

Le discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari. Ovvero delle tensioni irrisolte del diritto antidiscriminatorio

Anna Lorenzetti*

GENDER DISCRIMINATION IN ACCESS TO HEALTH GOODS AND SERVICES. THE UNRESOLVED TENSIONS OF ANTIDISCRIMINATION LAW.

ABSTRACT: The paper analyses gender antidiscrimination legislation regarding access and supply of goods and services in health. The paper focuses on the evolution of EU legislation prohibiting discrimination based on gender, "race" and ethnic origins, sexual orientation, disability, age, religion and personal convictions. By framing these issues, the paper addresses the complex relationship between EU antidiscrimination principle and the Constitutional principle of equality in the perspective of the Anti-subordination dimension, trying to outline the limits of antidiscrimination legislation.

KEYWORDS: Antidiscrimination; equality; antisubordination; health goods and services; gender

SOMMARIO: 1. Il divieto di discriminazione nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi in ambito sanitario: uno sguardo di insieme – 2. Le discriminazioni nell'ambito sanitario in ragione del genere – 3. L'accesso alla salute come un caso di discriminazione multipla: il caso delle donne migranti e delle donne rom – 4. Il diritto antidiscriminatorio e le sue tensioni irrisolte.

1. Il divieto di discriminazione nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi in ambito sanitario: uno sguardo d'insieme

Il presente lavoro intende proporre un'analisi della legislazione antidiscriminatoria in materia di accesso e fornitura di beni e servizi di natura sanitaria, in particolare per come si pone nella dimensione di genere. La materia si colloca nel contesto del cosiddetto Diritto antidiscriminatorio di "seconda generazione", *corpus* di normative di matrice euro-unitaria che, negli anni, ha costruito un insieme omogeneo di istituti e nozioni negli Stati membri, volti al contrasto delle discriminazioni in ragione di una serie di condizioni personali. Provando a ripercorrere la genesi della normativa che, da circa un decennio, sta conoscendo una stasi per l'assenza di nuove Direttive, il presente contributo intende provare ad avviare una riflessione incentrata su quelle caratteristiche del diritto antidiscriminatorio che possono rivelarsi quali limiti in chiave di pienezza delle tutele e di contrasto alle discriminazioni.

Tradizionalmente presente nel diritto euro-unitario, a partire dal Trattato di Roma¹, e fino all'anno 2000, rispetto al solo ambito lavorativo e alle sole differenze di trattamento uomo/donna, il Diritto

* Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo, Dipartimento di Giurisprudenza. Email: anna.lorenzetti@unibg.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo. L'autrice desidera ringraziare Rita Pescatore per l'attenta rilettura e i/le referee per gli spunti gentilmente offerti.

antidiscriminatorio si è successivamente esteso anche al mercato dei consumi e a condizioni diverse dal genere con quelle che vengono definite Direttive “di seconda generazione”² approvate sulla nuova base giuridica offerta dal Trattato di Amsterdam³. Nell’ambito lavorativo, sono così state vietate le discriminazioni in ragione di “razza”⁴ e origine etnica⁵, orientamento sessuale, disabilità, età, religione e convinzioni personali⁶, ampliando il novero dei destinatari delle tutele, mentre soltanto per “razza” e origine etnica e genere il divieto è stato ampliato al di fuori del mercato del lavoro. Sono

¹ Art. 119 TCE (poi rinumerato in art. 141, oggi art. 157 TFUE) specificava come spettasse a ogni Stato membro il dovere di assicurare l’applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. Inoltre, demandava al Parlamento europeo e al Consiglio, l’adozione di misure tali da assicurare 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, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale. Ammetteva poi misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l’esercizio di un’attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

² Si è soliti distinguere il Diritto antidiscriminatorio in due fasi, la prima fino all’anno 1999, la seconda dal 2000. Le c.d. Direttive “di prima generazione” sono state approvate dalla seconda metà degli anni ’70, per vietare le discriminazioni in ragione del genere, *rectius* del sesso, nell’ambito lavorativo: Dirr. 75/117 (sulla parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile) e 76/207 (sulla parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro). Sono poi seguite le Dirr. 86/378 (sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, mod. Dir. 96/97); 97/80 (sull’alleggerimento dell’onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, mod. dalla Dir. 98/52); 86/613 (circa la parità e tutela delle madri nell’ambito del lavoro autonomo); 92/85 (sulle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento); 96/34 e 97/75 (contenenti l’accordo quadro sul congedo parentale); 97/81 e 99/70 (sull’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e a tempo determinato). L’espressione Direttive “di seconda generazione” fa invece riferimento agli atti approvati successivamente all’anno 2000. Per un inquadramento complessivo, v. E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford, 2005; M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, 2002; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.

³ Per meglio dire, con l’introduzione dell’art. 13 TCE, oggi art. 19 TFUE, è stata riconosciuta al Consiglio la facoltà di prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale, con delibera all’unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo; sono peraltro fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell’ambito delle competenze da essi conferite all’Unione, sembrando dunque introdursi un elemento di mitigazione della pienezza dell’affermazione.

⁴ Di norma, si usa porre la parola “razza” tra virgolette per enfatizzare la distanza rispetto al significato stigmatizzante che essa assume, posto che sono state scientificamente smentite le teorie che suddividono l’umanità in “razze”. Tuttavia, va ricordato che si tratta di una opzione lessicale che lo stesso legislatore europeo ha ritenuto di fare propria nella Dir. 2000/43, denominata appunto Direttiva “Razza”, precisando tuttavia, forse in termini contraddittori, che «L’Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l’esistenza di razze umane distinte. L’uso del termine “razza” nella presente direttiva non implica l’accettazione di siffatte teorie» (Considerando 6).

⁵ Dir. 2000/43, c.d. “Razza”, di contrasto alle discriminazioni basate sulla razza e l’origine etnica che include nelle tutele anche la protezione sociale, l’assistenza sociale, l’istruzione.

⁶ Dir. 2000/78, c.d. “Quadro”, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro, in ragione di disabilità, orientamento sessuale, religione e convinzioni personali, età.

così stati interessati anche l'accesso a beni e servizi⁷, nonché l'istruzione e l'*housing*⁸, mentre non è ancora stata approvata la normativa riguardante le ulteriori caratteristiche personali⁹.

Le Direttive così approvate hanno sostanzialmente replicato le medesime definizioni di discriminazione¹⁰, le regole di natura processuale¹¹, l'apparato sanzionatorio¹², per i diversi ambiti e condizioni tutelate, andando a comporre una sorta di materia trasversale, definita appunto "Diritto antidiscriminatorio"¹³.

Se fino alla metà degli anni '2000, il quadro normativo appariva in rapida e costante evoluzione, un deciso arresto si è verificato dal 2006¹⁴, conformando così una tutela profondamente differenziata sulla base delle condizioni personali considerate e degli ambiti presi a riferimento, peraltro in uno scenario complessivo di sovrapposizione e confusione rispetto alle normative interne già presenti negli ordinamenti degli Stati membri¹⁵, rispetto a cui soltanto sporadicamente si è operato un coordinamento e una ricomposizione.

Per quanto riguarda il divieto di discriminazione nell'accesso a beni e servizi sanitari in ragione di "razza" ed etnia, occorre constatare come, pur trattandosi di ambiti che – rientrando nell'alveo del diritto fondamentale alla salute – non dovrebbero ammettere alcuna distinzione, vi è una accentuata difficoltà per le persone appartenenti a minoranze etniche o straniere, in specie nell'accesso alle cure¹⁶.

⁷ Con le Dir. 2004/113 per il genere e 2000/43 per la "razza" e l'origine etnica.

⁸ Con la Dir. 2000/43 per la sola "razza" e origine etnica.

⁹ Da circa un decennio, è in gestazione l'atto che estenderebbe anche a queste condizioni i divieti presenti per genere e "razza" o origine etnica. COM(2008)426, Proposta di Direttiva sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

¹⁰ La nozione di discriminazione prevede una declinazione in forma diretta, indiretta, come molestie e per il solo genere come molestie sessuali, e da ultimo come ordine di discriminare. Le definizioni sono sostanzialmente replicate in ognuno degli atti.

¹¹ Si pensi alle regole in materia di inversione di onere probatorio, di azioni di natura collettiva, su cui v. *amplius* M. BARBERA (a cura di), *op. cit.*; A. LORENZETTI, *Il Diritto Antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, 2012.

¹² Ad esempio, si richiedono sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

¹³ Tradizionalmente considerato rientrante nel Diritto del lavoro, più recentemente è stato ricondotto al Diritto pubblico e comparato, ma anche al Diritto privato o dell'Unione europea.

¹⁴ Si tratta della Direttiva 2006/54/CE, relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, c.d. Direttiva "Rifusione", poiché in essa sono state per l'appunto rimesse tutte le normative sino ad allora approvate.

¹⁵ Occorre infatti considerare che l'avvento del diritto antidiscriminatorio si è andato a innestare lungo i binari tracciati dalle legislazioni interne, già all'epoca copiose soprattutto per alcune condizioni o in alcuni ambiti. Per ciò che rileva ai fini del presente scritto, si consideri ad esempio la riforma del servizio sanitario nazionale, attuata con l. 833/1978, che valorizza la prospettiva dell'uguaglianza, nella definizione quale «complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzioni di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'uguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

¹⁶ Questo è quanto mostrano gli studi in materia, tra cui *inter alia*, v. Progetto IISMAS «Servizi sanitari e discriminazione razziale. Strumenti e pratiche di prevenzione e contrasto della discriminazione razziale nell'accesso all'assistenza medica». A. MORRONE, A. SANNELLA, *Servizi sanitari e discriminazione razziale. Strumenti e pratiche di prevenzione e contrasto della discriminazione razziale nell'accesso all'assistenza medica*, in *Salute donna*, 16, 2007, 2-8. Anche nei contesti stranieri, le ricerche mostrano analogo andamento. V. ad

La questione appare particolarmente evidente rispetto alle persone rom, sinti e camminanti, realtà profondamente ghettizzate e socialmente isolate in ogni paese europeo¹⁷ e che oggi vivono condizioni di salute – e in generale sociali – assai fragili¹⁸, spesso stentando a confrontarsi con meccanismi istituzionali, come nel caso della residenza e del possesso di documenti regolari¹⁹ che grande rilevanza hanno nell'accesso alla salute anche nei termini di fruizione dell'assistenza di base.

Per quanto riguarda il divieto di discriminazione fondato sulla “razza” e l'etnia duplice è la collocazione sul piano normativo, essendo previsto sia nel Diritto antidiscriminatorio, e in specie nella Direttiva 43 del 2000, sia nel Testo unico per l'immigrazione, laddove si opera il riferimento a ogni comportamento che direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla “razza”, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni o le pratiche religiose e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica²⁰.

Per quanto le prassi mostrino elementi di segno contrario, la normativa antidiscriminatoria oggi vigente afferma il divieto di discriminazione in ogni sua forma, senza consentire alcuna eccezione o individuare qualche fattore di giustificazione, generando tuttavia dubbi circa l'effettività delle tutele alla luce dell'assenza di contenzioso in materia.

Per le condizioni diverse da genere, “razza” ed etnia può essere di interesse richiamare rapidamente alcuni aspetti, sia quanto alla preesistente normazione interna che comunque garantiva ampiamente alcune condizioni personali, tra le quali la disabilità, sia per alcune novità che paiono profilarsi all'orizzonte in particolare quanto all'orientamento sessuale.

