

MIA CAIELLI

# Azioni positive

Estratto da:

## DIGESTO

*delle Discipline Pubblicistiche*

*Aggiornamento*

\*\*\*

con la collaborazione di

Adolfo Angeletti - Raffaele Bifulco - Alfonso Celotto

Marco Olivetti - Elisabetta Palici di Suni

**UTET**  
GIURIDICA

## INDICE

### *Tomo I*

Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali di M. VELLANO . . . . .	<i>p.</i>	1
Agibilità (certificato di) di A. MASSONE . . . . .	»	7
Aree naturali protette di A. CROSETTI . . . . .	»	10
Arricchimento ingiustificato (dir. amm.) di R. TOMEI . . . . .	»	24
Assistenza e beneficenza di I. A. SORACE . . . . .	»	31
Atti normativi (tecniche di redazione) di S. AMORE . . . . .	»	44
Autorità amministrative indipendenti di M. POTO . . . . .	»	54
Autorità amministrative indipendenti nel diritto europeo di U. CERASOLI . . . . .	»	62
Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di E. GIARDINO	»	95
Avvalimento di S. CRESTA . . . . .	»	108
Azioni positive di M. CAIELLI . . . . .	»	115
Beni forestali di A. CROSETTI . . . . .	»	135
Bibliografia di A. PATRON . . . . .	»	150
Biblioteca di A. PATRON . . . . .	»	156
Biblioteconomia di A. PATRON . . . . .	»	171
Bureau international des expositions (BIE) di M. VELLANO . . . . .	»	172
Centrali di committenza (dir. amm.) di R. TOMEI e V. D. SCIANCALEPORE . . . . .	»	177
Codice di comportamento (dir. amm.) di L. CAPOGNA e R. TOMEI . . . . .	»	186
Colpa della pubblica amministrazione di S. RUSCICA . . . . .	»	199
Consiglio delle autonomie locali (dir. cost.) di D. CODUTI . . . . .	»	210
Contraente generale di F. PASCUCCI e R. TOMEI . . . . .	»	222
Contratti pubblici di R. CARANTA . . . . .	»	237
Costituzione economica di G. BIANCO . . . . .	»	259

Danno all'immagine della pubblica amministrazione di F. LILLO . . . . .	p. 273
Devoluzioni di P. VIPIANA . . . . .	» 292
Dichiarazione di inizio attività di F. PAVONI . . . . .	» 309
Doveri costituzionali di F. PIZZOLATO e C. BUZZACCHI . . . . .	» 319
Efficienza energetica di L. GILI . . . . .	» 340
Emendamento di G. PISTORIO . . . . .	» 353
Farmacia di S. CICCOTTI . . . . .	» 372
Fiducia parlamentare di G. RIVOSECCHI . . . . .	» 377
Funzioni amministrative regionali (dir. cost.) di G. TARLI BARBIERI . . . . .	» 401
Giustizia costituzionale di E. PALICI DI SUNI . . . . .	» 427
Inchiesta parlamentare di C. DI RUZZA . . . . .	» 446

### *Tomo II*

Legislazione bibliotecaria di A. PATRON . . . . .	» 471
Materie (riparto di competenze) di G. DI COSIMO . . . . .	» 475
Multiculturalismo (dir. comp.) di E. CECCHERINI . . . . .	» 486
Naturalizzazione di C. BERSANI . . . . .	» 501
Nullità dell'atto amministrativo di T. CITRARO . . . . .	» 512
Occupazione nel diritto amministrativo di S. MIRATE . . . . .	» 520
Ombudsman (dir. comp.) di M. COMBA . . . . .	» 535
Paesaggio di A. CROSETTI . . . . .	» 542
Pari opportunità di G. MONTELLA . . . . .	» 585
Parità di genere di E. PALICI DI SUNI . . . . .	» 593
Partiti politici europei di G. GRASSO . . . . .	» 609
Patrimonio dello Stato s.p.a. di A. GIUFFRIDA . . . . .	» 638
Potere sostitutivo (dir. cost.) di Q. CAMERLENGO . . . . .	» 652
Potestà legislativa in materia ambientale (riparto tra Stato e Regioni) di C. DE BENETTI . . . . .	» 663
Principio di precauzione di A. ZEI . . . . .	» 670
Pubblico impiego di G. GALLENCA . . . . .	» 695
Regione (dir. cost.) di A. RUGGERI . . . . .	» 708
Regolamenti comunali di E. GIARDINO . . . . .	» 741
Responsabilità amministrativa e contabile di S. RODRIQUEZ . . . . .	» 756
Responsabilità della pubblica amministrazione (principi di) di R. CHIEPPA . . . . .	» 768
Risarcimento del danno ambientale di G. FESTA . . . . .	» 780
Secessione di D. E. TOSI . . . . .	» 789

Semplificazione normativa (dir. pubbl.) di A. CELOTTO e C. MEOLI . . . . .	<i>p.</i> 806
Sponsorizzazione (contratto di) di R. TOMEI e V. D. SCIANCEPORE . . . . .	» 827
Stato (dir. internaz.) di G. ARANGIO-RUIZ . . . . .	» 841
Suolo (difesa del) di A. CROSETTI . . . . .	» 875
Trasparenza (principio di) di P. TANDA . . . . .	» 884
Valutazione ambientale strategica di L. GALLO . . . . .	» 946

## Azioni positive

**Bibliografia:** AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Roma, 1978; AGRÒ, *Il principio di eguaglianza formale*, in *Comm. della Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975; AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, *Quad. C*, 1999; ID., *Azioni positive e principio di eguaglianza*, *GiC*, 1992; ANNOUSSAMY, *La réservation de sièges dans le corps élus en Inde*, in *Droit et cultures*, 2007; BAER, *Equality under Constitution*, London, 1983; BALLESTRERO, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*, *NLCC*, 1992; BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate sul caso nordamericano*, *RGL*, 1984; BECCALI (a cura di), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro o nella politica?*, Milano, 1999; BERTHOU, *La CJCE et l'égalité de traitement: quelles orientations?*, *Droit Social*, 2001; BIN-BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003; BIFULCO-CARTABIA-CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne*, *DS*, 1994; CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008; CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998; CERRI, *Eguaglianza ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984; ID., *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, *RTDP*, 1993; ID., «Uguaglianza (principio costituzionale di)», in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994; ID., *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999; CHARPENTIER, *The European Court and the Rhetoric of Affirmative Action*, *European Law Journal*, 1998; CRASKE-MOLYNEUX (eds.), *Gender and the Politics of rights and Democracy in Latin America*, London, 2002; D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001; EAD., *A proposito di azioni positive: regole di eguaglianza e giustificazione delle azioni positive*, *Ragion pratica*, 1997/8; EAD., *Ancora su diritto diseguale ed eguaglianza sostanziale*, *NLCC*, 1994; DEFFENU, *La parità tra i sessi nella legislazione elettorale di alcuni Paesi europei*, *DPCE*, 2001; DWORKIN, *Why Bakke has no case*, *New York Review of Books*, 1977; ID., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982 (ed. originale: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1979); ID., *L'impero del diritto*, Milano, 1989 (ed. originale: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., 1986); ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980; FERRARA (a cura di), *Comunitarismo e liberalismo*<sup>2</sup>, Roma, 2000; FISCUS, *The Constitutional Logic of Affirmative Action*, Durham-London, 1992; FISS, *Groups and Equal Protection Clause*, in *The Modern Constitutional Theory. A Reader*<sup>4</sup>, a cura di Garvey-Aleinkoff, St. Paul, 1999; FRIED, *Metro Broadcasting, inc. v. Fcc.: Two Concepts of Equality*, *Harvard Law Review*, 1990; FULLINWIDER, *The Reverse Discrimination Controversy: A Moral and Legal Analysis*, Lanham, 1980; GAETA-ZOPPOLI, *Il diritto diseguale*, Torino, 1982; GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, *FI*, 1996; Gi-

MENEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, 1999; GIORGIS, *Art. 3, 2° co.*, in *Comm. alla Cost. Bifulco, Celotto e Olivetti*, Torino, 2006; GOLDMAN, *Justice and Reverse Discrimination*, New York, 1979; GUADAGNINI (a cura di), *Da elettrici a elette. Riforme istituzionali e rappresentanza delle donne in Italia*, in *Europa e negli Stati Uniti*, Torino, 2003; HEPPLER-SZYCZAK (eds.), *Discrimination: The Limits of the Law*, London-New York, 1992; HOLLINGER, *Group Preferences, Cultural Diversity, and Social Democracy: Notes Toward a Theory of Affirmative Action, Representations*, 1996; KELLOUGH, *Understanding Affirmative Action. Politics, Discrimination and the Search for Justice*, Washington, 2006; LUCHENA, *Le azioni positive nelle recenti riforme costituzionali: il difficile equilibrio tra misure preferenziali e tutela delle posizioni soggettive dei terzi*, *Rass. P*, 2003; MANGIA, *Rappresentanza di genere e rappresentanza degli interessi*, *J*, 2002; MATTEUCCI, «Razzismo», in *Dizionario di Politica*, Torino, 2004; NINATTI, *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario*, *Quad. C*, 2000; PALICI DI SUNI (a cura di), *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione europea*, Padova, 2007; EAD., *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali*, Torino, 2004; EAD., *Le ragioni delle donne e le donne nelle Regioni*, *DPCE*, 2001; RAE, *Equalities*, Cambridge, Mass., 1981; PETERS, *Women, Quotas and Constitutions*, The Hague-London-Boston, 1999; PINOTTI, *Parità di trattamento fra uomini e donne, tra mainstreaming e azioni positive, nel diritto comunitario e nel diritto nazionale alla luce delle riforme costituzionali*, *CS*, 2005; POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005; RACUSEN, *Making the Impossible Determination: Flexible Identity and Targeted Opportunity in Contemporary Brazil*, *Conn. Law Review*, 2004; RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, rist. 2002 (ed. originale: *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971); RODANO, *Il genere femminile nei sistemi politici europei*, *DD*, 1988; ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven-London, 1991; SCARPONI (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di «quote» al vaglio di legittimità*, Trento, 1997; SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, 2002; SOWELL, *Weber and Bakke, and the Presuppositions of «Affirmative Action»*, *Wayne Law Review*, 1980; TELLES, *Race in Another America: The Significance of Skin Color Brazil*, New York, 2004; TRIBE, *Constitutional Choices*, Cambridge, Mass., 1985; TSUJIMURA, LOCHAK (a cura di), *Egalité des sexes: la discrimination positive en question*, Société de législation comparée, Parigi, 2006; JONES, *The Origins of Affirmative Action*, *U.C. Davis Law Review*, 1988; TUSSMAN, TENBROEK, *The Equal Protection of the Laws*, *California Law Review*, 1944; WEISS, «We Want Jobs». *A History of Affirmative Action*, New York-London, 1997; VITALE (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, 2000; VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984; ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

**Sommario:** 1. Le origini delle azioni positive. – 2. Le azioni positive come diritto diseguale. – 3. Il fondamento costituzionale delle azio-

ni positive. – 4. La giustificazione delle azioni positive. – 5. L'utilizzo delle azioni positive negli ordinamenti contemporanei. – 6. (*Segue*). Le azioni positive in materia di rappresentanza politica. – 7. Alcune riflessioni conclusive.

### 1. *Le origini delle azioni positive.*

Nel 1896, con la sentenza *Plessy v. Ferguson* (1), la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America aveva sostenuto che la previsione di servizi pubblici, quali i mezzi di trasporto, i ristoranti o le scuole separati per i cittadini bianchi e afroamericani non comportava alcuna violazione del principio costituzionale di eguaglianza se questi potevano considerarsi formalmente equivalenti. Tale pronuncia avallò dunque l'allora vigente sistema di apartheid, consentendo che le cosiddette *Jim Crow laws*, ovvero le normative adottate nella maggior parte degli Stati del Sud che imponevano la segregazione razziale negli istituti scolastici e nei servizi pubblici, restassero in vigore (2).

Occorse più di mezzo secolo per il superamento di tale ingombrante precedente giudiziario: solo nel 1954, infatti, con la sentenza *Brown v. Board of Education* (3), la Corte Suprema dichiarò che il sistema differenziato di scuole per neri e bianchi si poneva in contrasto con la *equal protection clause* stabilita dal XIV Emendamento e obbligò tutti gli Stati membri ad adottare le misure necessarie a garantire una scuola mista. Lo storico «*overruling*» fu fondato sulla cosiddetta teoria della *color-blindness*, secondo cui la Costituzione americana sarebbe cieca dinanzi al colore della pelle e vieterebbe quindi nel modo più assoluto ai pubblici poteri di prendere in considerazione l'elemento razziale per dettare discipline differenziate.

Per alcuni anni il principio alla base delle decisioni in materia di relazioni razziali rimase quello della cecità della Costituzione: la giurisprudenza, infatti, ribadì a più riprese la incostituzionalità di qualunque normativa, statale o federale, volta a imporre o consentire trattamenti differenziati in base alla razza nell'istruzione pubblica, ma attribuì alle autorità scolastiche ampia discrezionalità riguardo le modalità e i tempi con cui procedere allo smantellamento del regime di segregazione razziale nei vari istituti. Per alcuni anni ci si limitò, infatti, ad affermare che tale compito avrebbe dovuto essere svolto «*with all deliberate speed*» (4). Soltanto in un secondo momento la Corte Suprema iniziò a insistere sulla necessità di accelerare il processo di eliminazione del sistema di apartheid, non limitandosi più a imporre l'abrogazione delle legislazioni che prevedevano trattamenti differenziati in ragione dell'appartenenza razziale, ma richiedendo l'adozione di misure finalizzate a eliminare negli istituti scolastici ogni traccia di segregazione.

Con la pronuncia del 1968 *Green v. County School Board of New Kent County, Virginia* (5), ad esem-

pio, la Corte Suprema ritenne all'unanimità che il piano adottato da un dipartimento scolastico, basato meramente sulla libertà di scelta degli alunni riguardo la scuola da frequentare non poteva considerarsi sufficiente, né adeguato: tale ente pubblico avrebbe invece avuto «il dovere di intraprendere le misure necessarie per trasformarsi in un sistema scolastico unitario nel quale la discriminazione razziale fosse eliminata alla radice» (6). Due anni dopo la Corte Suprema ebbe l'occasione di ribadire questo concetto nella sentenza *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (7), ove, dinanzi ad un programma previsto da una comunità locale che, al fine di facilitare l'accesso degli scolari di colore alle scuole originariamente frequentate dai bianchi, obbligava costoro ad usufruire del trasporto pubblico necessario al raggiungimento degli istituti lontani dalla loro abitazione, dichiarò che «il compito che spetta ai dipartimenti scolastici oggi è quello di adottare dei piani che funzionino realmente, subito, fino a quando non sarà evidente che la segregazione imposta dallo stato è stata eliminata completamente» (8).

