

## Alcune considerazioni sul principio di pari opportunità

**Agata Anna Genna**

*Dottoranda di ricerca in "Processo di integrazione europea e diritto internazionale" presso l'Università degli Studi di Palermo*

### **Articolo 51, Cost.**

*Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini (\*).*

*La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica.*

*Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro.*

**Sommario: I Introduzione alla norma:** 1. Considerazioni generali - 2. Rappresentanza politica e rappresentanza "di genere". Brevi cenni comparatistici con alcuni modelli stranieri - 3. Ratio, struttura e contenuto della norma - 4. La modifica dell'art. 51, Cost.: le "pari opportunità" secondo la l. cost. 1/2003 e la giurisprudenza costituzionale - 4.1. Le pari opportunità nei nuovi statuti e nelle leggi elettorali regionali - 4.2. Gli effetti della modifica sulla disciplina elettorale - **II Commento:** 1. Riserva di legge - 2.1 La democraticità dell'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive "in condizioni di eguaglianza". Accesso (in positivo): agli uffici pubblici e alle cariche elettive - 2.2 Accesso (in negativo): cause di ineleggibilità e di incompatibilità - 3. L'estensione della garanzia nei confronti degli italiani non appartenenti alla Repubblica - 4. Il diritto di disporre del tempo necessario all'adempimento delle funzioni pubbliche elettive e il diritto alla conservazione del posto di lavoro - **III Profili applicativi:** 1. Il principio delle pari opportunità nel diritto dell'Unione europea - 2. Uguaglianza formale, discriminazioni dirette e discriminazioni indirette: l'exkursus legislativo - 3. Le discriminazioni di genere nella giurisprudenza amministrativa. Alcuni profili giurisdizionali - 4. Le azioni positive nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e del diritto interno - 5. Le problematiche emergenti a confronto con le dinamiche sociali - 5.1 Le pari opportunità nei rapporti familiari - 5.2 Un esempio virtuoso: La Rete dei comitati per le pari opportunità delle professioni legali

(\*) Comma così modificato, con l'aggiunta della seconda frase, dall'art. 1 della legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1.

## I Introduzione alla norma

### 1. Considerazioni generali

La storia degli interventi normativi ed amministrativi è costellata di svariate iniziative - sia sul piano del diritto comunitario sia su quello interno - che hanno tentato e, ancora oggi, tentano di assicurare una effettiva parità agli uomini e alle donne in tutti i settori della vita sociale, professionale e politica-istituzionale. Tuttavia, gli sforzi profusi in tale direzione non sono ancora riusciti a scardinare del tutto il divario “di genere”, tuttora esistente, soprattutto nell’ambito del delicato tema della rappresentanza politica. Ed invero, permangono forme latenti di resistenze culturali - perfino nei Paesi di grande tradizione democratica - alla realizzazione di una concreta ed effettiva parità di genere sia nelle opportunità iniziali sia negli obiettivi finali.

Segnatamente, dissertare di rappresentanza politica “al femminile” significa per taluni mettere in crisi il concetto stesso di “rappresentanza politica”, il cui nucleo caratterizzante implica la necessità che il rappresentante si renda portatore degli interessi di tutti - in quanto “generale” essa deve comporsi di donne e di uomini - e non rappresenti soltanto quelli di alcuni. In passato, infatti, si temeva che l’introduzione della differenza “sessuale” nella categoria della rappresentanza politica recasse con sé il rischio che altri gruppi omogenei - di tipo religioso, culturale, razziale - potessero pretendere di essere rappresentati in Parlamento, con il rischio che la sede eletta per la rappresentanza della volontà generale potesse ridursi ad un’Assemblea frazionata in gruppi disomogenei, espressione di tante volontà “di parte”.

La stessa Corte costituzionale (sent. n. 422/1995) ha posto questa obiezione quale fondamento della decisione con la quale ha cancellato tutte le disposizioni che tendevano a favorire una maggiore presenza femminile nelle Assemblee elettive. In particolare, i punti fondamentali della sentenza n. 422/1995 della Corte costituzionale hanno indicato: a) l’irrelevanza giuridica del sesso nel principio di eguaglianza di cui all’art. 51 della Costituzione; b) che l’eleggibilità e la “candidabilità” prescindono dall’appartenenza ad uno dei sessi; c) che le azioni positive non possono incidere sul contenuto dei diritti costituzionalmente garantiti; d) l’assoluta parità sancita dall’art. 51 in tema di elettorato passivo <sup>1</sup>.

Seguendo il sentiero tracciato dalla Corte si è ritenuto che il paragone tra “rappresentanza di genere” e “rappresentanza dei singoli gruppi di interesse” sia un falso problema.

<sup>1</sup> U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, in *Giur. Cost.*, 1995, 3269 ss.; v., altresì, G. CINANNI, *Le leggi elettorali ed azioni positive in favore delle donne*, in *Giur. Cost.*, 1995, 3283 ss.; O. POLLICINO, *Storia (e conseguenze) di “uno strabismo logico”: la Corte costituzionale e la parità dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Quaderni Regionali*, 2004, 75 ss..

Infatti, il concetto di rappresentanza politica, attualmente in crisi per motivi diversi e profondi, si impone alla stregua di un concetto neutro, assolutamente slegato dal sesso<sup>2</sup>; tuttavia, deve prendersi atto che nello Stato liberale il sesso ha costituito un elemento determinante ai fini dell'effettivo godimento dei diritti di elettorato attivo e passivo<sup>3</sup>. Ed invero, solo in conseguenza di un lungo cammino, che ha visto nella Carta costituzionale un traguardo significativo, tali diritti sono stati estesi anche alle donne "d'altra parte, la democrazia instaurata dalla Costituzione puntava con forza su valori di liberazione della donna come di tutti gli oppressi: aveva il suo cardine nell'art. 3, sul principio di eguaglianza formale e sostanziale, che si articolava poi nell'eguaglianza all'interno della famiglia (artt. 29 e 30), nella parità salariale (art. 37), nel suffragio universale (art. 48), nell'accesso di tutti a tutte le carriere (art. 51)"<sup>4</sup>. Peraltro, il problema della presenza di entrambi i "generi" all'interno delle Assemblee elettive è uno dei tanti problemi della democrazia.

Altro passaggio fondamentale, nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale e delle pari opportunità, di cui è opportuno prendere atto, è la progressiva trasformazione del concetto di "tutela" - di matrice paternalistica e non egualitaria - nel concetto di "promozione" - più vicino al concetto di opportunità paritaria - del ruolo delle donne nella società, cioè di riequilibrio dei punti di partenza per uomini e donne<sup>5</sup> secondo un obiettivo primario dell'Unione europea (artt. 1 bis e 2 Trattato di Lisbona).

Prendono atto di tale decisivo passaggio sia la legge costituzionale n. 1 del 2003 sia la successiva giurisprudenza della Consulta (da ultimo, v. Corte cost. 275/2009; 4/2010).

Il principio di pari opportunità tra i sessi affonda le sue radici nel principio di non discriminazione, entrambi doppiamente qualificati sul piano interno - costituzionale - e comunitario. Inoltre, operando su entrambi i livelli, la parità di trattamento si collega non solo all'uguaglianza tra uomini e donne, ma assume anche valenza generale, con riguardo a tutte le persone.

Le strade per raggiungere la parità di accesso nella rappresentanza politica sono molteplici e devono tra di loro coordinarsi. Gli interventi già messi in atto e quelli ancora da compiersi non devono ridursi alla mera previsione di meccanismi di penalizzazione economica o di quote nelle liste elettorali, ma devono far leva su una più ampia sensibilizzazione a livello sia di società civile sia di comunità politica al fine di affermare la necessità di una equa

<sup>2</sup> M. D'AMICO, A. CONCARO, *Donne e istituzioni politiche. Analisi critica e materiali di approfondimento*, Torino, Giappichelli, 2006; v., altresì, B. BECCALLI (a cura di), *Donne in quota: è giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999; G. BRUNELLI, *Donne e politica*, Bologna, 2006.

<sup>3</sup> L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI, *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, Cedam, 2002.

<sup>4</sup> A. M. GALOPPINI, *La Costituzione e la condizione femminile*, in *Dir. Fam.*, n. 3/1998, 623 ss..

<sup>5</sup> S. SOTGIU, *La Corte Costituzionale e le donne: tutela ma non potere al sesso debole*, in *Giust. civ.*, n. 11/1995, 2583.

rappresentanza di entrambi i sessi in una società che sia davvero paritaria e democratica non solo nella forma ma anche, e soprattutto, nella sostanza.

In ultima istanza, i problemi legati alla realizzazione di una effettiva parità tra i due sessi non caratterizzano soltanto l'ambito della rappresentanza politica ed istituzionale ma si collegano allo sviluppo del rapporto relazionale all'interno del contesto famiglia: la maternità, i congedi, l'assistenza agli anziani, l'assistenza ai minori e quindi l'ipotesi di creare asili nido, di una struttura sociale che assista elettivamente, dà vita ad un sistema che chiaramente chiama in causa la necessità di creare una disciplina organica che tenga conto della struttura di un paese laico che si fonda sulla famiglia. I problemi che hanno le donne nel procedere in carriera e, quindi, nel ricoprire ruoli apicali - tradizionalmente "riservati" agli uomini - sono soprattutto quelli di combinare il proprio essere elemento fondante della famiglia con l'essere soggetto produttivo, soggetto economico del paese. Ciò che potrebbe essere davvero trasposizione autentica del dettato costituzionale sembra richiedere pertanto un pacchetto organico che consideri il soggetto famiglia nella sua interezza e, quindi, coltivi le specificità di questo soggetto per rendere produttive e rappresentate - politicamente ed istituzionalmente - tutte le componenti del soggetto famiglia <sup>6</sup>.

La piena attuazione del costituzionalizzato principio delle "pari opportunità" sembra debba procedere secondo un percorso circolare, che partendo dall'implementazione degli strumenti per un adeguato sviluppo delle relazioni all'interno del contesto famiglia riesca a realizzare un'effettiva partecipazione di entrambi i sessi nel contesto politico ed istituzionale.

## **2. Rappresentanza politica e rappresentanza "di genere". Brevi cenni comparatistici con alcuni modelli stranieri**

Al tema della "rappresentanza di genere", legato strettamente all'esigenza di garantire all'interno delle Assemblee legislative nazionali una presenza equilibrata di entrambi i sessi, sono state date diverse risposte nei vari ordinamenti giuridici, pertanto, in una prospettiva comparatistica, il panorama che ne risulta non può che essere diversificato. Si precisa che le informazioni contenute nell'ambito di questo paragrafo hanno un carattere meramente orientativo che, quindi, esclude qualsiasi pretesa di completezza.

In tale contesto comparatistico, l'esperienza italiana si connota in modo peculiare, per un verso per la percentuale davvero bassa delle donne nelle istituzioni e nelle Assemblee elettive, per altro verso per il ritardo nell'introduzione di strumenti che consentano di favo-

<sup>6</sup> P. M. PUTTI, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. Famiglia*, n. 2/2009, 826 ss..

rire una maggiore presenza femminile (soltanto in seguito ad un lungo cammino ed in tempi recenti si è giunti alla modifica dell'art. 51, Cost.).

La risposta che è stata data al tema della discriminazione femminile nei contesti della politica è, dunque, assai diversificata ed eterogenee sono le soluzioni offerte dai vari ordinamenti.

La prima grande bipartizione al riguardo è tra il modello statunitense e quello francese.

Nel modello statunitense, le soluzioni al problema vengono cercate sulla base della considerazione che le donne costituiscano una minoranza discriminata ed esclusa dai luoghi di potere. Il problema femminile si sviluppa - sia sul piano legislativo sia su quello giurisprudenziale - strettamente connesso con quello razziale. Le donne vengono trattate alla stregua di una "minoranza" svantaggiata, meritevole, quindi, di una particolare tutela da parte dell'ordinamento. Da questa considerazione scaturisce l'idea delle cd. "quote", ossia l'esigenza di assicurare una riserva di posti per rimediare ad una evidente discriminazione.

Il modello francese, invece, fonda le sue politiche e i suoi interventi legislativi sulla constatazione che le donne come componenti di una società costituita da uomini e donne, dunque devono, così come gli uomini, avere rappresentanza. Tale modello persegue una eguaglianza dei "punti di partenza" per la realizzazione di una vera democrazia "paritaria"<sup>7</sup>.

In particolare, dal dibattito francese sul tema - che ha visto protagonisti il legislatore e il giudice costituzionale francese - sono scaturiti una serie di interventi che hanno inciso sulla legislazione elettorale, attraverso la predisposizione, per effetto di una modifica costituzionale (Legge n. 2000-493 del 6 giugno 2000), di misure volte a favorire le candidature femminili.

Il modello francese si basa pertanto sulla ricerca di una effettiva democrazia paritaria, lontana e differente dalla politica statunitense del "sostegno" e delle quote che viene criticata appunto dai teorici francesi della parità.

Tuttavia, anche il modello francese non risulta esente da obiezioni teoriche. Ed invero, anche il genere crea differenze ed il concetto di parità sessuale all'interno della rappresentanza politica, invece di attenuare, rafforza la concezione della differenza naturale tra i sessi.

