinarie, alle quali neanche si dà peso, che contribuiamo tutti i giorni a rendere il patriarcato vivo.

Come più volte citato nei precedenti capitoli, il patriarcato è una forma di discriminazione delle donne, considerate inferiori all'unica supremazia, quella dell'uomo. Il patriarcato non è però estrinseco dai meccanismi nei quali viviamo ogni giorno: il linguaggio, per esempio, spesso è patriarcale.

Si chiama “uomo” per intendere “uomini e donne”, “bambino” per dire “bambino e bambina”, “figlio” riferendosi a “figlio e figlia”. Ci raccontano che il primo essere vivente al mondo è stato un uomo, Adamo, e che successivamente sia arrivata Eva, per stuzzicarlo e indurlo in errore. Eva, la generatrice del peccato, secondo i libri. Nei dipinti che vediamo nelle chiese, Dio è uomo. Gli eroi che ci vengono narrati sono tutti uomini, mai donne.²¹⁵

²¹⁴ Camera dei deputati, Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Schirò, Gribaudo, Siragusa, Boldrini, Serracchiani, Enrico Borghi, Siani, Ciampi, Bruno Bossio, Rizzo Nervo, Carla Cantone, Annibali, Ungaro, La marca, Di Giorgi, Pezzopane, Carnevali. Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di cognome dei coniugi. Presentata il 30 settembre 2019.

²¹⁵ O FALLACI, *Lettera a un bambino mai nato*, Rizzoli, Milano, 1975, p. 10.

Dunque, il patriarcato non è solo una famiglia in cui una donna deve preparare da mangiare e pulire senza potere lavorare, perché a quello ci deve pensare il marito, ma è, più nel dettaglio, un sistema sociale in cui vivere e accettare che le differenze ci sono, ma, anziché essere valorizzate, sono calpestate.

Il nostro linguaggio è patriarcale. E i nostri cognomi sono da millenni patriarcali, nel senso di “paterni”. Ci siamo mai chiesti perché, se siamo figli di due persone diverse, un uomo e una donna, dobbiamo essere identificati come figli solo di uno, dell’uomo? Perché? Eppure, sotto l’aspetto biologico, potremmo essere quasi “più figli” di nostra madre, colei che ci ha tenuto in grembo e che fisicamente ci ha dato la vita.

Eppure, questo non accade. E la sentenza in esame si occupa proprio di questo. L’analisi della questione è molto delicata, poiché è una questione che giurisprudenzialmente è stata posta solo recentemente, nonostante portare il cognome del solo padre sia un tema comune a ogni essere umano, e questo pare che per millenni sia andato bene a tutti.

La parvenza è che nessuno ci faccia caso, semplicemente perché fa parte dell’abitudine, del diritto che si fa società e della società che si fa diritto, perché esattamente come si dice “uomo” per dire “uomini e donne”, o “quei” per dire “quelli e quelle”, è normalità che una persona sia, sulla carta, figlia del solo padre, e il cognome della madre, a sua volta uguale a quello di suo padre, non compaia.

Essere donna, dunque, continua a essere sempre una lotta, perché il cognome del figlio può essere quello della madre solo se la donna ha avuto la sfortuna di concepirlo con un uomo che non vuole essere suo padre. Ma, se questo non accade, non c’è altra scelta: il cognome sarà quello dell’uomo, del papà.

Le identità di genere si formano nei primi anni di vita, tramite i concetti culturali trasmessi ai bambini. Il patriarcato è così assorbito dalla psiche di uomini e donne che la struttura caratteriale da esso generata in entrambi i sessi diventa un’abitudine mentale e un modo di vivere molto più di un sistema politico.²¹⁶

Se gli stereotipi di genere sembrano del tutto naturali, a dispetto del loro carattere costitutivo, è perché vengono interiorizzati sin dalla prima socializzazione dell’infanzia

²¹⁶ K. MILLET, *La politica del sesso*, Rizzoli, Milano, 1971.