Queste due decisioni paiono molto utili per introdurre il discorso sulle azioni positive: la Corte Suprema inizia a spingersi oltre la proclamazione del principio di non discriminazione, non accontentandosi di constatare che la legislazione che impone l'apartheid nelle scuole è stata eliminata e che al suo posto è subentrata la possibilità per tutti gli alunni di decidere quale scuola frequentare, ma interpretando la *equal protection clause* come regola che consente, anzi, obbliga, le autorità scolastiche statali ad utilizzare il criterio della razza per adottare misure utili a rimediare al passato regime segregazionista.

Occorre ricordare che nei mesi che precedettero tali pronunce il *Civil Rights Movement*, nato nel Sud con lo scopo di eliminare ogni forma di discriminazione razziale, non solo de iure, ma anche de facto, aveva riunito studenti, genitori e insegnanti che si erano fatti promotori di diverse iniziative volte a combattere la sottorappresentanza della minoranza di colore, tanto nell'istruzione inferiore quanto in quella superiore. La risposta alle richieste di una maggiore integrazione era arrivata presto, quando diversi dipartimenti scolastici e università avevano iniziato ad adottare volontariamente programmi finalizzati a incrementare l'accesso all'istruzione degli studenti appartenenti alla minoranza afroamericana.

È quindi nel momento in cui emerge con evidenza che il semplice rispetto del divieto di discriminare in base alla razza non è sufficiente a creare una società senza traccia di segregazione razziale che si fa strada il concetto di azione positiva.

Agli inizi degli anni '60 diventa piuttosto frequente il ricorso alle corti da parte di soggetti discriminati al

fine di ottenere non soltanto l'ordine di cessazione del comportamento discriminatorio, bensì un injunctive relief volto ad orientare la politica futura dell'autore della discriminazione al raggiungimento di una reale parità di trattamento. La Sez. 706(g) del Titolo VII del Civil Rights Act entrato in vigore nel 1964, aveva infatti attribuito ai giudici federali il potere di imporre ai datori di lavoro, pubblici o privati, riconosciuti colpevoli di discriminazioni razziali, l'adozione delle misure ritenute più appropriate per rimediare al danno arrecato al lavoratore afroamericano. I giudici interpretano il nuovo compito loro conferito andando a imporre, oltre a misure che possono qualificarsi come semplici strumenti di ripristino della situazione antecedente la condotta discriminatoria, quali l'assunzione o la riassunzione del soggetto discriminato, il pagamento di arretrati di paga e così via, anche programmi volti a garantire dei trattamenti preferenziali a favore dei membri della minoranza di colore, spesso prescindendo dal fatto che ciascuno di essi sia stato in effetti, personalmente, vittima di specifici atti discriminatori.

Emblematico è il caso *Local 53 of the International Association of Heat and Frost Insulators and Asbestos Workers v. Vogler* (9), deciso nel 1969 dalla Corte d'Appello del 5° Circuito, che, proprio invocando la menzionata disposizione del Civil Rights Act 1964, obbliga l'organizzazione di lavoratori ritenuta colpevole, già in primo grado, di aver posto in essere una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori di colore, a candidare, per le future assunzioni, un lavoratore bianco e uno di colore in modo alternato, al fine di giungere il più velocemente possibile ad una situazione di parità e di risarcire le vittime della passata discriminazione. Pochi anni dopo i giudici della Corte d'Appello del 2° Circuito, nel caso *Rios v. Enterprise Association Steamfitters Local*, deciso nel 1974, sottolineando che le Corti di altri otto Circuiti si sono parimenti attribuite il potere di disporre azioni positive, dichiarano che queste sono essenziali «perché gli effetti delle violazioni dei diritti delle minoranze avvenute in passato non possono essere eliminati semplicemente vietando discriminazioni future, poiché questo sarebbe illusorio e inadeguato come rimedio» (10). La Corte Suprema non si oppone all'utilizzo di tali misure: con la decisione *Steelworkers v. Weber*, afferma, infatti, l'ammissibilità di un piano previsto da un accordo collettivo fra un datore di lavoro privato e il sindacato locale in base al quale metà dei posti relativi a programmi di formazione per l'accesso a posti di lavoro qualificato dovevano essere riservati a dipendenti neri, fino a quando il loro numero sarebbe stato corrispondente, in percentuale, a quello della forza lavoro di colore dell'area geografica interessata (11). L'epoca cui risalgono le sentenze appena citate è la

stessa in cui l'Esecutivo inizia a farsi carico della questione razziale, intervenendo a più riprese mediante l'utilizzo di executive orders, provvedimenti adottati dal Presidente, o dai suoi Funzionari, nell'ambito del rispettivo settore e previo assenso del Presidente, implicitamente previsti dall'art. II, sez. 1, sez. 2, 1° co., e sez. 3 della Costituzione.

Il primo di questi atti presidenziali veniva addirittura adottato prima che la Corte Suprema bandisse la segregazione razziale: l'amministrazione del New Deal, emanò, infatti, nel 1941, l'Executive Order n. 88002, non solo per proclamare il divieto di discriminazione nel lavoro per ragioni di razza, credo o etnia, ma per indurre i datori di lavoro e i sindacati ad «adoperarsi per la completa e paritaria partecipazione di tutti i lavoratori nelle imprese senza discriminazioni» (12). Tale provvedimento avrebbe potuto essere letto come invito all'utilizzo di trattamenti preferenziali in favore delle minoranze razziali (13), ma tale interpretazione non riuscì ad affermarsi: probabilmente perché l'Executive Order non restò in vigore abbastanza a lungo e perché, in realtà, nemmeno come strumento meramente antidiscriminatorio riuscì a produrre risultati apprezzabili, a causa dell'assenza di standard di individuazione delle pratiche discriminatorie e di sanzioni da applicarsi (14).

Più innovativo fu l'Executive Order n. 10925, adottato dal Presidente Kennedy nel 1961 sotto la spinta del movimento per i diritti civili, il quale per la prima volta, concepì la adozione di provvedimenti volti a favorire l'impiego dei membri della minoranza di colore come generale dovere dei datori di lavoro, quindi non più soltanto come misura sanzionatoria utilizzabile dai giudici nei confronti di coloro che erano stati giudicati responsabili di pratiche discriminatorie. Il sistema così realizzato verrà in seguito perfezionato sotto la presidenza di Lyndon Johnson, il quale, nel 1964, emanò la prima versione dell'Executive Order n. 11246. Come il provvedimento adottato da Kennedy, ma in modo più incisivo, tale atto stabilì che i datori di lavoro titolari di contratti di appalto o subappalto pubblici dovessero porre in essere dei programmi contenenti gli obiettivi numerici per l'assunzione e la promozione dei lavoratori delle minoranze e i criteri di valutazione dei progressi compiuti: il piano non implicava l'obbligo giuridico per il datore di lavoro di raggiungere i risultati prefissati, ma gli imponeva l'onere di perseguirli in buona fede (15).

Il più noto Executive Order fu però il Philadelphia Plan, adottato per la prima volta nel 1967, eliminato successivamente dalla stessa amministrazione Johnson, e poi ripreso sotto la presidenza Nixon nel 1969. Il Segretario del Lavoro aveva presentato tale atto con alcune affermazioni a mio avviso fondamentali

per comprendere la logica delle azioni positive: «Segregation didn't occur naturally — it was imposed. In that process, quotas, limits, boundaries were set. Sometimes written — sometimes unpublished (...). Because extraordinary efforts had been exerted to enforce discrimination, equally vigorous measures are required to eliminate discrimination» (16).

(1) 163 U.S. 537 (1896).

(2) Tali leggi furono approvate alla fine della Guerra di Secessione: per un approfondimento si rinvia a LATHAM, *The Rise and Fall of Jim Crow, 1865-1964*, New York, 1969.

(3) 347 U.S. 483 (1954).

(4) Dec. cit., 299.

(5) 391 U.S. 430 (1968).

(6) Dec. cit., 436.

(7) 402 U.S. 1 (1971).

(8) *Ibidem*, 13.

(9) 407 F.2d 1047 (5th Cir. 1969).

(10) *Rios v. Enterprise Association Steamfitters Local* (2nd Cir. 1974), 501 F. 2d 631.

(11) 443 US 193 (1979), commentata da SOWELL, *Weber and Bakke, and the Presuppositions of «Affirmative Action»*, *Wayne Law Review*, 1980, 1309 ss.

(12) Executive Order n. 8802, 3 C.F.R. 957.

(13) Cfr. JONES, *The Origins of Affirmative Action*, *U.C. Davis Law Review*, 1988, 394.

(14) BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate sul caso nordamericano*, *RGL*, 1984, 296.

(15) ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Le azioni positive nel sistema giuridico statunitense*, in *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di «quote» al vaglio di legittimità*, a cura di Scarponi, Trento, 1997, 125.

(16) Tale passaggio del discorso del Segretario del Lavoro Fletcher è riportato in WEISS, «*We Want Jobs*». *A History of Affirmative Action*, New York-London, 1997, 130.

## 2. Le azioni positive come diritto diseguale.

Le misure invocate dai giudici federali statunitensi e dagli Executive Orders che si sono succeduti nel tempo per correggere gli effetti della segregazione razziale venivano denominate affirmative actions. Con questa espressione si faceva riferimento a vari interventi rivolti alla minoranza afro-americana che potevano consistere sia in trattamenti preferenziali in favore dei cittadini di colore, sia nell'adozione di politiche del lavoro finalizzate a ridurre la piaga della disoccupazione dei neri (17). Analogamente, la traduzione italiana di tale espressione con «azioni positive», così come quella effettuata da tutti gli ordinamenti non anglofoni (18), è stata utilizzata per indicare tanto quelle misure, variamente configurate, volte alla rimozione delle disparità di fatto tra i cittadini, quanto, più specificamente, come sinonimo di trattamento preferenziale disposto nei confronti degli appartenenti a determinate categorie tradizionalmente svantaggiate al fine di facilitare loro l'accesso a determinate risorse scarse (quali, ad esempio, un posto di lavoro, una promozione, l'accesso all'università, una carica elettiva). Negli ordinamenti europei vengono spesso ricomprese nella categoria delle

azioni positive tutte le misure dirette ad agevolare l'accesso femminile al mercato del lavoro e alla rappresentanza politica: sia quelle che favoriscono l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali, lo sviluppo di strutture per l'infanzia, le politiche di previdenza sociale e gli interventi riguardanti l'orientamento e la formazione professionale delle donne (19), sia quei provvedimenti che impongono l'attribuzione di una precedenza alle donne nelle assunzioni e promozioni o la previsione di una determinata percentuale di candidature femminili nelle liste elettorali.

Le azioni positive, riprendendo una distinzione cara alla dottrina italiana, possono allora essere intese come «programmi» o come «discriminazioni alla rovescia» (20): le azioni positive secondo la prima accezione comprendono gli interventi che provano a risolvere la condizione sfavorevole in cui versano determinate categorie sociali senza attribuire ai loro appartenenti alcuno specifico vantaggio, mentre sono indicate come «discriminazioni alla rovescia» le misure che attribuiscono direttamente ai membri di alcuni gruppi svantaggiati certi beni scarsi o che, comunque, predispongono corsie preferenziali che consentano a costoro di raggiungere più rapidamente il traguardo dell'acquisizione di tale bene (21). Queste possono, a loro volta, configurarsi in vari modi: la distinzione forse più comune è tra «quote» e «goals». Le prime possono essere definite, con una inevitabile approssimazione, come riserve a favore dei membri della categoria svantaggiata di una percentuale dei posti disponibili in un determinato ambito in cui essa è sotto-rappresentata e possono presentarsi come rigide o flessibili, a seconda che la percentuale prefissata sia da raggiungere indipendentemente dal merito degli individui interessati dai provvedimenti, o, invece, che l'obiettivo numerico stabilito possa essere perseguito solo dopo aver verificato la adeguatezza della qualificazione del destinatario del trattamento di favore o altri fattori che ne impediscano il funzionamento automatico. Le azioni positive qualificate come goals, invece, perseguono lo stesso obiettivo delle quote, che è quello di favorire la partecipazione dei membri di alcune categorie svantaggiate a quei settori della vita sociale, economica o politica in cui faticano ad accedere, ma, a differenza di queste, non prevedono alcuna riserva di posti in tali settori (22).

Oggetto della presente trattazione vorranno essere esclusivamente le azioni positive intese come discriminazioni alla rovescia, o, meglio, come trattamenti preferenziali (23). Tali misure, oltre ad alimentare costantemente il dibattito politico, sollevano una fondamentale questione di diritto costituzionale che da decenni impegna giurisprudenza e dottrina, tanto nel loro Paese d'origine, quanto in tutti gli altri or-



dinamenti, europei e non, che le hanno importate: questione che sorge essenzialmente dalla ambigua e problematica relazione che esse instaurano con il principio cardine di ogni forma di stato democratica, ovvero il principio di eguaglianza.