Tali riflessioni critiche sui principali modelli di riferimento hanno condotto altri ordinamenti giuridici a spostare l'attenzione della rappresentanza di genere sui partiti politici. Il problema dell'inclusione delle donne nella sfera politica può essere risolto attraverso meccanismi predisposti all'interno dei partiti, senza che sia necessario procedere ad interventi legislativi o a modifiche costituzionali.

Nei Paesi scandinavi la presenza femminile nelle istituzioni avviene quasi esclusivamente su iniziativa dei partiti politici, ciò produce, quale ricaduta applicativa sui contenuti

<sup>7</sup> M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, FrancoAngeli, 2008, 123-126.

della politica, l'approvazione di leggi antidiscriminatorie che tendono ad orientare la società verso un rapporto più equilibrato fra i sessi sia nel contesto della vita lavorativa sia in quello della vita familiare.

Infine, anche l'analisi dell'esperienza inglese - che consiste nell'adozione di "shortlist", cioè liste formate da sole donne - e tedesca - che si basa sull'adozione di codici di comportamento - dimostrano che deputare ai partiti politici il compito di riequilibrare la presenza dei sessi nelle sedi politiche ed istituzionali produce effetti più favorevoli rispetto a quelli raggiungibili attraverso apposite modifiche legislative e costituzionali.

Tuttavia, nonostante l'acquisizione di tali "buone pratiche" abbia fatto conseguire risultati positivi sul piano della rappresentanza politica da parte delle donne, la scelta dell'ordinamento italiano sembra ad oggi ancora muoversi in una diversa direzione che, invece di coinvolgere i partiti politici nel riequilibrare la presenza degli uomini e delle donne all'interno delle Assemblee elettive, fa ancora leva - nonostante le sollecitazioni della stessa Corte costituzionale (sentenze n. 422/1995 e n. 49/2003) - sulle modifiche legislative ordinarie e costituzionali.

### **3. Ratio, struttura e contenuto della norma**

L'art. 51 riconosce il diritto del cittadino di accedere "in condizioni di eguaglianza" alle cariche elettive pubbliche e agli altri uffici pubblici. La disposizione garantisce in tal modo una situazione giuridica soggettiva che risulta azionabile in via giurisdizionale. Essa costituisce una chiara specificazione (così come gli artt. 29-31 e 37, Cost.) del divieto di discriminazioni in base al sesso contenuto nel principio di uguaglianza formale, sancito dall'art. 3, comma 1, Cost..

La disposizione al primo comma racchiude un principio che ha valore di "principio fondamentale" dell'ordinamento costituzionale: "non solo perché porta al riconoscimento di un diritto "politico" del cittadino avente più di altri, proprio per questa sua natura, i caratteri della inviolabilità (art. 2), ma altresì perché concorre oggi a realizzare in modo tangibile la democraticità della Repubblica, attraverso l'ingresso dei cittadini nel tessuto vivo delle istituzioni" <sup>8</sup>.

Guardando al nucleo centrale della disposizione è possibile rinvenire un chiaro legame con il passato. Ed invero, il suo precedente si colloca nello Statuto Albertino che all'art. 24 così recitava: "tutti godono egualmente i diritti civili e politici e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi".

<sup>8</sup> U. POTOTSCHNIG, *Sub art. 97 [e 51]*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna, Zanichelli, 1994, 361-362.

Da un confronto tra le due disposizioni emerge con chiara evidenza la maggiore portata estensiva di quella contenuta nell'art. 51, poiché il principio della partecipazione democratica viene riferito non solo agli "uffici pubblici" ma anche alle "cariche elettive". In tal modo la disposizione comprende oltre agli uffici pubblici di cui si occupa l'art. 97, Cost. - a cui la norma in commento si collega dal punto di vista sistematico - ma si estende anche a tutti coloro che prendono parte a vario titolo ad organi rappresentativi.

In dottrina si è sottolineata l'importanza di tale interpretazione nella misura in cui essa riesce a collegarsi con la disposizione contenuta nel terzo comma dello stesso art. 51, ove si legge che "chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto [...] di conservare il suo posto di lavoro". Per usare le stesse parole della Corte costituzionale, quella disposizione "costituisce una innovazione di vasta portata nell'ordinamento positivo italiano e appare (anzi) una coerente e necessaria derivazione dei principi e valori supremi e fondamentali affermati negli artt. 1, 2, 3 e 4 della Costituzione" (Corte Cost. n. 383/1991).

Nella letteratura tradizionale lo studio e l'analisi del contenuto e della struttura dell'art. 51 sono sempre stati accompagnati dal collegamento con l'art. 3 del testo costituzionale, poiché l'inciso che più di altri ha destato interesse è quello che fa riferimento alle "condizioni di eguaglianza". Il collegamento tra le due disposizioni infatti è molto profondo perché entrambi mirano ad impedire qualsiasi forma di discriminazione, non soltanto, quindi, quella legata al sesso.

Anzi, aderendo ad una lettura che tende a valorizzare il suddetto inciso, si osserva che esso ha una sua funzione specificativa poiché volto a chiarire che il principio di uguaglianza - proclamato in termini generali dall'art. 3 - vale anche per l'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive. Immaginando le due norme composte in un sistema di cerchi concentrici, si può sostenere che la prima - quella contenuta nell'art. 3 - proclama il principio di uguaglianza davanti alla legge, l'altra, invece, afferma il medesimo principio davanti all'autorità cui appartiene l'ufficio pubblico o la carica elettiva.

#### **4. La modifica dell'art. 51, Cost.: le "pari opportunità" secondo la l. cost. 1/2003 e la giurisprudenza costituzionale**

Il tema della parità di chances tra uomini e donne nel perseguimento del pieno sviluppo della personalità, anche mediante trattamenti di vantaggio, si è affermato in modo particolarmente evidente soltanto in tempi recenti nell'ambito dell'elaborazione delle leggi costituzionali n. 2/2001 e n. 3/2001, n. 1/2003. Tali riforme costituzionali sopraggiungono a completare il processo di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale tra i sessi cominciato dalla legislazione ordinaria.

Gli antecedenti della modifica in questione si possono ritrovare nella legge n. 81 del 1993, concernente l'elezione diretta del sindaco: in particolare, all'articolo 5, rubricato "Modalità di elezione del sindaco e del consiglio comunale nei comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti", era previsto che nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato in misura superiore ai tre quarti dei consiglieri assegnati; all'art. 7, rubricato "Elezione del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti", era previsto che nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei consiglieri assegnati; all'articolo 27, rubricato "Pari opportunità" era previsto che gli statuti comunali e provinciali prevedessero disposizioni per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna ai sensi della Legge 10 aprile 1991, n. 125, e per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende ed istituzioni da essi dipendenti. Ed ancora, nella Legge n. 277 del 1993 "Nuove norme per l'elezione della Camera dei deputati", che all'art. 1 prevedeva che le liste presentate ai fini dell'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale, ove recassero più di un nome, fossero formate da candidate e candidati in ordine alternato.

Rispetto alle disposizioni della legislazione ordinaria sopra richiamata - le quali sono state giudicate costituzionalmente illegittime dalla sentenza n. 422 del 1995 per violazione degli artt. 3 e 51, Cost., in quanto ritenute in contrasto con i principi di eguaglianza formale e sostanziale - però, le disposizioni costituzionali, recependo le sollecitazioni provenienti anche dalla giurisprudenza comunitaria, si esprimono in modo neutro, in modo da permettere l'applicazione delle logiche egualitarie anche a vantaggio degli uomini.

In particolare, la promozione della parità di accesso di uomini e donne alle cariche elettive per il tramite delle leggi regionali è stata oggetto di espressa previsione nella l. cost. n. 2/2001, per quanto attiene agli statuti regionali speciali e nella l. cost. n. 3/2001, che ha modificato il Titolo V e, segnatamente, l'art. 117, comma 7, Cost.<sup>9</sup>

In tale contesto si inserisce a pieno titolo la l. cost. 1/2003 che ha integrato il 1° comma dell'art. 51, Cost., attraverso il richiamo al principio delle pari opportunità<sup>10</sup>. Il criterio interpretativo che sembra utilizzabile, nel descritto contesto normativo, è quello che rinviene nelle tre disposizioni un'unica norma, non essendo ammissibile, trattandosi di

<sup>9</sup> M. CARTABIA, *Il principio della parità tra uomini e donne nell'art. 117, 7° comma*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2003, 129 ss..

<sup>10</sup> G. BRUNELLI, *Un "ombrello" costituzionale per le azioni positive elettorali*, in *Quad. Cost.* 2002, 615; ID., *Le quote riprendono quota? A proposito delle azioni positive in materia elettorale regionale*, in *Le Regioni*, 2001, 531 ss.; v., anche, A. POGGI, *Sulla riforma dell'art. 51 Cost.: le quote alla prova della democrazia pluralista*, in *Quad. Cost.*, 2002, 621.

diritti fondamentali, che alla rappresentanza politica regionale (o statale), ferme restando le differenze nei sistemi elettorali, si applichino principi diversi da quelli che valgono per la rappresentanza politica nazionale (o regionale). Ed invero, nonostante gli enunciati legislativi comprendano formule lessicali diverse, essi sono accomunati dalla “funzione promozionale” stabilita dall’uso del termine “promuovere”, il quale compare, appunto, in tutte le disposizioni considerate.

Segnatamente, tra gli obiettivi principali della modifica del 2003 vi è quello di dare copertura costituzionale a tutti i provvedimenti che sono stati e che verranno adottati in tema di cd. democrazia paritaria, in particolare per quel che riguarda la designazione alle cariche politiche rappresentative (Parlamento, Consigli comunali, provinciali e regionali).

La disposizione sebbene abbastanza generica consente l’adozione di misure di natura sostanziale anche nella materia elettorale. La formula linguistica utilizzata, che si differenzia da quella - parità di accesso - usata dalle precedenti leggi costituzionali, a taluni commentatori è apparsa, nella prospettiva della promozione di una effettiva eguaglianza, più debole. Si è al riguardo espresso il timore di un arretramento rispetto all’art. 117, comma 7, Cost., così come riformulato dalla l. cost. 3/2001 <sup>11</sup>.

La riforma del 2003 si pone come un decisivo superamento rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale (sent. n. 422/1995), peraltro già rivista dalla decisione n. 49/2003 <sup>12</sup>.

Lo scenario che si dischiude in conseguenza della novella costituzionale sembra essere caratterizzato da un’ampia e assai diversificata attività di promozione posta in essere dai soggetti della Repubblica, non solo attraverso atti normativi ma anche per il tramite di altri appositi provvedimenti che hanno la finalità di promuovere le pari opportunità. Pertanto, il quadro di riferimento che si delinea sia *de iure condito* sia *de iure condendo* appare assai diversificato in ragione delle fonti e dei soggetti deputati a porle in essere.

Tuttavia, di fronte alle potenzialità della novella si deve anche dar conto dei limiti della stessa, evidenziati già all’indomani della sua formulazione, ma sufficientemente soppesati soltanto - come spesso accade - in sede applicativa.

La generica formulazione introdotta, invero, nella misura in cui consente, ma non impone misure di garanzia per la presenza femminile, non detta alcun obbligo al legislatore, è, infatti, rimessa alla sua discrezionalità la scelta delle misure idonee.

<sup>11</sup> M. MIDIRI, *Sub art. 51 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, 1017-1029.

<sup>12</sup> L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sent. n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. Cost.*, 2003, 370 ss..

Con riguardo all'impatto della riforma, la dottrina è divisa. Alcuni autori, ritengono che siano da preferire gli strumenti volti ad operare sui partiti, in quanto detentori delle sorti delle candidature. Altri, invece sono favorevoli a strumenti che incidano direttamente sulle norme elettorali, attraverso l'introduzione di regole che intendano stabilire un maggior equilibrio fra sessi nella formazione delle liste elettorali, introducendo, cioè, "quote di lista" <sup>13</sup>.

Per quanto attiene al giudizio complessivo della novella costituzionale del 2003, la dottrina dominante ritiene che essa non sia *inutiliter* data, poiché risulta soddisfacente sotto tre prospettive. In primo luogo, trasforma il concetto di rappresentanza politica e lo adegua alle esigenze della democrazia paritaria così come si atteggia nelle società moderne. In secondo luogo, crea la necessaria copertura costituzionale per i successivi interventi volti a recuperare il *deficit* di rappresentatività del genere femminile, attraverso il varo di atti legislativi e regolamentari con carattere antidiscriminatorio. Ed, infine, completa la versione originaria dell'art. 51, comma 1, prevedendo il correlato impegno di creare le condizioni per consentire la parità sostanziale <sup>14</sup>.

#### 4.1 Le pari opportunità nei nuovi statuti e nelle leggi elettorali regionali

I primi interventi del legislatore costituzionale nell'ambito della promozione delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive si sono avuti con riferimento alle assemblee regionali <sup>15</sup>.

