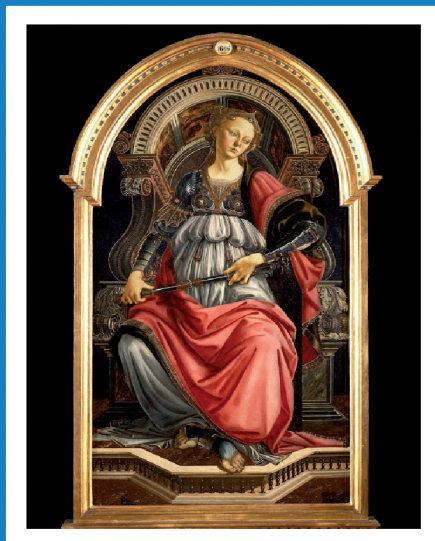


RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto



Elena Consiglio

Che cosa è la discriminazione?

**Un'introduzione teorica
al diritto antidiscriminatorio**

G. Giappichelli Editore

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

collana diretta da

FRANCESCO D'AGOSTINO, FRANCESCO VIOLA
SALVATORE AMATO e ISABEL TRUJILLO

Settima serie – 135

Comitato scientifico internazionale

Jesús Ballesteros (Università di Valencia); Chantal Delsol (Università di Marne-La-Vallée); Paulo Ferreira da Cunha (Università di Porto); John M. Finnis (Università di Oxford); Robert P. George (Università di Princeton); Carlos Massini Correas (Università di Mendoza); Andrés Ollero (Università Rey Juan Carlos, Madrid); Günter Virt (Università di Wien); Yves-Charles Zarka (Università di Paris Descartes).

Procedure di valutazione

Le procedure per la valutazione dei testi ai fini della pubblicazione nella collana “*Recta Ratio. Testi e Studi di Filosofia del diritto*” si ispirano ai principi di trasparenza, autonomia e competenza dei revisori.

I testi presentati devono soddisfare i criteri di rilevanza scientifica del tema, originalità ed innovatività della trattazione, conoscenza della letteratura rilevante, rigore metodologico, approccio critico. La revisione, che dovrà esprimersi su ognuno dei suddetti punti, si conclude con un giudizio complessivo del revisore, che dovrà dichiarare se a suo parere il testo è accettato, accettato previa revisione (da indicare espressamente), non accettato.

Gli autori che desiderano inserire un lavoro in “*Recta Ratio*” devono inviarne copia ad ambedue i direttori. Questi, con l’ausilio del Comitato scientifico, preliminarmente giudicano dell’ammissibilità del volume proposto per la pubblicazione nella Collana. Se la valutazione è positiva, si procede alla revisione tra pari (*peer review*) secondo il sistema del doppio cieco. Le revisioni devono essere due.

L’assegnazione della revisione è compiuta dai direttori di comune accordo sulla base della competenza nella materia trattata. Almeno una delle due revisioni deve essere effettuata da un competente del settore scientifico degli insegnamenti propri della “*filosofia del diritto*”.

Il volume sarà accettato per la pubblicazione solo se il parere di entrambi i relatori è positivo. Nel caso di discordanza netta sull’accettazione si procederà ad una terza revisione. Nel caso che uno dei revisori sia per l’accettazione senza condizioni e l’altro sia per l’accettazione con modifiche, prevarrà il parere di quest’ultimo. Nel caso che uno dei revisori sia per l’accettazione con modifiche e l’altro per la non accettazione, si procederà ad una terza revisione.

Qualora i revisori richiedano modifiche, i direttori valuteranno se le modifiche richieste siano state adeguatamente recepite.

“Bisogna che sia determinata qual è la retta ragione
e qual è la misura che la definisce”
(Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1138b).

Il principio della *recta ratio* ha attraversato la storia del pensiero umano, suscitando reazioni contrastanti. Da criterio di verità delle azioni umane per Aristotele a criterio puramente soggettivo e inesistente in *rerum natura* per Hobbes. In ogni caso, la problematica che esso solleva non può essere elusa o sottovalutata, poiché chiama in causa due dimensioni fondamentali della esperienza umana che costituiscono il nucleo essenziale di riflessione di ogni filosofia pratica.

Innanzitutto si tratta di sapere quale criterio di misura debba avere l'azione dell'uomo: come si possa distinguere una scelta o una decisione razionale dal mero arbitrio. Se si vuole salvare la comunicazione intersoggettiva e con essa la convivenza sociale, è necessario che vi sia una qualche misura comune della condotta umana, una misura che valga per ogni uomo.

La *recta ratio* non è solo criterio di azione, ma è anche disposizione interiore: è il criterio in rapporto al quale ogni uomo costruisce (o distrugge) la sua identità. Nella tradizione classica, essa, come tale, veniva infatti collegata alla virtù. Anche chi non ama riconoscersi in tale tradizione non può non ammettere che la ragion pratica esige comunque un'attenzione anche per i singoli soggetti e per le situazioni particolari che essi sperimentano. Quali sono le virtù che devono caratterizzare nel mondo di oggi non solo l'operare del giudice e del giurista, ma anche quello del cittadino?

Attraverso indagini scientifiche e materiali didattici, questa collana si propone pertanto di contribuire a rinnovare l'inesauribile ricerca di questa misura comune e di questa disposizione interiore nell'ambito delle regole e delle azioni giuridiche.

In copertina:

SANDRO BOTTICELLI, *La Fortezza*, 1470, Uffizi, Firenze.

Elena Consiglio

Che cosa è la discriminazione?

Un'introduzione teorica
al diritto antidiscriminatorio



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3439-3
ISBN/EAN 978-88-921-8865-5 (ebook - pdf)

P.R.I.N. 2015 - Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti giuridici in trasformazione.

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A chi vive libero dal proprio giudizio

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	1

PARTE I QUESTIONI DEFINITORIE

I **Alla ricerca di una definizione**

1.1. Lo statuto semantico e normativo	27
1.2. La discriminazione è un concetto comparativo?	39
1.3. La discriminazione implica il danno?	43
1.4. La discriminazione è “asimmetrica”?	44
1.5. Definizione descrittiva, moralizzata e giuridica	48

II **Individui e gruppi**

2.1. Le caratteristiche protette o fattori di protezione	53
2.2. La protezione degli individui e dei gruppi	63
2.3. Le azioni positive	70

III**Due forme della discriminazione**

3.1. Una nozione multiforme	77
3.2. La discriminazione diretta	79
3.3. La discriminazione indiretta	90
3.4. La discriminazione tollerata: la giustificazione della discriminazione	105

IV**Altre forme della discriminazione**

4.1. Le molestie, l'ordine di discriminare e la discriminazione per associazione	111
4.2. La discriminazione statistica	115
4.3. La discriminazione strutturale, istituzionale, sistemica	122
4.4. La discriminazione multipla	124

PARTE II**IL FONDAMENTO FILOSOFICO
DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO****V****Una molteplicità di concezioni**

5.1. La questione del fondamento	131
5.2. Irrazionalità, stereotipi e pregiudizi, merito	135

VI**Teorie comparative**

6.1. Teorie basate sull'eguaglianza	145
6.2. Obiezioni alle teorie basate sull'eguaglianza	148

	<i>pag.</i>
6.3. Teorie basate sul danno	153
6.4. Concezione consequenzialista, meritocratico-prioritaria, basata sul danno	157
6.5. Obiezioni alle teorie basate sul danno	160

VII

Teorie non comparative e miste

7.1. Teorie basate sulla libertà	165
7.2. Obiezioni alle teorie basate sulla libertà	175
7.3. Teorie “espressiviste”	179
7.4. La concezione “espressivista” di Deborah Hellman	182
7.5. Teorie basate sulla dignità e principali obiezioni	189
7.6. Alla ricerca di un fondamento unitario: teorie pluraliste	193

<i>Problemi aperti</i>	199
------------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	211
---------------------	-----

<i>Giurisprudenza</i>	229
-----------------------	-----

Sono molte le persone che hanno contribuito alla realizzazione di questo libro, molte le persone a cui sono gioiosamente grata.

Ringrazio Isabel Trujillo, che ha creduto in questo progetto e lo ha sostenuto fin dall'inizio, avendo intuito il potenziale di questa ricerca prima che io stessa ne acquisissi consapevolezza. Ringrazio Francesco Viola, per il suo costante incoraggiamento e supporto intellettuale e morale.

Ringrazio Clelia Bartoli, Marco Brigaglia, Bruno Celano e Lucia Corso con cui ho discusso e commentato diversi aspetti di questo lavoro. Ringrazio Pietro Denaro, con cui ho condiviso l'interesse per la ricerca filosofica sulla discriminazione e di cui ho raccolto il testimone.

Ringrazio lo staff della University College London per il preziosissimo supporto materiale alla ricerca.

Ringrazio le giovani donne, detenute, migranti, vittime di tratta, costrette in una gabbia costruita attorno a loro, che hanno voluto aprirsi e con una forza incredibile lavorare per costruirsi una sorte migliore di quella a cui altri avrebbero voluto relegarle. Conoscendole, ho compreso meglio quali sono gli aspetti dell'ingiustizia della discriminazione e in quanti raccapriccianti modi questo mostro multiforme possa segnare gravemente le vite con i suoi effetti negativi e inesorabili.

Ringrazio le studentesse e gli studenti di "Discrimination Law" del corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo, con cui ho messo alla prova gli argomenti trattati in questo libro. La loro determinazione nel comprendere l'ingiustizia della discriminazione per contrastarla nella loro vita presente e nel loro futuro professionale è un appassionante segno di speranza.

Ringrazio dal profondo del cuore mio marito e le nostre famiglie perché, con sacrificio e gratuità, hanno garantito ad una giovane madre le condizioni necessarie per il lavoro intellettuale, di ricerca e di scrittura.

Introduzione

La legge discrimina, sempre. Opera generalizzazioni, distingue, classifica. Stabilisce delle classi di soggetti a cui attraverso precetti generali e astratti ascrive diritti, libertà, attribuisce facoltà, vantaggi, impone doveri, commina sanzioni, escludendo necessariamente dalla stessa previsione generale e astratta altre classi di soggetti. In questo senso, la discriminazione è il modo di operare proprio del diritto¹. Ma non tutte le discriminazioni, distinzioni o classificazioni sono innocue. La maggior parte, anzi, non lo è. Non lo è perché, soprattutto quando è il diritto a prevederle, le classificazioni plasmano identità², creano possibilità e opportunità, permettono o pre-

¹ Letizia Gianformaggio, nella sua riflessione su eguaglianza e discriminazione, lega la “discriminazione” in senso neutro al significato che definisce “prescrittivo” di eguaglianza: “[i]n questo senso”, spiega l’Autrice, “discriminare significa semplicemente distinguere, ed ogni regola, per definizione, discrimina”. L. GIANFORMAGGIO, “Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?”, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 33-61, p. 43.

² La tesi che il diritto plasmi le identità è uno dei capisaldi della critica femminista al diritto e della Critical Race Theory. Si vedano, per la critica femminista al diritto: C.A. MACKINNON, *Women’s Lives, Man’s Law*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, MA, 2005; C.A. MACKINNON, *Butterfly Politics*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge MA, 2017; e, per la Critical Race Theory: G. ZANETTI, “*Critical Race Theory: temi e problemi degli studi giuridici sulla razza*”, in O. GIOLO, M.G. BERNARDINI (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pacini Editore, Pisa, 2017, pp. 35-49; T. KENDALL, G. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti – La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005; C. BARTOLI, *Razzisti per legge – L’Italia che discrimina*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 51-55. Si vedano anche L. GIANFORMAGGIO, “L’identità, l’eguaglianza, la somiglianza e il diritto”, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 85-105; pp. 102-104; ed E. RIGO, “Razza clandestina. Il ruolo delle norme giuridiche nella costruzione di soggetti-razza”, in C.B. MENGHI (a

cludono l'accesso a beni e a posizioni sociali. La discriminazione operata dal diritto può ben essere una forma odiosa di discriminazione; quando lo è, è una delle specie più insidiose, perché è autoritativa e i suoi effetti sono particolarmente pervasivi, profondi e duraturi. Per evitare questi esiti nefasti, gli ordinamenti degli Stati di diritto costituzionale contemporanei prevedono divieti in materia di discriminazione. Ma l'azione del diritto contro la discriminazione è, forse, ben più profonda. Si potrebbe anche affermare, infatti, che il diritto in sé, l'intera impresa giuridica, sia volta alla eliminazione delle discriminazioni – intese come distinzioni arbitrarie, irrazionali o non ragionevoli – e che tenda alla realizzazione dell'eguaglianza. Se da un lato, infatti, è vero che ogni distinzione giuridica è, in senso neutro, una discriminazione e che, quindi, il diritto, nel prescrivere, discrimina per definizione, dall'altro lato, gli ordinamenti degli Stati costituzionali di diritto tendono a realizzare l'eguaglianza sia come valore giuridico, interno al diritto³, sia come valore sociale⁴.

Ma se è vero, come è vero, che le regole giuridiche costantemente discriminano nell'operare distinzioni, classificazioni e

cura di), *L'immigrazione tra diritti e politica globale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 107-142.

³ Sembra convincente l'argomentazione di Letizia Gianformaggio che mostra come l'eguaglianza giuridica formale non sia un principio vuoto, essendo invece uno dei modi attraverso cui il diritto stabilisce e prescrive l'eguaglianza, e che tuttavia non è, di per sé, garanzia del conseguimento dell'eguaglianza. Si veda, in particolare, L. GIANFORMAGGIO, "L'eguaglianza e le norme", in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 125-161.

⁴ L'insieme di tesi di teoria del diritto secondo cui il diritto tenderebbe a realizzare l'eguaglianza giuridica non può essere oggetto di trattazione in questa sede. Tuttavia si ritiene che sia possibile condividere l'idea che il diritto è un metodo di regolamentazione del comportamento umano che, per le sue caratteristiche, tende a realizzare l'eguaglianza, ad esempio perché regola il comportamento attraverso precetti aventi forma generale e astratta. Inoltre, nei sistemi giuridici di diritto costituzionale contemporanei, le previsioni giuridiche devono rispettare ed attuare le norme costituzionali che prevedono i diritti fondamentali. Dunque, l'impresa giuridica nel suo complesso deve avere come scopo la rimozione ed il contrasto a quei fattori che impediscono di fatto la realizzazione dei diritti fondamentali (tra cui vi è anche il diritto alla parità di trattamento, all'eguaglianza, alla non discriminazione) per tutti, qui inclusi i comportamenti discriminatori messi in atto dagli stessi consociati.

generalizzazioni⁵, come mai la legge proibisce la discriminazione in alcuni casi e in altri no? Qual è il criterio per individuare le discriminazioni “odiose”, che devono essere proibite dal diritto, distinguendole da quelle non odiose e, quindi, lecite, o da quelle tollerabili e, dunque, giustificabili? Per rispondere a questi quesiti, è necessario interrogarsi su cosa sia la discriminazione e su quale fondamento morale poggino i divieti di discriminare ovvero sul perché si ritiene che un comportamento discriminatorio vada vietato e quando esso sia da vietare.

In materia, i disaccordi teorici sono molteplici. Si è in disaccordo sul significato del termine “discriminazione”, su quali fenomeni si debbano ricomprendere nel suo ombrello semantico; sugli elementi che caratterizzano la discriminazione, sia in ambito morale, sia in ambito giuridico; se la discriminazione sia un’ingiustizia, oppure sia soltanto l’effetto o la causa di uno stato di cose sfortunato. Chi ritiene che si tratti di un’ingiustizia discute delle ragioni per cui il comportamento discriminatorio sia da ritenere ingiusto e del problema se la discriminazione sia un tipo specifico d’ingiustizia sociale, che riguarda la sfera pubblica, oppure un’ingiustizia che riguarda la sfera individuale, che colpisce il singolo, prima di acquisire eventualmente una dimensione pubblica, che riguarda cioè le posizioni relative dei gruppi nella società e la distribuzione ai gruppi di beni e diritti. Inoltre, si discute sul modo in cui, se d’ingiustizia si tratta, questa possa essere individuata.

Se, da un lato, si ritiene unanimemente che il “sentirsi discriminati”, la consapevolezza, cioè, di avere subito un’ingiustizia, non sia una circostanza né necessaria né rilevante perché sussista una discriminazione, non vi è lo stesso accordo sulla rilevanza dello stato psicologico dell’autore della discriminazione. Quando il soggetto discriminatore ha agito con *animus discriminandi*, con l’intenzione di discriminare, escludere, denigrare, svilire, degradare, trattare in modo irrispettoso qualcuno, la sua azione è consapevole e il motivo è esplicito, il disvalore morale dell’azione è evidente, e non è problematico attribuire la responsabilità per quell’atto all’agente. Ma è possibile discriminare senza averne l’intenzione, senza essere coscienti che si sta

⁵ F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2003, pp. 1-25.

agendo ingiustamente, senza volerlo, in maniera inconscia? Si può prescindere dallo stato psicologico dell'agente per definire la discriminazione? Si può configurare la discriminazione senza agente? Le risposte a questi ultimi interrogativi hanno delle ricadute importanti sulle risposte ad altri quesiti. Ad esempio, un'istituzione può discriminare? Può farlo un sistema che si serve di algoritmi? Alcuni ritengono, ma ciò è problematico, che la discriminazione prescindendo dallo stato psicologico sia del soggetto discriminato, sia dell'agente discriminatore, e che possa essere definita un'ingiustizia "oggettiva". Altri, invece, criticano l'abbandono del criterio dell'intenzionalità dell'azione e del motivo discriminatorio, perché questo renderebbe più difficile l'imputazione della discriminazione e smorzerebbe il disvalore morale dell'atto.

Un altro punto di disaccordo, collegato al precedente, è quello sulle forme della discriminazione⁶. Si discute, ad esempio, se

⁶ Una precisazione sembra doverosa per eliminare possibili equivoci. In questo lavoro, quando si farà riferimento alle "forme" della discriminazione, si intenderà indicare le diverse manifestazioni degli atti discriminatori, con particolare riferimento a specifici fattori, o elementi, che caratterizzano tali atti, tra cui: 1) il soggetto agente (che può essere personale, impersonale e, secondo alcuni, perfino non essere identificabile); 2) il destinatario del comportamento; 3) il collegamento causale tra fattore di protezione e atto discriminatorio (che può essere diretto o indiretto, esplicito o implicito, e così via, come si vedrà in seguito); 4) l'intenzionalità o meno del comportamento; 5) l'oggetto del comportamento. In questo specifico senso, saranno discusse le "forme" della discriminazione nei Capitoli terzo e quarto. Si badi bene che le "forme" della discriminazione, così definite, differiscono dai "fattori protetti" o "caratteristiche protette", come "sesso", "genere", "nazionalità", "etnia", "età", "orientamento sessuale", "patrimonio genetico", e così via. Tali tratti verranno definiti in queste pagine "fattori protetti" o "caratteristiche protette". Di questi ultimi si tratterà nel Capitolo secondo, ma senza entrare nel dettaglio e discutere specificamente ognuno dei fattori protetti. Pertanto, quelle che parte della letteratura contemporanea denomina, in senso lato, "forme della discriminazione" (ad esempio la discriminazione di genere, la discriminazione razziale, la discriminazione genetica, e così via) sono in questo lavoro intese come "discriminazioni a causa di uno specifico fattore di protezione". Per approfondire la trattazione di specifici fattori di protezione, che esula dai fini di questo scritto, si rinvia a T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni – Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008; B. PASTORE, S. TUGNOLI PATTARO, C. FARALLI, M. LALATTA COSTERBOSA, F. OLIVERI, "Forum: Le nuove frontiere della discriminazione", in *Notizie di Politeia*, XXV/96, 2009, pp. 77-119; D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche – Profili giuridici di tutela*, Armando editore, Roma,

le nozioni di discriminazione diretta e indiretta siano espressione del medesimo concetto normativo e abbiano la stessa giustificazione, oppure individuino due concetti normativi diversi, aventi un diverso fondamento morale. Altre forme di discriminazione, tra cui, ad esempio, la discriminazione statistica, sono difficilmente inquadrabili sotto il profilo definitorio – in quanto forme “ibride”⁷, che presentano aspetti ascrivibili sia alla discriminazione diretta che a quella indiretta – e presentano seri problemi di legittimità sul piano morale.

Questo libro si propone di fornire un quadro d’insieme delle teorie che sono state fino a ora elaborate per rispondere a questi quesiti.

Prima di entrare nel merito, è bene fare qualche premessa sulla natura del diritto antidiscriminatorio. La progressiva affermazione giuridica delle diverse forme del divieto di discriminare e la sua estensione ad ambiti via via più ampi si devono in molti casi all’interpretazione evolutiva della giurisprudenza,

2011; C. FARALLI (a cura di), “Riduzionismo e discriminazione genetica. Tavola rotonda con Laura Palazzani, Monica Toraldo Di Francia, Gianfranco Di Segni, Sergio Rostagno, Dariusch Atighetchi”, in *Salute e Società*, 3/2010, pp. 143-170; T. CASADEI, L. RE (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali, voll. I e II*, Diabasis, Reggio Emilia, 2007; S. VANTIN, “Le ragioni del diritto antidiscriminatorio tra eguaglianza e libertà personale”, Working Paper 1, in M. JESSUOLA, B. MAGNI, N. RIVA, M. FERRERA (a cura di), *Gli annali di LPF*, 2018, pp. 1-44.

⁷ Benjamin Eidelson definisce la discriminazione statistica una “forma ibrida” di discriminazione, perché essa presenta elementi tipici della discriminazione diretta, come l’uso di generalizzazioni e stereotipi, ma senza esibire uno dei caratteri tipici di questa forma di discriminazione, ovvero l’intenzionalità. Gli atti discriminatori potrebbero in questi casi essere determinati anche da convinzioni e credenze che albergano nell’inconscio o in comportamenti acquisiti e agiti in modo irriflessivo. Eidelson avverte che esistono diverse forme di discriminazione di questo tipo. Infatti, si interroga Eidelson: “how can we tell when claims of wrongful discrimination have tapped the moral root of our convictions about racism, sexism, and the like, and when they have misappropriated this normative heritage for fundamentally different ends?” B. EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1-4 (la citazione si trova a p. 2). La discriminazione statistica ha, inoltre, diverse specie, tra cui la discriminazione genetica (si veda C. FARALLI (a cura di), “Riduzionismo e discriminazione genetica”, cit.) e il “racial profiling” (si veda M. GOLDONI, “I profili della discriminazione. ‘Racial Profiling’ ed argomenti normativi”, in *Ragion Pratica*, 1/2007, pp. 187-218).

che ha colmato le lacune nella regolamentazione normativa e l'insipienza della politica. L'individuazione dei comportamenti sociali e delle pratiche istituzionali che sono all'origine della discriminazione e la predisposizione di strategie volte a contrastarli efficacemente, con l'obiettivo di rimuoverli definitivamente, inclusa la predisposizione di previsioni normative adeguate, sono, infatti, compiti eminentemente politici. La letteratura filosofico politica e filosofico giuridica recente ha evidenziato come le politiche pubbliche abbiano in gran parte fallito nel raggiungere questi obiettivi⁸. Per questo, le pronunce delle corti di giustizia hanno elaborato sintesi interpretative progressiste e innovatrici in materia antidiscriminatoria.

L'insieme delle disposizioni di diritto antidiscriminatorio e i principi che lo governano non sono di facile ricostruzione e interpretazione, a causa dell'eterogeneità delle fonti e della disomogeneità degli ambiti applicativi.

Riguardo all'eterogeneità delle fonti, il diritto antidiscriminatorio è costituito da norme provenienti da diversi livelli ordinamentali. Esistono norme di rango internazionale, contenute sia in documenti vincolanti come Patti e Trattati⁹, sia in docu-

⁸ Dal punto di vista teorico generale, si vedano, tra gli altri, M. SELMI, "Was the Disparate Impact Theory a Mistake?", in *University of California Law Review*, 53, 2006, pp. 701-782; M. SELMI, "Indirect Discrimination and the Anti-Discrimination Mandate", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 250-268. Non rientra nell'ambito di questo lavoro la ricostruzione dei contributi che discutono le misure di contrasto alla discriminazione, la loro opportunità politica e la loro efficacia, relativamente ad ambiti specifici. Per questa ragione, in merito alle misure volte a contrastare le discriminazioni in ambiti specifici, si rinvia ai contributi raccolti nel volume: T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni*, cit. In tema di parità di genere in ambito lavorativo si veda anche I. FANLO CORTÉS, S. POZZOLO, "We Want sex (equality). Riforme del mercato del lavoro, crisi economica e condizione delle donne in Europa", in *About Gender, International Journal of Gender Studies*, 2, 4/2013, pp. I-XXIV.

⁹ Segue un elenco non esaustivo dei principali strumenti internazionali, in particolare quelli aventi a oggetto i diritti umani: Convenzione internazionale sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge del 13 ottobre 1975, n. 654; Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo

menti di *soft law* che, pur non essendo vincolanti, tuttavia possiedono una forte carica simbolica e politica, come la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948. Vi sono poi norme di diritto antidiscriminatorio di livello sovranazionale, contenute nei Trattati istitutivi dell'Unione europea¹⁰ e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹, nonché in norme secondarie del diritto europeo¹². Non tutte le disposizioni con-

dall'Italia con legge del 25 ottobre 1977 n. 881; Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo dall'Italia con legge del 25 ottobre 1977 n. 881; Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata il 18 dicembre del 1979, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge del 14 marzo 1985, n. 132; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848; Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, c.d. "Convenzione di Istanbul", adottata dal Consiglio d'Europa l'11 maggio del 2011, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77; Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18.

¹⁰ Articoli 18 e 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ("TFUE"), che prevedono il divieto di discriminazione in base alla nazionalità per i cittadini dell'Unione nei campi di applicazione dei trattati istitutivi dell'Unione europea e l'attribuzione al Consiglio europeo del potere 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". L'articolo 153 TFUE consente l'intervento legislativo dell'Unione europea nell'ambito delle pari opportunità e della parità di trattamento nei settori dell'impiego e dell'occupazione. Nei medesimi settori, l'articolo 157 TFUE prevede il principio della pari retribuzione tra uomo e donna e autorizza le azioni positive finalizzate all'emancipazione femminile.

¹¹ Articolo 21, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹² Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica ("direttiva sull'uguaglianza razziale") trasposta nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 "Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica"; direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro ("direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione") trasposta nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 "Attuazione

tenute in documenti di rango internazionale, pure quelli di cui la Repubblica Italiana è parte, però, sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno, poiché alcune devono prima essere trasposte attraverso leggi di ratifica e attuazione. Molte norme di diritto antidiscriminatorio che hanno origine sovranazionale, comunitaria, sono, invece, direttamente applicabili. Vi sono, poi, norme di diritto interno di rango costituzionale, legislativo e di legislazione secondaria (regolamenti), che disciplinano o che incidono sulla definizione delle condotte vietate, perché discriminatorie, e sulle relative sanzioni ed eccezioni. Vi sono, infine, le interpretazioni, talvolta divergenti, delle norme sopra elencate, effettuate dalle corti internazionali, sovranazionali e interne. L'opera di armonizzazione del diritto europeo e della giurisprudenza delle due corti europee (nei sistemi del-

della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro"; direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) ("direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione)") trasposta nell'ordinamento italiano attraverso il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, che modifica il d.lgs. n. 198/2006, detta anche "legge sulle pari opportunità"; direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale; direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento; direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura ("direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi") trasposta nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196 "Attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso ai beni e servizi e la loro fornitura"; direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESS EUROPE, EAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE; direttiva 2010/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE del Consiglio; direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

l'Unione europea e del Consiglio d'Europa) ha, in parte, ridotto la discrepanza tra le diverse definizioni dei principali istituti del diritto antidiscriminatorio. Poiché la prescrizione della parità di trattamento è articolata in un ordinamento multilivello, però, non è sempre facile valutare se una norma interna che sembra esistente e valida sia in realtà da disapplicare perché in contrasto con norme superiori¹³.

Riguardo alla disomogeneità degli ambiti applicativi del diritto antidiscriminatorio, invece, quelli espressamente regolati dal diritto vigente sono eterogenei e non sono tra loro armonizzati. Ad esempio, le fonti secondarie principali del diritto europeo in materia antidiscriminatoria, costituite dalla direttiva sull'uguaglianza razziale, dalla direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, dalla direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne (rifusione) e dalla direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, stabiliscono regimi diversi negli ambiti rispettivamente regolati per la parità di trattamento in ragione dell'etnia, nazionalità, lingua, religione, genere, età e disabilità. Tuttavia, gli obblighi di trattamento paritario previsti da ognuno dei documenti non sono applicabili ad altri ambiti non espressamente regolati. Di questi difetti si sono resi conto gli Stati membri e gli organi di governo dell'Unione europea, che hanno in programma una riforma del diritto europeo antidiscriminatorio al fine di armonizzare i diversi settori con la previsione di una direttiva unica, che, tuttavia, non è ancora stata emanata. Ciò crea delle difficoltà per l'individuazione del precetto rilevante nel caso concreto, perché l'interprete è tenuto a disapplicare le norme discriminatorie eventualmente presenti nell'ordinamento interno ove configgenti con precetti contenuti nel diritto europeo direttamente applicabili, in virtù della primazia del diritto europeo¹⁴. Tale operazione non è sempre agevole ed è ulteriormente complicata dalla disomoge-

¹³ A. GUARISO, "La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti", in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2018, pp. 399-425, p. 405.

¹⁴ Così ha stabilito la Corte di cassazione con la pronuncia delle Sezioni Unite, 20 aprile 2016, n. 7951.

neità degli ambiti oggettivi e soggettivi in cui il diritto europeo istituisce un dovere di parità di trattamento ¹⁵.

Questi fattori spiegano perché l'interpretazione e la ricostruzione sistematica delle norme antidiscriminatorie è particolarmente difficile. È plausibile ritenere che la mancanza di una teoria della discriminazione come ingiustizia specifica, che dia ragione sul piano filosofico-teorico della sua definizione e della sua portata, sia insieme causa e conseguenza delle caratteristiche appena descritte della materia in discorso.

Infatti, mentre il corpus di diritto antidiscriminatorio – l'insieme cioè delle norme che prevedono i divieti specifici di discriminazione e le relative eccezioni – è discusso in dottrina e interpretato dalla giurisprudenza già da più di un secolo ¹⁶, soltanto di recente ¹⁷ la discriminazione ha catturato l'interesse dei filosofi del diritto e dei filosofi politici, che si sono impegnati nel tentativo di chiarire la definizione, il fondamento morale, la natura, i limiti e la portata applicativa di questa nozione. In verità, la trattazione teorica del principio di non discriminazione non è inedita ¹⁸. Tuttavia è da poco emerso un nuovo modo di affrontare il problema. Almeno fino al termine del secolo XX, le discussioni sul principio di non discriminazione erano infatti, per lo più, legate in modo stretto, simmetrico e speculare, alla trattazione del principio di eguaglianza ¹⁹. Questa letteratura ha

¹⁵ Si veda A. GUARISO, "La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti", cit., pp. 399-425.

¹⁶ Nel caso *Plessy v. Ferguson*, la Corte suprema elaborò la dottrina del "separate but equals" (*Plessy vs. Ferguson*, Judgement, Decided May 18, 1896; Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267; *Plessy v. Ferguson*, 163, #15248, National Archives) superata solo nel 1954 con la sentenza storica *Brown v. Board of Education of Topeka*, che affermò il principio secondo cui "separate educational facilities are inherently unequal" (*Brown v. Board of Education of Topeka*, Opinion; May 17, 1954; Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267; National Archives).

¹⁷ La letteratura filosofico-giuridica sul fondamento filosofico del diritto antidiscriminatorio è fiorita in modo deciso a partire dall'inizio del XXI secolo.

¹⁸ Si vedano, tra gli altri i contributi di Letizia Gianformaggio (L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.) e di Luigi Ferrajoli (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989).

¹⁹ La ricostruzione dello sterminato dibattito teorico sul principio di e-

cercato di riconciliare l'evidenza della disegualianza di fatto degli esseri umani con il principio di eguaglianza, che nelle sue due formulazioni, formale e sostanziale²⁰, è un principio fondamentale e supremo negli Stati democratici di diritto costituzionale²¹. Dunque le indagini dei filosofi del diritto sul principio di non discriminazione erano ancorate a quelle sul principio di eguaglianza, come suo necessario complemento, o completamento.

A parte qualche eccezione degna di nota, alcuni lavori seminali sulla natura della discriminazione sono comparsi a partire

guaglianza esula da questo scritto, che si concentra invece sul principio di non discriminazione. Si rinvia, per una iniziale introduzione al tema, ai seguenti testi, che presentano tesi diverse e che non sono da considerare un elenco esaustivo: S. GOSEPATH, "Equality", in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponibile su <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>; R. DWORKIN, "L'Eguaglianza", in *Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani, vol. III*, Treccani, Roma, 1993, pp. 489 e ss.; G. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi – Teoria dell'argomentazione normativa*, Il Mulino, Bologna, 2015; G. ZANETTI, "Eguaglianza", in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004; J. WALDRON, *One Another's Equals – The Basis of Human Equality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2017; J. WALDRON, *God, Locke, and Equality – Christian Foundations in Locke's Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.; L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018; P. WESTEN, *Speaking of Equality – An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990; P. WESTEN, "The Concept of Equal Opportunity", in *Ethics*, 95, 1985, pp. 837-850; G.J. POSTEMA, "Liberty in Equality's Empire", in *Iowa Law Review*, 73, 1987, pp. 55-95; P. COMANDUCCI, "Uguaglianza: una proposta neo-illuminista", in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 85-96; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà – L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013; A. FACCHI, "A partire dall'eguaglianza: un percorso nel pensiero femminista sul diritto", in *About Gender, International Journal of Gender Studies*, 1, 1/2012, pp. 118-150; N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, Aracne, Roma, 2011.