In prima battuta, occorre tuttavia precisare l'ambiguità di fondo che vi è nel trattare congiuntamente condizioni personali così differenti come orientamento sessuale, disabilità, età, religione o convinzioni personali, scelta comunque netta del legislatore europeo che ha ridonato i propri effetti sulla normativa di attuazione, generando una confusione considerevole (a livello teorico e di applicazione pratica) e una frammentazione degli atti normativi di recepimento.

esempio, gli studi effettuati negli Stati Uniti che mettono in evidenza pratiche discriminatorie tanto nell'accessibilità al servizio sanitario, tanto quanto alla qualità dei servizi erogati, ad esempio, circa la minore presenza di ambulatori medici e di farmacie nei quartieri abitati da minoranze etniche. R. BHOPAL, *Spectre of racism in health and health care: lessons from history and the United States*, in *BMJ*, 316, 1998, 1970; AT AHAMED ET AL., *Racial discrimination & health: Pathways & evidence*, in *Indian J Med Res*, 216, 2007, 318-327; R.S. BHOPAL, *Racism in health and healthy care in Europe: reality or mirage?*, in *European Journal of Public Health*, 17(3), 1999, 238-241; Institute of Medicine, *Unequal Treatment*, 2002; BA VIRNIG ET AL., *A matter of race: early- versus late-stage cancer diagnosis*, *Health Affairs*, 28(1), 2009, 160-168; RS COKER, *Racism in medicine: an agenda for change*, London, 2001; K. MCKENZIE, *Racism and health*, in *BMJ*, 2003, 326, 65-66.

¹⁷ Va considerato come la stessa classificazione unitaria di queste etnie sia oggetto di contestazione. P. BONETTI, A. SIMONI, T. VITALI (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Milano, 2011.

¹⁸ WHO (World Health Organization, 2006). La Commissione europea ha riconosciuto per la prima volta la specificità della condizione rom, individuando le priorità in istruzione, lavoro, salute e *housing* (European Roma Summit Memorandum 08/559, 2008).

¹⁹ Molte persone rom non sono registrate presso il Sistema sanitario nazionale, spesso a causa della mancanza di documenti e di una rilevata riluttanza da parte dei medici ad accettare pazienti rom, con un deciso condizionamento nell'accesso alla salute.

²⁰ Artt. 43 e 44, TUI. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008.

Per quanto riguarda il tema della religione o delle convinzioni personali, occorre ricordare la normativa che consente di rifiutare le cure in ragione di un credo religioso²¹, oltre alla possibilità di utilizzare le tutele predisposte in ragione della “razza” e dell’origine etnica, per la loro possibile e intuitiva assimilazione²².

Rispetto alla disabilità, l’avvento del diritto antidiscriminatorio si è innestato su un quadro interno di estesa tutela a vantaggio di una condizione che, più di ogni altra, chiama in causa la necessaria sanitarizzazione, sia se si abbia riguardo alla salute mentale, sia alla salute fisica. Nel silenzio del legislatore europeo, è stata dunque la normativa interna a tracciare un riferimento immediato per il contrasto alle discriminazioni fondate sulla disabilità nel contesto dell’accesso e della fornitura di beni e servizi sanitari²³.

Rispetto all’età, il tema delle discriminazioni pare porsi come prevalentemente orientato a trattamenti specifici per la c.d. terza e quarta età, funzionali alla piena garanzia dei diritti sociali riconosciuta in Costituzione quale diritto fondamentale. In proposito, va tenuto conto del possibile slittamento delle questioni che riguardano un’età avanzata sulla disabilità, in particolare per quanto riguarda l’ambito assistenziale. Spesso infatti, a una età avanzata corrisponde la presenza di malattie croniche che provocano disabilità, per cui si tratta di nozioni che, sul piano pratico, possono intuitivamente tendere verso una sovrapposizione.

Residua la trattazione dell’orientamento sessuale e dei possibili casi di discriminazione nell’accesso e nella fornitura di beni e servizi di ambito sanitario che pure le prassi restituiscono come frequenti. Si pensi al divieto di donazione di sangue e allo stigma che deriva dall’essere considerati²⁴, *tout court*, come soggetti a rischio in ragione di comportamenti sessuali che si suppongono “disordinati”²⁵. Sono però da segnalare alcuni progetti che mettono a tema la specificità della salute delle persone omosessuali, tenendo conto della peculiarità di alcune patologie e della necessità di una risposta adeguata al bisogno²⁶.

²¹ Si pensi alle regole dei testimoni di Geova circa le trasfusioni di sangue.

²² Per quanto siano condizioni normativamente regolate con atti diversi (“razza” e origine etnica, con la Dir. 2000/43 e religione, con la Dir. 2000/78), pare di potersi rilevare come si tratti di condizioni in parte sovrapponibili, posto che spesso le discriminazioni agite verso chi professa un culto ridondano spesso i propri effetti anche verso chi abbia una determinata origine etnica. Si pensi al caso dell’abbigliamento, in specie al divieto di indossare determinati abiti tipicamente propri di alcune confessioni religiose più comuni in alcune aree geografiche, che mostra la sostanziale intercambiabilità fra tutele in ragione di etnia e tutele in ragione della religione.

²³ Si pensi alla l. 104/92 che, all’art. 3, afferma come diritto della persona handicappata l’accesso alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale e alla efficacia delle terapie riabilitative. Ma si pensi ancor più alle l. 67/2006 che detta le «Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione». Sulla salute mentale, v. S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

²⁴ V. Corte di giustizia, *Léger*, causa C-528/13, sentenza del 29 aprile 2015, sul tema del divieto di trasfusione e donazione di sangue per le persone omosessuali, su cui v. R. PETRUSO, *Omosessualità ed esclusione sociale nella donazione di sangue: divieti permanenti e divieti temporanei come fattore di discriminazione*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2016, 1101-1131.

²⁵ Tali aspetti sono spesso segnalati nei rapporti sul quadro interno in materia.

²⁶ V. i progetti dell’Istituto Superiore di Sanità, reperibili sul sito <https://www.iss.it/> (ultima consultazione: 11/7/2019).

2. Le discriminazioni nell'ambito sanitario in ragione del genere

Per quanto riguarda il genere, il divieto di discriminazioni nel mercato dei consumi e nelle transazioni tra privati è contenuto nella Direttiva c.d. “Beni e Servizi”²⁷, atto che si caratterizza per le numerose eccezioni, esenzioni e deroghe consentite²⁸. Si pensi, ad esempio, alla espressa tutela della libertà di scelta del contraente quando non sia fondata sul sesso della controparte²⁹, eccezione che mostra caratteri di ambiguità, sia per la sua portata generale, sia per l'assenza di un corrispondente richiamo per la “razza” e l'origine etnica. In presenza di una finalità legittima, perseguita con strumenti appropriati e necessari³⁰, la Direttiva consente inoltre differenze di trattamento per quei beni o servizi che vengono offerti in via preferenziale o esclusiva a uno dei due sessi. A non risultare chiaro è tuttavia il confine che consente interpretazioni non verificabili e non rigorosamente motivate, ma tali da condurre, in ipotesi, a giustificare qualsiasi differenza di trattamento. Probabilmente per mitigare il potenziale effetto negativo di questa deroga, la Direttiva aveva previsto una sorta di elencazione – indicativa e non tassativa – delle finalità da considerarsi legittime, in nome delle quali sarebbe possibile consentire differenze di trattamento in ragione del genere, tra le quali non era però presente l'ambito dei servizi sanitari³¹. Sono stati piuttosto richiamati i servizi offerti con modalità differenziate in quanto volti a promuovere stili di vita corretti, tutelare la salute o incoraggiare una più equilibrata

²⁷ Si tratta della Direttiva 2004/113, su cui v. D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in M. BARBERA (a cura di), *op. cit.*, 289 ss.; A. MCCOLGAN, *La directive relative aux biens et aux services: oeuf de vicaire ou quasi-bénédiction?*, in *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, 1, 2009, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=it&moreDocuments=yes> (ultima consultazione: 11/7/2019).

²⁸ Ad esempio, erano esclusi ambiti pure strategici, come la tassazione e la comunicazione, così come le transazioni effettuate nell'area della vita privata e familiare. Per quanto riguarda le prestazioni finanziarie e assicurative era inizialmente consentito l'utilizzo del sesso per la costruzione dei diversi prodotti da offrire al pubblico, anche in assenza studi che indicassero come sensata questa distinzione. Sul tema, è poi intervenuta la Corte di giustizia ripristinando in questo specifico ambito la pienezza del divieto di discriminazione e introducendo un limite temporale alle deroghe al divieto di discriminazione nell'accesso a beni e servizi assicurativi e finanziari (*Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, C-236/09 del 1 marzo 2011, sull'art. 5, par. 2, secondo cui i fattori attuariali variabili in base al sesso potevano *direttamente* determinare differenze di trattamento)

²⁹ «Ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione. La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente. Nella misura in cui la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona, la presente direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente» (Considerando 14).

³⁰ Art. 4, par. 5, Dir. 2004/113.

³¹ Considerando 16. Su questo punto è intervenuto il *Network of National Experts* per offrire una piattaforma di riflessione: v. S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Report on Sex segregated Services of 2008*, in http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/2009sex-segregatedservices_en.pdf (ultima consultazione: 11/7/2019); ID., *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, 2009, in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3695&langId=en> (ultima consultazione: 11/7/2019). Venivano infatti richiamati la protezione di vittime di violenza di genere (es., case rifugio); la promozione dell'uguaglianza di genere; il caso delle organizzazioni di volontariato riservate a uno dei due sessi; la tutela di scopi socialmente utili; la libertà di associazione; nonché l'organizzazione di attività sportive; la tutela del senso del pudore e della privacy; il timore delle molestie sessuali; il contrasto agli stereotipi di genere.

partecipazione di genere ad alcune attività³², ad esempio incentivando il coinvolgimento di quanti ne sarebbero esclusi per ragioni di natura culturale o religiosa che considerano non appropriato un contatto fra persone di sesso diverso³³. Veniva inoltre richiamata la necessità di contrastare quelle differenze che implicitamente presuppongono diverse attitudini, bisogni, caratteri differenti fra uomini e donne, o realizzate in nome di generalizzazioni non corrispondenti ai servizi offerti ma che restituiscono una visione stereotipata tale da riflettere e al tempo stesso riprodurre le differenze³⁴.

Di fatto, l'ambito sanitario rappresenta un caso in cui l'accesso e la fornitura di beni e servizi necessita di tenere conto delle differenze di genere, posta la rilevanza delle diversità corporee fra sesso maschile e sesso femminile. Non costituendo discriminazioni, si tratta piuttosto di differenze che integrano il pieno accesso ai diritti sociali, sia nel pensare a quelle condizioni, esclusivamente proprie del sesso femminile, che richiedono un'assistenza sanitaria specifica, o l'erogazione di servizi *ad hoc* non concepibili per utenti o fruitori di sesso maschile, sia ricordando come sono le stesse modalità organizzative dell'assistenza sanitaria a prevedere ricoveri in spazi separati in ragione del sesso dell'utenza³⁵.