Le distinzioni soggettive su cui esse necessariamente vengono costruite non possono, infatti, considerarsi rientranti nella categoria di quelle ammesse o richieste da una corretta attuazione della regola della parità giuridica. È stato efficacemente sottolineato in dottrina come «la più blanda delle azioni positive comporta sempre dei “vinti” e dei “vincitori” (...). Se si usa la razza o il sesso quale base per accordare trattamenti preferenziali, è inevitabile che ciò comporti l'esclusione di una parte dei bianchi o degli uomini che sarebbero stati altrimenti scelti. Quello che può variare è il grado di esclusione ammesso, ma non l'effetto di esclusione in sé» (24). Tale effetto di esclusione, che ogni azione positiva produce nel momento in cui va ad alterare le normali regole della competizione tra diversi individui per l'acquisizione di una determinata risorsa scarsa, si traduce in una lesione del diritto costituzionale all'eguaglianza previsto nelle costituzioni liberal-democratiche. L'universalità della norma nell'attribuzione di determinati beni come criterio cui deve attenersi il legislatore nel rispetto del principio di eguaglianza, come è stato evidenziato da autorevole dottrina, «ha radice in un'ipotesi di perfetta fungibilità di tutti gli individui, di cui possono essere rilevanti solo le attitudini a compiti oggettivi e non la soggettività come tale» (25). Al di fuori dei casi in cui è la stessa Costituzione a permettere espressamente, o addirittura a imporre, al legislatore di tenere in considerazione la soggettività come tale, nei casi in cui invita i pubblici poteri ad attribuire rilevanza a determinati fattori soggettivi che il principio di non discriminazione vieterebbe di considerare (26), il soggetto e le sue qualità possono quindi legittimamente assumere rilevanza solo in presenza «di evidenti ragioni di collegamento tra una certa qualità e le funzioni da svolgere ed in presenza di un nesso di assoluta necessità fra mezzo e fine» (27). In altre parole, dal principio di eguaglianza giuridica si deve trarre una presunzione di irrilevanza delle caratteristiche soggettive dell'individuo, a meno che queste non assumano la valenza di requisiti attitudinali. Illuminante al riguardo risulta essere la direttiva dell'Unione europea n. 73/2002, la quale, all'art. 2.6, sebbene esclusivamente con riferimento alla legislazione giuslavoristica fondata sull'elemento sesso, chiarisce qual è la caratteristica soggettiva che può essere assunta dal normatore a criterio del suo intervento: «laddove per la particolare natura delle attività lavorative di cui trattasi o per il contesto in cui esse vengono espletate, tale caratteristica costituisca un requisito

essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato». La possibilità di considerare come requisiti attitudinali determinate caratteristiche soggettive è ampiamente presa in considerazione anche dalla giurisprudenza e dalla legislazione statunitense sui cosiddetti «bona fide occupational qualifications» (BFOQs): il Civil Rights Act 1964, sect. 703 e), prevede, ad esempio, che si possa tenere conto di fattori quali la religione, il sesso o l'origine nazionale, qualora questi si presentino come requisiti ragionevolmente necessari per il normale svolgimento della particolare impresa (28).

Il sesso può allora, talvolta, essere l'elemento soggettivo alla base di classificazioni legislative in quanto ritenuto requisito attitudinario (29): non solo, la naturale differenza tra uomini e donne può ben giustificare, anzi, richiedere la vigenza di normative differenziate finalizzate, ad esempio, alla protezione della maternità, che, oltre a trovare espressa copertura costituzionale nelle disposizioni che, in molte Costituzioni, prevedono forme di protezione particolari per i figli minori e le lavoratrici (30), possono ritenersi semplicemente rispondenti alla regola per cui a situazioni diverse deve corrispondere un trattamento diverso.

Gli elementi soggettivi cui attribuiscono rilevanza i programmi di azioni positive, tradizionalmente il sesso e la razza, né possono essere ritenuti requisiti attitudinali (31), né richiamano differenze naturali tra donne e uomini o tra bianchi e neri che meritano riconoscimento. Al contrario, caratteristica peculiare della azione positiva è la previsione di «differenze nelle distribuzioni di determinati benefici che non corrispondono a differenze di caratteristiche personali rilevanti rispetto al genere di benefici da distribuire» (32).

Non mi pare allora di poter dubitare del fatto che le azioni positive si pongono come diritto diseguale. Particolarmente felice è la definizione che il Tribunale costituzionale spagnolo ha dato di tali misure: «derecho desigual equalatorio» (33). Tale espressione richiama la riflessione di Bobbio sulle misure disposte in favore dei membri di categorie svantaggiate, le quali produrrebbero senz'altro una disuguaglianza, che però «diventa strumento di eguaglianza (...): la nuova eguaglianza è il risultato del pareggiamento di due disuguaglianze» (34).

Le azioni positive non possono quindi essere collocate nell'ambito della parità formale (35), ma la compressione del diritto individuale a non subire trattamenti discriminatori che esse determinano nei confronti di coloro che non appartengono ai gruppi svantaggiati può essere giustificata dalla adesione alla forma di stato sociale che molti ordinamenti effettuano tramite la costituzionalizzazione del princi-

pio di eguaglianza sostanziale. Ciò non perché tale principio sia l'unico a consentire al legislatore di realizzare lo scopo della reale ed effettiva parità: si condivide, infatti, la tesi che sottolinea come l'obiettivo dell'eguaglianza formale posto da una norma sia proprio l'eguaglianza sostanziale: non solo, «l'eguaglianza sostanziale può essere benissimo perseguita, e per lo più viene perseguita da norme giuridiche che lungi dal violare l'eguaglianza formale, addirittura esplicitamente la stabiliscono» (36). Ma il principio dell'eguaglianza sostanziale, formulato con modalità differenti nelle democrazie sociali contemporanee, è invece l'unico a consentire di «prescindere dall'eguaglianza come diritto individuale» (37), ovvero di far talvolta prevalere le esigenze del gruppo su quelle del singolo: la peculiarità delle domande di speciali opportunità e benefici per i membri di determinati gruppi, a compensazione dello svantaggio rispetto ad altri, cui appartengono le azioni positive consiste proprio nel fatto «che si tratta sì di richieste distributive, ma relative al gruppo, non agli individui: circostanza, questa, che appunto genera molte perplessità perché viene violato il principio di parità di trattamento di tutti i cittadini» (38). È vero quindi che «o si sacrifica la razionalità individuale ed i diritti del cittadino "neutro", stabilendo una scala di priorità rigida che consenta di superare il gap dei gruppi storicamente discriminati, oppure si dichiara senza ipocrisie di rinunciare a perseguire obiettivi di equa redistribuzione delle opportunità fra i gruppi» (39).

L'idea di eguaglianza proposta dalle azioni positive come provvedimenti che vanno a tutelare «interessi a realizzazione individuale ma a giustificazione collettiva, essendo i singoli individui coinvolti e destinatari di tali misure "positive" in relazione alla circostanza che essi sono parte di esperienze e condizioni collettive» (40), si avvicina quindi a quella accolta dalle Costituzioni sociali.

(17) Cfr. GREENAWALT, *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York, 1983, 17: «Affirmative action is a phrase that refers to attempts to bring members of underrepresented groups, usually groups that have suffered discrimination, into a higher degree of participation in some beneficial program. Some affirmative action efforts include preferential treatment; others do not».

(18) Si noti, però, come anche negli ordinamenti anglofoni sia talvolta preferita l'espressione positive action alla nordamericana affirmative action: è questo il caso, ad esempio, del Regno Unito, sui cui si veda TSUJIMURA, *Les paradoxes de la «discrimination positive»: notions et mesures de «positive action» en droit comparé*, in *Egalité des sexes: la discrimination positive en question*, a cura di Tsujimura-Lochak, Parigi, 2006, 21 ss., spec. 27-28.

(19) Su tali interventi si rinvia a PALICI DI SUNI, «Parità di genere», in questo *Digesto*, par. 5 e EAD., *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali*, Torino, 2004, spec. 136-168.

(20) Tale distinzione è stata proposta da BORGOGELLI, *La tipologia delle azioni positive*, in GAETA-ZOPPOLL, *Il diritto diseguale*, Torino, 1982, 81-98.

(21) Cfr. la definizione di «discriminazione rovesciata» proposta da CERRI, «Uguaglianza (principio costituzionale di)», in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 13, e in *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive, Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, spec. 18-20.

(22) Minimizza la differenza tra *quotas* e *goals* FULLINWIDER, *The Reverse Discrimination Controversy: A Moral and Legal Analysis*, Lanham, 1980, 162-164. Su tale distinzione si veda inoltre, diffusamente, ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven-London, 1991, 47 ss.

(23) Si eviterà in prosieguo di utilizzare l'espressione «discriminazione alla rovescia» a causa della connotazione negativa che troppo facilmente si presta ad assumere: cfr., nella dottrina statunitense, BAER, *Equality under Constitution*, Londra, 1983, 131 ss. e, in Italia, CERRI, *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, RTDP, 1993, 302.

(24) BARBERA, *op. cit.*, 302. Si veda, inoltre, ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980: «no matter what we call it — a preference, a quota, a quest for diversity — weighing, say, blackness affirmatively necessarily means that others are going to be denied the opportunities in question because they were not born black» (170).

(25) CERRI, *Eguaglianza ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, 41.

(26) Si pensi, ad esempio, all'art. 6 della Costituzione italiana che, prevedendo che la Repubblica tuteli con apposite norme le minoranze linguistiche, invita il legislatore a operare classificazioni in base al fattore lingua, ponendosi dunque come deroga esplicita al principio dell'eguaglianza in senso formale.

(27) CERRI, «Uguaglianza (principio costituzionale di)», cit., 4. (28) Sulla nozione di «requisito attitudinario» in alcuni ordinamenti stranieri si rinvia a VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984, 92 ss.

(29) Ciò è stato previsto in Italia sin dalla prima legge sulla parità tra i sessi nel lavoro, l. n. 903/1977, art. 1, 5° co.

(30) Si vedano ad esempio gli artt. 30 e 37 della Costituzione italiana. Sulle analoghe previsioni contenute nelle Carte costituzionali europee e per una accurata ricostruzione della legislazione italiana in materia di tutela della donna lavoratrice con opportuni riferimenti comparatistici si rinvia a PALICI DI SUNI (a cura di), *Tra parità e differenza*, cit., 136-178.

(31) Si noti peraltro come la razza non sia nemmeno contemplata tra i fattori soggettivi che talvolta possono essere considerati come BFOQs. ai sensi della disposizione del Civil Rights Act 1964 prima citata.

(32) CERRI, *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, cit., 19. Una impostazione analoga è rinvenibile anche nella dottrina nordamericana che si è interrogata al riguardo, la quale è giunta alla conclusione che si è in presenza di un'azione positiva, nell'accezione da noi accolta, quando, stando all'ipotesi delle affirmative actions rivolte alla minoranza razziale, nell'esempio di un'assunzione, viene accordata la preferenza a un candidato esclusivamente a causa del colore della sua pelle e «where being black is not a job related qualification» (FULLINWIDER, *op. cit.*, 17).

(33) Si vedano, ad esempio, le sent. 14/11/1991, n. 216; 14/12/1992, n. 229; 26/9/1994.

(34) BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, 26.

(35) Ma, *contra*, si vedano, ad esempio, CERRI, *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, cit., 19; ROSSI, *Tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: la sentenza n. 422/95 nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di «quote» al vaglio di legittimità*, cit., 115. Altra dottrina, invece, ritiene le azioni positive avvicinabili tanto al principio di egua-

glianza formale, secondo il criterio della ragionevolezza, tanto al principio dell'eguaglianza di fatto, distinguendosi però da entrambi e qualificandosi come *tertium genus*: PALICI DI SUNI, *Le ragioni delle donne e le donne nelle Regioni*, DPCE, 2001, 609.

(36) GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, FI, 1996, 1961 ss., 1968.

(37) DE SIMONE, *Ancora su diritto diseguale ed eguaglianza sostanziale*, NLCC, 1994, 27.

(38) GALEOTTI, *I diritti collettivi*, in *Diritti umani e diritti delle minoranze*, a cura di Vitale, Torino, 2000, 39.

(39) DE SIMONE, *A proposito di azioni positive: regole di eguaglianza e giustificazione delle azioni positive*, *Ragion pratica*, 1997/8, 95.

(40) D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 116.

### 3. Il fondamento costituzionale delle azioni positive.

La matrice della legittimità delle azioni positive è rinvenuta in Italia, nel secondo comma dell'art. 3 Cost. non solo dalla dottrina prevalente ma anche dalla giurisprudenza (41) e il collegamento di tali misure con il principio dell'eguaglianza sostanziale o, comunque, con i principi dello stato sociale caratterizza senz'altro gli ordinamenti europei. Il Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio, con la decisione 31-1-1989, n. 19, ha sostenuto l'ammissibilità delle misure preferenziali in favore delle donne richiamando il mandato costituzionale dell'art. 9, 2° co., che riprende il contenuto del nostro art. 3 Cost., 2° co. (42).

L'incapacità del principio di eguaglianza formale, pur nella sua accezione valutativa che «ha riguardo al perché, ai motivi, alla ratio delle differenziazioni che il legislatore necessariamente introduce» (43), e che, pertanto, impone al normatore di attribuire rilevanza alle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da regolare, di comprendere il complesso meccanismo delle azioni positive è dimostrata anche dal fatto che sono diversi gli ordinamenti che hanno avvertito l'esigenza di aggiungere alle proprie carte costituzionali in cui trovava spazio l'enunciazione della sola eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge disposizioni che esprimono il principio dell'eguaglianza sostanziale. Basti l'esempio della Germania, che, nel 1949, aveva optato per l'inserimento in apertura della Legge Fondamentale di Bonn di un catalogo di libertà essenzialmente negative, limitandosi a enunciare, agli artt. 20 e 28, il carattere sociale dello stato e che, nel 1994, ha aggiunto all'art. 3 Cost. sul principio di eguaglianza un nuovo comma che prevede espressamente l'intervento dei pubblici poteri a garanzia della parità sostanziale dei diritti tra donne e uomini, evidentemente per dotare di solida copertura costituzionale le già vigenti o future normative dei Länder sulle azioni positive.

Negli ordinamenti in cui il principio di eguaglianza sostanziale non è stato costituzionalizzato, o, comun-

que, in cui questo non può ritenersi sottinteso dalla presenza di esplicite clausole relative alla adesione alla forma di stato sociale, ai pubblici poteri e, in primis, al legislatore, non è ovviamente precluso un intervento volto al perseguimento di una effettiva parità tra i cittadini, ma gli strumenti di diritto diseguale che questo può talvolta richiedere possono facilmente essere oggetto di censura.