(tanto in famiglia come a scuola) e riconfermati poi costantemente nell'interazione sociale nel corso di tutta la vita. In particolare, la speciale forza normativa dei ruoli di genere imposti dagli stereotipi prescrittivi è legata proprio alla tendenziale "invisibilità" della loro dimensione costitutiva, che contribuisce a farli apparire come mere descrizioni della realtà.²¹⁷

Il sistema societario sono i bambini e i giovani di oggi. E quando una bambina di oggi che sarà una donna di domani dovrà firmare il suo compito in classe, il suo primo disegno, il suo primo contratto di lavoro, cosa le staremo insegnando? Che è giusto che lei si chiami solo come si chiama il padre, e non anche col cognome della madre. Che in quella firma c'è il cognome dell'uomo, non della donna, e che quando anche lei farà un figlio, qualora lo volesse e potesse avere, quel figlio porterà il nome del suo compagno, ritenuto dalla legge più importante.

E quando un bambino firmerà il suo primo disegno, il suo primo compito in classe, il suo primo contratto di lavoro, cosa gli staremo insegnando? Che il suo cognome, uguale a quello del padre, sarà quello dei suoi figli e delle sue figlie, che centinaia di anni di lotte, di silenzi, di sofferenze, di soprusi che le donne come sua madre hanno subito non sono serviti, perché oggi lui firma con un unico cognome, quello del padre. Ed ecco che l'uomo è ancora più in alto della donna. Anche se la donna può votare, può abortire (e non ovunque), può scegliere di divorziare.

Anche se ci è permesso (permesso poi, che parola piena di odio) poter fare queste e mille altre cose, tutte non saranno mai sufficienti a creare una società fondata sull'uguaglianza, sulla libertà, sulla verità. E la verità è una: il tempo della vita deve essere tempo di giustizia. Essa, nel senso più semplice del termine, è quella che si insegna ai bambini: quando un uomo e una donna, essendo esseri viventi uguali, hanno uguali possibilità, uguali capacità, uguali poteri, uguali sogni.

Quando tutto questo si raggiungerà allora potremo tutti tirare un respiro di sollievo. Ma fin quando una donna dovrà firmare le dimissioni in bianco perché sceglie di essere madre, fin quando una persona si chiamerà col solo cognome del padre, fin

²¹⁷ P. PAROLARI, *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment.*, cit.

quando in centinaia di Stati del mondo sarà praticata la mutilazione genitale, e fin quando infinite altre donne soffriranno, anche un solo secondo, per essere nate donne, nulla avrà senso e l'uguaglianza sarà stato solo un sogno lontano.

CONCLUSIONI

Le pagine che precedono hanno dimostrato che il tema delle discriminazioni di genere, per quanto apparentemente anacronistico ed antitetico rispetto agli arresti costituzionali, normativi e giurisprudenziali conseguiti nella seconda metà del ventesimo secolo e confermati nello scorcio di ventunesimo secolo, è ancora di viva attualità ed impegna le coscienze più vive ed aperte al confronto civile e dottrinale.

Perdurano, implacabili, gli stereotipi di genere ereditati dal passato, che si mutano in consuetudini culturalmente legittimate e, nei fatti, trasmodano in strategie, programmi ed archetipi comportamentali che vedono perpetuata la gamma discriminatoria di cui è stata, nel tempo, capace l'umanità.

Il tema riguarda tutti gli ambiti del vivere, da quello lavorativo a quello relazionale, da quello politico a quello reputazionale e svela un residuo "humus" culturale, impermeabile a tutti gli interventi di "moral suasion" provenienti dalla cultura, dalle istituzioni umanitarie, dalle organizzazioni femminili.

La strada percorsa con questo lavoro ha consentito di fare il punto comparativo tra ciò che il mondo, in termini di opportunità di genere, è e quel che esso è stato ed ha reso possibile la sottolineatura di un cammino realmente prodigo di conquiste nel campo dei diritti universali spettanti ad ogni essere umano, a prescindere dal suo stato, dalla sua condizione, dal suo colore, dal suo sesso.

A partire dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1945, dovuta all'Assemblea Generale dell'ONU, a seguire con la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1955, sino ad approdare ai documenti normativi riconducibili all'UE, è innegabile che il tema delle parità di genere sia risaltato primario e dirimente nell'approccio delle Carte modulate dalle massime Autorità Internazionali. Un tema affrontato con vigore e rigore, rispetto al quale non ci sono margini per un ritorno al passato.

