

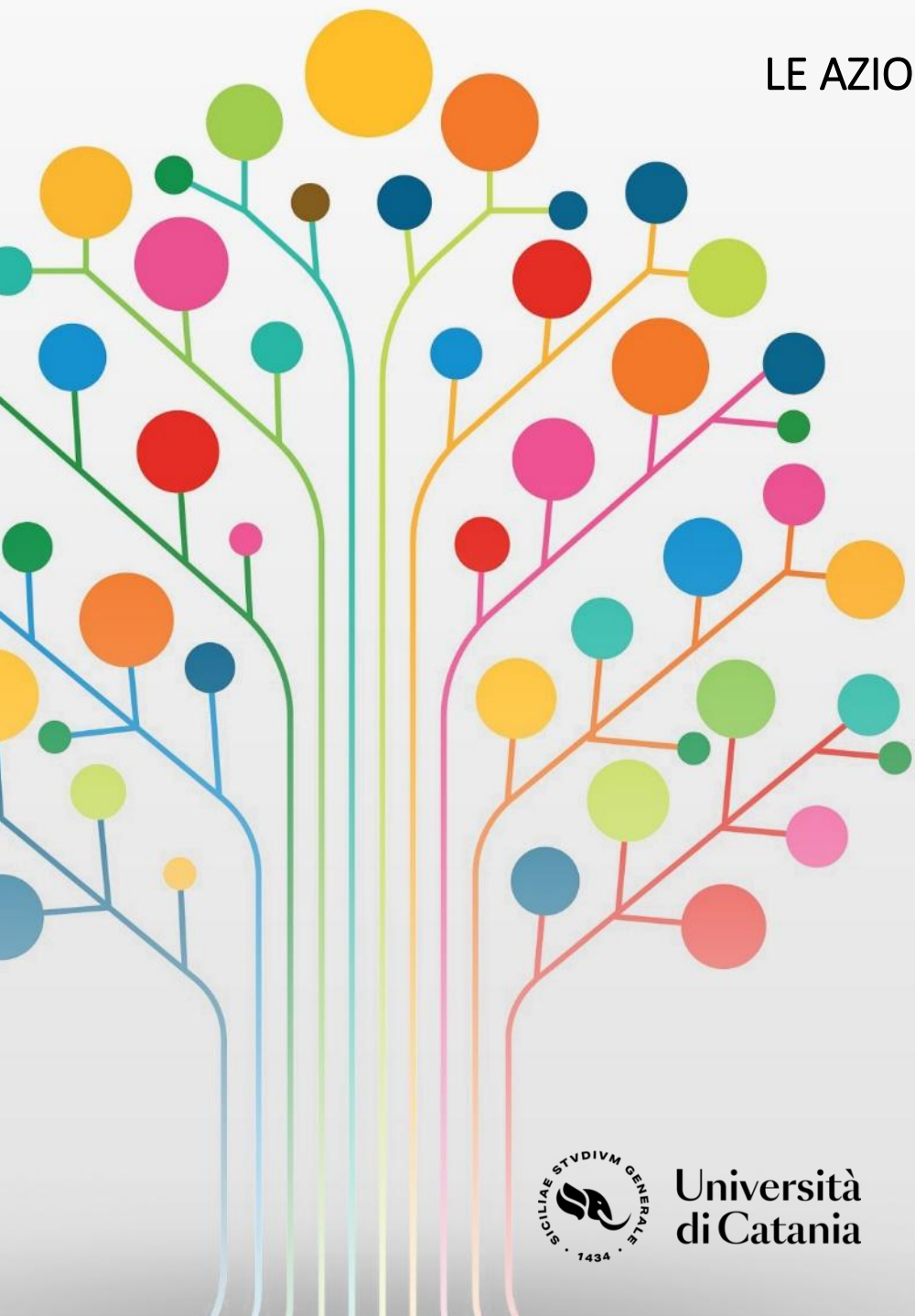
COLLECTIVE VOLUMES

20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"

LE AZIONI POSITIVE DI GENERE DOPO IL PNRR

a cura di
Cristina Alessi
Laura Calafà



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

CRISTINA ALESSI, Università di Brescia

LAURA CALAFÀ, Università di Verona

MADIA D'ONGHIA, Università di Foggia

BARBARA PEZZINI, Università di Bergamo

THOMAS CASADEI, Università di Modena e Reggio Emilia

MARZIA BARBERA, Università di Bergamo

Le azioni positive di genere dopo il PNRR *

a cura di
Cristina Alessi
Laura Calafà Militello

SOMMARIO

Azioni positive di genere dopo il PNRR: presentazione Laura Calafà- Cristina Alessi	1
La nozione di azioni positive tra diritto interno e diritto UE: principi e strumenti applicativi Cristina Alessi	3
La preferenza di genere nei concorsi pubblici: principi, regole e paradossi Laura Calafà	9
La premialità di genere nella PA Madia D'Onghia	18
La riflessione sulle azioni positive neutralizzate (o a favore del sesso sottorappresentato) nel contesto del principio costituzionale antisubordinazione di genere Barbara Pezzini	25
Politica del diritto e ostacoli al diritto diseguale (e alcune strategie per superarli) Thomas Casadei	31
Invece di una conclusione Marzia Barbera	40

* Atti del Seminario organizzato dall'Università di Brescia e dall'Università di Verona Brescia, 8 marzo 2024
Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".Collective Volumes - 11/2025

Azioni positive di genere dopo il PNRR: presentazione

Laura Calafà- Cristina Alessi

Il seminario «Le azioni positive di genere dopo il PNRR», tenutosi in data 8 marzo 2024, continua i confronti organizzati dall'Università di Brescia e dall'Università di Verona, con il patrocinio della LLC- Labour Law Community e di IEN-Italian Equality Network, avviati nel 2022 su temi di particolare attualità per il diritto del lavoro *gender sensitive*.

La riflessione scientifica che accompagna il seminario si collega ad un tema specifico, quella della cd. neutralizzazione delle azioni positive, non più applicate a favore delle donne, ma del sesso sottorappresentato. Una simile tendenza richiede di ridiscutere il fondamento assiologico delle misure di diritto diseguale, al fine di valutare la coerenza dei provvedimenti più recenti con la ratio e la struttura di esse.

Come ha ricordato Daniela Izzi, chiamata ad introdurre la giornata di riflessione, il seminario propone una parte della storia e dei cammini condivisi da chi vi partecipa. Certamente il PNRR rappresenta un tentativo di rivitalizzazione della questione della parità focalizzandosi, in particolare, su quello che avviene all'interno delle pubbliche amministrazioni, dove, come sappiamo, le azioni positive non sono facoltative, ma obbligatorie. Sempre Daniela Izzi ci ricorda che anche la certificazione è una misura promozionale per il rispetto dei divieti di discriminazione, ma che non può essere considerata un'azione positiva in senso proprio, perché non ha la caratteristica della misura di diritto diseguale; è uno strumento per cercare di promuovere l'osservanza delle regole di parità, dei divieti di discriminazione da parte dei vari soggetti, in particolare dei soggetti privati. Si tratta di una tecnica incentivante.

È il paradosso il *focus* del seminario. L'azione positiva, da misura di diritto diseguale per la promozione del lavoro femminile, è diventata misura volta a sostenere le carriere e le *chances* del sesso sottorappresentato, riproponendo il problema di neutralizzazione delle misure di azione positive e di negazione anche della logica propria del diritto diseguale in un contesto aggiornato, che si muove – sempre nelle parole di Daniela Izzi – secondo una prospettiva propria di asimmetria funzionale, diversamente dai divieti di discriminazione basati sul genere, che possono tutelare anche gli uomini.

Il seminario ritorna ai principi fondamentali della parità di genere e ha l'obiettivo di riprendere il dibattito lavoristico in materia di azioni positive allentato negli anni più recenti¹. L'occasione è offerta dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), a valere sul dispositivo Next Generation EU. Come ricordato nei siti istituzionali, il PNRR rappresenta l'occasione per realizzare non solo una piena transizione ecologica e digitale, «ma anche per recuperare i ritardi che penalizzano storicamente il nostro Paese. Per essere efficace, strutturale e in linea con gli obiettivi

¹ Per una rara eccezione, si veda la lettura aggiornata M. L. VALLAURI, *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *LD*, n. 1, 2023, p. 34). Si ricordano anche i recenti contributi di R. VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro*, 2024, Milano, Franco Angeli e di L. CORAZZA, *Il lavoro delle donne? Una questione redistributiva. Diritto antidiscriminatorio e oltre*, Milano, Franco Angeli, 2025.

del Pilastro europeo dei diritti sociali, la ripresa dell'Italia deve promuovere le pari opportunità con particolare attenzione al mondo del lavoro. La mobilitazione delle energie femminili, così come dimostrato da numerosi studi internazionali, è fondamentale per la ripresa economica del Paese e, per questo motivo, occorre intervenire sulle molteplici dimensioni della discriminazione verso le donne al fine di liberarne tutto il potenziale inespresso». Tra gli strumenti finalizzati a sostenere questa mobilitazione, ampia enfasi è riconosciuta – per l'impresa privata – al sistema nazionale di certificazione della parità di genere, gestito dal Dipartimento per le pari opportunità, come poco sopra si è anticipato.

Con riguardo alle Pubbliche amministrazioni, *focus* della giornata, vari sono gli strumenti a cui viene dedicata attenzione specifica nel seminario: dalle preferenze di genere nei concorsi pubblici fino a diversi meccanismi di premialità dedicata (ci si riferisce alle modifiche del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 e alle modifiche dedicate al codice degli appalti, oltre alle modifiche sull'assegnazione del FFO alle università con premialità di genere).

Chiarita la finalità delle azioni positive – coniugando la prospettiva giuslavorista con l'apporto della filosofia del diritto e del diritto costituzionale – anche in ragione delle criticità applicative segnalate nel corso del seminario, la finalità ultima dello stesso è quella di concorrere a fissare alcune linee di indirizzo per gli operatori giuridici chiamati ad applicare le regole collegate all'attuazione del PNRR.

La nozione di azioni positive tra diritto interno e diritto UE: principi e strumenti applicativi

Cristina Alessi

1. Le azioni positive, nelle loro diverse articolazioni, fino ad arrivare alla loro forma più impegnativa, le c.d. quote riservate, interrogano da sempre il principio di eguaglianza e investono il dibattito sul rapporto tra eguaglianza formale e sostanziale. Non è possibile approfondire, in questa sede, un dibattito così complesso². È però opportuno ripercorrere brevemente la nascita delle azioni positive e l'evoluzione della giurisprudenza che ne ha accompagnato il riconoscimento della piena legittimità, anche al fine di comprendere per quale ragione, oggi, le misure in parola potrebbero rivelarsi armi rivolte contro la partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Evocando un'immagine ormai entrata tra quelle più citate per le studiose della materia, se l'azione positiva agisce come una spada³, occorre capire da quale parte la si impugna.

La nascita e l'evoluzione delle azioni positive si deve, com'è noto, alla giurisprudenza nordamericana, chiamata a confrontarsi in un primo momento con i meccanismi di riequilibrio delle posizioni della popolazione bianca e di quella di colore, in particolar modo nel settore dell'istruzione, poi con quelle di uomini e donne nell'accesso ai servizi e al lavoro⁴. Ciò che si ricava da quella giurisprudenza, che ha avuto in verità una battuta d'arresto nella sentenza della Corte Suprema dello scorso anno⁵, è che la mera sproporzione numerica tra un gruppo, portatore di un certo fattore distintivo, e un altro, non è sufficiente a giustificare politiche di riequilibrio a favore del gruppo numericamente meno presente. E non è neppure detto che per essere destinatari di azioni positive sia necessario essere numericamente minoritari. Ciò che è sicuramente necessario è che la scarsa presenza di un'etnia, o di un sesso, nell'accesso a un servizio, ovvero nella partecipazione al mercato del lavoro, sia dovuta alla presenza di ostacoli pregressi, dovuti a stereotipi o pregiudizi, in altre parole, a discriminazioni⁶.

Nel valutare la legittimità delle azioni positive è dunque richiesta una valutazione circa la posizione di svantaggio di un gruppo rispetto a un altro, svantaggio che deve essere riconducibile alla

² Sul fondamento costituzionale delle azioni positive e il loro radicamento nel principio di uguaglianza sostanziale si v. M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, 2008, spec. p. 223 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1991, p. 19 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Le azioni positive tra eguaglianze e diritto diseguale*, in M. V. BALLESTRERO, T. TREU, a cura di, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in NLCC, 1994, p. 11 ss.

³ M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in P. CHIECO, a cura di, *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2002, p. 29 ss.

⁴ Sul punto si rinvia a C. ALESSI, *Le azioni positive*, in M. BARBERA, A. GUARISO, a cura di, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 505 ss.; *amplius* M. CAIELLI, op. cit., p. 55 ss.

⁵ Il riferimento è alla sentenza del 29 giugno 2023, *Students For Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College e Students For Fair Admissions V. University Of North Carolina, et al.*, 600 U.S. 181 (2023). Per un commento si v. S. LEONE, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio. La parabola delle affirmative actions nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Rivista AIC*, N. 1/2024, p. 26 ss. In verità, più che di battuta d'arresto si deve parlare di una delle oscillazioni della giurisprudenza della Corte che derivano anche dalla sua variabile composizione.

⁶ M. CAIELLI, op. cit., p. 41 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005, p. 238 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate dal caso nordamericano*, in RGL, 1984, I, p. 273 ss.

violazione del principio di uguaglianza. Nel celeberrimo caso *Weber*, ad esempio, la Corte suprema degli USA specificò chiaramente che il programma di promozione della partecipazione dei dipendenti appartenenti a minoranze etniche a corsi necessari per l'accesso a qualifiche superiori doveva considerarsi legittimo in quanto volto ad “abbattere antichi modelli di segregazione razziale” e ad “aprire opportunità di impiego per i lavoratori neri in occupazioni dalle quali risultavano tradizionalmente esclusi”⁷.

Da questo primo approccio emerge il fondamento valoriale delle azioni positive, cioè la loro natura di rimedi rispetto a discriminazioni pregresse, ma non solo⁸. Bisogna dire che il medesimo atteggiamento viene adottato, qualche anno più tardi, anche dalla Corte di giustizia europea, con alcune precisazioni che è opportuno richiamare. Nel diritto europeo, dalla dir. 76/207/CE, prima, e dalla Raccomandazione 84/635, poi, emerge la finalità principale delle azioni positive, cioè la funzione di porre rimedio “alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità professionali delle donne” (la sottolineatura è di chi scrive). Le tensioni che avevano attraversato la giurisprudenza nordamericana, tuttavia, non tardano a riprodursi anche nel vecchio continente. Il primo segnale di cautela è senza dubbio la debole regolazione iniziale delle azioni positive, sia per la formulazione della direttiva 76/207/CE, sia per l'utilizzo dello strumento della raccomandazione. Il secondo segnale si ricava dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, chiamata ben presto a pronunciarsi sui criteri di preferenza nelle assunzioni, soprattutto nella pubblica amministrazione, là dove i meccanismi di selezione sono, almeno formalmente, ispirati alla trasparenza e alla parità di trattamento⁹.

Le tensioni di cui si è accennato si manifestano in tutta la loro portata nelle due più celebri sentenze, *Kalanke*¹⁰ e *Marshall*¹¹, che per prime hanno affrontato la questione della legittimità della preferenza di genere, a parità di altre condizioni, nei concorsi per posizioni in cui le donne risultavano sottorappresentate. La Corte, mentre in *Kalanke* censura la previsione della legge tedesca che accorda la preferenza alle donne, a parità di qualificazione, nelle posizioni nelle quali esse risultassero al di sotto del 50% dell'organico, in *Marschall*¹² concede un'apertura rispetto alla legittimità delle previsioni volte a favorire l'assunzione o la promozione delle donne, purché dette previsioni non siano incondizionate e consentano un esame obiettivo anche delle candidature degli uomini. In questa sede pare importante riportare alcuni passaggi della sentenza *Marschall*, che chiarisce molto bene le ragioni alla base della preferenza di genere e anche le condizioni rispetto alle quali detta preferenza può considerarsi legittima. Anzitutto, secondo la sentenza, “nelle promozioni si tende a preferire i candidati di sesso maschile a quelli di sesso femminile,

⁷ *United Steelworkers of America v. Weber*, 27.6.1979, 443 U.S. 193 (1979).

⁸ Il riferimento al passato non consentirebbe, secondo parte della dottrina, di giustificare la previsione di azioni positive ove le discriminazioni passate non fossero riscontrabili nell'ordinamento al momento della promozione delle azioni stesse. Il discorso porterebbe molto lontano; in questa sede si può osservare che le discriminazioni passate si proiettano come ombre lunghe sul presente, condizionando l'accesso dei gruppi connotati da un dato fattore a beni, servizi, lavoro. Non è sufficiente, cioè, che non sia dato riscontrare discriminazioni *istituzionali*; occorre anche contrastare gli effetti che le discriminazioni *sociali* comportano per i soggetti interessati.

⁹ Sulle azioni positive nella PA si v. M.L. VALLAURI, *Le azioni positive nelle Pubbliche Amministrazioni*, in M.G. GAROFALO, a cura di, *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Cacucci, 2002, p. 157ss.; S. CAFFIO, *Riserve, precedenze e dimensione di genere nel pubblico impiego*, in A. BOSCATI, A. ZILLI, a cura di, *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, Vol. I, Cedam, 2022, p. 229 ss.

¹⁰ Corte giust. CE 17 ottobre 1995, *Kalanke*, causa C-450/93.

¹¹ Corte giust. CE, 11 novembre 1997, *Marschall*, causa C-409/95.

¹² Su questi aspetti si v. D. IZZI, *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marshall*, in LD, 1998, p. 675 ss.; L. CALAFÀ, *Azioni positive nel diritto comunitario*, in M.G. GAROFALO, a cura di, *Lavoro delle donne e azioni positive*, Cacucci, 2002, p. 321 ss.

anche in caso di pari qualificazioni, a causa, segnatamente, di taluni pregiudizi e di talune idee stereotipe sul ruolo e sulle capacità della donna nella vita attiva, nonché del timore, ad esempio, che le donne interrompano più spesso la carriera lavorativa, che, dati i loro compiti di mogli e di madri, esse organizzino il loro tempo di lavoro in maniera meno flessibile o che si assentino dal lavoro più sovente a motivo di gravidanze, parti e periodi di allattamento". Ciò comporta che "il fatto che due candidati di sesso diverso abbiano pari qualificazioni non implica, in sé e per sé, che essi abbiano pari opportunità". Una norma che consenta di preferire una donna a un uomo, a parità di qualificazione, "può contribuire a controbilanciare gli effetti dannosi, per i candidati di sesso femminile, degli atteggiamenti e dei comportamenti sopra descritti e a ridurre così le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale". La Corte aggiunge poi che una previsione del genere, tuttavia, non deve essere incondizionata, ma deve consentire di tener conto di "criteri relativi alla persona dei candidati" e di superare dunque la preferenza accordata ai candidati di sesso femminile, purché detti criteri, beninteso, non siano discriminatori.

La CGUE arriva poi, in *Lommers*¹³, a giustificare su questa base un'azione positiva, consistente nella riserva di un certo numero di posto negli asili nido a favore delle sole dipendenti donne del Ministero dell'Agricoltura dei Paesi Bassi, proprio sulla base della considerazione per cui è la difficoltà a conciliare il lavoro con la genitorialità a svantaggiare le donne nel cercare o mantenere un'occupazione. Uno strumento quale quello previsto, dunque, ben può essere riservato alle donne, a meno che i genitori uomini non possano dimostrare di trovarsi nella medesima situazione (cioè di prendersi cura dei figli in maniera tale da risultare svantaggiati nella ricerca e nel mantenimento dell'occupazione, al pari delle donne). Il nodo della questione risiede proprio nella situazione di svantaggio occupazionale che deriva non solo da pregiudizi e stereotipi, ma dalla concreta difficoltà derivante dall'appartenenza al genere sottorappresentato nell'accesso e nel mantenimento del lavoro.