In particolare, la l. cost. 2/2001 - che riguarda l'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni speciali - ha statuito che le relative leggi elettorali debbano promuovere "condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali". In seguito, il legislatore costituente con la riforma dell'art. 117, Cost., ha attribuito attraverso il comma 7 alle Regioni il compito di rimuovere, con proprie leggi, "ogni ostacolo che impedisca la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica" e di promuovere "la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive".

Attraverso tale previsione è stato pertanto trasferito alle regioni, la cui competenza in questa materia appare come esclusiva, il compito di risolvere il problema dell'ammissibilità o meno di una riserva di quote minime alle donne <sup>16</sup>. Si ritiene che l'azione pro-

<sup>13</sup> M. D'AMICO, A. CONCARO, *Donne e istituzioni politiche. Analisi critica e materiali di approfondimento*, Torino, Giappichelli, 2006; v., altresì, B. BECCALLI (a cura di), *Donne in quota: è giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999; G. BRUNELLI, *Donne e politica*, Bologna, 2006; AA. VV., *Pari opportunità. La modifica dell'art. 51 della Costituzione e le leggi elettorali*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>14</sup> I. SALZA, *Le regole sulla partecipazione delle donne in politica: dalle cosiddette "quote rosa" al rinnovato quadro costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2008, 81-108.

<sup>15</sup> E. CATELANI, *La legislazione regionale, con riferimento al principio di pari opportunità*, in P. CARETTI (a cura di), *I nuovi Statuti regionali - Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, 2005, 155 ss..

<sup>16</sup> L. V. MOSCARINI, *Parità uomo-donna negli organi elettivi e tutela della famiglia*, in *Famiglia*, n. 4/2002, 905 ss..

mozionale regionale per la parità di accesso alle consultazioni sia doverosa (Corte Cost. n. 49/2003).

In altri termini, le Regioni devono concorrere - insieme allo Stato - nella realizzazione di una effettiva parità di opportunità per le donne di entrare nel mondo della politica e delle istituzioni. Tale affermazione, peraltro, avvalorata la tesi secondo cui il processo di rafforzamento della presenza femminile nei luoghi della politica debba cominciare dai livelli più bassi di governo per avere in seguito un consolidamento su scala nazionale. Come a dire che anche in tema di applicazione del principio di “pari opportunità” valga il principio di sussidiarietà nella ripartizione dei compiti e delle funzioni tra i diversi livelli di governo dello Stato (art. 118, Cost.)<sup>17</sup>.

Nella riforma del Titolo V della Costituzione<sup>18</sup> vengono assegnati alle Regioni alcuni strumenti di rilevante importanza per la realizzazione di valide politiche delle “pari opportunità” a livello istituzionale, in particolare sono due le disposizioni da richiamare.

L'art. 123 attribuisce alle Regioni ordinarie il potere di dotarsi in modo autonomo di propri Statuti, attraverso cui definire la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento; pertanto, per tale tramite le Regioni hanno la possibilità di introdurre in sede statutaria i principi volti a favorire un'equilibrata presenza femminile nelle istituzioni. I principi ivi contemplati dovrebbero in seguito condizionare la futura legislazione regionale sul punto.

Si osservi che una novità di grande rilievo che è stata introdotta per il tramite degli Statuti riguarda la previsione di appositi organismi di parità. Tali organi - variamente denominati, “Consulta femminile regionale per le pari opportunità”, “Centro per le pari opportunità”, “Commissione per le pari opportunità” - possono essere collocati nell'ambito del Consiglio regionale oppure essere istituiti al di fuori degli organi regionali ed ottenere, in quest'ultima ipotesi maggiore indipendenza. Gli organi di parità svolgono generalmente funzioni consultive e di proposta<sup>19</sup>. Quanto agli strumenti utilizzati per concretizzare le pari opportunità, è auspicabile la condivisione di un linguaggio comune da parte degli Statuti regionali. Per utilizzare le stesse espressioni rese dalla Corte costituzionale, si può affermare che l'eguaglianza sostanziale esige che la sua attuazione “non possa subire difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del paese” (Corte Cost. n. 109/1993).

<sup>17</sup> M. DI PAOLA, *Sussidiarietà ed intese nella riforma del Titolo V della Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale: la sentenza della Corte costituzionale 1° ottobre 2003, n. 303*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>18</sup> A. RUGGERI, *Riforma del Titolo V ed esperienze di normazione, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale: profili processuali e sostanziali tra continuo e discontinuo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); ID., *Quale “sistema” delle fonti dopo la riforma del Titolo V?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>19</sup> Vedi nota (7).

L'art. 122, 1° comma, conferisce alle Regioni il compito di definire il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente, dei componenti della Giunta e dei consiglieri regionali: nell'ambito di tale contesto, è compito delle Regioni predisporre le concrete misure antidiscriminatorie ed inserirle nel contesto dei meccanismi del sistema elettorale prescelto (da ultimo, la Corte costituzionale nella sentenza n. 143 del 2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione siciliana 20 marzo 1951, n. 29 "Elezione dei Deputati all'Assemblea regionale siciliana", così come modificata dalla legge regionale 5 dicembre 2007, n. 22 "Norme in materia di ineleggibilità e di incompatibilità dei deputati regionali", nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra l'ufficio di deputato regionale e la sopravvenuta carica di sindaco e assessore di un Comune, compreso nel territorio della Regione, con popolazione superiore a ventimila abitanti).

Proseguendo nella lettura della disposizione si legge che le modalità di elezione degli organi regionali vengono adottate "nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica", ciò significa che la definizione del sistema elettorale regionale opera in regime di competenza legislativa "concorrente". Tuttavia, la legge quadro sulle elezioni regionali (L. n. 165/2004, intitolata "Disposizioni di attuazione dell'art. 122, primo comma, della Costituzione) non dispone alcunché sulla questione del riequilibrio della rappresentanza dei sessi, né fornisce indicazioni di principio sulle modalità attraverso cui le Regioni dovranno orientare le proprie scelte nell'ambito delle misure antidiscriminatorie<sup>20</sup>. Quindi, l'unico vincolo è quello desumibile dal testo costituzionale, che peraltro è assai generico.

La conseguenza di tale stato normativo è un estremo ventaglio di possibilità rimesse alla valutazione del legislatore regionale, con il risultato di una ampia varietà di previsioni in materia di promozione delle pari opportunità e di un quadro normativo dalle caratteristiche frastagliate.

Le formule utilizzate negli Statuti, infatti, sebbene perseguano tutte il medesimo risultato di riequilibrio delle pari opportunità tra i sessi nella competizione elettorale, divergono rispetto alle modalità e all'efficacia degli strumenti che possono essere impiegati.

In ultima analisi, sebbene il quadro normativo sia eterogeneo, è possibile distinguere nell'ambito della disciplina statutaria due grandi categorie di previsioni, da un lato, quelle che, "emulando" le disposizioni costituzionali, progettano l'attuazione di una mera funzione promozionale, dall'altro, vi sono quelle disposizioni statutarie che in modo espresso prevedono l'adozione di azioni positive.

Prendendo atto dell'attuale stato della legislazione regionale si osserva che esso non sembra, in generale, corrispondere alle aspettative riposte, poiché non è stata colta appieno l'occa-

<sup>20</sup> G. CHIARA, *La "pari opportunità" elettorale dei sessi nella riforma degli statuti regionali speciali*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2001, 839 ss..

sione di dare compiuta e significativa attuazione alle disposizioni costituzionali referenti, dall'art. 3, all'art. 51, all'art. 117, comma 7, Cost., "Le discipline regionali, infatti, risultano decisamente riduttive rispetto all'intento delle pari opportunità, prevalentemente attestate, come sono, su scelte di quantificazione numerica della presenza percentuale di entrambi i sessi nelle liste"<sup>21</sup>.

#### 4.2 Gli effetti della modifica sulla disciplina elettorale

Il primo provvedimento legislativo in materia di disciplina elettorale, emanato in seguito alla riforma costituzionale dell'art. 51, è costituito dalla legge 8 aprile 2004 n. 90 intitolata "Norme in materia di elezioni dei membri del Parlamento europeo e altre disposizioni inerenti ad elezioni da svolgersi nell'anno 2004", la quale promuove la pari opportunità nell'accesso alla carica di membro del Parlamento europeo, attraverso la previsione che nessuno dei due sessi possa essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati. In particolare, essa introduce all'art. 3 una apposita disposizione in materia di "pari opportunità" che presenta un contenuto significativo. Al primo comma essa stabilisce una riserva "di lista", sulla cui base "nell'insieme delle liste circoscrizionali aventi un medesimo contrassegno, nelle prime due elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, successive alla data di entrata in vigore della presente legge, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati; in caso di quoziente frazionario si procede all'arrotondamento all'unità prossima".

Due sono i profili da evidenziare. Il primo attiene all'utilizzo di una formula neutra "nessuno dei due sessi" in modo da garantire ad ognuno dei due sessi la partecipazione nelle liste elettorali nella misura minima di un terzo, mettendosi al riparo da eventuali "discriminazioni alla rovescia", cioè nei confronti degli uomini. Il secondo riguarda il profilo temporale ("nelle prime due elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia"). Trattandosi di un'azione positiva - come tale in rapporto problematico con il principio di eguaglianza - è tollerabile nella misura in cui la sua operatività sia temporalmente circoscritta.

Nei commi secondo e terzo, l'art. 3 introduce nei confronti dei partiti politici sia sanzioni sia premi economici, con la finalità di garantirne al meglio l'applicazione.

Il meccanismo predisposto dal legislatore mira a raggiungere un duplice obiettivo. Per un verso, penalizza economicamente i partiti che non siano rispettosi della proporzione minima indicata dalla legge. Per altro verso, premia i partiti le cui scelte non siano limitate soltanto a presentare donne in lista, ma che si adoperino per farle eleggere.

Il dibattito parlamentare sotteso all'art. 3 della l. 90/2004 - il cui contenuto è stato riprodotto nell'art. 56 del d.lgs. 198/2006 (cd. Codice delle pari opportunità) - attiene agli stru-

<sup>21</sup> M. RAVERAIRA, "Preferenza di genere": azione positiva o norma antidiscriminatoria? Brevi note a margine della sent. n. 4/2010 della Corte costituzionale, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

menti attraverso cui garantire una più alta presenza femminile nelle Assemblee elettive<sup>22</sup>. Tale obiettivo è perseguibile per il tramite di due percorsi.

Il primo si fonda sul modello, di origine statunitense, delle cd. “quote” attraverso cui è possibile garantire - di solito per un periodo temporalmente circoscritto - una riserva di posti al gruppo che risulta essere discriminato al fine di ristabilire una situazione di parità delle condizioni di partenza.

Il secondo, invece, di ispirazione francese, pretende che l'accesso alle elezioni sia imposto per legge al 50 % di ognuno dei sessi. In altri termini, sia le modalità di accesso sia la formazione degli organi rappresentativi devono essere lo specchio della divisione “a metà” che è presente nella società. Questo secondo modello, dunque, si basa sul rapporto tra sistema elettorale e società duale (i. e., composta da uomini e donne).

Se da un lato la riforma costituzionale dell'art. 51 ha prodotto un effetto positivo, in quanto ha condotto al raggiungimento delle pari opportunità nell'accesso alla carica di membro del Parlamento europeo, dall'altro, invece, non è riuscita a sortire gli stessi effetti con riguardo alla rappresentanza femminile nel Parlamento nazionale.

Un'ultima riflessione, quindi, riguarda la mancata introduzione nell'ambito della riforma del sistema elettorale intervenuta nel 2005 di norme antidiscriminatorie non solo alla luce del nuovo art. 51 Cost., ma anche dinnanzi alla modifica verso un sistema - quello proporzionale appunto - ritenuto favorevole proprio per l'introduzione di misure di questo tipo (cioè, in un sistema di tipo proporzionale introdurre una donna in più nelle liste elettorali non comporta come conseguenza escludere un uomo)<sup>23</sup>.

Pertanto restano aperti numerosi interrogativi in ordine agli strumenti attraverso cui garantire una più significativa presenza delle donne nell'Assemblea elettiva nazionale - in particolare - e nelle istituzioni<sup>24</sup>.

## Il Commento

### 1. Riserva di legge

Il diritto di accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive è riconosciuto “secondo i requisiti stabiliti dalla legge”.

<sup>22</sup> C. CALVANELLI, *Pari opportunità nell'accesso alla carica di membro del Parlamento europeo*, in G. DE MARZO (a cura di), *Il Codice delle Pari Opportunità*, Milano, Giuffrè, 2007, 383-403.

<sup>23</sup> M. D'AMICO, S. CATALANO, *Liste e rappresentanza politica di genere*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>24</sup> L. CARLASSARE, *Parere sulla legittimità costituzionale della previsione di una quota del 50% riservata alle candidature femminili*, in [www.landtag-bz.org/Parere\\_Carlassare.htm](http://www.landtag-bz.org/Parere_Carlassare.htm).

Alla stregua dei parametri di carattere esegetico elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per distinguere la riserva di legge assoluta da quella relativa, quella posta dal comma 1 dell'art. 51 è una riserva relativa. Dunque, alla disciplina della materia concorrono anche fonti secondarie, ma la legge ordinaria deve indicare preventivamente i principi a cui le fonti ad essa subordinate devono attenersi<sup>25</sup>. La riserva di legge ha, quindi, la funzione di circoscrivere l'ambito delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione in fase di applicazione della legge.