Ciò, essenzialmente, perché l'operazione di bilanciamento tra interessi richiesta dalle azioni positive di viene impossibile nei casi in cui i valori che la legislazione costituzionale esprime sono unicamente quelli inerenti ai diritti liberali e non anche quelli inerenti ai diritti sociali. In altri termini, la diversità tra queste due categorie di diritti può essere assimilata a quella tra eguaglianza dei punti di partenza ed eguaglianza nei punti di arrivo. L'affermazione del primo tipo di eguaglianza, come osserva Bobbio, «è la premessa necessaria di una dottrina, come quella liberale, che considera la vita sociale come una grande gara in cui vince chi combatte meglio (il più capace): in una dottrina siffatta l'unica eguaglianza ammessa è quella che si risolve nel mettere tutti i concorrenti nella condizione di iniziare la corsa dalla stessa linea di partenza» (44). L'eguaglianza dei risultati è invece quella che conta nella dottrina egualitaria, rispondente a una concezione della società non individualistica, bensì solidaristica e comunitaria, la quale rifiuta che al termine della corsa vi siano dei vinti: «che vi sia un vincitore e un vinto è proprio ciò che bisogna evitare, ma per evitarlo bisogna fare in modo non tanto che tutti possano partecipare al gioco quanto che tutti possano vincere nella stessa misura» (45). Ora, è l'adesione esclusiva alla prima di queste due concezioni di eguaglianza a impedire l'accoglimento dello strumento delle azioni positive le quali richiamano invece la dottrina dell'egualitarismo. Qualunque previsione di trattamento preferenziale infatti, come si avrà modo di vedere, partendo dal presupposto della inesistenza, nella realtà, di eguali punti di partenza tra le categorie di individui che considera, persegue la finalità del raggiungimento di una eguaglianza dei punti di arrivo attribuendo direttamente il risultato o, più spesso, facilitandone il conseguimento.

L'analisi della giurisprudenza nordamericana in materia di affirmative actions dimostra come, salvo rare ed estemporanee eccezioni, dalla «equal protection clause», non sia, ad oggi, stata ricavata una norma che impone ai pubblici poteri di intervenire al fine della realizzazione dell'eguaglianza sociale (46). Ad essa, infatti, pare non possa essere attribuito un significato differente da quello tipico del pensiero liberale, in cui l'eguaglianza è intesa come «astratta fungibilità di ogni cittadino rispetto a scopi di carattere produttivo ed amministrativo ritenuti utili e ne-

cessari nell'ambito di una determinata visione della società; ciascuno portava con sé la sua fortuna (compresa quella di nascere in ambiente socialmente più elevato o meno), la sua intelligenza, le sue capacità di lavoro e di organizzazione, ma la legge non poteva negare in nessun caso la possibilità di cimentarsi, di mettere a prova la propria attuale efficienza, comunque acquisita, e, dunque, di avere un posto nella società corrispondente ad essa» (47). Un dialogo sincero tra le azioni positive e la «equal protection clause» nordamericana si rivela dunque improbabile: il carattere squisitamente individuale del principio di eguaglianza e il rifiuto che il XIV Emendamento sembra esprimere nei confronti di una concezione organica e solidaristica della società finiscono inevitabilmente per scontrarsi con la struttura collettiva delle affermative actions e con la loro considerazione dell'uomo più come genus che come individuo.

La concezione delle azioni positive come deroga alla regola dell'eguaglianza formale che può talvolta essere giustificata richiamandosi all'obbligo dei pubblici poteri di agire positivamente al fine di raggiungere la reale parità tra i sessi è propria anche della giurisprudenza comunitaria. La Cgce fu chiamata per la prima volta a pronunciarsi sulla compatibilità delle azioni positive con il diritto dell'Unione europea, quando fu sottoposta al suo esame la disposizione della legge del Land di Brema sull'eguaglianza fra i sessi nei pubblici servizi, che garantiva alle donne aventi una qualificazione equivalente a quella dei candidati uomini una precedenza automatica in caso di assunzione, trasferimento ad altro posto o promozione in tutti i settori nei quali il personale femminile fosse insufficientemente rappresentato. Con la sentenza Kalanke (48), il giudice comunitario censurò tale normativa, osservando come la direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne configurasse le azioni positive come deroga al principio di eguaglianza formale e sottolineando, pertanto, come il suo art. 2, 4° co., dovesse essere interpretato in senso assolutamente restrittivo. Due anni dopo si era assistito a un deciso revirement quando, con la sentenza Marschall (49), una normativa del tutto analoga a quella precedentemente presa in considerazione fu ritenuta conforme alla direttiva, in quanto la deroga inferta al principio della parità di trattamento, ancora una volta da una disposizione tedesca, non venne ritenuta eccessiva: questa, infatti, in caso di pari qualificazioni di candidati di sesso diverso, prevedeva una precedenza per le donne nelle promozioni in tutti quei settori di attività pubblici in cui, al livello del posto considerato, la presenza femminile fosse inferiore a quella maschile, salvo i casi in cui dovessero essere fatti prevalere «motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso ma-

schile». Tale previsione di non funzionamento della misura preferenziale (50) permise così di ritenere inesistenti quei caratteri di assolutezza e automaticità che avevano invece fatto escludere che il sistema di quote analizzato nel caso Kalanke potesse rientrare tra le misure ammesse dalla direttiva comunitaria. La decisione Marschall era stata adottata poche settimane dopo la firma, il 2-10-1997, del Trattato di Amsterdam, che ancora doveva essere ratificato. L'influenza di questo sembra essere stata comunque piuttosto rilevante, in quanto l'ammissibilità nell'ordinamento europeo delle azioni positive stava per essere sancita non solo dal diritto comunitario derivato, bensì anche in quella che all'epoca venne definita la Costituzione della Comunità. Dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il 1°-5-1999, il fondamento giuridico delle azioni positive in favore delle donne è, infatti, rinvenibile non più solamente nell'art. 2, 4° co., direttiva n. 207/1976, bensì anche nel Trattato CE. Gli artt. 2 e 3 di questo attribuiscono alla Comunità europea il compito di promuovere la parità tra uomini e donne, sancendo quindi non meri divieti di discriminazione, bensì obbligando i pubblici poteri comunitari a un facere rivolto alla realizzazione effettiva della eguaglianza tra i sessi, mentre l'art. 141 si spinge oltre, affermando che «il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore» e che «allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

Il principio dell'eguaglianza sostanziale è stato quindi collocato anche nel diritto comunitario originario e non più soltanto in una fonte di diritto derivato, ma, soprattutto, si è chiarita la possibilità di perseguire l'obiettivo della parità tra i sessi attraverso lo strumento forte delle affermative actions.

L'assenso della Corte di Giustizia all'utilizzo di sistemi di azioni positive è stato, dopo la sentenza Marschall, confermato esplicitamente con la pronuncia Badeck (51). Nella decisione del caso Abrahamsson (52), la Corte di Giustizia si è trovata a verificare la compatibilità con il diritto comunitario del sistema di quote previsto dal Regolamento svedese sull'insegnamento superiore n. 100/1993, adottato in base al-

la Legge sull'eguaglianza n. 433/1991, in base a cui il candidato appartenente al sesso sottorappresentato, ed in possesso di qualifiche sufficienti per ricoprire un determinato posto di lavoro, avrebbe potuto essere scelto con preferenza rispetto al candidato dell'altro sesso, che sarebbe stato altrimenti designato, purché la differenza tra le rispettive qualifiche non fosse così rilevante da violare il criterio di obiettività che deve essere osservato nelle assunzioni. Il Regolamento svedese in questione prevedeva dunque esplicitamente e con una formulazione letterale univoca, la possibilità di accordare la preferenza ad un candidato del sesso sottorappresentato nonostante questi non avesse una qualificazione equivalente a quella dei candidati dell'altro sesso. La Corte di Giustizia affermò che una simile previsione non potesse essere legittimata né nell'art. 2, 4° co., direttiva del 1976, né nell'art. 141 del Trattato CE e, dichiarando l'inammissibilità della normativa svedese, ribadì che la parità di qualificazione degli aspiranti a un determinato posto di lavoro rappresenta un presupposto irrinunciabile della legittimità dei programmi di affermative actions.

Non pare che tale pronuncia abbia messo in discussione l'ammissibilità dell'adozione di azioni positive in favore delle donne nell'ordinamento comunitario. Semmai, ad essa deve essere attribuito il merito di aver circoscritto in maniera più precisa rispetto al passato il concetto di azione positiva e di aver fornito un contributo per una più agevole individuazione dei trattamenti preferenziali che devono essere ritenuti conformi alla normativa comunitaria. Nel Trattato di Lisbona firmato il 13-12-2007 e che dovrebbe entrare in vigore, una volta concluse le procedure di ratifica, il 1°-1-2009, non sarà inclusa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma, ai sensi dell'art. 6, 1° co., Trattato UE modificato avrà lo stesso valore giuridico dei trattati (53). Alla citata previsione dell'art. 141 Trattato CE, si andranno così ad aggiungere quelle della Carta di Nizza, la quale non si limita a enunciare i diritti propri dello stato sociale che, da soli, sarebbero sufficienti a legittimare l'adozione di azioni positive, bensì introduce all'art. 23, limitatamente alla realizzazione della parità sostanziale tra uomini e donne, la possibilità espressa di ricorrere alle misure preferenziali (54).

Le azioni positive, come si osserverà nei paragrafi seguenti, non sono utilizzate solo nel Paese in cui hanno avuto origine e in Europa, bensì costituiscono uno strumento di parità particolarmente diffuso negli ordinamenti, soprattutto di democrazia recente, latino-americani, africani e asiatici.

La cosiddetta parte sociale, che caratterizza le costituzioni lunghe dei Paesi dell'America latina (55), garantisce, per le ragioni che si sono esposte, una certa

immunità da censure dei giudici delle leggi delle normative che prevedono azioni positive in favore del sesso femminile e talvolta anche in favore delle minoranze etnico-razziali. I giudici federali brasiliani che si sono trovati a decidere di ricorsi contro la previsione di riserve di posti nelle università, sia pubbliche che private, stabilite in Brasile nell'ultimo decennio per gli studenti di discendenza africana non hanno finora sostenuto la compatibilità dei trattamenti preferenziali in favore dei cittadini appartenenti a certe minoranze svantaggiate con la concezione di eguaglianza espressa dalla Costituzione vigente (56).

Vi sono peraltro Carte costituzionali che consentono espressamente, o addirittura impongono, l'impiego del diritto diseguale. La Costituzione argentina del 1994, prevede, infatti, all'art. 37, che «L'eguaglianza effettiva di opportunità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive e partitiche sarà garantita tramite azioni positive nella disciplina dei partiti politici e del sistema elettorale». Analogamente, la Costituzione della Repubblica sudafricana post-apartheid del 1996 enuncia, all'art. 9, non solo il classico principio di eguaglianza di stampo liberale, ma al secondo comma esplicita l'obiettivo della eguaglianza sostanziale e la possibilità di adottare piani contenenti azioni positive: «Equality includes the full and equal enjoyment of rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination, may be taken» (57).

L'utilizzo di trattamenti preferenziali come strumenti di soluzione delle peculiari problematiche di una società multietnica e caratterizzata da forti sperequazioni è contemplato in diverse disposizioni del catalogo dei diritti fondamentali della Costituzione indiana del 1949. Con particolare riferimento alle «caste svantaggiate» e alle «comunità tribali riconosciute», l'art. 15 Cost., 4° co., prevede che il principio dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge non esclude che vengano adottati appositi provvedimenti «for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled classes and Scheduled Tribes» e, con l'approvazione, nel 2006, del 93° emendamento alla Costituzione si è prevista espressamente la possibilità di stabilire per gli studenti appartenenti a una delle categorie tradizionalmente sfavorite quote riservate per l'ammissione agli istituti scolastici pubblici e privati (58). Non solo, la Costituzione prevede l'utilizzo di quote anche nel settore della rappresentanza politica: queste non riguardano però posti nelle liste dei candidati alle assemblee elettive bensì garantiscono direttamente il risultato della presenza di certi soggetti negli organi legislativi nazionali o statali

prevedendo una percentuale di seggi per gli appartenenti alle «caste svantaggiate», alle «comunità tribali riconosciute» nonché alle donne (59).

(41) Cfr. le sentenze della C. Cost. n. 109/1993, n. 422/1995 e n. 49/2003.

(42) Si veda al riguardo CARMONA, *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, *Revista de estudios politicos*, 1994, 265 ss.

(43) AGRÒ, *Il principio di eguaglianza formale*, in *Comm. della Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975, 130.

(44) BOBBIO, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Roma, 1978, 18.

(45) *Ibidem*, 19.

(46) Al riguardo sia consentito rinviare a CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008, spec. 102-151.

(47) CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, 7.

(48) Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen, 17/10/1995, causa C-450/93, *Racc.*, 1995, I, 3051 ss.

(49) Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen, 11/11/1997, causa C-409/95, *Racc.*, 1997, I, 6363 ss., con commenti di CAIELLI, *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità uomo-donna*, *GI*, 1999, 3 ss.

(50) La precisazione del legislatore tedesco, come opportunamente osservato, è stata utilizzata dal giudice comunitario come «specchio», per far apparire differente ciò che tanto differente non era: cfr. CHARPENTIER, *The European Court and the Rhetoric of Affirmative Action*, *European Law Journal*, 1998, 181.

(51) Badeck e altri c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof del Land dell'Assia, 28/03/2000, causa C-158/97, *Racc.*, I, 2000, 1875 ss., con commenti di BASTIONI, *Parità di trattamento tra uomini e donne e azioni positive nel diritto comunitario: l'eccezione stenta a diventare la regola*, *GDAM*, 2000, 804 ss.; SALAZAR, *La «ragionevole irragionevolezza» da ossimoro a endiadi? Un'importante precisazione della Corte di Giustizia sulle azioni positive in favore delle donne*, *DPCE*, 2000, 975 ss.; NINATTI, *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario*, *Quad. C.*, 2000, 465 ss.; BERTHOU, *Sur les discriminations positives*, *Droit Social*, 2000, 901 ss.

(52) Katarina Abrahamsson, Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist, 6/07/2000, causa C-407/98, *Racc.*, 2000, I, 5539 ss., con commenti di CAIELLI, *Un'altra sentenza della Corte di Giustizia sulle azioni positive in favore del lavoro femminile*, *DPCE*, 2000, 1589 ss. e KÖHLER, *Promotion of equal opportunities between the sexes, selection of the best, merit system*, in *European Legal Forum*, 2000, 63 ss.

(53) Cfr. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, 38 e 135-139.

(54) Si rinvia per tale disposizione al commento di BRUNELLI, *Art. 23*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Bifulco-Cartabia-Celotto, Bologna, 2001, 178 ss.

(55) Cfr. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, spec. 66.

