

L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*

Stefania Scarponi

1. I limiti posti dalla legislazione fascista nei confronti del lavoro femminile nel settore pubblico: lavori adatti e inadatti alle donne.	343
2. Il dibattito all'Assemblea costituente fra questioni assiologiche e di tecnica normativa.	343
2.1 La questione della partecipazione delle donne all'ordinamento giudiziario.	344
2.2 segue: e la prima giurisprudenza costituzionale.	345
2.3 L'accesso delle donne alla polizia e all'esercito.	347
3. L'evoluzione degli strumenti di effettività del principio di eguaglianza.	347
3.1. Divieto di discriminazione indiretta, criteri di selezione per i concorsi e obbligo di rispettare le differenze di genere.	348
4. La promozione delle pari opportunità nel settore pubblico e le azioni positive "diseguali".	350
4.1 La questione di legittimità delle misure tendenti a correggere la sotto-rappresentazione femminile tra diritto dell'Unione europea e riforma dell'art.51.	351
4.2. La costituzionalità della garanzia di presenza delle donne nella composizione delle commissioni di concorso e l'andamento ondivago della giurisprudenza amministrativa sugli organismi a composizione mista.	353
Conclusioni.	355

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 406/2019

1. I limiti posti dalla legislazione fascista nei confronti del lavoro femminile nel settore pubblico: lavori adatti e inadatti alle donne.

Per comprendere la genesi della norma costituzionale non si può prescindere da un breve esame del panorama normativo che caratterizzò il periodo fascista all'insegna di una legislazione che correttamente è stata definita "espulsiva"¹¹³³ dato lo stillicidio di provvedimenti con i quali si limitava la presenza delle donne proprio nel pubblico impiego, settore in cui in cui erano confluite in gran parte le donne della piccola e media borghesia, sia con l'intento di favorire la presenza maschile coerentemente all'ideologia patriarcale dell'epoca scoraggiando la concorrenzialità da parte delle donne, sia per la diffusione di stereotipi negativi sui lavori ritenuti non adatti a una donna. Emblematici di tale indirizzo furono i provvedimenti che riguardavano la scuola, il settore più alto per occupazione femminile: il R.D. 1054/1923 e il RD 899/1940 impedivano alle donne di essere presidi di scuola o istituti di istruzione media; il RD 2480/1926 escludeva le donne dall'insegnamento della storia, filosofia ed economia nei licei classici, scientifici e dagli istituti tecnici, mentre lo permetteva alle magistrali, evidentemente in considerazione dell'appartenenza al genere femminile delle allieve.

Inoltre, per ciò che riguarda l'intera pubblica amministrazione, si realizzò una progressiva restrizione nei confronti della presenza delle donne sul lavoro, che passava dall'autorizzazione a stabilire nei bandi di concorso l'esclusione delle donne oppure i limiti entro i quali le donne potevano partecipare – come avvenne prima con il RD 1554/1933 convertito nella L. 221 del 1934 e in seguito con il RD 1514/1938 che limitava l'assunzione delle donne nelle PPAA al 10% dei posti – fino all'esclusione diretta da una serie di pubblici uffici – come avvenne con il RD 383/1934. Inoltre si stabiliva il collocamento a riposo di quelle in soprannumero appena raggiunto il minimo per il pensionamento salvo che per gli impieghi ritenuti particolarmente adatti alle donne specificati nel Rd 898/1939, come i lavori meramente manuali o le mansioni esecutive. Tale provvedimento, tuttavia, ebbe scarsa applicazione a causa dell'insorgere della guerra che rese necessario l'impiego delle donne per sostituire i lavoratori richiamati alle armi. Il contesto generale era caratterizzato dalla contemporanea limitazione salariale nell'industria, dalla sotto-classificazione delle mansioni femminili, e dall'ampia diffusione del lavoro a domicilio scarsamente regolato e protetto.

2. Il dibattito all'Assemblea costituente fra questioni assiologiche e di tecnica normativa.

Se, come ricorda una studiosa¹¹³⁴, è soprattutto grazie al lavoro delle Costituenti se il principio di uguaglianza fra donne e uomini, nella sua duplice ottica formale e sostanziale, è oggi così chiaramente sancito nella Costituzione dall'art.3, è noto che il lavoro delle Costituenti non si limitò all'elaborazione del solo principio di eguaglianza. Esse promossero in Assemblea un vero e proprio "programma" per la parità, che doveva valere in tutti i campi rilevanti, praticando una sorta di *gender mainstreaming* ante-litteram sulla scorta delle richieste avanzate dall'Udi (Unione Donne

¹¹³³ In tema ampiamente M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità*, Il Mulino 1979 p. 73 ss ricorda come tale legislazione accompagnò quella c.d. protettiva nei confronti delle lavoratrici madri, la cui funzione procreativa era come è noto concepita in funzione della tutela della stirpe e delle esigenze belliche del regime.

¹¹³⁴ M. D'Amico, *Introduzione* in M. D'Amico, C. M. Lendaro, C. Siccardi, *Eguaglianza di genere in magistratura*, F. Angeli 2017, p. 16.

Italiane)¹¹³⁵ oggetto delle disposizioni costituzionali contenute negli articoli che riguardano la famiglia (art. 29) il lavoro (art.37) il diritto al voto (art. 48) e l'accesso alla rappresentanza politica e, infine, ai pubblici uffici (art.51).

Tuttavia, l'affermazione delle diverse declinazioni del principio di parità tra uomini e donne in Costituzione costituì un risultato niente affatto scontato, come si evince dagli ostacoli incontrati dalle Costituenti durante il dibattito all'interno dell'Assemblea in cui non mancarono posizioni volte a limitare o ad ostacolare l'introduzione di norme che sancissero l'eguaglianza effettiva, e che si manifestarono con particolare vigore proprio con riferimento al principio di parità di accesso ai pubblici uffici, segnatamente per ciò che riguardava le funzioni giudiziarie e militari. Essa trovava un ostacolo sia nella legge n. 1176/1919 che, pur ammettendo le donne ad esercitare tutti gli uffici pubblici, le escludeva da quelli che implicano poteri giurisdizionali nonché l'esercizio di diritti e potestà pubbliche, sia nella legge n. 12/1941 sull'ordinamento giudiziario che poneva "il sesso maschile" fra i requisiti necessari per lo svolgimento delle funzioni giudiziarie.

Il diritto delle donne di accedere a quest'ultimo settore costituì il nodo emblematico intorno al quale si sviluppò un intenso dibattito significativo degli atteggiamenti profondamente misogini di molti partecipanti all'Assemblea costituente con effetti che si proiettarono sulla legislazione e giurisprudenza successiva prima di arrivare alla sentenza della Corte Costituzionale n.33 del 1960.

Conviene pertanto dar conto brevemente del modo in cui fu affrontato il problema nelle diverse fasi che precedettero la sua soluzione.