L'attività devoluta alla pubblica amministrazione deve risolversi, pertanto, in un mero riscontro oggettivo di sussistenza o insussistenza del requisito legislativamente previsto. Nell'ambito di tali requisiti è possibile distinguere quelli "positivi" - che qualificano il soggetto, quali, il raggiungimento di una certa età, il possesso di un determinato titolo di studio - e quelli "negativi" - ovvero, l'assenza di situazioni che potrebbero invalidare l'investitura del soggetto nella carica o nell'ufficio, quali, lo stato di interdizione o di inabilitazione, la dichiarazione di fallimento, la condanna penale per alcuni reati.

Inoltre, accanto alla enucleazione dei suddetti requisiti di carattere generale, deve operarsi un'ulteriore distinzione in relazione alla carica elettiva o l'ufficio pubblico non elettivo per cui si chiede l'accesso. L'elettorato passivo possiede infatti caratteristiche proprie che lo distinguono dall'investitura agli uffici pubblici non elettivi.

Il legislatore ordinario, nel rispetto del principio di eguaglianza e del generale canone di ragionevolezza, individua i requisiti di capacità elettorale e le cause di ineleggibilità. In particolare, i primi attengono alla sfera soggettiva del candidato ed incidono sulla sua capacità elettorale passiva, che costituisce una specificazione della più generale capacità di diritto pubblico.

L'inciso richiamato in apertura induce altresì ad interrogarsi in ordine alla questione del margine di discrezionalità che va riconosciuto al legislatore, in modo tale che si eviti il rischio che la legge mascheri da requisito quello che in realtà potrebbe costituire un'indebita discriminazione all'accesso.

È necessario, pertanto, che la scelta operata dal legislatore ordinario trovi fondamento in un interesse pubblico riconducibile esplicitamente o implicitamente alla Costituzione e che rispetti il rapporto di proporzione tra i requisiti richiesti per l'accesso e la carica o l'ufficio che viene in considerazione.

Oggetto di bilanciamento nell'ambito della normativa primaria sono: la salvaguardia del diritto individuale di elettorato passivo e la considerazione delle condizioni necessarie per l'accesso alle cariche pubbliche.

<sup>25</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, 304-309.

Nel primo caso si tratta di operare uno “scrutinio stretto” delle limitazioni, nel secondo, invece, il margine di discrezionalità del legislatore è più ampio.

Semplificando, sotto il profilo del controllo giurisprudenziale delle scelte legislative, le restrizioni al diritto di accesso del cittadino - essendo tale un diritto politico inviolabile - sono ammissibili nella misura in cui tutelano un altro interesse costituzionalmente protetto. Mentre, nel caso della determinazione dei requisiti di eleggibilità, il controllo giurisprudenziale si muove nell’ambito del controllo di ragionevolezza, dalla maglie più ampie rispetto a quello di stretto scrutinio che avviene nel primo caso.

### **2.1 La democraticità dell’accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive “in condizioni di eguaglianza”. Accesso (in positivo): agli uffici pubblici e alle cariche elettive**

Nella dottrina costituzionalistica l’accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive si configura come oggetto (i.e. contenuto) di un diritto soggettivo pubblico, così qualificato in relazione alla qualità rivestita dal soggetto passivo, lo Stato o altro pubblico potere, nei cui confronti viene esercitata la titolarità del diritto stesso<sup>26</sup>. In particolare, tale diritto costituisce una *species* dell’ampio *genus* dei diritti soggettivi pubblici, in quanto ha ad oggetto lo specifico potere di partecipare ai concorsi pubblici e di porre la propria candidatura alle elezioni politiche ed amministrative<sup>27</sup>, nel momento in cui, cioè, può rappresentare uno strumento per attuare il principio pluralistico o perseguire finalità di autogoverno.

Per l’accesso alle cariche elettive pubbliche vale la regola dell’eleggibilità, in particolare, del diritto dell’eletto all’investitura. Invero, l’eleggibilità comprende più concetti: la capacità di essere eletto, la posizione soggettiva di candidato e il diritto di essere investito nell’ufficio a seguito della favorevole consultazione elettorale. Tale ultimo concetto, come detto, è definito dalla giurisprudenza quale diritto politico di elettorato passivo.

Per l’accesso ai pubblici uffici non elettivi, valgono quali parametri specificativi ed essenziali, il buon andamento e l’efficienza dell’amministrazione (art. 97, Cost., cfr., altresì, Legge 4 marzo 2009, n. 15, “Delega al Governo finalizzata all’ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro e alla Corte dei conti”, in G.U. n. 53 del 5 marzo 2009).

In quanto diritto costituzionalmente garantito, l’accesso alle cariche elettive e ai pubblici uffici può, in presenza di specifiche esigenze di pubblico interesse, essere limitato da disposizioni di legge ordinaria che vanno interpretate in senso restrittivo. Invero, come riba-

<sup>26</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991.

<sup>27</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005.

dito da costante giurisprudenza costituzionale, le cause di ineleggibilità devono essere contenute “entro i limiti rigorosamente necessari per il soddisfacimento delle esigenze di pubblico interesse” che non possono essere estese in via analogica (da ultimo, v. Corte cost. 306/2003, 132/2001, 141/1996, 344/1993, 388/1991) <sup>28</sup>.

Il richiamo testuale alle “condizioni di eguaglianza” impone un’interpretazione sistematica volta a coordinare l’articolo in commento con gli artt. 1-4 Cost., alla cui stregua desumere nell’ambito dell’art. 51, Cost., un “principio fondamentale” dell’ordinamento caratterizzato dal riconoscimento di un diritto inviolabile (art. 2) di carattere politico volto a garantire un’effettiva partecipazione democratica da parte del cittadino all’organizzazione politica della Repubblica <sup>29</sup>. Nel solco della connessione teleologica, si osservi che l’art. 51 Cost., pur condividendo il medesimo ambito applicativo dell’art. 3 Cost., è contestualmente specificativo dello stesso poiché, chiarisce che il principio di eguaglianza opera anche per l’accesso e viene proclamato, non soltanto davanti alla legge, ma altresì nei confronti dell’autorità a cui appartiene l’ufficio o la carica elettiva.

In conclusione, l’art. 51 è nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale letto come specificazione del fondamentale principio di eguaglianza. L’intenzione sottesa a tale disposizione costituzionale - nella parte che attiene al principio di eguaglianza nell’accesso alle cariche elettive - è quella di riferire tale canone a ciascuna delle fasi della procedura elettorale, fino all’individuazione dei titolari degli uffici rappresentativi, dettando, pertanto, un principio generale, che comprende anche il momento della cd. consultazione elettorale.

## **2.2 Accesso (in negativo): cause di ineleggibilità e di incompatibilità**

La limitazione all’accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici deriva dalla sussistenza nell’ambito dell’art. 51 del possibile conflitto tra l’interesse del singolo al libero accesso e l’interesse pubblico a far ricoprire l’ufficio o la carica soltanto da soggetti che diano garanzia di indipendenza nell’esercizio dell’ufficio o della carica.

In questo senso si giustifica la fissazione legislativa dei requisiti - positivi e negativi - per l’accesso, poiché l’esigenza è quella di tutelare, attraverso la posizione delle limitazioni, le stesse funzioni elettive e gli interessi costituzionali ad esse sottesi. Secondo pacifica acquisizione giurisprudenziale la scelta legislativa deve essere guidata da “criteri di rigorosa razionalità” nel rispetto del canone di ragionevolezza (v., tra le altre, Corte cost. n. 510/1989; n. 162/1995).

<sup>28</sup> Vedi nota (11).

<sup>29</sup> P. PERLINGERI, G. ROMANO, *Sub art. 51 Cost.*, in P. PERLINGERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, ESI, 2009, 343-352.

Le condizioni ostative all'accesso, i.e. ineleggibilità e incompatibilità, sono caratterizzate da eterogeneità, infatti, diverso è il fondamento giuridico che sta alla base delle due figure: "le ineleggibilità mirano a garantire in prima istanza la libertà di voto e la parità di *chances* tra i candidati, in modo che il procedimento elettorale si svolga con correttezza senza indebite influenze sulla competizione; invece, le incompatibilità sono volte in special modo ad assicurare che l'imparziale esercizio delle funzioni elettive non venga minacciato da conflitti di interessi o da motivi di ordine funzionale"<sup>30</sup>.

In particolare, l'ineleggibilità consiste in un impedimento giuridico a costituire un valido rapporto elettorale nei confronti di chi si trova in una delle cause ostative legislativamente previste.

Invece, l'incompatibilità è quella situazione giuridica in cui il soggetto - eletto in modo valido - non può contemporaneamente cumulare la funzione parlamentare con un'altra carica. In altri termini, l'incompatibilità è volta a tutelare il corretto e non condizionato espletamento del mandato elettivo.

Tuttavia, affidarsi solo a tale criterio discretivo non conduce a risultati pienamente soddisfacenti poiché, per esempio, alla stregua dello stesso non è possibile collocare sistematicamente la cd. ineleggibilità sopravvenuta.

Per sopperire a tali lacune e nel silenzio dell'art. 51 sono stati elaborati da parte della giurisprudenza costituzionale alcuni criteri - di ragionevolezza, di adeguatezza e di stretta interpretazione - a cui deve informarsi il legislatore ordinario nel disciplinare ed applicare le cause di ineleggibilità (cfr., Corte cost. n. 162/1995; n. 344/1993; n. 46/1969).

Segnatamente, il regime delle incompatibilità e delle ineleggibilità è stato molto spesso oggetto della giurisprudenza della Corte e ha costituito una questione costituzionale per eccellenza. Sin dalla sentenza n. 46 del 1969 la Corte ha affermato i seguenti principi: a) in base all'art. 51, Cost., l'eleggibilità è la regola, l'ineleggibilità l'eccezione (Corte cost. n. 46/1969; n. 235/1988; n. 510/1989). Si osserva, infatti, che l'elettorato passivo è un "diritto politico fondamentale [...] riconducibile nell'ambito dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost" (Corte cost. n. 571/1989); b) le cause di ineleggibilità devono essere contenute entro i limiti di quanto sia indispensabile per garantire il pubblico interesse (Corte cost. n. 46/1969); c) le regioni possono prevedere ineleggibilità, ma queste devono essere specifiche, giustificate e razionali (Corte cost. n. 108/1969; n. 166/1972; n. 539/1990)<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Vedi nota (25).

<sup>31</sup> C. FUSARO, voce *Elezioni*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2162-2173.

Infine, per quanto attiene più da vicino lo status di parlamentare, la distinzione tra le due figure si può esprimere attraverso le precisazioni rese dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 450 del 2000, secondo cui l'ineleggibilità va a colpire elementi indizianti di possibili "distorsioni della volontà degli elettori" per l'influenza esercitata a causa della carica rivestita, mentre l'incompatibilità è fondata sull'esistenza di "conflitti di interesse o comunque di elementi suscettibili di perturbare l'esercizio della carica, ma non di viziare l'elezione". Ovvero, l'ineleggibilità rende insanabilmente nulla l'elezione, mentre l'incompatibilità non influisce sulla validità dell'elezione, ma impone al parlamentare di scegliere tra il mandato parlamentare e l'altra carica incompatibile, integrando gli estremi di una sorta di diritto di opzione.

Differenti risultano essere i valori costituzionali ad esse sottesi e perseguiti.

Nel caso dell'ineleggibilità, il valore tutelato è quello della genuinità della competizione elettorale (art. 48, Cost.).

Nell'ipotesi dell'incompatibilità, invece, l'esigenza tutelata si lega ad una piena applicazione del principio della rappresentanza della Nazione (art. 67, Cost.), il quale ha come suo presupposto l'insussistenza di situazioni di conflitto di interesse.

Infine, distinte dalle figure richiamate, sono, invece, le cause di incandidabilità e le cause di decadenza.

La nozione di incandidabilità attiene all'impossibilità stessa di partecipare in modo valido alla competizione elettorale (per quanto riguarda le elezioni regionali ed amministrative, v. L. n. 16/1992 e L. n. 475/1999).

Invece, le cause di decadenza sono quelle fattispecie il cui verificarsi comporta la decadenza, appunto, da una carica rivestita senza che vi sia la possibilità di opzioni in sanatoria (v. art. 2, comma, L. n. 215/2004) <sup>32</sup>.

### **3. L'estensione della garanzia nei confronti degli italiani non appartenenti alla Repubblica**

L'estensione della parità di accesso ai diritti politici contemplati nel 1° comma nei confronti degli "italiani non appartenenti alla Repubblica" è affidata dal 2° comma a valutazioni di politica legislativa.