Una prospettiva di sicuro interesse in merito è offerta dalla medicina di genere che ha consentito di mettere a fuoco come la tradizionale impostazione di studi e pratiche effettuate sulla base di un corpo "neutro" dal punto di vista sessuato abbia significato lo schiacciamento delle specificità del corpo

³² Così, ad esempio, non può essere ammesso l'accesso a discoteche o locali notturni con un prezzo diverso per le donne, così da incoraggiarne la presenza, poiché veicola un'idea reificante delle donne e del loro corpo, resi "oggetto" e "prodotti" che possono essere "fruiti" dai consumatori maschi, effettivi destinatari dell'offerta. Quando invece le differenze siano pensate per agevolare la partecipazione del sesso normalmente sottorappresentato in una determinata attività, dunque in chiave di riequilibrio, vi è una tendenziale legittimità. Si pensi alla diversità di prezzo per l'accesso a partite di calcio, strumentale a scardinare l'assetto mono-genere del calcio, o a prezzi agevolati per gli uomini nei corsi di puericultura. È interessante il caso dei parcheggi "rosa" rispetto a cui vi è stata una valutazione di illegittimità quando previsti come più grandi e agevolati in ragione della supposta minore capacità delle donne alla guida e della loro maggiore propensione allo shopping, mentre da consentire se finalizzati alla riduzione del rischio di subire aggressioni a sfondo sessuale, ad esempio, quando collocati nei pressi delle uscite dei parcheggi o in prossimità di fonti di illuminazione. Nel caso delle associazioni riservate a uno dei due sessi, sono da ritenersi legittime le associazioni di donne, dalle quali gli uomini sono esclusi in nome dell'obiettivo di creare spazi sottratti alla dominazione maschile o anche per evitare il rischio di molestie o violenza, potendo generare occasioni di *network* e di *empowerment*, nonché per controbilanciare l'ineguale presenza delle donne nella società. Dove invece vi siano associazioni di soli uomini, maggiori perplessità genera l'idea di una sorta di "spazio riservato" al cui interno mantenere e rinforzare le strutture di potere che collocano le donne in una posizione ineguale (per quanto, nella decisione della Ireland's High Court *Equality Authority v Portmarnock Golf Club & Ors – The Equality Authority v Portmarnock Golf Club and Others* [2004 no. 1456SS] and *Cuddy and Keane v The Equality Authority, Ireland & Attorney General* [2003 7015P], è stata affermata la legittimità dell'accesso riservato ai soli uomini.

³³ Questo vale soprattutto per le attività che comportano la nudità (es. piscine o palestre monogenere).

³⁴ Gli studi rilevano come le bambine siano più tipicamente orientate verso attività di natura sedentaria, mentre i bambini verso attività che coinvolgono la forza fisica. Si pensi ancora a come spesso i cosmetici, ma ancor più i detersivi e gli alimenti siano considerati prodotti femminili.

³⁵ Si pensi a come in numerose Regioni siano previste visite gratuite preventive di patologie possibili soltanto per uno dei due sessi, come patologie oncologiche riguardanti organi soltanto femminili o soltanto maschili. Ma si pensi anche a come certe tipologie di visite, in quanto legate alla specificità dei corpi, siano riservate a persone dell'uno o dell'altro sesso.

femminile³⁶. Ad essere assunto quale parametro di riferimento generalmente valido è stato infatti il corpo maschile, rispetto al quale il femminile è stato ritenuto “altro”, dunque quale eccezione. A questa impostazione, hanno corrisposto da un lato soluzioni concrete certamente non adeguate a corpi così anatomicamente e biologicamente diversi, con un deciso impatto sulla salute della donna, posto che ogni studio e ricerca si è fondato sull’unicità del corpo maschile, non sempre garantendo efficacia alle cure predisposte. In una prospettiva più teorica, ne è però anche derivata l’idea del femminile come qualcosa di “altro”³⁷ rispetto a una norma (solo presunta) riferita al maschile, implicitamente connotata da disvalore o comunque da minorità³⁸, proprio in quanto eccezione, “anomalia”, rispetto alla regola³⁹.

³⁶ Mentre inizialmente la medicina considerava la diversità fra uomo e donna soltanto rispetto all’apparato sessuale e riproduttivo, nel 1991, furono per la prima volta dimostrate – in specie rispetto alle cardiopatie – le differenze (a discapito sistematico delle donne) anche per altri organi e patologie, tali da produrre differenze in termini di trattamento clinico, di maggiore tempistica per giungere a una diagnosi, minore applicazione di terapie salvavita, tempi di ricovero più brevi (B. HEALEY, *The Jentl syndrome. New England Journal of Medicine*, 325, 1991, 274-275); F. SIGNANI, N. NATALINI, C. VAGNINI, *Minori Gender Variant: il ruolo che un’Azienda Sanitaria può (deve?) svolgere*, introduzione al Focus su *I minori gender variant: aspetti e punti di vista*, in corso di pubblicazione nella Rivista *Genlus*). Ne è seguito un approccio interdisciplinare e scientifico alla medicina che ha trovato spazio anche sul piano normativo. Infatti, nel contesto della delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute (l. 11 gennaio 2018, n. 3), è stata prevista una disposizione *ad hoc*. L’art. 3 fa infatti riferimento alla «Applicazione e diffusione della medicina di genere nel Servizio sanitario nazionale», chiedendo una «diffusione della medicina di genere mediante divulgazione, formazione e indicazione di pratiche sanitarie che nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura tengano conto delle differenze derivanti dal genere, al fine di garantire la qualità e l’appropriatezza delle prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale in modo omogeneo sul territorio nazionale». Si richiede inoltre che vengano garantiti «un approccio interdisciplinare tra le diverse aree mediche e le scienze umane che tenga conto delle differenze derivanti dal genere, al fine di garantire l’appropriatezza della ricerca, della prevenzione, della diagnosi e della cura»; la «promozione e [il] sostegno della ricerca biomedica, farmacologica e psico-sociale basata sulle differenze di genere»; la «promozione e [il] sostegno dell’insegnamento della medicina di genere, garantendo adeguati livelli di formazione e di aggiornamento del personale medico e sanitario»; la «promozione e [il] sostegno dell’informazione pubblica sulla salute e sulla gestione delle malattie, in un’ottica di differenza di genere». Al Ministro della salute è richiesta l’emanazione di raccomandazioni destinate agli Ordini e ai Collegi delle professioni sanitarie, alle società scientifiche e alle associazioni di operatori sanitari non iscritti a Ordini o Collegi, volte a promuovere l’applicazione della medicina di genere su tutto il territorio nazionale, prevedendo la predisposto di un Piano formativo nazionale per la medicina di genere, volto a garantire la conoscenza e l’applicazione dell’orientamento alle differenze di genere nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura, promuovendo specifici studi presso i corsi di laurea delle professioni sanitarie, nonché nell’ambito dei piani formativi delle aziende sanitarie con requisiti per l’accreditamento nell’educazione continua in medicina.

³⁷ È certo infatti che essere considerato “altro” da qualcosa o da qualcuno presuppone un approccio che non è soltanto descrittivo, ma si traduce in un meccanismo valutativo in cui una primazia è assegnata al termine assunto quale riferimento rispetto a quanto è caratterizzato da alterità. Sul punto, imprescindibili sono gli scritti di L. GIANFORMAGGIO, *L’eguaglianza e le norme*, in ID. (a cura di), *Scritti per Umberto Scarpelli*, Milano, 1997.

³⁸ L’espressione “minorità” viene in questa sede intesa nei termini di una minorità di considerazione da parte delle pratiche mediche, non invece nel profilo della minorità numerica, posto che le donne rappresentano circa la metà della popolazione.

³⁹ Si pensi a come la psichiatria e la psicologia abbiano sviluppato gli studi sull’isteria a partire dalla osservazione delle donne e considerandola quale stato soltanto femminile. Ma si pensi anche allo studio delle

Un caso che mette in luce il rilievo della diversità dei corpi coinvolti è rappresentato dalla contraccezione, ambito che si è criticamente atteggiato sia sul piano interno, sia sul piano sovranazionale. I monitoraggi hanno infatti evidenziato il frequente rifiuto, da parte del personale medico, di praticare interruzioni di gravidanza o di somministrare pillole abortive (cosiddetta RU486) in ragione dell'obiezione di coscienza e, da parte del personale farmaceutico, di vendere contraccettivi, in nome delle proprie convinzioni religiose⁴⁰. Il contesto interno impone inoltre di ricordare come l'assistenza nell'accesso alla interruzione di gravidanza – prevista dalla legge di riferimento in nome della salute della donna nell'ambito riproduttivo e di una tutela sociale della maternità⁴¹ – è spesso svolta da strutture non ideologicamente neutrali, i c.d. Centri di aiuto alla vita, traducendosi nei fatti in una barriera nell'accesso a un servizio⁴². In proposito, è dunque interessante domandarsi se il rifiuto di accedere a pratiche abortive o contraccettive possa integrare una discriminazione, che si verifica quando una persona è trattata meno favorevolmente di come sia, sia stata o sarebbe stata trattata una persona dell'altro sesso, in una situazione analoga⁴³. Un primo problema pare emergere dalla configurazione del test di comparazione⁴⁴ che viene utilizzato per valutare l'analoga di situazione nella quale potrebbe trovarsi una persona dell'altro sesso. Posto che si tratta di beni e servizi rivolti soltanto alle donne e che soltanto sulle donne impattano nei termini di mancato accesso, non può che essere problematico mettere in relazione l'ambito della contraccezione e della riproduzione con un soggetto non di genere femminile. Neppure avrebbe senso supporre una prospettiva neutra e neutralizzante, intendendo un utente del servizio o un fruitore del bene a prescindere dalla sua specifica corporeità. Infatti, ciò sarebbe di per sé discriminatorio, poiché collocherebbe le donne, e sol-

numerose "sindromi" tipicamente riconducibili alle sole donne, in quanto ritenute devianti da comportamenti "normali" (*rectius*, maschili), come la sindrome/depressione *post partum*.

⁴⁰ B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, II, Milano, 2011, 1655-1687; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; B. LIBERALI, "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia), in *Oss. AIC*, 1, 2017; ID., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017. Si tratta infatti di azioni che soltanto una «ristrettissima categoria professionale dotata di particolari capacità tecniche (ostetrici e ginecologi)» può svolgere, finendo per condizionare lo stesso funzionamento della legge; così, A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. pub.*, Torino, X, 1995, 254.

⁴¹ Come noto, infatti, la legge sulla interruzione volontaria di gravidanza (l. 194/1978) non delinea un diritto ad accedere a pratiche abortive, fissando una serie di condizioni.

⁴² Questi profili sono stati rilevati anche nella *concurring opinion* di Petros Stangos, Vice presidente del Comitato economico e sociale, nella pronuncia contro l'Italia, per violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea da parte della l. 194/78. Questi ha enfatizzato come sia la stessa struttura della legge a non porsi come ideologicamente neutrale, piuttosto tentando di far desistere – con quello che è stato definito come "sofisticato sistema di persuasione" – le donne dall'accedere a pratiche abortive.

⁴³ Queste sono le definizioni raccolte in ognuna delle singole direttive antidiscriminatorie.

⁴⁴ Si tratta del procedimento tipico del giudizio antidiscriminatorio che deve verificare, attraverso appunto una comparazione, se una persona è stata trattata in modo peggiore rispetto a quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra persona di sesso diverso (o comunque non portatrice delle caratteristiche tutelate dall'ordinamento euro-comunitario).

tanto le donne, in una posizione di potenziale svantaggio, posto che il medesimo rifiuto opposto nell'accesso a beni e servizi contraccettivi non avrebbe alcun impatto sugli uomini.