²⁰ P.S. SHIN, "The Substantive Principle of Equal Treatment", in *Legal Theory*, 15, 2009, pp. 149-172.

²¹ L. GIANFORMAGGIO, "Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco", in *Il Foro Italiano*, 119, 6/1996, pp. 1961-1976, p. 1964 (rinvio a questa versione, completa, del saggio e non a quella, ridotta, ristampata in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 229-243); A.K. SEN, *La disegualianza – Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1997; F. VIOLA, "Diritti e Differenze", in *Dialoghi*, 2/2015, pp. 29-36.

dall'ultima decade del XX secolo²². Ma è soltanto durante la prima decade del XXI secolo che ha preso il via un vivace dialogo a più voci, in cui il tema della discriminazione viene trattato, dal punto di vista teorico, come un problema avente uno statuto autonomo, sebbene non del tutto separato dalle questioni legate al tema dell'eguaglianza. Ciò è dovuto, come si è detto, anche alla progressiva individuazione a opera della giurisprudenza e alla successiva previsione legislativa di diverse forme di discriminazione illecita, che hanno allargato il numero e la tipologia di fenomeni che rientrano nell'area semantica del termine, talvolta in maniera piuttosto alluvionale²³.

I punti caldi attorno a cui ruota il dibattito filosofico-teorico sono tre:

²² L. ALEXANDER, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", in *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1/1992, pp. 149-219; E.S. ANDERSON, "What is the Point of Equality?", in *Ethics*, 109, 2/1999, pp. 287-337; P. BREST, "In Defence of the Antidiscrimination Principle", in *Harvard Law Review*, 90, 1/1976, pp. 1-54; S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, Routledge, New York, 1995; R.A. EPSTEIN, *Forbidden Grounds - The Case against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1995; O.M. FISS, "Groups and the Equal Protection Clause", in *Philosophy and Public Affairs*, 5, 2/1976, pp. 107-177; J. GARDNER, "Liberals and Unlawful Discrimination", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 9, 1/1989, pp. 1-22; J. GARDNER, "Discrimination as Injustice", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 3/1996, pp. 353-367; J. GARDNER, "On the Ground of Her Sex(uality)", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, 1/1998, pp. 167-187; J.R. RICHARDS, J.R. LUCAS, "Discrimination", in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 86, 1985, pp. 307-324; C. MCCRUDDEN, "Institutional Discrimination", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 3/1982, pp. 303-367; A. MORRIS, "On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 2/1995, pp. 199-228; C.R. SUNSTEIN, "Why Markets Won't Stop Discrimination", in *Social Philosophy and Policy*, 22, 2/1991, pp. 22-37; C.R. SUNSTEIN, "The Anticaste Principle", in *Michigan Law Review*, 92, 8/1994, pp. 2410-2455; D. WASSERMAN, "The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability", in *Cardozo Law Review*, 13, 1991, pp. 935-976; D. WASSERMAN, "Racial Generalizations and Police Discretion", in J. KLEINING (a cura di), *Handled with Discretion - Ethical Issues in Police Making decisions*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1996, pp. 115-130; J. FEINBERG, "Noncomparative Justice", in *The Philosophical Review*, 83, 3/1974, pp. 297-338.

²³ J. GARDNER, "Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful", in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 118, 1/2018, pp. 55-81.

a) L'individuazione delle caratteristiche salienti, dal punto di vista teorico, del diritto antidiscriminatorio. Si tratta della questione definitoria, che risponde alla domanda: "che cosa è la discriminazione?"

b) L'individuazione della giustificazione morale del divieto di discriminazione, intesa sia come domanda sul fondamento morale del diritto antidiscriminatorio, sia come domanda sul suo fine o scopo. Si tratta della questione giustificatoria, che risponde alle domande: "perché è – o deve essere – vietato discriminare?" "Perché, e in quali casi, riteniamo intollerabile la discriminazione sancita dal diritto?"

c) L'individuazione della corretta distribuzione dei diritti e dei doveri da parte del diritto: "a quali soggetti, su quali presupposti?" Si tratta della questione distributiva. Quest'ultimo quesito sorge all'interno del diritto ed è posto dalla presenza delle norme stesse di diritto antidiscriminatorio²⁴.

Questo libro intende presentare e discutere criticamente alcune tra le più significative risposte a questi quesiti, formulate dalla letteratura teorica recente, fornendo, allo stesso tempo, degli strumenti utili al giurista pratico, a cui spetta il compito importantissimo di argomentare la discriminazione nei casi concreti. Auspicabilmente, questo lavoro potrà contribuire alla discussione della filosofia del diritto italiana sulla teoria della discriminazione²⁵ attraverso la ricostruzione delle principali

²⁴ La tripartizione delle questioni è mutuata da T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 10.

²⁵ Oltre ai lavori già citati, si vedano: S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto – Profili teorico-giuridici – Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, Giappichelli, Torino, 2015; S. VANTIN, *L'eguaglianza di genere tra mutamenti sociali e nuove tecnologie – Percorsi di diritto antidiscriminatorio*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018. Sono in debito con la/il referee anonima/o per queste segnalazioni. Mi sia inoltre consentito rinviare a E. CONSIGLIO, *La discriminazione fra eguaglianza e libertà – Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Aracne, Roma, 2019. Invece, sugli strumenti e le garanzie previste dal diritto antidiscriminatorio si vedano: M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria – Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2020; O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2018; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009; M. PIRAZZI (a cura

posizioni del dibattito teorico, mettendo in evidenza gli aspetti che risultano ancora da indagare o chiarire.

Nel primo e nel secondo Capitolo si discuteranno le diverse definizioni del termine “discriminazione”, insieme alle caratteristiche salienti del fenomeno, e ci si interrogherà sul modo in cui il diritto protegge individui e gruppi. Lo statuto del termine “discriminazione” è analiticamente dibattuto; non è pacifico, cioè, quale sia l’area semantica coperta dalla parola. Ciò è dovuto anche al fatto che il termine è stato usato per indicare condotte e stati di cose progressivamente più ampi, fenomeni come la discriminazione indiretta, istituzionale o strutturale²⁶, la discriminazione multipla, additiva e intersezionale²⁷, le molestie, l’ordine di discriminare, la discriminazione per associazione, la discriminazione statistica. Non c’è una posizione univoca sul fatto che si tratti di fenomeni ascrivibili allo stesso concetto. Ad esempio, chi attribuisce un valore determinante all’intenzione discriminatoria può non considerare la discriminazione indiret-

di), *Cause strategiche contro la discriminazione – Prime riflessioni su linee guida per l’individuazione e la preparazione di cause strategiche*, Cospe, Firenze, 2008; e M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007.

²⁶ Di discriminazione istituzionale, sistemica o strutturale si è iniziato a discutere alla fine degli anni Novanta, a seguito del c.d. “Rapporto Macpherson” (The Stephen Lawrence Inquiry: Report of an Inquiry by Sir William Macpherson of Cluny, February 1999, Cm 4262-I). In proposito, si vedano: P. CANE, J. CONAGHAN, “Macpherson Report”, in *The New Oxford Companion to Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1132 e ss.; C. BARTOLI, *Razzisti per legge*, cit., pp. 3-5; e T. CASADEI, “Razza, discriminazioni e istituzioni”, in *Rivista trimestrale di scienza dell’amministrazione*, 2007, pp. 1-144.

²⁷ K. CRENSHAW, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine. Feminist Theory and Antiracist Politics”, in *University of Chicago Legal Forum*, 1/1989, pp. 139-167; K. CRENSHAW, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, in *Stanford Law Review*, 43, 6/1991, pp. 1241-1299. Si vedano inoltre: B.G. BELLO, “Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull’approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia”, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 15, 2/2015, pp. 141-171; B.G. BELLO, L. MANCINI, “Talking About Intersectionality. Interview with Kimberlé W. Crenshaw”, in B.G. BELLO, L. MANCINI (a cura di), “Intersectionality, Law and Society”, *Sociologia del diritto*, 43, 2/2016, pp. 11-21; B.G. BELLO, “From Books to Action: Has Protection against Discrimination Become Intersectional in Italy?”, in B.G. BELLO, L. MANCINI (a cura di), “Intersectionality, Law and Society”, *Sociologia del diritto*, 43, 2/2016, pp. 191-224.

ta come una vera e propria forma di discriminazione. Si discute se la progressiva inclusione di fenomeni diversi nell'area di significato dello stesso termine costituisca un vero e proprio cambiamento semantico, oppure se si tratti solo di approssimazioni successive verso il riconoscimento pieno di un fenomeno che ha più forme, ma che non ha travalicato i limiti semantici del termine²⁸. Per definire il concetto di "discriminazione" bisognerà inoltre interrogarsi sulla natura comparativa o non comparativa della nozione, sulla necessità che sia ravvisabile un danno o uno svantaggio, e di che tipo, sul problema se la discriminazione colpisca gli individui o i gruppi e di come individuare i soggetti a cui bisogna accordare protezione. Il rapporto tra individui e gruppi, come categorie protette dal diritto antidiscriminatorio, si impenna su un elemento essenziale della nozione di discriminazione giuridica: le "caratteristiche protette" o "fattori di protezione", cioè quei tratti o caratteristiche sulla base delle quali è fatto divieto di discriminare. Ma come si individuano le caratteristiche o i tratti rilevanti? Vi sono diverse risposte a questo interrogativo, che saranno illustrate nel secondo Capitolo. Le caratteristiche protette rilevano anche per le misure di "discriminazione positiva" o "azioni positive". Sulla legittimità delle azioni positive si è scatenato un dibattito accessissimo, i cui argomenti verranno sinteticamente illustrati nel secondo Capitolo.

Il terzo e quarto Capitolo presenteranno le forme della discriminazione al fine di rispondere alla questione normativa se tutte queste disparate guise in cui si manifesta facciano parte di un solo fenomeno che può essere trattato in modo unitario dal punto di vista normativo. Oltre alle due principali tipologie della discriminazione, diretta e indiretta, si tratterà, brevemente, anche delle molestie, dell'ordine di discriminare, della discriminazione per associazione, della discriminazione istituzionale, anche denominata "strutturale" o "sistemica", della discriminazione statistica e della discriminazione multipla, nelle due specificazioni di "additiva" e "intersezionale". Si badi bene che le "forme della discriminazione", come definite in questo lavoro, sono cosa diversa dai fenomeni che vengono in letteratura definiti, in senso lato,

²⁸ M. SELMI, "Was the Disparate Impact Theory a Mistake?", cit., pp. 701-782. Cfr. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 5-7.

“forme della discriminazione”, con riferimento ad atti discriminatori, politiche, condotte, regole e criteri, tutti accomunati dallo stesso fattore di protezione, ad esempio “genere”, “patrimonio genetico”, “disabilità”, e così via. Intese in questo senso lato, le “forme della discriminazione” non saranno oggetto della presente trattazione. Quando si tratterà delle “forme della discriminazione”, invece, ci si riferirà alle diverse forme che assumono gli atti discriminatori collegabili a qualsivoglia fattore, tratto, caratteristica (come genere, sesso, orientamento sessuale, colore della pelle, patrimonio genetico, e così via) relativamente al soggetto, all’oggetto, al destinatario, alla causa e agli effetti dell’atto discriminatorio.

Tuttavia, ci si accorgerà che la definizione del termine “discriminazione” e delle sue forme non è risolutiva quando bisogna individuare, in pratica, quali discriminazioni debbano essere vietate, se esista, e quale sia, il male morale della discriminazione, se i comportamenti discriminatori configurino un’ingiustizia, e di che tipo sia questa ingiustizia. Per rispondere a questi interrogativi e cercare di comprendere quando la discriminazione sia da vietare, è necessario investigare la giustificazione del divieto, il perché, cioè, si debba ritenere che la discriminazione sia un’ingiustizia.

Per questa ragione, la seconda parte di questa indagine è dedicata al fondamento morale del diritto antidiscriminatorio. In particolare, i Capitoli quinto, sesto e settimo tratteranno delle diverse teorie che fondano, giustificano, spiegano il divieto di discriminare, argomentando, con ragioni diverse, perché sia necessario prevederlo.

Le ragioni a fondamento dei divieti in materia di discriminazione potrebbero essere intese come modi diversi di dare un senso e un contenuto specifico al principio di eguaglianza, che quindi verrà in discussione. Paradossalmente, invece, in queste pagine il principio di eguaglianza non sarà affatto oggetto di trattazione, ma verrà in argomento soltanto nella misura in cui è utilizzato dalle teorie che in esso individuano il fondamento del principio complementare, enunciato in negativo, cioè il principio di non discriminazione.

Nella prospettiva morale dell’uomo comune, il principio di non discriminazione è un baluardo a presidio dell’eguaglianza. Per le concezioni basate sull’eguaglianza o “egualitarie”, la giu-

stificazione delle norme antidiscriminatorie è legata alla garanzia dell'eguale trattamento di tutti i soggetti da parte del diritto e alla realizzazione delle pari opportunità. La tesi egualitaria ritiene, in generale, che la discriminazione sia una lesione del principio di eguaglianza²⁹.

All'interno del gruppo delle tesi egualitarie si collocano, a nostro parere, alcune posizioni, che chiameremo, rispettivamente "basate sul danno" ed "espressiviste". Le prime ritengono che la discriminazione è ravvisabile in presenza di un danno ("harm"). Le seconde, pur ritenendo comunque che il diritto antidiscriminatorio si giustifichi sulla base dell'eguaglianza, affermano che l'elemento distintivo della discriminazione stia nel significato del messaggio veicolato dall'atto discriminatorio, che mira a sminuire l'eguale valore morale degli individui: un messaggio chiaramente riconoscibile all'interno del contesto di riferimento³⁰.

Il fondamento filosofico del divieto di discriminare basato sull'eguaglianza è una delle giustificazioni del diritto antidiscriminatorio, ma non è la sola. Parte della speculazione filosofica recente ha, infatti, argomentato che, a ben vedere, il principio di non discriminazione non vada giustificato sulla base dell'eguaglianza, ma, piuttosto, facendo appello alla libertà, intesa in senso ampio, perché avrebbe il fine di tutelare la libertà di autodeterminazione degli individui. Secondo questa tesi, le norme del diritto antidiscriminatorio garantirebbero agli individui la libertà di non dovere considerare alcuni fattori, ad esempio il colore della pelle, il genere, la disabilità, come costi nel processo di deliberazione razionale che li porta a effettuare le loro scelte.

A ben vedere, entrambe le giustificazioni del diritto antidiscriminatorio, quella basata sulla libertà e quella basata sull'eguaglianza, potrebbero essere ricondotte a un medesimo principio, al comune fondamento dell'eguale valore morale degli individui, la radice del rispetto di sé, un bene fondamentale su cui

²⁹ P.S. SHIN, "The Substantive Principle of Equal Treatment", cit., pp. 149-172; S. SEGALL, "What's So Bad About Discrimination?", in *Utilitas*, 24, 1/2012, pp. 82-100.

³⁰ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2008, pp. 69-79.

si impernia la vita intera delle persone³¹.

In particolare, si è sostenuto che fondare il diritto antidiscriminatorio sulla libertà sia una delle possibili interpretazioni del principio di eguale considerazione e rispetto³², per cui la protezione giuridica dalla discriminazione sarebbe fondata sull'eguale titolo al godimento delle medesime libertà da parte di ogni persona. Questa concezione, dunque, presupporrebbe la teoria di Dworkin secondo cui i valori dell'eguaglianza e della libertà non sarebbero in conflitto, anzi, il principio di eguale considerazione e rispetto conterrebbe l'indicazione normativa di realizzarli entrambi³³. Si tratterebbe, a ben vedere, di due modi diversi di interpretare l'eguaglianza³⁴.

Altre concezioni ritengono che il male morale della discriminazione consista, rispettivamente: in una lesione della dignità; nell'arbitrarietà che si sostanzia nel trattamento irrazionale, basato su stereotipi e pregiudizi; nel non trattare le persone secondo il merito.

Le teorie che definiscono la discriminazione a partire dai suoi effetti sono dette teorie "conseguenzialiste". Vi sono anche concezioni "deontologiche", che definiscono l'ingiustizia della discriminazione a prescindere dagli effetti dannosi.

³¹ Il rispetto di sé è, per Rawls, un bene sociale primario "First (...) it includes a person's sense of his own value, his secure conviction that his conception of the good, his plan of life, is worth carrying out. And second, self-respect implies a confidence in one's ability, so far as it is within one's power, to fulfill one's intentions" (J. RAWLS, *A Theory of Justice, Revised Edition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, p. 386). "Self-respect is rooted in our self-confidence as a fully cooperating member of society capable of pursuing a worthwhile conception of the good over a complete life (...). The importance of self-respect is that it provides a secure sense of our own value, a firm conviction that our determinate conception of the good is worth carrying out" (J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 318).

³² R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1977, pp. 180-181; p. 275; pp. 355-370.

³³ S. MOREAU, "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., pp. 71-86.

³⁴ In questo stesso senso pare che vada l'argomentazione di Luigi Ferrajoli, da ultimo in L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., secondo cui la libertà e l'eguaglianza sono due componenti fondamentali e non alternative del principio di eguaglianza.

La seconda parte di questo lavoro presenta e discute tali teorie, insieme a un'altra tesi, detta "pluralista" o "mista", perché individua diverse giustificazioni per tre livelli distinti – teorico, sistemico e pratico.

Si pone il problema della sistemazione di questa pluralità di concezioni sul fondamento morale del divieto di discriminare. Sulla base della diversa giustificazione, Tarunabh Khaitan effettua una tripartizione delle teorie sul fondamento del diritto antidiscriminatorio, distinguendo tra concezioni "egualitarie" o basate sull'eguaglianza, "liberali" o basate sulla libertà o autonomia, e "dignitarie" o basate sulla dignità o rispetto di sé³⁵.

Kasper Lippert-Rasmussen pure ripartisce le diverse concezioni in tre gruppi, che denomina rispettivamente: "concezioni basate sullo stato mentale" ("mental-state-based accounts"), "concezioni del significato oggettivo dell'atto" ("objective-meaning accounts") e "concezioni basate sul danno" ("harm-based accounts")³⁶. Tale tripartizione illumina degli aspetti cruciali con ricadute importantissime sulla identificazione delle forme della discriminazione (discusse nei Capitoli terzo e quarto di questo lavoro), tuttavia mette in secondo piano la questione dei valori o beni che la proibizione della discriminazione mira a tutelare. Per questa ragione, pur facendo tesoro della lezione di Kasper Lippert-Rasmussen, non seguiremo il criterio che sta alla base della sua tripartizione.

Il criterio che seguiremo in questo lavoro somiglia a quello proposto da Khaitan, ma con qualche importante differenza. Nella sua suddivisione, Khaitan inserisce tra teorie "dignitarie" autori che in questo lavoro sono stati classificati in modo diverso per ragioni specifiche. Due esempi significativi sono Deborah Hellman e Benjamin Eidelson. Riguardo alla concezione di Hellman, la stessa autrice descrive esplicitamente il suo approccio come basato sull'eguaglianza³⁷. Benjamin Eidelson, invece, impernia la sua teoria sulla nozione di "individuo" e ritiene che l'ingiustizia della discriminazione consista nel non rispettare gli indivi-

³⁵ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 6-9.

³⁶ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 105-189.

³⁷ D. HELLMAN, "Equality and Unconstitutional Discrimination", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., pp. 51-70.

dui in quanto esseri “autonomi”³⁸. Sebbene parte del fondamento delle loro posizioni sia certamente riconducibile alla dignità, Hellman non si riferisce alla “dignità”, ma all’atteggiamento conseguente al rispetto del *bedrock principle* dell’eguale valore morale degli individui. Neppure Eidelson si riferisce in modo esplicito alla “dignità”, ma al rispetto che si deve a tutti in quanto persone capaci di autonomia. Sicché, la tesi di Hellman è stata qui classificata come un sottogruppo delle tesi basate sull’eguaglianza (le tesi “espressiviste”), mentre la concezione di Eidelson è stata inserita tra le tesi “liberali”.

Naturalmente, la suddivisione qui proposta non è l’unica possibile. Come accade, le tassonomie non riflettono un ordine assoluto, ma piuttosto l’ordine mentale e le preferenze di chi le compila.

La principale differenza trasversale tra le teorie è che alcune ritengono che la discriminazione sia un concetto essenzialmente comparativo, altre no. Le concezioni comparative sostengono che per individuare la discriminazione è necessario effettuare una comparazione tra le posizioni relative di due soggetti appartenenti a due gruppi: quello con caratteristiche protette e quello omologo o corrispettivo. Invece, le teorie non comparative affermano che tale comparazione non sia necessaria per individuare la discriminazione ingiusta. Questo criterio trasversale sarà utilizzato per raggruppare le diverse teorie nei due Capitoli finali, l’uno, appunto, dedicato alle teorie comparative; l’altro, a quelle non comparative. All’interno di questa “grande divisione”, si tratteranno le diverse concezioni raggruppandole in base al valore finale, o bene della vita, che secondo ciascuna giustifica la previsione dei divieti di discriminazione sul piano morale e giuridico³⁹.

³⁸ B. EIDELSON, “Treating People as Individuals”, in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., pp. 203-227; B. EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, cit.

³⁹ Sebbene l’Autrice ritenga preferibile che nei giudizi di discriminazione le corti effettuino una comparazione per risolvere la “questione distributiva”, la tesi di Hellman è stata inserita tra le teorie dal fondamento morale non comparativo, perché si ritiene che il rispetto, come pure le violazioni del *bedrock principle* dell’eguale valore morale delle persone siano apprezzabili in termini assoluti, senza che sia necessaria una comparazione (D. HELLMAN, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, cit., pp. 51-70).

Inoltre, si distingueranno le teorie per cui la ragion d'essere della proibizione della discriminazione è che questa fa un torto all'individuo, ad esempio perché ne sminuisce il valore morale, ne limita ingiustamente la libertà o lo priva ingiustamente di opportunità, da quelle per cui la ragion d'essere della proibizione sta invece nell'ingiustizia fatta a un gruppo, a cui è precluso l'accesso a certi beni e libertà fondamentali, sicché la discriminazione è vista come un tipo di ingiustizia sociale.

Le concezioni per cui la discriminazione è un'ingiustizia che colpisce il gruppo si concentrano sull'ingiustizia del trattamento svantaggioso in quanto permette la creazione e la perpetuazione di gerarchie sociali, a causa delle quali alcuni soggetti accomunati da certe caratteristiche sono rappresentati e trattati come appartenenti al club dei consociati "di serie B", aventi, cioè, uno status inferiore rispetto agli altri. L'ingiustizia della discriminazione, secondo tali concezioni, consiste nel fatto che la discriminazione non permetterebbe di eliminare alcuni svantaggi persistenti di cui sono vittima i gruppi sociali meno privilegiati.

Il significato comune associato al termine "discriminazione" è diverso dal significato che la parola assume nel contesto giuridico. Di questa differenza⁴⁰ – dovuta alla specificità del linguaggio giuridico⁴¹ rispetto a quello ordinario e alla scelta del legislatore di disciplinare il fenomeno soltanto in alcuni ambiti oggettivi e soggettivi precisi – si cercherà di dare conto. Le definizioni legislative della discriminazione, i rimedi processuali predisposti per la tutela dei soggetti discriminati, i regimi della prova differiscono in ambiti giurisdizionali diversi, e così anche l'interpretazione di queste disposizioni e istituti. Non si propone qui una ricostruzione sistematica degli strumenti del diritto positivo in materia di discriminazione, tuttavia l'analisi della normativa e della giurisprudenza sarà usata in chiave critica,

⁴⁰ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.; T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit.

⁴¹ F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico – Una nuova introduzione*, edizione italiana a cura di Giovanni Battista Ratti e Vito Velluzzi, Carocci, Roma, 2016; R. ALEXYS, *Teoria dell'argomentazione giuridica – Teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

sia per testare e considerare riflessivamente le teorie normative sul fondamento della discriminazione esaminate nei Capitoli quinto, sesto e settimo, sia per individuare eventuali censure da muovere al diritto positivo, mantenendo sempre i due livelli, quello giuridico e quello morale, distinti e separati. Ci si accorgerà di come le differenze tra teorie morali e pratica giuridica sono mutuamente feconde, perché chiariscono alcuni errori della teoria alla luce della pratica e spingono le discrepanze dell'applicazione verso una maggiore coerenza e completezza⁴². Inoltre, spesso, alla base dei disaccordi interpretativi sulle disposizioni in materia antidiscriminatoria, vi è un disaccordo più profondo sui principi filosofici, morali e politici su cui poggia il diritto antidiscriminatorio e che ne giustificano l'ampiezza, i limiti e l'applicazione⁴³.

Senza dubbio, il divieto di discriminazioni in senso negativo e le discriminazioni in senso positivo che il diritto prevede sono volte al miglioramento delle condizioni di vita di individui che fanno parte di gruppi discriminati. In questo senso, il diritto antidiscriminatorio non è soltanto un mezzo per garantire una redistribuzione più equa dei beni e delle risorse pubbliche, ma è anche e soprattutto il baluardo a difesa dei più deboli e delle minoranze dalla prevaricazione del più forte e dall'accordo delle maggioranze – o dei privati – che stringono patti a danno di chi è in posizione minoritaria o di svantaggio, per escludere, emarginare, trarre ingiusto profitto, dominare, controllare, sia mettendo in atto comportamenti volontari, sia attraverso omissioni che tradiscono l'inaccettabile dimenticanza e noncuranza dei diritti e degli interessi delle persone discriminate. Se nelle democrazie si tende a celare i processi discriminatori, a trarre, sì, ingiusto profitto dal trattamento discriminatorio, dall'esclusione e denigrazione degli oppositori, ma cercando di evitare che la responsabilità di queste turpi azioni, di questo osceno mezzo di lotta politica sia chiaramente riconducibile a chi pone in essere tali azioni o ne desidera gli effetti, l'uso politico del

⁴² T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 12.

⁴³ H. COLLINS, T. KHAITAN, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions", in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 1-30, pp. 10-11.

potere di escludere, emarginare, classificare, è del tutto evidente e non celato nei regimi autoritari. In questi contesti, la discriminazione è un'arma per ridurre in posizione marginale e annientare non solo i "nemici" e gli oppositori politici, ma anche categorie deboli ritenute inferiori (come accadde tragicamente a ebrei, Rom, disabili, malati che ai tempi del regime nazista finivano nei campi di sterminio, con la categorizzazione progressivamente inferiorizzante di cittadini "di serie B", non cittadini, fino alla riduzione a non umani) senza temere la sanzione delle urne. Si pensi al lento genocidio della minoranza curda a opera del regime di Ankara o al trattamento riservato a chi era etichettato come "reazionario" o "controrivoluzionario" nella Cina maoista, considerato un *fei ren*, un essere umano che però aveva fallito e, dunque, poteva essere classificato come "non persona" e fatto fuori senza processo, attraverso infamanti esecuzioni di massa. Rimane meno lampante, ma tuttavia presente, nei sistemi democratici, quando, solo per fare un esempio eclatante, le leggi sono usate per alzare muri e respingere, segregare in strutture isolate e inadatte, infantilizzandoli⁴⁴, i migranti giunti sul territorio e sprovvisti del permesso di soggiorno, confinandoli in posizioni sociali ed economiche marginali e continuando a sfruttare la loro manodopera a basso costo, il loro essere e i loro corpi, attraverso nuove forme di schiavitù⁴⁵ che degradano e umiliano.

Esistono tre livelli (almeno) entro i quali si può muovere una ricerca sul diritto antidiscriminatorio: il livello teorico, giustificatorio, delle ragioni per la previsione dei divieti di discrimina-

⁴⁴ C. BARTOLI, "Concentrare, segregare e assistere. Così il razzismo diventa sistema", in M. AIME (a cura di), *Quattro Ragionamenti contro il razzismo*, Einaudi, Torino, 2016, pp. 125-157.

⁴⁵ C. GRILLONE, *The New Gendered Plundering of Africa – Nigerian Prostitution in Italy*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2019; B. CARMAGO MAGALHÃES, "Mind the Protection (Policy) Gap: Trafficking and Labor Exploitation in Migrant Domestic Work in Belgium", in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 15, 2/2017, pp. 122-139; M. VELIZAROVA, V. KIROV, "Labour Exploitation of Bulgarian Migrants in Europe: Coping Mechanism", in *Przegląd Socjologiczny*, 67, 3/2018, pp. 63-84; H. STALFORD, S. CURIE, S. VELLUTI (a cura di), *Gender and Migration in 21st Century Europe*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, VT, 2009; J. ALLAIN (a cura di), *The Legal Understanding of Slavery – From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

re; il livello sistemico, degli istituti e delle garanzie previste dal diritto; e il livello pratico, costituito dall'uso concreto delle norme e degli strumenti del diritto antidiscriminatorio⁴⁶. La presente indagine si colloca sul piano teorico ed è di natura ricostruttiva. Ci si soffermerà, pertanto, sulle domande definitoria e giustificatoria in particolare, ricostruendo il dibattito e le risposte che sono state date fin qui a questi quesiti. Le teorie del diritto antidiscriminatorio di cui si tratterà sono state elaborate principalmente con riferimento ai sistemi di *common law*. Ciò è dovuto al fatto che la teorizzazione sul diritto antidiscriminatorio – al di là degli studi sull'evoluzione del diritto, delle politiche e della pratica giuridica in relazione alle singole “cause” o “fattori di protezione” – è meno vivace nell'ambito della filosofia del diritto continentale.

Soprattutto per ricostruire la domanda definitoria si farà riferimento a fonti di diritto nazionali, sovranazionali, internazionali e alla giurisprudenza sovranazionale della Corte di giustizia dell'Unione europea, come pure si accennerà alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (“Corte EDU”), tenendo come riferimento le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (“CEDU” o “Convenzione”), nonché le norme di diritto italiano e l'interpretazione del diritto antidiscriminatorio fornita dalle corti nazionali. Invece, non saranno – se non indirettamente – oggetto di questa indagine gli strumenti specifici che il diritto fornisce per la tutela dei soggetti nei casi di discriminazione (azione civile di compensazione, di risarcimento del danno materiale e immateriale, azione inibitoria, tutela reale, e così via). Esula, cioè, dalla trattazione, l'esame dell'impiego degli strumenti al livello pratico, concreto, dell'applicazione e dell'uso del diritto⁴⁷.

⁴⁶ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 4-9.

⁴⁷ Alcune puntualizzazioni terminologiche sono doverose. Si è scelto di non utilizzare l'espressione “vittima” per indicare i soggetti colpiti da atti e omissioni discriminatorie, perché si ritiene che il termine, utilizzato soprattutto nel contesto penale anche in materia di discriminazione, abbia una carica potenzialmente negativa e stigmatizzante, per cui si preferirà riferirsi al destinatario del comportamento discriminatorio come “soggetto discriminato”, corrispettivo del termine “agente discriminatore” utilizzato per riferirsi all'autore dell'atto o dell'omissione discriminatoria.

PARTE I
QUESTIONI DEFINITORIE

I

ALLA RICERCA DI UNA DEFINIZIONE

Sommario

1.1. Lo statuto semantico e normativo. – 1.2. La discriminazione è un concetto comparativo? – 1.3. La discriminazione implica il danno? – 1.4. La discriminazione è “asimmetrica”? – 1.5. Definizione descrittiva, moralizzata e giuridica.

1.1. Lo statuto semantico e normativo

Non c'è accordo sulla definizione di “discriminazione”¹. Il concetto ha uno statuto semantico amorfo, poco chiaro. Il numero di significati ricompresi dal termine si è allargato progressivamente nel tempo, fino a includere nozioni disparate come discriminazione positiva, negativa, diretta, indiretta, sistemica, intersezionale, molestie, ritorsioni, ordine di discriminare, azioni positive. Si potrebbe dire che il termine abbia una natura polisemica² o polimorfa.

La derivazione etimologica dal latino “discerno, discernis, discrevi, discretum, discernere”, che designa l'azione di “separare”, “distinguere”, indica che il significato di “discriminare” è assiologicamente neutro. Non implica, cioè, alcuna valutazione.

¹ Secondo Vandenhole “[t]here is no universally accepted definition of discrimination, or equality” W. VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005, p. 33.

² P.S. SHIN, “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., pp. 163-180, p. 164.

Il termine “discriminazione” può dunque essere usato con una valenza positiva, negativa oppure neutra (né positiva né negativa). In senso positivo, ad esempio, si parla di “fattore discriminante” per indicare l’elemento che determina una scelta in favore di qualcosa quando questa è ritenuta migliore di un’altra. E tuttavia nella maggior parte dei casi, nel discorso comune si associa al termine discriminazione una valenza negativa, che implica la non desiderabilità, la scorrettezza e spesso anche l’ingiustizia di un comportamento nei confronti di una persona, del trattamento che a questa è riservato. La tesi che il concetto rilevante di discriminazione, dal punto di vista semantico, comprenda oggi, in senso analitico, soltanto la valenza negativa del termine è stata sostenuta in letteratura³, in opposizione alla tesi che il termine comprenda analiticamente le valenze positiva e negativa e che, sulla base del contesto, si possa di volta in volta determinare quale sia presente⁴. John Gardner difende questa seconda tesi, specificando che la capacità di discriminare è pure una virtù: “[i]f you keep befriending vain people, or falling in love with bullies, the explanation may be that you are insufficiently discriminating”⁵.

Il diritto sembra ricomprendere entrambe le valenze, positiva e negativa, del termine discriminazione, perché, oltre alle regole che proibiscono la discriminazione negativa (“discrimination against”), contiene delle previsioni di discriminazione positiva (“discrimination in favour of”), le cosiddette “azioni positive”, di cui si discuterà più avanti in questo Capitolo. Quindi sembra più corretto includere entrambe le valenze, positiva e negativa, del termine, nella sua area semantica. Tuttavia, poiché nella maggior parte dei casi ci si riferisce alla discriminazione, anche in ambito giuridico, come discriminazione negativa, nel prosieguo si userà questa accezione della parola, salvo diversa specificazione.