Il dettato costituzionale, che ad oggi non ha trovato attuazione, prevede una vera e propria riserva di legge - si discute se sia assoluta o relativa - per quanto attiene all'equipa-

<sup>32</sup> L. CIAURRO, voce *Parlamentare* (status di), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 4092-4100; V. DI CILOLO, *Ineleggibilità o incapacità elettorale passiva?* (a proposito della sentenza n. 38 del 1971 della Corte costituzionale, in *Giur. Cost.*, n. 1/1971, 173-181; V. DI CILOLO, voce *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Encicl. Dir.*, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 42-43.

razione degli italiani non appartenenti alla Repubblica ai cittadini. Tale riserva comprende, inoltre, la definizione dello status relativo. Infatti, è deputato alla legge di attuazione il compito di definire - in tutto o almeno in parte, in ogni caso in modo sufficiente ad indirizzare i poteri discrezionali dell'autorità amministrativa verso obiettivi ed entro limiti ragionevoli - lo *status* di appartenente alla Repubblica.

L'intermediazione della legge è pertanto necessaria ai fini dell'applicazione della disposizione costituzionale.

In assenza di una definizione legislativa in grado di chiarire l'espressione "italiani non appartenenti alla Repubblica", si sono succedute in dottrina varie interpretazioni che hanno tentato di colmare tale lacuna. Esse hanno fatto riferimento di volta in volta all'appartenenza del soggetto a territori in passato italiani e ora invece annessi a Stati esteri, quali Istria o Fiume; o si sono riferite a territori abitati per la maggior parte da popolazione di origine italiana; altre, invece, hanno dedotto l'italianità di un soggetto dalla sua partecipazione alla cultura italiana. Con riguardo all'ultima delle impostazioni riferite, si è ritenuto che l'italianità di una persona, come pure di una collettività di persone, sfugge ad ogni valutazione o riconoscimento giuridico e sconfina, più che altro, in valutazioni di carattere psicologico. In una delle isolate pronunce che si registrano al riguardo, il Consiglio di Stato ha asserito che la figura del cittadino non appartenente alla Repubblica sarebbe riassuntiva "del particolare atteggiamento che alcuni stranieri hanno assunto nei confronti del nostro Paese, della sua lingua, delle sue tradizioni, del suo costume, del suo modo di vivere, atteggiamento che pertanto giustifica il godimento di alcune di quelle situazioni giuridiche che sono nel nostro ordinamento riservate ai cittadini" (Consiglio di Stato, sez VI, 27 giugno 1975, n. 190).

Tuttavia, la posizione espressa in tale pronuncia è stata fortemente critica dalla dottrina che non ha mancato di rilevare come in mancanza di elementi obiettivi certi, definiti legislativamente in modo puntuale, è impossibile verificare giuridicamente se un individuo partecipi o meno all'italianità. Né è possibile affidare alla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione la definizione della complessa nozione di italianità.

In conclusione, in mancanza di una disciplina attuativa da parte del legislatore ordinario, non è possibile nessuna applicazione del secondo comma dell'art. 51. In dottrina si sostiene al riguardo che "la figura dell'italiano non appartenente alla Repubblica è poco più di un relitto storico, difficilmente utilizzabile nell'ordinamento attuale, che non ammette una figura intermedia tra il cittadino e lo straniero"<sup>33</sup>.

Tale disinteresse legislativo trova, peraltro, conferma nella legge sulla cittadinanza (l. 91/1992) che riordina completamente la materia e nulla dispone in ordine allo *status* di cui

<sup>33</sup> Vedi nota (8).

si discute. Anzi, nei casi in cui potrebbe sembrare opportuno riconoscere tale *status* essa interviene con disposizioni volte piuttosto a facilitare l'acquisto tout court della cittadinanza *pleno iure*.

Questione differente, ma per certi versi analoga per le resistenze incontrate dal punto di vista attuativo, è invece quella relativa all'estensione dei diritti politici ai non cittadini.

Il tema dei diritti politici degli stranieri costituisce, come osservato da attenta dottrina, una nuova sfida per la democrazia.

“Se democrazia significa governo fondato sul consenso dei governati, è difficile escludere dall'universo dei “governati” persone che stabilmente risiedono, vivono, si sposano, fanno figli, lavorano, si istruiscono, spesso addirittura nascono nel territorio dello Stato, solo perché sono nati forniti della cittadinanza di un altro Stato, ma che in molti casi è per loro più un ricordo e un'eredità del passato che non una realtà vissuta del presente. C'è una contraddizione insita nel definire “democratica” una Repubblica che nega i diritti politici a una quota consistente e crescente degli individui che in essa vivono, spesso intenzionati a restarvi.

La storia dei diritti politici è del resto una storia di antiche contraddizioni fra idea democratica e realtà del suffragio limitato, per sesso, per censo, per cultura: contraddizioni che il tempo e la crescita della consapevolezza democratica hanno progressivamente sanato. Oggi la contraddizione evidente riguarda proprio la negazione del diritto di voto ai non cittadini, anche a quelli il cui radicamento nel territorio è consolidato e innegabile. Una democrazia *jure sanguinis* o gentilizia non è, in fondo, meno discriminante di una democrazia censitaria o basata su una discriminazione di genere”<sup>34</sup>.

Peraltro, come sostenuto anche dalla giurisprudenza amministrativa, i “diritti politici” in senso stretto - oltre al diritto elettorale, quelli di accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive - spettano esclusivamente ai cittadini italiani.

Si è comunque sottolineato che tutte le volte in cui non viene in rilievo quel particolare collegamento politico, quella partecipazione all'indirizzo politico dello Stato, di cui è indubbiamente titolare il cittadino, la condizione dello straniero “non può non essere equiparata a quella del cittadino, secondo un principio di progressiva armonizzazione della condizione dello straniero ai valori costituzionali affermato dalla Corte costituzionale (Corte cost. 28/1995) e dalla evoluzione legislativa in materia di estensione della capacità giuridica dei cittadini agli stranieri”<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> V. ONIDA, *Relazione d'apertura al Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su “Lo Statuto costituzionale del non cittadino”*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in [associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>35</sup> S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA, E. RISPOLI (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese* (Madrid, 25-26 settembre 2008), in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Si è operato tale breve richiamo al tema dei diritti politici dei non cittadini perché una delle ragioni legate alla mancata attuazione della disposizione costituzionale in parola potrebbe essere rinvenuta nella debolezza del collegamento politico nei confronti di coloro che pur essendo italiani non appartengono alla Repubblica.

#### **4. Il diritto di disporre del tempo necessario all'adempimento delle funzioni pubbliche elettive e il diritto alla conservazione del posto di lavoro**

Il terzo comma dell'art. 51 dispone con riguardo a coloro che siano stati chiamati a svolgere funzioni pubbliche elettive due particolari diritti. Il primo si sostanzia nella garanzia di godere del tempo necessario ad adempiere alle funzioni a cui si è stati chiamati. Il secondo nella conservazione del posto di lavoro durante il corso dell'incarico elettivo.

Il diritto a disporre del tempo necessario allo svolgimento delle funzioni pubbliche elettive legittima e giustifica in capo all'eletto un considerevole periodo di assenza dal lavoro, anche in mancanza di una legge ordinaria di attuazione o che disciplini nel dettaglio le modalità operative. Tale diritto, i.e., trova la sua fonte direttamente nella disposizione costituzionale.

Alla luce della costante giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 35/1981; 284/1983) siamo dinanzi ad una causa di impossibilità o di inesigibilità della prestazione a cui non consegue un diritto alla retribuzione per il lavoro non prestato. Secondo la Consulta, il terzo comma dell'art. 51 "si limita a stabilire il principio della conservazione del posto di lavoro [...] ma non richiede affatto, pur non escludendolo a priori, che il periodo di assenza dal lavoro, nel corso del quale la prestazione del lavoratore sia resa impossibile o inesigibile dall'esercizio delle funzioni (elettive), venga retribuito né in tutto né in parte".

Tuttavia, deve prendersi atto dell'acceso dibattito scaturito in relazione all'individuazione del soggetto sul quale far ricadere il peso economico per l'adempimento di funzioni pubbliche elettive. Le richiamate questioni hanno, comunque, trovato composizione attraverso l'art. 4 della l. n. 816/1985, che ha disposto il diritto alla retribuzione a carico degli eletti, il cui onere ricade sull'ente di cui sono amministratori, prevedendo, altresì, in capo a questi ultimi un dovere di rimborsare ai datori di lavoro quanto corrisposto per il periodo di effettiva assenza.

In particolare sono stati dettati i seguenti principi: a) ai lavoratori dipendenti eletti nei consigli comunali e provinciali viene riconosciuto il diritto di assentarsi dal servizio per l'intera giornata nella quale sono convocati i rispettivi consigli; b) un analogo diritto di assentarsi dall'ufficio - ma non esteso all'intera giornata - hanno i lavoratori dipendenti eletti nelle assemblee delle A.S.L., nelle comunità montane, nelle associazioni e consorzi di enti locali, nei consigli circoscrizionali nonché nelle commissioni consiliari; c) gli eletti nelle giunte

ovvero in organi analoghi hanno diritto, oltre ai permessi di cui sopra, ad assentarsi dal proprio posto di lavoro per un massimo di 24 ore lavorative al mese, elevate a 48 per i sindaci e per i presidenti delle province.

Nella seconda parte del terzo comma della disposizione in commento si afferma il diritto alla conservazione del posto di lavoro durante il periodo in cui si espletano incarichi pubblici elettivi. Il diritto in esame costituisce una tutela minima che il legislatore ordinario nella sua discrezionalità può sempre migliorare - in senso estensivo ed ampliativo - con riguardo alla specificità del caso concreto "allo scopo di rendere più agevole la partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica del Paese" (Corte cost. 194/1981).

Nella maggior parte dei casi, il singolo può scegliere tra il collocamento in aspettativa e il diritto di chiedere permessi per l'espletamento di funzioni pubbliche elettive (artt. 31 e 32 l. 300/1970). Tuttavia, residuano delle ipotesi - rispetto alle quali sono stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale - in cui il singolo deve obbligatoriamente porsi in aspettativa obbligatoria (art. 13, D.P.R. 11 luglio 1980).

### III Profili applicativi

#### 1. Il principio delle pari opportunità nel diritto dell'Unione europea

Un ruolo di fondamentale rilievo nell'evoluzione del principio di uguaglianza tra uomini e donne si deve al diritto dell'Unione europea attraverso le numerose direttive dettate in materia e alla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il corpus delle direttive è particolarmente ricco (*ex multis*, dir. 1975/117/CE; 1976/207/CE; 2000/78/CE; 2002/73/CE; 2004/113/CE; 2006/54/CE). Le più risalenti sono state adottate quando la disposizione di riferimento era costituita dall'art. 119 Tr. CEE, la quale si limitava ad imporre la parità retributiva tra uomini e donne in caso di eguale lavoro a mere finalità economiche, peraltro nel pieno rispetto della concezione mercatistica ispiratrice della creazione delle Comunità europee.

In seguito, grazie all'interpretazione estensiva della giurisprudenza della Corte di giustizia, la portata applicativa del principio di pari opportunità si è ampliata fino al punto di inserire la parità tra i sessi nel quadro degli obiettivi perseguiti dall'Unione europea. A ciò si è aggiunta l'introduzione della prima vera e propria equal protection clause, che è stata formulata attraverso il divieto generale di discriminazioni (art. 13 Tr. CEE, ora art. 16 E Trattato di Lisbona)<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> C. SALAZAR, voce *Pari opportunità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 4083-4091.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha seguito in materia una notevole evoluzione che ha condotto da un primo blocco di pronunce che avevano riguardo soprattutto alle azioni positive - quali strumenti di “diritto diseguale” in favore delle donne per la realizzazione della pari opportunità nell’ambito del mondo del lavoro - fino alle più recenti sentenze che sottolineano la neutralità di tali azioni a favore di quanti, uomini o donne, abbiano subito svantaggi in ragione dell’identità sessuale <sup>37</sup>.

In particolare, la giurisprudenza nel dare applicazione al principio della parità retributiva di cui all’art. 141 del Trattato CE (cfr. artt. 141 e 157 Trattato di Lisbona) è costante nell’affermare che violano quel principio quelle normative nazionali che, anche se appaiono fondate su criteri neutri, in realtà sono volte a sfavorire le donne, come nell’ipotesi in cui retribuiscano in maniera diversa il lavoro part-time che, com’è noto, è la formula prevalentemente scelta proprio dalle donne.

Il principio della parità di retribuzione è stato oggetto di applicazioni molto ampie e significative. Ed invero, se all’inizio all’art. 141 era stato attribuito un duplice scopo: quello economico, volto ad evitare distorsioni della concorrenza e quello sociale, teso a migliorare e parificare le condizioni di lavoro, alla luce della evoluzione giurisprudenziale successiva, la finalità economica diventa secondaria rispetto a quella sociale, in ragione della circostanza che la norma stessa viene considerata espressione di un diritto fondamentale della persona.