2.1 La questione della partecipazione delle donne all'ordinamento giudiziario.

In merito occorre partire dalle posizioni contrarie emerse nel dibattito all'Assemblea Costituente¹¹³⁶ dove alcuni, come l'On. Molé, nel corso della seduta 20 settembre 1946, sostenne che in questo specifico settore l'uguaglianza non dovesse essere garantita, essendo noto *"già nel diritto romano... che la donna, in determinati periodi della sua vita, non ha la piena capacità di lavoro"*. Addirittura l'On Cappi affermò che *"la ragione della diffusa ostilità nella maggioranza di fronte a una donna giudicante sta nella prevalenza che nelle donne ha il sentimento sul raziocinio"*. Altri, come l'On. Leone nella seduta del 31 gennaio 1947, affermava che *"dove si deve arrivare alla rarefazione del tecnicismo, è da ritenere che solo gli uomini possano mantenere quell'equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni"*, ed era pertanto favorevole alla formula approvata inizialmente che consentiva l'accesso in magistratura *"anche"* delle donne *"nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario"*.

¹¹³⁵ V. Tola (a cura di), *Unione donne in Italia. Fare storia, custodire memoria (1945-2015). I primi settant'anni dell'UDI*, Roma, 2016, ricorda che l'UDI sottopose il 26 giugno del 1946 alle elette in Assemblea costituente un elenco di norme a favore delle donne da inserire in Costituzione, tra cui figuravano esplicitamente la parità giuridica con gli uomini in ogni campo, il riconoscimento del diritto al lavoro e accesso a tutte le scuole professioni, carriere; il diritto a un'adeguata protezione che permetta alla donna di adempiere ai suoi compiti di madre; uguale valutazione, trattamento e compenso degli uomini per uguale lavoro, rendimento, responsabilità, e l'accesso ai pubblici uffici.

¹¹³⁶ Per una sintetica ricostruzione cfr E. Ceccherini, *La questione di genere nei dibattiti in Assemblea Costituente*, in E. D'Urso, *Eguaglianza, lavoro, diritti*, Libellula, 2016, p.109ss; M. D'Amico, *op.cit.*, p.18; nonché E. Pazè, *Diseguali per legge*, F. Angeli 2013, p. 47- 48. Più in generale Iacometti, *Il contributo delle donne in Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana*, in M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti. Un percorso non ancora concluso*, Giuffrè 2017, p.169 ss.

Tali affermazioni ed atteggiamenti furono contestati dall' On Maria Federici che, nella seduta del 26 novembre 1947 sfidò i colleghi affermando: *“facciamo la prova, vediamo se la donna è veramente in grado di coprire le cariche che sono inerenti all'alto esercizio della Magistratura. A tutto quanto è stato detto, io potrei rispondere che una raffinata sensibilità, una pronta intuizione, un cuore più sensibile alle sofferenze umane e un'esperienza maggiore del dolore non sono requisiti che possano nuocere, sono requisiti preziosi che possono agevolare l'amministrazione della giustizia. Potrei rispondere che le donne avranno la possibilità di fare rilevare attraverso un lungo tirocinio la loro capacità; saranno sottomesse e sottoposte ai concorsi e a una rigida selezione. Le donne che si presenteranno a chiedere di salire i gradi della Magistratura devono avere in partenza (e li avranno) i requisiti che possono dare loro una certa garanzia di successo”*. Essendo consapevole che sarebbe stato difficile convincere gli uomini a votare un emendamento per ripristinare esplicitamente la piena parità nell'accesso alla magistratura preferì l'eliminazione di ogni riferimento normativo sul punto, onde applicare in materia quanto previsto in generale nell'art. 51 Cost. *“Tutti i cittadini di ambo i sessi possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza”* contrastando altresì la formulazione aggiuntiva *“conformemente alle loro attitudini, secondo le norme stabilite dalla legge”*, che era stata originariamente votata dalla commissione dei settantacinque. Tale inciso avrebbe infatti svuotato l'effettività del principio di eguaglianza e dato che la sua posizione fu condivisa dalle altre donne Costituenti e che nessuna Costituzione straniera escludeva esplicitamente le donne da determinati impieghi, fu sostituito il riferimento alle *“attitudini”* con l'espressione, meno compromettente di *“requisiti”*. Tuttavia, il dibattito sorto intorno alle *“attitudini”* ha influenzato le prime decisioni dei giudici e della Corte costituzionale in materia, rimandando l'effettiva applicazione del principio costituzionale.

2.2 segue: e la prima giurisprudenza costituzionale.

In effetti, analizzando le disposizioni che riguardano la partecipazione delle donne alla funzione giurisdizionale si possono cogliere le diverse implicazioni sottese al suo riconoscimento. Un esempio è costituito dalla legge 27 dicembre 1956 n. 1441 sulla composizione dei collegi delle Corti d'assise e dei Tribunali per i minorenni, ai quali le donne partecipavano inizialmente come membri non togati secondo quote numeriche massime - ove l'allargamento del numero dei giudici e l'apertura alle donne era un modo per rendere più evidente che le sentenze sono emesse in *“nome del popolo”* che vi partecipa in prima persona - ma la regola circa la composizione di genere riproduceva gli stereotipi riconducibili ad un preteso modo di essere maschile e femminile. Infatti mentre nelle Corti d'Assise i 6 giudici potevano essere anche donne purché almeno 3 fossero uomini (nelle liste dei sostituti occorreva che ne fossero garantiti 5 di cui almeno 3 uomini), viceversa nel caso del Tribunale dei minorenni il collegio composto da magistrati professionali raddoppiò la componente onoraria con l'aggiunta di un giudice donna. La logica sottesa a tali scelte normative evidenziava che nei Tribunali dei minorenni *“era bene che almeno un componente fosse una donna per temperare il rigore e l'intransigenza maschile con un approccio di stampo materno, mentre nei casi di gravi delitti è necessario evitare che il peso eccessivo della componente femminile, con la sua emotività, sbilanci il collegio in senso indulgenziale”*¹¹³⁷.

¹¹³⁷ E. Fazè, *op.cit.*, p.57.

Anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale si espresse favorevolmente al sistema di “quote” maschili che assicurava la composizione mista della Corte d’assise e che fu giudicato legittimo con la sentenza n.56 del 3 ottobre 1958 allo scopo di evitare il rischio che i sei giudici popolari appartenessero al solo genere femminile¹¹³⁸.