L’incertezza sull’estensione semantica del termine “discrimi-

³ L. HALLDENIUS, “Dissecting Discrimination”, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 14, 4/2005, pp. 455-463, pp. 455-456.

⁴ J. GARDNER, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, cit., pp. 55-81.

⁵ J. GARDNER, “On the Ground of Her Sex(uality)”, cit., p. 167.

nazione” si deve anche al fatto che i testi normativi non lo definiscono chiaramente e univocamente. Passando in rassegna i principali documenti internazionali sui diritti umani, ci si accorge che non vi è una definizione di discriminazione, se non in qualche caso⁶. La Dichiarazione universale dei diritti umani afferma il principio della non discriminazione, proclama che tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti, e riconosce che a ciascuno spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella Dichiarazione stessa, senza distinzione alcuna. Da questa formulazione si evince che la discriminazione comporta o può comportare il mancato riconoscimento o godimento dei diritti fondamentali che spettano a ogni essere umano, un elemento importante su cui riflettere, ma non ancora una definizione, nemmeno embrionale. Divieti di discriminazione sono contenuti nei Patti internazionali siglati negli anni '60. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici⁷ prevede un divieto generalizzato di discriminazione all'articolo 26:

⁶Tra questi la Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (adottata il 18 dicembre del 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge del 14 marzo 1985, n. 132) che all'articolo 1 stabilisce: “Ai fini della presente Convenzione, l'espressione ‘discriminazione nei confronti della donna’ concerne ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia l'effetto o lo scopo di compromettere o annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato matrimoniale e in condizioni di uguaglianza tra uomini e donne, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo”. Si veda anche la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale (fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18), che, all'articolo 2, stabilisce la seguente definizione: “Discriminazione sulla base della disabilità’ indica qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole”.

⁷Il Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed è entrato in vigore il 23 marzo 1976. L'Italia lo ha reso esecutivo con la legge del 25 ottobre 1977 n. 881 ed è entrato in vigore per l'Italia dal 15 dicembre 1978.

“Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l’opinione politica o qualsiasi altra opinione, l’origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione”.

Alla luce di questa disposizione, si potrebbe affermare che la parità di trattamento da parte del diritto sia una componente della definizione, e che esistano alcuni specifici fattori o caratteristiche su cui non può basarsi, fondarsi, giustificarsi la discriminazione. Il diritto antidiscriminatorio denomina queste caratteristiche, fattori o tratti: “fattori di protezione”, “fattori protetti” o “caratteristiche protette”. La norma in discorso contiene una clausola aperta, che enuncia alcuni dei fattori di protezione, ma non preclude che se ne aggiungano anche altri prima non individuati. Tuttavia non è ancora chiaro in cosa consista la discriminazione. Lo stesso Patto prevede inoltre, all’articolo 2, un obbligo positivo di non discriminazione in capo agli Stati firmatari:

“Ciascuno degli Stati parte del presente Patto si impegna a rispettare e a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l’opinione politica o qualsiasi altra opinione, l’origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione”.

Anche la formulazione di questa obbligazione positiva gravante sugli Stati parte del Patto, poi richiamata esplicitamente in relazione ai diritti dei fanciulli (articolo 24), al godimento dei diritti politici (articolo 25), alla tutela da parte della legge (articolo 26), non fornisce ulteriori elementi per definire la discriminazione. Sembra opportuno, anche se solo di passaggio, sottolineare che non è prevista alcuna eccezione a questi divieti. Neppure in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l’esistenza della nazione e venga proclamato da un atto ufficiale, situazione in cui è consentito agli Stati parte derogare ad al-

cuni degli obblighi imposti dal Patto, è possibile per gli Stati adottare misure che comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o l'origine sociale (articolo 4, comma 1). Il Patto prevede inoltre un obbligo positivo "di prevedere" in capo agli Stati parte, che devono vietare per legge "qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca un incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza" (articolo 20, comma 2).

Allo stesso modo, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, gemello del primo⁸, prevede, all'articolo 2, comma 2, una clausola generale che impegna gli Stati parte a garantire che i diritti enunciati nel Patto verranno esercitati "senza discriminazione alcuna", indicando poi alcuni fattori protetti in modo esplicito: razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o qualsiasi altra opinione, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita. Anche questa è una clausola aperta, perché include un riferimento a "qualsiasi altra condizione".

Nell'ordinamento europeo, la non discriminazione è oggi interpretata come un diritto fondamentale della persona e costituisce inoltre un principio generale dell'ordinamento. Nei Trattati fondativi è fatto divieto di discriminare i cittadini europei in base alla nazionalità (articoli 18 e 19 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea "TFEU"). Posto che uno degli obiettivi dell'Unione europea è la realizzazione di uno spazio comune in cui i cittadini degli Stati membri possano circolare, stabilirsi e lavorare liberamente, la non discriminazione in base alla nazionalità è un principio cardine di tutto l'ordinamento europeo. Nel tempo, i divieti di discriminazione nell'ambito del diritto europeo si sono ampliati. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea fatta a Nizza nel 2000 contiene l'enunciazione di un ampio divieto di discriminare, contemplando la lista più lunga e completa dei fattori di protezione, che include anche quelli più recentemente riconosciuti come la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale. La lista rimane, in ogni caso,

⁸ M.A. GLENDON, *A World Made New – Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2001; F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000.

aperta, perché non preclude che altri fattori di protezione si aggiungano:

“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 a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Nell'ambito di applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità” (articolo 21, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Anche nel sistema di protezione istituito dalla CEDU è previsto il divieto di discriminare⁹:

“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione” (articolo 14, CEDU).

⁹ Per un approfondimento sul tema si vedano: FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Handbook on European Non-Discrimination Law*, Publication Office of the European Union, Lussemburgo, 2018; M. BALBONI (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Principle of Non-Discrimination*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; O. SIDHU, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2017, p. 63; pp. 76-77; pp. 85-86; G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, Napoli, 2013; S. HAVERKORT-SPEEKENBRINK, *European Non-Discrimination Law – A Comparison of EU Law and the ECHR in the Field of Non-Discrimination and Freedom of Religion in Public Employment with an Emphasis on the Islamic Headscarf Issue*, Intersentia, Oxford, 2012; AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI E CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione europea, 2011; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2011; I. CASTANGIA, G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

Il Protocollo n. 12, addizionale alla Convenzione (che ha la stessa forza vincolante degli articoli della Convenzione per gli Stati che lo hanno sottoscritto, in quanto costituisce per questi parte integrante della Convenzione) stabilisce un ulteriore divieto generale di discriminazione:

“Il godimento di ogni diritto disposto da una legge sarà garantito senza alcuna discriminazione per motivi di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinione politica o altra opinione, origine nazionale o sociale, associazione a una minoranza nazionale, proprietà, nascita o ogni altra condizione” (articolo 1, Protocollo addizionale n. 12)¹⁰.

La formulazione dell'articolo 14 CEDU suggerisce che il diritto a non essere discriminati è un diritto in sé e che la sua violazione si aggiunge alla privazione illegittima o violazione di un altro diritto pure previsto dalla Convenzione. Secondo questa interpretazione, qualsiasi previsione, criterio o pratica discriminatoria viola allo stesso tempo almeno due diritti individuali: il diritto a non essere discriminato o il diritto alla parità di trattamento, e il diritto previsto da uno degli articoli della Convenzione. Tuttavia l'interpretazione della Corte EDU ha dapprima attribuito a questo diritto natura “accessoria”, dipendente da altre norme sostanziali contenute nella CEDU¹¹. Sicché, le condanne degli Stati per la violazione del principio di non discriminazione erano sempre in combinato disposto con un altro articolo, ad esempio il diritto al rispetto della vita privata e fami-

¹⁰ Protocollo Addizionale n. 12 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, entrato in vigore il 1 aprile 2005.

¹¹ Si veda l'argomentazione del c.d. “caso linguistico belga”, in cui la Corte EDU afferma: “[i]t is as though the latter [article 14] formed an integral part of each of the Articles laying down rights and freedoms. No distinctions should be made in this respect according to the nature of these rights and freedoms and of their correlative obligations, and for instance as to whether the respect due to the right concerned implies positive action or mere abstention. This is, moreover, clearly shown by the very general nature of the terms employed in Article 14 (article 14): ‘the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured’” (Belgian Linguistic Case – “Case ‘relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’ v. Belgium”, casi n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, sentenza 27 luglio 1968, paragrafo 9 dell'argomentazione in diritto).

liare (articolo 8, CEDU); il diritto a un equo processo (articolo 6, CEDU); il diritto alla vita (articolo 2, CEDU); la proibizione della tortura (articolo 3, CEDU), e così via.

Nel tempo, l'interpretazione del diritto alla non discriminazione si è evoluta. La Corte EDU ha via via riconosciuto a questo diritto natura autonoma e ha altresì affermato la sua legittimazione a decidere in merito alla violazione del principio paritario in tutti i casi in cui si potesse ricondurre la questione nell'ambito di una norma convenzionale, anche in assenza di una violazione sostanziale di quest'ultima¹².

Un altro importante Trattato internazionale, la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne ("CEDAW") definisce "discriminazione nei confronti della donna":

"[o]gni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia l'effetto o lo scopo di compromettere o annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato matrimoniale e in condizioni di uguaglianza tra uomini e donne, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in qualsiasi altro campo" (articolo 1, CEDAW).

Questa formulazione (ricalcata nella definizione del c.d. Codice delle Pari Opportunità¹³) fornisce alcuni elementi definitivi utili per l'individuazione della discriminazione.

La discriminazione consiste in una "una distinzione, esclusione o limitazione", cioè in un "trattamento svantaggioso" il cui risultato o il cui scopo è la limitazione o la preclusione del godimento o dell'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali, in tutti i campi, sulla base di parità delle donne rispetto all'uomo. Si tratta, dunque, di un trattamento sfavorevo-

¹² G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 25-32.

¹³ "Le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto le misure volte a eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo" (articolo 1, d.lgs. n. 198/2006, e successive modifiche).

le, che può essere determinato da una previsione (ad esempio una legge, una regola, un regolamento, un provvedimento, una decisione giudiziale), da un criterio (ad esempio una classificazione, una distinzione, un giudizio) o da una pratica (ad esempio una politica, un'azione, un'omissione), e viene riservato a una persona per il fatto di essere "donna" – cioè facente parte di un gruppo specifico – rispetto all'"uomo", un soggetto che fa parte del gruppo omologo, individuato dalla disposizione sulla base di un fattore specifico ("genere" o "sesso") e relativamente a un certo ambito, sempre individuato dalla disposizione ("tutti gli ambiti"). Come si è detto, il trattamento è svantaggioso perché compromette o distrugge il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in questo caso da parte della donna, di diritti e libertà fondamentali. Non sembra, invece, che nell'area semantica del termine vi sia un riferimento agli effetti del trattamento. Infatti, è sufficiente che lo scopo del trattamento sia discriminatorio. Dunque, sembrerebbe che, almeno in linea di principio, un trattamento possa essere discriminatorio a prescindere dai suoi effetti.

Sulla base di questa ricostruzione semantica, si può ipotizzare una prima definizione di discriminazione: si ha discriminazione quando una distinzione, esclusione o limitazione, contenuta in una previsione, criterio o pratica, svantaggia qualcuno a motivo di una caratteristica da questi posseduta, rispetto a un altro soggetto che non possiede tale caratteristica, in relazione a un ambito specifico. L'enunciazione di questo principio in forma prescrittiva può essere schematizzata così:

(I) è fatto divieto di trattare in modo svantaggioso A (le donne) rispetto a B (gli uomini) con riferimento a x (tutti gli ambiti) in ragione di F (fattore di protezione: sesso, genere)¹⁴.

Questa è una delle possibili schematizzazioni della formulazione normativa del principio di non discriminazione, ma se ne dà almeno un'altra.

Il diritto europeo prevede, in diversi documenti normativi di

¹⁴ Cfr. E. HOLMES, "Anti-Discrimination Rights without Equality", in *Modern Law Review*, 68, 2/2005, pp. 175-194.

legislazione secondaria, una definizione di discriminazione diretta in ragione della razza e dell'origine etnica¹⁵; dell'età, disabilità, religione, convinzioni personali, orientamento sessuale (limitatamente all'ambito lavorativo)¹⁶; della disabilità in ambito extra-lavorativo¹⁷; del genere (nell'accesso ai beni e servizi)¹⁸, che può essere ricondotta alla (I): si ha discriminazione diretta quando, "per [fattore di protezione], una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga"¹⁹. La definizione secondo il diritto europeo è la seguente: sussiste discriminazione quando, a causa di un fattore protetto, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Dunque, il diritto europeo, come anche la norma di diritto internazionale sopra esaminata (articolo 1, CEDAW) prevede che della definizione di discriminazione faccia parte l'elemento della comparazione.

Nell'ordinamento interno, il diritto a non essere discriminati è un principio costituzionale legato al principio di eguaglianza e al principio di ragionevolezza (articolo 3, Costituzione)²⁰, ma è anche una norma imperativa di ordine pubblico, che pervade

¹⁵ Direttiva sull'uguaglianza razziale, articolo 2, comma 1, lettera a).

¹⁶ Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 2, comma 1, lettera a).

¹⁷ Articolo 2 comma 2, legge 1° marzo 2006, n. 67 "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni".

¹⁸ Direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, comma 1, lettera a).

¹⁹ Si confrontino i seguenti articoli delle già citate direttive: articolo 2, comma 2, direttiva sull'uguaglianza razziale; articolo 2, comma 2, lettera a), direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione; articolo 2, comma 1, lettera a), direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione); articolo 2, lettera a), direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi.

²⁰ Articolo 3 della Costituzione della Repubblica italiana: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali./ È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

tutto l'ordinamento, inclusa la disciplina dei rapporti tra privati²¹. La parità di trattamento è, inoltre, un diritto fondamentale della persona umana²².

Norme antidiscriminatorie sono previste dalla disciplina giurolavorista. In particolare, lo Statuto dei lavoratori prevede il divieto di indagini, anche a mezzo di terzi, su opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale da parte del datore di lavoro (legge n. 300/1970, articolo 8). La stessa legge prevede la nullità di ogni patto o atto discriminatorio per motivi sindacali, politici, religiosi, razziali, di lingua o di sesso, di disabilità, età, orientamento sessuale e convinzioni personali (articolo 15); il divieto di trattamenti economici collettivi discriminatori dei dipendenti (all'articolo 16) e di discriminazione in materia di selezione del personale.

Divieti di trattamento sfavorevole in ragione della razza, nazionalità e religione sono contenuti nel Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. n. 286/1998, come modificato, da qui denominato "Testo Unico Immigrazione" o "TUI"). Questa legge individua tre diversi regimi di equiparazione tra chi è cittadino italiano e chi invece non lo è, prevedendo un divieto di discriminazione a diversa intensità in questi tre ambiti. In particolare, il divieto è assoluto e non dipende dalla regolarità del soggiorno in materia di diritti fondamentali, sicché lo Stato deve garantire a tutti i non cittadini piena parità di trattamento in materia di diritti fondamentali della persona umana sanciti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti (articolo 2, comma 1, TUI). Lo Stato deve

²¹ Articoli 1343 e 1418 del Codice Civile. Per un approfondimento sul tema della proibizione della discriminazione nei rapporti tra privati si vedano: L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2007.

²² Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, articolo 21.

inoltre garantire a tutti, a prescindere dalla regolarità del soggiorno, piena parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la Pubblica Amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi (articolo 2, comma, 5 TUI). In materia di diritti civili, invece, il divieto è affievolito, non è assoluto, e la parità di trattamento rispetto ai cittadini è garantita soltanto agli stranieri regolarmente soggiornanti, salvo diversa disposizione prevista da convenzioni internazionali di cui l'Italia sia parte (articolo 2, comma 2, TUI). Infine, la parità di trattamento in ambito lavorativo rispetto ai lavoratori italiani è riconosciuta solo allo straniero con contratto di lavoro, che sia regolarmente soggiornante (articolo 2, comma 3, TUI). In sintesi, mentre la legge impone che vengano riconosciuti a chiunque sia presente a qualsiasi titolo sul territorio italiano i diritti fondamentali della persona umana, solo allo straniero regolarmente soggiornante sono riconosciuti i diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, e solo allo straniero lavoratore regolarmente soggiornante la parità di trattamento rispetto ai lavoratori italiani²³.

Nel Testo Unico Immigrazione la discriminazione è definita come:

“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 e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di 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 pubblica” (articolo 43, comma 1, TUI).

Dunque, la discriminazione è un trattamento che comporta uno svantaggio (distinzione, esclusione, restrizione o preferenza) in relazione a un certo ambito (godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali in ogni ambito), in ragione di alcu-

²³ La tripartizione del TUI appena richiamata ricalca la distinzione teorica tra diritti assoluti, comparativi e antidiscriminatori di Joel Feinberg (J. FEINBERG, “Noncomparative Justice”, cit., pp. 297-338), discussa criticamente da Westen in P. WESTEN, *Speaking of Equality*, cit., pp. 134 e ss.

ne caratteristiche possedute dal soggetto discriminato (razza, colore, ascendenza o origine nazionale o etnica, convinzioni e pratiche religiose). Manca, in questa previsione, l'esplicita indicazione di un soggetto che riceve un trattamento diverso e maggiormente vantaggioso.

La formulazione di questo principio in forma prescrittiva può essere schematizzata così:

(II) è fatto divieto di trattare in modo svantaggioso A (i cittadini non italiani) con riferimento a x (tutti gli ambiti) in ragione di F (fattore protetto: razza, colore, etnia, origine nazionale, lingua, religione, provenienza geografica, e così via).

Questa schematizzazione della formulazione normativa del principio di non discriminazione può essere alternativa o concorrente rispetto alla (I) (si veda *supra* in questo stesso paragrafo). Si noti che la (II) differisce rispetto alla (I) perché in (II) manca l'individuazione esplicita di un termine di paragone, che invece è indicato nella (I) ("gli uomini").

1.2. La discriminazione è un concetto comparativo?

Sulla base di queste ricostruzioni delle definizioni normative della discriminazione, sembra possibile concludere che la nozione implica l'idea di svantaggio in collegamento con un fattore di protezione e rispetto a un ambito.

Le formulazioni (I) e (II) pongono un problema definitorio, e cioè se il concetto di discriminazione abbia o meno natura comparativa. In effetti, sulla natura comparativa o non comparativa dei giudizi in materia di discriminazione non c'è accordo. Ci si chiede se per individuare la discriminazione ingiusta sia necessario effettuare una comparazione tra il soggetto destinatario del trattamento svantaggioso e un altro soggetto in una situazione simile o analoga, oppure no. Ciò si riflette nelle differenti rappresentazioni del principio di non discriminazione in forma normativa (I) e (II).

Kasper Lippert-Rasmussen ritiene che la discriminazione sia un concetto essenzialmente comparativo, definito come il trattamento differente di un soggetto per la sua appartenenza a un gruppo con "caratteristiche socialmente salienti" ("group di-

scrimination”)²⁴. La tesi opposta è sostenuta, tra gli altri, da John Gardner, secondo cui il concetto di discriminazione non sarebbe un concetto analiticamente, essenzialmente, comparativo²⁵. Sarebbe possibile cioè discriminare un individuo A anche se non vi è un individuo B che riceve un trattamento diverso. L'argomento di Gardner si fonda sulla interpretazione della natura differente del trattamento riservato al soggetto destinatario dell'azione discriminatoria, come previsto dall'Equality Act 2010²⁶, che definisce il trattamento discriminatorio in questo modo:

“Una persona (A) discrimina un'altra (B) se, in ragione di una caratteristica protetta, A tratta B meno favorevolmente rispetto a come A tratta o tratterebbe altri”.

Gardner sostiene che per individuare un atto discriminatorio, definito come trattamento svantaggioso di una persona, nel senso di *discrimination against*, che sia tra l'altro *rudimentary bad*, cioè negativo in modo grossolano, non vi sia bisogno di un giudizio comparativo. Allo stesso modo non ci sarebbe bisogno di individuare un termine di paragone perché si configuri una discriminazione in senso positivo, nel senso di *discrimination in favour of*. Ciò perché basterebbe effettuare l'analisi delle ragioni del soggetto discriminatore (“Discriminator's Reasons Analysis”) per individuare se si è davanti a un caso di discriminazione. In questo senso, Robinson Crusoe potrebbe discriminare Venerdì anche se questi è, di fatto, l'unico presente sull'isola e, pertanto, per definizione, non sarebbe possibile comparare il trattamento che Crusoe riserva a Venerdì rispetto a quello che invece il naufrago riserverebbe a un altro soggetto sulla base, ad esempio, del colore della pelle. Gardner individua anche un

²⁴ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal? – A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 6; pp. 26-30.

²⁵ J. GARDNER, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, cit., p. 57; ma si veda anche: E. HOLMES, “Anti-Discrimination Rights without Equality”, cit., pp. 175-194.

²⁶ L'Equality Act 2010 è la fonte principale del diritto antidiscriminatorio del Regno Unito. Tale previsione è contenuta nell'articolo 13, comma 1.

elemento comparativo della discriminazione, che si apprezza nei casi di discriminazione tra due soggetti (*discrimination between*). Discriminare *against* è diverso da discriminare *in favour of*, e non in tutti i casi in cui si discrimina *against* oppure *in favour of* si avrà una discriminazione *between*²⁷. Secondo Gardner: “Discrimination (...) is the “why” rather than the “how” of the treatment. Or perhaps better: the “how” of discrimination is in the “why” of the treatment”²⁸. Dunque sarebbero le ragioni che portano il soggetto a discriminare a essere cruciali per la qualificazione del comportamento, non il risultato del giudizio comparativo.

Altre concezioni vedono nella discriminazione un male che ha una valenza oggettiva²⁹, a prescindere dalle ragioni dell'agente che la pone in essere, cioè a prescindere dal fatto che vi sia un'intenzione ovvero una ragione discriminatoria³⁰. Anche per chi sostiene questa ulteriore tesi la discriminazione non sarebbe un concetto essenzialmente comparativo.

In ultimo, alcuni sostengono che vi siano due livelli su cui verte il disaccordo in merito al carattere comparativo della discriminazione: quello giustificativo, che riguarda cioè la domanda “perché discriminare è sbagliato?”, e quello, diverso, che riguarda la domanda su quale trattamento è da considerarsi discriminatorio. È possibile, infatti, sostenere una teoria non comparativa a livello giustificativo o fondativo, che spieghi la ragione per cui discriminare è un'ingiustizia, e una teoria comparativa per individuare regole, atti, politiche, prassi, azioni discriminatorie, a livello della pratica del diritto. Secondo questa posizione, nel rispondere alla domanda: “perché discriminare è sbagliato?”, sembra possibile ritenere che possa darsi

²⁷ J. GARDNER, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, cit., p. 57.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Oggettivo nel senso di “a tutti riconoscibile in un determinato contesto”, secondo una definizione al massimo coerentista, non essenzialista, della discriminazione, sostenuta ad esempio da Deborah Hellmann (D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., pp. 71-85).

³⁰ “[T]he law no longer insists on proof of subjective malice or intention to discriminate. It is the effect on the victim that matters, not the reasons of the discriminator” (T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 150).

una risposta non comparativa: ad esempio si potrà rispondere che è vietato discriminare perché ognuno ha eguale valore morale e, pertanto, ha diritto a essere trattato con “eguale considerazione e rispetto”³¹, a essere titolare e a godere egualmente ed effettivamente dei diritti e delle libertà fondamentali (tra cui vi è pure la parità di trattamento). Questa valutazione è fatta in termini assoluti e non comparativi. Nel rispondere invece alla domanda su quale trattamento sia discriminatorio nel concreto, bisognerebbe, invece, eseguire valutazioni comparative, anche solamente a fini euristici, per scoprire se il trattamento discriminatorio è dovuto alla presenza di uno o più fattori di protezione. In ogni giudizio di discriminazione, in altri termini, è imprescindibile partire da alcune spettanze che il soggetto ha in termini assoluti, e sono queste assunzioni a fondare il giudizio comparativo per riconoscere la discriminazione nei casi concreti. Perciò, i due approcci sarebbero complementari.

In ogni caso, è pacifico che per individuare la discriminazione negativa bisogna che il trattamento svantaggioso sia collegato o direttamente o indirettamente a una caratteristica protetta (si veda il paragrafo nel Capitolo secondo dedicato alle caratteristiche protette o fattori di protezione). Il disvalore, la scorrettezza, la censurabilità dell'atto discriminatorio consiste, infatti, nel dare rilievo a una caratteristica che moralmente è inerte e che dunque non dovrebbe attrarre alcuna valutazione negativa. E invece, l'atto discriminatorio è motivato ingiustamente dalla presenza di questa caratteristica. Una considerazione di Kasper Lippert-Rasmussen è, in proposito, pertinente: “any moral difference between the two cases must derive from the variation in the relevant moral factor and (...) moral equivalence between the two cases suggests that variation in the relevant factors is morally irrelevant”³². Dunque, il divieto di discriminazione è collegato a un fattore di protezione, e in questo si distingue dalla mera differenza ingiustificata di trattamento, che è pure proibita dal diritto e ha il suo fondamento morale nella violazione del principio di eguaglianza, ma che, rispetto alla nozione di discriminazione che qui si vuole esaminare, è generale e aspecifica.

³¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 180-181; p. 275; pp. 355-370.

³² K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 4.

1.3. La discriminazione implica il danno?

Un altro punto controverso è se la discriminazione implichi l'idea di svantaggio o danno, se lo svantaggio si debba rilevare necessariamente *per relationem* o in termini assoluti, e se abbia una soglia minima di quantificazione.

Le concezioni che affermano che il danno costituisce un elemento determinante per stabilire quando si è in presenza di una discriminazione³³ si contrappongono a quelle che indicano come elemento rilevante lo stato mentale dell'agente oppure il significato "oggettivo" dell'atto. Di queste tesi si discuterà in dettaglio nella seconda parte di questo lavoro, a cui si rinvia. Certamente, molto dipende da come viene definita la nozione di "danno" che rileva ai fini dell'esistenza della discriminazione.

In generale, come si è detto, si ritiene che non sia necessario includere il danno come parte della definizione di discriminazione, ma è sufficiente che l'azione abbia lo scopo di discriminare. Lo "svantaggio" è, secondo alcuni, qualificabile come un "danno", ma questo dipende, ovviamente, da come si definisce il "danno". La presenza di uno "svantaggio" è, ad esempio, un elemento rilevante nella casistica giudiziale in materia di discriminazione. Le concezioni che attribuiscono rilevanza alla posizione relativa dei gruppi, per individuare quali siano quelli protetti dal diritto antidiscriminatorio, ritengono che si debba sempre qualificare lo svantaggio in termini relativi, cioè in relazione al gruppo omologo (individuato a partire dalla caratteristica protetta) che è in una posizione di vantaggio relativo rispetto al gruppo discriminato. Queste concezioni interpretano la nozione di "svantaggio" come "trattamento relativamente svantaggioso" rispetto al trattamento che viene riservato a un individuo che fa parte del gruppo omologo, individuato a partire dalla previsione, criterio o pratica, e rispetto a un ambito stabilito dalla norma. Pertanto, lo svantaggio non sarebbe da apprezzare in termini assoluti, ma da determinare in relazione al trattamento più favorevole che viene attribuito all'individuo che fa parte di un altro gruppo. Dunque, secondo tali concezioni, dal punto di vista semantico la discriminazio-

³³ *Ivi*, pp. 153-189.

ne implica uno svantaggio relativo³⁴.

In merito alla quantificazione dello svantaggio, basandosi sul tenore letterale delle norme che individuano nella discriminazione un “trattamento sfavorevole”, la giurisprudenza sembra ritenere che non sia necessario un pregiudizio “rilevante”, “evidente” o “grave”. Perché il trattamento sia considerato “svantaggioso” è sufficiente che il pregiudizio sia lieve, ma connesso con una caratteristica protetta³⁵.

In conclusione, è possibile sintetizzare così i risultati dell’indagine finora svolta: la discriminazione consiste in un atto, che può essere una previsione, un criterio o una pratica, che implica uno svantaggio relativo per un soggetto in ragione di una caratteristica o tratto che accomuna questo soggetto a un gruppo. A questa definizione manca la specificazione di quali caratteristiche o tratti rilevino e perché, per cui si rinvia al paragrafo sulle caratteristiche protette nel Capitolo seguente. La discriminazione proibita dal diritto rispetta i limiti semantici qui indicati. Tuttavia come nota Khaitan, in certi casi non è chiaramente evidente³⁶.

1.4. La discriminazione è “asimmetrica”?

Ulteriori elementi interessanti per la definizione della discriminazione si trovano in altre previsioni del Testo Unico Immigrazione. La legge in discorso definisce in ogni caso “discriminazione” ogni comportamento commesso da un soggetto a cui la legge attribuisce poteri pubblici o di pubblica autorità (pubblico

³⁴ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 117-139.

³⁵ Si veda, in proposito, la recente pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, paragrafi 98-102. Se si include nell’idea di “danno” un pregiudizio, anche lieve, che si identifica *per relationem*, rispetto alla posizione degli individui che fanno parte di un gruppo omologo, individuabile a partire dalla disposizione sulla base di una o più caratteristiche rilevanti, allora si potrebbe concludere che gli atti discriminatori implicano l’idea di danno. Tuttavia si ritiene necessaria una definizione di “danno” più specifica.

³⁶ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 6.

ufficiale, la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità) che, nell'esercizio delle sue funzioni, compia o ometta atti che cagionano una discriminazione ingiusta per il destinatario di questi atti o omissioni solo in ragione del fatto di essere straniero o di appartenere a una determinata razza, etnia o nazionalità, religione (articolo 43, comma 2, lettera a), TUI). Qui si aggiunge un elemento importante: la posizione relativa del soggetto discriminatore rispetto al soggetto discriminato. La legge riconosce che l'azione di chi si trova in una posizione di autorità rispetto al destinatario dell'atto ha sempre un maggiore potenziale discriminatorio per via del potere che il soggetto dotato di autorità esercita o può esercitare nei confronti di chi è in posizione di soggezione. Questo dato è importante, perché indica che le posizioni relative di soggetto agente e soggetto discriminato assumono una certa rilevanza nell'individuazione del comportamento discriminatorio. Chiunque sia in posizione di autorità esercita un potere dato dalla posizione che ricopre nei confronti di chi è soggetto alla sua autorità. È l'esercizio di questo potere che la legge vuole regolare, stabilendo la responsabilità per gli atti discriminatori e un divieto rafforzato rispetto a questi, sia in capo a chi esercita poteri pubblici, sia in capo a chi esercita una forma di potere anche in ambito privato³⁷. Luca Sitzia argomenta che l'esercizio di poteri privati, tra cui la posizione economica di dominio e/o autorità rispetto ai consociati, rappresenta un rischio per la coesione sociale e un potenziale pericolo per la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale. A fronte di questo potere, ove presente, l'ordinamento attribuisce responsabilità ai titolari di poteri privati, che sono obbligati a esercitarli secondo i principi costituzionali interpretati secondo il principio personalista.

Ad esempio, il datore di lavoro o i suoi preposti, che sono strutturalmente in posizione di superiorità rispetto al lavoratore dipendente, commettono un atto discriminatorio qualora "compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole (...) anche indirettamente" nei confronti dei loro dipendenti, "in ragione della loro appartenenza a una razza, a un gruppo etnico o linguistico, a una confessione reli-

³⁷ L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., pp. 26-31.

giosa, a una cittadinanza” (articolo 43, lettera e), TUI). In questo senso, il divieto di discriminare opera come controllo e limite all’esercizio del potere (nella fattispecie esercitato da privati), anche per evitare che da tale esercizio derivino lesioni per i gruppi protetti³⁸.

La norma proibisce, inoltre, altri comportamenti tenuti dai privati, che possono discriminare imponendo condizioni più svantaggiose o rifiutandosi di fornire beni e servizi offerti al pubblico a uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente a una determinata razza, religione, etnia o nazionalità (articolo 43, comma 2, lettera b), TUI); oppure imponendo illegittimamente condizioni più svantaggiose o rifiutando di fornire l’accesso all’occupazione, all’alloggio, all’istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente a una determinata razza, religione, etnia o nazionalità (articolo 43, comma 2, lettera c), TUI). Oppure ancora, secondo la legge, pone in essere un comportamento discriminatorio il soggetto pubblico o privato che impedisca, mediante azioni od omissioni, l’esercizio di un’attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente a una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità (articolo 43, comma 3, lettera d), TUI).

Le disposizioni appena richiamate sembrano tenere in conto la differenza di potere tra chi discrimina e chi viene discriminato. Chi discrimina, nei casi appena richiamati, esercita un potere di fatto, con atti che sono idonei a privare altri di certe opportunità, come ad esempio l’esercizio di un’attività economica legittimamente intrapresa; escludono dal godimento dei diritti fondamentali, rifiutando l’accesso all’alloggio, all’istruzione; limitano le libertà, ad esempio quella di circolazione, qualora il gestore o il personale impedisse a qualcuno di utilizzare mezzi di trasporto privati per motivi discriminatori.