(56) Sulla previsione di azioni positive race-based in Brasile si rinvia all'analisi di RACUSEN, *Making the Impossible Determination: Flexible Identity and Targeted Opportunity in Contemporary Brazil*, *Conn. Law Review*, 2004, 787 ss. e di TELLES, *Race in Another America: The Significance of Skin Color in Brazil*, 2004.

(57) Al riguardo sia consentito il rinvio a CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., spec. 183-201.

(58) Sulla tutela di tali categorie svantaggiate si rinvia a AMIRANTE, *India*, Bologna, 2007, spec. 113-118.

(59) Tali quote sono contemplate negli artt. 330 ss. della Costituzione su cui si rinvia alla riflessione di ANNOUSSAMY, *La réservation de sièges dans le corps élus en Inde*, *Droit et cultures*, 2007, 19 ss.

#### 4. La giustificazione delle azioni positive.

Si è osservato come le azioni positive comportino una compressione del diritto individuale all'eguaglianza che può essere ammessa mediante il richiamo ai valori, variamente espressi, propri dello stato sociale e minimizzando il loro impatto sui soggetti che non ne sono destinatari. La giurisprudenza costituzionale tende così a salvare dalla censura solo le misure che presentano determinati requisiti quali la flessibilità e la dottrina insiste sulla necessità di individuare alcune regole che i trattamenti preferenziali devono rispettare (60).

Ma, prima ancora di stabilire quali sono le condizioni dell'ammissibilità costituzionale delle azioni positive, occorre a mio avviso porre in evidenza la pericolosità di quella che può essere definita come «una fuga in avanti, che induca a trascurare lo strumento principe per garantire il rispetto dell'eguaglianza, ovvero il divieto di discriminazione» (61) e il perseguimento della giustizia sociale mediante interventi redistributivi che non si strutturino come diritto diseguale. In altre parole, l'utilizzo di uno strumento particolarmente incisivo qual è l'azione positiva andrebbe il più possibile circoscritto alla necessità di porre rimedio alla situazione sfavorevole in cui versano determinati gruppi sociali a causa delle discriminazioni giuridiche di cui sono stati vittime.

La metafora, di cui si era servito il Presidente americano Lyndon Johnson per spiegare l'importanza e la necessità delle politiche di affermative action illustra bene la problematica del protrarsi degli effetti negativi di alcuni comportamenti e, quindi, la ratio compensativa dei trattamenti preferenziali: «You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him to the starting line of a race and then say "Now you are free to compete with all others" and still just believe that you have been completely fair» (62). Alle misure preferenziali è allora affidato il compito di aiutare gli appartenenti di una determinata categoria a vedersi garantiti quei beni che potrebbero ottenere senza «artifici» soltanto in un contesto sociale che non risente di secoli di discriminazioni (63).

Tale ricostruzione delle affermative actions, viene da D'Aloia definita «distributiva» e contrapposta alla concezione «risarcitoria» (64). Quest'ultima risulterebbe essere quella adottata dalla Corte Suprema la quale ha spesso respinto piani di affermative actions che andavano a comportare svantaggi per individui che non avevano mai partecipato a comportamenti discriminatori e vantaggi per altri che non ne erano

mai state vittime, o da quella dottrina che argomenta l'inammissibilità delle azioni positive con il rischio che tali strumenti sicuramente corrono nel momento in cui possono andare a privilegiare soltanto le élites dei gruppi svantaggiati (65).

Non mi pare vi sia ragione per distinguere tra le due concezioni individuate dalla dottrina citata. Entrambe, infatti, pongono l'accento sul carattere rimediabile delle azioni positive e sul legame con un passato di discriminazioni giuridicamente vincolanti che costituiscono la loro giustificazione. La differenza tra le due consiste soltanto nella lettura della restitution theory fornita dalla giurisprudenza nordamericana (con il supporto della dottrina maggioritaria) che sembra evocare il modello della responsabilità civile. Negli Stati Uniti è la logica individualistica prevalente (66) a ostacolare la accettazione, ad esempio, del cosiddetto "totality of circumstances approach" proposto da Rosenfeld il quale rinvia la giustificazione delle azioni positive nel rimedio che esse offrono a un contesto di esclusione fondata sulla razza (o sul sesso) che non richiede l'individuazione di specifici comportamenti discriminatori, bensì chiama i pubblici poteri a rispondere semplicemente del generale funzionamento razzista delle istituzioni e della società anche se non l'hanno direttamente determinato, ma incoraggiato o consentito (67). Affermare che «la discriminazione è il prodotto storico oggettivo (indipendentemente dalla volontarietà di comportamenti, decisioni, scelte) di una struttura sociale, ed è la società intera, con le sue istituzioni e i soggetti che hanno fatto parte delle classi avvantaggiate, che deve farsi carico dei provvedimenti necessari a correggere la situazione» (68) non significa abbandonare la logica compensativa delle affermative actions per aderire a quella «sociale» o «distributiva», bensì rimanere in un'ottica rimediabile, cogliendo però la peculiarità di tali misure come strumenti che spostano l'attenzione dal singolo al gruppo. In altre parole, le azioni positive possono essere più facilmente comprese e accettate solo se si prova a ripensare la concezione di diritto ottocentesca incentrata sulla tutela delle libertà individuali. Tale analisi richiederebbe, infatti, di iniziare a cogliere gli interessi del gruppo, il quale, secondo anche autorevole dottrina nordamericana, sebbene minoritaria, non può essere considerato soltanto come un insieme di individui, bensì come un'entità che ha un'esistenza distinta da quella dei suoi singoli appartenenti e una sua propria identità (69).

Delle azioni positive è offerta un'altra giustificazione che possiamo definire utilitaristica. Nell'analisi delle preferenze accordate negli anni '70 dello scorso secolo dalle Facoltà di Giurisprudenza e di Medicina di alcune Università statunitensi agli studenti di colore, Dworkin sostiene l'ammissibilità di tali affermative

actions non solo utilizzando un argomento particolarmente suggestivo che, peraltro, la Corte Suprema ha negli ultimi anni parzialmente accolto. Egli minimizza innanzitutto la problematicità dell'utilizzo del criterio razziale, sostenendo che la razza non è cosa differente dagli altri fattori che sono egualmente al di fuori del controllo dell'aspirante studente, argomentando che se la razza fosse una cosiddetta «categoria bandita» perché gli individui non possono sceglierla, allora anche l'intelligenza, la provenienza geografica e l'abilità fisica (categorie normalmente rilevanti nelle procedure selettive della maggior parte delle Università statunitensi) dovrebbero esserlo (70). In secondo luogo, dopo aver risposto alla cosiddetta obiezione meritocratica, affermando che il merito non può essere determinato in astratto, in quanto dipende da quei requisiti che di volta in volta assumono rilevanza per il fine che si intende perseguire (71), il filosofo sostiene che lo svantaggio per i candidati di razza bianca può essere interpretato come un costo che deve essere pagato per un maggior vantaggio collettivo, paragonabile allo svantaggio che studenti meno intelligenti pagano nei sistemi di ammissione comuni (72). In altre parole, la giustificazione delle azioni positive andrebbe rinvenuta semplicemente nella rilevanza del fattore razza data dal vantaggio che trarrebbe la società nel suo complesso dall'aver giudici o avvocati che rappresentino in modo più ampio la minoranza razziale. Vantaggio che consisterebbe, ad esempio, nella riduzione della tensione sociale, nella creazione di servizi migliori per i cittadini appartenenti alla minoranza in questione, nella realizzazione di una società priva di stereotipi e pregiudizi, e nell'effetto positivo che un maggior numero di lavoratori di colore eserciti determinate professioni provoca negli appartenenti alla stessa comunità, i quali accrescerebbero la propria autostima e sarebbero incoraggiati a seguirne le orme (73). Secondo l'Autore, «Se vi sono più giuristi di colore, aiuteranno a fornire migliori servizi legali alla comunità nera; e così ridurranno le tensioni sociali. Migliorerrebbe ugualmente la qualità dell'istruzione legale di tutti gli studenti, soprattutto, avere un gran numero di studenti di colore in aula per poter discutere determinati problemi sociali. In seguito se si vedrà che gli studenti di colore sono volenterosi, allora altri neri che raggiungano gli standards intellettuali usuali potranno essere incoraggiati a fare domanda di iscrizione, e ciò aumenterà le qualità intellettuali delle professioni giuridiche» (74). Pertanto, secondo la ricostruzione dell'argomento dworkiniano effettuata da Sandel, qualora una politica di trattamento preferenziale utilizzasse le persone in vista di fini degni dovrebbe ritenersi ammissibile: «nella misura in cui una esclusione basata sulla razza è motivata non dal pregiudizio ma da un calcolo "stru-

mentale”, un “calcolo razionale intorno all’uso più vantaggioso di risorse limitate”, o da un’idea come quella che “la pelle nera può essere un tratto socialmente utile”, l’esclusione è coerente con considerazioni utilitariste e può essere giustificabile» (75).

A prescindere dal dibattito filosofico che tale teoria ha suscitato, l’ammissibilità delle azioni positive sostenuta con gli argomenti utilitaristi di cui si è accennato sembra porre in secondo piano l’obiettivo delle misure preferenziali che è quello di migliorare la posizione all’interno della società degli individui che appartengono a categorie particolarmente deboli tramite la previsione di corsie preferenziali nell’accesso, ad esempio, a determinati lavori o corsi universitari o incarichi elettivi. Lo scopo delle affirmative actions non è quello di aiutare alcuni soggetti identificati da una particolare caratteristica comune, quale può essere il sesso o la razza, ad ottenere certe posizioni al fine di rendere un servizio a tutti coloro che presentano la stessa caratteristica. La diminuzione dei conflitti etnico-razziali, dei pregiudizi, o del razzismo (o sessismo) inconsapevole deve, secondo me, ritenersi un effetto delle affirmative actions senz’altro auspicabile, ma sussidiario, accessorio e meramente eventuale. Vi è di più. Infatti, sicuramente detestabile è l’idea che la razza possa essere ritenuta un requisito attitudinario per lo svolgimento di certe professioni sulla base del presupposto che la comunità di colore può essere meglio servita da medici o avvocati che abbiano la pelle dello stesso colore: tale visione nasconde un pericoloso richiamo a teorie sulla differenza tra le razze che in passato hanno giustificato comportamenti discriminatori o persecutori nei confronti delle razze ritenute inferiori (76).

La Corte Suprema statunitense, nel 2003, ha deciso il caso *Grutter v. Bollinger*, sostenendo l’ammissibilità del piano di affirmative actions predisposto dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università del Michigan per l’accesso ai suoi corsi che consentiva di preferire al candidato di razza bianca quello appartenente alla minoranza afro-americana (77). Dalle motivazioni contenute nella sentenza in esame emerge che lo scopo dichiarato dall’Università del Michigan di ottenere un corpo studentesco diversificato dal punto di vista etnico-razziale non sia affatto legato alla volontà di rimuovere gli ostacoli che ancora oggi impediscono una piena ed effettiva integrazione razziale e le pari opportunità tra cittadini di razza bianca e afroamericani, quanto, piuttosto, al desiderio di favorire all’interno dei corsi di laurea un proficuo scambio di idee ed esperienze tra gli studenti tale da migliorare notevolmente la loro funzione educativa. Ma la giustificazione degli interventi finalizzati alla creazione di luoghi di apprendimento razzialmente

integrati non dovrebbe fondarsi sul perseguimento dell’obiettivo della creazione di un corpo studentesco diversificato in base all’appartenenza razziale dei suoi componenti. Non si vede, infatti, come possano conciliarsi la predicata eguaglianza tra le razze e l’auspicata cecità dinanzi al colore dell’ordinamento giuridico statunitense con l’idea che la presenza nei luoghi dell’apprendimento di individui di colore sia da promuovere per la «diversità culturale» che apporta. Una simile impostazione finirebbe, al contrario, per compromettere il raggiungimento della eliminazione di ogni pregiudizio razziale in quanto sembra supportare l’idea per cui «culture follows blood» (78).

Fondato su argomentazioni in parte analoghe a quelle alla base della giustificazione utilitaristica delle affirmative actions statunitensi è il favore espresso da certa dottrina nei confronti delle azioni positive in materia elettorale che ritiene l’incremento della presenza femminile nelle assemblee elettive utile per una più adeguata rappresentanza degli interessi della popolazione femminile (79). Ora, senz’altro, l’idea dell’esistenza di una differenza tra i sessi tale da esigere che le donne possano ritenersi rappresentate solo da donne non è tanto fastidiosa quanto quella che ammette che un cittadino di colore sia curato meglio da un medico della sua razza. Ma una simile impostazione del problema della scarsa presenza femminile nelle assemblee elettive si pone in aperto contrasto con la concezione moderna di rappresentanza politica, che, almeno dalla Rivoluzione francese in poi, non è intesa come rappresentanza di interessi (80). La previsione di misure per favorire una maggiore presenza femminile in politica deve ritenersi come unicamente finalizzata a rendere effettiva la regola costituzionale dell’eguaglianza tra i sessi nell’accesso alle cariche elettive, intendendo la partecipazione attiva alla politica semplicemente come un particolare settore del pubblico impiego cui le donne devono poter accedere in condizioni di reale parità con gli uomini (81). In altre parole, l’argomento a favore di un innalzamento della percentuale di donne elette fondato sull’idea che vi siano certi interessi particolari delle donne che verrebbero altrimenti trascurati mi pare da rigettare con fermezza. E ciò non soltanto perché, come è stato sottolineato, «l’ipotesi di un interesse femminile chiaramente definito, valido per tutte le donne di ogni classe sociale e di ogni paese, è stata una delle prime vittime della recente critica femminista, e la messa in luce di svariate differenze tra le donne ha indebolito le interpretazioni più globali dei loro problemi e interessi» (82), ma, innanzitutto, perché si intende rifiutare il modello di rappresentanza come specchio, definito anche «rappresentatività sociologica» (83). La nozione universale di rappresentanza politica non può



ritenersi negata dalle cosiddette quote elettorali, in quanto l'appartenenza a un sesso o a un altro è una condizione che si pone come trasversale rispetto a tutte le categorie e ai gruppi che compongono la società: «Le donne non sono un gruppo di interesse, non sono un soggetto sociale corporativo e neppure una *diversità*: esse sono anzi al loro interno diverse. (...) Le donne sono un sesso, uno dei due sessi; non una minoranza, ma una connotazione dell'umanità. Ma ne sono la dimensione storica cancellata ed esclusa e perciò costrette a rivendicare visibilità e presenza» (84).