Nella giurisprudenza più recente della Corte di giustizia si trova conferma di una simile posizione, persino nelle sentenze che negano la legittimità di misure differenziate a favore delle donne, volte a rimediare agli svantaggi che le stesse hanno subito nella loro vita lavorativa. Nella sentenza *WA* del 2019¹⁴, ad esempio, la Corte riprende la posizione già espressa in *Lommers* e in *Commissione v. Repubblica Italiana* del 2008¹⁵, secondo la quale le azioni positive devono essere tali da rimediare agli svantaggi derivanti dalle discriminazioni nell'accesso all'occupazione e nella progressione di carriera, ma precisa che esse non devono invece consistere in "strumenti di compensazione *ex post*" degli svantaggi subiti dalle lavoratrici. Nella stessa sentenza, tuttavia, la Corte sottolinea come la misura prevista dalla legislazione spagnola (la concessione di un'integrazione della pensione alle donne che abbiano avuto almeno due figli, naturali o adottati) si giustificerebbe solo se fosse possibile dimostrare, nel caso concreto, che le donne che ne beneficiano hanno effettivamente subito uno svantaggio nella loro carriera. Solo in tal caso l'esclusione degli uomini *che non si trovino nella medesima situazione* potrebbe considerarsi legittima alla luce del principio di uguaglianza. La distinzione che la Corte propone tra misure compensative *in itinere* ed *ex post* non pare molto convincente, proprio alla luce del principio di

¹³ Corte di giustizia 19 marzo 2002, C-476/99, *Lommers*, in *LG*, 2002, p. 839, con nota di R. NUNIN, *Riserva a favore dei dipendenti di sesso femminile di posti in asili nido sovvenzionati dal datore di lavoro e discriminazione "alla rovescia"*

¹⁴ Corte di giustizia 12 dicembre 2019, C-450/18, *WA*.

¹⁵ Corte di giustizia 13 novembre 2008, C-46/07, *Commissione v. Repubblica Italiana*. La sentenza, com'è noto, ha censurato la diversa età pensionabile prevista nel lavoro pubblico per uomini e donne. Sulla sentenza si v. F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)*, in *D&L*, 2008, p. 1145 ss.

eguaglianza. Ma anche questo discorso porterebbe troppo lontano. Per ora basti segnalare che le compensazioni *ex post* sono in realtà volte a rimediare agli stessi svantaggi che le donne subiscono nella via lavorativa e che non colpiscono affatto (o non colpiscono in egual misura) gli uomini. La Corte però, tanto nel caso *WA* quanto in *Commissione vs Repubblica Italiana*, ha un approccio che deve essere attentamente vagliato: secondo detta impostazione, mantenere vantaggi differenziati legati al fatto che le donne più di frequente si occupano delle incombenze di cura significherebbe perpetuare una suddivisione stereotipata dei ruoli, che invece andrebbe contrastata. Sul punto si può convenire; occorre però aggiungere che richiedere la dimostrazione dell'aver *concretamente* subito svantaggi di carriera per aver assunto responsabilità di cura (e quindi richiedere la dimostrazione non solo di aver avuto figli, ma anche di essersi assentate dal lavoro o aver subito interruzioni di carriera) significa lasciar fuori dalla tutela anche chi quegli svantaggi (anche in termini di riduzione della retribuzione) li ha subiti per il solo fatto di appartenere al sesso sottorappresentato.

2. Questa osservazione ci fa tornare al punto centrale della riflessione che ho provato a sviluppare. Che cosa significa "sesso sottorappresentato", ai fini del riconoscimento della legittimità di azioni positive in suo favore? È sufficiente che in un certo ambito lavorativo, in un settore, in una professione, vi sia una sproporzione *numerica* tra l'uno e l'altro sesso perché sia possibile prevedere misure di riequilibrio, come le preferenze di genere?

Come si è cercato di argomentare, una lettura corretta della nozione di azioni positive, alla luce dell'evoluzione storica e della giurisprudenza della Corte di giustizia appena richiamate deve far pendere per la risposta negativa.

Sotto un primo profilo, infatti, la lettura trasversale della giurisprudenza nordamericana e di quella europea ci restituisce una visione delle azioni positive come strumenti di riequilibrio di svantaggi derivanti da discriminazioni, pregiudizi, stereotipi che escludono ingiustamente il sesso sottorappresentato dalla partecipazione al mercato del lavoro (o dall'accesso ai servizi) in condizioni di parità rispetto all'altro sesso. Come è stato osservato, "solo ignorando che la discriminazione non ha avuto oggetto, in modo fungibile, questa o quella razza, questo o quel sesso, questo o quel gruppo etnico, ma una razza, un sesso, o dei gruppi etnici storicamente ed obiettivamente individuati, può sostenersi che i trattamenti preferenziali basati su tali criteri autorizzano, in modo indistinto, ogni gruppo ad avanzare le stesse richieste"¹⁶. È importante ricordare che le esclusioni sopra cennate derivano anche dal fatto che per molti anni alcune attività e professioni sono state precluse alle donne perfino dalla legge, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, con la conseguenza che il ritardo accumulato fatica ad essere recuperato¹⁷.

Richiamando le parole che Barbara Pezzini ha utilizzato in uno dei suoi saggi, non basta cioè che in una data professione vi sia la prevalenza *numerica* dell'uno o dell'altro sesso: occorre anche che la scarsa partecipazione del sesso sottorappresentato sia "marcata dalla esclusione,

¹⁶ M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive*, cit., p. 303; nello stesso senso anche D. IZZI, op. cit., p. 255, che sottolinea come "è solo l'esistenza di disparità di fatto consistenti e non occasionali (cioè "sistemiche") a giustificare la messa in campo di strumenti promozionali"; M. V. BALLESTRERO, op. cit., p. 17.

¹⁷ Si v. sul punto S. SCARONI, *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT – 406/2019; I. STOLZI, *Il lavoro delle donne. I tortuosi sentieri dell'eguaglianza*, in *MSCG*, 2023, p. 17 ss.

gerarchizzazione, inferiorità di potere”¹⁸. Insomma, da uno svantaggio sociale, cui la legge può e deve rimediare. Sempre Barbara Pezzini ci induce a riflettere su come nelle norme che riguardano l’accesso a uffici cariche, funzioni “l’accesso e la presenza maschile non sono in discussione, sono e restano la premessa incorporata da norme che si pretendono generali ma sono state costruite sul presupposto di un soggettività di sesso maschile, unico protagonista abilitato alla sfera pubblica e presente in essa; l’idoneità maschile è incorporata nella norma, non ha bisogno di essere indagata, né giustificata mentre solo quella femminile è, nell’ordinamento, eccezione o parzialità da considerare”¹⁹. In altre parole, “il giorno in cui il genere maschile risulterà sotto-rappresentato non si tratterà di un fatto costitutivo di una gerarchizzazione uguale e contraria, ma un mero fatto”²⁰. Ciò comporta che l’eventuale presenza numericamente maggiore del sesso femminile in un dato settore, in una data professione o in una qualifica non giustifica *automaticamente* misure di riequilibrio a favore degli uomini, in assenza della dimostrazione che tale squilibrio è dovuto a discriminazioni e pregiudizi. Semplicemente, non potranno applicarsi preferenze di nessun tipo.

3. Per venire alle questioni più vicine a noi, nei settori (tipicamente la p.a.) nei quali la presenza femminile è più massiccia (fino ad arrivare al 99,5% e più nella scuola dell’infanzia²¹) la situazione non è stata affatto determinata da ostacoli, siano essi sociali o giuridici, che hanno impedito agli uomini l’accesso agli impieghi nella p.a., tantomeno da discriminazioni pregresse. Si è trattato, piuttosto, di un progressivo allontanamento da impieghi e funzioni ritenuti via via meno prestigiosi e remunerativi, come dimostrano le indagini sociologiche²². A ciò si è aggiunta una maggiore propensione delle donne verso impieghi stabili e più favorevoli alla conciliazione²³. Non a caso la presenza maschile permane consistente, anche nella PA, a livello dirigenziale, come dimostrano le statistiche pubblicate da ForumPA, secondo le quali le donne “rappresentano il 58,8% del totale dei 3,2 milioni di dipendenti pubblici italiani. Se si guarda, però, alle posizioni apicali, la situazione cambia sensibilmente: solo il 33,8% è donna, appena una su tre. Dalle analisi svolte, sempre da ForumPA, emerge poi una stima: considerando che tra il personale direttivo e di alta dirigenza nella PA la presenza femminile è cresciuta negli ultimi dieci anni di 9 punti percentuali (da circa il 20% del 2010 al 29% nel 2020), se anche i ruoli apicali crescessero con questa velocità la parità di genere si raggiungerebbe solo nel 2040”²⁴.

Anche solo da questo punto di vista, i recenti provvedimenti in materia di preferenza di genere potrebbero considerarsi contrastanti con il diritto antidiscriminatorio di matrice europea, proprio perché si fondano su presupposti erronei. Il riferimento è, anzitutto, al d.P.r. 16 giugno 2023, n. 82, che modifica a sua volta il d.P.r. 9 maggio 1994, n. 487, sull’accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione. La norma che prevede la preferenza di genere è contenuta nell’art. 6 del d.P.r. 487/1994, come modificato dal d.P.r. n. 82/2023, a mente del quale il bando di concorso “indica,

¹⁸ B. PEZZINI, *La rappresentanza di genere in magistratura*, in *QG*, 2023, p. 8 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-rappresentanza-di-genero-in-magistratura>)

¹⁹ B. PEZZINI, *ibidem*, p. 3, nota 11.

²⁰ B. PEZZINI, *Lorenza Carlassare, un anno dopo: sulla rappresentanza politica*, in *Rivista AIC*, 2024, N. 1, P.

²¹ Sul processo di femminilizzazione della professione di maestra elementare si v. A. CARBONE, *Diventare maestra nell’Italia post-unitaria. All’origine del processo di femminilizzazione di una professione*, in *La camera blu*, 2018, n. 19, p. 93 ss.

²² D. GAMBARDILLA, A. DE FEO, *Valutazione sociale delle occupazioni, femminilizzazione e effetti di genere*, in *SL*, 2008, p. 99 ss.

²³ E. PASQUALETTO, *Le pari opportunità di genere nell’accesso e nelle carriere nel pubblico impiego: Dati, normativa, criticità e soluzioni*, in *LDE*, 2022, n.3, p. 4 ss.; A. ZILLI, *La preferenza e la precedenza di genere nella pubblica amministrazione: principi e paradossi*, in *ADL*, 2024, p. 746 ss.

²⁴ <https://www.forumpa.it/temi-verticali/lavoro-occupazione/crescono-le-donne-nella-pa-ma-il-gap-e-ancora-forte-nei-livelli-apicali/>; si v. anche E. PASQUALETTO, *op. cit.*, p. 2 ss., per i dati ricavati dalla Ragioneria generale dello Stato; A. Zilli, *op. cit.*, p. 747 ss.

per ciascuna delle qualifiche messe a concorso, la percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione che lo bandisce, calcolata alla data del 31 dicembre dell'anno precedente" e prosegue stabilendo che "qualora il differenziale tra i generi sia superiore al 30 per cento, si applica il titolo di preferenza di cui di cui all'articolo 5, comma 4, lettera o), in favore del genere meno rappresentato". Le conseguenze dell'interpretazione datane dalle amministrazioni pubbliche sono paradossali: in un bando pubblicato dal comune di Siena per la posizione di funzionario ingegnere²⁵ viene prevista la preferenza maschile, proprio per una delle attività nella quale le donne sono sicuramente sottorappresentate, anche nella P.A. Peraltro, secondo i dati ricavabili dal Conto economico della Ragioneria generale dello Stato, nello stesso comune di Siena risultano assunti come funzionari tecnici, nel 2022, 12 uomini e nessuna donna. Una simile analisi dimostra anche che l'ambito di comparazione per la verifica della presenza di uno squilibrio di genere non è corretto: il riferimento alla qualifica contrattuale e non alla posizione effettiva da ricoprire può dare risultati falsati. Per la dirigenza scolastica, dove le donne sono certamente in numero superiore agli uomini, è bene ricordare che la percentuale di presenza degli uomini, pur inferiore a quella delle donne, è superiore alla complessiva consistenza del personale docente di sesso maschile.

Le osservazioni appena svolte dovrebbero considerarsi già sufficienti, di per sé, a concludere per l'illegittimità della previsione della preferenza maschile in tutti i casi considerati. La giurisprudenza della Corte europea e prima ancora quella nordamericana, poi, segnalano un altro punto di tensione: quello per cui la preferenza maschile, così come risulta dagli ultimi provvedimenti pubblicati, è assolutamente incondizionata; non consente, cioè, di tenere in considerazione i "criteri relativi alla persona dei candidati", criteri di carattere non discriminatorio, che potrebbero far propendere per la scelta del candidato appartenente al sesso numericamente prevalente. Secondo la sentenza *Badeck*, in particolare, "un'azione diretta a promuovere di preferenza i candidati di sesso femminile nei settori del pubblico impiego in cui le donne sono sottorappresentate dev'essere considerata compatibile con il diritto comunitario:

- quando non accordi automaticamente e incondizionatamente la preferenza ai candidati di sesso femminile aventi una qualificazione pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile e
- le candidature siano oggetto di un esame obiettivo che tenga conto della situazione particolare personale di tutti i candidati"²⁶.

Anche a voler ammettere, in altre parole, che la preferenza per il sesso maschile possa configurarsi come un'azione positiva, una simile preferenza non può in ogni caso essere incondizionata, come invece è in tutti i recenti bandi della P.A. Mi chiedo, a questo punto, se tra questi criteri non potrebbero farsi rientrare quelli previsti dal PNNR, che prevede a chiare lettere tra i suoi obiettivi l'incremento della partecipazione femminile al mercato del lavoro. Su questi aspetti, tuttavia, si sofferma il contributo di Laura Calafà, alla quale occorre dunque passare virtualmente non tanto la palla, quanto la spada.

²⁵ Il bando è reperibile all'indirizzo <https://bit.ly/4gitKDv> (consultato il 9 settembre 2024) o sul sito www.inpa.gov.it.

²⁶ Corte di giustizia 28 marzo 2000, C-158/97, *Badeck*, punto 23.

La preferenza di genere nei concorsi pubblici: principi, regole e paradossi

Laura Calafà

1. Le azioni positive di genere dopo il PNRR è un tema di particolare attualità per il diritto del lavoro *gender sensitive* che tratterò, collegando la riflessione scientifica sulla cd. neutralizzazione delle azioni positive (non più applicate a favore delle donne, ma del sesso sottorappresentato) con la trasformazione organizzativa e gestionale della PA in corso.

Nel mio intervento mi occuperò delle regole in vigore per l'accesso alla PA e quelli che sono definibili come paradossi applicativi delle stesse rispetto agli obiettivi di parità tra donne e uomini nel lavoro. I paradossi applicativi sembrano registrarsi soprattutto laddove si tratti la questione di genere nel contesto di segregazione occupazionale.

L'assetto regolativo della PA è modificato dopo le *Linee guida sulla parità di genere nell'organizzazione e nella gestione del rapporto di lavoro con le PA*, a seguito dell'inclusione dei PTAP nei PIAO e tenuto conto della persistente vigenza del d.lgs. 198/2006 cd. codice delle pari opportunità (d'ora in poi CPO).

Se per il primo profilo, il ragionamento ci porta a ridiscutere del fondamento assiologico delle misure di diritto diseguale, al fine di valutare la coerenza dei provvedimenti più recenti con la *ratio* e la struttura di esse (a favore delle donne o del sesso sottorappresentato?), il secondo profilo del ragionamento ci riporta alla più recente riforma del lavoro pubblico, che rinvia – a sua volta, l'ennesima – alla questione (mai risolta, non risolvibile forse) sull'uniformizzazione delle regole del lavoro pubblico e privato, costantemente riproposta nel corso del tempo.

L'angolo visuale praticato è quello delle azioni positive di cui si parla obiettivamente meno del passato. È una questione che – come giuriste del lavoro – abbiamo perso di vista. Da qui l'idea di rispolverare il tema proprio oggi – 8 marzo 2024 – data nella quale non ci pareva offerta nessuna iniziativa convegnistica lavoristica dedicata.

Il diritto del lavoro di fronte ai sistemi di preferenza di genere non dovrebbe limitarsi, però, ad un approccio sull'opportunità politica (di politica del diritto ovviamente) della scelta. O, almeno, non è questa l'idea che ha ispirato il seminario di oggi e il mio intervento in particolare.

Sono convinta che questa riflessione concorra alla verifica di legittimità delle scelte operate dalla PA in fase di assunzione dei lavoratori e delle lavoratrici che potrebbe arrivare ad alimentare nuove cause dedicate.

2. Sull'ermeneutica *gender sensitive* dobbiamo spendere qualche parola ulteriore. Il diritto del lavoro, le donne giuslavoriste in particolare, sono poste oggi (a differenza del passato) di fronte a problemi applicativi concreti e non solo a dimensioni teoriche che guardano altrove (agli altri paesi, alle altre discipline, ecc. ecc.). Le giuriste - attive e attiviste che dir si voglia – devono essere più attente alla riflessione situata, quella riflessione di politica del diritto che è alimentata dall'attenzione alla legittimità, soprattutto su un tema come quello delle azioni positive. Questa riflessione è tipica di chi è "indisponibile a concepirsi come mero amministratore dell'esistente, come

abile ma innocuo detentore di una «tecnica regolativa d'immodificabili rapporti tra diseguali»²⁷. Umberto Romagnoli, scrivendo «Enti bilaterali possibili risposte» (preso atto delle contraddizioni dell'istituto, soprattutto in casa sindacale), con riguardo al metodo, ha scritto che alle sfide, il diritto del lavoro, non può sottrarsi e che l'approccio vetero-esegetico non aiuta, al contrario del metodo del realismo-giuridico in combinazione con il metodo storico-critico, che vanno percorsi. Occorre offrire, o almeno cercare di offrire, una risposta "situata", che costruisca un ragionamento che tenga conto dei materiali del passato in un «processo di cambiamento del modo in cui viene trattato un tema»; la lettura critica come «una sfida alla nostra capacità di immaginazione», sempre ricordando la «consapevolezza delle implicazioni politiche» può spiegare i silenzi e le omissioni, con le posizioni ideologiche che li motivano e i cambiamenti culturali che premono per superarli (citazione liberamente tratta da Romagnoli 2003, p. 262).

Quei cambiamenti possono essere anche regressivi. La cronaca, prima del diritto, può aiutarci a ricostruire i fatti a cui ci riferiamo e ci aiuta a confrontarci con le regole modificate del Dpr n. 487/1994 sui concorsi pubblici²⁸.

Il primo caso che vi segnalo è quello del Ministero dell'Istruzione e del merito. Nell'art. 10 del bando per dirigenti scolastici si può leggere che «considerate le percentuali di rappresentatività di genere in ciascuna regione, viene garantito l'equilibrio di genere applicando nelle regioni Abruzzo, Calabria, Campania, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lazio, Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte, Puglia, Sicilia, Toscana, Umbria e Veneto, in cui il differenziale tra i generi è superiore al 30 per cento, il titolo di preferenza in favore del genere maschile in quanto meno rappresentato». A parità di condizioni, sarà donna una dirigente scolastica solo in Sardegna e nel Molise. Sono escluse dal caso proposto il Trentino e Alto Adige e la Sicilia.

Il secondo caso che porto alla vostra attenzione è del Comune di Siena che pubblica un bando per ingegnere con preferenza maschile. Dal bando si evince il percorso argomentativo seguito dall'amministrazione. Il profilo richiesto è Ingegnere Civile – Area dei Funzionari ed Elevata Qualificazione. L'assunzione sarà a tempo determinato, di durata variabile in relazione a quella del progetto PNRR di assegnazione, anche superiore a 36 mesi, ma comunque non oltre il 31 dicembre 2026. Il presente avviso è emanato nel rispetto delle pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro, ai sensi del D.Lgs. n. 198/2006 e nel rispetto delle norme per il diritto al lavoro dei disabili di cui alla L. n. 68/1999. Il ragionamento che ci interessa nella discussione di oggi è che rilevato, a norma dell'art. 6 del d.p.r. 487/1994 come modificato dal d.p.r. 82/2023, che la percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione, per l'Area di inquadramento oggetto del presente concorso, calcolata alla data del 31 dicembre dell'anno 2022, è la seguente: - Femmine: 66,94% - Maschi: 33,05% , si applica il titolo di preferenza di cui all'articolo 5, comma 4, lettera o), del D.P.R. n. 487/1994, in favore dei candidati appartenenti al genere maschile.

Nelle more della pubblicazione degli atti di questo seminario, nel corso del 2024, la cronaca registra un caso ulteriore che merita di essere ricordato agli studiosi e studiose di diritto diseguale:

²⁷ La citazione è di U. ROMAGNOLI, *Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro. Per i 30 anni di Lavoro e diritto. Introduzione*, in *Lavoro e diritto*, 2016, p. 567.