Per giustificare la sua scelta, la Corte sembrava richiamare proprio le tesi sostenute in Assemblea costituente nel respingere la tesi di una violazione del principio di uguaglianza, affermando che l’articolo 51 Cost., nell’inciso “secondo i requisiti stabiliti dalla legge” che altrimenti sarebbe pleonastico, lasciava al legislatore “qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici, anche nell’intento di meglio utilizzare le attitudini delle persone”. La Corte, inoltre, precisava che “la limitazione numerica nella partecipazione delle donne in quei collegi risponde non al concetto di una minore capacità delle donne ma alla esigenza di un più appropriato funzionamento dei collegi stessi”. Emergeva in tal senso un criterio che sarà richiamato anche in seguito dalla giurisprudenza nell’affrontare questioni analoghe (infra § 4.2)

La portata dell’inciso “secondo i requisiti di legge”, peraltro, fu chiarita pochi anni dopo con la nota sentenza della Corte Costituzionale n.33 del 1960, che decise l’eccezione di costituzionalità sollevata nell’ambito del giudizio promosso da Rosanna Oliva De Conciliis contro la legge che, pur ammettendo l’accesso delle donne agli uffici pubblici le escludeva da quelli che comportavano l’esercizio di potestà politiche (art. 7 Legge 17 luglio 1919 n. 1176) la cui specifica individuazione era poi rimessa ad un regolamento che individuava tra l’altro la carriera prefettizia e quella giurisdizionale. La Corte affermò chiaramente che “una norma che consiste nello escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, [deve] essere dichiarata incostituzionale per l’irrimediabile contrasto in cui si pone con l’art. 51, il quale proclama l’accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all’uno e all’altro sesso in condizioni di eguaglianza”. Secondo la sentenza, il principio di eguaglianza ai sensi dell’art.3, 1 comma, Cost. riveste pertanto carattere generale, mentre l’inciso “secondo i requisiti stabiliti dalla legge” contenuto nell’art.51 consente di prendere in considerazione l’appartenenza di sesso solo come requisito attitudinale e unicamente in casi determinati ed a carattere eccezionale¹¹³⁹. Occorsero ancora tre anni perché si giungesse all’approvazione della Legge n. 66 del 1963 intitolata *Ammissione della donna ai pubblici uffici e alle professioni* che all’art.1 sancisce espressamente che: “La donna può accedere a tutte le cariche, professioni e impieghi pubblici, compresa la magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie senza limitazioni nelle mansioni e nello svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge”.

Questo segnò l’inizio della ammissione delle donne alla magistratura non solo come giudici onorari ma come giudici togati, ma solo la Legge 25 novembre 1987 n.479 ha previsto che nelle Corti d’assise il sesso dei giudici è irrilevante eliminando così la previsione del tetto massimo. Come si vedrà nel corso dell’analisi (infra § 4) la questione della composizione di genere degli organismi collegiali si riproporrà nell’ambito delle pari opportunità a vantaggio delle donne.

¹¹³⁸ In tema, M. D’Amico, *op.cit.*

¹¹³⁹ Per un autorevole commento della sentenza, all’epoca, C. Esposito, *Il sesso e i pubblici uffici*, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 568.

2.3 L'accesso delle donne alla polizia e all'esercito.

Per ciò che concerne l'accesso all'esercito e alla polizia, se ne da conto in questo saggio per attinenza al tema più generale, pur venendo in luce un'altra norma della Costituzione – l'art.52 – che fu discussa in Assemblea costituente sulla base di un sostanziale accordo generale sul fatto che “fosse in *re ipsa* che il servizio militare fosse riservato agli uomini”¹¹⁴⁰ e dunque non vi era alcuna necessità di esplicitare il divieto nei confronti delle donne, fermo restando che la legge avrebbe potuto indicare quali servizi potessero essere svolti “dal gentil sesso”¹¹⁴¹. Nonostante le affermazioni contenute nella pronuncia costituzionale del 1960, la realizzazione del principio di eguaglianza richiese tempi molto più lunghi in quanto la legge del 1963 aveva rinviato ad una legge specifica la regolamentazione dell'accesso delle donne all'esercito – che per l'appunto l'art.52 Cost. non escludeva – mentre per la polizia la legge 2 dicembre 1959 n. 1083 aveva istituito un corpo separato di polizia femminile che, peraltro, manteneva le poliziotte in una situazione peggiore¹¹⁴². Un primo passo verso l'affermazione della parità fra uomini e donne avvenne con la riforma sancita dalla legge n. 121 del 1981 (Nuovo ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza) che disciolse il corpo di polizia femminile e sancì l'ingresso a pieno titolo delle donne nella Polizia di Stato come si evince dall'art. 1 che afferma: “*La polizia espleta i servizi di istituto con personale maschile e femminile con parità di attribuzioni, di funzioni, di trattamento economico e di progressione di carriera*”. Ad essa si aggiunse qualche anno dopo la legge n. 14 del 7 giugno 1990 sul corpo forestale dello Stato che utilizza la stessa formulazione normativa. Infine Legge n. 380 del 1999 di *Delega al Governo per l'istituzione del servizio militare volontario femminile* e il D.lgs. n. 24/2000 affermarono il diritto di accesso generalizzato delle donne in tutti i corpi armati dello Stato e la possibilità di partecipare ai concorsi per il reclutamento di ufficiali e sottoufficiali in servizio permanente e dei militari di truppa in servizio volontario nei ruoli delle forze armate e della Guardia di Finanza (e i carabinieri). ora nel Codice Pari Opportunità (D.Lgs. n. 198/2006) agli artt. 32 e 33 che, oltre a ribadire il diritto al reclutamento femminile disciplinano altresì la materia attinente la tutela della genitorialità nel rapporto di lavoro.

3. L'evoluzione degli strumenti di effettività del principio di eguaglianza.

Le norme menzionate portarono, sia pure lentamente, alla cessazione del perpetuarsi di forme di discriminazione diretta, ma persistettero a lungo altri ostacoli che neppure attualmente possono dirsi superati. Alcuni dipendevano dall'esistenza di forme di discriminazione indiretta che solo l'evoluzione legislativa in materia di eguaglianza uomo/donna nel lavoro ha permesso di aggredire, dando luogo a pronunce importanti sotto il profilo dell'elaborazione del principio di eguaglianza (infra § 3.1); altri sono stati alla base della introduzione nell'ordinamento delle “azioni positive” volte a riequilibrare la presenza del genere maschile e di quello femminile nell'organico

¹¹⁴⁰ Le parole sono pronunciate dall' On. Togliatti, segretario del Partito Comunista Italiano nella prima sottocommissione il 15 novembre 1946.

¹¹⁴¹ L'unico favorevole fu E. Bencivenga, esponente dell'Uomo qualunque che pose l'attenzione sulle capacità dimostrate dalle donne nell'esercito americano durante la seconda guerra mondiale in merito a compiti delicati nei quali si sarebbero segnalate in maniera maggiore rispetto agli uomini. In tema Ceccherini, *op. cit.*, p.123.

¹¹⁴² Le Competenze riguardavano la materia della delinquenza minorile e della prostituzione, i delitti contro la famiglia, l'integrità della stirpe (i reati di adulterio e di omicidi per causa d'onore all'epoca ancora esistenti), delitti contro la tutela del lavoro femminile e minorile.

degli uffici pubblici. I diversi ambiti appena ricordati rendono opportuna pertanto l'analisi dell'incidenza del complesso normativo che si è sviluppato a partire dagli anni '70 in materia di eguaglianza uomo/donna nel lavoro, parte del quale approdato al Codice di Pari opportunità varato con il D.Lgs. 198/2006.