Anche la gravidanza rappresenta una vicenda di interesse quanto all'atteggiarsi del divieto di discriminazione sulla base del genere nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi in ambito sanitario, non soltanto perché, pur non essendo una patologia, richiede una costante assistenza sanitaria, non ipotizzabile rispetto a un corpo maschile, ma anche perché si tratta di una esperienza irriducibilmente legata al corpo femminile attraversato, anche fisicamente⁴⁵, dalla riproduzione⁴⁶. La difficoltà di ragionare attorno al divieto di discriminazione rispetto a un'esperienza soltanto femminile consente nuovamente di problematizzare il tessuto concettuale che dal diritto antidiscriminatorio e dal divieto di discriminazione deriva, posta la difficoltà di dimostrare che una persona sia trattata meno favorevolmente di come sia, sia stata o sarebbe stata trattata una persona dell'altro sesso, in una situazione analoga. Proprio per questa consapevolezza, le Direttive tracciano una automatica equiparazione di ogni trattamento peggiore in base alla maternità e alla gravidanza quale discriminazione di genere⁴⁷, con una opzione peraltro non scevra da problematicità poiché veicola l'idea che si tratti di fasi della vita eccezionali, e in quanto tale, da tutelare, non invece quali esperienze fondative dell'umanità, proprie ed esclusive, sì del corpo femminile, ma integranti l'uguaglianza e la normalità dell'esperienza della riproduzione.

Simili considerazioni impongono di ricordare il rischio insito nella regola antidiscriminatoria quando assuma quale riferimento una persona neutra, spogliata del proprio genere, annullando così ogni specificità individuale e rendendo indifferenti le condizioni, anche corporee, di cui chiunque è portatore. Va infatti tenuto conto di come ciò significhi assumere quale parametro di riferimento il maschile, riflettendo (ma al tempo stesso riproducendo) un assetto diseguale, incapace non soltanto di mitigare le differenze individuali riconducibili alle specificità corporee femminili in quanto eccezione alla normalità, ma persino di nominarle. Emergono così alcuni elementi del giudizio antidiscriminatorio che appaiono non convincenti laddove soltanto in via limitata tiene conto dell'iniquità del trattamento *ex se*, "accontentandosi" anche solo dell'annullamento della differenza sulla base di una condizione tutelata e dell'analogia del trattamento riservato a chi non sia portatore della medesima condizione.

L'ambito della contraccezione di emergenza è, sotto questo profilo, paradigmatico poiché a rendere inefficace il divieto di discriminazione sarebbe in ipotesi sufficiente il medesimo rifiuto opposto a un uomo, sul cui differente impatto appare superfluo spendere argomentazioni, alla luce della profonda

⁴⁵ B. PEZZINI, *Tra Corti e provette. Momenti di bio-diritto*, in *Genesi e struttura dei diritti*, in P. TINCANI (a cura di), Milano, 2009, 89-123.

⁴⁶ B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183-245.

⁴⁷ Secondo la Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, in Racc., I-3267, posto che la gravidanza è connaturata all'essere donna, essendo una delle modalità attraverso cui si estrinseca questa dimensione identitaria, la mancata considerazione di questa differenza determina una lesione della dignità della donna e consente di dire che è discriminata pure in assenza del soggetto con cui compararla, risultando scorretto individuare il *tertium comparationis* in un soggetto di sesso maschile in stato di malattia. V. anche Corte di Giustizia, sentenza 30 giugno 1998, *Rentokil Ltd*, C-394/96, in Racc., 1998, 4185, riguardo alla non equiparabilità dello stato di malattia conseguente ad una gravidanza, allo stato di gravidanza. Sul punto v. C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008, 122 ss.

diversità di effetti. Sotto tale aspetto, emerge la difficoltà della dimensione antidiscriminatoria nel cogliere il diverso posizionamento che le condizioni personali possono provocare⁴⁸, pure se a fronte della medesima offerta di un bene e servizio.

In questa prospettiva, emerge la distanza rispetto alla dimensione costituzionale dell'uguaglianza, che è autonoma dall'assunzione di un *tertium comparationis*⁴⁹, ossia una persona rispetto alla quale mettere a paragone il trattamento subito dalla vittima della discriminazione, ponendo al centro della valutazione il criterio della ragionevolezza della distinzione consentita.

Può addurre un elemento di riflessione la inattuazione, secondo alcuni perfino un "sabotaggio"⁵⁰ o quanto meno un debordamento⁵¹, della legislazione in materia di interruzione di gravidanza e accesso a farmaci contraccettivi⁵², cui non è tuttavia corrisposta una risposta giudiziaria adeguata, men che mai avanzata mediante il giudizio antidiscriminatorio⁵³.

Appare interessante considerare se simili aspetti possano individuarsi quali potenziali barriere nell'accesso a un diritto sociale, alla salute in specie, di cui l'accesso all'interruzione di gravidanza rappresenta una delle modalità di attuazione nella garanzia alle donne della libertà di scelta sul proprio corpo⁵⁴.

L'ulteriore elemento di cui tenere conto nel trattare di discriminazioni nell'accesso ai servizi sanitari riguarda l'impatto che ha l'autonomia regionale, posto che le disuguaglianze di genere sembrano ampliarsi in nome di una discrezionalità riconosciuta dall'art. 117 Cost., i cui confini con l'arbitrio tendono però a sfumare, ancor più a seguito del quadro prospettato dalla riforma nel senso del c.d. regionalismo differenziato. Si ricordino in tale senso le violazioni riconosciute dal Comitato Europeo

⁴⁸ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *op. cit.* ha rilevato come sarebbe tuttavia incompatibile un trattamento paritario che generi una diversa posizione in base a una condizione. Così si è orientata la Corte di Giustizia, *Defrenne II*, causa 149/77, pt. 27, sentenza del 15 giugno 1978; *Corollor Pension Trustees LTD*, causa C-200/91, sentenza del 28 settembre 1994; e successivamente *Office national des pensions c. Emilienne Jonkman, Hélène Vercheval e Noëlle Permesaen c. Office national des pensions*, cause riunite C-231/06, C-232/06, C-233/06, sentenza del 31 giugno 2007; causa; *Kovalska*, causa C-33/89, punto 20, sentenza del 27 giugno 1990.

⁴⁹ Si tratta dell'elemento con il quale viene effettuata la comparazione nel giudizio antidiscriminatorio.

⁵⁰ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 141.

⁵¹ Parla di un "debordamento" dell'obiezione di coscienza dall'ambito dell'IVG anche alla contraccezione d'emergenza (c.d. pillola del giorno dopo) G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO E P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 815 ss. Ritene invece che dovrebbe essere estesa a chiunque, ivi incluso il portantino che spinge il carrello su cui è la paziente verso la sala di operazioni in cui verrà praticato l'aborto, A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1979, p. 28, n. 1.

⁵² È in particolare l'aborto terapeutico a essere difficilmente accessibile, neppure figurando all'interno della relazione sullo stato di attuazione della l. 194.

⁵³ M. DI MASI, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia*, in *QG*, 19.6.2014, che rileva la tendenziale incompatibilità dei tempi della giurisdizione con la garanzia di accesso alla interruzione di gravidanza. A livello convenzionale, v. la decisione della Corte EDU del 2011, *R.R. v. Poland* (ricorso no. 27617/04), in cui lo Stato è stato condannato per violazione della CEDU, artt. 3 (trattamento inumano e degradante) e 8 (mancato rispetto della vita privata e familiare), senza però il riconoscimento della violazione dell'art. 14, ossia del divieto di discriminazione.

⁵⁴ V. la decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *Internation Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* (n. 87/2012), 10 marzo 2014.

dei Diritti Sociali, della Carta Sociale Europea da parte dell'Italia⁵⁵, quanto alle modalità organizzative dei servizi sanitari di assistenza sessuale e riproduttiva, poiché non garantiscono la disponibilità di personale medico e ausiliario non obiettore, anche in ragione della non determinatezza e determinabilità nella programmazione degli interventi sanitari. Il Comitato economico e sociale ha individuato un doppio livello di discriminazione, sia rispetto ai profili economico-territoriali dovuti al quadro differenziato sul piano interno⁵⁶ che provoca barriere per chi non abbia capacità finanziarie sufficienti per muoversi dalla propria area di residenza⁵⁷, sia rispetto a qualsiasi altro fruitore o utente dei servizi sanitari per i quali l'obiezione di coscienza non è consentita. Non pare tuttavia condivisibile la totale assenza di considerazione circa il fatto che è soltanto la condizione femminile a patire di quei condizionamenti dovuti all'organizzazione sanitaria, non in generale qualsiasi utente che necessita di assistenza sanitaria per altri tipi di prestazione, diversamente posizionando gli utenti del sistema sanitario sulla base del genere.

La questione impone, inoltre, il tentativo di problematizzare se e fino a che punto la questione possa essere ricostruita nei termini di bilanciamento fra la tutela delle convinzioni religiose che attraverso l'obiezione di coscienza si manifestano e quelle relative alla libertà di accesso alle prestazioni sanitarie da parte di una donna, quale espressione della propria autonomia nelle scelte che riguardano il proprio corpo, e come effetto del divieto di discriminazione sulla base del genere nell'accesso a un servizio sanitario⁵⁸.

Il tema dell'accesso a beni e servizi di natura sanitaria rispetto al genere chiede altresì una peculiare riflessione rispetto alla condizione delle persone transgeneri, ossia delle persone che, vivendo un disallineamento fra corpo e psiche, in ragione della condizione denominata Disforia di genere, si ritrovano ad attraversare una forte medicalizzazione non soltanto del percorso di transizione, ma dell'intera esistenza⁵⁹.

Come noto, l'estensione delle tutele previste in ragione del genere anche per coloro che hanno subito una discriminazione in ragione del cambiamento di sesso era stata riconosciuta dapprima per via giurisprudenziale, e successivamente nella Direttiva Rifusione, dunque nel contesto lavorativo, sia pure in seno a un Considerando⁶⁰. Tuttavia, pure a fronte del significativo quadro discriminatorio re-

⁵⁵ In specie, dell'art. 11, parte I (diritto alla salute) in combinato disposto con l'art. E, parte V (non-discriminazione) della Carta Sociale Europea (riveduta nel 1996), che recita «Ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile».

⁵⁶ Si tratta delle ragioni che danno luogo al c.d. "turismo abortivo" più volte rimarcato da S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 56

⁵⁷ M. DI MASI, *op. cit.*

⁵⁸ B. LIBERALI, *Il diritto di obiezione di coscienza nella procreazione medicalmente assistita: quale configurazione a seguito delle decisioni della Corte costituzionale?*, in *forumcostituzionale.it*, 5 novembre 2015; S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari-Roma, 2009, 36.

⁵⁹ Sia consentito rinviare al mio *Diritti in transito*, Milano, 2013.

⁶⁰ *P. c. S e Cornwall County Council*, C-13/94, 30.4.1996, in cui la Corte di giustizia ha considerato le tutele in ragione del cambiamento di sesso come rientranti nelle tutele protette dalla Dir. 76/207, oggi rifiuta nella Dir. 2006/54, al cui Considerando 3, si afferma come «il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso». V. il caso *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, C-117/01, 7.1.2004.

stituito dagli studi in materia⁶¹, non si è rilevata una risposta giudiziaria sul piano interno se non in un isolato caso relativo all'ambito locativo⁶².

Tuttavia, proprio nel contesto sanitario, la condizione transgenere abbisogna di una peculiare attenzione, come testimoniato da alcune azioni in corso di realizzazione⁶³. A giustificare un trattamento differenziato è infatti la peculiarità dei corpi trans che, in questo periodo storico, stanno ponendo alla medicina questioni e dubbi prima non considerati⁶⁴.