Alcuni autori e autrici individuano nell’asimmetria, che si potrebbe definire come il dislivello tra le posizioni reciproche di

³⁸ A. GUARISO, “La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti”, cit., p. 415.

chi discrimina e chi è discriminato, una caratteristica importante della nozione di discriminazione³⁹. Questo ha delle implicazioni, tra cui il corollario che, per chi intende l'asimmetria come un elemento essenziale della discriminazione, chi è discriminato non sarebbe nella posizione di discriminare a sua volta il discriminatore. Per questa ragione, alcuni ritengono che la discriminazione non debba necessariamente essere asimmetrica, perché si può immaginare che chi è discriminato possa a sua volta assumere comportamenti discriminatori nei confronti dei membri del gruppo che lo discrimina⁴⁰. Che cosa sia rilevante perché si possa individuare l'asimmetria è, inoltre, controverso. Per alcuni, l'asimmetria fa parte della nozione stessa di discriminazione ed è definita come "differenza di potere" tra chi discrimina e chi è discriminato⁴¹. Per altri, l'asimmetria è data dalla differenza delle posizioni relative dei gruppi riguardo al possesso sicuro di certi beni specifici in società⁴². Oppure, la differenza di potere tra discriminatore e discriminato potrebbe essere un elemento del contesto che aiuta a individuare e riconoscere gli atti discriminatori moralmente censurabili.

L'aspetto che riguarda il potere e l'asimmetria di posizioni sia per quanto concerne la definizione di discriminazione ingiusta, cioè l'individuazione degli aspetti essenziali di questo concetto, sia per quanto concerne la giustificazione dei giudizi morali sugli atti discriminatori è, a parere di chi scrive, un aspetto cruciale, che tuttavia non è stato ancora sufficientemente approfondito dalla letteratura di riferimento, e che deve essere indagato ulteriormente.

Altri elementi importanti che sembrano avere un ruolo nella definizione di discriminazione sono inerenti alla specificazione del soggetto discriminato. La discriminazione colpisce l'individuo o il gruppo di cui fa parte, o entrambi? E inoltre, come si identificano i gruppi ai quali il diritto antidiscriminatorio deve fornire protezione? Il tema di fondo di questi quesiti è il legame

³⁹ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 61-62; D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., pp. 34-37; e pp. 42-47.

⁴⁰ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 21.

⁴¹ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., pp. 34-37; e pp. 42-47.

⁴² T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 49-88.

tra l'individuo e il gruppo che nel diritto antidiscriminatorio è costituito dalla "caratteristica" o "fattore" protetto (e di cui si discuterà nel secondo Capitolo).

1.5. Definizione descrittiva, moralizzata e giuridica

In questo lavoro si distingueranno tre livelli del discorso sulla discriminazione e tre sensi in cui questo termine è usato: il senso descrittivo, quello moralizzato⁴³ e quello giuridico⁴⁴.

In senso descrittivo, è discriminazione un comportamento che produce una distinzione, una differenza di trattamento nei confronti un soggetto in ragione di una caratteristica specifica, da questi posseduta. Il comportamento può essere attivo ovvero omissivo, e consistere in una previsione (una regola), una classificazione (un criterio, una scelta, una selezione, una differenziazione) o una pratica (una politica, un'azione, un'omissione, ecc.); il soggetto agente può essere pubblico o privato; la caratteristica personale può accomunare o meno a un gruppo e il trattamento può essere favorevole o sfavorevole. In questo senso, la discriminazione non acquista necessariamente valenza positiva né negativa, perché fa riferimento solamente a una differenza di trattamento, che può essere indifferentemente vantaggioso o svantaggioso, ma non ha una carica valutativa di segno particolare. Ad esempio, il criterio secondo cui chi ha compiuto 18 anni è titolare del diritto di voto, la regola del codice della strada secondo cui bisogna tenere la mano destra, o la pratica delle compagnie aeree più civili di permettere l'imbarco prioritario alle famiglie con bambini piccoli, sono criteri o regole che tracciano differenze e attribuiscono trattamenti differenziali, ma non sembrano particolarmente problematiche dal punto di vista morale.

Ci sono però delle distinzioni, classificazioni o trattamenti

⁴³ A. ALTMAN, "Discrimination", in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition)*, disponibile su <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/discrimination/>; D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.; K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 24-26.

⁴⁴ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.

differenziali che intuitivamente ci appaiono sbagliati, ingiusti. Ad esempio, la divisione degli allievi in cattedre diverse per lo stesso insegnamento sulla base dell'iniziale del cognome⁴⁵ non sembra, almeno non apparentemente, avere la stessa rilevanza della divisione degli studenti in cattedre diverse sulla base dell'origine, della nazionalità, dell'etnia, del colore della pelle o del livello di intelligenza. La prima appare seguire un criterio "neutro", e il trattamento diverso degli studenti in base alla lettera iniziale del loro cognome non ci fa istintivamente balzare sulla sedia come invece accadrebbe se ci informassero che da domani gli studenti delle Università italiane dovranno essere divisi in cattedre diverse sulla base dell'origine etnica. Il secondo criterio distintivo, infatti, ci sembra, intuitivamente, moralmente ingiusto.

Nel senso moralizzato, la discriminazione è un'ingiustizia, un male dal punto di vista morale, che colpisce il soggetto destinatario del trattamento negativo – nell'esempio, il soggetto segregato in base all'origine etnica. Tuttavia la nozione di discriminazione come trattamento differente non è completa. È necessario aggiungere un dato, cioè che il trattamento differente e svantaggioso è collegato o collegabile, in modo diretto o indiretto, a una caratteristica protetta. Non soltanto di trattamento differente si tratta, dunque, ma di trattamento differente di segno e valenza negativi, che viene ingiustamente inflitto a un soggetto per un tratto da questi posseduto e che esige una rettificazione. In questo senso moralizzato, che è simile al senso comune di discriminazione, il termine ha sempre e comunque valenza negativa. Per chi usa il termine discriminazione in senso moralizzato, dire che la discriminazione è ingiusta è ridondante, tautologico⁴⁶. Inoltre, l'indicazione di qualcosa come discriminazione comporta un giudizio di natura morale. Nel senso moralizzato, la discriminazione è da evitare a qualsiasi costo.

⁴⁵ L'esempio dell'iniziale della lettera del cognome è utilizzato da Hellman, ma in modo diverso (D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., pp. 13 e ss.).

⁴⁶ "[T]o claim that someone discriminates is... to challenge her for justification; to call discrimination 'wrongful' is merely to add emphasis to a morally-laden term" (D. WASSERMAN, "Discrimination, Concept of", in R. CHADWICK (a cura di), *Encyclopedia of Applied Ethics*, Academic Press, San Diego, CA, 1998, pp. 805-814, p. 805).

Il terzo senso in cui si parla della discriminazione, il senso giuridico, differisce in molti aspetti significativi sia dal senso descrittivo, sia dal senso moralizzato. In prima approssimazione, potremmo dire che la discriminazione in senso giuridico è un trattamento differenziale non giustificato, a prescindere dal fatto che si tratti di un trattamento positivo o negativo, o che questo trattamento costituisca un'ingiustizia sul piano morale. In senso lato, la discriminazione nel diritto è un trattamento favorevole o sfavorevole che è privo di una giustificazione ragionevole, sufficiente. Non tutti i casi di discriminazione in senso descrittivo sono da vietare giuridicamente. Non tutte le distinzioni operate dal diritto sono da intendersi in un senso negativo, come discriminazione *contro* qualcuno. Non tutti i casi di discriminazione in senso moralizzato sono vietati dal diritto. In particolare, non tutti i casi di discriminazione in senso moralizzato forniscono a chi è destinatario della discriminazione azioni da esperire in giudizio a propria tutela. Dunque, si tratta di diverse sfere in cui il termine "discriminazione" acquista una valenza diversa e che sono soltanto parzialmente coincidenti⁴⁷. Sarà necessario, allora, stabilire quando la distinzione o il trattamento diverso necessitano di una regolamentazione giuridica, in quali casi cioè il diritto deve vietare trattamenti diversi, che siano vantaggiosi o svantaggiosi.

Esistono trattamenti svantaggiosi che comportano una distinzione o una scelta tra persone in base a certi criteri, comportamenti che, pure se censurabili moralmente e oggetto di divieti giuridici, non costituiscono casi di discriminazione. Kasper Lippert-Rasmussen definisce queste istanze come "irrelevance discrimination"⁴⁸. L'esempio paradigmatico è il caso in cui un/a candidato/a venga selezionato/a in un concorso universitario perché parente della moglie di un importante professore, e la scelta penalizzi un/a altro/a candidato/a maggiormente qualificato/a per il posto. In questo caso, un soggetto è trattato in modo diverso e svantaggioso per una ragione moralmente ri-

⁴⁷ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., p. 5. Si veda anche P.S. SHIN, "Is There a Unitary Concept of Discrimination?", cit., p. 165.

⁴⁸ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 22-24.

provevole, ma non si tratta di un'istanza di discriminazione nel senso rilevante del termine, bensì di un caso di nepotismo⁴⁹. Allo stesso modo, sarà riprovevole moralmente scegliere un/a candidato/a per un posto di ricercatore universitario perché legato/a ai commissari del concorso da rapporti di amicizia, stima, e affetto di lunga data o per la sintonia sul piano degli ideali politici, invece che per meriti accademici oppure per i vantaggi che la forza politica di quel/la candidato/a può procurare al dipartimento universitario in termini di notorietà, di finanziamenti, e preferirlo/a a un/a candidato/a avente un profilo accademicamente più attinente alla disciplina per cui il posto era stato messo a concorso. In questo caso si potrà parlare di un trattamento ingiusto, dovuto a un certo male morale, ad esempio la corruzione, o di una scelta errata e censurabile perché effettuata secondo criteri e parametri che non sono quelli propri dell'istituzione di riferimento (università), ma non si potrà parlare di discriminazione in senso specifico.

Nelle pagine che seguono, in particolare nel terzo Capitolo, si proverà a ricostruire le teorie che definiscono la discriminazione come un tipo specifico di ingiustizia, illustrando di che tipo di male si tratti dal punto di vista morale. Si è alla ricerca di una definizione di discriminazione come ingiustizia perché si ritiene che si tratti di un'ingiustizia diversa dalla disegualianza, intesa come distribuzione ingiusta di risorse secondo i criteri ritenuti validi, o da altre ingiustizie come l'oppressione, la violenza, la prevaricazione, anche se, in un certo senso, nel concreto, sembra che la discriminazione sia sempre legata agli altri tipi di ingiustizia appena elencati. Inoltre, si tratterà di quali tipi e forme di discriminazione il diritto deve proibire, ragionando sul modo in cui il diritto agisce sulle nostre convinzioni morali, ma anche provando a discutere il potenziale critico delle teorie morali nei confronti della definizione giuridica di discriminazione. Certamente, definire gli elementi essenziali della discriminazione per comprendere quali atti e in che circo-

⁴⁹ L'esempio paradigmatico del nepotismo in contrapposizione alla discriminazione è usato da B. BARRY, *Why Social Justice Matters*, Polity Press, Cambridge, 2005, pp. 21-23; T. SCANLON, *Moral Dimensions*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2008, pp. 69-70; e, infine, da K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 23.

stanze possono essere identificati come istanze di discriminazione ingiusta avrà una ricaduta anche sul diritto, offrendo delle ragioni per proibire giuridicamente quegli atti.

Ma quali caratteristiche o tratti sono rilevanti per individuare il comportamento discriminatorio? In ragione dell'importanza di questi quesiti, a essi e alle risposte che sono state date in letteratura è dedicato il prossimo Capitolo.

II

INDIVIDUI E GRUPPI

Sommario

2.1. Le caratteristiche protette o fattori di protezione. – 2.2. La protezione degli individui e dei gruppi. – 2.3. Le azioni positive.

2.1. Le caratteristiche protette o fattori di protezione

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹, come si è già detto, vieta

“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 a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Nell'ambito dell'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi”².

Come si è visto, simili disposizioni si ritrovano nelle Carte costituzionali degli Stati³ e in altre fonti normative che vietano

¹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fatta a Nizza il 7 dicembre 2000 ed entrata in vigore il 12 dicembre 2007 (2000/C 364/01).

² Articolo 21, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, versione ufficiale in lingua italiana.

³ Tra cui l'articolo 3 della Costituzione della Repubblica Italiana.

la discriminazione nell'ordinamento interno, sovranazionale e internazionale. I termini contenuti nella lista sono denominati nel diritto antidiscriminatorio "fattori di protezione" o "caratteristiche protette". Queste due denominazioni saranno utilizzate alternativamente nel prosieguo. Si è scelto di prendere in considerazione il testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare, per la trattazione delle caratteristiche protette, sia per il rango supremo che la Carta, vincolante per tutti gli Stati membri dell'Unione europea, inclusa l'Italia, riveste nella gerarchia delle fonti di diritto comunitario, sia perché la disposizione in discorso, se comparata con altre simili, presenta la lista più ampia di presupposti o ragioni sulla base dei quali è vietato discriminare. Come si è accennato, si tratta di una lista aperta, che cioè non esclude che si aggiungano nuovi termini all'elenco esplicitamente compilato⁴. La ragione è che, progressivamente, emergono nuove condizioni sociali, economiche e politiche, che assumono rilevanza in relazione al contesto, e per cui si individua la necessità di protezione in base a nuovi tratti. Gli ultimi tre tratti, ad esempio, "disabilità", "età" e "orientamento sessuale", sono stati aggiunti alla lista dei fattori protetti solo di recente e per questo sono presenti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, un documento più "giovane" rispetto ad altri come la CEDU. Un altro esempio viene dalla legislazione statunitense, che ha recentemente introdotto il divieto di trattare in modo sfavorevole, nell'ambito dell'accesso all'impiego, chi è stato ed è disoccupato o chi ha in passato subito condanne penali⁵.

⁴ Sul carattere aperto dell'articolo 21 si vedano M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit.; N. PARISI, G. URSO, "I principi di eguaglianza e di non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione europea", in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, disponibile su www.europeanrights.eu, 24, 2011; M. BARBERA, "Il principio di uguaglianza nel sistema 'multilivello'", in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, disponibile su www.europeanrights.eu, 27, 2011; L. CURCIO, "Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione", in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, disponibile su www.europeanrights.eu, 24, 2011; S. ROSSI, "Law in action: diritto antidiscriminatorio e politiche locali", in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2/2010, pp. 2541-2660.

⁵ J. FISHKIN, *Bottlenecks – A New Theory of Equal Opportunities*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 231-239.

Ma perché le norme antidiscriminatorie prevedono il divieto di discriminare sulla base di certi caratteri, fattori, tratti, e non altri? Quando una certa caratteristica, un tratto, posseduto dall'individuo diventa rilevante per il diritto e, dunque, diviene oggetto della protezione delle norme contro la discriminazione? Cosa ci può dire questa speciale caratteristica del diritto antidiscriminatorio, che si ritrova non solo nella previsione dei testi costituzionali, ma anche nelle previsioni di legge e nei regolamenti, riguardo alla natura e alla specificità del diritto antidiscriminatorio come branca del diritto?

Owen Fiss suggerisce due criteri per identificare i soggetti che dovrebbero essere protetti dalla "equal protection clause" contro la discriminazione. Nella sua visione, questi sono identificabili innanzi tutto nei gruppi sociali. Secondo Owen Fiss, un "gruppo sociale" è un'entità:

- a) indipendente dai suoi membri; e
- b) interdipendente, nel senso che l'identità e il benessere dei membri del gruppo e l'identità e il benessere del gruppo sono tra loro legati.

I membri del gruppo "are viewed as a group; they view themselves as a group; their identity is in large part determined by membership in the group"⁶. Questa definizione è stata elaborata in riferimento a un contesto specifico, quello della società statunitense, e a un gruppo specifico, che secondo Owen Fiss è il gruppo dei beneficiari primari del diritto antidiscriminatorio nel contesto di riferimento, cioè il gruppo dei cittadini americani neri ("blacks"). Di questa genesi, la definizione di Owen Fiss sconta i limiti. Infatti, non tutti i gruppi protetti dal diritto antidiscriminatorio hanno un'identità così condivisa e così compatta da costituire un'entità "separata" e "indipendente". Si pensi, ad esempio, all'insieme delle persone discriminate in ragione dell'età, che definisce un gruppo meno coeso dal punto di vista identitario rispetto a quello dei neri (in un contesto come quello statunitense), delle donne o dei gruppi etnici e nazionali.

Invece, un buon punto di partenza per individuare di quali gruppi si occupa il diritto antidiscriminatorio e come si indivi-

⁶ O.M. FISS, "Groups and the Equal Protection Clause", cit., p. 148.

duano le “caratteristiche protette” è la definizione di Kasper Lippert-Rasmussen di “gruppo con caratteristiche socialmente salienti”:

“A group is socially salient if perceived membership of it is important to the structure of social interaction across a wide range of social contexts”⁷.

Una caratteristica socialmente saliente è un aspetto dell’individuo che lo accomuna a un gruppo e che è significativa, rilevante, in diversi ambiti della vita sociale. La rilevanza della caratteristica socialmente saliente si apprezza in modo trasversale: se possedute da un soggetto, le caratteristiche socialmente salienti si riverberano interessando tutti gli aspetti della vita, in modo tale che per questo soggetto è impossibile prescindere dal tratto socialmente saliente nelle sue interazioni sociali. Ciò è dovuto alla “tendenza ad ascrivere valenza esplicativa al fatto di essere un membro di un certo gruppo, se, in effetti, la percezione dell’appartenenza a tale gruppo struttura un’ampia gamma di contesti sociali (e vice-versa)”⁸. In questo senso, saranno certamente caratteristiche socialmente salienti il colore della pelle, la religione o le opinioni politiche, perché sono idonee a riverberarsi su diversi aspetti della vita di una persona: sulle sue scelte lavorative, associative, sul modo in cui gli altri se la rappresentano e la trattano in relazione a questa specifica caratteristica nei diversi ambiti in cui si svolge la vita umana in società (associativo, politico, lavorativo, istituzionale, familiare, e così via, dando a questi termini una valenza ampia). Secondo la definizione di Lippert-Rasmussen, non costituirebbero, invece, caratteristiche socialmente salienti l’essere mancino, vegano, animalista o scettico rispetto al riscaldamento globale, le preferenze, i gusti, le credenze, le posizioni o le caratteristiche perso-

⁷ K. LIPPERT-RASMUSSEN, “The Badness of Discrimination”, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 9, 2006, pp. 167-185, p. 169 e K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 30. Cfr. H.E. BABER, “Gender Conscious”, in *Journal of Applied Philosophy*, 18, 1/2001, pp. 53-63; e R. WASSERSTROM, “Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics”, in *University of California Law Review*, 24, 1977, pp. 581-615, p. 590.

⁸ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 30 (T.d.A.).

nali, cioè, che possono certamente essere rilevanti in certi contesti, ma che non sono idonee a segnare la vita di una persona in modo trasversale, nei diversi ambiti in cui essa si esplica. La protezione del diritto antidiscriminatorio è attribuita al gruppo degli individui che posseggono caratteristiche socialmente salienti così intese, ovvero agli individui che lo compongono *in virtù* della loro appartenenza al gruppo.

Un dato che emerge immediatamente è la rilevanza del contesto per la determinazione dei tratti socialmente salienti. Infatti, l'altro elemento necessario perché una caratteristica sia considerata un fattore protetto è che nel contesto di riferimento il gruppo accomunato dalla caratteristica socialmente saliente sia stato storicamente destinatario di un trattamento negativo, e che sia tuttora destinatario di un trattamento svantaggioso⁹. Tali caratteristiche insieme definiscono un gruppo oggetto di protezione.

Si noti che non importa che la caratteristica saliente sia *effettivamente* posseduta dal soggetto discriminato. Basterà, secondo la definizione, che l'agente discriminatore percepisca il discriminato come possessore della caratteristica socialmente saliente in questione. Ad esempio, se il gestore di un bar chiede a un ragazzo con la pelle scura di uscire dal suo locale, credendo *erroneamente* che si tratti di un mendicante che avrebbe potuto importunare gli avventori del locale, il dato sufficiente per configurare la discriminazione è che il gestore abbia creduto che il ragazzo con la pelle scura fosse un mendicante e si trovasse nel locale per chiedere l'elemosina¹⁰.

Ma perché, e quando, in presenza di questi elementi (storia di maltrattamento e status sociale attuale degradato), il gruppo individuato dalle caratteristiche socialmente salienti deve essere protetto dal diritto antidiscriminatorio? In quali casi il diritto

⁹ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., pp. 14-15.

¹⁰ Il fatto è accaduto realmente, e sarebbe interessante discutere questo episodio alla luce della teoria della discriminazione multipla di tipo intersezionale (si veda il paragrafo quarto del Capitolo quarto). Lo stato mentale discriminatorio del gestore, in questo caso paradigmatico, non è soltanto dovuto alla credenza che si tratti di un mendicante, determinando cioè un'azione discriminatoria sulla base del censo, ma anche alla associazione, dovuta a un pregiudizio o a uno stereotipo non accurato, tra "persona con la pelle scura" e "mendicante".

può accordare un trattamento diverso, anche in senso favorevole, a gruppi con caratteri socialmente salienti e in quali casi no? Diverse prospettive rispondono in modo diverso a queste domande. Le risposte sono legate alle tesi sul fondamento che giustifica il diritto antidiscriminatorio. In particolare, si possono individuare quattro tesi fondamentali¹¹: la tesi della posizione di subalternità o soggiogamento¹²; la tesi della divisione in caste¹³; la tesi della degradazione¹⁴; la tesi dello svantaggio relativo¹⁵.

La prima tesi, la tesi della posizione di subalternità o soggiogamento, ha il suo più eminente sostenitore in John Hart Ely. Ely sostiene che le caratteristiche socialmente salienti individuano dei gruppi che il diritto deve proteggere per la particolare storia di sfruttamento e umiliazione che accomuna i soggetti che condividono una certa caratteristica. Si tratta di una caratteristica socialmente saliente, un tratto storicamente e culturalmente pregnante, che accomuna gli individui di una classe che, a motivo di quella caratteristica, è stata emarginata, stigmatizzata, denigrata, esclusa dal godimento di diritti fondamentali e, pertanto, è stata ed è oggetto di dominazione e si trova in posizione subalterna nel contesto sociale, economico e politico di riferimento.

Questo stato di cose pone il gruppo in una posizione di marginalità rispetto alle decisioni politiche che lo riguardano e lo rende incapace di rappresentare adeguatamente i propri interessi nei contesti dove vengono prese le decisioni che incidono sulla regolamentazione di aspetti importanti della vita dei suoi membri, ad esempio decisioni che regolano la titolarità e l'ac-

¹¹ La classificazione delle prime tre teorie è ispirata alla ricostruzione in D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., pp. 13-33.

¹² "The constitutionality of most distributions thus cannot be determined simply by looking to see who ended up with what, but rather can be approached intelligibly only by attending to the process that brought about the distribution in question" (J.H. ELY, *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1980, p. 136).

¹³ O.M. FISS, "Groups and the Equal Protection Clause", cit., pp. 107-177.

¹⁴ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.

¹⁵ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit.

cesso ai beni fondamentali tra cui l'istruzione, la salute, le decisioni di vita personale come contrarre matrimonio, la libertà di iniziativa economica, l'elettorato attivo e passivo, e così via. Dunque, il compito del diritto antidiscriminatorio è quello di tutelare i membri appartenenti ai gruppi subalterni, soggiogati, marginalizzati e sottorappresentati, prevedendo divieti di esclusione o di trattamento differenziale peggiorativo rispetto agli altri, in modo da riequilibrare la situazione di svantaggio e subalternità.

L'assunto di partenza è che, negli ordinamenti democratici, il sistema "one person, one vote" va inevitabilmente a vantaggio di chi ha la maggioranza. Il risultato è che le minoranze, pur partecipando alla vita politica, non riescono a proteggere i propri interessi per l'inevitabile concentrazione di potere nel gruppo di maggioranza e per via delle diseguaglianze tra i gruppi in competizione in una società fortemente segnata dalle differenze di status tra i gruppi dominanti e i gruppi dominati. Questo stato di cose determina il soggiogamento dei gruppi dominati che non possono incidere in modo significativo sulla formulazione delle "regole del gioco". Per questo, secondo Ely, la Corte suprema, nell'interpretare l'"equal protection clause", deve assumere il ruolo di garanzia, di arbitro tra i gruppi, al fine di riequilibrare la situazione di svantaggio laddove il processo democratico può avere fallito nel raggiungere questo obiettivo.

La seconda tesi, o tesi della divisione in caste, è sostenuta eminentemente da Owen Fiss. Per Owen Fiss, le caratteristiche socialmente salienti sono tratti storicamente e culturalmente pregnanti, che accomunano un individuo a una classe, che, a motivo di quella caratteristica, è trattata come una "casta" separata dalle altre. Il diritto, pertanto, deve vietare ogni trattamento svantaggioso degli individui che appartengono al gruppo perché tali trattamenti rafforzano e perpetuano l'esistenza di una società divisa in caste. La protezione fornita dal diritto antidiscriminatorio è giustificata dal fine di modificare la posizione socioeconomica e politica dei gruppi svantaggiati, trasformando la struttura gerarchica della società, ovvero la sua divisione in caste. L'eliminazione delle caste si giustifica al fine di:

- a) preservare la pace sociale;
- b) mantenere la coesione sociale; e
- c) permettere il più ampio sviluppo dei singoli membri del gruppo subordinato, che altrimenti “might look upon the low status of the groups as placing a ceiling on their aspirations and achievements”¹⁶.

La terza tesi, la tesi della degradazione, è autorevolmente elaborata e difesa da Deborah Hellman. Hellman qualifica le caratteristiche “storicamente e socialmente salienti” come tratti che incidono sulla vita di un soggetto in virtù della sua appartenenza al gruppo per la storia di maltrattamenti subiti dal gruppo o per lo status sociale del gruppo che è svantaggiato rispetto agli altri all’interno della società nel momento presente, e individua la ragione della proibizione di un trattamento diverso e svantaggioso nel fatto che questo è idoneo a diminuire, sminuire, denigrare l’eguale valore morale delle persone. Trattare i soggetti appartenenti a un gruppo individuato dalla caratteristica saliente in modo svantaggioso deve essere vietato quando la classificazione, la pratica o la regola svantaggiosa sono, nel contesto, interpretati come obiettivamente idonei a sminuire l’eguale valore morale di un soggetto. Dunque, secondo questa tesi, le caratteristiche protette sono caratteristiche socialmente rilevanti, storicamente e culturalmente pregnanti, che accomunano un individuo a una classe. Questa persona, a motivo di quella caratteristica, è trattata come moralmente inferiore rispetto agli altri esseri umani che non posseggono quella caratteristica saliente.

La quarta tesi, la tesi dello svantaggio relativo, è sostenuta da Tarunabh Khaitan, che individua le caratteristiche protette sulla base della posizione relativa dei gruppi nella società. Secondo questa tesi, la caratteristica protetta deve essere idonea a individuare almeno due gruppi di individui, detti “omologhi”, uno dei quali si trova in una posizione di svantaggio relativo rispetto all’altro nel contesto di riferimento. Dunque, non è un requisito per l’individuazione del gruppo svantaggiato il fatto che gli individui che lo compongono siano accomunati da una

¹⁶ O.M. FISS, “Groups and the Equal Protection Clause”, cit., p. 151.

storia di maltrattamenti. Piuttosto, è necessario che tra i due gruppi sia ravvisabile un dislivello, dunque che uno sia in posizione svantaggiata rispetto all'altro, a causa della caratteristica in questione. Il diritto, secondo questa tesi, offre una protezione asimmetrica ai gruppi così individuati: offre una protezione maggiore al gruppo svantaggiato, e una certa protezione di grado ed estensione inferiore al gruppo in posizione di vantaggio. Così, ad esempio, poiché nelle società contemporanee le donne sono in una posizione di svantaggio relativo rispetto al gruppo omologo degli uomini, individuato sulla base del sesso (o del genere), il diritto dovrà vietare la discriminazione delle donne, cioè il loro trattamento svantaggioso rispetto ai membri del gruppo omologo degli uomini, e offrire rimedi giuridici che proteggono in misura maggiore le donne rispetto agli uomini. La ragione è legata al fine e al fondamento del diritto antidiscriminatorio, che, secondo la teoria in discorso, è quello di ripianare posizioni di svantaggio relativo dei gruppi nella società. Il diritto antidiscriminatorio proteggerebbe cioè da un male specifico, che è la posizione di svantaggio relativo (si rinvia, per un approfondimento di questa tesi, alla trattazione della giustificazione del diritto antidiscriminatorio nel Capitolo settimo, paragrafo sesto).

Un punto cruciale per la tenuta di questa quarta tesi è, dunque, la definizione dello svantaggio relativo. Intanto, non si tratterebbe di uno svantaggio assoluto, la miseria o l'emarginazione sociale, considerate in sé. I rimedi per questi mali sarebbero approntati da altri settori del diritto come la previdenza e assistenza sociale o le previsioni dello Stato sociale. Secondo i sostenitori di questa quarta tesi lo svantaggio relativo è uno svantaggio di tipo politico, socioculturale o materiale. Correttamente, Khaitan spiega che lo svantaggio relativo di cui soffrono i gruppi discriminati non ha la stessa intensità per ogni individuo appartenente al gruppo, nonostante il fatto che interessi tutti i membri del gruppo¹⁷. Tale notazione è davvero rilevante per la corretta descrizione dei gruppi oggetto di protezione. Ad esempio, l'essere donna svantaggia di meno una ricca

¹⁷T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 51-56; pp. 128-129.

donna bianca che possiede la cittadinanza dello Stato in cui risiede, rispetto a una donna straniera che non è titolare del diritto di residenza in quello stesso Stato¹⁸.

Un elemento controverso è se il tratto (o la caratteristica socialmente saliente) debba costituire una caratteristica immutabile (effettivamente o nella percezione dell'agente discriminatore), come si ritiene che siano il colore della pelle, oppure certe disabilità. La giurisprudenza ha, in certi casi, definito un trattamento come discriminazione ingiusta perché il soggetto discriminato era stato trattato in modo svantaggioso sulla base di un tratto immutabile¹⁹. Tale argomentazione giurisprudenziale che ravvisa l'ingiustizia della discriminazione nel fatto che il ricorrente fosse stato trattato in modo svantaggioso sulla base di un tratto immutabile è stata ripresa dai teorici²⁰. La questione attiene alla rilevanza morale del tratto in questione, sul presupposto che non si possano considerare moralmente rilevanti fatti non imputabili alle scelte del soggetto, che cioè il soggetto non ha il potere di cambiare. Contro l'argomento che il tratto debba essere immutabile è stata avanzata l'obiezione che le caratteristiche che oggi sono considerate immutabili potrebbero un giorno cessare di esserlo²¹. Ad esempio, se si trovasse una pozione per il cambiamento istantaneo del colore della pelle, tale caratteristica perderebbe la proprietà dell'immutabilità, ma, ciò nondimeno, non cesseremmo di ritenere moralmente sbagliato e giuridicamente illecito trattare le persone in modo svantaggioso sulla base del colore della pelle²². Tra l'altro, alcuni dei fattori o tratti previsti dalla legislazione antidiscriminatoria come caratteristiche protette, ad esempio le opinioni politiche o le credenze religiose, non sono, per definizione,

¹⁸ "Relative group disadvantage affects all members of protected groups, but it does so in varying degrees" (T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 128).

¹⁹ Per una analisi critica si veda K. YOSHINO, "Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of 'Don't Ask, Don't Tell'", in *Yale Law Journal*, 108, 1998, pp. 485-571, pp. 485-515; e pp. 530-536.

²⁰ R. KAHLENBERG, *The Remedy – Class, Race and Affirmative Action*, Basic Books, New York, 1996.

²¹ L'argomento è di B. BOXILL, *Blacks and Social Justice*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1992, pp. 12-17.

²² *Ibidem*.

immutabili. A un livello più profondo, infatti, è stato sottolineato che il diritto antidiscriminatorio protegge anche certe scelte, ad esempio vietando che si possa discriminare sulla base della religione o dell'opinione politica, tratti che senza dubbio possono essere modificati. Dunque, la tesi che fa perno sull'immutabilità dei tratti non sarebbe adatta a fornire una spiegazione sufficiente delle caratteristiche attuali del diritto antidiscriminatorio. Sarebbe possibile concludere, alla luce di quanto detto fin qui, che il diritto antidiscriminatorio prescrive di qualificare come normativamente irrilevanti dei fattori immutabili o alcune scelte fondamentali del soggetto, scelte individuali e fondamentali per l'individuo, che l'ordinamento valuta positivamente²³. Questo spiegherebbe l'evoluzione giurisprudenziale e il progressivo allargamento delle liste dei fattori o delle caratteristiche protette, che da un nucleo originario minimo (razza, colore della pelle, censo, origine, sesso, opinioni politiche) si è esteso fino a ricomprendere fattori come l'orientamento sessuale, l'identità di genere, la disabilità, lo status di disoccupato, il patrimonio genetico. L'estensione è spesso opera dei giudici delle giurisdizioni di *common law*, che ad esempio, in USA, offrono soluzioni ai casi concreti sulla base delle diverse interpretazioni del V e del XIV emendamento (che prevedono rispettivamente la "due process of law" e l'"equal protection clause") nel costante dialogo interpretativo che rimane aperto su cosa significhi che il diritto debba offrire uguale protezione a tutti gli individui a esso soggetti.

Tra le quattro tesi appena illustrate, l'ultima sembra essere la più adeguata a rendere conto dell'impianto del diritto antidiscriminatorio. Sebbene, infatti, la terza in particolare appaia forte e convincente sul piano morale, non appare tuttavia idonea a rendere conto di tutti gli aspetti della pratica del diritto nel settore che è oggetto di analisi (si veda la parte seconda sulla giustificazione del diritto antidiscriminatorio).