3.1. Divieto di discriminazione indiretta, criteri di selezione per i concorsi e obbligo di rispettare le differenze di genere.

Uno strumento importante per il contrasto all'esclusione delle donne da determinati settori di lavoro pubblico si è rivelato il divieto di discriminazione indiretta - menzionato dalla legge sulla parità uomo/donna n.903/1977 ma definito per la prima volta dalla legge 125/1991, art.4, in seguito leggermente modificato in sede di trasposizione della direttiva europea dall'attuale art.25 del Codice Pari Opportunità – con cui si identificano i trattamenti, nel senso di criteri o prassi per la selezione delle persone ai fini dell'assunzione o della carriera o di altri istituti tipici del rapporto di lavoro, che pur essendo apparentemente neutri producono effetti differenziati e svantaggiosi nei confronti degli appartenenti ad uno dei due sessi rispetto all'altro¹¹⁴³.

In questo senso si considera l'impatto negativo dovuto a criteri che ignorano le caratteristiche proprie mediamente di ciascuno dei due generi, essendo norma bidirezionale, ma che più spesso squalificano a monte le candidature femminili rispetto a quelle maschili¹¹⁴⁴. Si tratta di un divieto che ammette peraltro giustificazioni, nel senso che il criterio diventa legittimo se riguarda un requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa, e purché risponda a finalità legittime e i mezzi impiegati per conseguirlo siano proporzionati e necessari. Si apre a tale riguardo, quindi, un ulteriore giudizio di legittimità e di proporzionalità sulle misure che producono un impatto differenziato e sfavorevole.

Un'applicazione peculiare delle regole descritte in materia di accesso al pubblico impiego è avvenuta nel caso di bandi di concorso che ponevano come requisito l'aver fatto parte di forze armate, con ciò penalizzando le donne, prima della riforma del 1999, come nel caso deciso dalla Corte costituzionale con sentenza n.188/1994 che dichiarò l'incostituzionalità della disposizione che richiedeva tale condizione nel bando per far parte della banda musicale della Guardia di Finanza¹¹⁴⁵, sul presupposto che quest'ultima è un'istituzione del tutto distinta dal corpo militare per organizzazione, finalità e condizione del personale.

Ancor più interessante è la vicenda che ha riguardato il requisito di altezza minima previsto dalle disposizioni che regolavano la partecipazione ai concorsi pubblici e che poteva assumere caratteristiche discriminatorie in quanto mediamente l'altezza maschile è superiore a quella femminile.

¹¹⁴³ La nozione si è evoluta nel tempo nel senso della maggiore estensione possibile all'applicazione del divieto e nella versione più recente in conformità all'art.2, Direttiva 00/54 Ce, è stata abbandonata la regola per cui l'impatto negativo doveva essere proporzionalmente maggiore nei confronti di uno dei sessi. Nella formulazione attuale, secondo l'art.25 Codice Pari Opportunità, l'elemento costitutivo della fattispecie di cui dovrà essere fornita la prova è che il criterio o la prassi in questione metta le persone appartenenti a un determinato genere in una situazione di particolare svantaggio.

¹¹⁴⁴ In tema per tutt* M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè 1991; G. de Simone, *dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli 2001; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio fra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene 2005

¹¹⁴⁵ Si trattava del D. Lgs. 27 febbraio 1991 n. 79 *Riordinamento della banda musicale della guardia di Finanza* che richiedeva per la partecipazione al concorso e per la nomina a maestro vicedirettore della banda musicale il possesso dei requisiti necessari per la nomina ad ufficiale in servizio permanente della Guardia di finanza, tra i quali vi era l'aver superato i corsi dell'apposita accademia ai quali all'epoca erano ammessi soltanto i soggetti all'obbligo di leva, prevista solo per i maschi.

Per tale ragione già la legge n.974/1986 aveva dichiarato che l'altezza delle persone non costituisce motivo alcuno di discriminazione per la partecipazione ai concorsi pubblici indetti dalle pubbliche amministrazioni anche ad ordinamento autonomo, facendo salvo tuttavia il potere di stabilire le mansioni o qualifiche per le quali tale requisito fosse necessario e la misura dello stesso, tra le quali rientrano il corpo dei Vigili del fuoco (oltre alle Forze armate, Polizia di Stato, Guardia di Finanza, alcuni profili professionali delle Guardie forestali e dell'Ente Ferrovie dello Stato). Un approfondimento ulteriore si realizzò quando fu sollevata eccezione di costituzionalità nei confronti di una legge della Provincia autonoma di Trento che prevedeva in modo indifferenziato per uomini e donne il requisito di altezza di m. 1,65 per la partecipazione al bando di concorso per l'assunzione alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico nel servizio antincendi. La sentenza n. 163/1993 della Corte Costituzionale espresse l'esigenza che, pur essendo legittimo stabilire un requisito di altezza minima, questa fosse rapportata alle obiettive differenze che connotano mediamente gli uomini e le donne. Di conseguenza, secondo la pronuncia: *“il trattamento sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nei casi in cui esso risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono”*. Di conseguenza è stata rivista la legislazione sui minimi di altezza nei settori ove pure sono consentiti, secondo la norma attualmente in vigore contenuta nell'art.35 del Codice di pari opportunità.

Un ulteriore passaggio nella concettualizzazione della discriminazione indiretta è avvenuto quando sono stati presi in considerazione anche fattori dipendenti da caratteristiche non solo biologiche ma dovute ad altre ragioni di tipo sociale che possono condizionare in senso negativo la situazione delle donne rispetto agli uomini. Si tratta del caso di mancato possesso di determinati titoli di studio dovuto alle carriere scolastiche o professionali più specifiche delle donne rispetto agli uomini oppure, come è avvenuto proprio nel caso della magistratura, al ritardo con il quale è stato consentito l'accesso a tale settore.

Un esempio interessante a quest'ultimo riguardo è quello della magistratura amministrativa, dove il primo concorso si è svolto nel 1972 e, dunque, per quanto riguarda la disciplina legale, le donne avevano la medesima possibilità degli uomini di accedere alla magistratura amministrativa di primo grado. Come è stato rilevato¹¹⁴⁶, tuttavia, *“poiché la selezione è sempre stata strutturata come un concorso di secondo grado, che presuppone un'esperienza maturata specialmente in ambito pubblico, il ritardo con il quale le donne sono state ammesse in magistratura e in altre carriere considerate maschili, ha esercitato indirettamente un forte influsso. Essa infatti ha finito per limitare la platea dei concorrenti, soprattutto se si considera che storicamente i più importanti bacini di provenienza sono stati sempre costituiti dalla magistratura ordinaria e dalla carriera prefettizia, entrambe inibite alle donne fino al '63”*. L'incremento della partecipazione femminile ai concorsi in settori storicamente a prevalente presenza maschile non è sufficiente, in sostanza, a condurre automaticamente alla realizzazione dell'eguaglianza effettiva. Occorre pertanto affrontare il profilo che riguarda la promozione delle pari opportunità, e che proprio nel settore del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni ha conosciuto uno sviluppo importante nel corso del tempo.