In generale, vi sono alcune questioni che tracciano una difficoltà nell'accesso a beni e servizi sanitari, cui le prassi potrebbero efficacemente porre rimedio. Si pensi a come le strutture di ricovero e sanitarie siano organizzate sulla base della differenza di genere che determina la collocazione delle persone in transizione in un reparto sulla base della propria ascrizione di genere. Si pensi ancora a come recentemente sia stata rilevata una barriera nell'accesso alle cure ormonali, e dunque alla salute, in ragione del non riconoscimento della terapia prevista per un sesso a chi è anagraficamente del sesso opposto⁶⁵. Il tema si presenta peraltro come peculiare nel contesto carcerario in cui le persone trans vengono a subire un impatto deteriore nei termini di accesso alle cure, sperimentando quella che può definirsi come una "doppia reclusione"⁶⁶.

Considerato quanto la condizione trans necessiti delle strutture, di beni e di servizi sanitari per l'intero percorso e in generale per l'intera esistenza, posta la costante medicalizzazione⁶⁷, una maggiore attenzione alle peculiarità dei corpi coinvolti appare certamente in linea con il principio personalista che il dettato costituzionale restituisce come centrale nella propria architettura.

⁶¹ C. D'IPPOLITI, A. SCHUSTER, *Disorientamenti*, Roma, 2011; il rapporto di Arcigay dal titolo *Io sono, io lavoro* (<http://www.arcigay.it/io-sono-io-lavoro/>) e A. LORENZETTI, G. VIGGIANI, *Hard Work. LGBTI Persons in the Workplace in Italy*, Pisa, 2016. V. anche i dati sono forniti dall'Agenzia dell'Unione Europea per i Diritti Fondamentali (c.d. FRA); v. *Omofobia e Discriminazione a causa dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere negli Stati membri dell'Unione Europea: Parte II - La situazione Sociale*.

⁶² Trib. Trento, ord. 31.7.2018.

⁶³ Ci si riferisce a quanto approntato dall'Istituto superiore di sanità che – nell'ambito del Centro di riferimento per la medicina di genere – sta attivando azioni formative e di ricerca *ad hoc*, disponibile sul sito <https://www.iss.it/> (ultima consultazione: 11/7/2019).

⁶⁴ Va infatti considerato come le persone che si sono sottoposte al percorso di rettificazione del sesso (anagrafico e anatomico) nei primi anni di applicazione della legge stanno giungendo in questo periodo alla terza età, chiedendo una considerazione della specificità di corpi transitati nell'altro genere.

⁶⁵ V. delibera dell'AIFA, ossia dell'Agenzia del Farmaco, 1327/2015: «Modifica del regime di fornitura di medicinali per uso umano a base di testosterone», che prevede la prescrizione – da parte di specialisti e non ripetibile – di ormoni maschili per maschi anagrafici e di ormoni femminili per donne anagrafiche.

⁶⁶ Sia consentito rinviare a A. LORENZETTI, *Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgender*, in *Genius*, 1, 2017, 53-69; P. VALERIO, P. MARCASCIANO, C. BERTOLAZZI (a cura di), *Trasformare l'organizzazione dei luoghi di detenzione. Persone transgender e gender nonconforming tra diritti e identità*, Napoli, 2018.

⁶⁷ Le persone trans infatti sono "oggetto" di trattamenti medico-sanitari per l'intera esistenza, poiché al trattamento chirurgico di asportazione delle ghiandole responsabili della produzione ormonale segue la necessità di sottoporsi a una costante terapia sostitutiva.

3. L'accesso alla salute come un caso di discriminazione multipla: il caso delle donne migranti e delle donne rom

L'accesso a beni e servizi di natura sanitaria si mostra quale esempio paradigmatico di discriminazione multipla⁶⁸, nel mostrare l'effetto della combinazione delle fragilità che derivano dal genere e della cittadinanza o dell'origine etnica⁶⁹.

A testimoniare questa valutazione è la particolare "debolezza"⁷⁰ delle donne straniere e migranti⁷¹ e delle donne di etnia rom, non a caso definito come "a Case for Gender Equality"⁷², alla luce dei dati che restituiscono una condizione di salute precaria e più incerta sia rispetto agli uomini della medesima origine⁷³, sia rispetto alle donne autoctone⁷⁴. Le ragioni risiedono in una serie di fattori conco-

⁶⁸ Riprendendo le riflessioni di K. CRENSHAW, *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine*, in *Feminist Theory and Antiracist Policies. The University of Chicago Legal Forum*, 1989, 140, la discriminazione multipla è come un incrocio in cui un incidente può accadere per il transito di auto da numerose direzioni e talvolta da più di una di esse. È importante precisare come la dottrina abbia individuato diversi tipi di discriminazione in forma multipla, ossia la discriminazione multipla in senso stretto quando due o più condizioni a rischio di discriminazione agiscono separatamente; la discriminazione composta o additiva, quando una persona viene discriminata sulla base di due o più condizioni che agiscono congiuntamente; la discriminazione intersezionale, quando più condizioni personali operano simultaneamente e interagiscono in maniera indistinta. Sul tema, v. D. SCHIEK, *From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe*, in D. SCHIEK, V. CHEGE (a cura di) *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, London-New York, 2009, 12–13; T. MAKKONEN, *Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Åbo Akademy University, 2002, 10–11, in [http://www.ilga-](http://www.ilga-eu-)

[eu-](http://www.ilga-eu-)
[rope.org/content/download/24688/157174/version/1/file/multiple,+compound+and+intersectional+discrimination.pdf](http://www.ilo.org/content/download/24688/157174/version/1/file/multiple,+compound+and+intersectional+discrimination.pdf) (ultima consultazione: 11/7/2019); S. BURRI, D. SCHIEK, *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2, in http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplerediscriminationfinal7september2009_en.pdf (ultima consultazione: 11/7/2019).

⁶⁹ Il divieto di discriminazione nell'ambito del c.d. Diritto antidiscriminatorio non è applicabile ai cittadini di paesi terzi, avendo valenza intracomunitaria. Nella consapevolezza che si tratta di una semplificazione bisognosa di una serie di precisazioni, va però tenuto conto di come vi sia una contiguità intuitiva fra le discriminazioni fondate sulla c.d. "razza" e quelle in ragione della cittadinanza, poiché spesso le persone discriminate in ragione della propria "razza" sono cittadini stranieri e viceversa.

⁷⁰ Molto andrebbe precisato circa la nozione giuridica di debolezza. Si vedano le riflessioni di L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, 36 ss., che riconosce come vi sia un ulteriore elemento di matrice extra giuridica che caratterizza la nozione di debolezza, ovvero il carattere etico, morale, ideologico, storico, sociale, filosofico, ma soprattutto politico. Sul tema, v. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1, 1999, 25 ss.; P. CENDON, S. ROSSI (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, II, Roma, 2013.

⁷¹ E. ELLIS, *op. cit.*; M. BELL, *op. cit.*

⁷² V. Rapporto della Commissione europea Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *Ethnic minority and Roma women in Europe. A case for gender equality?*, 2008, disponibile in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4833&langId=en> (ultima consultazione: 11/7/2019).

⁷³ Per quanto riguarda i cittadini stranieri, v. <https://www.istat.it/it/archivio/stranieri> (ultima consultazione: 11/7/2019). Per quanto riguarda la condizione rom, è stata ad esempio rilevata l'assenza di cure e assistenza pre e post parto, come pure una significativa discriminazione all'esterno della comunità, anche attuata mediante pratiche di sterilizzazione forzata pure agite nel contesto della sanità pubblica di alcuni paesi: ECHR, V.C. v.

mitanti, tra cui certamente la tendenziale debolezza sociale e in generale una non adeguata esperienza del personale sanitario di fronte alle questioni culturali e religiose che le donne migranti e rom pongono, combinate con fattori di natura organizzativa e con l'assenza di informazioni disponibili nelle lingue straniere e di mediatori culturali o interpreti⁷⁵.

Nella costruzione del test antidiscriminatorio, la particolare fragilità delle donne straniere e di etnia rom emerge con evidenza, posto che assumendo un uomo della medesima origine come *tertium comparationis*, e dunque provando a mostrare la discriminazione in ragione del genere, sarebbe probabilmente l'origine etnica a doversi individuare quale causa della discriminazione, dovendosi ritenere non sussistente la discriminazione sulla base del genere. La valutazione comparativa stenterebbe infatti a riconoscere il particolare svantaggio sperimentato rispetto agli uomini, in quanto donne e in quanto straniere o rom. Analogamente, assumere la condizione delle donne non straniere o non rom come *tertium comparationis* renderebbe impercettibile la peculiarità che deriva dalla combinazione delle due condizioni personali, poiché la ragione del trattamento potrebbe essere individuata nell'origine etnica, facendo sfumare la valenza discriminatoria di un atto o di un comportamento agito allo stesso modo nei confronti di una donna non straniera o non rom. Fondamentale appare dunque la messa a fuoco di come sia proprio l'effetto della combinazione fra origine etnica e genere a generare un effetto moltiplicatore della fragilità sociale che la considerazione delle condizioni, singolarmente prese, non consentirebbe di percepire e che il test antidiscriminatorio stenta a cogliere. Questo è infatti implicitamente basato su una (sola) condizione personale protetta, aspetto che impone di "scegliere" quale strumentario di tutele utilizzare, generando una difficoltà per chi viva una disparità di trattamento per la contemporanea presenza di più condizioni. La paradossale conseguenza è che, proprio in ragione della modalità di formulazione della regola antidiscriminatoria a partire da un individuo neutro, spogliato delle proprie caratteristiche personali, risulterà assai complesso attivare strumenti di protezione adeguati alla specificità del caso di fatto rendendo possibile un impatto diseguale per coloro che vivono all'incrocio di più caratteristiche personali a rischio di discriminazione.

In chiusura, vanno segnalate alcune normative di rango secondario che hanno generato una barriera nell'accesso a beni e servizi di natura sanitaria. Ci si riferisce alla legislazione regionale che ha vietato di entrare con il volto coperto in tutte le strutture regionali, ivi incluse le strutture sanitarie, con un impatto esiziale per le donne di religione islamica che indossano il velo. Posta la supposta esigenza che è alla base del divieto, ossia il contrasto al terrorismo c.d. di matrice islamica, è però importante interrogarsi sulla proporzionalità dello strumento utilizzato che, di fatto, preclude qualsiasi accesso a

Slovakia, Application no. 18968/07, 8.2.2012; *N.B. v. Slovakia*, Application no. 29518/10, 12.09.2012; and *I.G. and others v. Slovakia*, Application no. 15966/04, 29.04.2013. Il peggior stato di salute delle donne rom rappresenta una eccezione agli studi secondo i quali, di norma, migliori sono il benessere complessivo e l'aspettativa di vita per gli uomini.

⁷⁴ M. DOTTI, S. LUCI, *Donne in cammino. Salute e percorsi di cura di donne immigrate*, Milano, 2008; A. GENOVA, *Policy to tackle health inequalities in accessing health services for migrant women in Italy: a regional comparative analysis in Marche and Emilia Romagna*, in *Soc. dir.*, 1, 2014, 145.

⁷⁵ V. rapporto del Ministero della Salute, che conferma i dati emersi dal rapporto della Fundamental Rights Agency del 2013, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, disponibile in http://fra.europa.eu/sites/default/files/inequalities-discrimination-healthcare_en.pdf (ultima consultazione: 11/7/2019).

strutture ospedaliere obbligando le utenti che indossano il velo a scegliere fra il rispetto delle regole della propria confessione religiosa e la tutela della salute che, in quanto diritto fondamentale, non dovrebbe però entrare in bilanciamento con il credo⁷⁶.

Il contesto giuridico pare spesso mostrarsi non adeguato a rimuovere e persino a cogliere la specifica fragilità delle donne migranti e delle donne di alcune etnie, paradossalmente, quasi rafforzandola, imponendo l'individuazione di eventuali strumenti di reazione, primo dei quali l'attivazione di buone pratiche e azioni positive⁷⁷.