La questione, semmai, è quella di spingere in avanti il cammino, a sedare le gravi lacune che ancora, sul piano sociale soprattutto, ma anche

normativo, allontanano dall'obiettivo irrinunciabile di porre sullo stesso piano, *hic et nunc*, i diritti delle donne rispetto a quelli garantiti agli uomini. Troppe anomalie continuano a stonare nell'assetto complessivo delle società, talvolta sotto l'usbergo di una necessaria separazione degli ambiti vitali, tal'altra adombrate da apparenti diritti che disvelano reali disparità. E' il caso, in precedenza citato, del lavoro "part time", congegnato a misura di deprimere i livelli previdenziali per chi ne fruisca, ben sapendo che tale misura, certamente doverosa in ottica genitoriale, finisce con il penalizzare massimamente le lavoratrici madri. Oppure, è il caso delle procedure concorsuali di reclutamento, in cui ancora persistono requisiti di accesso smaccatamente discriminatori, dovuti a fattori fisici quali l'altezza, ben sapendosi che tali limiti penalizzano, percentualmente, il mondo femminile in misura ampiamente superiore rispetto a quello maschile. Senza dimenticare, sempre in ambito lavorativo, il tema delle progressioni di carriera, ovvero degli stessi accessi al mondo del lavoro, sovente correlati a fattori condizionanti, quali il nubilato o la negazione della genitorialità.

In questa direzione, formidabili sono apparsi gli interventi della giurisprudenza che, sia in ambito Europeo e Comunitario, sia in ambito Nazionale, hanno avuto plurime occasioni di stigmatizzare i temi, richiamando gli Stati all'osservanza di standard umanitari considerati non prescindibili, né postergabili. Esemplare, da ultimo, è stata la recentissima ordinanza della Corte Costituzionale che, chiamata limitatamente ad una questione concernente l'assegnazione del cognome materno nel contesto di una filiazione naturale, ha deciso di rimettere a se stessa l'intero tema dell'identità nomenclativa, anche in ipotesi di filiazione legittima ed infra matrimoniale, reputando contrario ai valori internazionali ed allo stesso art. 29 della Costituzione l'attuale assetto che preclude, alla nascita, l'assegnazione del cognome materno, anche in aggiunta a quello paterno ed impone, con l'art. 143 bis del codice civile, addirittura il cognome maritale alla moglie. Un retaggio medievale che descrive un'ombra a carico dell'Italia nel contesto delle nazioni più avanzate in tema di diritti universali e che la Corte Costituzionale ha inteso assumere su di sé, annotando la sordità o, comunque, la fragorosa lentezza del Parlamento nell'affrontare e risolvere la questione.

Certamente, i testi normativi, come le dichiarazioni di intento promananti da ogni istituzione nazionale, europea ed internazionale, lasciano presagire un tempo nuovo per l'umanità e per i diritti che le spettano

imprescindibilmente, a prescindere dalle condizioni personali delle persone. Occorre, tuttavia, cura e vigilanza, poiché le sedimentazioni della discriminazione di genere sono profonde ed annidano in comportamenti ripetuti nei secoli, al punto da farli apparire normali, doverosi e quasi naturali. Si pensi al processo di comunicazione, che ancora oggi vuole declinate al maschile ('l'uomo') identità che, al contrario, sono riferite alla comunità umana complessivamente considerata. Oppure, alla dimensione religiosa, che in Occidente vede prevalere l'identificazione della potenza divina con figure esclusivamente maschili.

Insomma, nei pertugi lasciati dalle norme, o dalle culture dominanti, si infiltrano, ancora oggi, azioni e narrazioni che trasudano differenza e, per essa, violenza. Si pensi ai troppi crimini consumati ai danni delle donne, ai delitti camuffati per diversioni del sesso 'dominante', alla triste necessità di dover approvare, in tempi di conquiste scientifiche incommensurabili, codici rossi e misure antiviolenza, le cui matrici trovano, spesso, spiegazione nell'asserita ed inverata parità di ogni donna.