¹¹⁴⁶ G. Adamo, *La parità nella magistratura amministrativa*, in M. D'Amico op.cit. p. 33, sottolinea che in concreto le prime due donne sono entrate in servizio nel 1982 e ancor oggi sono solo il quattordici per cento dei 118 magistrati in ruolo.

4. La promozione delle pari opportunità nel settore pubblico e le azioni positive “diseguali”.

In questo ambito è indiscutibile l’influenza dispiegata dal diritto comunitario fin dagli anni’80 con la prima Raccomandazione n.235/1084 che sollecitava gli Stati membri ad adottare azioni positive dirette ad eliminare gli ostacoli per la piena partecipazione delle donne al lavoro e indicando nel settore pubblico l’area privilegiata di intervento che avrebbe assunto valore esemplare anche per il settore privato¹¹⁴⁷. Pur non essendo fonte vincolante, è stata tradotta nell’ordinamento italiano in primo luogo dalla legge 125/1991 che, oltre ad imporre che nei bandi di concorso si menzionasse l’essere rivolti a persone di entrambi i sessi, introdusse un vero e proprio obbligo di adottare misure di azione positiva rivolte a promuovere le pari opportunità nel settore pubblico. Tuttavia, non essendo previsto alcun finanziamento specifico, a differenza del settore privato dove peraltro prevalse il modello volontario, né alcuna sanzione, si assistette alla pratica ineffettività della norma. Maggiore impatto ha avuto la riforma del 1993 sulla c.d. “privatizzazione del pubblico impiego” (ora nel TU contenuto nel D.lgs 165/01) che, oltre a ribadire la natura obbligatoria della promozione delle pari opportunità e ad introdurre istituzioni specifiche come i Comitati pari opportunità – oggi trasformati nei Comitati unici di garanzia (CUG) - ha sancito, il principio di promozione delle pari opportunità verso le donne. secondo l’art. 1 e soprattutto l’art.7 D.lgs.165/01 che attiene all’organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro. Esso afferma al primo comma che “Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne per l’accesso al lavoro e il trattamento sul lavoro”. Quest’ultimo specifica inoltre l’assenza di qualunque forma di discriminazione o di violenza morale o psichica, evoluto in seguito a sancire l’obbligo di garantire un ambiente di lavoro ispirato al benessere organizzativo¹¹⁴⁸. Allo scopo di rendere più incisiva la strumentazione volta al perseguimento dell’obiettivo paritario, inoltre, sono stati introdotti sistemi di “quote” e vincoli procedurali per correggere la sotto-rappresentazione delle donne in determinati settori o livelli di qualificazione, sulla scorta di esempi attuati nel settore pubblico in altri paesi dell’Unione Europea.

Al riguardo, l’art. 57 (ex art.61), ha introdotto l’obbligo di assicurare la presenza femminile di 1/3 nelle commissioni di concorso, ferma restando l’esigenza di assicurare l’adeguata competenza dei membri designati, ed altresì nell’accesso dei dipendenti ai corsi di formazione professionale (art 35, c.3 lett. e).

Un’altra importante misura, in seguito transitata nel Codice di pari opportunità all’art.46, prevede a carico delle PPAA l’obbligo di adottare piani triennali di azione positiva indicanti gli obiettivi strategici che esse si impegnano a realizzare per eliminare gli ostacoli che si frappongono all’eguaglianza effettiva, all’interno dei quali si situa un sistema volto a favorire l’inserimento delle donne nei settori e nei livelli nei quali sono sottorappresentate. Ove, in caso di assunzione o di promozione, la percentuale di sotto – rappresentazione delle donne nelle mansioni considerate sia su-

¹¹⁴⁷ Le aree di intervento principali erano costituite dalle misure dirette: a) ad eliminare o compensare gli svantaggi che derivano alle donne da atteggiamenti o comportamenti basati su stereotipi che riproducono la divisione tradizionale dei ruoli familiari e sociali; b) ad incoraggiare la partecipazione delle donne nei settori lavorativi nei quali sono sottorappresentate e nei livelli di responsabilità. In tema M. V. Ballestrero, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale in Nuove Leggi Civili Commentate*, 1994, p.11 ss.

¹¹⁴⁸ In tema mi permetto di rinviare a S. Scarponi, E. Stenico, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie e le luci e le ombre della legislazione italiana*, in M. Barbera (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè 2007, p. 423 ss anche per ulteriore bibliografia; da ultimo M. D. Ferrara, *Pari opportunità ed effettività delle tutele nel settore pubblico*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del lavoro derogabile*, Ediesse 2017, p. 158 ss

periore ai 2/3, ferma restando l'esigenza che tutte le candidature siano esaminate obiettivamente, la disposizione istituisce un onere di adeguata motivazione ove sia prescelto il candidato anziché la candidata.

Si tratta di misure inscritte nel panorama dei c.d. "trattamenti preferenziali" a favore della correzione della sotto-rappresentazione femminile, che tendono ad accelerare la partecipazione delle donne ai settori da cui sono storicamente state escluse ed anche a favorire l'inserimento nelle sedi di "presa delle decisioni" secondo la linea di "empowerment" sancita dai documenti internazionali tra cui la Cedaw (Convenzione per l'eliminazione di tutte le discriminazioni nei confronti delle donne) del 1979, e la Dichiarazione di Pechino del 1995. In questi casi, il principio di eguaglianza si trasforma, come è stato affermato¹¹⁴⁹, da "scudo" in "spada" potendo dar luogo ad un conflitto tra "gruppi" - e in questo caso tra "generi" - con il rischio di renderne più complessa l'attuazione.

4.1 La questione di legittimità delle misure tendenti a correggere la sotto-rappresentazione femminile tra diritto dell'Unione europea e riforma dell'art.51.

La loro legittimità è stata a lungo controversa, dando luogo a un dibattito molto vivo in occasione della prima pronuncia della Corte di Giustizia del 1995 che censurò un sistema peculiare introdotto dal Land di Brema in base al quale, in caso di assunzioni o promozioni nel settore delle Pubbliche Amministrazioni, si doveva dare priorità alla candidatura femminile, a parità di merito, in caso vi fosse una sotto – rappresentazione di lavoratrici superiore al 50% per il profilo professionale per cui veniva bandito il concorso¹¹⁵⁰. La sentenza, che influenzò per alcuni profili la coeva sentenza n. 422/1995 della Corte Costituzionale in tema di "quote elettorali", affermò il contrasto tra i sistemi di "quote" a favore delle donne ed il principio di eguaglianza formale ritendendo che realizzassero una sorta di *reverse discrimination* a danno degli uomini. Un'altra argomentazione, ancorata alla visione liberale prevalsa in questa prima fase, sostenne che le azioni positive ammissibili sarebbero esclusivamente quelle inscritte nella prospettiva legata alla parità di *chances* di partenza e non dovrebbero assicurare, se non in via mediata, il risultato finale, che invece verrebbe assicurato "in via rigida e automatica dal sistema in questione"¹¹⁵¹.