²⁸ Per un recente quadro sistematico del tema, *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme, Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati, N°16 del 2024, a cura di U. GARGIULO e A. ZOPPOLI. In particolare, si rinvia a M. D'ONGHIA, Le politiche di genere in trent'anni di riforma della PA tra successi e obiettivi ancora mancanti*, p. 263. **Si ricorda anche** *Il reclutamento nella P. A. Dall'emergenza alla nuova normalità* vol.1, a cura di A. BOSCATI, A. ZILLI, Padova, Cedam, 2022.

per l'assunzione di 4 mila addetti all'Ufficio del Processo, laureati in giurisprudenza che dovranno aiutare i giudici a smaltire gli arretrati e accelerare i tempi della giustizia, tutti addetti assunti con i fondi del PNRR visto il collegamento con l'efficientamento della macchina giudiziaria italiana, funzionerà la clausola di genere con preferenza maschile (Il Messaggero 28 maggio 2024). Lo stesso quotidiano segnala la necessità di rivedere il funzionamento della clausola ricordando che il problema nella PA non è la presenza femminile genericamente intesa, ma la presenza femminile nei ruoli apicali richiamando il cd. soffitto di cristallo. La presenza femminile si riduce e le donne sono sottorappresentate tra i dirigenti di prima fascia (su 13.391 dirigenti di prima fascia, 9.700 sono uomini e solo poco più di 3.500 sono donne).

Come a dire che il seminario di oggi potrebbe aiutare a perfezionare il dibattito in corso (genericamente a favore/contro la misura, oggi come ieri). Questo impegno impone di chiedersi se

1) i meccanismi premiali correlati all'attuazione del PNRR devono essere "a favore" delle donne o del sesso sottorappresentato?

La questione non è solo di stretto diritto dell'Unione europea (il confronto con l'art. 157 TFUE è d'obbligo, con il supporto dell'art. 23 della CDFUE)²⁹. La presenza di Casadei e Pezzini ci aiuta a trattare il tema, anche perché la Corte costituzionale dalle famose sentenze degli anni Novanta non lo ha più affrontato. E in quelle sentenze, sulle quote in politica, la Corte aveva allentato la maglia delle azioni positive, cambiando posizione solo dopo la riforma dell'art. 51 della Costituzione.

2) Anche assumendo la correttezza della declinazione neutralizzata (o reversibile) delle azioni positive (a favore del sesso o genere sottorappresentato), la riflessione scientifica lavoristica torna ad essere centrale perché in grado di orientare l'applicazione delle regole in vigore partire da un'interpretazione attenta e sistematica, che include diversi livelli e fonti del diritto.

Mi pare un compito per il diritto del lavoro *gender sensitive*: segnalare il problema (recuperandolo dalla memoria della tradizione), un problema non certo secondario (mi pare in grado di scalfire la fiducia delle donne rispetto alle azioni positive di genere), riflettere (possibilmente con gli strumenti del confronto interdisciplinare) e suggerire strade interpretative praticabili. La magistratura potrà praticarle in futuro; di certo, gli organismi di parità (con il supporto di organismi interni alla PA come i CUG) e il sindacato possono orientare le PA coinvolte.

2. Il ragionamento proposto comprende il legame tra il *Next Generation* UE – PNRR – Leggi delega e Decreti di attuazione approvati nel corso degli anni su cui non mi soffermo in modo analitico.

Senza entrare nel particolare delle singole regole la domanda da porre è se nel PNRR, la dimensione di genere praticata è quella a favore delle donne o del sesso sottorappresentato.

Nell'ordine, possiamo ricordare le regole istitutive ovvero il Reg (EU) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno *strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19* e il collegato Reg (EU) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che *istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*. Il Piano prevede tre priorità: la parità di genere, la protezione e la valorizzazione dei giovani e il superamento dei divari territoriali, che non sono univocamente affidate a singoli interventi, ma

²⁹ C. ALESSI, *Le azioni positive*, in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, a cura di M. BARBERA e A. GUARISO, Torino, Giappichelli, p. 501.

sono perseguite quali obiettivi trasversali in tutte le componenti del PNRR. Come scrive il Regolamento UE: «From north to south, east to west, we want to build a Europe that works for everyone. We want all Europeans to have equal opportunities, whoever they are and wherever they live. And we want to celebrate diversity in all its forms. With NextGenerationEU, we are: fighting against racism and xenophobia, promoting gender equality and women's empowerment, protecting the rights of the LGBTQI+ community and combating discrimination, strengthening EU law to cover all forms of hate speech and hate crime»³⁰. Nella correlata Riforma della Pubblica Amministrazione inserita nel Missione 1 del PNRR «Semplificazione e digitalizzazione delle procedure amministrative per una PA meno burocratica, più efficace ed efficiente» è previsto che «per il pieno conseguimento delle milestone e dei target del PNRR e per consentire il traguardo della milestone M1C1-58 con scadenza giugno 2023, è affidato a un decreto del presidente della Repubblica, da adottarsi entro il 31 dicembre 2022 su proposta del ministro per la Pubblica amministrazione, il compito di operare una revisione organica del Dpr n. 487/1994 sui concorsi pubblici». L'aggiornamento del DPR è parallelo alla valorizzazione delle azioni positive nella PA mediante lo strumento delle *Linee guida sulla parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le Pubbliche amministrazioni*.

Le linee guida prevedono – sotto la rubrica *Parità di genere, largo alle azioni positive* – che «Per dare effettiva applicazione al principio della parità di genere nell'accesso alla Pa, nelle progressioni di carriera, nel conferimento degli incarichi apicali e nella stessa organizzazione, le amministrazioni adottano misure per attribuire vantaggi specifici al genere meno rappresentato o che evitino o compensino svantaggi nelle carriere, in linea con la Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026 e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. I criteri di discriminazione positiva devono essere proporzionati allo scopo da perseguire e adottati a parità di qualifica da ricoprire e di punteggio conseguito nelle prove concorsuali. Entro il 30 settembre 2022 il Dipartimento della Funzione pubblica, di concerto con il Dipartimento per le Pari opportunità, adotta specifiche linee guida». La più recente riforma della PA comprende le regole contrattuali su nuovi profili professionali (con particolare riferimento all'insieme di conoscenze, competenze, capacità e attitudini del personale da assumere, anche per sostenere la transizione digitale ed ecologica della Pa), l'accesso al Portale unico per la PA e l'inclusione delle tecniche dell'*assessment* anche nei concorsi per personale non dirigenziale (volti ad accertare il possesso delle competenze e delle attitudini). Rispetto alle questioni di genere, occorre ricordare- oltre alla conferma della classica regola sulla composizione delle commissioni di concorso- il collegamento con le scelte organizzative già praticate relative alla pianificazione nella PA con il PIAO che assorbe il PTAP a cui concorrono i CUG insieme al consolidamento della valorizzazione etica (disciplinare) con i codici di comportamento aggiornati e declinati nelle singole realtà della PA.

Il d.l. n. 36/22, rispetto ai concorsi, detta la delega per aggiornare il DPR 487/1994, un aggiornamento che viene approvato qualche mese prima delle Linee guida sulla parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le Pubbliche amministrazioni. La presente riflessione si concentra sull'art. 6 dedicato all'*Equilibrio di genere*: «Al fine di garantire l'equilibrio di genere nelle pubbliche amministrazioni, il bando indica, per ciascuna delle qualifiche messe a concorso, la percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione che lo bandisce, calcolata alla data del 31 dicembre dell'anno precedente. Qualora il differenziale tra i generi sia

³⁰ Si rinvia a M. FORLIVESI, Next Generation EU: *una nuova frontiera dell'integrazione europea*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2023, p. 211.

superiore al 30 per cento, si applica il titolo di preferenza di cui all'articolo 5, comma 4, lettera o), in favore del genere meno rappresentato».

La domanda centrale da porsi è quella sull'interpretazione del DPR 9 maggio 1994, n. 487 concernente le norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, modificato in base al DPR 16 giugno 2023, n. 82 approvato in base al secondo decreto-legge per velocizzare l'attuazione del PNRR (d.l. n. 36/2022), convertito in legge con il voto favorevole della Camera il 29 giugno 2022 e pubblicato lo stesso giorno sulla Gazzetta Ufficiale n. 150.

L'interpretazione deve tenere conto di due questioni tecniche di base: l'art. 3 comma 6 del d.l. 36/22 detta criteri per l'esercizio della delega che non includono la questione di genere³¹; nell'esercizio della delega, i ministeri competenti si riferiscono direttamente agli obiettivi esplicitati nel PNRR M1, M1 Riforma 2.1: Accesso e reclutamento: «La modernizzazione della Pubblica Amministrazione richiede una migliore e più efficiente selezione delle persone. Per questo saranno messi in campo interventi di carattere normativo volti a riformare le procedure e le regole per il reclutamento dei dipendenti pubblici. Obiettivo è rivedere gli strumenti per l'analisi dei fabbisogni di competenze delle Pubbliche amministrazioni, migliorare i meccanismi di preselezione e le prove coerentemente con la necessità di valorizzare non soltanto le conoscenze ma anche le competenze, costruire modalità sicure e certificate di svolgimento delle prove anche a distanza, progettare sistemi veloci ed efficaci di reclutamento, differenziare le modalità di selezione coerentemente con i profili da assumere. In aggiunta, saranno previsti, accanto ai percorsi ordinari di reclutamento, programmi dedicati agli alti profili (giovani con elevato livello di qualifiche), e ai profili specialistici. Il percorso di riforma è stato avviato con l'art. 10 del d.l. n. 44/21, che ha introdotto meccanismi semplificati per le procedure di concorso già bandite, con un ampio ricorso al digitale».

Anche per questa parte del PNRR, la questione di genere non è espressamente prevista. Rimane obiettivo trasversale del Piano e le Linee guida diventano un utile strumento di lettura del quadro.

La questione della parità di genere si sposta sulle Linee guida quindi e occorre chiedersi quale opzione di genere viene percorsa nelle Linee guida rispetto alle azioni positive.

La lettura appare articolata e composita, comprende la situazione della parità di genere in Italia, si collega alla strategia globale, a quella UE e quella italiana per la parità di genere nel periodo 2021-2026. La chiave di lettura dell'intervento del PNRR è quella dell'*empowerment* femminile con relativa fissazione di *target* e indicatori nelle Linee guida che prevedono:

³¹ Riproduco la regola in nota per comodità espositiva: «Con decreto del Presidente della Repubblica da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, entro il 31 dicembre 2022, si provvede all'aggiornamento delle disposizioni del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, nel rispetto delle misure introdotte dal presente articolo e dei seguenti criteri: a) raccolta organica delle disposizioni regolamentari che disciplinano la medesima materia, adeguando la normativa alla nuova disciplina di livello primario; b) semplificazione e coordinamento, sotto il profilo formale e sostanziale, del testo delle disposizioni vigenti, assicurando l'unicità, la contestualità, la completezza, la chiarezza e la semplicità della disciplina; c) indicazione espressa delle disposizioni da abrogare tra quelle previste dal decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, dal decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, dal decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni dalla legge 28 maggio 2021, n. 76 e ogni altra disposizione incompatibile con quelle introdotte dal presente decreto».

I: l'incremento del tasso di occupazione femminile, con riduzione di almeno 3 punti percentuali il divario con quello maschile (nel 2019 – prima della pandemia – tale divario, calcolato in termini di ETP - Equivalente a Tempo Piano - era pari a circa 27 punti: l'obiettivo è di ridurlo a meno di 24;

II: la riduzione a meno di 10 punti percentuali la differenza tra il tasso di occupazione delle donne con figli rispetto a quello delle donne senza figli (attualmente pari a 12 punti, a fronte di una media europea di 9-9,5 punti);

III: l'incremento fino al 30% (rispetto all'attuale 22%) della percentuale di imprese femminili rispetto al totale delle imprese attive, al fine di allinearsi al contesto europeo.

Come a dire che il PNRR e i documenti applicativi orientano l'azione al perseguimento degli obiettivi delle Strategie e la stessa riforma del lavoro pubblico è finalizzata a questo scopo (punto 3.4.1.). Già dal punto di vista teorico, una interpretazione attenta delle regole consente di concludere che nell'assetto regolativo complessivo, orientato non ad un rispetto burocratico della regola nazionale, ma al rispetto degli obiettivi previsti nell'ordinamento, la neutralizzazione dei meccanismi previsti dal DPR rappresenta una sorta di eterogenesi dei fini rispetto agli impegni assunti con il PNRR e, ancor prima, con il Next Generation EU.

3. Conviene soffermarsi, a questo punto dell'intervento, sugli strumenti dell'ermeneutica *gender sensitive*. Lo studio delle azioni positive, su cui si è già soffermata Cristina Alessi - delle regole a livello Ue e nazionale e dell'interpretazione offerta dalle Corti - ci riporta d'attualità l'identificazione teleologica delle azioni positive, natura rimediabile, da non confondere con i sistemi di compensazione *ex post* riconosciute alle donne (l'età del pensionamento femminile nella PA tanto per capirci), le differenze tra azioni positive volontarie e obbligatorie, ma soprattutto il superamento della questione delle pari opportunità nei punti di partenze e nei risultati a favore del sesso sottorappresentato. C'è sicuramente un cambiamento consolidato nelle regole dei Trattati che caratterizza le azioni positive come strumenti di diritto volte a rimediare le disparità pregresse del sesso sottorappresentato e non delle donne. Il percorso giurisprudenziale ha segnato il transito dalle azioni positive volontarie e temporanee (anche finanziate dallo Stato, in passato) alle azioni positive obbligatorie, che vincolano le politiche occupazionali della PA. È questo il paradosso inserito nel titolo del mio intervento: nel momento esatto in cui nella PA si afferma la legittimità della preferenza di genere, a parità di condizioni di merito, questa risulta finalizzata a rimediare alla carente presenza maschile in un ruolo dirigenziale (il dirigente scolastico) e in ruolo tecnico (come quello dell'ingegnere civile).

Il ragionamento proposto evoca due difetti di coerenza nel sistema applicato oggi nella PA e di cui i casi proposti rappresentano il frutto più evidente: la coerenza tra le scelte regolative effettuate con il PNRR e le sue finalità generali; ma anche la coerenza di sistema tra pubblico e privato. Le azioni positive sono definite e regolate dal CPO all'art. 42³², azioni positive

³² Riporto in nota per semplicità, l'art. 42 del CPO dedicato all'*Adozione e finalità delle azioni positive*: «1. Le azioni positive, consistenti in misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità, nell'ambito della competenza statale, sono dirette a favorire l'occupazione femminile e realizzate l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro. 2. Le azioni positive di cui al comma 1 hanno in particolare lo scopo di: a) eliminare le disparità nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità; b) favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne in particolare attraverso l'orientamento scolastico e professionale e gli strumenti della formazione; c) favorire l'accesso al lavoro autonomo e alla formazione imprenditoriale e la qualificazione professionale delle lavoratrici autonome e delle imprenditrici; d) superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento professionale e di carriera ovvero nel

pensate per le donne, regolate in ragione della premessa di principio che era condivisa all'epoca della loro introduzione: sono meccanismi rimali di passate discriminazioni o pregiudizi.

Dal punto di vista ermeneutico, in un ordinamento dato, è importante spiegare quale opzione praticare e per quali ragioni. Perché occorre spiegare se le azioni positive (anche obbligatorie) sono quelle per le donne o in favore del sesso sottorappresentato. Sono consapevole che si tratta di un ragionamento eluso nel corso del tempo dalla dottrina anche perché esiste un contrasto nell'ordinamento interno (quello tra l'art. 1 e l'art. 42 del CPO). L'art. 1, *Divieto di discriminazione e parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini, nonché integrazione dell'obiettivo della parità tra donne e uomini in tutte le politiche e attività* in effetti, ci ricorda, che «Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato».

Mi pare che sia proprio questo il profilo della riflessione rimossa dalla dottrina a cui oggi dobbiamo tornare a dedicare attenzione: i bandi proposti ci segnalano problemi applicativi concreti che impongono di recuperare il tema dal nostro passato, escludendo di trattare la questione dell'accesso alla PA delle donne in attuazione del PNRR come mera questione attuariale, sotto forma di pesatura (automatica e sbagliata) della percentuale di presenza femminile in una PA.

La preferenza di genere non è certamente assoluta (a parità di condizioni di merito), non è certamente automatica (è collegata ad un sistema di calcolo della presenza maschile e femminile in percentuale).

L'ermeneutica *gender sensitive* dovrebbe recuperare proprio quella sentenza *Marschall* a cui si è riferita Cristina Alessi quell'apertura in favore della legittimità delle previsioni volte a favorire l'assunzione o la promozione delle donne (o del sesso sottorappresentato), una presenza che si collega all'idea che queste previsioni non siano incondizionate e consentano «un esame obiettivo anche delle candidature degli uomini».

La situazione nei due casi presentati (Ministero dell'Istruzione e Comune di Siena) è diversa: a Siena si è caduti in un errore grossolano di interpretazione del disposto. L'art. 6 sull'Equilibrio di genere: «Al fine di garantire l'equilibrio di genere nelle pubbliche amministrazioni, il bando indica, per ciascuna delle qualifiche messe a concorso, la percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione che lo bandisce, calcolata alla data del 31 dicembre dell'anno precedente. Qualora il differenziale tra i generi (*nda*: rispetto alla qualifica messa a concorso) sia superiore al 30 per cento, si applica il titolo di preferenza di cui all'articolo 5, comma 4, lettera o), in favore del genere meno rappresentato. Il calcolo della presenza femminile nell'intero ente è sbagliato anche dal punto di vista letterale. Il supporto delle Linee guida a questa opzione interpretativa si evidenzia in due punti: «6.1. La misurazione del fenomeno: il rapporto tra donne e uomini per area, categoria giuridica e, dove rilevante per tipologia di incarico» e «6.2. Procedura di reclutamento e selezione che sostiene il monitoraggio dei bandi già conclusi per poter disporre

trattamento economico e retributivo; e) promuovere l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità; f) favorire, anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi. Segue la lett. f-bis dedicata alla «valorizzazione del contenuto professionale delle mansioni a più forte presenza femminile».

di un dato comparativo di partenza e da attivare per tutti i bandi in pubblicazione le pratiche di analisi preventiva».

In sostanza, in questa sede, si sostiene la linea contraria all'automaticità e il favore per un sistema riflessivo per applicare il quale esistono già strumenti di supporto (tra i quali il *Toolkit for mainstreaming and implementing gender equality* dell'OCSE).

Più complessa la questione della scuola da riprodurre anche al bando per l'assunzione negli uffici del processo del Ministero di grazia e giustizia. Quello della scuola è un settore cd. segregato dal punto di vista orizzontale. Sono le stesse linee guida che spiegano la segregazione orizzontale (la concentrazione di donne e uomini in settori e occupazioni differenti) e verticale (fenomeno per cui le donne sono schiacciate in posizioni lavorative medio-basse e, conseguentemente, meno remunerate).

L'applicazione attuariale della percentuale nella scuola per le posizioni apicali è un errore. Non tiene conto dei percorsi professionali e del dato che le presenze maschili sono più basse perché quello nella scuola è un lavoro poco remunerato (la sociologia ha aiutato per anni a spiegare le ragioni della segregazione) e che consente alle lavoratrici di adempiere ai carichi di cura.

Visti i dati delle presenze apicali delle donne anche nel lavoro pubblico, la priorità maschile andava semplicemente disattivata. Certo si tratta di un correttivo deciso, ma per me necessario. È la stessa Corte di giustizia che spiega che l'automatismo non è coerente con un meccanismo «complicato» come quello della priorità di genere.

In ipotetiche linee guida, andrebbero inseriti altri correttivi tutti volti ad evidenziare l'evoluzione – anche attraverso dati e percentuali – delle curve di presenza femminile nei luoghi apicali, tenendo conto anche del livello al quale si effettua il calcolo (la regione, il Comune, il ruolo e le funzioni esercitate? Il caso del Comune di Siena è emblematico del bisogno di istruzioni chiare rispetto all'ambito di applicazione del calcolo sulla presenza di genere).