Sono le code di un processo di emancipazione ampiamente ratificato dalla storia che, per completarsi, bisogna ora del contributo dei corpi sociali e della sensibilità di chiunque abbia tasselli di responsabilità. Ad iniziare dalle donne, che dovranno trovare il modo di abdicare ai ruoli di riserva sovente perseguiti o supinamente accettati, per mirare oltre il dito, in direzione della libertà e della dignità, dalle quali mai dovranno staccarsi.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTOTELE. *Etica Nicomachea* (V. 3. 1131a-II31 b), Laterza, Roma-Bari, 1988, trad. it. di A. Plebe.
- CARTABIA M., *Riflessioni in tema di uguaglianza e non discriminazione*, in Ead, *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011.
- CAVALIERE A., *La comparsa delle donne. Uguaglianza, differenze, diritti*, Fattore umano, Roma 2016.
- COMANDUCCI P., *Le ragioni dell'egualitarismo*, in *Ragion pratica*, Il Mulino, 2006.
- EISLER R., *Il calice e la Spada*, Forum, Udine, 2011.
- ENGELS F, *Rheinische Zeitung für Politik, Handel und Gewerbe*, Colonia, 1843.
- O FALLACI, *Lettera a un bambino mai nato*, Rizzoli, Milano, 1975, p. 10.
- FARALLI C., *Women's studies e filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012.
- FISHBEIN H.D., *Peer prejudice and discrimination: the origins of prejudice*, in Psychology Press, 2002.
- FRANCE A., *Il giglio rosso*, in i capolavori di A. France, Mursia, Milano, 1993.

- FULLER L. L., *La moralità del diritto* (1964; revised ed. 1969), trad. it. di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano, 1986.
- FULLER M., *Women in the Nineteenth Century*, Dover Pubsn, Londra, 1999.
- GIANFORMAGGIO L., *Identity, Equality, Similarity and Law*, *Rechtstheorie*, vol. 15, 1993.
- GIANFORMAGGIO L., *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in EAD, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995.
- GIDDENS A., *Central Problems in Social Theory*, Univ of California Pr, Berkeley, 1979.
- GLASBERG, SILVEN S., SHANNON D., *Political Sociology: Oppression, Resistance, and the State*, Sage Publication, California, USA, Sage.
- H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1962.
- KEITH T., *Patriarchy, Male Privilege, and the Consequences of Living in a Patriarchal Society*, in *Masculinities in Contemporary American Culture: An Intersectional Approach to the Complexities and Challenges of Male Identity*, Routledge, Londra, 2017.
- KELSEN H., *Il problema della giustizia*, trad. it. di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1975.
- KRAEMER S., *The Origins of Fatherhood: An Ancient Family Process*, in *Family Process*, vol. 30, n. 4, 1991.
- LERNER G. *The Creation of Patriarchy.*, in *Symbolus*, Oxford Univeristy Press, New York, 1986.
- M. MULLER, *Woman in the Nineteenth Century* (1843), Dover Pubns, Mineola, 1999.

- MAZZARESE T., *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2006.
- McCANN H., CARROLL G., DUGUID B., GEHRED K., KIRILLOVA L., KRAMER A., SMITH HOMES M., WEBER S., MANGAN L. *Il libro del Femminismo*, Gribaudo, Milano, 2019.
- MELE T., *La discriminazione di genere nell'Ordinamento Italiano ed Europeo*, Altalex, 12.5.2020.
- MILL J.S., *La soggezione delle donne*, trad. it. di O. Bellini, Era Nuova, Perugia, 1988.
- MILLET K., *La politica del sesso*, Rizzoli, Milano, 1971.
- MOLLER OKIN S., *Is multiculturalism bad for women?*, in AA. VV., *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, 2000.
- MORACE S., *Origen mujer. Del matrismo al patriarcado*, Prospettiva, Siena, 1999.
- PALAZZANI L., *Identità di genere?*, San Paolo edizioni, Cinisello Balsamo, 2007.
- PAROLARI P., *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment. Riflessioni sul ruolo del diritto*, in *Unige*, vol.8 n. 15, 2019.
- PLATONE, *Fedone*, trad. it. di M. Valgimigli, in Platone, Laterza, Roma-Bari, 1971.
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1971.
- RICH A., *Eterosessualità obbligatoria ed esistenza lesbica*, in *DWF*, n. 23-24, 1980.
- ROSS A., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965.

