

## Invece di una conclusione

Marzia Barbera

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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