L'obiettivo dell'incremento della rappresentanza politica femminile dovrebbe quindi essere condiviso semplicemente sostenendo la necessità di rimuovere i perduranti effetti delle discriminazioni passate che rendono più arduo per le donne l'accesso alle cariche elettive. La tesi per cui si ritiene auspicabile un'omogeneità fra rappresentante e rappresentato pare da respingere con fermezza non solo perché conduce inevitabilmente a mettere in crisi il carattere generale della rappresentanza ma, soprattutto, in quanto rischia di comportare un fraintendimento dello spirito delle azioni positive in materie elettorale, nel momento in cui potrebbe determinare un proliferare di richieste di riconoscimento di rappresentanze identitarie minoritarie, parificando l'essere donna a un gruppo di interesse fra gli altri, come ad esempio le minoranze linguistiche, religiose, i disabili, i disoccupati (85).

(60) Si vedano, nella dottrina italiana, tra gli altri, GIORGIS, *Art. 3, 2° co.*, in *Comm. alla Cost. Bifulco, Celotto e Olivetti*, Torino, 2006, 105 e AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, *Quad. C.*, 1999, 359 ss.

(61) DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, 6.

(62) Howard University, *Public papers of the President of the United States: Lyndon Johnson - 1965*, Book 2, Washington DC, 636.

(63) FISCUS, *The Constitutional Logic of Affirmative Action*, Durham-London, 1992, 38.

(64) D'ALOIA, *op. cit.*, 181.

(65) Cfr. GOLDMAN, *Justice and Reverse Discrimination*, New York, 1979, il quale sottolinea come tali misure potrebbero privilegiare soltanto i membri dei gruppi minoritari che si trovano in posizioni strategiche e che quindi riescono a dirottare a proprio vantaggio una parte consistente delle risorse che potrebbero invece essere utilizzate per migliorare le condizioni di moltitudini di individui che si trovano in una situazione di bisogno autentico (90-91) e GREENAWALT, *op. cit.*, che sostiene peraltro l'opportunità di non ostinarsi a voler giustificare i trattamenti preferenziali in base al criterio risarcitorio, in quanto le ingiustizie di cui soffrono le generazioni di oggi sono talmente varie e derivanti da diversi fattori, da non consentire di individuare coloro che hanno titolo per ottenere misure rimediali, con il rischio che i privilegi raggiungano addirittura solo quegli esponenti delle minoranze che si trovano già in una condizione di relativo vantaggio, ad esempio perché sono comunque riusciti a raggiungere i più alti gradi degli studi, dal momento che

fanno domanda di ammissione nelle università, o che hanno potuto dare vita ad attività imprenditoriali (53-54). Tra gli studiosi italiani si veda SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, 2002, 418-420.

(66) Il giudice Powell parla di «fairness to the individual» come di una «widely cherished American ethic»: si rinvia sul punto a TRIBE, *Constitutional Choices*, Cambridge, Mass., 1985, 226.

(67) Tale criterio di giustificazione delle politiche di affirmative actions non fondate su uno specifico comportamento discriminatorio posto in essere dalla Pubblica Amministrazione è stato elaborato da ROSENFELD, *Affirmative actions*, cit., 334-335.

(68) D'ALOIA, *op. cit.*, 181-182.

(69) FISS, *Groups and Equal Protection Clause*, in *The Modern Constitutional Theory. A Reader*<sup>2</sup>, a cura di Garvey-Aleinikoff, St. Paul, 1999, 505 ss.

(70) DWORKIN, *Why Bakke has no case*, in *New York Review of Books*, 1977, 15; Id., *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 365 (ed. originale: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., 1986).

(71) *Ibidem*, 12.

(72) DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 300 (ed. originale: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1979).

(73) Quest'ultimo argomento a favore dell'adozione di affirmative actions è quello basato sul c.d. «modello di ruolo», utilizzato anche per sostenere le azioni positive in materia elettorale per le donne: si veda, al riguardo, PHILLIPS, *Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?*, in *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro o nella politica?*, a cura di Beccalli, Milano, 1999, 145 ss., spec. 152.

(74) DWORKIN, *op. ult. cit.*, 299.

(75) SANDEL, *La giustizia e il bene*, in *Comunitarismo e liberalismo*<sup>2</sup>, a cura di Ferrara, Roma, 2000, 12.

(76) Sull'uso politico della descrizione della diversità delle razze si veda MATTEUCCI, «Razzismo», in *Dizionario di Politica*, Torino, 2004, 805 ss.

(77) 539 U.S. 322 (2003).

(78) Secondo l'espressione di HOLLINGER, *Group Preferences, Cultural Diversity, and Social Democracy: Notes Toward a Theory of Affirmative Action, Representations*, 1996, 31.

(79) Si veda, ad esempio, AINIS, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, a cura di Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi, Torino, 2003, secondo cui sarebbe auspicabile un'omogeneità fra rappresentante e rappresentato dal momento che «solo una donna conosce sino in fondo le esigenze e i problemi delle donne, sperimentandoli ogni giorno di persona» (*ivi*, 34).

(80) Sulla concezione «moderna» della rappresentanza politica, con riferimento all'influenza che su questa ha avuto lo sviluppo del concetto di sovranità, si rinvia a CASSELLA, *Profili costituzionali della rappresentanza. Percorsi storici e comparatistici*, Napoli, 1997, 72-99 e Id., «Rappresentanza politica», in *Digesto/pubbl.*, Agg., I, Torino, 2000, 459 ss.

(81) Tale impostazione non sembra venir presa in considerazione, tra gli altri, da BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne*, *DS*, 1994, 563 ss.; cfr. inoltre, MANGIA, *Rappresentanza di genere e rappresentanza degli interessi*, *J.*, 2002, 375 ss.

(82) PHILLIPS, *op. cit.*, 160. Sulla difficoltà di individuare un interesse comune alle donne si veda, inoltre, SARACENO, *Non c'è più un «voto delle donne»*, in *Reti*, 1987, 46 ss. Più in generale, si veda la critica di ZINCONI, *Le ragioni della rappresentanza*, in *Reti*, 1990, 70 ss., alla c.d. «ipotesi meccanicistica che le scelte politiche degli individui siano determinate da una certa appartenenza sociale (classe e coscienza di classe coinciderebbero), che gli interessi di detti individui, una volta classificati nella categoria giusta (per sesso o per altro carattere deciso di volta in volta) siano omogenei ed oggettivi. Solo così una donna a caso potrebbe rappresentare gli interessi di tutte le donne, un

operaio a caso quello di tutti gli operai e un pistoiese a caso quello di tutti i pistoiesi» (ivi, 71).

(83) Su tale concezione della rappresentanza politica si veda diffusamente COTTA, «Rappresentanza politica», in *Dizionario di politica*, cit., 800 ss., spec. 801.

(84) RODANO, *Il genere femminile nei sistemi politici europei*, DD, 1988, 107.

(85) Sulla necessità di escludere questo pericolo, sia consentito rinviare a CAIELLI, *Le norme sulla parità dei sessi nella rappresentanza politica come azioni positive*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 46 ss.

##### 5. L'utilizzo delle azioni positive negli ordinamenti contemporanei.

Negli Stati Uniti, dove, come si è visto, le azioni positive sono nate, l'adozione attuale di tali misure è quanto mai al centro del dibattito sia politico sia giuridico. La questione della costituzionalità degli strumenti di diritto diseguale è, infatti, rimasta parzialmente irrisolta nonostante il primo caso in materia di affirmative actions sia stato deciso dalla Corte Suprema nel 1978. Con la sentenza *Regents of University of California v. Bakke* (86) veniva accolto il ricorso presentato dal cittadino di razza bianca escluso dalla Davis Medical School in conseguenza del programma di ammissione che riservava sedici posti su cento, ogni anno, agli aspiranti studenti universitari appartenenti alle minoranze etnico-razziali esistenti nello Stato: l'ammissibilità dello strumento delle affirmative actions non veniva però in linea di principio esclusa, né ritenuta di per sé contrastante con la «equal protection clause». Da allora l'interpretazione del principio di eguaglianza contenuto nel XIV Emendamento è stata sempre incerta e ambigua e non ha mai fornito alcuna solida copertura costituzionale alle misure di favore che, dagli anni '60, avevano iniziato a essere utilizzate per agevolare l'accesso all'istruzione superiore, all'impiego sia pubblico che privato, nonché alle attività imprenditoriali ai cittadini afro-americani: anche per tale ragione, negli ultimi anni, nel giudizio di costituzionalità sui trattamenti preferenziali si sono assunti come parametri disposizioni costituzionali diverse dal XIV Emendamento. La Corte Suprema, costante nell'utilizzo del criterio dello «strict scrutiny», secondo cui una misura preferenziale può essere ritenuta ammissibile soltanto se soddisfa un «compelling public interest» e se si delinea come idonea e necessaria per perseguire tale interesse, ha, infatti, individuato come «interesse pubblico preponderante» oltre il rimedio a discriminazioni passate anche, in riferimento all'accesso all'istruzione superiore, la creazione di un corpo studentesco diversificato (87). La legittimità costituzionale delle affirmative actions che perseguono quest'ultimo scopo è stata, talvolta, riconosciuta facendo ricorso alla libertà di manifestazione del pensiero garantita dal I Emendamento, dalla quale viene fatta discendere anche la libertà di inse-

gnamento e quindi la possibilità per gli istituti scolastici di decidere in merito alla selezione del corpo studentesco. Il cosiddetto attivismo giudiziario conservatore che caratterizza la Corte Suprema oggi sembra indicare che lo spazio per l'utilizzo di misure «race-conscious» sia molto limitato. Queste, in parte come conseguenza della rigidità dei requisiti che devono rispettare per sopravvivere al giudizio di costituzionalità, ma soprattutto per i dubbi relativi all'opportunità della loro adozione prevalenti nell'opinione pubblica, sembrano oggi destinate a un inarrestabile declino (88): diverse costituzioni statali, del resto, sono giunte a sancire espressamente il divieto di accordare trattamenti preferenziali a certi individui in ragione della razza o etnia e del sesso (89). Negli ordinamenti europei la sperimentazione dei trattamenti preferenziali è iniziata, circa un ventennio dopo le prime affirmative actions statunitensi, unicamente con l'intento di rimediare alla condizione di sottorappresentazione della popolazione femminile, sia nell'ambito dell'impiego pubblico e privato che nel settore della politica, mediante le cosiddette quote elettorali (90).

In Germania, negli anni '80 dello scorso secolo, alcuni Länder iniziarono ad adottare normative che tuttora prevedono, con particolare riferimento al pubblico impiego, l'obbligo di attribuire la preferenza alle donne, nelle assunzioni o nelle promozioni, in tutti i settori in cui il sesso femminile è ritenuto sottorappresentato (91), seguiti dal Parlamento federale che, nel 1994, approvò il Gesetz zur Forderung von Frauen und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf in der Bundesverwaltung und den Gerichten des Bundes: i programmi di azioni positive contemplati da tale legge furono però oggetto di critica in dottrina, in quanto ritenuti eccessivamente blandi se comparati con le legislazioni dei Länder.

Negli stessi anni, in Francia, entrò in vigore la Loi Roudy (92) sulla parità di trattamento tra i sessi nel lavoro, che, nell'apportare modifiche all'allora vigente codice del lavoro, affidava alla contrattazione collettiva l'adozione di misure «temporanee in favore solo delle donne volte a stabilire l'eguaglianza delle opportunità tra uomini e donne, in particolare rimediando alle diseguaglianze che compromettono le opportunità delle donne» (93), adozione che è stata, dalla più recente Loi Génisson (94), nuovamente incoraggiata mediante la previsione dell'obbligo alla contrattazione collettiva per la realizzazione di piani di azioni positive (95).

Anche in Spagna l'intervento del legislatore ordinario in materia di pari opportunità tra i sessi è stato piuttosto frequente, soprattutto in materia di diritto del lavoro, e da ultimo, deve segnalarsi l'entrata in vigore della Ley Organica 3/2007 sulla eguaglianza effettiva tra uomini e donne che contempla la pre-

disposizione di piani di azioni positive volti a garantire una presenza equilibrata dei sessi nel settore dell'impiego pubblico e privato, dopo aver constatato che sussistono ancora «situazioni di constatabile ineguaglianza di fatto che non è possibile correggere con la semplice formulazione del principio di uguaglianza giuridica o formale» (96).

In Italia, nel 1991, entrò in vigore la legge n. 125 rubricata «azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro», ma si è già osservato come questa non contenesse azioni positive in senso proprio (97), così come non potevano qualificarsi affermative actions le misure contemplate dalla legge n. 215/1992, che prevedeva agevolazioni economiche per le imprese condotte da donne o a prevalente partecipazione femminile (98). La legge n. 125, nel perseguire l'obiettivo della effettiva eguaglianza tra i sessi, prevedeva disposizioni legate alla ristrutturazione dei tempi di lavoro e al loro coordinamento con i tempi di vita, oppure previsioni di corsi di formazione o incentivi finanziari, ma non imponeva alcun trattamento di favore: non era in essa rintracciabile alcun obbligo di prevedere che, tra un uomo e una donna, a parità di condizioni o in condizioni analoghe, si dovesse preferire la donna.

L'anno seguente, con l'art. 36 d.lg. 3-2-1993, n. 29, venne invece prevista una quota riservata alle donne, ma anomala nel panorama delle azioni positive: essa infatti non riguardava l'accesso ai posti di lavoro, bensì la composizione delle commissioni di concorso per il reclutamento del personale nella Pubblica amministrazione, nelle quali dovevano essere nominate almeno un terzo di donne. Analogamente, l'art. 7, 4° co., d.lg. del 2000, ha introdotto una misura significativa ma che difficilmente può farsi rientrare nella categoria delle azioni positive. Essa prevede che nella P.A., in occasione tanto di assunzioni quanto di promozioni, allo scopo di favorire il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra i generi non inferiore a due terzi, dinanzi ad analoghe qualificazioni e preparazioni professionali fra candidati di sesso diverso, l'eventuale scelta del candidato di sesso maschile debba essere accompagnata da un'esplicita e adeguata motivazione (99). Più recentemente, nel 2006, alcune modifiche alla legge n. 125/1991 sono state apportate dal «Codice delle pari opportunità», il quale, agli artt. 42-44, promuove l'adozione di misure volte a incrementare la presenza femminile nei settori professionali in cui sono sottorappresentate, contemplando altresì forme di finanziamento per i datori di lavoro pubblici e privati che attuino determinati progetti di azioni positive (100).