2.2. La protezione degli individui e dei gruppi

Alla luce di quanto finora discusso, sembra opportuno domandarsi se il diritto antidiscriminatorio abbia la funzione di

²³ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 58-60.

proteggere in primo luogo i gruppi con caratteristiche socialmente salienti e soltanto secondariamente gli individui che ne fanno parte, ovvero sia innanzitutto volto a proteggere gli individui dai trattamenti svantaggiosi causati da tratti che possiedono e che sono moralmente irrilevanti, cioè non idonei a giustificare in nessun caso un trattamento diverso e meno vantaggioso rispetto a quello riservato agli altri individui che non possiedono il tratto (o i tratti) in questione.

Fin dalle sue origini, la teoria del diritto antidiscriminatorio statunitense ha sostenuto che il diritto antidiscriminatorio abbia il fine specifico di proteggere i gruppi: “[a]ntidiscrimination laws generally operate by prohibiting discrimination on the basis of certain criteria, which in turn identify or delineate the groups that are protected by the law”²⁴. Questa letteratura individua storicamente dei beneficiari primari, il gruppo dei neri nella società statunitense, a cui si sono aggiunti, attraverso l’interpretazione sempre più estensiva del principio antidiscriminatorio, prima le donne e poi i poveri, tanto da creare un certo “antagonismo tra gruppi protetti”: “[b]lack must now compete with these groups for public attention, for the legislature’s concern, and for law enforcement resources – all of which are bounded by conditions of scarcity. In addition, they must compete for economic and educational opportunities that are undoubtedly scarce”²⁵. Secondo Owen Fiss, l’antagonismo tra i gruppi negli Stati Uniti durante le prime fasi dell’affermazione del diritto antidiscriminatorio ha visto accendersi un dibattito sulla scelta dei criteri per le selezioni nei settori dell’impiego pubblico e privato. In questo confronto, le donne o gli ebrei spingevano per l’applicazione rigorosa di criteri standardizzati e “oggettivi”, mentre i neri si battevano perché fossero adottati criteri che tenessero in conto maggiormente le circostanze “soggettive”, come la situazione specifica di ogni candidato, il suo bagaglio educativo-culturale, e così via²⁶.

In realtà, a ben vedere, come si è detto, il diritto offre, nella

²⁴ O.M. FISS, “The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after *Brown v. Board of Education*”, in *The University of Chicago Law Review*, 41, 1974, pp. 742-773, pp. 748-749.

²⁵ *Ivi*, pp. 751-752.

²⁶ *Ivi*, pp. 752 e ss.

maggior parte dei casi, non una protezione ai gruppi accomunati da un tratto socialmente saliente, ma una protezione asimmetrica a due (o più) gruppi omologhi individuati sulla base della caratteristica protetta²⁷. Il diritto protegge, cioè, sia il gruppo (o l'individuo appartenente al gruppo) che è in una posizione di svantaggio relativo, ad esempio, le donne, sia il gruppo omologo (o l'individuo appartenente al gruppo omologo) individuato a partire dal fattore protetto, che, sulla base del sesso o del genere, è identificato nel gruppo degli uomini. Tuttavia il gruppo relativamente svantaggiato riceve dal diritto una protezione maggiore e in questo consiste l'asimmetria della protezione. Tale asimmetria, che riguarda la protezione da parte del diritto, evidenzia la differenza tra "trattamento differenziale" o "trattamento diverso" e "trattamento discriminatorio". Il trattamento diverso o differenziale da parte del diritto non ammonta sempre a discriminazione ed è simmetrico. Invece, il trattamento discriminatorio è sempre asimmetrico, per questo il diritto offre una protezione maggiore a chi fa parte del gruppo in situazione di svantaggio relativo²⁸.

L'asimmetria della protezione è, inoltre, una caratteristica degli strumenti processuali nei casi di discriminazione. Un esempio paradigmatico è il regime della prova nel processo civile. La legislazione europea – e, dunque, anche gli ordinamenti degli Stati membri – prevede l'inversione dell'onere della prova: ove il ricorrente fornisca "elementi di fatto dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori", toccherà al convenuto, sospetto discriminatore, fornire la prova che esclude il carattere discriminatorio del comportamento. L'asimmetria sta nel fatto che, mentre l'onere della prova per il ricorrente è soddisfatto da fatti "idonei a fondare, in termini precisi e concordanti" la presunzione della discriminazione, per cui è richiesto lo standard della plausibilità della sussistenza della discriminazione, una volta stabilita la presumibilità dell'esistenza della discriminazione e innescato il meccanismo procedurale dell'inversione dell'onere della prova, il convenuto, per evitare la condanna, dovrà dimostrare con prove gravi, precise e concordanti che non

²⁷ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 61-62.

²⁸ *Ibidem*.

sussiste discriminazione, secondo il criterio ordinario.

Alcuni ritengono, invece, che la discriminazione sia un'ingiustizia che porta con sé un disvalore morale specifico (diverso dagli altri tipi di ingiustizia) che colpisce segnatamente l'individuo per via di una caratteristica che lo accomuna a un gruppo²⁹. Dunque, il diritto antidiscriminatorio non fornirebbe protezione primariamente ai gruppi – o per riequilibrare lo svantaggio relativo che questi scontano nella società rispetto ad altri gruppi oppure in modo da compensare ingiustizie passate incidendo sulla redistribuzione di beni e diritti per evitare che i gruppi svantaggiati siano oggetto di dominio da parte di quelli privilegiati – bensì proteggerebbe primariamente e segnatamente gli individui che ne fanno parte. Ciò perché chi viene discriminato subisce sempre un'ingiustizia individuale, che consiste nell'essere trattato in modo non rispettoso, con disprezzo, da inferiore rispetto agli altri, sminuito, denigrato, umiliato, oppure nella restrizione ingiusta della sua libertà di scelta tra opportunità dotate di valore. Tra i sostenitori di questa concezione c'è chi si preoccupa di definire analiticamente il nesso tra individuo e gruppo, specificando quali siano le ragioni per cui vengono in rilievo le "caratteristiche protette" che sono indicate come fattori sulla base dei quali è fatto divieto di discriminare³⁰ e chi si concentra sulla definizione di discriminazione come ingiustizia individuale, che indirettamente si riverbera sui gruppi, ponendo l'enfasi, in special modo, sull'individuo rispetto al gruppo³¹.

Un argomento a sostegno della tesi che la discriminazione è sempre un'ingiustizia che colpisce l'individuo (anche se *in collegamento con, per, a causa di, in ragione di* un tratto, una caratteristica, che lo accomuna a un gruppo) è il fatto che il soggetto

²⁹ B. EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, cit.; B. EIDELSON, "Treating People as Individuals", cit., pp. 203-227; D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.; S. MOREAU, "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", cit., pp. 71-86; S. MOREAU, "What is Discrimination?", in *Philosophy and Public Affairs*, 38, 2/2010, pp. 143-179.

³⁰ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.

³¹ B. EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, cit.; B. EIDELSON, "Treating People as Individuals", cit., pp. 203-227; S. MOREAU, "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", cit., pp. 71-86; S. MOREAU, "What is Discrimination?", cit., pp. 143-179.

discriminatore può subire una condanna al pagamento dei danni non materiali a titolo di compensazione nei confronti della parte discriminata. La compensazione servirebbe a risarcire la parte per il torto morale ricevuto, per la denigrazione, l'umiliazione, lo stigma, il trattamento subito sulla base di pregiudizi e stereotipi, ovvero per la perdita di opportunità concrete e rilevanti per il proprio percorso di vita.

Inoltre, dal punto di vista dell'inquadramento dogmatico, il diritto alla parità di trattamento o diritto a non essere discriminati, è un diritto fondamentale. In quanto diritto soggettivo perfetto, la tutela in giudizio nell'ordinamento italiano è affidata al giudice civile³², anche quando il contenzioso si instaura con le Pubbliche Amministrazioni³³. L'azione antidiscriminatoria assume dunque rilevanza nella difesa degli interessi e diritti degli individui rispetto ai poteri pubblici. Solo indirettamente, secondo questo argomento, il diritto antidiscriminatorio proteggerebbe anche i gruppi.

La definizione del diritto antidiscriminatorio come una protezione offerta primariamente ai gruppi o all'individuo sembra dipendere strettamente dalla giustificazione o fondamento morale che si ritiene che questa branca del diritto abbia. Di questo ci si occuperà più approfonditamente nella parte seconda (in particolare, Capitoli sesto e settimo). Sembra però possibile sostenere, sulla base del modo specifico in cui sono strutturate le garanzie offerte dal diritto antidiscriminatorio, che predispone azioni per la difesa dei diritti individuali, e sulla base dell'inquadramento della parità di trattamento come diritto individuale fondamentale, che il diritto antidiscriminatorio offra protezione agli individui in virtù della loro appartenenza a certi gruppi che possiedono tratti o caratteristiche protette. Si protegge un individuo *in quanto* facente parte di un gruppo.

La protezione dei gruppi e degli individui che appartengono

³² Articolo 44, d.lgs. n. 286/1998, TUI, ora articolo 28, d.lgs. n. 150/2011; articoli 37 e 38, d.lgs. n. 198/2006 (Codice Pari Opportunità); articolo 28, legge n. 300/1970 (Statuto dei Lavoratori).

³³ La competenza del giudice amministrativo in materia di diritti soggettivi è limitata agli ambiti di giurisdizione amministrativa esclusiva (Corte di cassazione, S.U., sentenza 25 novembre 2014, n. 25011, cit. in A. GUARISO, "La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti", cit., pp. 414-416).

ai gruppi con caratteristiche socialmente salienti è realizzata dal diritto antidiscriminatorio attraverso l'imposizione di doveri, per la maggior parte a carico delle agenzie e degli organi dello Stato (doveri verticali). Lo Stato, infatti, ha il dovere costituzionale di vietare la discriminazione, un dovere che impone obblighi ai funzionari della Pubblica Amministrazione (codice etico), al legislatore, ai magistrati, agli agenti di pubblica sicurezza e, in generale, a tutti coloro che esercitano funzioni pubbliche. Sugli Stati gravano inoltre gli obblighi positivi previsti dal diritto antidiscriminatorio sovranazionale e internazionale, in cui rientrano, ad esempio, la riduzione delle barriere architettoniche per i disabili, la predisposizione dei servizi e delle infrastrutture di cui hanno bisogno³⁴.

È stato ed è tuttora dibattuto se questi doveri possano o debbano o meno gravare anche sui soggetti privati come imprenditori e datori di lavoro, e in che misura³⁵. L'argomento sostenuto da chi ritiene che i divieti di discriminare non si debbano estendere alla sfera privata, alla disciplina privatistica dei contratti, è che nella sfera privata si deve potere agire, scegliere e preferire liberamente con quali soggetti instaurare rapporti. Dunque, il diritto antidiscriminatorio non dovrebbe regolare ambiti privati come la locazione, ad esempio, mentre invece potrebbe regolare ambiti privati a rilevanza pubblica come l'impiego privato o i trasporti. Un altro argomento è che l'imposizione di obblighi discendenti dal principio della parità di trattamento sarebbe troppo onerosa per gli imprenditori privati, sicché, in questo ambito, dovrebbe prevalere la libertà di iniziativa privata rispetto al dovere di non discriminare sulla base di fattori protetti.

Se il valore dell'autonomia contrattuale aveva, in un primo tempo, limitato il riconoscimento dell'operatività del divieto di discriminare in ambito privato, oggi si ritiene pacificamente che i divieti di discriminazione operino anche in questo settore, sicché il contrasto tra la libertà dei soggetti di discriminare nella vita privata e il diritto alla parità di trattamento è stato, di principio, risolto a favore del secondo, anche al di fuori degli

³⁴ S. MOREAU, "What is Discrimination?", cit., p. 144.

³⁵ J. GARDNER, "Liberals and Unlawful Discrimination", cit., pp. 1-22.

ambiti privati a rilevanza pubblica³⁶. Dunque, il dibattito riguarda, attualmente, soltanto l'estensione e i limiti del diritto antidiscriminatorio nella sfera privata, perché è ormai pacifico che il principio della parità di trattamento regoli anche i rapporti tra i privati.

Come è stato già accennato, infatti, esistono norme che impongono dei doveri in ambito antidiscriminatorio anche a carico dei privati (doveri orizzontali), quando ricoprono certe posizioni di potere e di controllo rispetto alla distribuzione di beni e servizi, diritti, posizioni sociali, economiche, ecc. Ad esempio, il diritto antidiscriminatorio impone dei doveri specifici ai datori di lavoro, ai fornitori privati di servizi (come ad esempio i trasporti, gli alloggi ecc.) perché siano aperti e accessibili a tutti.

Sono inoltre previsti degli obblighi specifici e trasversali, sia verticali che orizzontali, chiamati obblighi di "accomodamento ragionevole" ("special accommodation requirements"). Si tratta di previsioni che impongono doveri – che si sostanziano in obblighi positivi, di fare – in capo a certi soggetti qualificati, pubblici e privati, come la Pubblica Amministrazione, gli imprenditori o i gestori di locali e servizi, e che prescrivono di prevedere delle strutture o risorse che rispondano ai bisogni di soggetti specifici, come ad esempio le persone non vedenti, affette da altri tipi di disabilità o appartenenti a una certa religione (come ad esempio un luogo riservato dove prestare il culto prescritto dalla religione del lavoratore o della lavoratrice, in modo compatibile con gli orari e le mansioni di lavoro).

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità definisce "accomodamento ragionevole" come: "le modifiche e gli adattamenti necessari e appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali" (articolo 2).

³⁶ Per una disamina del principio di non discriminazione nella sfera privatistica si vedano: L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit.; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, cit.

L'inadempimento di questo obbligo costituisce una discriminazione in base alla disabilità che, in quanto tale, deve essere proibita. L'accomodamento ragionevole, in particolare, è previsto per tutelare i diritti delle persone con disabilità in caso di privazione della libertà personale nel corso di un procedimento giudiziario (articolo 14), in ambito di istruzione obbligatoria, istruzione post-secondaria generale, formazione professionale, istruzione per adulti, e formazione continua lungo tutto l'arco della vita (articolo 24, comma 2, lettera c); e comma 5). Anche in relazione all'accomodamento ragionevole, pertanto, il diritto antidiscriminatorio impone obblighi sia ai privati che alle istituzioni pubbliche.

Inoltre, il principio della parità di trattamento regola anche la disciplina dei contratti. Infatti, gli articoli 1343 e 1418 del Codice Civile prevedono la nullità insanabile del contratto con motivazione illecita. Ove l'accordo tra privati avesse un motivo discriminatorio, esso sarebbe contrario a norme imperative che prevedono la protezione dalla discriminazione, rendendo il contratto avente a oggetto queste obbligazioni radicalmente nullo *ab origine*. Allo stesso modo, sarebbero illecite e, dunque, nulle, singole clausole che obbligano a discriminare, determinando la nullità parziale del contratto e, potenzialmente, la sua nullità totale ove tali clausole fossero determinanti.

Alla luce di quanto detto, si può concludere che il divieto di discriminazione è pervasivo e informa anche la disciplina dei rapporti tra privati, operando come limite alla libertà contrattuale.

Come si è argomentato, la protezione offerta dal diritto è asimmetrica in relazione ai gruppi omologhi. È in merito a questa caratteristica del diritto che va posta la questione della giustificabilità delle azioni positive.

2.3. Le azioni positive

Le azioni positive o "affirmative actions" sono misure benigne o preferenziali, volte a compensare lo svantaggio relativo in cui si trovano i gruppi e gli individui che ne fanno parte, dovuto all'accumularsi nel tempo degli effetti di comportamenti discriminatori in ragione di una caratteristica protetta, prevenendo

do per loro dei vantaggi rispetto al gruppo omologo, che permettano la partecipazione o l'accesso in programmi o posizioni ristrette o limitate³⁷. Poiché si tratta di una risposta a una discriminazione ("first order discrimination"), le azioni positive sono state anche definite, con una clausola piuttosto controversa, "reverse discrimination"³⁸ o "discriminazione alla rovescia" (in senso neutro, non negativo).

Ad esempio, in materia di istruzione e di lavoro, sono misure o azioni positive le previsioni di quote per equilibrare le percentuali di partecipazione delle donne o di membri di una particolare minoranza, a programmi educativi, di formazione o istruzione, ovvero a posizioni di lavoro, in relazione a quelle del gruppo omologo (ad esempio dei "maschi", "bianchi"). Tali misure si giustificano in termini di giustizia compensativa, come compensazione di una passata ingiustizia, oppure distributiva, per garantire l'accesso a certi beni che sarebbero altrimenti ingiustamente preclusi a certi soggetti appartenenti a gruppi specifici per via della posizione marginale che occupano nella società a causa delle passate discriminazioni.

Il diritto europeo prevede la possibilità di introdurre azioni positive: "[a]llo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con [un fattore di protezione o con una caratteristica protetta]"³⁹.

³⁷ Questa ampia definizione tiene conto del modo in cui diversi autori hanno definito le misure positive, azioni positive o "affirmative actions". Cfr. R.K. FULLINWIDER, *The Reverse Discrimination Controversy - A Moral and Legal Analysis*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1980, p. 159; K. GREENAWALT, "The Unresolved Problems of Reverse Discrimination", in *California Law Review*, 67, 1/1979, pp. 87-130; M. ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice - A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven, London, 1991, pp. 42-48.

³⁸ Cfr. J.W. NICKEL, "Discrimination and Morally Relevant Characteristics", in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., pp. 3-5.

³⁹ Si confrontino gli articoli delle seguenti, già citate, direttive: articolo 5, direttiva sull'uguaglianza razziale; articolo 7, direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione; articolo 6, direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi;

Anche la giurisprudenza della corte di Strasburgo ha ritenuto che sia possibile per gli Stati prevedere azioni positive, e ha affermato che:

“il diritto di non subire discriminazioni nel godimento dei diritti riconosciuti dalla Convenzione è violato anche quando gli Stati [...] non riservano un trattamento diverso a persone che si trovano in situazioni significativamente diverse”⁴⁰.

I detrattori di questo istituto⁴¹ hanno avanzato diverse obiezioni. Al di là delle considerazioni espresse nel contesto dell'ampio dibattito politico-giuridico nordamericano, europeo e italiano sull'azione positiva⁴² in termini di giustizia ed eguaglian-

e, con una formulazione leggermente diversa, articolo 3, direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione).

⁴⁰ Corte EDU, *Thlimmenos c. Grecia* [GC], ricorso n. 34369/97, sentenza 6 aprile 2000, paragrafo 44. Cfr. in tal senso anche Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza 29 aprile 2002, paragrafo 88.

⁴¹ I detrattori dell'istituto delle azioni positive sono soprattutto i libertari. Si rinvia alla discussione in M. SANDEL, *Giustizia – Il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano, 2013, pp. 187-206.

⁴² Sulla opportunità o meno di prevedere azioni positive sono avanzati argomenti *pro* e *contra*. Tra gli argomenti *pro* vi sono l'argomento dell'imparzialità; l'argomento della compensazione e l'argomento della differenza; tra gli argomenti *contra* vi sono la *racial preference* come violazione dei diritti. Tali argomenti sono discussi in M. SANDEL, *Giustizia*, cit., pp. 190 e ss.; ma si vedano anche S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit.; J.H. ELY, “The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination”, in *University of Chicago Law Review*, 41, 4/1974, pp. 723-741; K. GREENAWALT, “Judicial Scrutiny of ‘Benign’ Racial Preference in Law School Admissions”, in *Columbia Law Review*, 75, 3/1975, pp. 559-602; J. KAPLAN, “Equal Justice in an Unequal World: Equality for the Negro”, in *Northwestern University Law Review*, 61, 1966, pp. 363-410; K.L. KARST, H.W. HOROWITZ, “Affirmative Action and Equal Protection”, in *Virginia Law Review*, 60, 6/1974, pp. 955-974; R.M. O'NEIL, “Racial Preference and Higher Education: The Larger Context”, in *Virginia Law Review*, 60, 6/1974, pp. 925-954; R.A. POSNER, “The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities”, in *The Supreme Court Review*, 1974, pp. 1-32; M.H. REDISH, “Preferential Law School Admissions and the Equal Protection Clause: An Analysis of the Competing Arguments”, in *University of California Los Angeles Law Review*, 22, 2/1974, pp. 343-400; T. SANDALOW, “Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role”, in *University of Chicago Law Review*, 42, 1975, pp. 653-703; R.A.

za – che non può essere ricostruito in questa sede – vi sono alcune obiezioni che riguardano direttamente la natura e il fine del diritto antidiscriminatorio e che sono, dunque, pertinenti al tema di questo lavoro. In particolare, si analizzeranno brevemente gli argomenti che sono alla base di tre obiezioni alle azioni positive: l'obiezione che queste istituirebbero una "discriminazione alla rovescia" in senso negativo (o "reverse discrimination" in senso negativo); l'obiezione che le azioni positive si baserebbero su una giustificazione che fa perno su una caratteristica che dovrebbe essere moralmente irrilevante; e l'obiezione basata sulla presunta arbitrarietà delle azioni positive⁴³.

La prima obiezione sostiene che le azioni positive determinerebbero delle ingiuste "discriminazioni alla rovescia", dando all'espressione "reverse discrimination" un significato negativo. Su questa censura si basava l'azione di Bakke, che, con ricorso, lamentava la violazione del principio dell'eguale trattamento di fronte alla legge (XIV emendamento "equal protection clause") per la previsione di quote di accesso all'università con criteri diversi e meno restrittivi per i candidati appartenenti a minoranze etniche. Si tratta del celeberrimo caso deciso dalla Corte suprema degli Stati Uniti nella causa *The Regents of the University of California v. Allan Bakke*. Bakke si doleva di essere stato discriminato in quanto "maschio" e in quanto "bianco", relativamente all'accesso all'università, per via della previsione di quote riservate a favore delle minoranze.

Diversi autori si sono espressi nel vivace dibattito scaturito a partire da questo caso giurisprudenziale.

SEDLER, "Racial Preference, Reality and the Constitution: *Bakke v. Regents of the University of California*", in *Santa Clara Law Review*, 17, 1977, pp. 329-384; R.A. SEEBURGER, "Heuristic Argument against Preferential Admissions", in *University of Pittsburgh Law Review*, 39, 1977, pp. 295-308. Si vedano, inoltre, E. PARIOTTI, "Disabilità, diritti umani e azioni positive", in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni*, cit., pp. 159-175; F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 2013; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale – Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002.

⁴³ Per una critica delle azioni positive, in particolare quelle basate sulla razza, si veda J. KEKES, "The Injustice of Affirmative Action Involving Preferential Treatment", in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., pp. 193-204.

All'obiezione che le azioni positive realizzerebbero delle "discriminazioni alla rovescia" a detrimento di un certo gruppo, ad esempio, il gruppo dei maschi bianchi, Hellman risponde che la previsione di quote specifiche per le minoranze etniche che possono determinare l'esclusione dei maschi bianchi, sebbene sia svantaggiosa per loro, non ha e non può avere, nel contesto americano, il significato di sminuire l'eguale valore morale dei bianchi rispetto a persone appartenenti a minoranze etniche e, dunque, non è discriminatoria. In quel contesto, infatti, i bianchi non possono affermare di avere subito una discriminazione a motivo della "razza" (race), perché la razza bianca non è oggetto di pregiudizio e disprezzo⁴⁴.

La seconda obiezione si basa sulla presunta arbitrarietà delle azioni positive e sostiene che queste non vadano permesse perché giustificherebbero una differenza di trattamento sulla base di una caratteristica moralmente irrilevante, come, ad esempio, il colore della pelle. Tale obiezione è fallace. Prima di tutto, perché molti altri fattori che determinano l'accesso ai beni e alle posizioni sociali ed economiche sono moralmente irrilevanti, come la nascita in una famiglia facoltosa, di professionisti, di nobili o di politici molto influenti. Inoltre, è fallace perché le quote con criteri di accesso differenziali e più favorevoli, previste nei confronti dei neri o delle donne, non sono previste *in ragione* del colore della pelle o del genere, ma piuttosto a motivo del trattamento passato e svantaggioso, riservato a questi gruppi per il fatto che possiedono la caratteristica protetta⁴⁵.

Ronald Dworkin, nel suo commento alla decisione, difende le "affirmative actions"⁴⁶. In risposta a questa obiezione, Ronald Dworkin sostiene che le classificazioni in ragione di un fattore protetto che sono alla base delle azioni positive, che mirano ad aiutare coloro che hanno sofferto a causa di trattamenti discriminatori nel passato, non sarebbero moralmente equi-

⁴⁴ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., p. 80.

⁴⁵ J.W. NICKEL, "Discrimination and Morally Relevant Characteristics", cit., pp. 3-5.

⁴⁶ R. DWORKIN, "What did Bakke Really Decide?", in Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1985, pp. 304-315; si veda pure R. DWORKIN, "Why Bakke Has No Case", in *The New York Review of Books*, 24, 10 novembre 1977.

valenti alle classificazioni generali che causano ulteriori svantaggi allo stesso gruppo; inoltre, in un sistema costituzionale che permette di considerare i fattori protetti come fattori rilevanti in certi casi e a certe condizioni, non può essere esclusa la previsione di azioni positive che su questi fattori si basano⁴⁷. Secondo Dworkin, questa differenza è moralmente rilevante e, ove negata, riemergerebbe potentemente attraverso il nostro senso di giustizia⁴⁸.

L'ulteriore obiezione che i soggetti che nel passato hanno subito i trattamenti svantaggiosi responsabili dell'attuale posizione marginale di un certo gruppo nella società non siano gli stessi soggetti che beneficiano delle azioni positive può essere superata facendo ricorso alla responsabilità collettiva, come spiega Michael Sandel⁴⁹, riprendendo un'argomentazione già elaborata da Owen Fiss⁵⁰.

Sandel, inoltre, porta un altro argomento classico a favore delle azioni positive: tali misure avrebbero il fine di promozione della diversità in posizioni privilegiate, dirigenziali – sia nell'impiego pubblico, sia nelle libere professioni, sia nell'impiego privato. Tale diversità è positiva e va promossa in quanto in se stessa costituisce una ricchezza per le società democratiche⁵¹. In questo senso, le azioni positive sono a beneficio della collettività, oltre ad avere il fine di migliorare la condizione di individui che appartengono ai gruppi minoritari.

Sulla base dell'argomento che il diritto antidiscriminatorio, nel vietare la discriminazione indiretta, imporrebbe degli obblighi positivi ai datori di lavoro, agli imprenditori, e agli organi dello Stato, di valutare preventivamente se una previsione, un criterio o una pratica che questi soggetti pongono in essere svantaggia in modo sproporzionato un gruppo accomunato da un fattore di protezione rispetto al gruppo omologo (individua- to a partire dal fattore di protezione), è stato sostenuto che vi

⁴⁷ R. DWORKIN, "What did Bakke Really Decide?", cit., p. 314.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ M. SANDEL, *Giustizia*, cit., pp. 191-192.

⁵⁰ O.M. FISS, "The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after *Brown v. Board of Education*", cit., p. 767.

⁵¹ *Ivi*, pp. 192-194.

sarebbe una somiglianza concettuale tra azioni positive e discriminazione indiretta⁵². In particolare, il dovere di considerare ed effettuare un “accomodamento ragionevole” che sia proporzionato rispetto alle risorse e agli obiettivi dell’impresa per evitare che una previsione, un criterio o una pratica creino uno svantaggio in misura sproporzionatamente maggiore per un gruppo accomunato da una caratteristica protetta, è stato assimilato a una ingiunzione di adottare un’azione positiva particolare a carico dell’imprenditore o del datore di lavoro. La possibilità di instaurare un’analogia positiva tra divieto di discriminazione indiretta e azione positiva dipende dalla giustificazione morale che viene data a queste due forme di lotta alla discriminazione. Per una discussione approfondita si rinvia alla seconda parte di questo lavoro.

Come già anticipato, il significato di discriminazione si è allargato dal primo e immediato significato, tipicamente ascrivibile a istanze di discriminazione “diretta”, fino a ricomprendere le altre forme di discriminazione: indiretta, strutturale, istituzionale, multipla, per associazione, molestie, ordine di discriminare e discriminazione statistica.

La domanda se tutti questi fenomeni possano essere ricompresi sotto l’ombrello semantico della parola discriminazione va distinta analiticamente dalla questione normativa, se tutte le azioni indicate dal termine discriminazione abbiano una unitaria caratterizzazione normativa, prescrittiva.

Di questo si discuterà nel Capitolo seguente, che analizza le forme della discriminazione.

⁵² K. LIPPERT-RASMUSSEN, “Indirect Discrimination, Affirmative Action and Relational Egalitarianism”, in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., pp. 173-196.

III

DUE FORME DELLA DISCRIMINAZIONE

Sommario

3.1. Una nozione multiforme. – 3.2. La discriminazione diretta. – 3.3. La discriminazione indiretta. – 3.4. La discriminazione tollerata: la giustificazione della discriminazione.

3.1. Una nozione multiforme

Le forme in cui si presenta la discriminazione disciplinata dal diritto sono molteplici. Il catalogo si è allargato nel tempo, man mano che l'interpretazione giudiziale e l'osservazione dei fenomeni istituzionali e sociali hanno portato a riconoscere anche in processi, sistemi di regole, prassi, assetti delle istituzioni e delle organizzazioni, oppure politiche, apparentemente neutri e impersonali, la presenza (come causa o come effetto) di trattamenti diversi e ingiustificati, che, anche cumulati a stati di fatto pregressi, di natura culturale, storica, sociale, economica, politica, sono idonei a creare o ad acuire la marginalizzazione o l'esclusione di un gruppo e degli individui che ne fanno parte dall'accesso e dal godimento di beni fondamentali in ragione di una, o più, caratteristiche protette. Questo ha portato all'elaborazione delle nozioni di discriminazione indiretta, strutturale e istituzionale.

Si è, inoltre, osservato come la presenza di più fattori di protezione in un solo soggetto produca non solo una vulnerabilità maggiore alla discriminazione, ma anche una vulnerabilità di tipo e intensità diversi rispetto a quando la persona discriminata possiede uno solo dei fattori di protezione. A partire da questa osservazione è stata elaborata la teoria della discriminazio-

ne multipla¹ nelle sue diverse declinazioni: discriminazione intersezionale e additiva.

Il presente Capitolo terzo e il successivo Capitolo quarto mirano a definire, problematizzando, le diverse forme della discriminazione, al fine di rispondere alla domanda di fondo se tutti questi fenomeni disparati e apparentemente diversi siano accomunati in modo da potere essere trattati, dal punto di vista normativo, cioè prescrittivo, come un concetto unitario. Solo in questo caso ha senso parlare di teoria del diritto antidiscriminatorio, interrogarsi sul suo fondamento filosofico e stabilire se usi particolari oppure definizioni stipulative del termine sono o meno moralmente giustificati².

In quel che segue saranno esaminate le nozioni di discriminazione diretta, indiretta, per associazione, molestie, ordine di discriminare, discriminazione strutturale (istituzionale o sistemica), multipla (additiva e intersezionale) e sistematica, limitatamente a quanto è necessario per fare luce sulla domanda normativa e sulle possibili risposte a questa domanda. Come si è detto, esula da questa trattazione l'esame sistematico e approfondito dal punto di vista dogmatico di questi istituti, per cui si rinvia a molto più dettagliate trattazioni in manuali sul diritto antidiscriminatorio³. Il presente Capitolo è dedicato, in particolare, alle due forme della discriminazione "diretta" e "indiretta", mentre il prossimo Capitolo discuterà tutte le altre forme di discriminazione.

I divieti relativi alla discriminazione diretta e a quella indiretta sono norme che riguardano azioni o omissioni⁴ del soggetto (personale o impersonale) che pone in essere la discrimi-

¹T. LEWIS, *Multiple Discrimination – A Guide to Law and Evidence*, Central London Law Centre, London, 2011.

²P.S. SHIN, "Is There a Unitary Concept of Discrimination?", cit., pp. 164-165.

³M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente" – Nozione, giustificazione, prova*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; anche se un poco datato, rimane sempre utile il riferimento a E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law, second edition*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁴E. HOLMES, "Anti-Discrimination Rights without Equality", cit., pp. 175-194.

nazione. Ma a quali fenomeni si riferiscono? Si possono ricondurre o no alla stessa giustificazione normativa? Si può avere discriminazione a opera di un soggetto impersonale? La discriminazione può avvenire senza un agente o senza un oggetto? La trattazione delle prossime pagine mira a rispondere prima di tutto a questi interrogativi.

3.2. La discriminazione diretta

Il gestore di un locale che appende fuori dalla porta di ingresso un cartello con su scritto “vietato l’ingresso ai neri e ai mendicanti”. Questo è un esempio paradigmatico di discriminazione diretta, la forma più facilmente riconoscibile di discriminazione – o almeno così sembrerebbe.

I documenti legislativi definiscono la discriminazione diretta in diversi modi. Le direttive, fonti di legislazione secondaria del diritto dell’Unione europea, definiscono la discriminazione diretta come la situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente, in base a un fattore di protezione, di quanto un’altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga⁵. Volendo sintetizzare il contenuto di queste e di altre disposizioni, nei testi legislativi la discriminazione diretta è definita come una previsione (una disposizione legislativa, una clausola contrattuale), un criterio (un criterio per una classificazione, per l’attribuzione di un beneficio o di una posizione) o una pratica (una prassi, una politica, un comportamento, un’azione o un’omissione) che comporta un trattamento svantaggioso per la persona *a causa di, a motivo di o in ragione di* una delle caratteristiche protette, rispetto a quello che riceverebbe un soggetto che non possiede quella caratteristica protetta in una situazione analoga. Anche le Corti sovranazionali delle giurisdizioni europee del Consiglio d’Europa e dell’Unione europea definiscono la discriminazione diretta in modo simile. La Corte EDU, ad esempio, definisce la discriminazione diretta come una “differenza nel trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni analoghe o aventi una somiglianza signifi-

⁵ Articolo 2, comma 1, lettera a), direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione).

cativa, basata su una caratteristica identificabile”⁶.