L'ampio dibattito dottrinale sviluppatosi a seguito di tali sentenze fece emergere molteplici aspetti di critica all'impostazione descritta, la principale controbattendo la concezione dell'eguaglianza ivi accolta e sostenendo la necessaria complementarità fra eguaglianza formale e misure di accelerazione dell'eguaglianza sostanziale¹¹⁵², sostenendo dunque la legittimità di una misura come quella in discussione soprattutto in quanto era rispettato il criterio della parità di preparazione professionale. In tal caso, dovendo scegliere necessariamente uno o l'altro dei candidati, non vi era ragione di considerare illegittimo un criterio di scelta fondato sulla promozione di una maggiore partecipazione delle donne al lavoro nel settore pubblico.

¹¹⁴⁹ Cfr L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè 1984

¹¹⁵⁰ Sentenza 17 ottobre 1995 causa C – 450/91 *Kalanke – Freie Hanseltadt Bremen*.

¹¹⁵¹ Sentenza *Kalanke cit.*

¹¹⁵² Per tutti cfr M. V. Ballestrero, *op. ult. cit.*

Accogliendo almeno in parte tali critiche, l'orientamento successivo della Corte di Giustizia ha abbandonato la distinzione tra parità di *chances* e di *risultato* ed ha accolto la legittimità delle azioni positive "preferenziali" se siano salvaguardate le condizioni del bilanciamento con il principio di eguaglianza formale, che impone di prendere in considerazione anche le candidature maschili, e l'esistenza di clausole di flessibilità che permettano di derogare in casi determinati all'applicazione della "quota" nel rispetto del più generale principio di proporzionalità¹¹⁵³. Sul piano normativo la questione ha indotto incisive modifiche in primo luogo nell'ordinamento dell'Unione Europea con il Trattato di Amsterdam¹¹⁵⁴, ed in seguito nel nostro ordinamento con la complessiva riforma costituzionale del 2003 che ha esplicitato in più modi il compito della promozione di pari opportunità u/d in capo allo Stato e alle Regioni. L'inserimento di un comma ulteriore all'art.51 Cost., che sancisce la promozione delle pari opportunità quale compito dello Stato e si riferisce all'intera area di diritti contemplata dalla norma, non ne definisce, tuttavia, i contenuti né menziona esplicitamente i sistemi di quote rinviando sul punto ad "appositi provvedimenti".

Nonostante i silenzi, l'affermazione non solo della legittimità¹¹⁵⁵, ma altresì della doverosità della promozione di pari opportunità tra uomini e donne contenuta nella norma costituzionale, ha influito positivamente sulla valutazione della disposizione che prevede l'onere di motivazione in caso di scelta del candidato anziché della candidata in sede di assunzione o di promozione, del resto volto principalmente a garantire la trasparenza delle decisioni amministrative onde impedire eventuali discriminazioni, anche se in via mediata incoraggia le candidature femminili¹¹⁵⁶. Inoltre, la condizione del "pari merito" rispetta sia il principio di eguaglianza formale sia quello del buon andamento della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art.97 Cost. Dubbi riguardano, semmai, la reale efficacia di tale misura data la scarsa eventualità che si verificano situazioni di pari qualificazione tra i candidati poiché "sarà abbastanza facile nella predisposizione dei criteri di selezione e nella loro applicazione evitare tale eventualità"¹¹⁵⁷, per cui occorrerà un attento vaglio dei criteri posti a base della valutazione del merito dei candidati in cui potrebbero annidarsi discriminazioni anche indirette. Appare debole altresì l'apparato sanzionatorio, pur consistente nella sospensione in capo all'ente pubblico del potere di procedere a nuove assunzioni, dato che è stato reso praticamente inefficace dal blocco disposto dalle leggi finanziarie per un lungo periodo del potere di procedere a nuove assunzioni.

¹¹⁵³ In particolare con la sentenza *Badeck C- 158/97*. In tema per tutti M. Ainis, *Cinque regole per le azioni positive*, in Q. costituzionali, 1999 n. 2, p.359; A. D'Aloja, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam 2002.

¹¹⁵⁴ La fonte comunitaria è stata modificata mediante l'introduzione di uno specifico comma nell'ultima parte dell'art.157, ora parte del TFUE, che esclude possano essere considerate discriminatorie le misure dirette a compensare svantaggi nei confronti del sesso sotto - rappresentato, ove la formula neutra di "sesso" ammette pertanto misure anche a favore della categoria maschile. Il principio è ribadito dall'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali allegata ai Trattati dell'unione Europea, ed avente la medesima portata giuridica, che legittima espressamente misure di questo tipo, nonché dall'art.3 della Direttiva 00/54 CE sul principio di eguaglianza e pari opportunità uomo/donna nel lavoro.

¹¹⁵⁵ La Corte costituzionale si era già espressa con sentenza n. 109/1992 a favore della legittimità della legge 215/1992 che prevedeva "azioni positive" di agevolazioni finanziarie nei confronti dell'imprenditoria femminile.

¹¹⁵⁶ G. De Simone, *op.cit.*, F. Borgogelli, *Le azioni positive nel settore pubblico*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, Nuove leggi civili commentate 2003, p.705; S. Scarponi, E. Stenico, *op.cit.*

¹¹⁵⁷ F. Borgogelli, *op.cit.*,

La giurisprudenza, nei rarissimi casi in cui è intervenuta, non è priva di ambiguità, tuttavia, e tende a ridurre la portata della disposizione: in una pronuncia si legge infatti non solo che l'obbligo di motivazione non si applica qualora vi siano procedure concorsuali il cui esito è determinato dalla meritevolezza dei candidati, affermazione che è condivisibile solo se si riferisce ad un divario di capacità professionali, salvo quanto appena detto; ma non si applica neppure nei casi in cui, pur trovandosi i candidati a pari merito, i criteri di assunzione o promozione siano predeterminati dalla legge, condizione questa niente affatto contemplata e tale da ridurre ulteriormente l'impatto della regola¹¹⁵⁸.

4.2. La costituzionalità della garanzia di presenza delle donne nella composizione delle commissioni di concorso e l'andamento ondivago della giurisprudenza amministrativa sugli organismi a composizione mista.

L'applicazione della disposizione relativa alla composizione delle commissioni di concorso ha portato alla luce la tensione dialettica fra le differenti visioni in merito al principio di eguaglianza uomo/donna, in parte riconducibile agli stessi nodi concettuali sopra ricordati. Emergono altresì non pochi equivoci nella ricostruzione del panorama normativo attinente le pari opportunità.