Degne di nota paiono, infine, le esperienze recenti di alcuni ordinamenti dell'Europa centro-orientale.

In particolare, rileva la decisione del Tribunale costituzionale polacco con la quale si è dichiarato che «sino a quando nella realtà sociale le donne hanno, di regola, posizioni più deboli, c'è una giustificazione costituzionale per l'adozione di disposizioni che conferiscano specifici vantaggi alle donne, perché questo è un modo per assicurare oggi l'eguaglianza alle donne»: di fronte a differenze sociali ed economiche particolarmente evidenti, l'adozione di questi strumenti di compensazione non solo è consentita ma viene considerata per il legislatore un dovere (101).

Si è già dato conto della previsione diffusa di trattamenti di favore rivolti alle donne o agli appartenenti a gruppi etnico-razziali storicamente discriminati negli ordinamenti latino-americani, africani e asiatici: occorre peraltro rilevare come in tali ordinamenti le azioni positive sono spesso utilizzate al fine di incrementare la partecipazione politica delle donne o, in India, degli appartenenti alle comunità tribali riconosciute e dei cosiddetti «fuori casta» in quanto cittadini oggetto di pesanti discriminazioni passate. Tale finalità delle azioni positive non era contemplata nel modello originario statunitense ma si è affermata con la sua esportazione.

(86) 438 US 265 (1978).

(87) Si vedano, ad esempio, le citate pronunce Bakke e Grutter v. Bollinger, nonché l'ultima sentenza in materia di relazioni razziali, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District no. 1 et al.*, 551 US (2007), riguardo alla quale sia consentito rinviare al commento di CAIELLI, *Affirmative actions o misure anti-apartheid? La Corte Suprema torna a pronunciarsi in materia di segregazione razziale*, DPCE, 2007.

(88) La dottrina aveva iniziato a riflettere sul tramonto delle affermative actions già a metà degli anni '90 dello scorso secolo, in seguito alla pronuncia *Adarand Constructors, Inc. v. Peña, Secretary of Transportation*, 515 U.S. 200 (1995), che sembrava effettivamente aver sbarrato ogni porta a eventuali futuri programmi di discriminazione alla rovescia.

(89) Si vedano le Costituzioni della California, della Florida, del Texas e del Michigan.

(90) Queste ultime, per le peculiarità che presentano rispetto alle azioni positive che non vanno a incidere sulla rappresentanza politica, verranno trattate separatamente: si veda *infra*, par. 3.

(91) Si rinvia al riguardo a PALICI DI SUNI, *Tra parità e differenza*, cit., 182 ss. e a PETERS, *Women, Quotas and Constitutions*, Kluwer, 1999, 129 ss. Sull'adozione delle misure preferenziali prevalentemente nel settore del pubblico impiego cfr. SHAW, *Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems*, in HEPPLE-SZYCZAK (eds.), *Discrimination: The Limits of the Law*, London-New York, 1992, 386 ss.

(92) Loi 83-635 du 11-7-1983.

(93) Art. 123, 3° co.: sulle misure di rattrapage previste da tale normativa cfr. DE CRISTOFARO, *La disciplina del lavoro femminile in Francia*, RGLPS, 1985, 460-461.

(94) Loi 2001-397 du 9 mai 2001.

(95) Si veda PALICI DI SUNI, *Tra parità e differenza*, cit., 185.

(96) Si rinvia al riguardo a CARBALLEIRA RIVERA, *La legge spagnola per le pari opportunità effettive tra donne e uomini*, *Forum Quad. C.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

(97) Così PALICI DI SUNI, *Le ragioni delle donne*, cit., 605. *Contra*, tra gli altri, D'ALOIA, *op. cit.*, 246.

(98) Sulla legislazione italiana degli anni '90 in materia di azioni positive si rinvia, tra gli altri, a BALLESTRERO, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*, NLCC, 1992 e a GAETA-ZOPPOLI, *op. cit.*

(99) PALICI DI SUNI, *op. ult. cit.*, 611.

(100) Adottato con il d.lg. n. 198/2006, su cui si veda TOMMASO, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, LG, 2006, 748 ss.

(101) Cfr. PALICI DI SUNI, *Il principio di eguaglianza*, in EAD., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione europea*, Padova, 2007, 258.

#### 6. (Segue). *Le azioni positive in materia di rappresentanza politica.*

Negli Stati Uniti non è mai stata introdotta alcuna normativa volta a imporre dei vincoli alla formazione delle liste elettorali in funzione del raggiungimento di una maggiore rappresentanza delle minoranze etnico-razziali o delle donne, sebbene il diritto al suffragio sia stato riconosciuto ai cittadini afroamericani al termine della Guerra di Secessione, e al popolo femminile soltanto nel 1919. Non solo, la rappresentanza politica delle minoranze razziali continuò a subire forti restrizioni nonostante l'approvazione del XV Emendamento e anche dopo l'abolizione della poll tax. Con gli strumenti del racial gerrymandering e del malapportionment, infatti, molti Stati, sia del Nord che del Sud, riuscirono per lungo tempo a limitare la partecipazione degli afroamericani alle competizioni politiche o a ottenere una sovrarappresentazione della cittadinanza bianca (102). Tali strumenti di districting, originariamente utilizzati in funzione discriminatoria, furono in seguito sperimentati con l'obiettivo di promuovere la partecipazione politica delle minoranze: la natura di tali rimedi non consente però di poter parlare di adozione, negli Stati Uniti, di affirmative actions in materia di rappresentanza politica.

In Europa, invece, talvolta, le prime vere e proprie azioni positive sono state adottate proprio con l'obiettivo dell'incremento della presenza femminile nelle assemblee elettive. È questo il caso dell'Italia, in cui la Corte costituzionale, nel 1995, si è trovata a giudicare della legittimità costituzionale di alcune normative, entrate in vigore due anni prima, le quali avevano previsto delle riserve di posti per le donne nelle liste di candidati alle elezioni comunali, regionali e nazionali (103). Con la decisione n. 422 sono state dichiarate incostituzionali tutte le disposizioni legislative contenenti simili previsioni (104). Due sono state le argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale: la prima relativa al contrasto individuato tra tali normative con diversi principi costituzionali, tra cui, in particolare, quello espresso dall'art. 51, 1° co., Cost., sull'accesso dei cittadini dell'uno e dell'altro sesso «agli uffici pubblici e alle cariche

elettive in condizioni di eguaglianza». L'altra concernente, invece, il carattere oggettivamente discriminatorio delle misure promozionali delle candidature femminili, che introducevano differenziazioni in ragione del sesso «diminuendo per taluni cittadini il contenuto concreto di un diritto fondamentale a favore di altri, appartenenti ad un gruppo che si ritiene svantaggiato» (105).

Da tali motivazioni era chiaramente emersa un'interpretazione dell'art. 51, 1° co., Cost. come norma che ribadisce il principio dell'eguaglianza formale di cui all'art. 3, 1° co., Cost., nel settore dei diritti politici. Parte della dottrina aveva già sottolineato questo aspetto quando, condividendo l'impostazione secondo la quale il rapporto tra i due commi dell'art. 3 Cost., quindi tra eguaglianza formale e sostanziale, dà luogo ad «un'atorottura» della Costituzione, ovvero alla vigenza simultanea di due norme conflittuali (106), aveva spiegato come, sebbene la Costituzione ponga la regola dell'eguaglianza formale e insieme l'eccezione dell'eguaglianza sostanziale, ribadisce la regola tanto all'art. 48 Cost., per quanto concerne l'elettorato attivo, quanto all'art. 51 Cost., con riferimento all'elettorato passivo (107).

Questa ricostruzione del dettato costituzionale aveva indotto parte della dottrina a sostenere l'inevitabilità di una riforma delle disposizioni in materia di diritti politici, volta ad ammettere, per un più effettivo godimento di questi, l'utilizzo di strumenti che possano anche derogare al principio di parità formale. Strumenti che potrebbero poi configurarsi come azioni positive, costruite dal legislatore come quotas oppure come goals. L'unica strada per fornire alla Corte costituzionale un nuovo dato testuale su cui appoggiarsi per ammettere la possibilità di trattamenti preferenziali volti a un incremento della rappresentanza politica femminile era così stata ritenuta la riforma dell'art. 51 Cost. (108).

Tale articolo è stato modificato con la l. Cost. 30-5-2003, n. 1, e stabilisce ora che «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»: si è così introdotta la possibilità nel nostro ordinamento di derogare alla regola della parità formale anche nel settore dei diritti politici, al fine di adottare misure di eguaglianza sostanziale, che potrebbero, secondo la discrezionalità del legislatore, anche concretarsi in vere e proprie azioni positive, per rimediare alla situazione di squilibrio tra i sessi nella rappresentanza politica. Vi sono a mio avviso almeno tre argomenti a sostegno della attuale ammissibilità costituzionale delle cosiddette quote elettorali (109). Innanzitutto, la Corte costituzionale si è trovata a giudicare nuovamente una normativa contenente azioni positive in materia elettorale e, con la sentenza n. 49/2003, ha rigettato la questione relativa alla costituzionalità della legge

statutaria della Regione Valle d'Aosta con la quale era stata introdotta la regola per cui, nell'elezione del Consiglio regionale, le liste dovevano comprendere candidati di entrambi i sessi pena l'esclusione delle stesse dalla competizione (110). La pronuncia del giudice delle leggi è intervenuta in un momento in cui la riforma dell'art. 51 Cost. era ancora in itinere, ma il quadro costituzionale di riferimento era già stato profondamente modificato rispetto all'epoca della prima decisione in materia. La l. Cost. 31-1-2001, n. 2 («Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano») aveva modificato gli Statuti delle Regioni speciali prevedendo, tra l'altro, che la legge regionale «promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali», e la l. Cost. 18-10-2001, n. 3 aveva inserito nel nuovo testo dell'art. 117 Cost. un'apposita disposizione, il 7° co., secondo cui «le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive». Sicuramente non va sottovalutato il fatto che la decisione della Consulta è stata facilitata dal carattere minimale dello strumento di parità previsto dal legislatore valdostano che le ha consentito di differenziare la nuova normativa da quella sottoposta al suo giudizio qualche anno prima (111): operazione che le ha permesso di non affrontare, come sarebbe stato opportuno, il problema dell'impatto delle revisioni costituzionali del 2001 e della modifica dell'art. 51 Cost. Ma l'assenza di ricorsi di costituzionalità contro le numerose normative contenenti quote elettorali adottate dopo tale pronuncia lascia supporre che l'ammissibilità costituzionale di tali misure sia, almeno per ora, poco controversa. Con riferimento alle elezioni parlamentari nazionali la nuova norma contenuta nell'art. 51 Cost. non ha trovato ad oggi attuazione, anzi, la legge elettorale vigente, adottata con legge 21-12-2005, n. 270, non contiene alcuna previsione di misure a sostegno di una parità effettiva tra i sessi nell'accesso alle consultazioni; la legge 8-4-2004, n. 90, sull'elezione del Parlamento europeo, impone invece che, nelle prime due elezioni dell'organo comunitario successive alla sua entrata in vigore, «nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai 2/3 dei candidati». Inoltre, sono entrate in vigore negli ultimi anni numerose leggi elettorali regionali che hanno imposto riserve di posti per le candidature femminili (112). La legge per l'elezione del Parlamento europeo è già stata applicata per le votazioni avvenute lo stesso anno della sua adozione senza che alcuna questione di costituzionalità venisse sollevata e nessuna delle leggi elettorali regionali che preve-

donò riserve di posti per le candidature femminili sono state impugnate dal Governo come era invece avvenuto per la legge valdostana. Infine, il recente fenomeno del «dialogo» tra Corti costituzionali può indurre a ritenere che il nostro giudice delle leggi tenga conto delle interpretazioni dei giudici costituzionali di altri ordinamenti, soprattutto europei, che negli ultimi anni hanno riconosciuto la compatibilità costituzionale delle azioni positive in materia elettorale. In Francia, con le decisioni 2000-429 del 30-5-2000 e 2000-430 del 29-6-2000, il Conseil constitutionnel non ha rinvenuto vizi di costituzionalità nella disciplina che prevede che, per le elezioni che si svolgono con scrutinio di lista, non possa esservi in nessuna lista uno scarto quantitativo superiore all'unità tra candidati di sesso diverso (113).

Nei Paesi di più recente democrazia, come si è già accennato, la previsione di azioni positive volte a favorire la rappresentanza politica femminile è piuttosto frequente e ha talvolta preceduto la sperimentazione europea di tali misure.

Già a partire dagli inizi degli anni '90 dello scorso secolo, infatti, la quasi totalità dei Paesi dell'America centrale e meridionale hanno introdotto legislazioni che impongono la presenza di una certa percentuale di donne, che varia tra il 20% e il 40%, nelle liste elettorali per l'elezione della Camera bassa e, talvolta, anche per il Senato (114). La prima legge in tal senso è stata adottata in Argentina nel 1991. La Ley de Cupos (115) impone che nelle liste di candidati formate per l'elezione della Camera dei Deputati le donne rappresentino almeno il 30%. Tale legge federale prevede inoltre una sanzione particolarmente efficace, in quanto dispone l'inammissibilità delle liste elettorali che non rispettano tale proporzione e, nel Regolamento di attuazione n. 379/1993, sono disciplinate nel dettaglio le caratteristiche che le liste elettorali dovranno presentare per poter essere dichiarate valide (116). I piani di azioni positive per l'incremento della rappresentanza politica femminile non sono, in Argentina, limitati al livello federale: la quasi totalità delle Province si è, infatti, dotata di legislazioni che impongono l'adozione di quote nella formazione delle liste elettorali per l'elezione degli organi rappresentativi provinciali e municipali. Non solo, la Costituzione della Capitale federale di Buenos Aires, entrata in vigore nel 1996, e redatta da un'Assemblea costituente eletta in base ad un sistema di quote che ha garantito la presenza all'interno della stessa di una percentuale del 32% di rappresentanti di sesso femminile, impone che i membri degli organi collegiali non elettivi, ma di nomina governativa, possono essere dello stesso sesso nella misura massima del 70% (117). La peculiarità del sistema argentino di affermative actions, come si è visto, è data dalla costituzionalizzazione delle azioni positive in materia elet-

torale che caratterizza anche non pochi ordinamenti africani e asiatici. Questi ultimi arrivano spesso a garantire una percentuale di seggi alla popolazione femminile o ad altri soggetti appartenenti a categorie ritenute svantaggiate. La Costituzione dell'Uganda del 1995 prevede, ad esempio, all'art. 78, che il Parlamento nazionale sia composto da almeno una donna per ognuno dei 56 distretti in cui è suddiviso il territorio e da un numero minimo prefissato dalla legge di giovani e disabili, così come la legge fondamentale del Rwanda, all'art. 9, 4° co., assicura che nelle due Camere vi sia una percentuale minima del 30% di rappresentanti di sesso femminile (118). Nel continente asiatico agiscono direttamente sul risultato elettorale prevedendo una percentuale di seggi per le donne, oltre la già citata Costituzione indiana, alcune Costituzioni del Medio Oriente, come quella dell'Iran e dell'Asia centrale, tra cui quella dell'Afghanistan.