La dottrina nordamericana definisce questa forma di discriminazione come “disparate treatment”, ponendo l’accento sul trattamento relativamente svantaggioso da parte dell’agente discriminatore, che, tradizionalmente, è inteso come un trattamento intenzionale, volto a escludere, offendere, isolare o, in generale, svantaggiare qualcuno perché possiede un tratto o una caratteristica socialmente saliente.

L’inciso “a causa di”, “in ragione di”, “a motivo di” ovvero “solo per” è di problematica interpretazione. Nell’esempio dell’esercente di un servizio di ristorazione aperto al pubblico che appende il cartello con su scritto “vietato l’ingresso ai neri e ai mendicanti”, l’intento dell’agente è palese, così come anche il riferimento alle caratteristiche protette, che è inequivocabile ed esplicito, sicché non è particolarmente difficile scorgere un intento discriminatorio da parte dell’agente discriminatore: si vieta l’accesso a qualcuno *proprio perché* nero o mendicante, i gestori hanno voluto escludere dal servizio alcune categorie specifiche di persone.

Secondo alcuni, la discriminazione diretta (“disparate treatment”) proibisce trattamenti svantaggiosi esplicitamente diretti a persone che possiedono una certa caratteristica protetta⁷, per cui sarebbe riconoscibile a partire dall’esplicita indicazione del motivo discriminatorio. Infatti, il riferimento espresso al tratto personale rende meno difficile che l’esclusione sia non intenzionale. Il disvalore morale dell’azione è manifesto, esplicito, e sta nell’azione stessa, nel trattamento, nell’intenzione discriminatoria, a prescindere dai suoi effetti o dalle sue conseguenze. La discriminazione diretta sarebbe quindi caratterizzata dall’intenzione esplicita di discriminare in ragione di un fattore di protezione.

⁶ Corte EDU, Carson e a. c. Regno Unito [GC], ricorso n. 42184/05, sentenza 16 marzo 2010, paragrafo 61. Cfr. anche Corte EDU, D.H. e a. c. Repubblica Ceca [GC], ricorso n. 57325/00, sentenza 13 novembre 2007, paragrafo 175; e Corte EDU, Burden c. Regno Unito [GC], sentenza 29 aprile 2008, ricorso n. 13378/05, paragrafo 60.

⁷ “Prohibitions on disparate treatment or direct discrimination are aimed at rules that explicitly single out some people for inferior treatment because they possess a certain trait, such as a rule stating that women need not apply for a certain job”, S. MOREAU, “What is Discrimination?”, cit., p. 154.

L'idea di discriminazione dell'uomo della strada è vicina a questa accezione di discriminazione diretta, in cui il motivo discriminatorio è espresso, così come il riferimento alla caratteristica protetta. Questa interpretazione, tuttavia, è solo uno dei modi di interpretare la connessione tra trattamento svantaggioso e caratteristica protetta. È possibile effettuare certi passaggi ulteriori rispetto al discorso dell'uomo della strada, passaggi ormai acquisiti nell'interpretazione del diritto antidiscriminatorio.

È certamente vero che la prova in giudizio del fatto che il soggetto che pone in essere il trattamento sfavorevole abbia agito in modo esplicito per un motivo, proposito o intento discriminatorio, sulla base di una delle caratteristiche protette, basterà a far concludere che l'atto è discriminatorio e che si sia davanti a un caso di discriminazione diretta. Ma se un trattamento sfavorevole venisse posto in essere da un soggetto mosso da un motivo discriminatorio legato a uno dei fattori di protezione che però rimane nascosto e coesiste con una ragione per l'azione non collegata al fattore di protezione? E se la relazione tra trattamento svantaggioso e fattore protetto non solo fosse implicita, ma fosse anche coperta surrettiziamente, ovvero mascherata, magari perfino non colpevolmente, da altre ragioni, si configurerebbe una discriminazione, oppure no? E nel caso in cui si configurasse, sarebbe diretta? Se l'azione discriminatoria fosse dovuta a un pregiudizio che agisce a livello inconscio e, pertanto, l'agente abbia inconsapevolmente discriminato qualcuno, si tratterà pure di discriminazione diretta? Il disvalore dell'azione incolpevole, in questi casi, è minore rispetto a quando l'azione è esplicitamente diretta a svantaggiare qualcuno per una caratteristica protetta?

L'animus discriminandi (intento, movente o motivo discriminatorio) era prima il criterio principale per distinguere la discriminazione diretta da quella indiretta. Oggi si ritiene che non sia necessario provare l'intento discriminatorio per configurare la discriminazione diretta. Sembra che la posizione prevalente sia che non è necessario provare lo stato psicologico oggettivo di malizia o l'intenzione di discriminare. Secondo Khaitan “[i]t is the effect (...) that matters, not the reasons of the discriminator”⁸. Hellman pure sostiene che l'intenzione del

⁸ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 150.

soggetto discriminatore non sia rilevante, perché la discriminazione, secondo Hellman, è un comportamento riconoscibile oggettivamente, a prescindere dall'intenzione soggettiva dell'agente.

Nel diritto antidiscriminatorio, in ogni caso, la presenza dell'intento discriminatorio e la sua prova sono sufficienti a configurare la discriminazione. Questo, nota Khaitan, emerge chiaramente nei casi in cui a una ragione oggettiva per compiere una certa azione si aggiunga un motivo discriminatorio. Anche se la scelta o l'azione sarebbero state le stesse senza che vi fosse stato il motivo discriminatorio, di discriminazione si tratterà con certezza. La presenza di una ragione per l'azione diversa e aggiuntiva rispetto al motivo discriminatorio non elide il disvalore dell'azione e non solleva l'autore del trattamento svantaggioso dagli obblighi di non discriminazione. Dunque, il licenziamento per motivo razziale che si aggiunga all'esigenza di tagliare i costi dell'azienda costituirà, comunque, discriminazione diretta.

A volte, il motivo o movente discriminatorio può essere particolarmente ben celato, ad esempio dietro esigenze di politica aziendale, oppure altre ragioni effettive, reali. La puntuale e accurata ricostruzione del contesto, in questi casi, è necessaria per fare emergere elementi da cui si possa desumere il collegamento tra il trattamento svantaggioso e la caratteristica protetta. Se una giovane lavoratrice madre, single, non appena rientrata in servizio, viene trasferita dalla titolare dell'attività a una sede diversa dell'azienda e distante ben 160 km, trascorsi solo quattro giorni dalla cessazione del divieto legato all'astensione per maternità prevista dalla legge, per asserite ragioni di "incremento lavorativo" in quella sede, e viene raggiunta immediatamente dopo da un successivo licenziamento per giusta causa motivato dall'assenza ingiustificata dalla nuova sede lavorativa, il trattamento della lavoratrice può essere definito discriminatorio⁹? In questo caso, il trattamento svantaggioso riservato alla lavoratrice consiste nel trasferimento a una sede diversa e lontana dalla sua città di residenza e nel licenziamento, ma non è esplicitamente legato a un fattore di protezione; anzi, sembra giustificato da specifiche esigenze dell'azienda, sicché si po-

⁹ Corte d'appello di Torino, sezione lavoro, sentenza n. 218/2013.

trebbe escludere il carattere discriminatorio dell'atto. Così aveva ragionato il giudice adito nel giudizio di primo grado, conclusione che viene ribaltata in appello. Per determinare il carattere discriminatorio del licenziamento e del trasferimento ad altra sede, la Corte d'appello opera un'attenta e meticolosa ricostruzione del contesto in un'ampia istruttoria¹⁰. In questa ricostruzione, il giudice collega tra loro comportamenti diversi della datrice di lavoro: la modifica illegittima delle mansioni della lavoratrice al rientro dal periodo di maternità; la reticenza da parte della datrice di lavoro a impegnarsi alla quantificazione e alla copertura delle spese di trasporto e delle indennità contrattuali; il periodo brevissimo di preavviso con cui alla lavoratrice madre veniva comunicato il trasferimento; la mancanza di forti motivazioni tecnico-organizzative che potessero giustificarlo. Tutti questi elementi portano la Corte a ritenere illegittimo il licenziamento della giovane lavoratrice, "in quanto espressione di una discriminazione diretta volta a estrometterla dal novero dei dipendenti", e a censurare il ragionamento del giudice di primo grado che aveva escluso il motivo discriminatorio perché aveva operato una "ricostruzione della vicenda sulla base di una atomizzazione dei comportamenti datoriali, che ha impedito una compiuta e realistica visione dei fatti, e un suo corretto inquadramento sul piano dei principi giuridici"¹¹.

La Corte ritiene che il "trasferimento, intimato subito dopo la scadenza della tutela automatica fornita dalla legge, in realtà abbia rappresentato il mezzo per liberarsi di una dipendente madre che, dopo la lunga sospensione, ancora in futuro avrebbe potuto causare all'azienda costi e disagi aggiuntivi potendo fruire di permessi o far ricorso ad assenze giustificate dalla necessità di accudire un bambino così piccolo"¹². I comportamenti e le omissioni da parte della datrice di lavoro, valutati all'interno di un quadro complessivo, inducono la Corte a ritenere sussistente la discriminazione diretta "come intenzione specifica sottostante ai singoli comportamenti"¹³.

Come il ragionamento della Corte sintetizzato sopra esem-

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

plifica in modo paradigmatico, la ricostruzione del contesto è la chiave per determinare la presenza di un sanzionabile intento discriminatorio, anche quando non immediatamente evidente. Dal punto di vista teorico, la ricostruzione del contesto rientra in una operazione denominata “Discriminator’s Reasons Analysis” (“DRA”), che consiste nella valutazione ponderata di tutte le ragioni che hanno spinto il soggetto discriminatore ad agire o ad astenersi dall’agire¹⁴. La DRA permette di far emergere la presenza di motivi discriminatori anche non immediatamente presenti nemmeno alla coscienza dell’agente discriminatore. Sempre dal punto di vista teorico, Hellman sostiene che alcuni elementi molto importanti, che costituiscono forti indizi di un atteggiamento discriminatorio (anche inconsapevole, non voluto, sconosciuto), come la differenza di potere tra discriminato e discriminatore, la carica espressiva stigmatizzante di alcuni comportamenti, previsioni, ordini e pratiche, emergono soltanto alla luce del contesto¹⁵. Soltanto un membro competente di un certo contesto sociale è in grado di recepire il vero significato di un atto discriminatorio alla luce di quel contesto.

La dottrina ha dimostrato che si può argomentare che ci sia discriminazione diretta anche quando il soggetto discriminatore non agisce con un intento di discriminare che sia chiaramente presente nella sua mente e che la discriminazione diretta possa avvenire anche quando l’intenzione di discriminare opera, agisce, è presente soltanto a livello inconscio¹⁶. In fondo, è proprio a livello subconscio che opera la maggior parte dei pregiudizi e stereotipi che provocano nell’agente l’accettazione inconsapevole della possibilità o normalità di un trattamento “di

¹⁴ J. GARDNER, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, cit., pp. 56-58.

¹⁵ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., p. 28; e pp. 35-58.

¹⁶ P.S. SHIN, “Liability for Unconscious Discrimination? A Thought Experiment in the Theory of Employment Discrimination Law”, in *Hastings Law Journal*, 62, 2010, pp. 67-102; J.T. JOST, L.A. RUDMAN, I.V. BLAIR, D.R. CARNEY, N. DASGUPTA, J. GLASER, C.D. HARDIN, “The Existence of Implicit Bias Is beyond Reasonable Doubt”, in *Research in Organizational Behavior*, 29, 2009, pp. 39-69; B.K. PAYNE, C.D. CAMERON, “Divided Minds, Divided Morals: How Implicit Social Cognition Underpins and Undermines our Sense of Social”, in B. GAWRONSKI, B.K. PAYNE (a cura di), *Handbook of Implicit Social Cognition*, Guilford Press, New York, 2010, pp. 445-460.

serie B", peggiorativo o sfavorevole nei confronti dei soggetti facenti parte del gruppo discriminato. Ad esempio, se sulla base del pregiudizio nei confronti degli albanesi, che porta erroneamente a ritenere che gli individui appartenenti a questa etnia sarebbero più inclini a delinquere e vicini ad associazioni criminali, il datore di lavoro non assume un albanese qualificato per il lavoro, ma senza che questi abbia l'intenzione di discriminare nei confronti degli albanesi, si avrà o no discriminazione diretta? Oppure se, sulla base dello stereotipo che le donne siano più adatte a prendersi cura dei neonati, si rifiuta a un infermiere maschio il trasferimento nel settore neonatale dell'ospedale da questi richiesto, senza che vi sia altra motivazione, si tratterà di discriminazione diretta? Si ritiene ormai che sia possibile configurare la discriminazione diretta anche quando l'agente discriminatore agisce sulla base di pregiudizi e stereotipi che operano a livello inconscio. Dunque non sarebbe necessario l'esplicito e cosciente intento di discriminare e, nei due esempi immaginari appena proposti si potrebbe ravvisare una discriminazione diretta, certamente più difficile da provare di quando il motivo o movente discriminatorio è chiaramente ravvisabile come causa dell'atto perché è esplicito.

Alla luce di quanto detto, appare chiaro che a definire la discriminazione diretta non sia né soltanto il carattere esplicito del motivo o intento discriminatorio, né l'effettiva presenza dell'intento discriminatorio nella mente del discriminatore, che potrebbe non avere affatto l'intenzione di discriminare con la sua condotta¹⁷ o, almeno, non averla a livello conscio, e tuttavia porre in essere una discriminazione diretta. Perché si configuri la discriminazione diretta è necessario che il collegamento tra il fattore di protezione e l'azione sia diretto. A essere diretta, senza mediazioni, in altre parole, è la relazione o connessione tra il fattore di protezione e l'azione o l'omissione in questione.

Sicché, è ormai criterio consolidato che la discriminazione diretta si configuri quando una previsione, un criterio o una

¹⁷ Lippert-Rasmussen riconosce che l'agente discriminatore potrebbe non avere l'intenzione di discriminare un individuo in ragione della sua appartenenza al gruppo, e, tuttavia, si potrebbe configurare ugualmente la discriminazione diretta (cfr. K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 59-61).

pratica determinano un trattamento svantaggioso per il 100% delle persone aventi una specifica caratteristica protetta. Così l'Equality Act 2010, in vigore nel Regno Unito, definisce discriminazione diretta nei confronti delle donne il trattamento svantaggioso a causa della gravidanza¹⁸. Allo stesso modo, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha da tempo stabilito che il trattamento svantaggioso di una donna perché incinta costituisce discriminazione diretta in ragione del sesso, in quanto: "un rifiuto di assumere per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta, quindi, una discriminazione diretta fondata sul sesso"¹⁹.

La qualificazione della condotta come discriminazione diretta porta con sé una conseguenza importante, perché preclude la possibilità di giustificarla adducendo ragioni legate alla sostenibilità economica dell'impresa: "un rifiuto di assunzione dovuto alle conseguenze finanziarie di un'assenza per causa di gravidanza deve esser considerato fondato essenzialmente sull'elemento della gravidanza. Siffatta discriminazione non può giustificarsi con il danno finanziario subito dal datore di lavoro, in caso di assunzione di una donna incinta, durante tutto il periodo d'assenza per maternità"²⁰.

Ciò vale anche quando una previsione, criterio o pratica apparentemente neutri svantaggiano il 100% delle persone aventi un tratto socialmente saliente²¹. A questo proposito si noti che il requisito della "unicità ed esclusività del motivo discriminatorio" non è necessario perché si configuri una discriminazione diretta, ma basta l'"oggettiva appartenenza a un gruppo protetto", poiché si richiede non "che siano svantaggiati *tutti* gli appartenenti al gruppo protetto, essendo sufficiente che tutti gli

¹⁸ Equality Act 2010, articolo 17, comma 2: "A person (A) discriminates against a woman if A treats her unfavourably because of a pregnancy of hers".

¹⁹ Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, causa C-177/88, paragrafo 12. Si veda anche Corte di cassazione, sentenza 8 maggio 2017, n. 11166/17.

²⁰ Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, causa C-177/88, paragrafo 12.

²¹ Così Corte di cassazione, sentenza 8 maggio 2017, n. 11166/17.

svantaggiati appartengano a questo gruppo”²². Ad esempio, la mancata menzione sul sito istituzionale del Comune dei beneficiari di protezione internazionale o sussidiaria tra le categorie che hanno diritto a percepire una misura assistenziale per la natalità, il c.d. “bonus bebè”²³, configura una discriminazione diretta sulla base della nazionalità perché le famiglie che sono svantaggiate da questa omissione sono per definizione famiglie straniere, in quanto solo i non cittadini possono essere titolari di una forma di protezione internazionale, ed equivale all’esclusione dei beneficiari di protezione internazionale o sussidiaria dal novero degli aventi diritto al bonus bebè *in quanto* stranieri. Allo stesso modo, la richiesta soltanto ai genitori non cittadini europei di presentare la documentazione attestante lo stato patrimoniale, prodotta dalle istituzioni competenti del paese di origine, per avere accesso a prestazioni sociali agevolate per i figli iscritti alla scuola dell’obbligo, costituisce discriminazione diretta sulla base della nazionalità, “essendo trattati diversamente soggetti nelle medesime condizioni di partenza e aspiranti alla stessa prestazione sociale agevolata”²⁴.

Secondo la Corte costituzionale è prerogativa del legislatore circoscrivere la platea dei beneficiari delle prestazioni sociali in ragione della limitatezza delle risorse destinate al loro finanziamento, ma questi deve rispettare il vincolo costitu-

²² A. GUARISO, “La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti”, cit., pp. 409-410.

²³ A seguito di un monitoraggio svolto nell’estate del 2015 insieme agli studenti e alle studentesse del corso “Discrimination Law” (Università degli Studi di Palermo), è emerso che i siti web ufficiali di alcuni capoluoghi di regione in Sicilia non prevedevano l’indicazione dei beneficiari di protezione internazionale (diritto di asilo e protezione sussidiaria) tra i soggetti aventi diritto al c.d. “bonus bebè”, una misura assistenziale attribuita in ragione della nascita del figlio alle famiglie meno abbienti. Tale omissione era idonea a configurare una discriminazione diretta in ragione della nazionalità, dato che il 100% dei soggetti penalizzati faceva parte della classe dei non cittadini, come i rifugiati e i titolari di protezione sussidiaria sono per definizione. A seguito di richiesta formale da parte nostra, i Comuni hanno provveduto a rettificare l’informazione sui loro siti web ufficiali.

²⁴ Ordinanza del Tribunale di Milano, R.G. 20954/2018, con cui il Tribunale di Milano ha definito discriminatorio il diverso trattamento previsto dal regolamento comunale di Lodi.

zionale del principio di ragionevolezza²⁵. Secondo tale principio, la differenziazione deve basarsi su una “causa normativa” che deve essere “giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l’attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio”²⁶. Il concetto viene ulteriormente precisato, indicando che “occorre pur sempre che sussista una ragionevole correlazione tra la richiesta e le situazioni di bisogno o di disagio, in vista delle quali le singole prestazioni sono state previste”²⁷. Inoltre, “il principio di ragionevolezza richiamato dalla Corte impone di ancorare a un canone di necessaria correlazione gli adempimenti richiesti a chi aspira a fruire di una prestazione sociale agevolata e le situazioni di bisogno per le quali le prestazioni sono previste”²⁸. Chiedere soltanto ai cittadini di paesi terzi di presentare documenti aggiuntivi riguardanti lo stato patrimoniale non rispetta il principio di ragionevolezza, perché manca “qualunque elemento che consenta di individuare una ragionevole differenziazione tra la posizione di chi appartiene e quella di chi non appartiene all’Unione europea”. Così ragionando, nel caso in questione il tribunale ha ordinato all’amministrazione comunale di modificare il regolamento che prevedeva il criterio differenziale oggetto di censura, in modo da consentire ai cittadini non appartenenti all’Unione europea di presentare la domanda di accesso a prestazioni sociali agevolate alle stesse condizioni previste per i cittadini italiani e dell’Unione Europea in generale.

Ci si è chiesti se l’affidamento in buona fede della Pubblica Amministrazione o dei privati a quanto previsto da disposizioni di legge abbia una valenza scusante che possa far venir meno la configurabilità della discriminazione diretta. In questo caso, la domanda non è se il conformarsi a una legge chiaramente ed

²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 133/2013.

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 107/2018.

²⁷ Ordinanza del Tribunale di Milano, R.G. 20954/2018, con cui il Tribunale di Milano ha definito discriminatorio il diverso trattamento previsto dal regolamento comunale di Lodi.

²⁸ *Ibidem*.

esplicitamente discriminatoria possa o meno scusare il soggetto che vi si conforma dall'aver commesso un'ingiustizia. Questo non è il punto che qui si vuole indagare, perché il problema dell'obbligo di obbedire al diritto e il dovere di non obbedire al diritto quando è manifestamente e/o intollerabilmente contrario a principi morali, seppure notevolmente degno di attenzione, tuttavia esula da questa trattazione²⁹. Qui si vuole affrontare la questione, diversa e più specifica, se l'osservanza di norme di legge possa impedire che si configuri la discriminazione diretta, nel caso in cui il soggetto o una Pubblica Amministrazione ignori in buona fede che una certa legge viola il principio di parità di trattamento. In altre parole, è possibile parlare di discriminazione allorché il discriminatore si era limitato ad applicare in buona fede una legge "momentaneamente vigente" perché non ancora dichiarata incostituzionale o "vigente ma da disapplicare per la sua contrarietà a una norma di diritto dell'Unione"³⁰? Può l'affidamento incolpevole alla legge escludere la discriminazione diretta poiché manca l'intenzione di trattare qualcuno in modo svantaggioso in relazione a un fattore di protezione? Se l'azione è imposta alla Pubblica Amministrazione da una norma di legge, deve essere esclusa la riferibilità dell'effetto discriminatorio al comportamento del soggetto pubblico che abbia agito in osservanza della disposizione normativa poi dichiarata incostituzionale per contrasto al principio di non discriminazione?³¹ Secondo i giudici

²⁹ Sull'individuazione dei limiti interni al diritto in relazione a norme ingiuste si rinvia all'argomento noto come "formula di Radbruch" secondo cui il diritto intollerabilmente ingiusto cessa di essere diritto e, dunque, di essere obbligatorio (G. RADBRUCH, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (1946), in *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 1/2006, pp. 1-11). Secondo questo argomento, un sistema giuridico che prevedesse sistematicamente la discriminazione, il trattamento degradante e umiliante, la privazione sistematica dei diritti e lo svilimento di interi gruppi di persone accomunati da un tratto socialmente saliente smetterebbe di essere "diritto" e dunque perderebbe la forza autoritativa cessando di essere obbligatorio. Sull'obbligo di obbedire al diritto si rinvia alla trattazione in F. BIONDO, *Disobbedienza civile e teoria del diritto – I conflitti presi sul serio*, Giappichelli, Torino, 2012; A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? – La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, ETS, Pisa, 2010.

³⁰ A. GUARISO, "La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti", cit., pp. 403-410.

³¹ Cfr. l'argomentazione del Tribunale di Torino, sentenza 17 luglio

della suprema Corte di cassazione, la risposta deve essere negativa. Chiamate a pronunciarsi sulla legittimità del requisito della cittadinanza italiana per la selezione di volontari da impiegare nel servizio civile nazionale, le Sezioni Unite della cassazione, hanno sollevato la questione di costituzionalità dinnanzi alla Corte costituzionale. Questa ha dichiarato l'illegittimità della restrizione ai soli cittadini del servizio civile nazionale, ritenendo che anche i non cittadini potessero partecipare alle selezioni³². Le Sezioni Unite della cassazione, nel decidere la questione, hanno ribadito che, ove la Pubblica Amministrazione preveda la cittadinanza italiana come requisito per l'accesso alle selezioni per il servizio civile nazionale, il non cittadino regolarmente soggiornante, se escluso, potrà esperire l'azione contro la discriminazione prevista dall'articolo 44 TUI (ovvero articolo 28, d.lgs. n. 150/2011) perché l'esclusione è ingiusta e illegittima³³. Dunque "può aversi 'discriminazione' anche nel comportamento di chi, privato o Pubblica Amministrazione, si attenga in totale buona fede a una disposizione di legge vigente, ma questa si riveli poi contraria a un precetto paritario di rango superiore"³⁴. In questi casi si può agire in giudizio con l'azione civile contro la discriminazione, uno strumento per controllare l'azione dei pubblici poteri³⁵.

3.3. La discriminazione indiretta

La discriminazione indiretta è un'evoluzione del concetto di discriminazione, che, almeno in origine, si deve all'elaborazione giurisprudenziale. Di questa forma di discriminazione si inizia a parlare in relazione al celebre caso *Griggs vs. Duke Power*, deciso dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel 1971³⁶.

2017, citata in A. GUARISO, "La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti", cit., pp. 404-405.

³² Corte Costituzionale, sentenza n. 119/2015.

³³ Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 20 aprile 2016, n. 7951.

³⁴ A. GUARISO, "La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti", cit., p. 403.

³⁵ *Ivi*, p. 409 e p. 411.

³⁶ *Griggs vs. Duke Power* 401 U.S. 424 (1974).

L'impresa Duke Power aveva previsto il possesso del diploma e il superamento di test di intelligenza generale come requisiti per l'accesso all'impiego e per il trasferimento dei lavoratori. I test venivano somministrati a tutti i candidati indistintamente, sia bianchi che neri. Di fatto, però, la combinazione di questi due requisiti operava sistematicamente in modo tale da squalificare un numero sproporzionato di candidati neri rispetto ai candidati bianchi. La Corte di appello aveva escluso l'intento discriminatorio da parte della Duke Power e rigettato la rivendicazione che i requisiti previsti dall'azienda fossero illegali perché contrari al titolo VII del Civil Rights Act 1964.

Tale legge rappresenta una tappa importante dell'evoluzione del diritto antidiscriminatorio negli Stati Uniti. Nella seconda metà degli anni '50³⁷ era nato un acceso dibattito – di cui ancora si rivisitano gli argomenti³⁸ – in merito alla potestà dello Stato di prevedere dei divieti di discriminazione nella sfera privata oltre che in quella pubblica, limitando la libertà individuale in ambiti specifici. In mancanza di previsioni statutarie, la giurisprudenza della Corte suprema aveva allargato l'estensione della protezione dalla discriminazione anche a certi ambiti dell'attività privata come l'impiego privato, i contratti di locazione e l'impresa. Il Civil Rights Act 1964 aveva precisamente lo scopo di estendere per legge la protezione del diritto antidiscriminatorio anche alle suddette attività private (mentre per la protezione contro la discriminazione negli alloggi privati si dovrà ancora attendere il Civil Rights Act 1978), stabilendo definitivamente il principio che “private discrimination is wrong”³⁹. In relazione all'impiego privato, la legge aveva lo scopo di raggiungere l'eguaglianza di opportunità nell'impiego e di rimuovere gli ostacoli che nel passato avevano operato favorendo il gruppo dei lavoratori bianchi a svantaggio dei neri.

Per la Corte d'appello, i requisiti di accesso all'impiego della Duke Power non costituivano discriminazione contraria alla

³⁷ In seguito alla sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka* 1954, di cui si discuterà approfonditamente nel Capitolo successivo.

³⁸ R.A. EPSTEIN, *Forbidden Grounds*, cit.

³⁹ O.M. FISS, “The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after *Brown v. Board of Education*”, cit., p. 747.

legge in quanto non facevano riferimento a nessun fattore protetto e venivano applicati indistintamente sia ai bianchi che ai neri. La Corte suprema invece ragiona diversamente, creando un nuovo concetto: “pratiche, procedure o test apparentemente neutrali, e perfino neutrali in relazione all’intenzione, sono illegali e vanno proibiti se operano per ‘congelare’ lo status quo causato da pratiche di impiego discriminatorie precedentemente vigenti”. Secondo la Corte suprema, “il Civil Rights Act 1964 non vieta soltanto la discriminazione diretta esplicita, ma anche pratiche che sono formalmente imparziali, ma discriminatorie nel loro funzionamento”, a meno che si dimostri che “i requisiti siano legati alle mansioni di lavoro che i candidati avrebbero svolto se selezionati per il posto”. Se non può essere provato che una pratica di impiego che opera a esclusione dei neri è legata alla performance lavorativa, tale pratica è proibita⁴⁰.

Nel caso *Griggs v. Duke Power*, sebbene non vi fosse l’intenzione di svantaggiare un gruppo specifico (i neri), la combinazione della circostanza storica che ai neri era stato precluso l’accesso all’istruzione, con l’utilizzo dei test, aveva il risultato di svantaggiare in modo sproporzionato i neri rispetto ai bianchi. I test somministrati dall’impresa per l’accesso all’impiego e la promozione dei dipendenti, che avevano l’effetto di escludere in modo sistematico i neri dalle promozioni e dall’accesso al lavoro, senza avere una relazione con il tipo di mansioni che i lavoratori avrebbero svolto, sono pertanto giudicati dalla Corte come non legittimi alla luce delle disposizioni del Civil Rights Act 1964. Dunque, la Corte conclude, vanno proibiti:

“Congress has now provided that tests or criteria for employment or promotion may not provide equality of opportunity merely in the sense of the fabled offer of milk to the stork and the fox. On the contrary, Congress has now required that the posture and condition of the job seeker be taken into account. It has – to resort again to the fable – provided that the vessel in which the milk is proffered be one all seekers can use. The Act proscribes not only overt discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is business necessity. If an employment practice

⁴⁰ *Griggs v. Duke Power*, 401 U.S. 430 (1971), (T.d.A.).

which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited"⁴¹.

Secondo la Corte, il trattamento apparentemente o formalmente egualitario della compagnia *Duke Power*, a ben vedere, ha una grossa pecca, perché non tiene conto delle situazioni diverse a cui si applica e crea uno svantaggio sproporzionato per un gruppo specifico rispetto al gruppo omologo: svantaggia i neri in misura maggiore rispetto ai bianchi, senza essere collegato a esigenze attinenti alla prestazione di lavoro. Se, applicando uno stesso criterio a casi diversi, il risultato è svantaggioso solo per un gruppo che possiede una certa caratteristica, vuol dire che qualcosa è andato storto, cioè non si è tenuta sufficientemente in conto la specificità dei casi. Applicando a casi diversi sotto certi aspetti moralmente rilevanti un certo standard si lascia ingiustamente qualcuno "digiuno", come la gru invitata a cena dalla volpe nella celeberrima favola di Esopo. Regole apparentemente neutrali sono discriminatorie nei confronti del gruppo con caratteristiche protette (e degli individui che ne fanno parte) se nell'applicazione si apprezza un trattamento deteriore in ragione di questa caratteristica.

Questa è l'origine storica del concetto della discriminazione indiretta. La teoria del diritto nordamericana ha sviluppato questo impulso giurisprudenziale nell'elaborazione della c.d. "disparate impact theory" (teoria dell'impatto disparato). La teoria si concentra sugli effetti negativi, più che sul trattamento svantaggioso, e afferma che, quando un trattamento che sembra neutro rispetto ai diversi gruppi svantaggia in modo sproporzionato un gruppo rispetto a un altro, si ha discriminazione indiretta.

In questo si apprezza l'ampliamento dell'area semantica del termine "discriminazione" che, se originariamente si limitava a proibire il trattamento relativamente svantaggioso di un soggetto a motivo di una delle caratteristiche protette, si estende ora fino a ricomprendere gli effetti del trattamento, il risultato dell'applicazione del criterio apparentemente neutrale, le conseguenze della previsione normativa per gli individui e per i gruppi.

⁴¹ *Ibidem*.

Un ampliamento, questo, auspicato dalla dottrina giuridica americana progressista, e che è tuttora oggetto di critiche, come si vedrà a breve.

Le formulazioni legislative dei divieti di discriminazione indiretta e le relative interpretazioni giurisprudenziali sono, ancora una volta, diverse tra loro. Secondo le fonti secondarie di diritto europeo “sussiste discriminazione indiretta quando una previsione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”⁴². L’articolo 19 dell’Equality Act 2010, in vigore nella giurisdizione del Regno Unito, definisce così la discriminazione indiretta:

“A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B’s.

(2) For the purposes of subsection (1), a provision, criterion or practice is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B’s if –

- a) A applies, or would apply, it to persons with whom B does not share the characteristic,
- b) it puts, or would put, persons with whom B shares the characteristic at a particular disadvantage when compared with persons with whom B does not share it,
- c) it puts, or would put, B at that disadvantage, and
- d) A cannot show it to be a proportionate means of achieving a legitimate aim”.

La Corte EDU interpreta la discriminazione indiretta in modo simile, affermando che “una differenza di trattamento può consistere nell’effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo”⁴³.

⁴² Cfr. i seguenti articoli delle già citate direttive: articolo 2, comma 2, lettera b), direttiva sull’eguaglianza razziale; articolo 2, comma 2, lettera b), direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione; articolo 2, comma 1, lettera b), direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione); articolo 2, lettera b), direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi.

⁴³ Corte EDU, D.H. e a. c. Repubblica Ceca [GC], ricorso n. 57325/00,

Il TUI definisce invece la discriminazione indiretta come “ogni trattamento pregiudizievole conseguente all’adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti a una determinata razza, a un determinato gruppo etnico o linguistico, a una determinata confessione religiosa o a una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa” (articolo 43, TUI).