Richiamando brevemente i termini della controversia che dette luogo alla pronuncia della Corte costituzionale sul punto, va ricordato che una candidata aveva impugnato l'esito di un concorso a livello comunale a causa del mancato rispetto dell'obbligo inerente la composizione di genere nella commissione¹¹⁵⁹. La graduatoria fu annullata e il concorso ripetuto con altra commissione a seguito del quale la candidata risultò vincente. Tale graduatoria fu allora impugnata dal candidato vincitore nel primo concorso e il Consiglio di Stato ritenne che il ricorso non fosse manifestamente infondato proprio richiamandosi alla sentenza della Corte Cost. 422/95. Affermò in tal senso che la disposizione impugnata: *<<appare tale da imporre la presenza di donne per almeno un terzo nelle commissioni di concorso, con l'asserita e irragionevole conseguenza che una commissione risulterebbe legittimamente composta se formata di sole donne, mentre sarebbe illegittimamente composta se formata di soli uomini; che, oltre a ciò, la norma appare al remittente in contrasto col principio di razionalità in quanto, se il suo obiettivo è quello di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro, la pari opportunità deve essere quella finalizzata al conseguimento del posto di lavoro e non alla partecipazione alle commissioni esaminatrici. Il Consiglio di Stato rinviò la questione alla Corte Costituzionale che, invece, fu di parere opposto ribadendo i principi già affermati dalla propria giurisprudenza nella sentenza n. 49/2003 in materia di pari opportunità in ambito elettorale che, come è stato autorevolmente affermato "segnò la fine di equivoco"*¹¹⁶⁰.

Con ordinanza n.39/2005 la Corte dichiarò il ricorso manifestamente inammissibile perché, come si legge nel dispositivo *<<non teneva conto della riforma costituzionale dovuta all'ultimo comma inserito nell'art.51 e del nuovo quadro di riferimento che si è così costituito, palesemente orientato nel senso di rimuovere gli ostacoli ad una adeguata presenza femminile nel mondo istituzionale>>*.

¹¹⁵⁸ M.D. Ferrara, *op.cit.*, p. 178, con riferimento a Tar Roma Sez. III, 4 giugno 2015 n.7805.

¹¹⁵⁹ Statuito dall'art. 9, comma 2, del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi.

¹¹⁶⁰ L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. Cost.* 2003, p.364. Nello stesso senso si colloca la sentenza Corte Cost. n. 4/2010 sul sistema elettorale incentrato sulla doppia preferenza di genere

L'argomentazione si muove nel solco della novità apportata al quadro costituzionale che: <<*non si limita più a disporre che la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa*>> come già aveva affermato la sentenza n. 33 del 1960 (*supra* § 2.2), costituendo una sorta di specificazione del principio di uguaglianza enunciato dall'art. 3, primo comma, Cost., come già avevano ricordato le sentenze n. 188 del 1994 e n. 422 del 1995, <<*ma assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini*>>. Il ragionamento è del tutto condivisibile in quanto, pur non trattandosi di misura "neutra", dato che riguarda solo la presenza femminile, è da ritenere comunque legittima essendo ascrivibile al panorama concettuale proprio della promozione di pari opportunità che ammette anche misure "diseguali", secondo l'orientamento espresso sia dalla Corte di Giustizia prima richiamato. Rileva pure l'obiter dictum della sentenza Corte cost. n. 49/2003, ove afferma che le misure ivi esaminate appaiono quali "misure minime", facendo ritenere che non sia da escludere la legittimità di misure anche più incisive ove la situazione di correzione della sotto-rappresentazione lo richieda. Nelle commissioni di concorso, la quota a favore del genere femminile è pari a solo 1/3 e dunque rispetta il requisito di proporzionalità della misura di azione positiva. Infine, come afferma l'ordinanza n.39/2005, la regola sulla composizione delle commissioni di concorso non incide sul fondamentale diritto dei cittadini, dell'uno e dell'altro sesso, di partecipare in piena uguaglianza ad un concorso pubblico, dato che incide solo sulla formazione delle scelte dell'Amministrazione pubblica in merito ai componenti della commissione, richiamando la propria giurisprudenza in materia di pari opportunità e rappresentanza politica.

In merito va ricordato che la giurisprudenza costituzionale, in precedenza, con sentenza n. 172/2001 aveva ritenuto che la composizione mista di un organismo istituzionale – in quel caso il Tribunale dei minorenni in cui sono previsti 2 componenti laici di cui 1 uomo e 1 donna - rispondesse a diversi tipi di finalità a seconda dell'epoca di riferimento. Prima, in un contesto storico-normativo nel quale i togati erano tutti uomini – vigente la preclusione per le donne di essere ammesse al ruolo di magistrato – la norma era infatti finalizzata ad assicurare nella composizione del Tribunale per i minorenni, altrimenti tutta maschile, almeno una presenza femminile. Con l'entrata in vigore della legge n. 66 del 1963, che ha posto fine alla discriminazione ai danni delle donne, loro consentendo di accedere alla magistratura, la disposizione oggetto di scrutinio non è affatto diventata anacronistica, ma ha cambiato il proprio significato. Per la Corte essa intende garantire al collegio giudicante di <<*avvalersi del peculiare contributo di esperienza e di sensibilità così consentendogli una "completezza di prospettive"*>>¹¹⁶¹. È in sostanza il miglior funzionamento dell'organismo che diventa la ragione prevalente della "quota", sul presupposto che uomini e donne esprimano mentalità e sensibilità differenti la cui manifestazione è opportuno sia assicurata, ma senza scadere in pregiudizi sulle caratteristiche della personalità femminile o maschile quanto piuttosto perché l'appartenenza al genere femminile (o maschile) rappresenta un modo di essere di ciascuno e dunque appare normale che si possa esprimere nella composizione di organismi quali quelli citati, secondo l'approccio di valorizzazione delle differenze¹¹⁶².

Nonostante l'avvallo della Corte costituzionale, l'ostilità nei confronti della regola descritta si è manifestata da parte della giurisprudenza amministrativa che, nel periodo più recente, pur non

¹¹⁶¹ S. Leone, *I giudici e l'uguaglianza: uno sguardo alle tendenze più recenti*, in M. D'Amico, *op.cit.*, p.45.

¹¹⁶² In tema, ampiamente, B. Pezzini, *La costruzione del genere e Costituzione*, in B. Pezzini (a cura di) *La costruzione del genere*, Bergamo University Press 2012, p. 50-51

rimettendone in discussione la legittimità, ne riduce enormemente la portata applicativa. Alcune sentenze, infatti, hanno escluso che la mancata osservanza del meccanismo delle quote comporti l'invalidità della procedura concorsuale, rilevando tale violazione solo in presenza di una condotta discriminatoria della commissione in danno delle concorrenti femminili¹¹⁶³ e riducendo, così, erroneamente, la portata della norma in funzione dei risultati dell'attività della commissione e del rispetto dei divieti di discriminazione, anziché considerarla come misura utile in sé¹¹⁶⁴. In tal modo, viene equivocata la finalità della regola che risponde all'obiettivo di valorizzazione delle competenze femminili e di promozione della partecipazione delle donne alla sede di "presa delle decisioni" secondo le citate indicazioni del programma varato con la conferenza di Pechino, coniugato con la garanzia di un miglior funzionamento dell'organismo collegiale come avviene nel caso di altri organismi istituzionali, quali le Giunte amministrative o i Consigli di amministrazione delle società cui si applica la legge n. 120/2011¹¹⁶⁵. È auspicabile, dunque, che si realizzi un cambiamento nell'indirizzo interpretativo in modo da permettere la piena attuazione della regola in sé e per sé, in modo conforme all'orientamento della Corte Costituzionale in materia di pari opportunità.