- ROSS A., *Why Democracy?*, Harvard University Press, Cambridge, 1952.
- ROSTI L., *La segregazione occupazionale in Italia*, Carocci, Milano, 2006.
- ROUSSEAU J., *Emile*, Mondadori, Ginevra, 2017.
- S. CASTIGLIONE, *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- SCHIAVELLO A., *Principio di eguaglianza. Breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion pratica*, 14, 2000.
- SCHOCHET G., *Patriarchy and Paternalism, in Europe, 1450 to 1789: Encyclopedia of the Early Modern World*, Charles Scribner's Sons, 2004.
- SEN A. K., *La diseguaglianza Un riesame critico*, trad. it. di A. Balestrino, Il Mulino, Bologna, 1994.
- SHAVER HUGHES S. E HUGES B., *Women in Ancient Civilizations*, Greenwood Press, Santa Barbara, 1999.
- SPENDER D., *Man Made Language*, Pandora, Segrate, 1980.
- STROZIER R., M., *Foucault, Subjectivity, and Identity: Historical Constructions of Subject and Self*, Wayne State Univ Pr, 2001.
- WESTEN P. *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 1982.
- WESTEN P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- WESTEN P., *The Concept of Equal Opportunity*, in *Ethics*, 95, 1985.
- WILLEM DRIVERS J., *Helena Augusta*, Brill, Leila, 1991.
- WOLLSTONECRAFT M., *Rivendicazione dei diritti della donna*, Caravan Edizioni, Roma, 2013.

SITOGRAFIA

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf.

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf.

<https://www.intersexioni.it/eterosessualita-obbligatoria-ed-esistenza-intersex/>.

Wikipedia: [https://it.wikipedia.org/wiki/Patriarcato_\(sociologia\)](https://it.wikipedia.org/wiki/Patriarcato_(sociologia))

<https://www.altalex.com/documents/news/2020/05/12/discriminazione-di-genere>.

http://hdr.undp.org/sites/default/files/hd_perspectives_gsn.pdf?fbclid=IwAR0f

https://www.undp.org/sites/default/files/hd_perspectives_gsn.pdf?fbclid=IwAR0f0dW_wtHC3tmc4p24DaoOWMle4RfenZZCY8fuaFvMTt_PKv8KTqgIro.

GIUISPRUDENZA

Art 6 del TUEL.

Art. 37 costituzione.

Art. 44 Costituzione, primo comma.

Art. 46 comma 2 TUEL.

Art. 51 Costituzione.

Consiglio di stato, n. 4626 del 5/10/2015.

Corte Costituzionale, sentenza n. 161/1985.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14.4.2015, caso Cachaldora Fernandez.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14.4.2015, caso Cachaldora Fernandez; Sentenza 8.5.2004, caso C.220/02

Corte di giustizia europea, decisione 13 novembre 2008, C-46/07, Commissione contro Repubblica Italiana.

Corte di Giustizia, sentenza 15 giugno 1978, Defrenne II, causa 149/77, in Racc., 1978, p. 1365, punto 27.

Corte di Giustizia, sentenza 29 novembre 2001 Joseph Griesmar, C-366/99, in Racc., 2001, p. I-9383; sentenza 13 dicembre 2001, Henri Muffin, C-206/00, in Racc., 2001, p. I-10201; sentenza 19 marzo 2002, H. Lommers, C-476/99, in Racc., 2002, p. I-2891; sentenza 21 luglio 2005, Vergani, C-207/04, in Racc., 2005, p. I-7453; sentenza 13 novembre 2008, Commissione c. Italia, C-46/07, in Racc., 2008, I-151.

Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1996, P.c.S., C-13/94, in Racc., 1996, p. I-2143; sentenza 7 gennaio 2004, K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, C-117/01, in Racc., 2004, p. I-541; sentenza 27 aprile 2006, Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04, in Racc., 2006, p. I-3585.

Corte di Giustizia, sentenza 8 novembre 1990, Dekker, C-177/88, in Racc., 1990, p. 3941, punto 12; sentenza 14 luglio 1994, Webb, C-32/93, in Racc., 1993, p. I-3567; sentenza 30 aprile 1998, Thibault, C-136/95, in Racc., 1998, 1998, p. I-2001, punto 31. Relativamente ad un caso di una donna sottoposta a fecondazione in vitro, Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 2008, Mayr, C-506/06, in Racc., 2008, I-1017.