In altri termini, la Corte di giustizia ha inteso garantire un’eguaglianza sostanziale tra uomini e donne e non meramente formale. Va osservato che proprio la giurisprudenza in materia di parità uomo-donna nella vicenda del rapporto di lavoro complessivamente intesa ne costituisce la testimonianza più significativa. Al riguardo è possibile richiamare, oltre alle pronunce sulla parità retributiva (Brunnhofers, C-381/99, sentenza 26 giugno 2001, Racc. p. I-4961), quelle sull’illegittimità del divieto generale di lavoro notturno donne (Stoeckel, C-345/89, sentenza 27 luglio 1991, Racc.p. I-4047); sull’esclusione generale degli impieghi militari (Kreil, C-285/98, sentenza 11 gennaio 2000, Racc. p. I-69); sulla protezione ampia ed effettiva accordata alle lavoratrici durante la maternità (Habermann-Beltermann, C-421/92, sentenza 5 maggio 1994, Racc. p. I-1657); sulle quote (Kalanke, sentenza 17 ottobre 1995, Racc. p. I-3051).

Tutte le pronunce richiamate muovono dalla premessa che l’eliminazione di ogni discriminazione che si fondi sul sesso è parte dei principi generali di cui la Corte di giustizia è tenuta a garantire l’osservanza <sup>38</sup>.

<sup>37</sup> L. RONCHETTI, *Uguaglianza sostanziale, azioni positive e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, n. 5/1999, 985 ss..

<sup>38</sup> G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2008, 124-127.

## 2. Uguaglianza formale, discriminazioni dirette e discriminazioni indirette: l'ex - cursus legislativo

Delineato, quantomeno nelle linee generali, il quadro di riferimento sovranazionale, è possibile tracciare l'evoluzione legislativa dell'uguaglianza tra i due sessi. Tale evoluzione, avendo come suo punto di inizio la tutela delle donne lavoratrici ha, in prima battuta, dato attuazione al principio di uguaglianza formale, che ha indotto il legislatore ad emanare norme specifiche in cui veniva consacrato il divieto di discriminazioni<sup>39</sup>. Solo a partire dalla conquista dell'uguaglianza formale da parte della donna, il problema dell'attuazione della parità si è posto quale "momento interno della più generale tematica dell'eguagliamento reale dei soggetti umani. Con l'uguaglianza formale, infatti, il dibattito culturale e politico sulla parità dei sessi sembra avere finalmente assunto gli stessi caratteri che identificano il processo di evoluzione del principio generale di uguaglianza giuridica"<sup>40</sup>.

Molteplici sono i significati ascrivibili al termine uguaglianza.

L'uguaglianza, infatti, può venire in rilievo come generalità delle regole, unicità del soggetto giuridico, uguaglianza di fronte alla legge, divieto di discriminazioni, uguaglianza nei diritti fondamentali, pari opportunità di perseguire i progetti di vita e di partecipare all'organizzazione della società. In dottrina si è ritenuto che ciascuno di questi significati può essere, al tempo stesso, formale rispetto a quelli che lo seguono e sostanziale rispetto a quelli che lo precedono. "La distinzione tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale, che viene comunemente applicata dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, potrebbe apparire riduttiva, oltre che propizia ad una visione dicotomica dei principi considerati"<sup>41</sup>.

Particolarmente interessante nell'ambito del vivace dibattito dottrinale in ordine alla suddivisione teorica tra uguaglianza formale e sostanziale è la ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale, secondo la quale "l'art. 3, primo comma, della Costituzione pone un principio avente un valore fondante, e perciò inviolabile, diretto a garantire l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e a vietare che il sesso - al pari della razza, della lingua, della religione, delle opinioni politiche e delle condizioni personali e sociali - costituisca fonte di qualsivoglia discriminazione nel trattamento giuridico delle persone. Il secondo comma dello stesso art. 3 della Costituzione - oltre a stabilire un autonomo principio di uguaglianza "sostanziale" e di parità delle opportunità fra tutti i cittadini nella vita sociale, economica e politica - esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine

<sup>39</sup> P. MORGERA, *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1990.

<sup>40</sup> M. FORTINO, voce *Parità dei sessi*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1981, 697-722.

<sup>41</sup> M. MANETTI, *La libertà eguale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2009, 635.

e sulla attuazione da dare al principio di eguaglianza “formale”, nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita, grazie al primario imperativo costituzionale di rimuovere i limiti “di fatto” all’eguaglianza (e alla libertà) e di perseguire l’obiettivo finale della piena autodeterminazione della persona e quello della effettiva partecipazione alla vita comunitaria” (Corte cost. 163/1993).

Soffermandoci ora sulla tematica relativa alle discriminazioni, può osservarsi che i primi strumenti normativi volti a contrastarle contenevano concise definizioni del concetto di discriminazione<sup>42</sup>. Il primo intervento legislativo in tal senso si deve alla legge n. 903/1977 che ha introdotto la differenza tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta, in seguito precisata dall’art. 4 della legge n. 125/1991, dall’art. 8 del d.lgs. 196/2000 e, infine, dall’art. 25 del d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità).

Alla luce della più recente formulazione “costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, qualsiasi atto, patto o comportamento, nonché 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” (art. 25, 1° comma, d.lgs. 198/2006).

In altri termini, si ha discriminazione diretta quando regole uguali siano prescritte o applicate a casi diversi ovvero regole diverse siano prescritte o applicate a casi uguali, a danno dell’uno o dell’altro sesso.

Mentre, “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, purchè l’obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari” (art. 25, 2° comma, d.lgs. 198/2006).

Tale definizione appare più complessa. Essa si attua attraverso l’impiego di formule che implicitamente favoriscono soltanto i soggetti appartenenti ad una determinata categoria (ad esempio si condiziona l’accesso al lavoro al requisito di una determinata altezza, non necessario per lo svolgimento di una particolare attività). Con precipuo riferimento ai “divieti di discriminazione nell’accesso al lavoro” l’art. 27, 5° comma, d.lgs. 198/2006 dispone che “nei concorsi pubblici e nelle forme di selezione attuate, anche a mezzo di terzi, da datori

<sup>42</sup> C. FAVILLI, *La nozione di discriminazione fra normativa comunitaria e leggi italiane*, in G. DE MARZO (a cura di), *Il Codice delle pari opportunità*, Milano, Giuffrè, 2007, 133-170.

di lavoro privati e pubbliche amministrazioni la prestazione richiesta dev'essere accompagnata dalle parole "dell'uno o dell'altro sesso", fatta eccezione per i casi in cui il riferimento al sesso costituisca requisito essenziale per la natura del lavoro o della prestazione".

Segnatamente, nell'ambito del tema in oggetto, le misure e gli strumenti volti al superamento delle discriminazioni di genere si giocano nell'ambito della perenne tensione tra il concetto di uguaglianza sostanziale e quello di uguaglianza formale.

### **3. Le discriminazioni di genere nella giurisprudenza amministrativa. Alcuni profili giurisdizionali.**

Come si è già rilevato, il legislatore costituzionale, nonché la stessa giurisprudenza costituzionale hanno dimostrato, in tempi relativamente recenti, una maggiore attenzione alla realizzazione di un'uguaglianza tra sessi non solo dichiarata sulla Carta ma anche effettivamente garantita nella realtà socio-istituzionale.

In un sistema ordinamentale comune, principio pacifico dovrebbe essere quello della circolazione e della conoscenza delle pronunce giurisprudenziali e degli orientamenti da queste ultime manifestate, ciò può sostenersi anche senza scomodare necessariamente la tematica del cd. "dialogo tra le Corti" che coinvolge l'ordinamento sovranazionale<sup>43</sup>. Tuttavia, proprio in materia di attuazione e tutela giurisdizionale del diritto alle pari opportunità si è manifestata la mancanza di tale dialogo tra il giudice amministrativo e il giudice costituzione<sup>44</sup>. Tale mancanza è stata superata, comunque, non senza difficoltà dal giudice amministrativo, il quale nelle ultime pronunce (v. T.A.R. 25 novembre 2008, n. 2025) si è dimostrato più attento all'evoluzione costituzionale della materia.

Scendendo nei dettagli applicativi, è utile osservare che l'accesso al pubblico impiego si conferma come terreno privilegiato per la verifica giurisprudenziale della disciplina di contrasto alle discriminazioni di genere e per la tutela dell'effettività del diritto alle pari opportunità. Secondo quanto disposto dall'art. 31, 1° comma, del "Codice delle pari opportunità", "la donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge".

Dalla disposizione è possibile desumere un principio di carattere generale secondo il quale la donna, non solo non può subire alcuna limitazione nella possibilità di operare nel pubblico impiego, ma anche nell'intero ambito dell'attività lavorativa nella Pubblica

<sup>43</sup> G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2009.

<sup>44</sup> O. POLLICINO, *Perché nessuno ha informato il Consiglio di Stato della nuova "stagione costituzionale" delle politiche di pari opportunità*, in *Dir. rel. ind.*, n. 3/2005, 802 ss..

Amministrazione. Pertanto, tale libertà di accesso sarà illimitata con riferimento a mansioni e svolgimento di carriera, ovviamente ferma restando la riserva di legge relativa alla sussistenza di eventuali requisiti necessari per il caso concreto (i.e., titoli o qualifiche necessarie ai fini dello svolgimento di una determinata attività) <sup>45</sup>.

Per quanto attiene al riparto di giurisdizione, la disciplina di contrasto alle discriminazioni di genere fa piena applicazione delle regole e dei criteri generali di riparto fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Da qui, la devoluzione al giudice amministrativo della competenza a conoscere delle domande nelle quali siano dedotte discriminazioni riguardanti rapporti di lavoro non privatizzati (esclusi appunto dal processo di privatizzazione ed indicati nell'art. 3 del d.lgs. 165/2001) o comunque incidenti nella fase di concorso pubblico per l'assunzione, fino all'approvazione della graduatoria finale e per la progressione in carriera <sup>46</sup>. Mentre, al giudice ordinario - nella persona del giudice del lavoro - sono devolute tutte le controversie sorte a causa di discriminazioni relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni occorse durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, nelle fasi, cioè, successive all'assunzione. In altri termini, la ripartizione della giurisdizione nella materia del pubblico impiego - anche per quanto attiene alla deduzione delle discriminazioni - ruota attorno alla distinzione tra atto di organizzazione, tendente alla costituzione del rapporto ed espressione del potere autoritativo della Pubblica Amministrazione e atto di gestione, il quale - ponendosi successivamente rispetto all'esercizio del potere - viene attratto nell'area civilistica, trattandosi in conclusione dello svolgimento del rapporto di lavoro di dipendenti precedentemente reclutati.

La discriminazione di genere denunciata può avere carattere individuale o collettivo.

Il Legislatore traccia quattro percorsi giudiziari per l'attuazione della tutela contro le discriminazioni di genere: uno a cognizione piena e uno a cognizione sommaria per la repressione delle discriminazioni individuali; uno a cognizione piena e uno a cognizione sommaria per la repressione delle discriminazioni collettive (cfr., rispettivamente, gli art. 36, 38, 37, commi 2 e 4 del d.lgs. 198/2006).

In particolare, nel caso in cui la discriminazione abbia carattere collettivo, cioè quando il medesimo atto, patto o comportamento sia lesivo dei diritti di parità di una pluralità di lavoratori o lavoratrici, la legge riconosce la legittimazione ad agire anche al Consigliere o alla Consigliera di parità regionale oppure a quello nazionale (Art. 37, c.c. 2 e 4, d.lgs.

<sup>45</sup> I. ROMOLI, *Pubblico impiego e forze armate: divieto di discriminazione e disciplina del codice delle pari opportunità*, in G. DE MARZO (a cura di), *Il Codice delle pari opportunità*, Milano, Giuffrè, 2007, 405 ss..

<sup>46</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel diritto Editore, 2009, 354 ss., 1491 ss..

198/2006). I Consiglieri, infatti, svolgono una “doppia funzione”, di promozione delle politiche gender oriented e di garanzia del rispetto della normativa antidiscriminatoria che si traduce appunto in un ruolo attivo sul fronte della tutela giurisdizionale contro le discriminazioni di genere <sup>47</sup>.

Si osservi che il carattere collettivo della discriminazione può desumersi dalla struttura dell’atto impugnato, come avviene nel caso di un bando di concorso pubblico, rivolto a una platea aperta di potenziali concorrenti.

Particolarmente interessanti sono le regole che presiedono alla prova della discriminazione caratterizzate da un regime di favor per il soggetto discriminato.

La disciplina di contrasto alle discriminazioni di genere prevede infatti un regime probatorio agevolato per la persona discriminata, alla quale è sufficiente allegare e dimostrare l’esistenza di elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, anche se non gravi (come invece vorrebbe l’art. 2729, c.c.), la presunzione dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, perché si attualizzi in capo alla controparte l’onere di dimostrare che la discriminazione medesima non sussiste.

La legge prevede altresì che la dimostrazione dei fatti base, idonei a fondare l’esistenza della discriminazione, possa essere data mediante dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti.

In merito ai temi di prova, invece, questi restano correlati alla struttura della fattispecie sostanziale (art. 2697, c.c.). Il che significa che sul lavoratore grava l’onere di provare: a) il compimento di un atto, la conclusione di un accordo o il mantenimento di un comportamento che gli sottrae benefici in ragione della sua appartenenza a un genere oppure della sua appartenenza a un gruppo all’interno del quale gli appartenenti al suo genere sono proporzionalmente più numerosi; b) l’effetto pregiudizievole o svantaggioso a suo danno o a danno prevalente degli appartenenti a un determinato genere; c) la connessione causale fra l’effetto pregiudizievole e l’atto, il patto e il comportamento. Non rilevando l’intenzione nella definizione normativa della discriminazione, non è richiesta la prova del dolo o della colpa.