4. Il diritto antidiscriminatorio e le sue tensioni irrisolte

L'ambito dell'offerta di beni e servizi sanitari in specie rispetto al genere si mostra di particolare interesse nel mettere in luce alcune caratteristiche del diritto antidiscriminatorio, a partire da quella che ne è l'origine. Inizialmente, il divieto di discriminazione era infatti pensato in una chiave economica, volta ad evitare barriere, anche potenziali, alla libera circolazione e agevolare la creazione di un mercato unico, evitando il *dumping* sociale, ossia uno svantaggio per le imprese di quegli Stati in cui la parità salariale fra lavoratori e lavoratrici generava un "aggravio" non esistente laddove la manodopera femminile aveva un costo minore. Per quanto si tratti di un aspetto attenuato o secondo taluno superato con l'approvazione della Carta di Nizza (2000) e del Trattato di Lisbona (2009)⁷⁸ che hanno riconosciuto una dimensione sociale al divieto di discriminazione, includendo anche il concetto di dignità⁷⁹, la sua genesi pare tuttavia influenzare ancora l'intera riflessione sulla materia e i suoi effetti pratici. Basti pensare a come, ad esempio, la legislazione antidiscriminatoria potrebbe paradossalmente far ritenere non vigente il divieto nel caso di beni e servizi offerti a titolo gratuito, aspetto

⁷⁶ Sul punto è peraltro intervenuta anche una pronuncia che ha ribadito la correttezza della deliberazione n. X/4553 della Giunta regionale Lombardia del 10.12.2015, sul «rafforzamento delle misure di accesso e permanenza nelle sedi della giunta regionale e degli enti società facenti parte del sistema regionale» (Trib. Milano, 20 aprile 2017).

⁷⁷ Si pensi all'impatto che potrebbero avere anche semplici modalità organizzative come la presenza di personale medico sanitario di sesso femminile, o la previsione di servizi sanitari *ad hoc* per chi abbia una particolare provenienza o credo religioso, così da rispondere ai bisogni effettivi, o ancora la semplice separazione sulla base del genere dei beni e dei servizi sanitari consentirebbe di annullare le barriere per coloro che, in un contesto promiscuo, ne sarebbero escluse per ragioni culturali e religiose, riconducibili all'imbarazzo e al timore di molestie sessuali o di violenze o in generale poiché il contatto fra uomo e donna è ritenuto non appropriato. V. quanto sperimentato dalla Direzione Sanitaria dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Città di Bologna. Centro per la salute delle donne straniere e dei loro bambini. Si pensi ancora alla possibilità di coinvolgere mediatori culturali, a corsi di formazione *ad hoc* per il personale sanitario o per chi provenga da minoranze religiose e/o culturali. Anche la creazione di studi sulla medicina delle migrazioni sarebbe di fondamentale apporto. S. GERACI, M. MARCECA, *La promozione della salute per gli stranieri: normativa nazionale sull'accesso ai servizi e politiche locali*, in *Atti della Conferenza nazionale "Migrazioni e salute" - Bari, 3-4 maggio 2002*, Lecce, 2002, 36-51.

⁷⁸ M. BARBERA, *op. cit.*

⁷⁹ Per un approfondimento, v. M. BARBERA, *op. cit.*; B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione Europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011.

problematico posto che le discriminazioni appaiono ancor più odiose se collocate in un contesto di non onerosità del servizio⁸⁰.

Inoltre, il divieto di discriminazione di matrice euro-unitaria è soddisfatto quando non vi siano differenze nel mercato dei consumi (ma parimenti accade in quello del lavoro) sulla base di una delle condizioni tassativamente elencate, pure in presenza di una ingiustizia e una ingiustizia del trattamento. Non pare dunque connotarsi come una affermazione generalmente valida e con clausole aperte in grado di respingere qualsiasi differenza di trattamento sulla base di una condizione personale ritenuta motivo di una discriminazione negli ambiti di vigenza del divieto. Al contrario, l'individuazione di un elenco di condizioni e di settori marca una netta separazione fra ciò che è incluso nelle tutele e ciò che ne è escluso. Questo aspetto genera alcune ambiguità, non soltanto per la frequente difficoltà nell'individuare i confini delle condizioni personali protette⁸¹ e degli ambiti di vigenza del divieto⁸², ma anche perché comunque nessuna elencazione sarà mai esaustiva delle caratteristiche personali e dei contesti in cui una discriminazione può verificarsi, aprendo a un vuoto di tutele.

Peraltro, il diritto antidiscriminatorio pari quasi "accontentarsi" di una neutralizzazione delle differenze e di un trattamento formalmente paritario, non rilevando ad esempio l'anomalia di una debole e problematica attivazione degli strumenti preferenziali, come le azioni positive⁸³, poco considerate negli atti di recepimento e profondamente condizionate (*rectius*, limitate) dalla Corte di giustizia⁸⁴, in quanto forma di potenziale svantaggio per alcune condizioni. Ricordando come gli strumenti di "diritti

⁸⁰ Così pare trarsi dal riferimento, nel Considerando 11, all'art. 50 del Trattato, laddove, nella specifica di quali siano i beni e i servizi oggetto della disciplina, viene precisato che, per beni, dovrebbero intendersi «quelli disciplinati dalle disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea riguardanti la libera circolazione delle merci. [mentre] Per servizi si dovrebbero intendere quelli disciplinati dall'articolo 50 di tale trattato». Tuttavia, tale dizione potrebbe intendersi come riferita non a un costo del bene o del servizio oggetto della transazione per l'utenza, ma al suo valore economico, potendovi dunque rientrare anche beni e servizi offerti gratuitamente al pubblico.

⁸¹ Si pensi alla difficoltà di tracciare un confine netto fra le tutele in ragione della disabilità o dell'età, o fra le tutele rientranti nella Direttiva "Razza" (Dir. 2000/43) e quelle riconducibili alla religione che pure spesso sono ad essa idealmente riconducibili.

⁸² Si pensi a come, ad esempio, l'ambito della formazione professionale e dei servizi per l'impiego potrebbe in ipotesi rientrare sia nelle tutele offerte, rispetto al genere, dalla Direttiva Rifusione (Dir. 2006/54), sia nell'ambito della Direttiva Servizi (2004/113), intendendole come servizi.

⁸³ Tra la vasta letteratura in materia v. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002; M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008; O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005.

⁸⁴ Nozione classica del diritto antidiscriminatorio e misura di "diritto diseguale", le azioni positive hanno trovato poca fortuna negli atti di recepimento e laddove attuate hanno incontrato il blocco della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, in quanto – attribuendo vantaggi alle donne – sono state considerate come generanti una discriminazione a danno degli uomini. V. Corte di giustizia, *Kalanke*, causa C-450/93, sentenza del 7 ottobre 1995; *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*, causa C-409/95, sentenza del 11 novembre 1997; *Badeck*, causa C-158/97, sentenza del 28 marzo 2000; *Abrahamsson*, causa C-407/98, sentenza del 6 giugno 2000; *Briheche*, causa C-319/03, del 30 settembre 2004. L'interpretazione della giurisprudenza euro-unitaria ha subordinato l'ammissibilità delle azioni positive al fine specifico di ridurre le disparità esistenti, all'assenza di automatismi, alla proporzionalità delle misure rispetto allo scopo (nel senso che va preferito lo strumento meno invasivo); da notare che il riferimento al sesso sottorappresentato si evolve progressivamente nei termini di una neutralizzazione dei destinatari (in relazione al genere).

to diseguale” spiegano la propria forza proprio nell’inversione dello *status quo* che traccia una impari collocazione delle persone, la loro debole efficacia sul piano euro-unitario pare confermare come il diritto antidiscriminatorio stenti a comprendere l’attivazione di quei canoni che, rapportati sul piano costituzionale, sarebbero da intendersi come inveramento dell’uguaglianza sostanziale, proprio in quanto via di rimozione degli ostacoli che soltanto alcune condizioni personali fronteggiano. I divieti, peraltro, non sono formulati per evitare le differenze di trattamento verso coloro che vivono una condizione “minoritaria” numericamente (dunque ad esempio, per le persone disabili o per le persone con un orientamento sessuale omosessuale o bisessuale) o in termini di rappresentatività (come ad esempio, rispetto alle donne), agendo in termini “bidirezionali”, ossia essendo ipoteticamente applicabili anche a tutela delle condizioni considerate maggioritarie (in termini numerici o di potere).

Pur con l’obiettivo di fissare un principio di parità di trattamento in ragione di alcune condizioni personali e in alcuni ambiti, il diritto antidiscriminatorio mostra dunque un limitato impatto quanto all’obiettivo di ridurre lo squilibrio esistente in chiave di ripristino dell’uguaglianza. Nel suo “accontentarsi” della parità formale viene infatti a rendere indifferenti le condizioni personali tutelate, schiacciando la vittima di discriminazione verso una neutralizzazione identitaria, che finisce per spogliarla della sua corporeità. Neppure consente di percepire le precondizioni, gli impliciti, che grande impatto hanno sulle discriminazioni, se non generandole, certamente non impedendole, né consentendo di individuarle. Di fatto, tale aspetto non consente però di tenere conto di come non siano tutte le condizioni a posizionare diversamente le persone nel mercato dei consumi (o del lavoro), ma soltanto alcune rispetto alle quali dovrebbe essere valorizzato il potenziale di inversione dello *status quo*. Sembrano così delinearci alcuni caratteri della prospettiva antidiscriminatoria che appaiono limitanti soprattutto se posti in relazione con il principio di uguaglianza costituzionale che non presenta una elencazione, tassativa ed esaustiva, di condizioni personali, come pure di specifici ambiti e settori, rispetto a cui vige il divieto di un trattamento differenziato, così come non si fonda sulla necessità di *assumere* – quale *tertium comparationis* – una persona rispetto alla quale parametrare il trattamento subito dalla vittima della discriminazione, *assumendo* la ragionevolezza della distinzione come regola con cui valutare la differenza di trattamento.

Così, nella prospettiva antidiscriminatoria, l’offerta indifferenziata di un bene o un servizio, anche se stigmatizzante e iniqua, potrebbe ipoteticamente essere sufficiente a superare il test antidiscriminatorio, poiché non tratta in maniera differente sulla base delle caratteristiche protette e dunque garantisce una quanto meno formale parità di trattamento. Soltanto con difficoltà la regola antidiscriminatoria appare invece in grado di percepire quando una differenza di trattamento impatti direttamente o indirettamente soltanto su un sesso, o solo su una condizione personale, poiché a fronte di un trattamento formalmente paritario e in assenza di una comparazione e di una comparabilità con chi non sia portatore della medesima condizione, l’effetto discriminatorio pare quasi sfumare⁸⁵. È vero che progressivamente la Corte di giustizia si è affrancata dal giudizio di comparabilità, ma l’astrazione dalla comparabilità con una vicenda concreta e una persona reale è stata sempre am-

⁸⁵ M. BARBERA, *op. cit.*, ha rilevato come sarebbe tuttavia incompatibile un trattamento paritario che generi una diversa posizione in base a una condizione. Tuttavia, per come sono formulate le disposizioni, si ritiene che la cecità alle condizioni di partenza che diversamente posizionano le persone stenti a essere riconosciuta dal diritto antidiscriminatorio.

messa in via eccezionale e introducendo la *fictio* della discriminazione ipotetica e potenziale, senza dunque del tutto sottrarsi ad essa.