L'idea di base è quella che il correttivo debba recuperare la natura originaria delle azioni positive a cui il diritto del lavoro tanto ha contribuito in passato: l'azione positiva come misura di diritto diseguale si legittima se e in quanto rivolta a compensare gli svantaggi derivanti da discriminazioni e pregiudizi pregressi che impediscono ai soggetti interessati di concorrere in condizioni di parità con gli altri e che nulla hanno a che vedere con le attitudini e le capacità professionali degli stessi. Certo che la scuola è un settore femminilizzato, così come lo è la Giustizia per le posizioni tecniche. Il messaggio che il bando concorre a diffondere, però, che il dirigente scolastico sia preferibilmente un uomo pare consolidare lo stereotipo della subalternità femminile e non aiuta certo al suo superamento. Diverso, se la progressione maschile fosse collegata ad una significativa presenza tra i docenti degli uomini e non tra i dirigenti. Ecco, allora e solo allora si dovrebbe ragionare di priorità a favore del sesso sottorappresentato.

Per concludere, mi limito a ricordare due questioni, una pratica e una di teoria generale delle azioni positive.

La questione pratica è relativa ai monitoraggi: nessuna forma di monitoraggio è praticata nei confronti dei concorsi attivati nella PA rispetto al PNRR; dal sito del Comune di Siena si evince che risulta vincitore del concorso per ingegnere un uomo (come auspicato dal bando in ragione della presenza nell'intero Comune di una presenza femminile superiore al 30%), ma dagli atti pubblicati

non emerge se e quante donne hanno presentato la candidatura e se e quante donne sono state eventualmente ammesse alla prova orale.

Da un confronto diretto con il Comune emerge che una sola donna ha partecipato alle prove orali su sei ammessi. A conferma che le professioni tecniche sono ancora oggi maschili e che la modalità di calcolo della percentuale non è indifferente all'effetto prodotto concretamente (nella procedura) e dal punto di vista simbolico, alimentando i pregiudizi.

Nelle Linee guida di cui auspichiamo la redazione, la questione del monitoraggio e dell'accessibilità dei relativi dati appare centrale, ma completamente elusa.

Infine, mi soffermo sulla questione teorica-generale relativa alle azioni positive che ci consiglia di riprendere e rivedere quell'opzione interpretativa che ha teso a privilegiare, negli anni, la neutralizzazione aprioristica delle stesse (ovvero senza una reale attenzione ai singoli casi e alle singole posizioni anche nel lavoro pubblico di cui si discute in questa sede); il sistema regolativo interno (o l'interpretazione consolidata nel tempo), valorizza solo il collegamento tra azione positiva e sistema istituzionale di gestione delle stesse oggi ricondotto all'art. 42 e ss. del CPO. Questo giudizio è motivato dalla persistente centralità di ruolo degli organismi di parità, anche a prescindere dall'efficacia della loro azione; il sistema di finanziamento delle azioni positive, da parte dello Stato, da anni non attivato; della centralità di specifiche e definite azioni positive a tutto svantaggio della loro potenziale pluralità che, abbinata alla marginalizzazione del sindacato e dell'autonomia collettiva, anche dal punto di vista giudiziario, ha impedito lo sviluppo di una concreta espansione nel tempo dello strumento delle azioni positive (le azioni positive contrattate collettivamente, ad esempio)³³.

Personalmente rimango convinta che la I. costituzionale del 2001 abbia cambiato l'assetto strutturale delle misure promozionali e lo svuotamento conseguente delle azioni positive regolate nel CPO è solo un risultato scontato del superamento della centralità politico-organizzativa del mercato del lavoro privato che andrebbe rivista proprio a partire dalla discussione offerta oggi sul lavoro prestato nella PA, una discussione da proseguire in sede di trasposizione della direttive 1499 e 1500 del 2024 sugli organismi di parità.

³³ Con riguardo alle azioni positive di matrice contrattuale collettiva si rinvia a L. CALAFÀ, M. PERUZZI, *L'autonomia collettiva nella dir. 2023/970/UE*, in corso di pubblicazione in *Lavoro e Diritto*, N. 1, 2025 in cui si sviluppano le intuizioni sul rapporto tra azioni positive e autonomia collettiva di F. BORGOGELLI, *Autonomia collettiva e parità uomo-donna: una lettura della legge n. 125/1991*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 1992, p. 139.

La premialità di genere nella PA

Madia D'Onghia

1. Il tema che mi è stato assegnato, in continuità con le relazioni di Cristina Alessi e Laura Calafà, si inserisce a pieno titolo nell'ambito di quella priorità trasversale (la parità di genere) presente in tutte le missioni che compongono il PNRR, oltre che in quella *Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026* (definita nell'agosto 2021), con cui ci si propone di raggiungere, entro il 2026, l'incremento di 5 punti nella classifica dell'Indice sull'uguaglianza di genere elaborato dall'*European Institute for Gender Equality* (EIGE), che attualmente vede l'Italia al quattordicesimo posto nella classifica dei Paesi dell'Unione europea.

Parlare di premialità di genere nella PA significa circoscrivere la riflessione ad alcune misure che, seppure adottate e gestite direttamente dalle pubbliche amministrazioni, sono rivolte a soggetti e realtà esterni al settore pubblico; si tratta, infatti, delle misure di promozione dell'occupazione femminile nelle imprese affidatarie di concessioni o appalti pubblici che rientrano a pieno titolo nelle cc.dd. clausole sociali di seconda e terza generazione³⁴. Clausole estremamente interessanti che, tuttavia, sul piano applicativo non stanno dando buona prova di sé, anche a causa di una attuazione molto articolata e di una PA impreparata alla loro gestione.

La disciplina di tali previsioni rinvia dall'art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito, con modificazione, in l. 29 luglio 2021, n. 108), che ha introdotto a carico delle amministrazioni pubbliche, rispetto ad appalti e concessioni finanziati con risorse del PNRR e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), una serie di obblighi e misure, al fine di promuovere le pari opportunità, generazionali e di genere, e l'inclusione lavorativa delle persone disabili³⁵. Si tratta, per un verso, di adempiere a specifici obblighi, anche assunzionali (c.d. meccanismo di condizionalità) e, per altro verso, della possibilità di assegnare un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che rispetti determinati requisiti, nell'ambito delle procedure di gara relative agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del PNRR e del PNC.

Sul primo versante, il predetto art. 47, al co. 4, così dispone: «Le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne. Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli

³⁴ In proposito si rinvia, per tutti, a F. DI NOIA, *Le clausole sociali nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici: conferme ed evoluzioni nel modello di tutela*, in *LPO*, 2023, n. 9-10, p. 611 ss. e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁵ Sul tema, per un ulteriore commento, v. F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *federalismi.it*, n. 25/2022, spec. 180 e ss. e M. LAMBERTI, *La riforma degli appalti pubblici tra PNRR e legge delega: verso il rafforzamento delle clausole sociali?*, in *DML*, 2022, 3, in part. 589 e ss.

indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile [...]. Fermo restando quanto previsto al comma 7 [possibilità di deroghe totali e parziali, su cui *infra*], è requisito necessario dell'offerta [...] l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile».

Tale "condizionalità all'occupazione di giovani e donne" è un dispositivo basato su 'quote obbligatorie' avente lo scopo di assicurare che i progetti finanziati dal PNRR contribuiscano in modo diretto all'incremento dell'occupazione di giovani e donne. L'ammissibilità tecnico giuridica della quota è fondata sulla sua natura di "azione positiva", ossia di dispositivo derogatorio rispetto alle dinamiche ordinarie, orientato alla correzione di alcuni squilibri nella vita economica e sociale, significativi e persistenti nel tempo.

Sul secondo versante, lo stesso art. 47, al successivo co. 5, disciplina «ulteriori misure premiali» che determinano l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato, in possesso di specifici requisiti che, da un lato, riguardano il profilo dell'impresa (condotta non discriminatoria, politiche *family friendly* e parità di genere nell'organizzazione), ma dall'altro si applicano per il superamento della predetta quota del 30% di occupazione aggiuntiva femminile o giovanile creata nell'esecuzione del contratto.

Più in particolare, tali premialità scattano al verificarsi di una delle seguenti condizioni:

- a) nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori³⁶;
- b) utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;
- c) si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;
- d) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
- e) abbia rispettato, nell'ultimo triennio, gli obblighi previsti in tema di collocamento mirato
- f) abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario³⁷.

Vale la pena qui ricordare anche che questa premialità non rappresenta una novità assoluta. Un analogo meccanismo è già presente all'art. 5, l. n. 162/2021 (che ha modificato il Codice delle pari opportunità), laddove si stabilisce che «nei bandi di gara, le amministrazioni aggiudicatrici indicano i criteri premiali che intendono applicare nella valutazione delle offerte a favore delle aziende in possesso della certificazione». E lo stesso è stato poi ripreso nel novellato codice dei

³⁶ Ai sensi dell'art. 44, d.lgs. n. 286/1998; dell'art. 4, d.lgs. n. 215/2003; dell'art. 4, d.lgs. n. 216/2003; dell'art. 3, l. n. 67/2006; dell'art. 55-*quinquies*, d.lgs. n. 198/2000 e dell'art. 54, d.lgs. n. 151/2001.

³⁷ Ai sensi dell'art. 7, d.lgs. n. 254/2016.

contratti pubblici, all'art. 108, co. 7, d.lgs. n. 36/2023, secondo cui, «Al fine di promuovere la parità di genere le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198».

Per rendere, poi, operativo sia il meccanismo (obbligatorio) della condizionalità, sia le misure (opzionali) di premialità, il co. 8 dello stesso art. 47 prevede l'adozione di specifiche linee guida per la definizione di orientamenti in merito a modalità e criteri applicativi, oltre all'indicazione di misure premiali e modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto. Tali linee guida sono state adottate con decreto del 7 dicembre 2021 su proposta della Ministra per le pari opportunità e la famiglia e del Ministro per le politiche giovanili, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le disabilità. Sul piano delle fonti, va anche precisato che l'ANAC, con delibera n. 154 del 16 marzo 2022, ha provveduto ad aggiornare il bando tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture per tenere conto, tra l'altro, proprio delle indicazioni delle predette linee guida.

2. Passando al piano della declinazione operativa di tali dispositivi, vanno evidenziati alcuni elementi che di fatto hanno inficiato la loro efficacia, disvelando una sorta di disallineamento tra gli obiettivi dichiarati e le concrete ricadute applicative. Il riferimento è, in particolare, alla espressa possibilità di deroga all'applicazione dei dispositivi per la promozione dell'occupazione femminile.

Il legislatore ha, infatti, contemplato la facoltà per le stazioni appaltanti di escludere l'inserimento nei bandi, negli avvisi e negli inviti delle clausole dirette alla protezione generazionale e di genere e al sostegno alle fasce deboli della forza-lavoro, oppure di prevedere percentuali più basse rispetto alla soglia del 30%, «qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche» (art. 47, co. 7).

Le stazioni appaltanti, dunque, hanno facoltà di deroga totale (completa inapplicabilità della condizionalità) o parziale (con abbassamento della quota del 30%), con obbligo di motivazione prima o contestualmente all'avvio dei bandi. L'attuazione di tali deroghe non è, quindi, incondizionata, perché le stazioni appaltanti – come testualmente previsto – sono obbligate a darne «adeguata e specifica motivazione». Come si legge nelle linee guida, si tratta «di un onere motivazionale particolarmente stringente, che le stazioni appaltanti sono tenute ad esternare, con atto espresso del responsabile della stazione appaltante, prima o contestualmente all'avvio della procedura ad evidenza pubblica [...] nella determina a contrarre o in un atto immediatamente esecutivo della determina stessa» (punto 6.4).

Non solo. Si precisa, altresì, che la motivazione deve riportare la dimostrazione specifica delle ragioni che rendano impossibili l'applicazione delle suddette misure o le rendano contrastanti con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. A tal proposito si fa riferimento, a titolo meramente esemplificativo, «ai casi di affidamenti diretti per importi di modico valore o di

procedure che prevedano un numero di assunzioni inferiore a tre unità di personale, all'assunzione di personale con abilitazioni tali da rendere la platea dei potenziali interessati alle assunzioni limitata nel breve periodo, a procedure per somma urgenza o protezione civile o, comunque, altrimenti giustificate da specifiche ragioni di urgenza» (punto 6.5).

Con particolare riferimento alla quota di genere nelle nuove assunzioni, sempre le linee guida puntualizzano, altresì, che nella motivazione la stazione appaltante possa tenere anche in considerazione il «livello dei tassi di occupazione femminile, che, del resto, presentano significative differenziazioni tra settori economici e tipologie di committenza pubblica (lavori, servizi e forniture), per cui il raggiungimento della percentuale del 30 per cento delle nuove assunzioni potrebbe incontrare difficoltà in particolari contesti di attività in ragione delle caratteristiche strutturali delle mansioni da svolgere o del contesto di applicazione per gli appalti relativi al PNRR o al PNC». Sicché «una rigida applicazione della regola potrebbe determinare nel breve periodo un onere troppo gravoso per i settori in cui i tassi di occupazione femminile sono lontani da quelli prevalenti nel sistema economico a livello nazionale. In questi casi, quindi, le stazioni appaltanti possono motivare il ricorso alla deroga, specificando che in quel determinato settore il tasso di occupazione femminile rilevato dall'Istat si discosta significativamente dalla media nazionale complessiva nei settori osservati» (punto 6.8.)

Ebbene, in questo caso specifico di deroga parziale, i parametri della soglia settoriale e del tasso di occupazione, che consentono l'abbassamento della quota del 30%, pongono una serie di questioni applicative. Il parametro di "sbarramento settoriale", ad esempio, non appare coerente con la natura derogatoria della quota: se, infatti, sono le soglie di partecipazione di uomini e donne "a mercato vigente" a legittimare la deroga, allora l'azione positiva non potrà far altro che operare nei settori in cui le donne sono già presenti e non potrà invece esercitare la sua funzione di assicurare più opportunità proprio laddove ve ne sarebbe maggior bisogno, ossia nei settori in cui la presenza femminile è ridotta. Il livello di occupazione femminile nei diversi settori, infatti, è il risultato di un complesso di fattori – tra cui proprio la scarsa presenza di opportunità accessibili e la persistenza di dinamiche di reclutamento stereotipate che invece l'azione positiva potrebbe contrastare. Non a caso si è fatto riferimento³⁸, a mo' di esempio, al settore delle costruzioni dove le donne sono poche non perché non ci sono ingegnere edili ma perché in quell'ambito gli uomini sono da sempre in maggioranza; questa situazione, in un mercato del lavoro a prevalente intermediazione formale e di cooptazione settoriale, non concorre a una redistribuzione di *chance* in partenza. La quota, invece, potrebbe offrire a molte donne delle opportunità che a "regole ordinarie" probabilmente nemmeno le raggiungerebbero.

Peraltro, il tasso di occupazione totale non è detto che sia un indicatore adeguato alla finalità dell'azione positiva perché nasconde i profili professionali e le mansioni. Valgono qui le stesse osservazioni critiche fatte da Calafà con riferimento alle procedure concorsuali. Tornando all'esempio delle costruzioni, il tasso di occupazione totale ci dice che le donne occupate nel settore sono poche (e già questo indurrebbe a una riduzione della quota di condizionalità), ma la realtà ci riporta che le donne sono scarsamente presenti nel profilo più numeroso nel settore (manovale), mentre sono più presenti nelle alte professionalità (comprese le funzioni direttive di cantiere); pertanto, computando la deroga alla condizionalità nel settore sul totale di tutti i profili,

³⁸ Cfr. V. CARDINALI, *PNRR. La clausola di condizionalità all'occupazione di giovani e donne: azione positiva o azione mancata?*, Inapp, Working paper, 2022, n. 92, Roma, Inapp, spec. 11-12.

di fatto si rischia di impedire di fornire alle donne le opportunità di emersione e crescita, proprio perché in base al dato medio del settore le donne sono poche.

3. Ma v'è di più. La previsione di margini di deroga particolarmente ampi ha praticamente svuotato e reso superabile il suo carattere di obbligatorietà, rimasto tale sulla carta, sancendo la sua inefficacia come strumento correttivo di criticità strutturali e rischiando di ridurlo a una mera "buona prassi" in contesti particolarmente sensibili. E una conferma la si ricava dall'osservazione dei dati messi a disposizione dall'autorità anticorruzione ANAC, laddove pubblica sul suo sito le informazioni relative ai bandi di gara che utilizzano i fondi del PNRR e, tra quelle disponibili, vi è anche quella relativa all'utilizzo del criterio della condizionalità³⁹.

Ebbene, quasi il 70% degli appalti del PNRR e del PNC prevede una deroga totale alla clausola che obbliga le imprese che si aggiudicano la gara a occupare almeno il 30% di giovani under 36 e donne: ben 51.850 su un totale di 75.109 affidamenti PNRR o PNC censiti nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di Anac da luglio 2022 al 1° giugno 2023, ossia il 69.03%. Sono 1900 (il 2,53%) i bandi per cui le stazioni appaltanti hanno chiesto una deroga parziale (ovvero un abbassamento della clausola del 30%) mentre 21.229 (il 28,26%) prevedono il rispetto della quota di giovani e donne prescritta dalla legge⁴⁰.

Nel 39,29% dei casi (23.666 affidamenti) le stazioni appaltanti non hanno neppure specificato il motivo della deroga indicando tra le opzioni "Altro"; nel 38,8% (23.372 affidamenti) la motivazione è l'importo ridotto del contratto, nel 7,67% (4.619 affidamenti) necessità di esperienza o di particolari abilitazioni professionali, nel 6,43% dei casi (3.873 affidamenti) è la scarsa occupazione femminile nel settore, nel 3,63% (2.189 affidamenti) il mercato di riferimento, nel 3,43% (2.066 affidamenti) il numero di lavoratori inferiore a tre.

Man mano che cresce l'importo dell'appalto cresce, ma in maniera contenuta, anche il rispetto delle quote per l'occupazione: quasi del 60% (tra deroghe totali e deroghe parziali) degli appalti sopra i 40mila euro e nel 44% di quelli sopra i 150mila euro, le stazioni appaltanti non hanno inserito, nei bandi, le relative clausole. Infatti, su 27.420 affidamenti di importo superiore ai 40mila euro il 51,55% prevede una deroga totale, il 6,48% una deroga parziale mentre nel 41,65% dei casi la clausola giovani e donne è rispettata. Tra i 12.638 contratti di importo superiore ai 150mila euro il 31,63% prevede una deroga totale, il 12,58% una deroga parziale mentre il 55,5% rispetta la clausola. Tra i 4.328 appalti superiori al milione di euro il 59,4% rispetta la quota del 30% di occupazione di giovani e donne, il 23,31% prevede la deroga totale, il 17,14% la deroga parziale.

La situazione è ancora più sconcertante se si guarda all'applicazione del requisito della premialità. Solo circa il 4% delle gare prevede misure di premialità per il rispetto della parità di genere. Se poi si distingue tra gare di ammontare medio-piccolo e gare di grande ammontare, si osserva che al crescere dell'ammontare la previsione di quota premiale sale al 24% e supera il 50% nel caso si considerino gare con un valore superiore ai 10 milioni di euro.

³⁹ I dati sono consultabili al seguente link: [Pnrr, il 70% degli appalti avviato in deroga alla clausola sulle assunzioni di giovani e donne-
\[www.anticorruzione.it\]\(https://www.anticorruzione.it\).](https://www.pnrr.gov.it/it/temi/tema/tema-3/tema-3-1/tema-3-1-1)

⁴⁰ I dati fanno riferimento a tutte le procedure di affidamento di qualsiasi importo, censite nella Banca dati Anac e "perfezionate" per le quali cioè è stato pubblicato un bando (nel caso di procedure aperte) o è stata inviata una lettera di invito (nel caso di procedure ristrette o negoziate) o è stata manifestata la volontà di affidare l'appalto (nel caso di affidamenti diretti), comprendendo anche gli affidamenti diretti in adesione ad accordo quadro/convenzione.

Nella pratica, dunque, i criteri di condizionalità e premialità vengono prevalentemente disattesi, soprattutto se trattasi di gare di valore medio-piccolo.

Peraltro, la mancata previsione di premialità non è affatto neutra sul piano delle conseguenze; ad esempio, fa venir meno l'incentivo ad acquisire la certificazione di genere nelle imprese, per cui si assiste al paradosso che, da un lato, il PNRR incentiva le imprese affinché acquisiscano la certificazione⁴¹, dall'altro lato, non vengono dati benefici una volta che la certificazione è stata acquisita.