Conclusioni.

La realizzazione del principio di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici sancito dall'art. 51 Cost., ovvero del diritto di uomini e donne ad accedere ai pubblici uffici in condizioni di parità, ha avuto un percorso storicamente non facile, come si è visto analizzando le vicende che hanno riguardato in particolare l'ordinamento giudiziario ed altri settori pubblici rilevanti da cui le donne sono state lungamente escluse. L'evoluzione che ha progressivamente esteso la portata della norma costituzionale oltrepassando il principio di eguaglianza formale per approdare all'affermazione delle pari opportunità di genere, in modo conforme sia al precetto contenuto nel secondo comma dell'art. 3 Cost. sia alle molteplici fonti a carattere internazionale ed euro-unitario, ha incontrato, tuttavia, resistenze non trascurabili. Ciò si evince in particolare dalla giurisprudenza in materia di azioni positive nel settore pubblico sia nel caso dell'accesso al lavoro e alla progressione di carriera sia nel caso della partecipazione delle donne alle commissioni di concorso. Non va, tuttavia, trascurata l'importanza dell'accoglimento della regola sulla composizione mista degli organismi istituzionali a carattere collegiale, anche sotto il profilo concettuale dell'analisi di "genere", in quanto non riproduce stereotipi negativi ma esprime la differenza di genere che connota uomini

¹¹⁶³ C. Stato sez. VI 3043/2014, punto 2d della parte in diritto; Tar Cagliari sez. II 518/2016.

¹¹⁶⁴ In tal senso l'opinione condivisibile di M. D. Ferrara, *op.cit.* p.175. Va precisato che per agevolare l'effettività della disposizione legge 215/2012 ha previsto un sistema di controllo sulla composizione delle commissioni di concorso mediante l'obbligo di trasmettere l'atto di nomina alla consigliera di parità territoriale che può imporre modifiche ove ravvisi la violazione del criterio di composizione ed è legittimato ad agire in giudizio in caso di inottemperanza.

¹¹⁶⁵ Come rileva M. D'Amico, *op.cit.* 2017, p. 48, in riferimento alla composizione delle Giunte. Emblematica TAR Lazio n. 6673 del 2011 che afferma: *"Soltanto l'equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi, specie se di vertice e di spiccata caratterizzazione politica, garantisce l'acquisizione al modus operandi dell'ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere"*. Parzialmente diverso, ma con risultato sostanzialmente uguale, è il Parere C. Stato 1801/2014 in merito alle quote nei CdA previste dalla Legge Golfo Mosca n. 120/ 2011 che propone una differente lettura, assumendo che *"la discriminazione verso il genere femminile nella vita civile rappresenta una diseconomia, perché comporta la rinuncia a metà delle risorse disponibili"*.

e donne come dato intrinseco alla società e che è auspicabile si rifletta nell'ambito degli organismi istituzionali.

Ad un giudizio complessivo, il panorama degli strumenti esaminati non appare del tutto soddisfacente, nonostante il progressivo affinamento della tecnica normativa, non solo per le difficoltà di far accettare la legittimità degli strumenti più incisivi, quali le quote, ma anche a causa della debolezza sul piano sanzionatorio, e della complessità applicativa che spesso li caratterizza. Il giudizio è confermato dalle analisi statistiche che mostrano come il divario nei settori storicamente a prevalente presenza maschile si sta riducendo ma persiste nei livelli più elevati della carriera, come a titolo esemplificativo avviene nella magistratura¹¹⁶⁶, nell'università¹¹⁶⁷, nella polizia e nelle Forze Armate¹¹⁶⁸. Il perseguimento di strategie rivolte non solo a combattere le micro-disuguaglianze ma ad indurre un effettivo e ampio processo di trasformazione in senso egualitario è dunque tutt'altro che concluso.

¹¹⁶⁶ Rileva I. Formaggia, *Il faticoso cammino della parità nella magistratura ordinaria*, in M. D'Amico, *op.cit.*, p. 31. "Le donne faticano ancora a raggiungere le posizioni apicali, in particolare a ricoprire i ruoli direttivi (solo il 26% sono donne) e semidirettivi della magistratura requirente (solo il 36% sono donne). I dati sono ancora più allarmanti nell'ambito degli incarichi direttivi requirenti, dove le donne si fermano a quota 19%. Oggi, le donne presidenti di Corte d'Appello sono 8, e sono al vertice di grandi uffici giudiziari, tra questi – appunto – Milano, Venezia, Genova, Firenze, Cagliari, Salerno, L'Aquila". La scarsissima presenza di donne nel Consiglio Superiore della Magistratura costituisce un ulteriore discusso profilo della questione a cui si riferisce la proposta di legge volta a promuovere l'equilibrio nella rappresentanza. In tema cfr C. Lendaro, *Introduzione* in M. D'Amico, *op.cit.*, p.59.

¹¹⁶⁷ Secondo i dati Miur 2016, sia pure con un trend complessivamente in crescita, a fronte del 58% delle laureate, solo il 22% sono diventate professoresse ordinarie, 37% associate mentre il 57% sono ricercatrici. Cfr documento finale 11 maggio 2018 Gruppo di lavoro "Genere e ricerca" presso il Miur in www.miur.gov.it/-/parità.

¹¹⁶⁸ Secondo i dati più aggiornati (dicembre 2016), il personale militare femminile in servizio nelle quattro Forze armate nazionali è così rappresentato: 5.991 (6,30%) nell'Esercito; 1.246 (3,10%) nell'Aeronautica; 2.041 (5,20%) nella Marina (compresa la Guardia costiera); 2.569 (2,47%) nell'Arma dei Carabinieri. Cfr A. Triggiano, *Donne e integrazione nelle forze armate. Un'analisi della situazione italiana*, in www.reportdifesa.it, 12.3 2018, anche per ulteriori approfondimenti. Fa eccezione la Polizia di Stato dove le statistiche mostrano una maggiore presenza di donne nei livelli elevati di carriera (direttori 942 su 1728 uomini, dirigenti 250 donne e 552 uomini, ma 1 solo dirigente generale donna secondo dati Dipartimento Pubblica sicurezza 2016) in quanto ai concorsi le donne hanno mediamente titoli superiori.