Corte di Giustizia, sentenza 8 novembre 1990, E.J.P. Dekker c. Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassenen Plus, C-177/88, Racc., 1990, p. 3941, punto 12. e sentenza 11 marzo 1981

Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2002, Christine Goodwin, n. 28957/95.

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Caso Schalk and Kopf vs Austria*.

D.lgs. 1 febbraio 1945, n. 23.

D.lgs. 1 febbraio 1945, n. 23.

D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

D.lgs. 11.4.200.

D.lgs. 145/2005.

D.lgs. 198/2006.

D.lgs. 216/2003.

D.lgs. 28 gennaio 2000.

D.lgs. 9.7.2003, n.216.

D.lgs. del 25 gennaio 2010.

D.lgs. n. 216 del 2003.

L. 10 aprile 1991, n. 125.

Legge 13 giugno 1912 n. 555.

Legge 13 giugno 1912, n. 555.

Legge 3.11.1992, n. 454.

Legge n. 300/1970.

Legge n. 903/1977 e legge n.125/91 art.4, come modificato dall'art.1,
lett.a e e b) d.lgs. n.145/2005

Legge n. 903/1977.

Legge n.1204/1971.

Legge n.56/2014.

Legge14 marzo 1985, n.132.

Legge 28 novembre 2005, n. 246.

Legge 4 maggio 1983, n. 184.

Legge 9 dicembre 1977, n. 903.

Legge n. 120 del 2011.

Legge n. 1204/1971.

Legge n. 151/1975.

Legge n. 903/1977.

Legge n.125/91 art.4.

Legge n.164/1982.

Legge 2 agosto 2008, n. 1.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2009.

Sentenza 17 giugno 1990, C-33/89.

Sentenza 22 aprile 1976, C-43/75

Sentenza 28 settembre 1994, C-200/9.

Sentenza 3 dicembre 1969, n. 147.

Sentenza corte di cassazione n. 11.530 del 15.6.2020.

Sentenza della Corte cost., 04/07/2006, n. 254.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 9 del 1965.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 9 del 1965.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 109 del 26.3.1993.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2009.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 15 del 1960.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 161/1985.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1969.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1982

Sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1982.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 25 del 1966.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 25 del 1966.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 254 del 04/07/2006.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 3 del 1957.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 3 del 1957.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 304 del 2004.

Sentenza della Corte Costituzionale n. 56 del 1958.
Sentenza della Corte Costituzionale n. 56 del 1958.
Sentenza della Corte Costituzionale n. 84 del 1969
Sentenza della Corte Costituzionale n. 84 del 1969 e Sentenza n.126 del
1985.
Sentenza della Corte Costituzionale n. 96 del 1980.
Sentenza della Corte Costituzionale n.1146 del 1988.
Sentenza della Corte Costituzionale n.1146 del 1988.
Sentenza della Corte Costituzionale n.126 del 1985.
Sentenza della Corte Costituzionale n.42 del 1995.
Sentenza della Corte Costituzionale n.42 del 1995.
Sentenza n. 109 del 26.3.1993.
Sentenza n. 126 del 1948.
Sentenza n. 138 del 2010.
Sentenza n. 161 del 1985.
Sentenza n. 236/09 dell'1/3/2011.
Sentenza n. 341 del 1991.
Sentenza n.253 del 2001
Sentenza n.30 del 1983.
Sentenza n.64 del 1961.

RINGRAZIAMENTI

Vorrei ringraziare il Professore Antonio Punzi per la disponibilità e la costanza dimostratemi in questi mesi. Ciò che ho imparato seguendo il Suo corso è che la filosofia è servitrice di verità e coscienza e costituisce il fondamento per la costruzione di donne e uomini migliori. Grazie infinitamente.

Questa tesi non esisterebbe se non avessi avuto al mio fianco, come donna e come correlatrice, la professoressa Alessia Farano. Grazie Dottoressa, per i preziosi consigli e per la grande professionalità che ha avuto. La Sua costante disponibilità e il Suo sincero sostegno mi hanno dato tanta grinta e motivazione. Lei è una donna ricca di sensibilità ed intuito, e Le sarò per sempre riconoscente.