Per quanto attiene al datore di lavoro, qualora egli non voglia limitare la sua attività difensiva a confutare la veridicità delle allegazioni del lavoratore discriminato, deve dimostrare che il trattamento differenziato del quale la controparte allega il carattere discriminatorio è giustificato, cioè che ricorre una delle cause di giustificazione che la legge prevede come fatti ostativi del configurarsi stesso della discriminazione diretta e indiretta.

<sup>47</sup> C. CALVANELLI, *La disciplina della figura e delle funzioni della consigliera e del consigliere di parità nel d.lgs. n. 198/2006*, in G. DE MARZO (a cura di), *Il Codice delle pari opportunità*, Milano, Giuffrè, 2007, 37 ss..

Nella giurisprudenza amministrativa un profilo che è stato particolarmente indagato riguarda la qualificazione del vizio di cui è affetto il provvedimento amministrativo avente carattere discriminatorio.

Secondo l'art. 21-septies, l. 7 agosto 1990, n. 241, il provvedimento amministrativo è nullo nei seguenti e tassativi casi: a) mancanza degli elementi essenziali; b) difetto assoluto di attribuzione; c) violazione o elusione del giudicato; d) quando la legge espressamente lo prevede.

Quindi non è sufficiente invocare la nuda contrarietà dell'atto amministrativo ai divieti di discriminazione per predicarne la nullità, neppure se la legge violata ha matrice comunitaria: è necessario che la nullità sia prevista espressamente. Ebbene, la normativa antidiscriminatoria dispone espressamente la nullità in un arco di ipotesi che abbraccia tutte le fasi del rapporto di lavoro, dall'assunzione (art. 15, comma 1, lett. a), l. 300/1970) al licenziamento (art. 3, l. 108/1990, art. 35, d.lgs. 198/2006), passando per gli atti di gestione del rapporto (art. 15, comma 1, lett. b) l. 300/1970). È vero che, nello stabilire detta disciplina, il legislatore ha individuato ipotesi di discriminazione perpetrate mediante atti paritetici, quindi manifestazioni di volontà di natura privatistica, e non provvedimenti amministrativi. Tuttavia, se la legge ha ritenuto di collegare all'atto discriminatorio la più incisiva sanzione prevista dall'ordinamento contro le deviazioni dal modello legale, non vi è ragione per ritenere che questa valutazione debba effettuarsi solo per un settore dell'ordinamento, quello civile e non anche quello amministrativo.

Pertanto, nei luoghi in cui la legge dispone espressamente la sanzione della nullità degli atti e patti, deve intendersi che in questa dizione rientrano anche i provvedimenti amministrativi di contenuto discriminatorio per ragioni di genere, che, pertanto, saranno soggetti alla disciplina di cui all'art. 21-septies, l. 241/1990 <sup>48</sup>.

Un ultimo profilo riguarda il contenuto del provvedimento che conclude il giudizio sulla discriminazione di carattere collettivo il quale di solito possiede caratteri di marcata specialità. Ed invero, il giudice, oltre a inibire la prosecuzione della condotta, può disporre la rimozione dei suoi effetti con una modalità peculiare e tipica, consistente nell'ordine, indirizzato all'autore della discriminazione, di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, che deve tenere conto del parere del Consigliere o della Consigliera regionale o nazionale di parità e, se si tratta di discriminazioni sul lavoro, delle r.s.a., ovvero, in loro assenza, degli organismi locali dei sindacati nazionali maggiormente rappresentativi.

<sup>48</sup> E. M. MASTINU, *L'azione pubblica contro le discriminazioni di genere al vaglio del giudice amministrativo*, in *Lavoro nelle P.A.*, n. 6/2007, 1133 ss..

Tuttavia, il giudice, alternativamente o cumulativamente, può anche adottare ogni altro tipo di provvedimento, di condanna o di accertamento, diverso dall'ordine di predisporre il piano di rimozione degli effetti delle discriminazioni <sup>49</sup>.

#### **4. Le azioni positive nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e del diritto interno**

Le azioni positive, disciplinate sia da fonti comunitarie che da fonti interne, rinvengono il loro precedente storico nelle affermative actions, resulted oriented del diritto nordamericano definite, altresì, come discriminazioni alla rovescia (reverse discriminations).

Nell'ambito dell'ordinamento in cui hanno avuto origine esse sono state utilizzate a vantaggio non solo delle donne ma anche di altri "gruppi minoritari": esse garantivano, infatti, un trattamento privilegiato ai gruppi minoritari che erano stati oggetto di discriminazioni. Se, quantomeno inizialmente, la giurisprudenza della Corte Suprema aveva convalidato - non senza difficoltà - la loro legittimità, in seguito ha fortemente riconsiderato la sua posizione. Difatti, vengono individuati i presupposti - di stretta interpretazione - che devono ricorrere affinché tali azioni siano legittime, ovvero: l'esistenza di un rilevante interesse pubblico da perseguire e l'adeguatezza dei mezzi scelti e la loro limitazione di durata nel tempo <sup>50</sup>.

In altri termini, le affermative actions diventano difficilmente legittime e praticabili e il giudizio sulla loro ammissibilità è subordinato a vincoli piuttosto stringenti, tuttavia esse risultano necessarie per il raggiungimento di finalità di riallineamento e/o riequilibrio.

Nell'Unione europea il raggiungimento di un'eguaglianza sostanziale di genere è stato perseguito attraverso programmi di azione, direttive, raccomandazioni, risoluzioni, trattati e attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Soprattutto in tempi recenti è emersa una forte politica economica di intervento da parte dell'Unione a sostegno del raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale, idonea a controbilanciare un'attività di indirizzo ancora non eccessivamente vincolante <sup>51</sup>.

"Le azioni positive possono essere considerate, anche in ambito comunitario, strumenti di eguaglianza sostanziale ma "ad ammissibilità condizionata", poiché la loro legittimità, rispetto alla normativa dell'Unione, finisce per dipendere dalla presenza di alcuni presupposti di fatto e dall'esigenza di temperare il diritto diseguale con il principio di parità

<sup>49</sup> E. M. MASTINU, *Nota a TAR del 25 novembre 2008 n. 2025*, in *Lavoro nelle P.A.*, n.5/2008, 827 ss..

<sup>50</sup> V. E. OVITO, *Corte Suprema e affermative action Policy: un sostegno insperato ma ambiguo*, in [www.associazionedeicostituzionalist.it](http://www.associazionedeicostituzionalist.it).

<sup>51</sup> M. BRUNI, *Le azioni positive*, in G. DE MARZO (a cura di), *Il Codice delle Pari Opportunità*, Milano, Giuffrè, 2007, 261-278.

di trattamento. Si rammenta, infatti, che il criterio della sottorappresentazione, per legittimare un'azione positiva, considera una differenza, quella del genere sessuale, che generalmente vieta qualsiasi discriminazione formale”<sup>52</sup>.

Nell'ambito dell'ordinamento nazionale, l'introduzione di politiche per le pari opportunità e la previsione di apposite misure per combattere le discriminazioni tardarono a fare ingresso<sup>53</sup>.

Nel contesto della contrattazione collettiva nazionale, in cui nacquero le prime azioni positive, la dottrina distingue tra “azioni positive di prima generazione” e “azioni positive di seconda generazione”. Le prime avevano finalità conoscitive e di riqualificazione e formazione del personale. Le seconde, invece, tenendo conto dell'esperienza di altri paesi dell'Unione europea, sono state progettate a medio e lungo termine e hanno rappresentato modelli trasferibili e ripetibili in diversi contesti lavorativi.

Una ricostruzione organica in materia si è avuta soltanto con la legge 10 aprile 1991 n. 125 intitolata “azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro” e successivamente con la l. n. 215/1992, dedicata alle “azioni positive per l'imprenditoria femminile”.

In particolare, nella l. n. 125/1991 le azioni positive vengono definite come misure per le donne con lo scopo di “favorire l'occupazione femminile e di realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro”.

L'azione positiva era costruita sia a carattere risarcitorio, sia per rimediare ad una situazione di svantaggio, di segregazione della presenza femminile nel mercato del lavoro, sia in funzione di de-costruzione e ri-costruzione del tempo del lavoro a “misura di donna”.

Tra i numerosi interventi legislativi in materia si segnalano: la legge 8 marzo 2000, n. 53 titolata “disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città”; il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196 “Disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive, a norma dell'art. 47 della legge 17 maggio 1999, n. 44”, nel cui ambito veniva estesa la progettazione delle azioni anche alla formazione professionale; l'art. 57 del d.lgs. n. 165/2001 (T. U. sul pubblico impiego), in cui si precisano le misure di partecipazione delle donne, di promozione per garantirne la formazione nonché la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro; art. 19 del d.l. 223/2006 (decreto legge Bersani), convertito

<sup>52</sup> M. VERONELLI, *Le azioni positive nell'ordinamento giuridico comunitario*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, n. 1/2004, 63 ss..

<sup>53</sup> R. DEL PUNTA, voce *Parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, Milano, Giuffrè, 707-716.

nella l. n. 248/2006, il quale dispone che “al fine promuovere le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri è istituito un fondo denominato “Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, al quale è assegnata la somma di 3 milioni di euro per l’anno 2006 e di dieci milioni di euro a decorrere dall’anno 2007”; nonché, gli artt. 42-50 del d.lgs. n. 198/2006 (“Codice delle pari opportunità”).

Le ultime disposizioni citate, in particolare l’art. 42 del Codice delle pari opportunità, indica le varie tipologie di azioni positive sottolineando - in un’ottica di riequilibrio di responsabilità e di redistribuzione del capitale umano - il loro carattere necessariamente provvisorio.

In relazione alla tipologia di intervento si distinguono: “azioni positive verticali” relative alla promozione dell’avanzamento nelle gerarchie aziendali e nei ruoli di responsabilità; “azioni positive orizzontali”, finalizzate alla creazione mista ed equilibrata in tutti i settori; “azioni positive miste”, che includono le caratteristiche delle prime due.

Con riferimento agli effetti, si distinguono: “azioni positive strategiche”, che mirano a produrre un mutamento effettivo, immediato e percepibile nella realtà aziendale e anche a livello culturale a favore di tutti quei processi a cui le donne hanno difficilmente avuto accesso; “azioni positive simboliche”, volte all’inserimento delle donne a livelli di responsabilità o a lavori storicamente preclusi; “azioni positive di sensibilizzazione”, finalizzate ad attività formative e di informazione che hanno lo scopo di diffondere la politica di promozione della figura e del ruolo femminile nel mondo del lavoro.

In applicazione del principio di uguaglianza sostanziale ed in qualità di azioni positive gender oriented, nell’ambito della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l’art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 richiede che le amministrazioni pubbliche garantiscano parità e pari opportunità tra uomini e donne per l’accesso al lavoro e il trattamento sul lavoro <sup>54</sup>. Ed ancora, nella medesima direzione, l’art. 57 del d.lgs. n. 165/2001 prevede che alle donne sia riservato almeno un terzo dei posti in qualità di componenti delle commissioni di concorso, salva motivata impossibilità.

Dalla normativa richiamata si può desumere una definizione di carattere generale, secondo cui le azioni positive - il cui contenuto varia in relazione al sentire sociale ed alla situazione politica ed economica del momento - si presentano come misure di favore che generano diritti diseguali al fine di compensare o rimuovere le disuguaglianze materiali tra i due sessi e si giustificano - limitatamente a settori determinati - in funzione della logica del principio di uguaglianza sostanziale sancito dall’art. 3, 2° comma, Cost, arricchito dall’art. 51, comma 2, Cost.

<sup>54</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 581 ss..

## 5. Le problematiche emergenti a confronto con le dinamiche sociali

Il problema della parità di rappresentanza dei due sessi negli organi elettivi - sia politici sia amministrativi - costituisce uno dei tre aspetti, assieme a quello della parità nella famiglia e della parità economica, dell'unico e comprensivo problema della parità uomo-donna. I tre aspetti sono inscindibilmente connessi in modo tale che le indagini su ciascuno di essi risultano quasi inevitabilmente correlate. In tale direzione nella dottrina civilistica si è sostenuto che l'introduzione dei meccanismi che consentano di riservare delle "quote minime" che siano calibrate in modo tale da compensare la minore disponibilità di tempo e di energie delle donne, costituisce l'unica strada percorribile per evitare che il principio di parità di partecipazione agli organi elettivi risulti nella sostanza violato e con esso i valori costituzionali di tutela della famiglia e di tutela della filiazione <sup>55</sup>.

In particolare, "la possibilità di organizzare razionalmente i ritmi del lavoro ed il tempo dedicato alle esigenze domestiche costituisce un concreto supporto alle peculiari istanze che da sempre contraddistinguono la posizione della figura femminile nella società, ma al contempo integra un idoneo strumento affinché anche l'"altro" genere possa condividere le responsabilità e le soddisfazioni legate alla appartenenza ad un nucleo familiare, in un contesto di eguale concorso all'esercizio dei compiti e dei doveri di assistenza che originano da tale formazione sociale, nonché di altrettanto paritario godimento dei diritti che ad essa risultano consustanziali (artt. 2, 29 e 30, I c., Cost.)" <sup>56</sup>.