In verità, non c'è molto da sorprendersi sulla presenza di dati così sconcertanti⁴², posto che è la stessa PA a guardare con sospetto tali meccanismi. Basti ripercorrere le linee guida per scorgere qua e là una serie di avvertimenti e cautele, che rivelano la chiara preoccupazione da parte del dipartimento della funzione pubblica di non paralizzare le imprese e scongiurare il rischio di disincentivare le imprese a partecipare ai bandi per la presenza di troppi adempimenti. E una conferma di questa sorta di "diffidenza" si ricava, più di recente, dal d.l. 2 marzo 2024, n. 19 (conv. dalla l. 29 aprile 2024, n. 56), emanato all'indomani della tragedia della strage di Firenze. Ebbene, l'art. 12, rubricato «ulteriori misure di semplificazione in materia di affidamento dei contratti pubblici relativi a interventi previsti dal PNRR o non più finanziati con risorse del medesimo e in materia di procedimenti amministrativi», al co. 8 richiama il citato art. 47 e limita l'applicazione del meccanismo di condizionalità, «esclusivamente» alle procedure e gare «avviate successivamente alla data di concessione del finanziamento». Si assiste, così, di fatto, a una delimitazione del campo di applicazione dell'obbligo di rispettare la quota occupazionale.

Peraltro non è solo un problema di diffidenza o eccesso di cautela. Spesso, le pubbliche amministrazioni rilevano una totale inadeguatezza nella gestione e applicazione concreta delle misure sin qui descritte o di altre analoghe, dirette sempre a superare quel *gap* di genere persistente nel mercato del lavoro, privato e pubblico⁴³.

A tal proposito, molto eloquente, solo per fornire un altro esempio di "deludente" applicazione di un meccanismo di premialità, è l'attuazione di una disposizione (art. 1, co. 354, l. n. 190/2019) che ha previsto l'incremento del Fondo per il Finanziamento Ordinario (in misura di 1 milione di euro, a regime, a decorrere dall'anno 2020) da ripartirsi tra le Università, per la promozione dell'educazione alle differenze di genere, attraverso l'inserimento, nell'offerta formativa, di corsi di studi di genere o per il potenziamento di corsi di studi di genere già esistenti. A fine 2023 è stato emanato il decreto di distribuzione di queste risorse per l'anno 2020-2021 e solo pochissime università hanno beneficiato della quota premiale perché il Ministero ha pensato bene di individuare come criterio di distribuzione delle risorse l'adozione da parte delle Università del bilancio di genere nel 2020 e nel 2021, facendo, in realtà, una grande confusione. Il bilancio di genere, infatti, non è un documento che va adottato annualmente, perché, per prassi, ha una

⁴¹ Il PNRR alla Missione 5, componente politiche del lavoro, stanZIA 10 milioni di euro per favorire la certificazione di genere. Sulla certificazione di parità come azione positiva collegata alla promozione dell'obiettivo trasversale della parità di genere nel PNRR, si rinvia a F. GUARRIELLO, *Mercato e valori nelle politiche di contrasto al gender pay gap: trasparenza, informazione, certificazione*, in RGL, 2024, n. 3, p. 397 ss.; si veda anche L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in LDE, 2022, n. 3, p. 1. ss.

⁴² Sulle criticità emerse in sede di monitoraggio sull'attuazione del PNRR, si veda anche B. MARTINI, *Gare Pnrr: che fine hanno fatto obblighi e premi per la parità di genere?*, consultabili in <https://lavoce.info/archives/101303/gare-pnrr-che-fine-hanno-fatto-obblighi-e-premi-per-la-parita-di-genere/>.

⁴³ Sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, *Le politiche di genere in trent'anni di riforma della PA tra successi e obiettivi ancora mancati*, in DLM, 2024, in corso di stampa.

validità triennale (analogamente al Piano di azioni positive). Sono state così escluse dalla quota premiale molte università comunque in possesso del bilancio di genere, ma adottato precedentemente e valido per gli anni 2020 e 2021.

4. Per concludere, con queste brevi riflessioni s'intende mettere in rilievo quanto meno le contraddizioni tra gli obiettivi dichiarati nelle misure PNRR e i risultati raggiunti sinora, il che disvela anche la mancanza di una vera consapevolezza da parte delle pubbliche amministrazioni di cosa significhi per davvero realizzare efficaci azioni positive. Si registra, cioè, un utilizzo delle *affirmative actions* in maniera debole rispetto a quello che è il loro vero significato, sino a giungere a vere e proprie contraddizioni: uno stridente contrasto tra l'enfasi degli obiettivi e i risultati raggiunti in sede applicativa, che addirittura – come già Calafà segnalava molto efficacemente – portano a esiti paradossali, in una sorta di eterogenesi dei fini.

Indubbiamente, l'adozione di queste misure ha contribuito a svolgere una rilevante funzione di *moral suasion*, per cui la sensibilità al tema delle pari opportunità nel mercato del lavoro si consolida sempre più nel tempo, ma continua a mancare una compiuta valutazione degli effettivi impatti. Come si è detto, il meccanismo di condizionalità, in concreto, ha finito per essere disatteso dalla previsione di margini di deroga particolarmente ampi e il suo carattere di obbligatorietà è rimasto tale solo sulla carta. E lo stesso può dirsi con riferimento all'utilizzo delle misure premiali, pur non configurandosi come un obbligo giuridico.

Entrambe le misure non sono state, sinora, colte nelle loro vere potenzialità e l'approccio "adempimentale", (chiaramente esplicitato ai punti 1 e 6 delle Linee guida), unitamente alla sostanziale diffidenza rispetto a tali meccanismi hanno indotto a disciplinare tali misure al pari di un dispositivo ordinario, senza tenere in adeguata considerazione la loro natura di azione positiva, per definizione derogatoria e di inversione delle dinamiche ordinarie di reclutamento nel mercato del lavoro di giovani e donne⁴⁴.

E allora, se la prassi applicativa dimostra che si sta vanificando la funzione propria di tali misure, ovvero superare le criticità strutturali legate ai disequilibri di genere, occorre tempestivamente intervenire con dei correttivi, specie in fase attuativa, avvalendosi anche di un diverso approccio culturale che miri a far divenire, per davvero, l'equilibrio di genere un prioritario obiettivo strategico-istituzionale.

⁴⁴ In tal senso anche V. CARDINALI, *PNRR. La clausola di condizionalità all'occupazione di giovani e donne: azione positiva o azione mancata?*, cit.

La riflessione sulle azioni positive neutralizzate (o a favore del sesso sottorappresentato) nel contesto del principio costituzionale antisubordinazione di genere

Barbara Pezzini

Ringrazio dell'invito e del coinvolgimento in questa iniziativa. Sono molto contenta di essere qui oggi: è stato molto interessante e molto stimolante ascoltarvi; su tante cose mi sono trovata in sintonia, una sintonia che avevo già trovata nell'invito, in quelle note che sono state inviate come preziose indicazioni preliminari: in particolare, per il collegamento tra la cd. *neutralizzazione* delle azioni positive, non più applicate a favore delle donne, ma del sesso sottorappresentato, con la necessità di ridiscutere il fondamento assiologico delle misure di diritto diseguale, al fine di valutare la coerenza dei provvedimenti più recenti con la *ratio* e la struttura di esse.

Cercherò di essere estremamente sintetica e di rispettare i tempi, con inevitabili semplificazioni, forse eccessive, di cui vi prego sin d'ora di scusarmi.

Al mio intervento potrei dare due sottotitoli: "Chi ha paura del diritto diseguale?" oppure "Dell'ossessione di una simmetria tra i sessi (che è, in realtà, impossibile)". Li utilizzerei per rendere esplicita l'intenzione della mia riflessione, che guarda alla questione delle azioni positive di genere dopo il PNRR dal punto di vista che più mi interroga come costituzionalista, in cui si intrecciano le prospettive teoriche delle nostre discipline e le responsabilità che, come studiosi e studiose, abbiamo nei confronti della revisione critica degli statuti metodologici con cui operiamo. Ben inteso, non perché il punto di vista della giustizia pratica non mi interessi; al contrario, lo considero il terreno su cui alla fine si deve misurare ogni inquadramento teorico. Semplicemente, senza che ci sia alcuna svalutazione della pratica operativa da parte mia, penso che sia prioritario prendere avvio dal piano concettuale.

Partirei dalla possibilità di trovare nel PNRR, in quella *mobilizzazione delle energie femminili* che già è stata ricordata⁴⁵, una possibilità di rilettura del diritto diseguale e di rivitalizzazione delle azioni positive; il PNRR, infatti, al netto delle sue criticità e dei suoi limiti, ha posto al centro della propria azione il superamento delle diseguaglianze donna-uomo (asse trasversale) offrendo nella declinazione degli obiettivi (delle sue sei missioni) un'occasione unica e irripetibile per innovare tanto il quadro normativo, quanto le prassi.

Il Piano, per ragioni legate anche alle condizionalità poste dal *Recovery Fund* europeo, prevede tipicamente la definizione di obiettivi, la declinazione di vincoli temporali, lo sviluppo e l'applicazione di indicatori per la misurazione dei risultati; si tratta della formulazione di vere e proprie "condizioni di effettività", che di norma sfuggono alla dimensione propria dell'uguaglianza giuridica, a cui sono considerate tendenzialmente estranee. Invece, proprio l'indagine sugli strumenti giuridici di garanzia dell'effettività, a partire da azioni positive e quote, induce a

⁴⁵ V. *supra* nella Presentazione di L. CALAFÀ e C. ALESSI, p. 3.

ripensare i meccanismi proposti nei termini di correttivo alle diseguaglianze e – dunque, in quanto tali – espressione di un diritto che deve essere “diseguale” perché bisognoso di reagire a una situazione squilibrata.

Una volta verificato se, e in quali forme, la stringente declinazione di indicatori, obiettivi, risultati e tempistiche risulti davvero positivamente incorporata nel sistema normativo e nei meccanismi di attuazione, se ne potrà apprezzare la capacità di rivitalizzare la dimensione dell’uguaglianza sostanziale, superando la visione riduttiva che, in passato, ha inteso la temporaneità e la produzione di risultati come limiti esterni, condizioni negative della stessa configurabilità/pensabilità delle azioni positive o, in genere, delle misure di diritto diseguale: per giungere così a intendere, come a me parrebbe più coerente, la temporaneità e la verificabilità quali elementi positivamente incorporati nella loro struttura giuridica delle misure di diritto diseguale e in particolare come condizioni di applicabilità delle azioni positive.

Detto altrimenti, il fatto che il PNRR obblighi a portare obiettivi, risultati e tempistiche *dentro* le normative potrebbe rappresentare la discontinuità, il salto, capace di rivitalizzare il nostro modo di pensare le azioni positive: con meno diffidenza e meno ansia di delimitare confini non superabili, vedendo emergere, invece, nell’efficacia misurabile e nella tensione ai risultati, l’anima del diritto diseguale, la sua *ratio*.

Sullo sfondo teorico di questo approccio sta la dimensione costituzionale dell’uguaglianza di genere: che non ha risolto tutto, ma ci ha fornito alcune chiavi interpretative che non sono ancora sufficientemente comprese e sviluppate.

La questione di genere va indagata, anche sul piano giuridico, attraverso una necessaria riconcettualizzazione della nozione costituzionale dell’uguaglianza di uomini e donne nella sua dimensione complessa – oltre la parità simmetrica, la neutralità astratta e la reversibilità come condizioni dell’universalità. Le diseguaglianze di genere dell’oggi non possono spiegarsi solo in termini di *ritardo* nell’attuazione di un sistema, di per sé adeguato, di formanti giuridici (le norme che prescrivono l’uguaglianza di genere) che restino pensati e declinati secondo la tradizione, fornendo della persistenza della questione di genere una spiegazione essenzialmente extra-giuridica, di matrice culturale, sociale, politica. Sarebbe una considerazione superficiale e semplicistica pensare che la Costituzione repubblicana abbia già risolto tutto, per cui le condizioni di squilibrio di genere costituirebbero essenzialmente un problema di condizionamenti sociali, culturali, stereotipi: il problema certamente sta sul piano sociale e culturale, ma sta anche dentro le nostre discipline.

La persistenza della questione di genere va indagata *anche* sul piano giuridico e ciascuno di noi è chiamato a fare il suo mestiere. La responsabilità di una costituzionalista è di indagare questa persistenza nelle categorie del diritto costituzionale, nella costruzione del diritto costituzionale positivo; insieme a tutte le altre dimensioni, ma senza sfuggire alla responsabilità dello specifico disciplinare, della riflessione sulle categorie giuridiche. Negli ultimi dieci anni c’è stata – è vero – una significativa riscoperta del tema dell’uguaglianza di genere da parte del diritto costituzionale; sul tema, improvvisamente diventato di attualità, si è prodotto molto, e questo rappresenta certamente un dato positivo. Ma l’uguaglianza di genere è stata affrontata, con poche eccezioni, mantenendo le rigidità di una parità simmetrica, di una neutralità astratta e di una reversibilità che sembrano postulate come condizioni irrinunciabili dell’universalità.

L'universalità dei diritti è un valore irrinunciabile, ma va ripensata senza appiattirla sulla simmetria con un percorso complesso di decostruzione e ricostruzione. L'universale falsamente astratto e neutro, che corrisponde e riproduce il soggetto dominante, va decostruito con la piena consapevolezza del rischio costante delle riproduzioni di una (nuova) neutralità⁴⁶; e la sua ricostruzione va ripensata a partire da (due) parzialità, ciascuna delle quali è portatrice di una complessità irriducibile: infatti, proprio la decostruzione ha svelato che la pretesa di omologazione e unificazione da parte dell'identità dominante è falsa e che affermare un'identità non significa rivendicarne una qualche forma di uniformità essenzializzante⁴⁷.

Tutto ciò corrisponde, all'interno della mia disciplina, al bisogno di molta autocritica sul versante delle e dei suoi interpreti, a partire da una ricezione pigra della giurisprudenza costituzionale. Nel diritto costituzionale si riproduce ancora oggi invariato, a proposito delle quote, il dibattito che è stato fatto a partire dagli anni ottanta sulle quote e sulla rappresentanza politica: fermo restando che, per quanto mi riguarda, considero la riproposizione delle quote una prospettiva debole, che rimette in campo strumenti invecchiatissimi, sarebbe comunque bene non dimenticare quanto a suo tempo già evidenziato dalla riflessione su questi strumenti, restando consapevoli degli elementi di complessità connessi a queste misure, che consentono di rilevarne nella giusta misura contraddizioni e limiti, ma anche di apprezzarne virtù e potenzialità.

I limiti principali delle quote nell'ambito della rappresentanza politica rilevano sul piano degli obiettivi e del confronto con le categorie politiche, della rappresentanza politica, della libertà nel declinare e costruire la rappresentanza politica; sul piano della sfida all'uguaglianza declinata dal punto di vista di genere, invece, il tema delle quote offre un terreno di estremo interesse, perché consente di praticare *concretamente* l'approccio all'uguaglianza costituzionale che, per quanto – io credo – teoricamente maggioritario tra i costituzionalisti, non è sempre coerentemente declinato: l'approccio, cioè, che non separa uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale, ma come le due facce di una stessa medaglia, che vanno valorizzate e tenute presente contemporaneamente.

Semplificando molto: le conseguenze dell'applicazione delle quote che oggi qui rileviamo – e lamentiamo – come un paradosso, rappresentano in realtà l'effetto *coerente*, e in un certo modo *scontato*, di misure che hanno un vizio d'origine nella loro formulazione: perché nell'ossessione della simmetria e della neutralizzazione si è spostato tutto il discorso sul dato attuariale, statistico, quantitativo, e si è dimenticata la qualità. Si è proprio dimenticata la dimensione qualitativa quando abbiamo accettato la divaricazione uguaglianza formale-sostanziale, senza sottoporla a critica, quando abbiamo accettato la divaricazione tra opportunità e risultati, che pure va

⁴⁶ In cui *"in apparenza non vi sono soggetti dominanti, ma di fatto le gerarchie tornano invece ad essere evidenti, con la prevalenza delle identità maschili – tutte – su quelle femminili, quasi a riproporre in altri termini la medesima simmetria"*: così O. GIOLO, *Identità o neutralità? La questione della soggettività delle donne e le intuizioni di Olympe de Gouges*, in *Un dialogo su Olympe de Gouges. Donne, schiavitù, cittadinanza*, a cura di T. CASADEI, L. MILAZZO, Edizioni ETS, Pisa, 2021, p.205, che lo spiega facendo riferimento all'uso dello *schwa* e dell'asterisco che, usati nella scrittura, in realtà non servono ad abolire simbolicamente la dominazione maschile sul femminile, perché il *vecchio* (uso del maschile come preteso) *neutro* è stato in origine nascondimento solo delle donne, non degli uomini, e il *nuovo neutro*, che aspirerebbe a mettere sullo stesso piano tutte le soggettività, continua a nasconderle: dunque, le donne continuano a non avere – nel passaggio dal vecchio al nuovo neutro – alcuna occasione di visibilità, e nel neutro – dice GIOLO – *"risalta la soggettività maschile, non quella delle donne"*.

⁴⁷ Afferma ancora O. GIOLO, *op. cit.*, p. 203 e 204: *"una concezione delle identità che si nutre di pensiero critico, dunque ripulita dagli essenzialismi e dai dogmatismi, può sfociare in una rappresentazione plurale delle soggettività"* e *"la rivendicazione dell'identità non necessità della rinuncia all'identità stessa, ma può (meglio, deve) invece rinunciare a quell'omogeneità che l'identità dominante ha sempre preteso: al fine di imporre l'omologazione a sé, pena l'esclusione"*.

elaborata criticamente: perché dal punto di vista di uguaglianza sostanziale sono i risultati che contano e quindi non li possiamo considerare elementi estranei al ragionamento giuridico⁴⁸.

È questa una prospettiva in cui trova significativa consonanza la rivitalizzazione del diritto diseguale dentro il principio di uguaglianza sostanziale fatta da Vallauri⁴⁹.

Nel mio percorso di studi di diritto costituzionale ho coltivato con determinazione una costruzione dell'uguaglianza di genere come *principio antisubordinazione di genere*⁵⁰: una costruzione strettamente di diritto costituzionale positivo, che ha certamente contaminazione, riferimenti, assonanze anche con alcune teorizzazioni e declinazioni più generali del principio anti-subordinazione⁵¹, ma che ritengo vada propriamente ancorata all'*origine costituente*⁵². Dal punto di vista della costruzione di un principio costituzionale fondamentale, cioè, la coincidenza del diritto di voto delle donne in Italia con la fase costituente ha reso la conquista dell'elettorato attivo e passivo femminile – e quindi l'accesso delle donne alla cittadinanza politica – un fatto un po' diverso che se fosse arrivato in costanza di una costituzione, perché l'ha reso un *elemento fondativo del patto costituzionale*. Ed è ciò che consente di proporre una lettura unitaria e valorizzante della trama delle norme che declinano l'uguaglianza, in particolare di uomini e donne, nella Costituzione repubblicana; un insieme unitario che, appunto, esprime e realizza il principio anti-subordinazione di genere, consentendoci anche di superare le insidie che pure stanno nella declinazione letterale di alcune norme – in particolare nell'articolo 29 Cost., con il richiamo all'unità della famiglia⁵³, così come nell'articolo 37, con quello all'essenziale funzione familiare

⁴⁸ E la prima critica necessaria alla giurisprudenza costituzionale demolitrice delle quote femminili e di genere nei sistemi elettorali (sent. 422/1995), così come alla sua pigra ricezione da parte della dottrina, soprattutto costituzionalistica, riguarda proprio l'inaccettabile contrapposizione tra uguaglianza dei punti di partenza (ammessa) e uguaglianza dei risultati (inammissibile), derivata dalla giurisprudenza europea coeva in materia di quote, in particolare della sentenza *Kalanke*, e *tenuta ferma* nonostante poi la giurisprudenza europea (sentenze *Marschall*, del 1997, *Badeck* e *Abrahamsson*, del 2000) evolva, superando la contrapposizione iniziale tra opportunità e risultati.

⁴⁹ M. L. VALLAURI, *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2023, p. 34.