Tutte le definizioni legislative e giurisprudenziali della discriminazione indiretta contengono alcuni elementi che possono essere sintetizzati dalla seguente definizione: si ha discriminazione indiretta quando una previsione, un criterio o una pratica (un atto, un patto, un comportamento attivo oppure omissivo) apparentemente neutri – che non operano cioè una classificazione sulla base di un fattore protetto (e neppure sulla base di un tratto contiguo o vicino a un fattore protetto, in modo che attraverso questo possa essere individuata la discriminazione) – possono mettere le persone di una determinata razza, origine etnica, che professano un credo religioso o personale, che sono portatori di una disabilità o hanno una determinata età o un certo orientamento sessuale, identità di genere⁴⁴, nazionalità o qualsiasi altra caratteristica protetta, in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone (ovvero trattino in modo proporzionalmente svantaggioso ovvero abbiano un effetto proporzionalmente svantaggioso su un gruppo che possiede una caratteristica protetta), a meno che la disposizione, il criterio o la pratica siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima, e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari al raggiungimento del fine.

Dunque, in questa forma di discriminazione gli atti, i comportamenti, le omissioni che hanno un effetto discriminatorio, non sono, *prima facie*, dovuti alla presenza di un fattore protetto. E, tuttavia, l’effetto del comportamento risulta in modo sproporzionato a svantaggio dei membri di questo gruppo.

sentenza 13 novembre 2007, paragrafo 184; Corte EDU, Opuz c. Turchia, ricorso n. 33401/02, sentenza 9 giugno 2009, paragrafo 183; Corte EDU, Zarb Adami c. Malta, ricorso n. 17209/02, sentenza 20 giugno 2006, paragrafo 80.

⁴⁴ Articolo 2, comma 1, lettera b), direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne (rifusione).

Un punto controverso è che nella discriminazione indiretta non è, per definizione, ravvisabile l'*animus discriminandi* che invece è una componente importante, anche se non il criterio univoco, per determinare l'esistenza di una discriminazione diretta. In relazione a questo punto specifico sembrerebbe che si possa parlare di due nozioni diverse. Infatti, il disvalore morale della discriminazione diretta è più facilmente apprezzabile, sta nell'atto o nell'omissione esecrabile, nel criterio ingiusto, nella regola che priva ingiustamente qualcuno dei suoi diritti a causa di una caratteristica protetta. E, invece, dove sta il disvalore morale nel caso della discriminazione indiretta se la prescrizione, il criterio o la pratica sono apparentemente neutri, non sono intenzionali? Si può dire che il disvalore e l'ingiustizia della discriminazione indiretta siano gli stessi che si censurano nella discriminazione diretta, in modo che si possa parlare di un'unica nozione di discriminazione declinata in diverse forme? Oppure bisogna costruire una nozione di discriminazione indiretta basata sulla colpa, più che sull'intenzione⁴⁵?

Queste domande non sono retoriche. Se la questa forma di discriminazione fosse, in realtà, semplicemente un mezzo per redistribuire beni e risorse, oppure uno strumento dello Stato sociale per allocare benefici ai più svantaggiati ovvero uno strumento di giustizia correttiva, che serve a raddrizzare i torti subiti da individui e gruppi nel passato, potrebbe essere fuorviante e controproducente continuare a riferirsi a questo istituto come "discriminazione". In mancanza di una forte giustificazione morale, la proibizione della discriminazione indiretta potrebbe essere criticata, in prospettiva liberale o libertaria, come una intollerabile o eccessiva limitazione dell'autonomia privata⁴⁶, ad esempio per gli imprenditori, tenuti a valutare preventivamente se un criterio, una previsione o una pratica della loro azienda potrebbe avere un impatto svantaggioso su un gruppo accomunato da

⁴⁵ Denise Réaume ricomprende la discriminazione indiretta nello stesso concetto di discriminazione attraverso la costruzione della responsabilità del discriminatore come "colpa". D.G. RÉAUME, "Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination", in *Theoretical Inquiries in Law*, 2, 1/2001, pp. 349-385.

⁴⁶ H. COLLINS, T. KHAITAN, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions", cit., pp. 9-10.

una caratteristica protetta (o più d'una).

L'assenza dell'intenzione di discriminare qualcuno in ragione della sua appartenenza a un gruppo avente una caratteristica socialmente saliente ha portato alcuni autori a sostenere che definire "discriminazione" il risultato o l'impatto di un criterio, previsione o pratica implica un errore concettuale, perché mescolerebbe impropriamente discriminazione e oppressione. Invece, secondo Iris Marion Young, la discriminazione andrebbe limitata ad atti che intenzionalmente fanno riferimento esplicito alle caratteristiche protette per attribuire un trattamento svantaggioso. Gli effetti generati dalla struttura istituzionale della società sono, per Young, diversi dalla discriminazione e andrebbero indicati più propriamente con il termine "oppressione"⁴⁷. Secondo questa tesi, insomma, ci sono stati di cose sfortunati che sono e devono rimanere distinti dalla discriminazione, che propriamente consiste solo nel trattamento da parte di agenti che mettono in atto condotte intenzionali sulla base dei tratti socialmente salienti. Tali stati di cose sfortunati, come l'oppressione, lo sfruttamento, la marginalità sociale, economica e culturale di un gruppo rispetto agli altri, potrebbero non essere causati da comportamenti discriminatori, ma da altri fattori, e sarebbe dunque un errore accomunarli alla categoria della discriminazione, anche se in una forma diversa dalla discriminazione diretta⁴⁸. Il disaccordo sembra non essere di natura esclusivamente terminologica o stipulativa, ma riguardare invece il concetto stesso di discriminazione e la sua portata normativa.

In relazione a questa questione, la teoria della discriminazione indiretta elaborata da Lippert-Rasmussen è interessante, perché, a parere dell'autore, questa forma di discriminazione non richiederebbe effetti sproporzionati sui discriminati per essere individuata. La forma indiretta della discriminazione discenderebbe dal perpetuarsi di svantaggi che sono il risultato della discriminazione diretta avvenuta nel passato⁴⁹.

⁴⁷ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference – With a New Foreword By Danielle Allen*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 1990, in particolare, pp. 39-65.

⁴⁸ M. CAVANAGH, *Against Equality of Opportunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

⁴⁹ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 7; pp. 54-78.

Benjamin Eidelson critica la nozione di discriminazione indiretta, che, a suo parere, molto spesso è, a ben guardare, o discriminazione diretta a tutti gli effetti oppure non può essere considerata una “discriminazione” vera e propria⁵⁰. Altri critici⁵¹ della “disparate impact theory” o discriminazione indiretta ritengono che la pretesa di ridefinire la discriminazione attraverso la dottrina giuridica, concentrandosi sui risultati, sugli effetti sproporzionati, sia stata fallimentare⁵². Secondo questa posizione, l’effetto della “disparate impact theory” sulla teoria della discriminazione sarebbe stato deleterio perché avrebbe stornato l’attenzione dalla rilevanza dell’*animus discriminandi* e dal motivo discriminatorio (conscio) limitando troppo la nozione di discriminazione intenzionale. A causa di questo spostamento dell’enfasi teorica, secondo Michael Selmi, ad esempio, si guarda alle disegualianze di genere e razziali che tuttora piagano la società nordamericana come fatti per cui non c’è da attribuire responsabilità chiare a qualcuno, incluse forme di responsabilità oggettiva⁵³. In altre parole, la “disparate impact theory”, che è stata inizialmente elaborata per ridurre l’effetto prodotto in casi specifici da una storia di discriminazione, “al di fuori del contesto originario (...), e cioè test scritti per l’accesso all’impiego (...) non ha prodotto alcun cambiamento sociale sostanziale e non c’è ragione di pensare che l’estensione della teoria ad altri contesti produrrebbe una riforma significativa”⁵⁴.

Michael Selmi intende dimostrare come, in virtù del fatto che la discriminazione indiretta, che è per definizione non intenzionale e, dunque, può essere giustificata e divenire legittima, i datori di lavoro abbiano aggirato facilmente il divieto adottando come requisito per l’accesso all’impiego dei test che sono collegati alle mansioni da svolgere, ma che continuano ad

⁵⁰ B. EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, cit., pp. 39-68.

⁵¹ M. SELMI, “Was the Disparate Impact Theory a Mistake?”, cit., pp. 701-782; M. SELMI, “Indirect Discrimination and the Anti-Discrimination Mandate”, cit., pp. 250-268.

⁵² M. SELMI, “Was the Disparate Impact Theory a Mistake?”, cit., p. 782.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ivi*, p. 705 (T.d.A.).

avere un impatto sui gruppi discriminati, mantenendo, in questo modo, lo *status quo*. Secondo Selmi, invece che elaborare una nuova teoria della discriminazione, la “disparate impact theory”, sarebbe stato necessario un impegno politico per rimediare le iniquità e ingiustizie cagionate dalla storia delle discriminazioni. La teoria del diritto ha cercato di sopperire a questa lacuna nell’inerzia della politica, ma con scarsi risultati⁵⁵. Sul piano teorico, Selmi nota criticamente come la “disparate impact theory”, che aveva inizialmente un fine di giustizia correttiva, cioè riparare alle diseguaglianze create da una storia di ingiustizie nei confronti di certi gruppi, ha invece prodotto dei dislivelli sociali permanenti e determinato una situazione di svantaggio dei neri e delle donne nella società statunitense. Nel suo sviluppo, questa teoria si è sempre di più spostata verso scopi di giustizia distributiva, ma senza una giustificazione teorica adeguata, che si dovrebbe fondare, secondo Selmi, su una più profonda comprensione della nozione di eguaglianza⁵⁶.

Al contrario, nella sua analisi del diritto antidiscriminatorio nell’attuale contesto del mercato neoliberale, Alexander Somek⁵⁷ ravvisa nella redistribuzione il fine primario del diritto antidiscriminatorio e argomenta che entrambe le categorie normative della discriminazione diretta e indiretta sono coerenti con questo fine. In questo senso, per Somek la discriminazione indiretta ha una valenza normativa più fondamentale di quella diretta⁵⁸.

Secondo una teoria classica⁵⁹, il diritto antidiscriminatorio può essere interpretato o come processo oppure come risultato. Nel primo senso, esso mira alla purificazione, alla liberazione del processo decisionale (degli individui, degli enti e delle istituzioni dello Stato) impedendo di basare le decisioni su un fattore protetto; nel secondo senso, esso mira al raggiungimen-

⁵⁵ *Ivi*, pp. 701-782.

⁵⁶ M. SELMI, “Indirect Discrimination and the Anti-Discrimination Mandate”, cit., pp. 267-268.

⁵⁷ A. SOMEK, *Engineering Equality – An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 113-140.

⁵⁸ *Ivi*, pp. 113-114.

⁵⁹ O.M. FISS, “The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after *Brown v. Board of Education*”, cit., pp. 764-765.

to di un risultato positivo per un gruppo svantaggiato in termini di miglioramento della posizione economica e sociale del gruppo protetto, della partecipazione sullo stesso piano degli altri gruppi nella società, ecc. La discriminazione diretta, secondo questa teoria, riguarderebbe il processo, mentre la discriminazione indiretta il risultato.

Sulla scorta di questa distinzione, si è sostenuto che la discriminazione indiretta sia collegata all'inclusione sociale. Julie Suk, ad esempio, afferma che, dal momento che sugli Stati grava il dovere di integrare i fanciulli appartenenti a etnie minoritarie nel sistema educativo, il divieto di discriminazione indiretta è uno strumento per forzare gli Stati a rispettare questi obblighi positivi⁶⁰. Questa tesi, per Suk, emerge chiaramente dal caso D.H. e altri contro Repubblica Ceca⁶¹, che è stato denominato il "Brown v. Board of Education d'Europa", in cui la Corte EDU ha condannato la Repubblica Ceca per aver adottato dei test standardizzati per misurare l'intelligenza e le conoscenze di base degli alunni per l'accesso al sistema educativo⁶². Sulla base del risultato dei test, gli alunni erano considerati idonei al sistema ordinario oppure segnalati per l'ingresso in scuole speciali istituite per alunni con disabilità intellettuali e difficoltà di apprendimento. Anche se universalmente applicato a tutti i minori in età scolare, il test creava uno svantaggio proporzionalmente maggiore per i giovani di etnia Rom rispetto agli altri. In questo modo, una percentuale dal 50 al 90% di bambini Rom veniva indirizzata alle scuole speciali. La Corte EDU ha censurato l'operato dello Stato, qualificando la sua condotta come discriminazione indiretta illegittima. Molto probabilmente, anche la politica di separazione in scuole diverse di bambini più o meno capaci nell'apprendimento è, a nostro parere, una forma intollerabile di discriminazione, questa volta diretta. Tuttavia, la Corte EDU si ferma alla constatazione che il criterio apparentemente neutro è in realtà una forma di discriminazione in-

⁶⁰J.C. SUK, "Anti-discrimination Law and the Duty to Integrate", in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., pp. 223-247.

⁶¹Corte EDU, D.H. e a. c. Repubblica Ceca [GC], ricorso n. 57325/00, sentenza 13 novembre 2007, paragrafo 79.

⁶²J.C. SUK, "Anti-discrimination Law and the Duty to Integrate", cit., p. 223.

diretta e, in quanto tale, esso è illegittimo.

Suk argomenta come in questo e altri casi simili, la Corte EDU abbia censurato i sistemi di istruzione di diversi stati appartenenti al Consiglio d'Europa che tendevano a escludere i minori di etnia Rom dal pieno godimento del diritto all'istruzione in parità con gli altri, elaborando una dottrina della discriminazione indiretta in relazione al diritto all'istruzione, secondo cui l'assenza di integrazione è una condizione necessaria e sufficiente perché si configuri la discriminazione indiretta.

In modo simile, alcuni autori definiscono la discriminazione indiretta come "social mobility law" oppure "social inclusion law" quando ha il fine di redistribuire l'accesso a opportunità⁶³.

Un altro criterio per rendere conto della differenza tra discriminazione diretta e indiretta è guardare alla giustificazione morale delle rispettive proibizioni. A questo proposito si distinguono tre tesi: la tesi strumentale, la tesi del fondamento morale separato e la tesi del fondamento morale comune.

La prima tesi assegna alla proibizione della discriminazione indiretta un ruolo strumentale nella lotta alle forme strutturali di disuguaglianza per il superamento degli ostacoli, anche quelli meno visibili, al raggiungimento delle pari opportunità per tutti. Soltanto la discriminazione diretta, secondo questa posizione, avrebbe un disvalore morale specifico, che si ravvisa nell'intento discriminatorio dell'agente. Proprio per rafforzare e rendere efficace il divieto di discriminazione diretta è necessario vietare anche la discriminazione indiretta. Secondo questo argomento, sarebbe infatti troppo semplice per soggetti pubblici e privati, intenzionati a escludere qualcuno sulla base di una caratteristica protetta, aggirare i divieti di trattamento svantaggioso adottando dei criteri neutrali che sarebbe estremamente difficile ricondurre, davanti a una corte, all'intenzione di discriminare. Inoltre, senza il divieto di discriminazione indiretta, i benefici raggiunti con la proibizione delle discriminazioni dirette potrebbero essere vanificati.

Poiché, secondo la tesi strumentale, soltanto la discriminazione diretta è un'ingiustizia, soltanto questa forma deve avere

⁶³ C. MCCRUDDEN, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", in *European Journal of International Law*, 19, 2008, pp. 655-724.

una giustificazione morale forte, mentre per giustificare la previsione della discriminazione indiretta basterebbe dimostrare l'efficacia di questa misura nel contrastare nella pratica la discriminazione diretta ed eliminare i suoi effetti⁶⁴.

Secondo John Gardner, mentre la discriminazione diretta sarebbe un tipo di ingiustizia individuale, la qualificazione della quale presuppone l'analisi delle ragioni che hanno mosso il soggetto discriminatore a mettere in atto il comportamento, la discriminazione indiretta costituirebbe un altro tipo di ingiustizia che non colpisce gli individui singoli ma i gruppi, riservando loro un trattamento peggiorativo⁶⁵. Gardner sostiene che l'analisi delle ragioni dell'autore della discriminazione ("DRA") sia sempre rilevante. Tuttavia, nel caso della discriminazione indiretta, è il collegamento con il fattore protetto a essere indiretto e, dunque, non visibile. Si tratterebbe di un'espressione ellittica:

"Maybe it would not be one's first guess that it designates ordinary ('direct') discrimination against people with some other property (people of less height, or with less availability for evening work, or having less upper body strength, or with a record of lower earnings), where that other property is statistically correlated with sex. But the problem here is only the shorthand placing of the word 'sex' before the word 'discrimination'. It is not the word 'discrimination' itself, which is being used in a perfectly ordinary (*DRA*-conforming) way"⁶⁶.

Secondo Gardner, anche

"In a case of indirect discrimination against women, the employer doesn't count the candidate's being a woman against her, but only counts against her a different property p that (whether the employer knows it or not) happens to be more widespread among women,

⁶⁴ H. COLLINS, T. KHAITAN, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions", cit., pp. 25-27.

⁶⁵ J. GARDNER, "Liberals and Unlawful Discrimination", cit., pp. 1-22.

⁶⁶ J. GARDNER, "Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful", cit., p. 60. Come si ricorderà, "DRA" è una abbreviazione che sta per "Discriminator's Reasons Analysis", l'analisi delle ragioni del soggetto discriminatore che, per Gardner, dovrebbe sempre essere condotta per determinare se vi sia una discriminazione ingiusta (*Ivi*, pp. 56-58). Si veda inoltre: J. GARDNER, "On the Ground of Her Sex(uality)", cit., pp. 167-187.

or among women candidates, than among their male counterparts”⁶⁷.

In ogni caso, per Gardner, mentre sono determinanti le ragioni dell'agente discriminatore, la presenza dell'*animus discriminandi* non conta affatto: la discriminazione sarebbe uno “strict liability wrong”, cioè un illecito che si configura stante la mera responsabilità oggettiva del soggetto agente, a prescindere dall'esistenza di uno stato psicologico soggettivo che accetta o che vuole la discriminazione, cioè di un intento discriminatorio⁶⁸. Questo spiegherebbe perché anche le omissioni colpose possono essere qualificate come discriminazione, perché non è necessario l'*animus discriminandi*.

In sintesi, per le ragioni appena indicate, secondo la posizione in discorso, i divieti di discriminazione indiretta hanno una funzione strumentale rispetto al divieto di discriminazione diretta, l'unica vera e propria forma di discriminazione.

La seconda tesi, detta tesi del fondamento morale separato, sostiene che le proibizioni in materia di discriminazione indiretta siano giustificate perché mirerebbero a rispondere a un'ingiustizia diversa da quella che invece giustifica i divieti in materia di discriminazione diretta. Queste posizioni non negano che ci possa essere una relazione strumentale tra le due forme di discriminazione e affermano, inoltre, che il loro fondamento morale è indipendente.

L'ingiustizia specifica della discriminazione indiretta è, per alcuni⁶⁹, la perpetuazione degli effetti generati dalla discriminazione diretta nel passato e consiste nel mantenere i gruppi con caratteristiche socialmente e storicamente salienti in posizione di marginalità, anche mediante l'adozione di previsioni, criteri o pratiche neutrali. Ciò perché le regole neutrali non sono sufficienti a garantire l'accesso a posizioni privilegiate, a certi beni fondamentali e alle risorse da parte di tutti gli individui

⁶⁷ J. GARDNER, “Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful”, cit., p. 65.

⁶⁸ *Ivi*, p. 61.

⁶⁹ D. HELLMAN, “Indirect Discrimination and the Duty to Avoid Compounding Injustice”, in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., pp. 106-121.

appartenenti a gruppi con caratteristiche socialmente e storicamente salienti. Se questi si trovano in posizione di svantaggio rispetto agli individui appartenenti agli altri gruppi dominanti, a causa delle regole che non tengono conto di questa situazione, sono condannati a restare in posizione di subalternità, marginalità, svantaggio. Questa ingiustizia sarebbe diversa da quella tipica della discriminazione diretta e opererebbe per aggravarne gli effetti.

Per altri, l'ingiustizia specifica che il divieto di discriminazione indiretta mira a contrastare è la riduzione dell'eguaglianza di opportunità per tutti, dovuta a varie menomazioni come lo scarso accesso all'istruzione, alla salute e a altri beni fondamentali della vita. Sicché, la proibizione della discriminazione indiretta avrebbe un fine ultimo di giustizia sociale, tendente alla realizzazione di una società più eguale in cui opportunità e vantaggi sono allocati secondo il merito, in modo da massimizzare il benessere di tutti gli individui e i gruppi⁷⁰.

La terza tesi, invece, sostiene che discriminazione diretta e indiretta presuppongono lo stesso tipo di ingiustizia e sono simili tra loro⁷¹. Secondo Elisa Holmes, ad esempio, la discriminazione diretta e indiretta sono forme diverse che discendono dallo stesso principio, il principio di non discriminazione: entrambe semplicemente proibiscono la discriminazione sulla base di certi fattori protetti. Sarebbe la relazione con il fattore protetto a essere diretta, in un caso, e indiretta o *per relationem*, nell'altro, senza che questo dato acquisti parti-

⁷⁰ H. COLLINS, T. KHAITAN, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions", cit., pp. 27-28.

⁷¹ C. JOLLS, "Accommodation Mandates", in *Stanford Law Review*, 53, 2/2000, pp. 223-306; C. JOLLS, "Antidiscrimination and Accommodation", in *Harvard Law Review*, 115, 2/2001, pp. 642-699; S.R. BAGENSTOS, "Rational Discrimination, Accommodation and the Politics of (Disability) Civil Rights", in *Virginia Law Review*, 89, 5/2003, pp. 825-923; H. COLLINS, T. KHAITAN, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions", cit., p. 29; S. MOREAU, "The Moral Seriousness of Indirect Discrimination", in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., pp. 123-148; T. KHAITAN, S. STEEL, "Wrongs, Group Disadvantage and the Legitimacy of Indirect Discrimination Law", in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., pp. 197-221.

colare rilevanza dal punto di vista morale⁷².

L'unità della giustificazione della discriminazione diretta e indiretta è, tra l'altro, alla base della ricostruzione dell'atto discriminatorio come illecito civile analogo all'illecito colposo ("negligence") portata avanti da Sophia Moreau⁷³. In particolare, a fondamento delle due forme di discriminazione vi sarebbe la stessa ingiustizia, in modo pieno per la discriminazione diretta, attenuato per quella indiretta. Questo inquadramento dogmatico spiegherebbe, secondo Moreau, che anche la discriminazione indiretta è un torto alla persona e che essa implica una omissione colpevole, il non tenere in conto, cioè, di qualcosa che doveva invece essere ben presente e tenuta in considerazione, in base alla storia e alle caratteristiche del gruppo discriminato a causa di un fattore di protezione *F*, di cui l'individuo è portatore.

3.4. La discriminazione tollerata: la giustificazione della discriminazione

Concluso l'esame delle due forme di discriminazione più importanti, sembra opportuno chiedersi se e in quali casi si ritiene che si possa tollerare la discriminazione, per continuare a fare luce sulla differenza tra le due specie di discriminazione e sulla loro portata normativa. Si ritiene, infatti, che la discriminazione diretta non possa essere tollerata, giustificata, se non in casi e circostanze eccezionali, particolarmente ben motivate, perché porta con sé un elevato disvalore morale, sia quando è intenzionale, sia quando non lo è. Per questo la giustificazione della discriminazione diretta deve essere stringente, onerosa, adeguata, specifica e particolarmente persuasiva⁷⁴. Il diritto prevede espressamente le eccezioni al divieto di discriminazione diretta,

⁷² E. HOLMES, "Anti-Discrimination Rights without Equality", cit., p. 184.

⁷³ S. MOREAU, "Discrimination as Negligence", in *Canadian Journal of Philosophy*, 36, 2010, pp. 123-149.

⁷⁴ M.C. HARPER, "Confusion on the Court: Distinguishing Disparate Treatment from Disparate Impact in *Young v UPS* and *EEOC v Abercrombie & Fitch, Inc.*", in *Boston University Law Review*, 96, 2/2016, pp. 543-570.

che regola tassativamente per il raggiungimento di finalità specifiche. Tali eccezioni devono essere interpretate in modo restrittivo.

Secondo il diritto europeo, la discriminazione diretta può essere giustificata e, dunque, essere permessa, in virtù di una clausola di eccezione che si fonda sul “requisito essenziale e determinante”, la quale prevede che la differenza di trattamento non costituisce discriminazione laddove la caratteristica richiesta è requisito essenziale e determinante per l’attività lavorativa, in ragione della natura dell’attività e del contesto, purché l’obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato⁷⁵. Tale clausola riguarda, in modo particolare, i mestieri artistici⁷⁶. Ad esempio, il direttore del casting per uno spettacolo non violerà il divieto di discriminazione nell’accesso al lavoro se escluderà dalla selezione per ricoprire il ruolo di un personaggio maschile una donna, o se selezionerà uomini di pelle chiara per ricoprire il ruolo del personaggio di Amleto che, secondo il copione dell’omonimo dramma, è di origine nordeuropea e, dunque, si suppone che abbia i tratti somatici propri delle popolazioni che storicamente abitano quelle zone, tra cui la pelle chiara. Anche il divieto di discriminazione diretta in ragione dell’età può essere derogato ove ciò sia giustificato dall’esigenza di perseguire un fine legittimo, obiettivo e ragionevole, collegato a finalità di politica del lavoro, mercato del lavoro e di formazione professionale, e se i mezzi per il conseguimento di tali finalità sono appropriati e necessari.

Come si è detto, lo standard richiesto per la giustificazione dell’eccezione del requisito essenziale e determinante è particolarmente elevato. Nel contesto del terrorismo in Irlanda del Nord durante gli anni ’80, il giudice nazionale aveva ritenuto legittimo il mancato rinnovo del contratto all’agente di polizia donna, motivato dal fatto che l’addestramento delle donne all’uso delle armi da fuoco sarebbe stato “malvisto dal pubblico”

⁷⁵ In ragione della razza o dell’origine etnica, articolo 4, direttiva sull’uguaglianza razziale; in ragione del genere o dell’età, articolo 14, comma 2, direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione).

⁷⁶ Per un elenco delle professioni per cui è valida la clausola di eccezione in discorso si veda Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza 21 maggio 1985, causa 248/83, Commissione c. Germania.

e avrebbe comportato e la “possibilità che, in una situazione di gravi disordini interni, il porto di armi da fuoco da parte di donne poliziotto le esponga a un più grave rischio di attentati e sia pertanto in contrasto con le esigenze della pubblica sicurezza”⁷⁷. La Corte di giustizia dell’Unione europea ha ritenuto questa giustificazione poco stringente, perché la presenza di pericoli per la sicurezza, nel contesto del terrorismo, non espone le donne a un rischio maggiore rispetto agli uomini, ma espone invece uomini e donne allo stesso rischio⁷⁸. Dunque, a parere della Corte, l’eccezione su cui si fonda l’esclusione del datore di lavoro non è strettamente connessa, e in modo rilevante, alle mansioni lavorative; è, invece, discriminatoria.

L’eccezione del requisito essenziale e determinante opera a favore degli enti religiosi, delle organizzazioni religiose e delle organizzazioni c.d. di tendenza⁷⁹. Le leggi degli Stati membri dell’Unione europea possono prevedere che “nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell’attività lavorativa, tenuto conto dell’etica dell’organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi”⁸⁰.

⁷⁷ Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Le organizzazioni di tendenza sono definite come “datori di lavoro non imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto” (articolo 4, comma 1, legge n. 108/1990).

⁸⁰ Articolo 4, comma 2, direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione: “Non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell’articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una deter-

Così, ad esempio, è lecito per gli enti religiosi discriminare sulla base della religione, del sesso, del genere e dell'orientamento sessuale nella selezione dei ministri di culto. Tuttavia qualsiasi eccezione alla parità di trattamento va interpretata in modo restrittivo. L'interpretazione di questa eccezione sarebbe più restrittiva nel caso delle organizzazioni di tendenza rispetto agli enti religiosi, per cui le eccezioni ai divieti di discriminare sarebbero giustificate soltanto se legate agli scopi di una religione organizzata, e non di un'organizzazione religiosa (nozione, questa, più ristretta della prima)⁸¹. Nella causa *Amicus*⁸², i giudici britannici hanno accolto l'argomentazione secondo cui l'eccezione in discorso dovrebbe applicarsi a un numero limitato di impieghi legati alla promozione o alla rappresentazione della religione, quali i ministri del culto. Invece, non permetterebbe alle organizzazioni religiose di discriminare nell'assunzione di impiegati per lo svolgimento di mansioni che non concorrono alla realizzazione degli scopi di una religione organizzata, come ad esempio quelle di docente (il cui fine è l'istruzione), di giardiniere (il cui fine è la bellezza e il decoro degli spazi) ovvero di infermiere (il cui fine è l'assistenza sanitaria).

L'argomento a favore delle eccezioni per gli enti religiosi si fonda sulla libertà religiosa e sostiene che, se non fosse permesso di discriminare sulla base della religione nella selezione dei ministri di culto, l'esercizio di questa libertà sarebbe di fatto minato e svuotato di senso. I detrattori⁸³ dell'eccezione del requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa

minata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività" (articolo 3, comma 5, d.lgs. n. 216/2003 decreto di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro).

⁸¹ A. ALTMAN, "Discrimination", cit.

⁸² High Court (Regno Unito), sentenza 26 aprile 2004, *Amicus MSF Section, R (su domanda di) c. Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860 (Admin).

⁸³ L.C. GRIFFIN, "The Sins of Hosanna-Tabor", in *Indiana Law Journal*, 88, 3/2013, pp. 981-1019.

nel contesto delle organizzazioni religiose o di organizzazioni c.d. “di tendenza” affermano, invece, che si tratti di limitazioni intollerabili in una società liberale e che le organizzazioni religiose o di tendenza non avrebbero nessuna ragione per vantare il privilegio di essere, di fatto, sopra la legge, in quanto esentate dal rispetto del divieto di discriminazione in materia di assunzioni e licenziamenti⁸⁴. Inoltre, si sostiene che spesso l’argomento della tutela della libertà religiosa venga usato surrettiziamente per giustificare esclusioni basate su altri fattori di protezione. In risposta ai detrattori, vi è chi, come Martha Nussbaum, ritiene che sia illiberale ricondurre pratiche interne alla condotta di un ente religioso all’interpretazione liberale secolare del bene ultimo⁸⁵.

Mentre la discriminazione diretta può essere giustificata solo in casi eccezionali e per finalità tassativamente previste dalla legge, la discriminazione indiretta può essere sempre giustificata, in presenza di alcuni requisiti.

In particolare, si può giustificare la discriminazione indiretta quando una previsione, criterio o pratica, che svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore un gruppo in ragione di una caratteristica protetta, siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari⁸⁶.

Ciò significa che, per giustificare la discriminazione indiretta, la finalità deve essere legittima, non devono esistere altri mezzi per raggiungerla se non quelli che implicano la discriminazione e, inoltre, tali mezzi devono essere appropriati al fine da raggiungere: lo svantaggio cagionato ai membri del gruppo con caratteristiche protette deve essere il livello minimo di

⁸⁴ A. ALTMAN, “Discrimination”, cit.

⁸⁵ M.C. NUSSBAUM, “A Plea for Difficulty”, in J. COHEN, M. HOWARD, M.C. NUSSBAUM (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Women? – Susan Moller Okin With Respondents*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1999, pp. 105-114; p. 114. Si veda anche: M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, Basic Books, New York, 2008.

⁸⁶ Articolo 2, comma 2, lettera b), direttiva sull’uguaglianza razziale; articolo 2, comma 2, lettera b), direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione; articolo 2, lettera b), direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi; articolo 2, comma 1, lettera b), direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione).

svantaggio necessario per garantire il raggiungimento della finalità ritenuta legittima.

Nell'ordinamento europeo è previsto un più ampio margine di giustificazione per la discriminazione indiretta fondata sull'età in alcuni ambiti, in particolare in materia di politica del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale, a condizione che si rispetti il criterio della proporzionalità, per quanto riguarda l'accesso o il diritto alle prestazioni dei regimi professionali di sicurezza sociale, senza necessità di soddisfare il criterio della proporzionalità.

IV

ALTRE FORME DELLA DISCRIMINAZIONE

Sommario

4.1. Le molestie, l'ordine di discriminare e la discriminazione per associazione. – 4.2. La discriminazione statistica. – 4.3. La discriminazione strutturale, istituzionale, sistemica. – 4.4. La discriminazione multipla.

4.1. Le molestie, l'ordine di discriminare e la discriminazione per associazione

Le “molestie”, l’“ordine di discriminare” e la “discriminazione per associazione” sono forme della discriminazione meno dibattute in dottrina, probabilmente perché, come si vedrà poco più avanti, si tratta di forme facilmente riconducibili, sia sotto il profilo definitorio, sia sotto il profilo normativo, sia sotto il profilo giustificativo alla discriminazione diretta. È opportuno, tuttavia, interrogarsi sulla natura e sulla specificità di queste forme di discriminazione, particolarmente offensive e virulente per le modalità dell’azione discriminatoria.

La situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato connesso a un tratto socialmente saliente di una persona avente lo scopo o l’effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo è definita dal diritto come “molestie”¹. Quando il comportamento indesiderato ha connotazione ses-

¹ Articolo 2, comma 1, lettere c) e d), direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione); articolo 2, lettera d), direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi.

suale, sia esso espresso in forma verbale, non verbale o fisica, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, in particolare attraverso la creazione di un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, si configura la fattispecie di "molestie sessuali"².

Dell'ordine di discriminare non è data una definizione precisa, ma esso è previsto e proibito dal diritto europeo. Perché si configuri non è necessario che il destinatario dell'ordine sia obbligato a eseguirlo e, dunque, anche l'incoraggiamento o l'esortazione a discriminare rientrano tra i comportamenti proibiti. Si tratta di una fattispecie contigua ai delitti di istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di una persona o di un gruppo di persone per motivi di razza, colore, ascendenza, religione o convinzione personale, origine nazionale o etnica, ai delitti riguardanti la diffusione e la distribuzione pubblica di materiale razzista e xenofobo e di apologia, negazione o minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità diretti contro i gruppi con caratteristiche protette, o un membro di tale gruppo³. Il motivo razzista costituisce, tra l'altro, in questi casi, una circostanza aggravante del reato⁴.