Va pure considerato come le numerose eccezioni previste e alcune modalità redazionali degli atti di diritto antidiscriminatorio hanno propalato l'idea di un divieto la cui forza e vigenza non è assoluta, ma mitigata in ragione di altri controinteressi, come la libertà contrattuale che viene espressamente preservata rispetto al genere e in misura meno marcata rispetto alla "razza" e all'etnia. Sotto questo profilo, le operazioni di bilanciamento profilate dalla normativa quando, nel vietare una discriminazione di genere, tutela la libertà di scelta del contraente, sembrano implicitamente presupporre la comparabilità degli elementi che si confrontano (principio di non discriminazione *versus* libertà contrattuale), dunque la loro parità assiologica, aspetto che dovrebbe però essere considerato con estrema cautela⁸⁶.

Un ulteriore carattere del diritto antidiscriminatorio che l'ambito dell'accesso a beni e servizi di natura sanitaria mette chiaramente in rilievo quale potenziale limite, in specie rispetto al genere, è rappresentato dall'intendere la maternità e la gravidanza come eccezioni alla parità, non invece quali esperienze caratterizzanti l'essere umano e la generazione, posto che si nasce esclusivamente da un corpo di donna⁸⁷. La stessa assenza di problematizzazione dell'equiparare la gravidanza e la maternità a una discriminazione sulla base del sesso mostra la difficoltà di percepire lo slittamento concettuale fra il contrasto alle discriminazioni fra uomo e donna e l'equiparazione *tout court* di esperienze specificamente proprie del corpo femminile. Tale aspetto non dovrebbe forse sorprendere ricordando che il diritto antidiscriminatorio intende il genere e il sesso come *una* delle condizioni sulla base delle quali vietare le discriminazioni, al pari di "razza" e origine etnica, disabilità, età, orientamento sessuale, religione e convinzioni personali, senza tuttavia tener conto di alcuni aspetti che dovrebbero indurre a considerarli in modo profondamente diverso. In primo luogo, si deve constatare come soltanto rispetto alle discriminazioni di genere vi sia un fondamento nel diritto primario, delineando

⁸⁶ L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011; D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo: le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *NLCC*, I, 2015; ID., *Il diritto antidiscriminatorio dei contratti*, in *NLCC*, 2010; ID., *Divieto di discriminazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *I principi "Acquis" del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009; ID., *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2008, 401; ID., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; ID., voce *Discriminazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Ann., Milano, 2011; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008. In merito al bilanciamento fra libertà di impresa e principio di non discriminazione, v. Corte di Giustizia, *Samira Achbita & Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions NV*, causa C-157/15, sentenza del 14 marzo 2017; *Asma Bougnaoui & Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA, già Micropole Univers SA*, causa C-188/15, sentenza del 14 marzo 2017. In quest'ultima, la Corte di Giustizia ricorda come la restrizione alla libertà di indossare il velo islamico fosse giustificata dal fatto che la lavoratrice era a contatto con i clienti e dalla proporzionalità rispetto all'obiettivo della Micropole di preservare la propria immagine, senza ledere le convinzioni personali dei suoi clienti. In *Achbita*, la Corte valorizza la libertà d'impresa che è integrata dalla volontà del datore di lavoro di mostrare ai suoi clienti un'immagine di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, la cui valutazione quale finalità legittima, perseguita con mezzi appropriati e necessari, è rimessa al giudice interno anche per escludere il particolare svantaggio che la farebbe divenire una discriminazione in forma indiretta.

⁸⁷ B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 1, 183-245.

così una chiara gerarchia di protezione rispetto a tutte le altre condizioni le cui tutele sono consentite, ma non direttamente affermate nei Trattati⁸⁸. Questa affermazione potrebbe essere temperata ricordando come la Carta di Nizza abbia operato una parificazione delle diverse condizioni personali rispetto alle quali è vietata ogni forma di discriminazione⁸⁹; tuttavia, a sua volta, essa valorizza una primazia del sesso quale condizione tutelata laddove non semplicemente si limita ad affermare la vigenza di un principio ma dichiara – in una disposizione *ad hoc* – che la parità di genere «deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione», aprendo alla possibilità di misure preferenziali⁹⁰. Così, analogamente, pure se la Corte di giustizia ha ritenuto il principio di non discriminazione contenuto nelle direttive come radicato nel diritto UE primario⁹¹, non sembra potersi argomentare la messa in discussione della primazia del sesso alla luce del differente fondamento nei Trattati.

Al di là del dato normativo, comunque significativo, pare di doversi ricordare come la differenza fra uomo e donna non possa essere ridotta a una qualsiasi caratteristica personale in grado di generare una impari collocazione nel mercato dei consumi (ma analogamente sarebbe rispetto al mercato del lavoro), posto che si tratta di una condizione che fonda l'esperienza relazionale e di vita di ogni individuo e della comunità. Uomini e donne, infatti, non vivono la società da una posizione paritaria, per cui l'introduzione di un divieto di discriminazione che neutralmente approcci le persone a prescindere dal genere finisce inevitabilmente per veicolare e rinforzare il quadro delle discriminazioni esistenti, rendendo invisibili le sovrastrutture, i presupposti, gli impliciti⁹² che il diritto stesso riflette, ma al tempo stesso veicola e riproduce in un rapporto circolare⁹³.

Questi aspetti non devono tuttavia far scivolare in secondo piano la constatazione di come il principio di non discriminazione di matrice euro-unitaria abbia certamente consentito di mettere a tema ambiti e condizioni soggettive che difficilmente avrebbero potuto trovare un riconoscimento giuridico e

⁸⁸ Infatti, per le condizioni diverse dal genere, le tutele sono apprestate soltanto a livello di diritto derivato, né l'art. 19 TFUE (ex art. 13 del TCE) impone un'azione di contrasto, soltanto riconoscendo al Consiglio la facoltà di prendere gli opportuni provvedimenti di contrasto alle discriminazioni in ragione delle diverse condizioni tutelate.

⁸⁹ Art. 21, rubricato «Non discriminazione» secondo cui «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

⁹⁰ Art. 23, rubricato «Parità tra uomini e donne».

⁹¹ V. Corte di giustizia, *Mangold*, causa C-144/04, sentenza del 22 novembre 2005; *Kücükdeveci*, causa C-555/07, sentenza del 19 gennaio 2010. Il giudice di Lussemburgo afferma che il principio di non discriminazione in ragione dell'età costituisce un principio generale dell'Unione, comune alle tradizioni degli Stati membri, sancito all'art. 21 della Carta di Nizza e concretizzato nella direttiva 2000/78. Si vedano anche le due pronunce *Achbita*, causa C-157/15 e *Bougnou*, causa C-188/15, cit., sulla base della religione.

⁹² B. PEZZINI, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare fra genere e diritto*, in L. MORRA, B. PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015, 202-234.

⁹³ Ha evidenziato il rapporto di circolarità fra genere e diritto, B. PEZZINI (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo, 2012, il cui sottotitolo significativamente ricorda come *il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*. L'autrice ha messo in rilievo l'influenza che sul diritto hanno le dinamiche di potere, di cui sono allo stesso tempo la causa.

una tutela in alcuni ordinamenti⁹⁴. In generale, esso ha rappresentato, e rappresenta, un passaggio comunque significativo nell'evoluzione del diritto dell'Unione verso una dimensione sociale, ponendosi quale strumento di tutela sino ad allora inedito attuato mediante una serie di istituti e fattispecie, quali ad esempio l'attenuazione dell'onere probatorio, la legittimazione attiva da parte delle associazioni rappresentative dell'interesse leso, la previsione di strumenti e percorsi giudiziari *ad hoc*. Ciononostante, permane la sensazione del suo essere incentrato sulla proibizione della discriminazione e sulla sanzione che ne consegue, molto più debolmente potendo però porsi quale strumento di ridefinizione degli spazi che hanno reso possibile la vicenda discriminatoria e dunque di inclusione di chi da quegli spazi era precedentemente escluso. Parimenti, il divieto di discriminazione non sembra interrogarsi, né problematizzare le condizioni (o le pre-condizioni) che hanno posto le basi perché la discriminazione e il pregiudizio che ne è alla fonte si verificassero. Esso si mostra efficace nella rimozione della discriminazione verso una certa persona, in un determinato momento e per una particolare condizione, senza però orientarsi verso un complessivo ripensamento delle ragioni che sono alla base dell'atto o del comportamento discriminatorio, dunque di quell'assetto gerarchico che ha reso possibili quelle discriminazioni e di cui sono al tempo stesso l'effetto in un rapporto di circolarità e mutua influenza. Il divieto di discriminazione lascia infatti immutato il quadro di insieme, intatta restando la possibilità che siano sempre e comunque possibili ulteriori discriminazioni verso la stessa persona, verso altre persone, per le medesime o per altre condizioni personali, o in altri luoghi e per altre ragioni⁹⁵. L'effetto del non imporre, e del non ipotizzare neppure, la modifica di quelle condizioni o precondizioni che hanno reso possibile la discriminazione, al contrario limitandosi a opporsi al suo protrarsi e al suo verificarsi, si pone come caratteristica del divieto di discriminazione i cui effetti paiono però limitare le tutele. Infatti, la garanzia dell'uguaglianza pare presupporre una ridefinizione nel loro complesso dei contesti in cui le persone abitano, senza arrestarsi all'obiettivo di evitare o eliminare le discriminazioni. Piuttosto, dovrebbe porsi quale finalità il ripensamento delle strutture di potere sulla base delle quali le persone sono discriminate in quanto codificate come appartenenti al parametro assunto come riferimento o quale eccezione a esso, provocando una diversità di collocazione, con un effetto sulla pienezza di diritti e garanzie individuali. Così, se il maschile viene assunto quale parametro di riferimento, implicitamente qualificato come "superiore", rispetto al femminile che è "altro" da esso, inesorabilmente marcato da un segno di subordinazione e inferiorità⁹⁶, a doversi mettere in discussione sarà l'immaginario simbolico che ne risulta, con la conseguente opportunità di ripensare le esistenti gerarchie in chiave di ripristino dell'uguaglianza, o quanto meno di presa d'atto delle esistenti gerarchie in chiave di problematizzazione e decostruzione. Nello specifico contesto dell'accesso a beni e servizi di natura sanitaria, occorre peraltro tenere conto di come si tratti di un diritto fondamentale strettamente connesso all'inveramento dell'uguaglianza nella sua dimensione sostanziale. Da ultimo, essendo coinvolto l'ambito della riproduzione, è da considerare

⁹⁴ Si pensi alle tutele in ragione dell'orientamento sessuale che in alcuni Stati membri di impronta più marcatamente tradizionalista non avrebbero probabilmente trovato spazio nel dibattito pubblico.

⁹⁵ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (cur.), *op. cit.*, 1150 ss.

⁹⁶ Infatti, inquadrate le tutele per una condizione personale in quanto "altro da" marca di un segno di implicita minorità l'elemento di valutazione che viene parametrato rispetto alla condizione assunta quale riferimento universale.

pure il convitato di pietra che consiste nel rischio di esautorare la donna dalla libertà su scelte che sul proprio corpo insistono, laddove il riferimento sia un individuo neutro, spogliato della sua corporeità, elemento che induce a circondare di cautele l'intera riflessione.