⁵⁰ Il principio è caratterizzato dal nesso fondativo che lo collega all'origine materialmente costituente della conquista dei diritti politici delle donne nella prima costituzione provvisoria, ha natura di principio di diritto costituzionale positivo, in quanto, senza negare le sue ascendenze, presupposti, implicazioni e contaminazioni con le teorizzazioni nella filosofia del diritto, risulta essenzialmente e immediatamente radicato *nel diritto positivo* della Costituzione repubblicana; la sua struttura e consistenza giuridica sono date dalla trama delle disposizioni che rendono l'uguaglianza costituzionale – in tutta la sua complessità: pari dignità sociale, uguaglianza formale, uguaglianza sostanziale – *gender sensitive*, cioè sempre specificamente declinata in modo consapevole della struttura di genere nella quale si cala e alla quale si rapporta in chiave antisubordinazione: l'uguaglianza formale e sostanziale tra i sessi enunciata all'art. 3 viene ribadita e contestualizzata nella sfera privata della famiglia (art. 29, 30 e 31), nella sfera sociale del lavoro (36 e 37) e nella sfera pubblica politica (art. 48 e 51), aprendo una prospettiva interamente nuova che ridefinisce giuridicamente i generi maschile e femminile e rendendo evidente il *principio fondamentale antisubordinazione di genere*, che si ricava da queste norme (alle quali si aggiungono, nel 2001/2003, l'inserimento del dovere di politiche attive di pari opportunità negli 117, co. 7 e 51).

⁵¹ Come il «principio anti-casta» in C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni, Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, p. 215. Un riferimento più specifico, semmai, in M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo*, in *Ragion pratica*, 23/2004, p. 364.

⁵² L'autonomia politica delle donne sta *costitutivamente nell'origine* della Costituzione repubblicana, qualificando un mutamento paradigmatico decisivo rispetto alla tradizione dell'universale maschile e del contratto sessuale. Seguendo suggestioni arendtiane, l'*origine* materiale dà senso al farsi del *principio* nel senso di segnare dei limiti nel momento stesso in cui tende a oltrepassarli e di coniugare innovazione e permanenza, discontinuità e durata pur mantenendole nella loro strutturale opposizione; ciò suggerisce al/la costituzionalista l'irripetibilità dell'*origine* materiale – in quanto *potere costituente* – nella tensione strutturale con la direzione permanente di senso che essa stessa impone alla norma costituzionale – in quanto *potere costituito*: il tema della trascurata dimensione propriamente costituente del suffragio realmente universale del 1946 è specificamente trattato in B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 335.

⁵³ B. PEZZINI, *Il cambio di paradigma: le deputate comuniste alla Costituente*, in *Dem. Dir.*, 2/2021, p. 77.

della donna lavoratrice⁵⁴ – consentendone una lettura più avanzata, non riduttiva, in chiave egualitaria ed emancipatoria (nel senso di capace di attivare processi di liberazione e innovazione): da considerarsi, in realtà, semplicemente *coerente* con questo schema complessivo.

Nel quadro del principio anti-subordinazione di genere, la dimensione fondativa del principio costituzionale, che impone di cercare incessantemente e permanentemente le condizioni di inveroamento dell'uguaglianza sensibile al genere, dovrebbe anche rappresentare un contrappeso alla stessa matrice economicistica e mercatista del PNRR, che rischia di rendere l'uguaglianza di genere una dimensione sociale integrata al funzionamento del mercato e dello sviluppo; una positiva contaminazione dovrebbe, infatti, far emergere potenzialità e modalità di utilizzo del PNRR capaci di mitigarne le molteplici criticità, a partire da un linguaggio efficientistico e aziendalistico, poco coerente alla dimensione solidaristica e alla promozione dei diritti sociali, che a tratti si accompagna a una visione dei rapporti di genere contaminata da paternalismo. Dando corpo all'ipotesi, certo ambiziosa, di un vero e proprio ribaltamento dell'originaria matrice del PNRR: le sfide teoriche, del resto- io credo – debbono sempre puntare in alto, rendendo conto dell'impatto che la questione di genere ha sul costituzionalismo e, in particolare, sulla dimensione dell'uguaglianza costituzionale, in termini di fondamento, struttura, potenzialità⁵⁵.

Se restiamo ossessionati dalla neutralizzazione e dalla simmetria – che ci hanno condotto a costruire pervicacemente le norme di azione positiva con una *declinazione bidirezionale* (con quote di genere, preferite alle quote femminili⁵⁶) – i risultati applicativi che constatiamo oggi non possono che restare gli unici risultati possibili. Se, invece, ci interessa pensare di riaprire o di lasciare aperte alcune prospettive alternative, che riteniamo più coerenti con un'adeguata prospettiva di genere, è un'altra la direzione da intraprendere: dobbiamo sforzarci di individuare i varchi alternativi ancora praticabili, i necessari ripensamenti, le cornici di riferimento che consentano di ribaltare la prospettiva meramente quantitativa dell'uguaglianza e di superare l'ossessione per la simmetria.

Si tratta, ad esempio, di valorizzare, anche dentro il diritto di matrice comunitaria ed euro-unitaria, la lettura del diritto costituzionale, che per tanti versi è molto più avanzato. È vero che abbiamo scoperto alcune dimensioni di effettività dell'uguaglianza di genere perché ci ha costretto l'Unione Europea, ma nella Costituzione troviamo declinazioni di norme potenzialmente più avanzate. Allora forse il nostro compito è anche quello di mettere a frutto questa tensione in senso positivo.

Assumendo la cornice del principio anti-subordinazione di genere, la ricognizione e l'interpretazione delle condizioni di sotto o sovra-rappresentazione di genere non è mai indifferente, quindi non è mai neutrale, perché il genere femminile risulta sotto-rappresentato *in*

⁵⁴ B. PEZZINI, *L'art. 37 Cost.: il corpo presupposto tra produzione e riproduzione*, in P. Torretta, V. Valenti (a cura di), *Il Corpo delle donne. Traiettorie giuridiche dal 1946 ad oggi*, Torino, 2021, p. 297. La trasformazione si avverte anche nella traiettoria della giurisprudenza costituzionale: B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 35.

⁵⁵ *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, a cura di G. AZZARITI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

⁵⁶ Nella legislazione e nella dottrina la preferenza per le *quote di genere* sembra ancora collegarsi alla bi-direzionalità del loro funzionamento, che bilancia la presenza di uomini e donne secondo una visione statistica e simmetrica, neutralizzando il genere senza che sia necessario considerare le rispettive possibilità o l'effettivo potenziale sociale dei due sessi, come invece richiedono le *quote femminili* che, essendo fondate sul presupposto della sotto-rappresentazione del genere femminile, implicano anche il riconoscimento della condizione di subordinazione di genere. La reale distanza tra le due tipologie di quote emerge figurando la possibilità che il sesso femminile cessi di essere numericamente inferiore: mentre le quote femminili, venuto meno il presupposto, perdono il fondamento implicito della loro ragionevolezza, le quote di genere garantiscono automaticamente in via preventiva il sesso maschile dal rischio di sotto-rappresentazione (senza peraltro interrogare il dato numerico in termini di potenzialità sociali).

ragione di fatti che hanno disegnato una gerarchizzazione dei sessi e che contribuiscono a riprodurla. È questo il meccanismo che il principio antisubordinazione di genere impone di contrastare: la costruzione che rende permanente, che riproduce, che riattiva la subordinazione femminile. In questo senso si riconosce la discriminazione, intesa come subordinazione, non come rottura di una astratta simmetria. La rilevazione di una condizione in cui il genere maschile è sotto-rappresentato, di per sé, non esprime e non costituisce automaticamente il fatto costitutivo di una gerarchizzazione uguale e contraria; per lo più è il risultato di una distribuzione di preferenze individuali, dell'abbandono di spazi sociali da sempre ritenuti, o diventati, di minor prestigio, impatto o potere, quindi non è riconoscibile come discriminazione, perché non vi è la costruzione di una subordinazione o gerarchia.

Per questo dobbiamo interrogarci davvero se sia corretto usare l'espressione "sesso sotto-rappresentato" che non fa emergere – o lascia solo in ambigue premesse implicite che poi vengono rimosse dall'interpretazione della norma di diritto positivo⁵⁷ – il fatto che la *cornice di senso* che il PNNR impone indirizza, in realtà, alla mobilitazione delle energie femminili (perché ha già assunto lo squilibrio come premessa della necessità di un intervento rimediabile, di reazione alla constatata subordinazione di genere).

Le misure di diritto diseguale servono a disinnescare un meccanismo di subordinazione divenuto inaccettabile sul piano del diritto costituzionale. Le misure che fanno riferimento al sesso sotto-rappresentato, definite dalla *bidirezionalità* e dalla *simmetria*, tendono, invece, ad assicurare in via permanente una presenza *duale*, almeno in prospettiva: una dualità che appare neutralizzata e quantitativa, nella misura in cui si limita a "contare" i sessi, ma che implica, in realtà, una visione in cui la differenza di genere (tra i sessi) si cristallizza, resta permanentemente uguale a sé stessa e inamovibile⁵⁸. La correzione automatica di qualsiasi squilibrio di genere prefigura stabilmente un assetto (almeno tendenzialmente) duale, che garantisce una compresenza di entrambi i sessi, rendendo il sesso tutt'altro che irrilevante nei processi di applicazione delle norme: la diversità di sesso diviene una condizione necessaria.

Ma se ciò che si vuole è assicurare una presenza duale, bisogna essere assolutamente consapevoli dell'obiettivo e altrettanto consapevoli delle condizioni per il suo perseguimento: se la priorità dichiarata è quella, innanzitutto, di *mobilitare le energie femminili*, è il diritto diseguale, nelle sue complesse declinazioni, a fornire strumenti adeguati; mentre la costruzione generalizzata di una presenza duale indirizza verso un obiettivo diverso, forse non incompatibile, ma certo non coincidente.

⁵⁷ Che le norme siano state pensate a partire dalla rilevazione di un persistente e significativo squilibrio nella composizione della rappresentanza *in sfavore delle donne*, resta solo un implicito; le disposizioni sono formulate in modo bi-direzionale, simmetrico, quale che sia il sesso che risulta sotto-rappresentato, senza considerare se lo squilibrio storicamente registrato e persistente in danno della componente femminile possa considerarsi davvero *equivalente* a un eventuale futuro squilibrio in danno della componente maschile e se, di conseguenza, avendo una medesima *ratio*, debba ragionevolmente essere trattato nello stesso modo: solo il primo, infatti, rileva non solo come un prodotto della costruzione di genere *di tipo patriarcale*, ma anche come un meccanismo della sua riproduzione, da disinnescare (sistema patriarcale da intendersi, in senso lato, come il sistema della costruzione della subordinazione femminile, pur nella consapevolezza della complessità del riferimento: su cui v. O. GIOLO, *Il patriarcato adattivo e la soggettività politica delle donne*, in *La soggettività politica delle donne. Proposte per un lessico critico*, a cura di O. GIOLO, L. RE, Roma, Aracne, 2014, p. 203).

⁵⁸ A partire dagli impliciti che mettono in relazione l'iscrizione sessuale e la dimensione di genere senza poter dare per scontato il rapporto tra sesso e genere, sul quale si riversano le implicazioni di un dibattito fortemente divisivo e comunque di grande complessità, che restituisce tutta la difficoltà di tradurre in termini normativi il rapporto sesso-genere.

Politica del diritto e ostacoli al diritto diseguale (e alcune strategie per superarli)

Thomas Casadei

1. Avrei voluto essere presente fisicamente a Brescia anche per dare corpo, in concreto, a quella che dovrebbe essere un'alleanza tra donne e uomini per promuovere la parità tra i generi in tutti i contesti e dunque anche in quelli accademici. Ragioni istituzionali, connesse al mio ruolo di Portavoce del Rettore e Delegato alla Comunicazione dell'Università di Modena e Reggio Emilia, non me lo hanno consentito ma sono davvero lieto di prendere parte a questo confronto, per quanto in forma mediata dalle tecnologie.

Il seminario è stato ricco di sollecitazioni per chi come me si occupa di filosofia del diritto; ho molto imparato e vi ringrazio davvero per il coinvolgimento; ringrazio, in particolare, le giuslavoriste e le costituzionaliste non solo per il lavoro svolto negli anni su questi temi decisivi – e che ha indubbiamente aperto strade importanti anche sul piano istituzionale – ma anche, più di recente, per l'attività, per così dire, "critico-istruttoria" che è stata sviluppata sui *rischi di neutralizzazione delle azioni positive*.

Grazie a quest'attività sono state gettate basi fondamentali per elaborare una riflessione *controcorrente* – perché quella di oggi mi pare davvero una riflessione controcorrente – forse ancora di minoranza ma che proprio perché avviata a strutturarsi può consolidarsi e, questo l'auspicio, affermarsi contribuendo a ridefinire la cultura diffusa e gli assetti della società.

Confido dunque che la riflessione scientifica prosegua, così come l'impegno nel sollecitare un più ampio dibattito pubblico e istituzionale, a partire dai contesti territoriali e mirando ad un protagonismo del mondo accademico.

Del resto, è proprio grazie all'elaborazione di giuslavoriste e costituzionaliste che nel nostro Paese si è discusso, e soprattutto si sono ottenute – con fatica – rilevanti conquiste, anche in sede istituzionale, sui temi della *parità di genere* e della *lotta alle discriminazioni*⁵⁹.

Ricordo bene la genesi di queste riflessioni: alcune protagoniste di quella fase partecipano a questo dibattito, altre sono state evocate: le conquiste si devono a queste competenze disciplinari che hanno saputo tradursi nella prassi, competenze rispetto alle quali la filosofia del diritto – per quanto sapere che dovrebbe essere "di confine" – è arrivata molto tardi.

Tengo molto a segnalare in questa occasione lo straordinario lavoro – ahimè prematuramente interrotto – di Letizia Gianformaggio che, guarda caso, interagiva, rifletteva e scriveva a stretto

⁵⁹ Si vedano in proposito, a titolo indicativo, M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991; L. CALAFÀ, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, 2008; B. PEZZINI, a cura di, *Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, 2 voll., Bergamo, Sestante, 2012; M. BARBERA, A. GUARISO, a cura di, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, Giappichelli, 2019. Per un quadro d'insieme delle sfide attuali: T. ADDABBO, TH. CASADEI, T. FABBRI, C. MUSSIDA, C. ROBUSTELLI, C. SERRA, a cura di, *Promuovere la parità di genere nelle istituzioni pubbliche e private. Materiali per la formazione (glossario)*, Modena, Mucchi, 2024.

contatto con giuslavoriste e costituzionaliste. Ricordo l'originalità dei suoi contributi⁶⁰ che peraltro hanno segnato uno spartiacque nella riflessione giusfilosofica italiana⁶¹ e consentito di sottoporre a critica i "bastioni patriarcali" della stessa filosofia del diritto⁶².

Lo richiamo perché ha rappresentato davvero un punto di svolta inaugurando una prospettiva, che è portata avanti dalla sua allieva Orsetta Giolo, la quale continua a lavorare su questi temi⁶³, sovente in dialogo con colleghe di una nuova generazione che sanno, come si suol dire, "fare rete"⁶⁴: esser parte di questa rete è per me motivo di impegno costante, sul versante intellettuale⁶⁵ ma non solo.

Per queste ragioni prendo molto sul serio questa giornata – l'8 marzo – come occasione di riflessione e confronto ma anche di messa a punto di azioni: a tal fine, concluderò con alcune proposte operative. L'8 Marzo è, e sempre resta, memoria e progetto, ossia azione consapevole entro un orizzonte strategico⁶⁶.

2. Alla luce di queste premesse, prendo pertanto sul serio le finalità di questa iniziativa nella prospettiva e nei termini della politica del diritto, e proprio per questo tipo di premesse non svolgo un intervento di tipo "teorico". E ciò significa prendere sul serio anche la cosiddetta "Terza Missione" dell'università, che, a mio avviso, è preferibile chiamare *funzione sociale dell'università*.

Una qualche preliminare notazione e sottolineatura giusfilosofica credo sia, tuttavia, utile.

In certe fasi e situazioni sembra necessario ribadire l'ovvio, non mi sottraggo dunque: un primo aspetto, da ribadire con nettezza, è che *il genere maschile sottorappresentato non è un problema rilevante all'interno della società e dei suoi attuali assetti*. A ben vedere, da un altro angolo visuale, lo è se facciamo riferimento, per esempio, all'ambito della dimensione della cura e, soprattutto,

⁶⁰ Ora raccolti in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritti*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Bologna, il Mulino, 2005. Per un'analisi del suo pensiero: O. GIOLO, B. PASTORE, a cura di, *Diritto potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Napoli, Jovene, 2016.

⁶¹ Significativo da questo punto di vista, è l'inserimento del concetto di "genere" nel novero di alcuni concetti-chiave della disciplina, come emerge in L. GIANFORMAGGIO, *Retorica, argomentazione, figura, giustizia, legge, metafora, motto di spirito, topica*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, Utet, 1999.

⁶² Molto importante a questo riguardo è stato anche il percorso di T. PITCHPITCH, della quale si possono vedere *Un diritto per due*, Milano, Il Saggiatore, 1998 e *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, Giappichelli, 2004, nonché il contributo di Alessandra Facchi, a cominciare dal suo saggio A. FACCHIFACCHI, *Il pensiero femminista, sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, in G.F. ZANETTIZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina, 1999, pp. 129-153 (per una riformulazione, con aggiornamenti, tagli e modifiche, si veda *A partire dall'eguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto*, in *About Gender*, 1, 2012, pp. 118-150). Per un quadro di alcuni esiti dell'approccio critico all'impostazione tradizionale della filosofia del diritto sia consentito rinviare ai saggi raccolti in Th. CASADEI, a cura di, *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, Giappichelli, 2015.

⁶³ Oltre ad una lunga serie di saggi, si veda, da ultimo, il volume, scritto con A. FACCHI, *Una storia dei diritti delle donne*, Bologna, il Mulino, 2023.

⁶⁴ O. GIOLO, L. RE, a cura di, *La soggettività politica delle donne: proposte per un lessico critico*, Roma, Aracne, 2014; M.G. BERNARDINI, O. GIOLO, a cura di, *Critiche di genere: percorsi su norme, corpi e identità nel pensiero femminista*, Roma, Aracne, 2015; M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, O. GIOLO, L. RE, a cura di, *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, IF Press, 2018; M.G. BERNARDINI, O. GIOLO, a cura di, *Giudizio e pregiudizio: gli stereotipi di genere nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2024.

⁶⁵ Un esito di questa riflessione corale è rappresentato da Th. CASADEI, O. GIOLO, S. POZZOLO, L. RE, *Dalla istituzionalizzazione della critica di genere alla costruzione di una società inclusiva: questioni e sfide per la filosofia del diritto*, introduzione al Forum "Tra società e diritto. L'impatto degli studi di genere", in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2, 2022, pp. 289-304 (con contributi di F. FILICE, M.G. GIAMMARINARO, D. MORONDO TARAMUNDI, E. RIGO).

⁶⁶ In questa prospettiva: T. CAPOMAZZA, M. OMBRA, *8 marzo: una storia lunga un secolo*, prefazione di L. LIPPERINI, Pavona di Albano Laziale (RM), Iacobelli, 2009.

della ripartizione dei carichi di cura⁶⁷. In questa dimensione abbiamo un problema pratico (sociale), non certamente giuridico (istituzionale), di effettiva sottorappresentazione.

Un secondo aspetto fondamentale, da ribadire, è il seguente, come è stato precisato benissimo da Marzia Barbera e da Barbara Pezzini: le azioni positive possono essere viste come un'eccezione, ma metterei eccezione "tra virgolette", questo perché le azioni positive sono uno strumento di compensazione e promozione delle persone – prima di tutto – *socialmente* a rischio di esclusione, considerate "inferiori" dal punto di vista del potere⁶⁸, e per questo *discriminate* e mantenute in condizioni di *subordinazione* entro una *logica gerarchica*⁶⁹. Come ha spiegato, molto puntualmente, Calafà nel suo intervento, recuperandone l'originario fondamento assiologico: «l'azione positiva si legittima se ed in quanto rivolta a compensare gli svantaggi derivanti da discriminazioni e pregiudizi pregressi che impediscono ai soggetti interessati di concorrere in condizioni di parità con gli altri e che nulla hanno a che vedere con le attitudini e le capacità professionali degli stessi».

Le questioni teoriche connesse all'istituto delle azioni positive sono state magistralmente tratteggiate da Cristina Alessi e da Barbara Pezzini. Mi pare importante ribadire un terzo aspetto: il problema affrontato oggi non è frutto di una sorta di "distrazione", né tantomeno – figurarsi – della distrazione all'interno delle comunità di giuslavoriste/i o di costituzionaliste/i che hanno lavorato su questi temi⁷⁰. Così come non mi pare che il problema sia solo di natura teorica, dottrinarina, o di tipo esclusivamente *giuridico*.