(102) Si rinvia al riguardo a CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998, 154 ss.

(103) Si è osservato precedentemente come né la l. n. 125/1991, né la l. n. 215/1992, contenessero vere azioni positive e si può pertanto ritenere che le prime affermative actions italiane siano state quelle riferite alla rappresentanza politica.

(104) Sentenza della C. Cost., 12-9-1995, n. 422, *GiC*, 1995, 3255 ss., con commenti di DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, *ivi*, 3268 ss.; BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità costituzionale) in due recenti pronunce costituzionali*, *ivi*, 3272 ss.; CINANNI, *Leggi elettorali e azioni positive a favore delle donne*, *ivi*, 3283 ss.

(105) Dec. cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

(106) ANIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, cit., 597.

(107) *Id.*, *Cinque regole per le azioni positive*, cit., 359 ss., e *Azioni positive e principio d'uguaglianza*, cit., 582 ss.

(108) Sulla riforma dell'art. 51 Cost. come via obbligata per l'adozione di azioni positive in materia elettorale si vedano ANIS, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi sull'ordinamento*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 34-36 e DEFFENU, *La parità tra i sessi nella legislazione elettorale di alcuni Paesi europei*, *DPCE*, 2001, 640.

(109) Ma si veda, *contra*, LUCHENA, *Le azioni positive nelle recenti riforme costituzionali*, cit., spec. 441-442.

(110) *GiC*, 2003, 363 ss., con commenti di CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, *ivi*, 364 ss.; BRUNELLI, *Un overruling in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, *Re*, 2003, 902 ss.; CALIFANO, *Corte e Parlamento in sintonia sulle pari opportunità*, *Quad. C.*, 2003, 366 ss.; CAIELLI, *Le azioni positive in materia elettorale: un révément della Corte costituzionale?*, *GI*, 2004, 236 ss.

(111) La legislazione valdostana è stata peraltro di recente modificata: il nuovo art. 3 bis, 2° co., l. reg. 12-1-1993 prevede, dal 2007, che «in ogni lista di candidati all'elezione del Consiglio regionale ogni genere non può essere rappresentato in misura inferiore al 20 per cento, arrotondato all'unità superiore».

(112) Si vedano le leggi elettorali di Toscana, Sicilia, Marche, Calabria, Puglia, Lazio, Umbria, Abruzzo, su cui si veda CATELANI, *La legislazione elettorale regionale con riferimento al principio delle pari opportunità*, *Osservatorio sulle fonti 2005*, a cura di Caretti, Torino, 2006.

(113) Sulla previsione delle quote elettorali nell'ordinamento francese, così come in altri Paesi europei quali Belgio, Spagna e

Portogallo si rinvia alla trattazione di PALICI DI SUNI, «Parità di genere», cit., par. 7.

(114) Ad oggi sono dotati di leggi nazionali che impongono quote elettorali: Argentina, Bolivia, Brasile, Colombia, Costa Rica, Repubblica Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haiti, Honduras, Messico, Panama, Paraguay, Perù e Venezuela. I pochi Paesi dell'area in esame che ancora non hanno adottato apposite leggi (ovvero Cile, El Salvador, Nicaragua e Uruguay), si caratterizzano però per l'adozione da parte dei maggiori partiti politici di quote elettorali volontarie.

(115) Ley 6-11-1991, n. 24.012.

(116) Si veda, per un commento a tale legislazione, LUBERTINO, *Female Citizenship, Legal Instruments and Constitutional Reforms: the Argentinian Experience*, 2002, saggio reperibile sul sito internet [www.ispm.org.ar](http://www.ispm.org.ar).

(117) HTUN, JONES, *Engendering the Right to Participate in Decision-making: Electoral Quotas and Women's Leadership in Latin America*, in CRASKE-MOLYNEUX (eds.), *Gender and the Politics of rights and Democracy in Latin America*, London, 2002, 45.

(118) Il Parlamento ruandese è attualmente quello con la maggiore presenza femminile al mondo: in seguito alle elezioni del 2003 le donne costituiscono il 48.8% della Camera bassa e il 30% del Senato.

### 7. Alcune riflessioni conclusive.

La difficoltà che hanno dimostrato i giudici statunitensi nel trovare un fondamento costituzionale per giustificare le politiche finalizzate al raggiungimento di una effettiva parità ha senza dubbio influenzato la scelta di quegli ordinamenti soprattutto africani e asiatici di contemplare espressamente nelle costituzioni tali strumenti di parità, importati al fine di rimediare a secoli di discriminazione razziale o di genere. Ora, preme rilevare come la costituzionalizzazione delle azioni positive si ponga in contrasto con quella che dovrebbe essere loro caratteristica fondamentale: la transitorietà. Qualunque programma che prevede l'utilizzo di affermative actions deve considerarsi temporalmente circoscritto in conseguenza della natura eccezionale di tali tipi di intervento e la costituzione diviene quindi la sede meno idonea per la previsione di siffatte, importanti deroghe alla regola di eguaglianza formale. La determinazione di quelli che possono essere gli strumenti più utili al conseguimento delle pari opportunità non pare poter essere affidata né al potere costituente, né a quello di revisione e integrazione della Costituzione, ma dovrebbe rientrare nelle scelte affidate alla discrezione del potere legislativo, al quale, di volta in volta, compete la decisione sul *come* concretizzare il disposto costituzionale.

La rigidità che caratterizza tutte le costituzioni liberaldemocratiche contemporanee, impone che la necessità e l'opportunità della predisposizione di misure preferenziali non siano stabilite in costituzione una volta per tutte, ma oggetto della valutazione discrezionale del legislatore o, nel caso di programmi di redressement volontari, dei singoli enti pubblici o privati.

Non solo, la previsione delle azioni positive a tempo indeterminato rischia di produrre effetti perversi, quali, ad esempio la creazione di una sovra-rappresentazione artificiosa dei gruppi sociali in passato svantaggiati nei settori in cui operano.

È forse tale pericolo che si cerca di scongiurare con la formulazione generalmente neutrale delle norme che individuano i beneficiari dei trattamenti preferenziali. Tutte le disposizioni in vigore negli ordinamenti europei che prevedono azioni positive nella rappresentanza politica impongono la presenza nelle liste elettorali di una quota minima *per entrambi i generi*, oppure si riferiscono al *sexu sottorappresentato* (119).

Tale tendenza pare condannabile per la semplice ragione che la formulazione neutrale delle azioni positive cela il loro reale obiettivo che non è, e non deve essere, la eguale presenza in tutti i settori della vita lavorativa o politica dei due sessi, bensì quello di porre rimedio alla situazione di svantaggio in cui versano le donne, tanto nel lavoro, quanto nella politica, derivante da secoli di trattamenti giuridici discriminatori. Ma tale ipocrisia del legislatore che, senza dubbio, è utile ai fini di una più facile accettazione di simili misure, non solo dell'opinione pubblica, bensì, talvolta, anche delle Corti costituzionali, può rivelarsi un'arma a doppio taglio: nel perseguire l'obiettivo di aggirare le numerose obiezioni alle misure preferenziali può, infatti, renderle eterne. È, infatti, evidente che se una normativa impone la pari rappresentanza dei sessi (nelle assemblee politiche o nel lavoro, pubblico e privato) difficilmente vi sarà un momento in cui potrà cessare di operare: le misure di favore per l'uno o per l'altro sesso dovranno necessariamente continuare ad alterare la naturale competizione tra gli individui se il fine è quello di raggiungere e mantenere un perfetto «gender balance».

Non è casuale che, recentemente, accanto alle azioni positive «women oriented» sono, seppure timidamente, comparsi i trattamenti preferenziali in favore di esponenti del sesso maschile, rappresentativi della cosiddetta «seconda generazione» della dimensione comunitaria del diritto diseguale (120). Nel 2000, infatti, la Corte di Giustizia si è trovata a decidere della compatibilità con il diritto comunitario della disposizione del Regolamento sulla formazione dei giuristi adottato dal legislatore tedesco del Land dell'Assia, che prevedeva, per il caso in cui le domande di ammissione superassero il numero di posti disponibili, una ammissione preferenziale al tirocinio nelle professioni legali per i candidati che avessero prestato il servizio militare o civile obbligatorio. Con la pronuncia Schnorbus (121), il giudice comunitario ha affermato che tale disposizione costituiva una discriminazione indiretta fondata sul sesso, dal mo-

mento che, a norma del diritto nazionale applicabile all'epoca, le donne non erano soggette all'obbligo di servizio militare e quindi non avrebbero potuto fruire della priorità accordata agli uomini. La normativa tedesca venne fatta salva sulla base di un'argomentazione su cui vale la pena soffermarsi. La Corte di Giustizia, infatti, superò la questione della inammissibilità della evidente discriminazione indiretta a danno del sesso femminile, individuando nel trattamento preferenziale previsto dal Land dell'Assia un'azione positiva in favore degli uomini. Alla compatibilità di questa con il diritto comunitario giunse sostenendo che le misure di diritto diseguale consentite dall'art. 2, 4° co., direttiva 706/1976 possono concernere sia le donne che gli uomini. Riguardo la giustificazione offerta dal giudice comunitario delle misure di favore per i candidati di sesso maschile, non si può innanzitutto non ricordare come, fino ad allora, le deroghe al principio di trattamento tra i sessi in favore degli uomini fossero state ritenute conformi al diritto comunitario soltanto in quanto concernenti attività professionali per le quali il sesso rappresenta una condizione determinante per il loro corretto esercizio. La Corte di Giustizia decise di superare tale consolidato orientamento sostenendo la natura rimediabile della previsione oggetto del rinvio pregiudiziale, la quale sarebbe stata ispirata soltanto dalla volontà di contribuire a compensare gli effetti del ritardo accumulato nello svolgimento dei loro studi dai candidati che erano soggetti all'obbligo del servizio militare o civile. Riguardo la asserita «bidirezionalità» (122) delle misure preferenziali ammesse dall'art. 2, 4° co., direttiva, non pare ostacolo di poco conto il fatto che tale disposizione si riferisca espressamente al sesso femminile: un'interpretazione che giunge a considerare il riferimento alle donne come meramente esemplificativo, semplicemente collegato al fatto che la maggior parte delle discriminazioni di genere sono effettuate a danno di queste ultime, sembra alquanto forzata. Più complessa è la questione relativa alla natura della misura di favore oggetto di giudizio. Questa, stando alle motivazioni della Corte di Giustizia, sarebbe rientrata nella categoria delle azioni positive. Ma, come si è sostenuto in precedenza, tali strumenti di raggiungimento della parità, per il loro effetto limitativo del diritto individuale all'eguaglianza, possono ritenersi giustificabili solo in quanto finalizzati a rimediare ai perduranti effetti di discriminazioni passate giuridicamente rilevanti: ora, l'obbligo tedesco di prestare il servizio militare (o civile) può essere considerato una discriminazione effettuata dai pubblici poteri a danno dei cittadini di sesso maschile che necessita un rimedio? La risposta non può che essere negativa, per un solo motivo: se si arrivasse a ritenere che il dovere di prestare il servi-

zio militare configura una discriminazione, logica vorrebbe che questo venisse eliminato dall'ordinamento giuridico, e solo eventualmente, nel caso in cui gli effetti di tale discriminazione facessero a svanire in un tempo ragionevole, venissero adottate misure per favorire il ripristino di una situazione di reale eguaglianza. Nel caso Schonbrun, invece, si è dinanzi a una *affirmative action* con la quale si intende rimediare a una (presunta) normativa discriminatoria che viene però mantenuta in vigore. Certamente, il ritardo con cui gli uomini talvolta si affacciano al mondo del lavoro può essere imputabile all'obbligo di prestare il servizio militare ma tale svantaggio non pare affatto di natura differente da quello che può derivare alle donne come agli uomini da diversi altri fattori (123): svantaggio che il legislatore potrebbe eventualmente decidere di correggere, ma non con misure «forti» come le azioni positive, bensì con altri interventi di politica sociale, interventi che, del resto, debbono sempre precedere l'adozione delle azioni positive: per l'ammissibilità di

queste occorrerebbe, infatti, dimostrare, che «altre misure di sostegno (che non operano direttamente, in relazione all'accesso a un qualche bene fondamentale, alcuna discriminazione alla rovescia) non sarebbero altrettanto efficaci o comporterebbero dei costi ragionevolmente non sostenibili» (124).

MIA CAIELLI

(119) Il riferimento al «sesso sottorappresentato» caratterizza anche la previsione di azioni positive effettuata dall'art. 23 della Carta di Nizza.

(120) Cfr. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, 147 e 182 ss.

(121) *J. Schnorbus c. Land Hessen*, 7/12/ 2000, causa C-79/99, *Racc.*, 2000, I, 10997 ss., con commento di SCALESE, *La Corte promuove una rilettura del principio delle pari opportunità tra i sessi*, *DPCE*, 2001, 221 ss.

(122) Secondo l'espressione utilizzata da POLLICINO, *op. cit.*, 182 ss.

(123) Al riguardo cfr. BERTHOUS, *La CJCE et l'égalité de traitement: quelles orientations?*, *Droit Social*, 2001, 879 ss.

(124) GIORGIS, *Art. 3, 2° co.*, cit., 105.