In proposito, è interessante ricordare le letture che hanno valorizzato l'uguaglianza quale diritto alla differenza o alla diversità⁹⁷, il cui potenziale non emerge soltanto quanto al contrasto delle discriminazioni esistenti, ma anche di quell'orizzonte simbolico che evocano e da cui sono prodotte. Valorizzare il diritto alla diversità certamente consentirebbe di dare maggiore enfasi alle misure preferenziali⁹⁸ per ridurre o rimuovere l'impatto negativo che il genere ha nell'accesso a beni e servizi di ambito sanitario. Potrebbe ad esempio prendersi atto della necessità che, in ragione del genere e verso il solo genere femminile, possano essere attuate misure promozionali o azioni positive che riconoscano la necessaria specificità, anche per l'intreccio del genere con altre condizioni. Senza il rischio che si prefiguri una *reverse discrimination*⁹⁹, il bisogno di proteggere la diversità e la specificità del genere femminile dovrebbe condurre ad ammettere, anzi incentivare, il ricorso a offerte di beni e servizi specificamente pensati in ragione del genere. Similmente rispetto alle altre condizioni tutelate che – laddove bisognose del superamento di uno *status quo* di subordinazione – potrebbero giovare dell'azione dei meccanismi preferenziali.

Occorre però rilevare come neppure questa prospettiva consenta di superare appieno l'impatto della neutralità antidiscriminatoria, che continuerebbe comunque ad assumere alcune condizioni come parametro di riferimento, tutelando gli altri elementi del binomio (femminile, rispetto al maschile; disabile, rispetto a abile; omosessuale, rispetto a eterosessuale) in ragione della loro "differenza", senza percepire il portato performativo (e non soltanto descrittivo) sotteso a questa operazione, poiché tutelare una persona in quanto "diversa da" significa implicitamente assumere una condizione come parametro di riferimento.

Contestando gli elementi di fragilità della prospettiva antidiscriminatoria¹⁰⁰ e facendo propria la riflessione attorno al "dilemma della differenza" che grande peso ha rispetto all'accesso a diritti sociali¹⁰¹, la dottrina ha così ipotizzato un principio di antisubordinazione di genere individuando le sue ra-

⁹⁷ S. NICCOLAI, *Differenze come cose e come valutazioni*, in F. CERRONE, M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007; I. RUGGIU, *La diversità culturale come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in R. CERCHI, G. LOY (a cura di), *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Roma, 2009, 97 ss.; ID., *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale della diversità*, in *Polemos*, I, 2009, 27 ss.; ID., *Diversity as a public good? Cultural identity in Legal Narratives*, in S. NICCOLAI, I. RUGGIU (a cura di), *Dignity in change Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Antidiscrimination Law*, Firenze, 2010, 151-184; ID., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.

⁹⁸ È solo possibile in questa sede ricordare L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005.

⁹⁹ Si parla di *reverse discrimination* in relazione all'effetto delle misure preferenziali, azioni positive, attivate in chiave di ripristino dell'uguaglianza sostanziale, cui segue l'effetto di produrre discriminazioni verso la condizione maggioritaria.

¹⁰⁰ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit.; M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo*, in *Ragion pratica*, 23, 2004, 364.

¹⁰¹ M. MINOW, *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, 48, 2, 1984; ID., *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Ithaca-

dici nella Costituzione. A partire dalla lettura delle disposizioni in materia di uguaglianza (art. 3), di lavoro e donna lavoratrice (art. 37), di famiglia (artt. 29 e ss.), di diritti politici e accesso alle cariche pubbliche (artt. 49, 51, 117, co. 6), è stata valorizzata l'intenzione *delle e dei* costituenti di trasformare e invertire il "senso" delle relazioni di genere e l'assetto profondamente gerarchizzato e gerarchizzante pre-esistente che l'ordinamento giuridico rifletteva, ma al tempo stesso riproduceva. L'ordine sociale rispetto a cui la Costituzione si pone in netta discontinuità riteneva infatti "naturale", e dunque legittimo, un assetto diseguale in ragione del genere e la disparità spesso assunta quale giustificazione per ulteriori differenze discriminatorie introdotte (o mantenute) per legge¹⁰².

A caratterizzare il principio di antisubordinazione di genere è la capacità di rendere visibili le relazioni di potere nella misura in cui producono un assetto gerarchico, riflesso dal genere e di cui il genere è – in un rapporto circolare – esso stesso riflesso¹⁰³. L'antisubordinazione non mira però soltanto a evitare le discriminazioni, o meglio non si "accontenta" di un'assenza di discriminazioni, piuttosto puntando a rendere visibili i presupposti che le hanno rese possibili, rimuovendole o comunque in primo luogo nominandole e riconoscendole come illegittime.

Attraverso le lenti dell'antisubordinazione di genere pare nitidamente emergere la distanza fra una differenza di trattamento legittima e una discriminazione di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari, in primo luogo poiché rende necessaria una riflessione sulle ragioni che ne sono alla base. Sarà così possibile percepire quando è la specificità somatica, biologica, cromosomica a determinare una diversità nell'accesso a beni e servizi o quando ciò appaia l'acritico precipitato di una pretesa naturalizzazione di condizioni socialmente determinate per cui si assume la necessità di trattare uomini e donne allo stesso modo, a prescindere dall'ascrizione sessuata. Illegittime saranno dunque da considerarsi le differenze che riflettano o veicolino stereotipi, una visione uomo/donna come sfere separate con diverse attitudini e competenze ipostatizzate e ascritte a un ordine naturale immutabile, come pure una reificazione dei corpi femminili. Saranno invece da ritenersi legittime le differenze radicate nella specificità dei corpi o comunque funzionali al contrasto della disuguaglianza e degli stereotipi che ne sono spesso la causa, dunque al pieno invero dell'uguaglianza, senza che possa generarsi una *reverse discrimination* verso gli uomini. Rimuovere un assetto fortemente condizionato dai tradizionali ruoli di genere e promuovere il pieno accesso alla sfera pubblica da parte del genere sotto rappresentato certamente integra l'uguaglianza piuttosto che violarla *anche se* (o meglio, *proprio in quanto*) attuata sotto forma di un trattamento differenziato. Infatti, si tratta di azioni che possono contribuire al processo di ridefinizione delle relazioni di potere fondate sul genere, nel rendere visibili le diverse modalità in cui donne e uomini diversamente abitano gli spazi pubblici. Il rischio di lasciare spazio a derive essenzialiste può efficacemente essere controbilanciato restituendo centralità alla differenza di genere laddove per la persona si traduca in una gabbia al cui interno le possibilità, le ambizioni, i desideri individuali vengano a essere oppressi o condizionati per ragioni di natura sociale, condizionando la piena espressione del principio personalista. L'antisubordinazione infatti consente di "leggere" quando una differenza è generata da una proiezione sociale dell'essere uomo

London, 1990; D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, 2004.

¹⁰² B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in ID., (a cura di), *Genere e diritto*, cit., 37 ss.

¹⁰³ B. PEZZINI (a cura di), *Genere e diritto*, cit.

o dell'essere donna, e dunque rischia di porsi quale discriminazione, e quando invece è funzionale a una pari garanzia nell'accesso a un diritto sociale che attua l'uguaglianza di genere. Ripensate quali possibilità bidirezionali, alcune caratteristiche che, associate al femminile, restano inesorabilmente "segnate" dalla minorità, come ad esempio, l'ambito della cura, potrebbero probabilmente divenire veramente universali, contribuendo a una costruzione di un paradigma egualitario.

Inoltre, posto che la costruzione del genere costituisce un processo necessariamente mutevole, dinamico e negoziabile, il principio di antisubordinazione ammette che i generi possano essere ridefiniti, evitando il rischio che le caratteristiche associate all'essere uomo o donna in un certo momento e in un certo contesto si cristallizzino in una lettura statica che tende a leggere come "naturale" quanto è invece frutto di una convenzione sociale¹⁰⁴, generando una essenzializzazione che può porsi come barriera alla piena espansione del principio personalista.

Va così marcata con nettezza la posizione che tende a sovrapporre la lettura dell'uguaglianza in una chiave di antisubordinazione come proiettata al superamento del genere o alla sua neutralizzazione, poiché essa piuttosto problematizza l'operazione che legge come un destino inesorabilmente condizionato dall'ascrizione di genere alcune ambizioni personali e personali percorsi di vita, penalizzando le vicende che vorrebbero discostarsi da quanto socialmente prescritto.

Per quanto la prospettiva dell'antisubordinazione sia stata elaborata rispetto alle differenze di genere e specificamente riguardi l'aspetto relazionale uomo/donna, alcune argomentazioni paiono consentire l'estensione della riflessione anche per le altre condizioni previste dalle tutele antidiscriminatorie. Non si tratta però di traslare *sic et simpliciter* quanto elaborato rispetto alla differenza di genere anche alle altre condizioni, operazione certamente azzardata e contraria alla specificità che la sola prospettiva di genere assume. Piuttosto, si intende valorizzare il principio di antisubordinazione nella misura in cui obbliga a fare i conti con i criptotipi¹⁰⁵, con le categorie che implicitamente il diritto assume quali vere e proprie lenti attraverso le quali osserva – spesso inconsapevolmente – i binomi oppositivi su cui il diritto antidiscriminatorio è costruito, nell'assumere quale parametro di riferimento la condizione maggioritaria (numericamente o nei termini di accesso al potere).

Questo approccio consentirebbe di valorizzare la relazione fra gli elementi oppositivi del binomio (maggioranza/minoranza) su cui la tutela è costruita, consentendo di verificare quando una differenza di trattamento in ragione di una condizione personale sia l'effetto di una deriva essenzialista o quando invece venga intesa per evitare un trattamento che, apparentemente neutro, in realtà veicola quei meccanismi di oppressione delle diversità di cui le persone sono irriducibilmente portatrici, proprio perché cieco alle differenze.

Ad essere veicolata dalla prospettiva antidiscriminatoria è, infatti, la costruzione gerarchica che l'ordinamento, implicitamente, ma inesorabilmente, manifesta con una portata che è al tempo stesso descrittiva e performativa. Infatti, la dimensione antidiscriminatoria conferma e legittima – in un processo comparativo – l'identificazione di una condizione come universale riferimento rispetto a cui

¹⁰⁴ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., p. 1159.

¹⁰⁵ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1991, 1-34; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 2, 1991, 43-401, spec. 384.

mettere a confronto il trattamento subito, individuando la diversa condizione come “altro”, come “differente” dal parametro assunto a riferimento, implicitamente connotandolo di disvalore¹⁰⁶. Al contrario, l'antisubordinazione potrebbe assumere la condizione personale che produce una differenza, come centrale, senza cedere al rischio di azzerare le specificità individuali, né di neutralizzare le differenze così da garantire il medesimo trattamento, e ancora senza cedere al rischio di derive essenzialiste che possono condizionare, penalizzando, chi intraprenda percorsi considerati non socialmente adeguati o appropriati. In tal modo, la dimensione antisubordinatoria non pretende il superamento delle differenze, soltanto rendendo visibili quei meccanismi che – nell'assumerle come ovvie al punto da non doversi neppure problematizzare – posizionano in modo differente, *rectius* peggiore, alcune persone in virtù di proprie condizioni personali.

Se dunque anche l'accesso a beni e servizi sembra confermare i caratteri del diritto antidiscriminatorio che paiono porsi quali limiti poiché, imponendo un appiattimento delle specificità individuali, indeboliscono le tutele piuttosto che garantirle, la dimensione dell'antisubordinazione pare invece potenziare le tutele che, nel garantire le specificità individuali, non soltanto valorizzino la dimensione relazionale, obbligando a un confronto in tal senso, ma pure rendano visibili le differenze che si traducono in discriminazioni, ripensando gli spazi che le hanno rese possibili e consentendo di nominarle.

¹⁰⁶ M.A. BARRÈRE UNZUETA, *op. cit.*; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.