Il problema, molto più profondo e che sta alla base anche dei casi trattati in apertura, rimanda ad alcuni processi *sociali, economici e politici* che hanno di fatto messo in crisi e quasi cancellato

⁶⁷ A titolo esemplificativo, si possono vedere L. RE, *Vulnerabilità e cura nell'orizzonte dello Stato costituzionale di diritto*, in *Notizie di Politeia*, 35, 2019, pp. 183-197, e soprattutto EAD., *Democrazie vulnerabili: l'Europa dall'identità alla cura*, Pisa, Pacini, 2020. Cfr., anche, a cura della stessa RE, il *Forum Dallo sfruttamento alla cura? Una discussione a partire da 'Il lavoro delle donne nell'Italia contemporanea' di Alessandra Pescarolo* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2023, e, da ultimo, M. D'ONGHIA, *La debole protezione sociale per il lavoro "informale" di cura*, in *Diritto e società*, 1/2, 2024, pp. 397 ss.

⁶⁸ Per un inquadramento dell'istituto, con specifico riferimento al contesto nordamericano, sia consentito rinviare a Th. CASADEI, *Reverse discriminations o discriminations reversed? Il «corpo a corpo» sull'affirmative action e l'egemonia dei valori negli Stati Uniti*, in Th. CASADEI e L. RE, a cura di, *Differenza razziale, razzismo, discriminazione nelle società multiculturali*, 2 voll., Reggio Emilia, Diabasis, 2007, vol. II: pp. 91-115. Cfr., in una prospettiva costituzionale, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002; M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008. Cfr., anche, A. D'ALOIA, *Discriminazioni, eguaglianza e azioni positive: il 'diritto diseguale'*, in Th. CASADEI, a cura di, *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, presentazione di P. MANZINI, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, 189-206. Con riferimento agli studi più recenti si rinvia a C. ALESSI, *Le azioni positive*, in M. BARBERA, A. GUARISO, a cura di, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 501-520.

⁶⁹ Con riferimento all'accesso a uffici e cariche, la scarsa partecipazione del sesso sottorappresentato è «marcata dalla esclusione, gerarchizzazione, inferiorità di potere», insomma, da uno svantaggio sociale, cui la legge può e deve rimediare: B. PEZZINI, *La rappresentanza di genere in magistratura*, in *QG*, 2023, p. 8 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-rappresentanza-di-genero-in-magistratura>). Sul punto si vedano le considerazioni sviluppate nell'articolo di CRISTINA ALESSI raccolto in questo fascicolo. Più in generale, sul contrasto alle forme di gerarchia e di gerarchizzazione: T. GROPPI, *Oltre le gerarchie: in difesa del costituzionalismo sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

⁷⁰ Sul versante giuslavoristico, si veda, da ultimo, R. VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2024. Cfr., anche, M.L. VALLAURI, *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *LD*, 1, 2023, pp. 34-42. Sul versante costituzionalistico: G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, Roma, RomaTre-Press, 2018; S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, in part. pp. 144-178.

l'eguaglianza come *valore*⁷¹, come *principio etico* orientante e ordinante degli assetti istituzionali e democratici⁷².

Si parla dunque assai poco di azioni positive perché non si parla per nulla di eguaglianza e, se lo si fa, ciò avviene partendo dalla *diseguaglianza*, non senza trovare modi e forme per giustificarla e legittimarla: quella che si è affermata è una *mutazione anti-egualitaria*⁷³. Sotto questo profilo, la diseguaglianza ha assunto un ruolo cruciale, come è stato evidenziato, «nella configurazione delle società e, soprattutto, delle istituzioni contemporanee»⁷⁴.

La parola diseguaglianza è divenuta «rappresentativa della transizione in corso, poiché la progettualità neoliberale sembra implicare per la sua realizzazione un processo di ridefinizione, risignificazione e rilegittimazione della diseguaglianza stessa quale asse portante del modello nuovo – e di nuove funzioni – del potere, della forza e del diritto»⁷⁵.

La diseguaglianza, dunque, «non è più estranea retoricamente al diritto e alla politica: a causa delle trasformazioni in corso si è nuovamente insinuata negli assetti istituzionali, giuridici e politici e, dall'interno, corrode l'architettura propria dei sistemi democratici, appunto, nella forma della differenziazione»⁷⁶.

Occorre dunque interrogarsi sul perché l'eguaglianza, come *progetto*, ciò che sta al cuore della nostra Carta costituzionale⁷⁷, come attesta emblematicamente l'art. 3⁷⁸, è stata aggredita, depotenziata, sino ad essere sovrastata da alcuni processi di natura culturale, sociale, politica e, soprattutto, economica, a tal punto che si è opportunamente parlato di «decostituzionalizzazione» e di «regressione neoliberale»⁷⁹.

Entro siffatto scenario, da un punto di vista più tecnico, l'applicazione “attuariale”, come l'ha assai efficacemente illustrata Laura Calafà, ossia la logica del calcolo quantitativo – aggiungo: entro una cornice in cui si sta affermando sempre più l'idea di un funzionamento algoritmico anche delle

⁷¹ O. GIOLO, *Eguaglianza e pari opportunità sono conciliabili? Un tentativo di chiarificazione concettuale (e di proposta politico-giuridica)*, in F. RESCIGNO, a cura di, *Percorsi di eguaglianza*, prefazione di L. CARLASSARE, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 352-366. Per una ricognizione in chiave giusfilosofica, sia consentito rinviare a Th. CASADEI, *Eguaglianza*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE, a cura di, *Dimensioni del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 153-180. Cfr., anche, Gf. ZANETTI, *Eguaglianza*, in A. BARBERA, a cura di, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 43-66; e ID., *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Bologna, il Mulino, 2015.

⁷² A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'eguaglianza. Il principio etico e la norma giuridica nella vita reale*, Roma, Editori Riuniti, 1983.

⁷³ N. URBINATI, *La mutazione anti-egualitaria. Intervista sullo stato della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2013. Cfr., per ulteriori puntuali analisi, O. GIOLO, *Il ritorno delle diseguaglianze e le trasformazioni del diritto. Appunti sui mutamenti di paradigma in corso in tema di diritti e democrazia*, in *Filosofia politica*, 1, 20020, pp. 61-78.

⁷⁴ O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, Jovene, 2020, p. 129.

⁷⁵ Ivi, p. 119.

⁷⁶ Ivi. L'autrice prosegue la sua argomentazione sottolineando il fatto che la diseguaglianza opera come «un elemento fondamentale per il consolidamento di retoriche e pratiche di tipo autoritario [...], le quali, a loro volta, garantiscono in modo più efficace la stabilizzazione di gerarchie dell'umano funzionali allo stesso mantenimento del potere». In ordine al principio della diseguaglianza, si spiega «la tendenza attuale del diritto a differenziare status e ambienti giuridici», ciò che si può indicare con l'espressione «principio di differenziazione» (ivi, p. 119).

⁷⁷ Cfr. C. GIORGI (a cura di), *Il progetto costituzionale dell'uguaglianza*, prefazione di S. Rodotà, Roma, Ediesse, 2014. Si veda, anche, EAD., *Il principio di uguaglianza: culture politiche e dibattito costituente*, in *RTDP*, 1, 2018, p. 9-43; EAD., *Le sinistre e il nuovo assetto costituzionale: il progetto dell'uguaglianza*, in G. BERNARDINI (a cura di), *L'età costituente: Italia 1945-1948*, Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 99, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 373-396.

⁷⁸ M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma, Carocci, 2017.

⁷⁹ Per approfondimenti: O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, cit., in part. pp. 43-47, 119-125. Cfr., anche, L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'eguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018.

istituzioni pubbliche⁸⁰ – non è un'eccezione: è ormai la logica di funzionamento di quasi tutti gli ambiti, compresi quelli della Pubblica Amministrazione. Questa è la cattiva notizia.

Siffatta logica attuariale, sotto forma di pesatura (automatica e sbagliata) della percentuale di presenza femminile, si incarna in una serie di fenomeni di cui oggi – grazie alle puntualissime analisi critiche di ChiaraCristina Alessi e di Laura Calafà – abbiamo visto due esempi molto concreti: il bando per dirigenti scolastici del Ministero dell'Istruzione e del merito, che nell'art. 10 afferma, appunto, «il titolo di preferenza in favore del genere maschile in quanto meno rappresentato», e il bando del Comune di Siena per ingegnere, in particolare il profilo richiesto è Ingegnere Civile – Area dei Funzionari ed Elevata Qualificazione, con preferenza maschile.

I percorsi argomentativi che hanno portato alla pubblicazione di questi bandi non sono frutto di "eccezioni" o di banali "errori di distrazione", ma possono essere spiegati come esempi concreti ed emblematici di un preciso *trend* che va affermandosi, entro il quale le azioni positive vengono neutralizzate con riguardo ai suoi obiettivi di fondo: l'essere meccanismi per contrastare gli effetti di stereotipi, pregiudizi, discriminazioni, radicati nel passato e nella cultura dominante. Ciò spiega perché la logica quantitativa, che veniva richiamata anche da Barbara Pezzini, sia diventata ormai lo strumento di "misurazione", nonché di mera applicazione burocratica, di quelli che dovrebbero essere atti istituzionali volti a promuovere ciò che viene definito *empowerment* femminile.

L'impostazione economicistica – che assorbe in sé ogni altra dimensione (culturale, sociale, politica) – oggi non è riconducibile solo ad alcuni ambiti, è ormai non solo egemone ma rischia di configurarsi come unico criterio orientante per ogni atto istituzionale: perciò è assolutamente urgente vagliarne l'impatto, con riferimento al PNRR e, più in generale, a tutti i provvedimenti che discendono dal d.P.r. 16 giugno 2023, n. 82, (che modifica a sua volta il d.P.r. 9 maggio 1994, n. 487, sull'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione).

3. In via generale, che fare? E, più in particolare, la filosofia del diritto può dare un contributo e, se sì, di che tipo?

Quanto al primo punto, riprendendo le indicazioni di Laura Calafà, è fondamentale segnalare i problemi, riflettere su di essi con gli strumenti del confronto interdisciplinare, suggerire strade interpretative praticabili, che possano godere del sostegno degli organismi di parità e degli organismi interni alle PA come i CUG.

Quanto al secondo punto, la risposta può essere affermativa, almeno, sotto due punti di vista: in primo luogo, se si decide di affrontare con determinazione e decisione, assolvendo ad una funzione *critica*, anche le contraddizioni e i possibili paradossi che possono scaturire da un certo uso dell'istituto delle azioni positive (che segua, appunto, la logica attuariale e quantitativa); in secondo luogo, se- mediante una grande alleanza anche con altri saperi – si intende dare corso alla via funzione *normativa* insita nel nucleo costitutivo di siffatto sapere disciplinare inteso nel suo statuto plurale, ossia quella di indicare un orizzonte progettuale, che mira all'eguaglianza tra uomini e donne, e all'interno della società, attraverso il riconoscimento delle differenze. Un aspetto decisivo, questo, che rimanda alla lezione di Letizia Gianformaggio, la quale evidenziava come la rivendicazione dell'eguaglianza e quella della differenza costituiscano, in realtà, rivendicazioni di aspetti diversi dell'eguaglianza: «la teoria della differenza va caratterizzata come

⁸⁰ Sul punto sia consentito rinviare a Th. CASADEI, *Istituzioni e algoritmi: tra strategie funzionali ed "effetti collaterali"*, in U. SALANITRO, a cura di, *Smart. La persona e l'infosfera*, Pisa, Pacini giuridica, 2022, pp. 245-265.

una rivendicazione di uguale considerazione e rispetto, e la teoria dell'eguaglianza come una rivendicazione di uguale trattamento»⁸¹.

La filosofia del diritto può inoltre fare un'altra cosa – e dunque svolgere una terza possibile funzione (*pratico-realistica*) che valorizza la sua proiezione sull'*effettività*⁸² e sull'*efficacia*⁸³ del diritto e degli atti istituzionali – e qui lo sguardo volge alla parte più operativa del ragionamento che sto sviluppando: essa – ma ovviamente tutto questo vale per i saperi scientifici e giuridici in generale, se si assumono l'onere e la consapevolezza del loro impatto – può contribuire a vagliare gli strumenti che consentono di perseguire determinati valori e, appunto, i loro *effetti*.

4. Perché insisto su questo? Perché mi pare – di qui il titolo di questo mio contributo – che oggi il *diritto diseguale*⁸⁴ – sorto, appunto, nel contesto nordamericano ed europeo come misura per la promozione del lavoro femminile (un esempio concreto di azione positiva)⁸⁵ – incontri precisi ostacoli.

Chi ostacola, più precisamente, il diritto diseguale a favore delle donne?

Penso sia bene prestare attenzione al fatto che i soggetti che concorrono sono tanti e non ce la si possa dunque cavare con un generico rimando al “patriarcato”, che comunque – è sempre bene ribadirlo – è ancora radicato, persiste in molte pratiche ed è attuato mediante varie strategie che ostacolano l'affermarsi della soggettività delle donne (il che presuppone «la rimozione della millenaria discriminazione che grava sul “gruppo delle donne”»⁸⁶).

⁸¹ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, in EAD., *Eguaglianza, donne, diritto*, cit., pp. 33-61, p. 52. Cfr., anche, EAD., *L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto*, cit., p. 90. Le tesi di GIANFORMAGGIO sono state riprese e sviluppate da LUIGI FERRAIOLI, del quale si veda, a titolo esemplificativo, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I, p. 790 ss. Per un'analisi d'insieme si vedano anche T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali: nuove sfide e crisi dello Stato costituzionale di diritto*, in Th. CASADEI, a cura di, *Lessico delle discriminazioni, tra società, diritto e istituzioni*, cit., pp. 206-231, e, da ultimo, O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, cit., pp. 110-113.

⁸² Estraeandolo dalla cassetta degli attrezzi dell'analitica kelseniana, ALFONSO CATANIA ha avuto il grande merito di portare all'attenzione della comunità scientifica impegnata nella filosofia del diritto questo concetto – che talvolta chiama anche “effettualità”: il tema dell'effettività è stato all'origine dei suoi primi studi (si veda, a titolo esemplificativo, *Il diritto come organizzazione della forza*, in RIFD, 1974, pp. 371-397 [poi raccolto in A. CATANIA, *Riconoscimento e potere. Studi di filosofia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, pp. 37-66], e il secondo capitolo, “Il diritto tra effettività e consenso”, dell'opera *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico* [Napoli, Jovene, 1976, pp. 31-81]) ed è stato “rivisitato” in diverse fasi del suo itinerario scientifico: si veda, per un quadro d'insieme, A. CATANIA, *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, a cura di V. GIORDANO, Torino, Giappichelli, 2018, e in particolare il capitolo dedicato a *Effettività e modelli del diritto* (pubblicato originariamente sulla rivista *SD*, 3, 2003, pp. 7-19). Si vedano anche gli atti del convegno, da lui organizzato presso l'Università di Salerno, *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto* (Milano, Giuffrè, 2005).

⁸³ A. FALZEA, *Efficacia giuridica* (1951), con uno scritto di R. DE STEFANO, a cura di P. FALZEA e M. LA TORRE, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2024. Con specifico riferimento all'ambito giuslavoristico si può vedere R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro: saggi di un quinquennio*, Torino, Giappichelli, 2021.

⁸⁴ Per un primo inquadramento: L. GAETA, L. ZOPPOLI, a cura di, *Il diritto diseguale: la legge sulle azioni positive. Commentario alla L. 10 aprile 1991, n. 125*, con appendice di documentazione, Torino, Giappichelli, 1992. In tema, oltre agli scritti, di taglio costituzionalistico, di D'ALOIA già citati alla nota 10, si può vedere R. AVETA, *Diritto diseguale e prassi multiculturale: analisi comparativa in tema di discriminazione ed etnicizzazione*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010. Sia consentito rinviare anche a Th. CASADEI, *Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e diritto diseguale*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, pp. 291-311.

⁸⁵ M.V. BALLESTRERO, *Le azioni positive tra eguaglianze e diritto diseguale*, in M.V. BALLESTRERO, T. TREU, a cura di, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 1994, p. 11 ss.; M.V. BALLESTRERO e G.G. BALANDI, a cura di, *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, il Mulino, 2005. Cfr., anche, R. NUNIN, *Azioni positive e contrasto alle discriminazioni di genere nel lavoro: la Corte di giustizia e il diritto diseguale*, in F. SPITALERI, a cura di, *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 129-140.

⁸⁶ O. GIOLO, *Il giusfemminismo e il dilemma del confronto tra culture*, in Th. CASADEI, a cura di, *Donne, diritto, diritti*, cit., cit., pp. 41-60, p. 52, che sviluppa la sua argomentazione a partire dalle «strategie di contrasto» all'affermazione della soggettività delle donne individuate da GIANFORMAGGIO: *Soggettività politica delle donne: strategie contro*, in EAD., *Eguaglianza, donne, diritto*, cit., pp. 165-189, pp. 174-175.

Certo il patriarcato va tenuto ben presente. Le sue persistenze sono perpetrate da coloro che vogliono che il potere non sia messo in questione, criticato, condiviso; coloro che se ne stanno ben comodi, dal punto di vista del potere, all'interno di rapporti asimmetrici che ostacolano la promozione e l'affermazione dell'eguaglianza, come si è detto, attraverso il riconoscimento delle differenze, o, in altri termini, dell'*eguaglianza come prassi*⁸⁷.

Ci sono però sul campo anche quelli che in qualche modo "tollerano" il diritto diseguale, intendendolo come un mero atto burocratico: e sono proprio atti burocratici, avulsi da un progetto di eguaglianza complessivo volto a scardinare stereotipi, pregiudizi, discriminazioni da cui derivano svantaggi, forme di esclusione e di subordinazione, che portano alle contraddizioni insite nei due casi precedentemente richiamati o in altri analoghi.

I due casi dimostrano che c'è chi applica in maniera zelante, e appunto meramente burocratica, l'istituto delle azioni positive, perdendo il senso di un "diritto diseguale" a favore delle donne, in quanto soggetti collocati all'interno di precise asimmetrie di potere all'interno della società, e praticandolo – invece – nell'ottica del sesso sottorappresentato.

Di fronte a questo stato di cose, credo serva una grande alleanza, un insieme di azioni e non solo di riflessioni: sotto questo profilo, proprio perseguendo la funzione *pratico-realistica* sopra richiamata (non disgiunta ma in combinazione con quella *critica* e *normativa*), è fondamentale lavorare sull'idea del *monitoraggio* delle azioni positive di genere (veicolate dal PNRR ma non solo): anch'esso, insieme all'accessibilità dei relativi dati, va inteso, così, come elemento pulsante e decisivo di un sistema di promozione complessiva dell'eguaglianza e non come un atto burocratico, parte di un "ingranaggio" di tipo quantitativo.

Si aprono, da quest'angolazione, diversi interrogativi rilevanti.

Chi fa il monitoraggio? Come lo fa? Quali sono gli strumenti adottati? Ancora qual è la formazione, e dunque, prendendo sul serio lo spirito della più recente riforma della PA, quali sono le conoscenze, competenze, capacità, attitudini ed esperienze, di chi lo compie? E, ancora, quali sono – aspetto decisivo e che richiama, questo sì, un diretto e immediato rinvio al versante economico – gli investimenti per l'attuazione del monitoraggio?

Questi aspetti sono imprescindibili e credo vadano intesi come parte integrante di una riflessione teorico-critica, di una più ampia questione che attiene alle prassi istituzionali e amministrative. Non tenerli nel debito conto, in maniera costante, rischia di avere come esito o alcuni esiti paradossali o, anche, quello di denunciare alcune storture, contraddizioni, incoerenze ma essendo sprovviste e sprovvisti di strumenti di azione e di intervento.

Per sostenere questa necessità di una specifica attenzione alla dimensione del monitoraggio (che risulta essenziale anche per i *Gender Equality Plans*⁸⁸) ritorno all'esperienza e all'attività istituzionale presso il mio ateneo.

Come nella stragrande maggioranza degli atenei italiani, non mancano di certo organi, procedure, pratiche amministrative e organizzative, iniziative di ascolto e supporto psicologico nella promozione della parità, della prevenzione e del contrasto alle discriminazioni di genere: dal CUG

⁸⁷ Seguo qui la formulazione proposta in GF. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi*, cit.

⁸⁸ Per un'ampia disamina, che ne mette in rilievo anche criticità e possibili contraddizioni, si veda il recentissimo fascicolo monografico di *About gender*, 24, 2023 dedicato a *Gender Equality Plans. Processes, potentialities, contradictions and resistances in contexts of science production*: <https://riviste.unige.it/aboutgender>.