Pertanto, il tema della conciliazione dei tempi della quotidianità della persona, oltre che collocarsi "fra le tessere che disegnano il mosaico delle politiche genere", si innesta nel più ampio obiettivo di promozione del singolo individuo.

Segnatamente, il tema della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro della donna (e più in generale della persona), soprattutto nella legislazione regionale appare trasversale rispetto a diversi aspetti della assistenza sociale, intersecando la programmazione dei servizi per la tutela dei diritti di cittadinanza, soprattutto con riguardo alle politiche per l'accesso al lavoro e alla formazione professionale, per la protezione della maternità e dell'infanzia e, più in generale, per lo sviluppo di occasioni di effettiva realizzazione dell'individuo <sup>57</sup>.

### 5.1 Le pari opportunità nei rapporti familiari

La tutela delle pari opportunità nel contesto e nei rapporti familiari costituisce uno degli obiettivi del cd. "Codice delle pari opportunità" (d.lgs. n. 198/2006), in particolare

<sup>55</sup> Vedi nota (16).

<sup>56</sup> Vedi nota (16).

<sup>57</sup> P. TORRETTA, *I diritti alle pari opportunità e il diritto delle pari opportunità: uno sguardo alla legislazione regionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

gli artt. 23 e 24 si occupano dei rapporti tra coniugi attraverso un richiamo alle disposizioni del codice civile e un rinvio alla legge n. 154/2001 relativa alla violenza nelle relazioni familiari. Quest'ultima disciplina legislativa si innesta nell'ambito del più ampio sistema di tutela del diritto di famiglia che si avvale di sanzioni, sia sul piano civile sia sul piano penale, nell'ipotesi in cui vengano violate le norme che regolano la nascita e l'esercizio dei diritti e dei doveri familiari.

Il rinvio alle disposizioni codicistiche è incompleto poiché le dinamiche sottese alle pari opportunità nei rapporti familiari, coinvolgendo anche la gestione degli effetti della crisi dei rapporti, necessita di un richiamo anche alle disposizioni contenute nelle leggi speciali.

Dal punto di vista dei rapporti personali tra i coniugi, va osservato che il principio cardine dell'organizzazione della famiglia è contenuto nella disposizione dell'art. 29 Cost., ai sensi della quale "il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge, a garanzia dell'unità familiare". In applicazione del suddetto principio, è stata assegnata ai coniugi una posizione di assoluta parità, sia nei rapporti reciproci - sia di natura personale sia patrimoniale - che nei rapporti con i figli.

La posizione di uguaglianza dei coniugi è consacrata nell'art. 143, c.c. ove si legge che con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti ed assumono i medesimi doveri. Di conseguenza la gestione della vita della coppia viene fondata sull'accordo alla cui definizione ciascun coniuge concorre, appunto, su un piano di parità.

Dal punto di vista dei rapporti patrimoniali, si constata che il regime della comunione legale - che costituisce uno strumento correttivo delle diseguaglianze, i.e. della naturale (specie in passato) disparità di potere economico della donna - non è il solo attraverso cui si garantisce il rispetto del principio di parità tra i coniugi.

Anzi, tale regime è sintomatico di una profonda tensione che esiste a livello dei valori e delle problematiche che risultano connesse ai conflitti economici tra i coniugi. Tale tensione - di cui possiamo dire la comunione legale costituisce bilanciamento - ruota attorno a due distinte esigenze, per un verso, quella di tutelare il coniuge patrimonialmente più debole e, per altro verso, l'esigenza di rispettare l'autonomia individuale delle parti, a sua volta idonea a salvaguardare i principi di libertà di iniziativa economica (art. 41, Cost.) e di dignità umana (art. 2, Cost.).

L'esigenza di attribuire un ruolo sempre più rilevante all'autonomia individuale dei coniugi è stata avvertita soprattutto in tempi recenti sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione, ipotesi emblematica di tale esigenza si sostanzia

nella vicenda del cd. rifiuto del coacquisto, oggetto, peraltro, di una recentissima pronuncia della Cassazione (Cass. Sez. un. 28 ottobre 2009, n. 22755) che ha fatto chiarezza rispetto ai divergenti orientamenti giurisprudenziali.

In particolare, al vaglio delle sezioni Unite era stata sottoposta la questione relativa alla natura meramente ricognitiva o negoziale dell'atto con il quale uno dei due coniugi, intervenendo nel contratto stipulato dall'altro coniuge, riconosca, a norma dell'art. 179, 2° comma, c.c., la natura personale del bene acquistato e consenta perciò alla sua esclusione dalla comunione legale (cd. rifiuto del coacquisto). A ciò si aggiungeva, altresì, l'ulteriore questione degli effetti di tale dichiarazione nel caso in cui il bene acquistato non rientri nei beni personali di uno dei due coniugi.

Le Sezioni Unite hanno chiarito che l'intervento adesivo del coniuge non acquirente non è di per sé sufficiente ad escludere dalla comunione il bene che non sia effettivamente personale. Tale intervento adesivo può essere rilevante come prova dei presupposti di tale effetto limitativo, ovvero come attestazione di fatti. Ma non rileva come atto negoziale di rinuncia alla comunione. Ed invero, sarà l'effettività di tale destinazione a determinarne l'esclusione dalla comunione, non certo la pur condivisa dichiarazione di intenti dei coniugi sulla sua futura destinazione.

In merito al secondo richiamo va osservato che con la legge 4 aprile 2001 n. 154, intitolata "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari", il legislatore ha tentato di dominare gli episodi di violenza che si verificano all'interno della famiglia.

Tale legge, che si inserisce nel quadro della tutela della vittima del reato, (in una prospettiva che solo di recente sta impegnando il nostro legislatore), tende a predisporre rimedi adeguati al dilagante fenomeno della violenza intrafamiliare.

Da un lato, si è cercato di soddisfare l'esigenza di misure giudiziarie rapide ed efficaci, volte a garantire in primis l'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis, c.p.p.) dell'autore del comportamento violento, evitando così che sia la parte che ha subito quest'ultimo a dover abbandonare la casa. Dall'altro lato si è sentita l'esigenza di predisporre misure "intermedie" che consentissero, sì, un'immediata tutela della vittima ma, al tempo stesso, senza pregiudicare in modo definitivo i rapporti familiari (i.e., gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, art. 342-bis e art. 342-ter, c.c.).

Segnatamente, attraverso la figura degli "ordini di protezione contro gli abusi familiari" (artt. 342 bis e ter, c.c.) si è concessa al giudice la possibilità di incidere nel cuore delle relazioni familiari, sia intercorrenti tra i coniugi, sia tra i genitori ed i figli. L'intervento legislativo è volto a sanzionare la condotta - tenuta da uno dei componenti del nucleo familiare - che appaia pregiudizievole per l'integrità fisica e morale di uno

o più degli altri membri della famiglia con lui conviventi. In questo caso il giudice adito può: ordinare l'immediata cessazione della condotta lesiva; allontanare dalla casa familiare l'autore dell'abuso oppure vietargli di avvicinarsi al suddetto luogo o a i luoghi di lavoro o di istruzione dei membri della famiglia; ordinare l'intervento di associazioni o enti di protezione.

La scelta del legislatore potrebbe risultare singolare. Infatti, il legislatore, nel tentativo di contrastare il fenomeno della violenza intrafamiliare, non ha inciso sul catalogo delle fattispecie penali, ma ha preferito deferire al diritto processuale penale e al diritto civile il delicatissimo compito di far fronte ad una realtà di sofferenze e di prevaricazioni assai diffusa e radicata in ogni strato del tessuto sociale <sup>58</sup>.

## **5.2 Un esempio virtuoso: La Rete dei comitati per le pari opportunità delle professioni legali**

Nell'ambito della materia relativa alla parità fra uomini e donne, in un primo momento, l'Unione Europea ha adottato una strategia quadro valida per il quinquennio 2001 - 2005. La finalità di tale strategia era lottare contro le disuguaglianze tra i sessi nella vita economica, politica, civile e sociale, onde modificare i ruoli ed eliminare gli stereotipi esistenti in questo campo.

La strategia quadro indicata si è basata su un duplice approccio. Per un verso, prevedendo di integrare la dimensione del genere in tutte le politiche comunitarie aventi un impatto diretto o indiretto sull'obiettivo della parità tra uomini e donne (principio del mainstreaming, intervento attivo, integrazione della dimensione del genere), per altro verso e parallelamente a questo approccio globale, la strategia quadro ha proposto la realizzazione di azioni specifiche in favore delle donne, indispensabili per eliminare le disuguaglianze persistenti.

In particolare, essa si è articolata su cinque settori di intervento interdipendenti, comprendenti ciascuno diversi obiettivi operativi: a) la vita economica; b) la parità di partecipazione e di rappresentanza; c) i diritti sociali; d) la vita civile; e) i ruoli e gli stereotipi maschili e femminili.

A ciò ha fatto seguito la "tabella di marcia per la parità tra uomini e donne" (2006-2010) [COM (2006) 92], che ha lo scopo di far progredire il programma sulla parità fra le donne e gli uomini. La tabella di marcia definisce alcuni settori esistenti e propone settori di interven-

<sup>58</sup> F. PERONI, *Crisi della famiglia e processo penale*, in CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Padova, 2004, 2349-2351; ID., *La nuova tutela cautelare penale nei fenomeni di violenza intrafamiliare*, in *Dir. Pen. proc.*, 2003, 867.

to interamente nuovi. Complessivamente vengono considerati sei settori prioritari: indipendenza economica uguale per le donne e gli uomini, conciliazione della vita privata e professionale, rappresentanza uguale nell'assunzione di decisioni, eliminazione di ogni forma di violenza basata sul genere, eliminazione degli stereotipi legati al genere e promozione della parità fra le donne e gli uomini nelle politiche esterne e di sviluppo. Infine, un'indipendenza economica uguale per le donne e gli uomini.

In un momento successivo, coincidente con l'evoluzione della questione di genere, la Commissione Europea ha proposto di costituire un "Istituto europeo per l'uguaglianza di genere" (Regolamento CE n. 1922/2006), con il compito di aiutare le istituzioni europee a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne in tutte le politiche comunitarie e a lottare contro la discriminazione fondata sul sesso, con la finalità di perseguire ancora una volta una maggiore sensibilizzazione dei cittadini europei in merito all'uguaglianza di genere.

Segnatamente nell'ottica indicata si collocano le Reti. Si tratta di associazioni sorte su base volontaristica, aventi lo scopo di implementare a livello nazionale ed europeo gli effetti delle strategie istituzionali assunte dal diritto interno o in ambito comunitario, con studi di fattibilità e monitoraggi sulle ricadute delle medesime.

La Rete, infatti, costituisce un modulo di lavoro per diffondere le buone prassi e per perseguire delle politiche di più ampio respiro. Composta dai rappresentanti degli organismi che riunisce, accomunati da obiettivi e da finalità essa costituisce uno strumento di incontro e di concertazione per le rappresentanze delle quali cura gli interessi.

In particolare, la Rete dei comitati per le pari opportunità delle professioni legali, ha l'obiettivo di porsi come collegamento tra le istituzioni che riuniscono ciascuna delle magistrature nazionali (ordinarie e speciali) e delle avvocature anche in una possibile prospettiva europeistica.

Essa si prefigge la finalità di incidere sulle loro politiche, favorendo l'attenzione ai principi della non discriminazione nell'ambito del rapporto di lavoro e per il perseguimento dell'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro mediante la rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione delle pari opportunità, anche proponendo - se necessario - l'adozione di azioni positive. Attraverso tali modalità operative, essa intende favorire tra le magistrature e le avvocature il dialogo e la conoscenza reciproca sul funzionamento dei rispettivi sistemi volti a sviluppare azioni orizzontali e di coordinamento. Invero attraverso uno studio attento delle loro diversità, in ragione di un progressivo apprendimento, verranno determinate delle strategie comuni - e quindi maggiormente efficaci - per consentire l'integrazione della que-

stione della parità di opportunità in tutti gli ambiti legali, sì da contribuire a raggiungere l'obiettivo della soppressione delle disuguaglianze e da promuovere la parità tra donne e uomini.

Del resto il rafforzamento del dialogo diretto fra gli operatori della giustizia in ordine alle tematiche di genere consente uno scambio di informazioni, di conoscenze, di idee ed in ultima istanza favorisce la consultazione e la partecipazione alle istanze giudiziarie nel corso del processo normativo di miglioramento della qualità della giurisdizione, obiettivo peraltro prefissato dalla stessa Unione Europea con la costruzione di uno spazio giuridico comune <sup>59</sup>.

<sup>59</sup> M. FALASCHI, *La rete delle pari opportunità per le professioni legali: prime impressioni e prospettive di lavoro*, in QUADERNI DEL CSM, *Il diritto alle pari opportunità tra attuazione e negazione*, n. 153/2008, in [www.csm.it](http://www.csm.it).