– Comitato Unico di Garanzia ad una figura come la Consigliera di fiducia⁸⁹, dal Bilancio di genere fino, appunto, al più recente GEP – Gender Equality Plan. Non manca poi un'intensa attività di supervisione e di indirizzo, condotta d'intesa con il Rettore e gli organi di governo dell'ateneo, della Delegata alla Parità.

Entro questo assetto, uno degli aspetti più complessi da affrontare, e che si riflette anche nelle numerose attività di comunicazione, divulgazione e promozione riguarda proprio le azioni di monitoraggio. Con la finalità specifica di farvi fronte in maniera efficace è stata di recente assunta e inserita nell'organico del personale tecnico-amministrativo, con un contratto a tempo indeterminato, la figura di "Responsabile delle attività di implementazione e rendicontazione della programmazione strategica di genere e pari opportunità". Si tratta di una figura che potrà, dunque, favorire e tenere sotto costante osservazione anche le attività di monitoraggio.

Senza affrontare la questione del monitoraggio delle strategie di parità di genere e delle azioni conseguenti si rischia, all'interno delle istituzioni, di non cogliere lacune, ritardi, o anche eventuali contraddizioni degli atti emanati. Occorre individuare figure preposte a questo tipo di vaglio e occorre dunque chiedersi, quale sia la loro formazione, come avvenga l'aggiornamento delle loro competenze, quando e come entrino in gioco? Entrano in gioco, ad esempio, dopo che è stato elaborato un bando? Oppure entrano in gioco prima, preventivamente, alla luce di una precisa strategia che lo ha stabilito? Chi si occupa di monitorare che la strategia sia perseguita costantemente e in maniera, ancora una volta, *efficace*?

Si tratta di interrogativi che non possono essere elusi e che implicano una forma di *autoriflessività* da parte di ogni istituzione ed ente amministrativo; *autoriflessività* che, *mutatis mutandis*, dovrebbe essere ormai parte anche della logica di funzionamento delle organizzazioni private⁹⁰.

5. La riflessione svolta grazie al Seminario di oggi ci consente di assumere una posizione critica rispetto alle azioni positive erroneamente interpretate che non mettono a tema la questione del genere sottorappresentato nelle dinamiche sociali, economiche e di potere della società italiana, europea e internazionale, che è quello femminile; dobbiamo continuare a lavorare sul tema con il sostegno, credo, di una strategia di comunicazione istituzionale e pubblica.

In quest'ottica, va allargata l'alleanza scientifica ad altri giuristi e giuriste, ma anche alle organizzazioni sindacali che rivestono un ruolo centrale – come previsto dalla Carta costituzionale – nella interazione con gli organi di governo, ad ogni livello.

Oltre ad un *vademecum*, semplice e chiaro, per la redazione dei bandi in una prospettiva *gender sensitive* che sia coerente, servono linee guida anche per quello che riguarda gli appalti e i bandi delle pubbliche amministrazioni (e, dunque, anche dell'università): perché questo avvenga occorre delineare un "sistema riflessivo" per applicare il quale esistono già strumenti di supporto (come, ad esempio, il *Toolkit for mainstreaming and implementing gender equality* dell'OCSE), evitare deroghe, e, appunto, fare leva su forme di monitoraggio costante.

⁸⁹ Su questa figura, per alcuni versi ancora «in via di definizione», si veda B.G. BELLO, *La Consigliera di Fiducia: una figura in via di definizione. Spunti per un dibattito*, in *Notizie di Politeia*, 138, 2020, pp. 45-66.

⁹⁰ Su questo sia consentito rinviare a TH. CASADEI, *Discriminazioni (di genere) e istituzioni*, in T. ADDABBO, TH. CASADEI, T. FABBRI, C. MUSSIDA, C. ROBUSTELLI, C. SERRA, a cura di, *Promuovere la parità di genere nelle istituzioni pubbliche e private. Materiali per la formazione*, cit., pp. 9-25, in part. 16-20. Cfr., anche, TH. CASADEI, *Educare alle differenze, promuovere parità: saperi, istituzioni, pratiche, Diritto e società*, 1/2, 2024, pp. 81-96 (numero speciale dedicato a "Genere, diversità, discriminazioni tra società e istituzioni. Prospettive di ricerca e politiche trasformative").

Come ha puntualmente mostrato Madia D'Onghia, proprio un'azione mirata di monitoraggio ha consentito di mettere in rilievo "le contraddizioni tra gli obiettivi dichiarati nelle misure PNRR e i risultati raggiunti sinora" e di mettere a fuoco la "mancanza di una vera consapevolezza da parte delle pubbliche amministrazioni di cosa significhi per davvero realizzare efficaci azioni positive". Quello che si registra, a conferma di quanto si è argomentato, è "un utilizzo delle *affirmative actions* in maniera debole rispetto a quello che è il loro vero significato, sino a giungere a vere e proprie contraddizioni": si assiste ad "uno stridente contrasto tra l'enfasi degli obiettivi e i risultati raggiunti in sede applicativa, che addirittura" – come anche Alessi e Calafà hanno segnalato – "portano a esiti paradossali".

Continuano a mancare una compiuta valutazione degli effettivi impatti e soggetti che in modo tempestivo segnalino le lacune e incongruenze mettendo in campo, al contempo, azioni correttive o addirittura di revisione complessiva degli interventi e degli atti adottati.

Un approccio meramente burocratico, "adempimentale" e "attuariale", unitamente al persistere di quella apparente tolleranza che sovente, si traduce, in concreta diffidenza rispetto a tali meccanismi inducono a concepire le misure di azione positiva, come sottolinea ancora D'Onghia, al pari di un dispositivo ordinario. Ciò che si rischia di neutralizzazione è proprio il potenziale di inversione delle dinamiche ordinarie che – per esempio con riferimento ai mondi e al mercato del lavoro – provocano svantaggi alle donne, ma anche ai giovani⁹¹.

E non si può non concordare ancora con D'Onghia, quando afferma "se la prassi applicativa dimostra che si sta vanificando la funzione propria di tali misure, ovvero superare le criticità strutturali legate ai disequilibri di genere, occorre tempestivamente intervenire con dei correttivi, specie in fase attuativa, avvalendosi anche di un diverso *approccio culturale* che miri a far divenire, per davvero, l'equilibrio di genere un prioritario *obiettivo strategico-istituzionale*" (corsivi miei). L'approccio culturale torna, così, in primo piano.

Affinché non si giunga agli esiti descritti, che vanificano il potenziale delle azioni positive di genere, o affinché si riesca, comunque, ad attivare con tempestività, appunto, i necessari correttivi, credo occorra un coordinamento tra chi si occupa di questi temi in maniera costante, mettendo in rete i centri e i gruppi di ricerca con altri soggetti, a partire da quelli sindacali: figure all'interno delle istituzioni, certamente da implementare, e reti territoriali di monitoraggio che vigilino sui bandi della Pubblica Amministrazione, a tutti i livelli, possono consentire, di adottare un approccio diverso da quello – veicolato da una logica economicistica e quantitativa – di tipo adempimentale e attuariale con riferimento al PNRR ma anche ad altre iniziative che vengano presentate come finalizzate ad una prospettiva *gender sensitive*. Occorre evitare che alle retoriche sul diritto diseguale a sostegno dei soggetti sottorappresentati – nella società ancora le donne – corrispondano pratiche che hanno come effetto quello di legittimare esiti che vanno, ancora una volta, a scapito delle donne.

⁹¹ Su questo aspetto, con specifico riferimento al PNRR, si veda V. CARDINALI, *PNRR. La clausola di condizionalità all'occupazione di giovani e donne: azione positiva o azione mancata?*, Inapp, Working paper, 2022, n. 92, Roma, Inapp, pp. 1-17. Della stessa autrice si veda anche *Impatto di genere, storia di un'occasione persa*, InGenere, 7 gennaio, 2021: <https://www.ingenere.it/articoli/impatto-di-genere-storia-di-unoccasione-persa>.

Invece di una conclusione

Marzia Barbera

La storia del mio viaggio per Brescia di oggi è un esempio di resilienza femminile. Prima ho dovuto affrontare i ritardi dovuti allo sciopero dei trasporti: poi un evento, descritto in ripetuti, criptici annunci come “controllo della circolazione”, ha ulteriormente rallentato il mio arrivo di altre due ore. Ma io ho perseverato, condizione di base dell’esser resilienti, perché ci tenevo molto a essere qui con voi, in presenza. L’8 marzo non dico che vada celebrato (c’è poco da celebrare, in realtà) ma va di certo ricordato, perché le ragioni a cui si ispira – la sussistenza di un’intollerabile disuguaglianza di genere- sono tutt’altro che superate. Le associazioni che hanno dato il loro patrocinio a questa iniziativa IEN (Italian Equality Network) e LLC (Labour Law Community), di cui sono portavoce, sono grate di farlo oggi con voi.

È vero quello che ricordava prima Laura Calafà: che ci siamo un po’ distratte nell’ultimo periodo, che negli ultimi tempi degli strumenti concreti attraverso cui perseguire l’eguaglianza di genere abbiamo parlato molto meno di quanto non avessimo fatto in passato. Ma, forse, questo è accaduto perché avevamo la speranza che il discorso sull’eguaglianza fosse emerso dalla settorialità, fosse uscito dall’angolo, fosse diventato un discorso trasversale, di *mainstreaming* e non più di nicchia.

È possibile che ci si sia sbagliate. O è anche possibile che l’eguaglianza è entrata sì nel discorso *mainstreaming*, ma che in questo momento si manifesti in una forma deformata, nella forma del paradosso e della rivalsa. Cercherò di spiegare in breve cosa intendo per paradosso e per rivalsa.

In che cosa consiste, per parlare delle cose di cui abbiamo discusso oggi, il paradosso? Consiste nell’applicare lo strumento delle azioni positive agli uomini nella PA perché questi, sarebbero, in alcune circostanze, il “sesso sotto-rappresentato”.

Laura Calafà ha definito “burocratica e adempimentale” questa forma di pesatura automatica della percentuale di presenza maschile e femminile in una PA, che può portare ad assumere un ennesimo ingegnere perché nella stanza accanto alla sua lavorano solo segretarie (e, in questo senso ha ragione a parlare anche di eguaglianza “attuariale”, se per attuariale si intende ciò che è statisticamente prevedibile che accada). Barbara Pezzini ha fatto osservare che questo paradosso è l’inevitabile conseguenza dell’adozione del criterio del “sesso sotto-rappresentato” che, sulla base di una visione bidirezionale e simmetrica dell’eguaglianza, non fa emergere il dato strutturale della sotto-rappresentazione delle donne, prodotto della costruzione patriarcale della differenza di genere come subordinazione femminile. Cristina Alessi ha richiamato il carattere correttivo delle azioni positive, legittimate dalla presenza di uno svantaggio sociale che occorre correggere e superare, come ricordato più volte dalle decisioni della Corte di Giustizia UE che le ha, sia pure condizionalmente, legittimate. In un modo o nell’altro, ciascuna di queste analisi si richiama al principio di eguaglianza sostanziale come orizzonte ideale delle azioni positive e al “tradimento” perpetrato ai suoi danni dall’eguaglianza numerico-formale che ispira questa visione delle misure promozionale.

Tutto condivisibile. In una società che rimane fondamentalmente una società patriarcale e classista, il paradosso è sempre in agguato. Si prende un discorso che viene fatto da un gruppo minoritario, da un gruppo subordinato, da un gruppo escluso, lo si rimodella e se ne fa un discorso di legittimazione dello *status quo*.

Eppure, in queste vicende non posso fare a meno di vedere anche dell'altro, qualcosa che chiamerei la rivalsa della "vittima innocente", a cui si accompagna la rivalsa, che è anche una rivalsa sociale, di una lettura formale dell'eguaglianza.

La figura della "vittima innocente" è personificata, nella storia del diritto antidiscriminatorio, dai protagonisti di alcune celebri vicende giudiziarie, che si svolsero davanti alla Corte Suprema USA e alla Corte di Giustizia UE e che videro come ricorrenti i signori *De Funis* (1974) e *Kalanke* (1995).

Il caso *De Funis*, nel quale uno studente non ammesso alla *Washington Law School* sostenne di essere stato discriminato, benché più qualificato, perché non appartenente alle minoranze destinate di trattamenti preferenziali messe in atto dall'Università, è significativo per molti aspetti. Fu il primo caso in cui la politica di *affirmative actions* a favore delle minoranze svantaggiate lanciata nel 1965 da un *Executive Order* del Presidente Johnson venne messa in discussione davanti a una corte e alla pubblica opinione. Fu anche il primo in cui le azioni positive vennero presentate come una violazione del diritto individuale all'eguale protezione della legge e come la riparazione a un torto del passato attraverso un altro torto. Il caso segnò anche una rottura fra la minoranza afro-americana e la minoranza ebraica cui apparteneva il ricorrente, fino ad allora alleate nella lotta per i diritti civili, e divise al suo interno la stessa comunità ebraica.

In un *brief amicus curiae* presentato dalle associazioni che parteciparono al processo si legge "*Preferential treatment under the guise of 'affirmative action' is the imposition of one form of racial discrimination in place of another. The questions that must be asked in this regard are: must an individual sacrifice his right to be judged on his own merit by accepting discrimination based solely on the color of his skin? How can we achieve the goal of equal opportunity for all if, in the process, we deny equal opportunity to some?*"

La Corte Suprema respinse il ricorso su basi procedurali e dunque si risparmiò la fatica di pronunciarsi. Lo avrebbe fatto in seguito, nel modo che sappiamo, nel caso *Bakke*, già ricordato da Cristina Alessi, dove alle azioni positive venne concesso uno *status* provvisorio di legittimità, una specie di "permesso temporaneo", come quello che viene concesso ai migranti. Da allora le azioni positive hanno avuto un problema di fondo: poiché esse sono viste non come un'espressione dell'eguaglianza ma come un'eccezione all'eguaglianza, come tutte le eccezioni devono andare alla ricerca di una giustificazione e rischiano prima o poi di soccombere alla regola, come è accaduto, infine, negli Stati Uniti con la decisione *Students For Fair Admissions v. Harvard del 2023*, con la quale una maggioranza di sei giudici contro tre della Corte Suprema ha decretato la fine dell'esperienza dell'*affirmative actions* nelle università degli Stati Uniti.

Ma la decisione *De Funis* meriterebbe di essere ridiscussa anche perché, in modo premonitore, diventò rapidamente il simbolo delle contraddizioni interne al paradigma delle differenze identitarie. Allora, una delle questioni di cui si parlò molto fu lo *status* storico di minoranza della stessa comunità ebraica, vittima negli Stati Uniti, in un passato neppure troppo remoto, di una politica di quote che ne aveva limitato l'accesso alle professioni. Così come si parlò anche del momento in cui una minoranza cessa di essere tale, interrogativo che sorgeva dall'osservazione che, al momento dei fatti, la popolazione americana di origine ebraica fosse costituita, in

maggioranza, da persone in possesso di un'educazione universitaria, alla quale era stata in grado di accedere senza l'aiuto di alcun trattamento preferenziale.

Dobbiamo perciò riconoscere che una delle componenti dell'"eccezionalismo" nordamericano consiste nel fatto che la composizione *ab inizio* plurale della sua popolazione ha messo gli Stati Uniti di fronte ai dilemmi delle richieste di riconoscimento prima di quanto non sia accaduto in altri paesi.

Non è un caso, allo stesso modo, che il primo caso in cui la figura della "vittima innocente" si manifesti davanti alla Corte di Giustizia europea riguardi non una minoranza razziale o etnica o religiosa, ma una "non minoranza" e cioè le donne, al centro delle politiche antidiscriminatorie fin dagli inizi della costruzione di una comunità europea per le ragioni che conosciamo bene e termometro sensibile delle oscillazioni del significato giuridico (ma non solo) di eguaglianza. Nel caso *Kalanke* che ricordavo prima il ricorrente lamentò una discriminazione di sesso a suo danno, derivante dal fatto che, nella scelta di un nuovo ingegnere paesaggista, il Land di Brema gli avesse preferito la signora *Glißman*, sulla base della circostanza che l'ente pubblico aveva precedentemente adottato un sistema di quote nell'assunzione a favore del sesso sottorappresentato.

Il caso *Kalanke* venne risolto a favore del signor *Kalanke*. Il che non costituiva una novità. Nel 1990 anche il signor *Barber* si era visto dare ragione dalla Corte europea dopo aver invocato il principio di parità di trattamento in relazione a un regime di pensione integrativa che interveniva a favore dei lavoratori licenziati in età avanzata in un momento successivo a quello previsto per le lavoratrici. Ciò era dovuto a un motivo molto semplice: a quel tempo le donne andavano in pensione prima degli uomini e ciò non era considerato una discriminazione ma la presa d'atto dell'esistenza di un doppio carico che giustificava un pensionamento precoce.

Non era la prima volta, dunque, che, con il caso *Kalanke*, il principio giuridico di eguaglianza veniva impugnato come una spada dagli uomini, in quanto vittime innocenti di una diseguaglianza riparatrice. Sia nell'uno che nell'altro caso, le condizioni concrete della diseguaglianza di genere e l'asimmetria di potere che le caratterizza sono rimaste assenti dal giudizio e questo ha consentito di neutralizzare la portata correttiva e riequilibratrice del principio stesso. Per molto tempo, tuttavia, nonostante la risonanza di questi casi, molto discussi a suo tempo anche da parecchie di noi presenti in questa aula, la partita della differenza fra le eccezioni al principio di eguaglianza che discriminano e delle eccezioni che rimediano alle discriminazioni è rimasta aperta nelle corti. Basta pensare, per rendersene conto, alla sentenza *Bakke* che seguì al caso *De Funis* e alla sentenza *Marshall* che seguì al caso *Kalanke*, ambedue fondatrici degli standard di giustificazione delle azioni positive. Nessuna partita era vinta o persa una volta e per tutte finché restava ampio il consenso, a livello politico e sociale, intorno alla funzione inclusiva giocata dal principio di eguaglianza.

La mia impressione è che oggi questo consenso si sia frantumato. E ciò per molte ragioni, su cui non mi posso soffermare, fra le quali vorrei però menzionare il concorrere di due attacchi al paradigma dell'eguaglianza inclusiva che provengono da parti opposte. Da una parte dal differenzialismo essenzialista che tende a mantenere e non a superare le differenze; dall'altro dal liberismo individualista e universalista, che proclama che tutti (tutti, di nuovo) nasciamo eguali e siamo presupposti eguali del diritto e qualsiasi trattamento differenziato di natura correttiva produce vittime innocenti.

La concezione di responsabilità personale su cui si fonda la figura della vittima innocente è che si è responsabili solo delle cose fatte, cosa che certamente serve a evitare, come ha scritto Hanna Arendt, che, essendo tutti colpevoli, non lo sia nessuno. Ma questa concezione cancella anche qualsiasi forma di responsabilità collettiva per il carico di ingiustizia su cui poggiano gli assetti sociali esistenti che nasca dal fatto di appartenere a un certo gruppo o a una certa comunità di cui condividiamo il prestigio e i privilegi. In questo caso, la vittima innocente è una figura potente del revanchismo sociale di chi non si situa e non intende situarsi dalla parte dei perdenti.

Come combattere questo ritorno in grande nel mercato delle idee (l'espressione non è mia è di Von Hayek, ma sento che la adotterò da ora in poi) dell'eguaglianza formale e dell'irresponsabilità sociale?

Da una parte sono d'accordo con Laura Calafà quando parla di "giustizia pratica": dopo tutto i principi giuridici non sono così facilmente smontabili come pensano alcuni soggetti di questo "mercato delle idee". Gli argomenti che sono stati forniti nel dibattito di oggi sono preziosi perché si possa far ricorso a questa "giustizia pratica" nelle aule di giustizia e credo che vi siano alcune buone possibilità di essere ascoltate. In ogni caso, sarà bene farli conoscere a chi ne sa ancora troppo poco dell'eguaglianza di genere.

Dall'altra parte, credo che occorra accettare la sfida che ci viene dalla riprosizione in chiave conservatrice dell'eguaglianza come eguaglianza formale. Così come la giustizia, anche l'eguaglianza ha molti volti e alcuni di questi sono maschere deformate dall'ideologia. Quello che ci attende è, allora, anzitutto un'opera di smascheramento. Il fatto di poterlo fare insieme credo sia una risorsa di forza preziosa.