L'ordine di discriminare è particolarmente odioso quando proviene da chi ha potere e autorità. Ad esempio, i giudici che respingono la richiesta del pubblico ministero di sospensione dell'esecuzione della pena, motivando il rifiuto con l'esigenza di dare una punizione esemplare alla cittadina di etnia Rom per colpire l'asserita cultura di impunità di questa minoranza, integra un'ipotesi particolarmente intollerabile di ingiustizia nella forma dell'ordine di discriminare e, come tale, è stata ricono-

² Articolo 2, comma 1, lettera d), direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione). Cfr.: articolo 2, comma 3, direttiva sull'uguaglianza razziale; articolo 2, comma 3, direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione; articolo 2, lettera c), direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi; articolo 2, comma 1, lettera c), direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione).

³ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, articolo 1.

⁴ *Ivi*, articolo 4.

sciuta e condannata dalla Corte EDU nel caso Paraskeva Todorova c. Bulgaria⁵.

Poiché sia le molestie sia l'ordine di discriminare sono espliciti, fanno espressamente riferimento a uno o più fattori protetti e sono certamente comportamenti che hanno una valenza negativa, non è particolarmente problematico ricondurli sia semanticamente che normativamente alla forma paradigmatica della discriminazione diretta. Sia le molestie che l'ordine di discriminare, infatti, sono equiparati alla discriminazione diretta, perché in queste fattispecie il trattamento svantaggioso è direttamente collegato in senso causale a uno o più dei fattori protetti. Le condotte tipizzate da queste due fattispecie sono ritenute dal diritto intrinsecamente negative, pertanto la legge non prevede che si debba effettuare il confronto con un soggetto in situazione analoga per individuarle. Tale classificazione come forma di discriminazione diretta anche in assenza di un termine di paragone o "comparator" non sembra generare particolari problemi teorici. Al contrario, come si vedrà in seguito (si veda la trattazione nella parte seconda), molti ritengono che il test del "comparator" non sia necessario per individuare la discriminazione e che vada abolito. In ogni caso, la previsione di queste forme specifiche di discriminazione permette una tutela più ampia della persona da comportamenti che rientrerebbero comunque nello spettro dei comportamenti discriminatori, anche in assenza di esplicita previsione, ma che il diritto ha tipizzato e previsto in modo specifico per via della forma di abuso verbale o fisico in cui queste condotte si concretizzano e della forte carica denigratoria e umiliante che possiedono. Lo status psicologico del soggetto colpito dalle molestie, il sentimento di umiliazione, vergogna, imbarazzo, fastidio, in questi casi è apprezzabile, rilevante. Tuttavia, in termini teorici non è necessario che sia presente: non è necessario che il discriminato abbia percezione, sia consapevole, di essere soggetto alla discriminazione e soffra questo, perché la molestia è apprezzabile in termini oggettivi⁶.

⁵ Corte EDU, Paraskeva Todorova c. Bulgaria, ricorso n. 37193/07, sentenza 25 marzo 2010.

⁶ Raccomandazione 92/131/CEE della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro.

La discriminazione per associazione si configura quando il soggetto discriminato subisce la discriminazione non in ragione della personale appartenenza a un gruppo con caratteristiche protette, ma in quanto si associa a o frequenta, per scelta o per altri motivi, persone che hanno un tratto o una caratteristica protetta, ad esempio perché familiari o amici.

L'esempio paradigmatico di discriminazione per associazione è il caso oggetto della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa della signora Coleman⁷. La signora Coleman, madre di un figlio disabile, si era rivolta alla giustizia lamentando di avere subito un trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro proprio a causa della disabilità del figlio. I doveri di cura avevano determinato per lei ritardi in ufficio e la necessità di chiedere permessi per occuparsi dei bisogni del figlio. Da parte datoriale, non solo le richieste della signora Coleman non erano state accolte, ma la donna aveva subito minacce di licenziamento, insieme a espressioni denigratorie e offensive sulle condizioni del figlio. A seguito di comparazione della situazione della donna con quella dei colleghi con figli a cui il datore di lavoro aveva concesso flessibilità per rispondere ai bisogni della prole, la Corte di Lussemburgo ha stabilito che la donna aveva subito discriminazione e molestie dovute alla disabilità del figlio, cioè una discriminazione per associazione.

Ma che natura deve avere e quanto deve essere stretto il legame tra soggetto discriminato "per associazione" e soggetto portatore della caratteristica protetta? Si ritiene ormai pacificamente che, perché si configuri la discriminazione per associazione, non sia necessario che il legame tra il soggetto che subisce il trattamento svantaggioso e il soggetto che possiede la caratteristica protetta sia così stretto come nel caso Coleman. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che il legame possa essere addirittura costituito da una mera situazione di fatto, come la residenza in un quartiere prevalentemente abitato da un gruppo accomunato da una caratteristica protetta⁸.

⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 17 luglio 2008, causa C-303/06, Coleman c. Attridge Law e Steve Law.

⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 16 luglio 2015, causa, C-83/14, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*.

Anche la discriminazione per associazione è equiparata alla discriminazione diretta (ma non si esclude che possa presentarsi anche nella forma indiretta) e la sua riconduzione a questa forma di discriminazione sul piano normativo sembra non presentare particolari problemi dal punto di vista teorico.

4.2. La discriminazione statistica

La discriminazione statistica⁹ è un concetto che è stato dapprima sviluppato in ambito economico, in particolare in ambito lavoristico, ed è stata definita come:

“the phenomenon of a decision-maker using observable characteristics of individuals as a proxy for unobservable, but outcome-relevant characteristics. The decision-makers can be employers, college admission officers, health care providers, law enforcement officers, etc., depending on the specific situation. The observable characteristics are easily recognisable physical traits which are used in society to broadly categorize demographic groups by race, ethnicity, or gender. But, sometimes the group characteristics can also be endogenously chosen, such as club membership or language”¹⁰.

Tale nozione si porrebbe in contrapposizione alla discrimi-

⁹ Sul tema si vedano: B. EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, cit.; G.S. BECKER, *The Economics of Discrimination*, second edition, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1971; E.S. PHELPS, “The Statistical Theory of Racism and Sexism”, in *The American Economic Review*, 62, 4/1972, pp. 659-661; K.J. ARROW, “The Theory of Discrimination”, in O. ASHENFELTER, A. REES (a cura di), *Discrimination in Labor Markets*, Princeton University Press, Princeton, 1973, pp. 3-33; D. WASSERMAN, “The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability”, cit., pp. 940-941; D. WASSERMAN, “Racial Generalizations and Police Discretion”, cit., pp. 115-130; F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, cit., pp. 82 e ss.; S. FREDMAN *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 60-61; K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 79-99; M. KELMAN, “Concepts of Discrimination in ‘General Ability’ Job Testing”, in *Harvard Law Review*, 104, 6/1991, pp. 1157-1247.

¹⁰ H. FANG, A. MORO, *Theories of Statistical Discrimination and Affirmative Action: A Survey*, National Bureau of Economic Research, Inc., Cambridge, MA, 2010, p. 1.

nazione basata sulle preferenze distorte dal pregiudizio o dall'ostilità:

“[i]n contrast to taste-based theories of discrimination (see Becker 1957), statistical discrimination theories derive group inequality without assuming racial or gender animus, or preference bias, against members of a targeted group”¹¹.

Secondo questa distinzione, la discriminazione basata sui gusti o preferenze sarebbe arbitraria, quella basata su dati statistici sarebbe invece fondata su dati verificabili, razionali, affidabili e sarebbe, dunque, razionale.

Lippert-Rasmussen definisce la discriminazione statistica come il trattamento comparativamente svantaggioso di una persona che appartiene a un gruppo con caratteristiche socialmente salienti, sulla base di un tratto posseduto (o che si ritiene posseduto) da quella persona e che si ritiene statisticamente rilevante, rispetto a un altro soggetto che non possiede o che non si ritiene possedga, quel tratto¹².

La configurazione della discriminazione statistica nel caso in cui l'agente che la pone in essere non sia una persona pone gli stessi problemi che sono stati discussi a proposito della configurabilità della discriminazione indiretta. In particolare, chi ritiene che sia necessario uno stato mentale specifico, di ostilità, disprezzo, basato su errori cognitivi, come pregiudizi o stereotipi, perché vi sia la discriminazione, ha più difficoltà a considerare la discriminazione statistica una forma di discriminazione, perché questa non implica necessariamente né che l'agente sia personale, né che abbia uno stato mentale censurabile.

¹¹ *Ibidem*. Si vedano pure E.S. PHELPS, “The Statistical Theory of Racism and Sexism”, cit., pp. 659-661; K.J. ARROW, “The Theory of Discrimination”, cit.

¹² “X engages in statistical discrimination against Y in relation to Z by Φ -ing if, and only if:

(i) X group-discriminates against Y in relation to Z by Φ -ing (...) and
 (ii) It is because (X believes that) Y has P and (X believes that) Z has not, and because (X believes that) P is statistically relevant, that X treats Y worse than Z by Φ -ing”. K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 81.

In generale, la discriminazione statistica è stata considerata una forma sia diretta, sia indiretta, di discriminazione¹³. In entrambi i casi, infatti, il tratto rilevante (genere, appartenenza etnica, ecc.) viene usato come “proxy” o indicatore statistico, per la presenza di altre proprietà, è cioè adoperato per inferire altre proprietà, tratti o caratteristiche sulla base di dati statistici riferiti alle persone che posseggono il tratto-proxy.

Per quanto appena detto, i problemi che la discriminazione statistica chiama in causa riguardano il ruolo e la legittimità di tutte le operazioni che implicano o si basano su una “generalizzazione”, ove per generalizzazione si intenda l’operazione mentale attraverso cui: “[o]n the basis of a characteristic of some members of a class, we reach conclusions or make decisions about the entire class”¹⁴.

Dal punto di vista morale, il problema della discriminazione statistica, così intesa, è che il trattamento basato su generalizzazioni statistiche sembra violare il principio morale per cui ogni persona va trattata come individuo e per cui ogni caso va trattato nella sua singolarità, perché nel caso della discriminazione statistica l’individuo sarebbe trattato in un certo modo non già per i suoi meriti, per le circostanze concrete della situazione in cui si trova, ma per la sua appartenenza a un gruppo. Per risolvere il problema, alcuni distinguono tra discriminazione statistica accurata, che sarebbe basata su credenze verificabili, ovvero generalizzazioni accurate, e inaccurata, basata invece su credenze non corrette, false, insufficienti ovvero su generalizzazioni inaccurate¹⁵.

Nel caso in cui le credenze sulle quali poggia l’azione discriminatoria fossero basate su pregiudizi, ad esempio, che sono distorsioni cognitive, ciò determinerebbe l’illegittimità dell’azione morale. I pregiudizi sono giudizi errati e, per questo, non possono costituire premesse dell’azione moralmente legittima. Questo non sembra porre questioni morali di particolare momento. Il

¹³ *Ivi*, pp. 85-94.

¹⁴ F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, cit., p. 4.

¹⁵ D. WASSERMAN, “Racial Generalizations and Police Discretion”, cit., pp. 115-130; F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, cit., pp. 7 e ss.; e pp. 17-19; K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 89-94.

problema sembra porsi, invece, quando i dati sulla base dei quali si effettua la generalizzazione sono accurati. È corretto agire sulla base di una generalizzazione accurata? È lecito e moralmente ammissibile trattare qualcuno in un modo svantaggioso sulla base di un tratto che è statisticamente associato, ad esempio, alla propensione a commettere delitti, ad astenersi dal lavoro per doveri familiari (e così via)?

Un esempio immaginario di discriminazione statistica basata su generalizzazioni accurate è la circostanza che, sulla base di dati statistici sulla dispersione scolastica degli studenti di etnia Rom e Sinti, il docente non si preoccupi di seguire con la dovuta attenzione uno studente di etnia Rom che fa parte della sua classe, perché ritiene che, prima o poi, abbandonerà per sempre gli studi e, pertanto, non vuol perdere tempo con una causa che ritiene persa in partenza. Dunque, sulla base del dato che statisticamente gli studenti Rom abbandonano gli studi in età scolare, il docente ipotizza che anche il suo studente di etnia Rom abbandonerà gli studi e su questa ipotesi agisce, trattando lo studente Rom con meno attenzione rispetto agli altri. Questo trattamento peggiore dello studente Rom rispetto agli altri si basa su dati statistici o sulla presunzione che tali statistiche in effetti esistano, e pone il problema morale della correttezza dell'azione del docente, determinata da una generalizzazione fondata su dati statistici, in questo caso, accurati.

Come avverte Schauer, il nostro pensiero funziona sempre per generalizzazioni e, dunque, è difficile distinguere il processo che porta alla discriminazione statistica rispetto a quella non statistica. In sostanza, le generalizzazioni sono parte del modo in cui pensiamo e decidiamo, cioè sono ineliminabili¹⁶. Schauer ritiene che l'applicazione di dati statisticamente non accurati sia sempre moralmente sbagliato¹⁷. Il vero quesito, per Schauer, riguarda i casi di "statistically sound but nonuniversal applications", cioè l'applicazione di dati statistici accurati ma non universali e, in particolare, riguarderebbe i casi specifici in cui la generalizzazione non tiene, è smentita, non confermata¹⁸.

¹⁶ F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, cit., p. 5.

¹⁷ *Ivi*, pp. 1-25.

¹⁸ *Ivi*, p. 40.

Schauer sostiene che in generale l'uso di dati statistici accurati sia moralmente permessibile nella maggior parte dei casi, sebbene vi siano alcune eccezioni¹⁹. Tuttavia, si potrebbe obiettare che il principio morale secondo cui è corretto trattare gli individui come tali, e non sulla base di un carattere che li accomuna a un gruppo, sarebbe violato anche quando le generalizzazioni empiriche sono accurate.

Ma in che modo, e quando, un certo tratto si può considerare statisticamente rilevante per un soggetto che fa parte di un gruppo? Kasper Lippert-Rasmussen suggerisce che:

“For P, i.e., membership in a socially salient group, to be statistically relevant, it is necessary and sufficient that the probability of having a certain interesting feature given that one is a member of this group is higher (or lower) than the probability of having this feature given that one is not a member of this group”²⁰.

In questo senso, un tipo moralmente molto problematico di discriminazione statistica è il “racial profiling”. È stato documentato che, sulla base di assunzioni riguardo alla percentuale con cui le persone appartenenti a una certa etnia commettono crimini (accurate o meno, provenienti da statistiche effettivamente compilate oppure sulla base di generalizzazioni e associazioni fatte dal singolo poliziotto), gli agenti di polizia fermano per i controlli prevalentemente individui che possiedono quel tratto (es. nigeriani, neri, ecc.). Ad esempio, il “racial profiling” porta ad essere bersaglio di controlli di polizia solo perché neri e in proporzione maggiore rispetto ai non neri²¹. Ciò appare moralmente discutibile. Può capitare che dati statistici siano utilizzati selettivamente e ignorati altrettanto selettivamente o in modo sproporzionato:

¹⁹ *Ivi*, p. 19.

²⁰ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 86.

²¹ I dati della Metropolitan Police in Gran Bretagna riportano chiaramente che essere nero comporta una maggiore probabilità di essere fermato dagli agenti per le operazioni di “stop-and-search” previste dalla legge (si veda: <https://www.met.police.uk/sd/stats-and-data/met/stop-and-search-dashboard/>). Una differenza è se la credenza è endogena, cioè basata sull'osservazione diretta dell'agente, ovvero esogena, ovvero basata su credenze che derivano dalla società.

“ad esempio, quando si sa che i membri di un gruppo di minoranza sono più inclini a commettere un particolare tipo di delitto, gli ufficiali di polizia che si occupano di quel delitto dedicano molta più attenzione a questo gruppo, ma quando si sa che i membri di un gruppo maggioritario sono molto più spesso impegnati in un tipo di crimine comparabile non si fa uso di questa – supponiamo – informazione altrettanto utile”²².

Il diritto statunitense proibisce la discriminazione statistica nei confronti di membri appartenenti a gruppi protetti, ad esempio, in ambito lavorativo, per cui è necessario valutare un candidato per il posto di lavoro sempre sulla base di considerazioni legate alla sua situazione individuale, e non sulla base di generalizzazioni statistiche, anche se accurate, relative al gruppo di minoranza con cui il candidato condivide una caratteristica socialmente saliente²³.

Si possono muovere alcune obiezioni generali all'uso di questa tecnica anche sul piano dell'efficienza, che è di solito considerata una ragione a favore dell'uso di dati statistici a guida del comportamento. Infatti, sebbene per giustificare la discriminazione statistica sarebbe necessario almeno disporre delle statistiche migliori, più accurate e aggiornate, non sempre queste sono nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza, della Pubblica Amministrazione e dei privati.

Inoltre, si potrebbe dire che gli scopi che ci si prefigge di raggiungere con politiche che utilizzano il “racial profiling” (o altri tipi di “profiling”) potrebbero essere raggiunti con altri mezzi che sono percepiti come meno problematici moralmente. L'uso, negli Stati Uniti, di statistiche in cui le percentuali di differenza tra maggioranza bianca e minoranza nera sono minime contribuisce a fare sentire le minoranze ancora più marginali, perché viene recepito come un messaggio che dice “non siamo uguali a voi”²⁴.

²² K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 91 (T.d.A.).

²³ R.J. ARNESON, “Equality of Opportunity”, in E.N. ZALTA *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (summer 2015 edition)*, disponibile su <https://plato.stanford.edu/entries/equal-opportunity/#AntLawDisTreDisImp>.

²⁴ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?* cit., pp. 91-93. Secondo l'Autore, tali caratteristiche sono spesso associate alla discriminazione statistica, ma non sono parte di questo concetto. Dunque, non in tutti i casi

L'obiezione più forte a questa forma di discriminazione è quella mossa da Benjamin Eidelson, il quale ritiene che il controllo sulla razionalità o accuratezza dei dati statistici impiegati nel "racial profiling" non risolva tutti i problemi legati a questa forma di discriminazione. Eidelson ritiene che la discriminazione statistica sia una forma "ibrida" di discriminazione, perché risponderebbe per certi aspetti alla definizione di discriminazione diretta, ma per certi altri aspetti eluderebbe questa definizione. In ogni caso si tratta, secondo Eidelson, di una forma particolarmente problematica di discriminazione²⁵. Nella maggior parte dei casi, infatti, la discriminazione statistica comporta il trattamento irrispettoso delle persone che colpisce, nel senso che impedisce di trattare ciascuno come *persona*, sulla base delle circostanze individuali, specifiche, relative alla situazione in cui questa persona si trova. In questo modo le si manca di rispetto, si fallisce nel trattarla come individuo dotato di autonomia: è proprio in questo che consiste l'ingiustizia della discriminazione²⁶. Il dovere di trattare le persone con rispetto, secondo Eidelson, impone due comportamenti riguardo alle informazioni che si utilizzano come premesse delle azioni; da un lato, di escludere l'uso di inferenze che, a partire da un certo tratto, portano a indurre delle informazioni sulla base dell'appartenenza dell'individuo a un gruppo, come ad esempio accade nel "racial profiling"; dall'altro lato, tale dovere impone di includere le informazioni relative agli sforzi che una persona ha fatto nel suo percorso di vita come agente autonomo, dando dunque rilievo alle scelte personali, senza implicare dalla presenza di un tratto che le scelte saranno determinate in un certo modo e non in un altro. Queste informazioni non standardizzate e basate sulle circostanze individuali, ove ragionevolmente

in cui, per via di questi elementi, la discriminazione statistica è vista come moralmente detestabile, è, in effetti, così: a volte la discriminazione statistica può essere posta in essere senza suscitare particolari problemi morali e, invece, le caratteristiche a essa associate, sì. Se, invece, la discriminazione statistica è moralmente sbagliata, non lo è in virtù di queste caratteristiche.

²⁵ B. EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, cit., p. 2.

²⁶ *Ivi*, pp. 127-170.

disponibili, devono essere tenute adeguatamente in considerazione²⁷.

In ogni caso, la discriminazione statistica è considerata una forma di discriminazione che si può ricondurre normativamente alla discriminazione diretta o indiretta. Chi, come Lippert-Rasmussen, ritiene che la discriminazione possa avvenire anche senza un agente definibile non ha problemi a ricondurre la discriminazione statistica sia alla discriminazione diretta che a quella indiretta e non considera problematica la possibilità che agenti non umani, come i sistemi computerizzati che si servono di algoritmi, possano discriminare²⁸. Chi, invece, dà rilievo allo stato mentale dell'agente discriminatore potrebbe ritenere più problematico ricondurre questa forma di discriminazione alla discriminazione diretta.

4.3. La discriminazione strutturale, istituzionale, sistemica

Quando le regole che governano i rapporti sociali nei settori principali della vita pubblica e privata, come i rapporti di famiglia, proprietà e politici, sono discriminatorie, si parla di discriminazione strutturale²⁹, istituzionale o sistemica³⁰.

Secondo alcuni autori, per dire che la discriminazione strutturale è ingiusta, non basta che si osservino effetti svantaggiosi sproporzionati causati dall'assetto delle regole della società negli ambiti importanti della vita, ma è necessario che siano anche violati i principi di giustizia distributiva: "a pattern of disproportionate disadvantage falling on the members of certain

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 79-99.

²⁹ F.L. PINCUS, "From Individual to Structural Discrimination", in F.L. PINCUS, H.J. EHRLICH (a cura di), *Race and Ethnic Conflict – Contending Views on Prejudice, Discrimination, and Ethnoviolence*, Westview, Boulder, CO, 1994, pp. 82-87; Pogge intende dimostrare che esiste una discriminazione strutturale globale, ovvero una "arbitrary discrimination in favour of affluent societies and against the global poor" (T. POGGE, *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Malden, MA, 2008, p. 114); C. BARTOLI, *Razzisti per legge*, cit.

³⁰ K. TURE, C.V. HAMILTON, *Black Power – The Politics of Liberation*, Vintage Books, New York, 1992.

salient groups does not count as structural discrimination unless the pattern violates sound principles of distributive justice”³¹.

Questa forma di discriminazione è particolarmente perniciosa, perché spinge i gruppi con caratteristiche socialmente e storicamente salienti in posizione di marginalità e favorisce il loro soggiogamento da parte di gruppi dominanti oppure li mantiene in posizione subalterna³². Per il fatto che la discriminazione strutturale sembra essere impersonale, sembrerebbe che questa sia un tipo di discriminazione indiretta, anche se pare corretto aggiungere che essa è il risultato di diversi atti di discriminazione diretta, possibilmente anche sanciti da regole giuridiche, in certi momenti storici. Quindi, a ben vedere, è una forma mista, che risulta dall’unione di discriminazioni dirette e indirette, messe in atto da agenti personali e impersonali (come enti, organizzazioni, organi dello Stato, ecc.). Poiché è certamente possibile ricondurre questa forma di discriminazione alle due forme precedentemente descritte, sembra corretto dire che si tratta dello stesso fenomeno dal punto di vista anche normativo.

È questo il modo in cui la Corte EDU è addivenuta alla condanna dell’Italia in un tragico caso di discriminazione istituzionale, il caso *Talpis c. Italia*³³. L’inerzia da parte delle autorità di polizia, che omettono o ritardano di investigare su un caso di violenza nei confronti di una donna che subisce maltrattamenti in famiglia da parte del marito³⁴, comporta il venir meno dello Stato, anche in maniera non intenzionale, agli obblighi positivi di protezione delle donne contro le violenze domestiche³⁵. Ciò si traduce in una violazione del diritto delle donne a un’uguale

³¹ A. ALTMAN, “Discrimination”, cit.

³² F.L. PINCUS, “From Individual to Structural Discrimination”, cit., pp. 82-87.

³³ Corte EDU, *Talpis c. Italia*, Prima Sezione, ricorso n. 41237/14, sentenza 2 marzo 2017.

³⁴ *Ivi*.

³⁵ Sull’obbligo positivo degli Stati di assicurare alle donne protezione dalla violenza domestica, si veda la seguente giurisprudenza della Corte EDU: *Eremia c. Repubblica di Moldavia*, ricorso n. 3564/11, sentenza 28 maggio 2013, paragrafo 89; *T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldavia [GC]*, ricorso n. 26608/11, sentenza 28 gennaio 2014, paragrafo 62; e *Mudric c. Repubblica di Moldavia*, ricorso n. 74839/10, sentenza 16 luglio 2013, paragrafo 63.

protezione di fronte alla legge ed è, pertanto, una condotta intrinsecamente discriminatoria. Secondo la Corte EDU, nel caso Talpis, “la passività generalizzata e discriminatoria della polizia” ha generato un “clima favorevole alla violenza”; “l’evidente inerzia delle autorità, che ha impedito di assicurare una protezione effettiva alla donna, prova che esse hanno sottostimato la gravità delle violenze familiari, con ciò di fatto concorrendo alla loro causazione”³⁶.

4.4. La discriminazione multipla

Quando un soggetto è discriminato sulla base di due o più fattori di protezione si parla di discriminazione multipla³⁷, che può essere “ordinaria”, additiva o intersezionale (o intersettoriale). Si ha discriminazione multipla ordinaria quando uno stesso soggetto viene discriminato in tempi diversi sulla base di fattori di protezione diversi. Ad esempio, una donna musulmana viene discriminata in base al genere nella selezione per l’accesso al lavoro e, successivamente, viene discriminata in base alla religione perché non ottiene una promozione in quanto di fede musulmana. La tutela giuridica, in questo caso, consiste nell’agire in giudizio per le due violazioni separatamente³⁸.

Quando, invece, la violazione è contemporanea, basata su più fattori che rimangono chiaramente distinguibili e presenti, aggiungendosi l’uno all’altro in modo da aggravare l’entità della violazione, si configura una discriminazione additiva.

L’Equality Act 2010 definisce la discriminazione multipla

³⁶ Corte EDU, Talpis c. Italia, Prima Sezione, ricorso n. 41237/14, sentenza 2 marzo 2017, paragrafo 145.

³⁷ Per un’esposizione dettagliata sulla genesi politica, i documenti legislativi sulla discriminazione multipla e le diverse forme in cui il concetto è stato declinato si vedano: S. ATREY, *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, Oxford, 2019; T. LEWIS, *Multiple Discrimination*, cit.; C.A. MACKINNON, “Intersectionality as a Method: A Note”, in *Signs, Journal of Women in Culture and Society*, 38, 4/2013, pp. 1019-1030.

³⁸ B.G. BELLO, “Discriminazioni multiple e intersezionalità”, 11 maggio 2015 disponibile su <https://www.asgi.it/notizie/approfondimento-del-servizio-antidiscriminazione-del-mese-di-maggio-2015-discriminazioni-multiple-e-intersezionalita/>.

come “combined discrimination: dual characteristics”, riconoscendo la possibilità che solamente due fattori di protezione interagiscano tra loro. Ma si possono ipotizzare discriminazioni multiple in cui rilevino più di due fattori di protezione.

Nel caso della discriminazione intersezionale, i fattori di protezione si intersecano senza che sia possibile distinguere gli effetti dell'uno e dell'altro.

La nozione di discriminazione intersezionale si deve a Kimberlé Crenshaw³⁹, che ha dimostrato come le donne nere negli Stati Uniti siano svantaggiate in modo diverso sia dalle donne bianche, sia dagli uomini neri, e come questi due caratteri salienti (“donna” e “nera”) si combinino per produrre situazioni di svantaggio fino ad allora trasparenti alla dottrina e per questo non classificate dalla teoria della discriminazione. Crenshaw nota come le donne nere si trovino al centro dell'intersezione tra sistemi che subordinano in modi diversi le donne e i neri. Esse subiscono la combinazione degli effetti delle pratiche che discriminano sulla base del sesso o genere e sulla base del colore della pelle, fattori che si compongono tra loro in modo da diventare indistinguibili e costituire un tutt'uno diverso dai

³⁹ K. CRENSHAW, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, cit., pp. 139-167; K. CRENSHAW, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, cit., pp. 1241-1299; K. CRENSHAW, “Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti-discrimination Law”, in K. CRENSHAW, N. GOTANDA, G. PELLER, T. KENDALL (a cura di), *Critical Race Theory – The Key Writings that Formed the Movement*, The New Press, New York, 1995, pp. 103-126; S. CHO, K. CRENSHAW, L. MCCALL, “Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis”, in *Signs, Journal of Women in Culture and Society*, “Intersectionality: Theorizing Power, Empowering Theory”, 38, 4/2013, pp. 785-810; K. CRENSHAW, “Unmasking colorblindness in the Law: Lessons from the Formation of Critical Race Theory”, in K. CRENSHAW, L.C. HARRIS, D.M. HO-SANG, G. LIPSITZ (a cura di), *Seeing Race Again – Countering Colorblindness across the Disciplines*, University of California Press, Los Angeles, 2019, pp. 52-84; I. SOLANKE, “Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality”, in *The Modern Law Review*, 72, 5/2009, pp. 723-749; I. SOLANKE, “Infusing the Silos in the Equality Act 2010 with Synergy”, in *Industrial Law Journal*, 40, 4/2011, pp. 336-358.

³⁹ C.A. MACKINNON, “Intersectionality as a Method: A Note”, cit., pp. 1019-1030; I. SOLANKE, *Discrimination as Stigma – A Theory of Anti-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

fattori separatamente considerati. Al cuore del concetto di discriminazione intersezionale sono gli “effetti sinergici” dei due elementi che si mescolano⁴⁰. La categoria della discriminazione intersezionale è una categoria “correttiva”⁴¹, che fonde insieme la razza e l’etnia con il sesso e genere, per rimediare all’invisibilità del fenomeno. Certamente, l’intersezionalità non è un fenomeno limitato a questi tre fattori solamente, ma comprende tutte le possibili combinazioni dei fattori di protezione.

Discriminazioni multiple ordinarie, additive e intersezionali possono avere forma sia diretta che indiretta⁴².

Nonostante il fatto che la discriminazione intersezionale sia molto frequente, tanto da essere definita come la norma più che l’eccezione, come è stato dimostrato in ambito sanitario⁴³, il problema principale di questa nozione si presenta sul piano dell’applicazione. Infatti, in mancanza di legislazioni particolarmente avanzate in materia, la giurisprudenza tende ancora a considerare e interpretare i fattori di protezione separatamente. Inoltre, vi è una difficoltà particolare che riguarda l’argomentazione della discriminazione intersezionale, e cioè il problema della costruzione del termine di paragone (o “comparator”, si veda la seconda parte di questo lavoro).

⁴⁰ “Synergetic intersections are like chemical compounds: just as the mixing of oxygen and hydrogen results in water not ‘oxyhydrogen’, or tin and copper together make bronze, not ‘tinper’, intersectionality creates a new compound subject”. I. SOLANKE, “Infusing the Silos in the Equality Act 2010 with Sinergy”, cit., p. 340.

⁴¹ C.A. MACKINNON, “Intersectionality as a Method: A Note”, cit., p. 1020.

⁴² B.G. BELLO, L. MANCINI, “Talking About Intersectionality. Interview with Kimberlé W. Crenshaw”, cit., pp. 11-21; BELLO, B.G., “From Books to Action: Has Protection against Discrimination Become Intersectional in Italy”, cit., pp. 191-224; B.G. BELLO, “Why Do We Need That the EU Anti-discrimination Law and Policy Go Intersectional?”, in IGLYIO on intersectionality, 2/2014, pp. 22 e ss.; B.G. BELLO, “Mandala of Identity and Intersectionality”, 2008, disponibile su <https://www.salto-youth.net/tools/toolbox/tool/mandala-of-identity-and-intersectionality-simple.707/>; B.G. BELLO, “Multiple Discrimination between the EU Agenda and Civic Engagement: the Long Road of Intersectional Perspective”, in *Roma Rights Journal*, 2/2009, pp. 11 e ss., disponibile su <http://www.errc.org/roma-rights-journal/roma-rights-2-2009-multiple-discrimination/3564/2>.

⁴³ I. SOLANKE, *Discrimination as Stigma*, cit., pp. 133-159.

Si ritiene che il potenziale di questa nozione sia ancora da scoprire e certamente ancora non riconosciuto adeguatamente in un'Europa in cui la migrazione interna dei cittadini europei e quella dei cittadini provenienti da paesi terzi sono fenomeni ormai strutturali e, dunque, la probabilità che si verifichino ordinariamente casi di discriminazione intersezionale è, senza dubbio, in aumento.

PARTE II
IL FONDAMENTO FILOSOFICO
DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

V

UNA MOLTEPLICITÀ DI CONCEZIONI

Sommario

5.1. La questione del fondamento. – 5.2. Irrazionalità, stereotipi e pregiudizi, merito.

5.1. La questione del fondamento

Fin qui, ci siamo interrogati su quali siano le forme della discriminazione e sulla questione se tutte e ciascuna di queste possano essere ricondotte a una stessa nozione dal punto di vista normativo (questione definitoria). Questo Capitolo e quelli che seguono sono dedicati, invece, alla questione del fondamento o giustificazione morale del diritto antidiscriminatorio. Cercheremo, quindi, di ricostruire le diverse posizioni che provano a dare ragione dell'intuizione morale che la discriminazione non è soltanto un trattamento diverso rispetto al trattamento riservato a qualcun altro, e svantaggioso, ma è una vera e propria ingiustizia; che chi viene discriminato ha subito un torto, un sopruso, un'offesa sul piano morale. Nelle pagine che seguono, pertanto, si userà il termine "discriminazione" nell'accezione moralizzata (si veda, *supra*, Capitolo primo, paragrafo quinto), salvo diversa specificazione.

Qual è il tipo specifico di ingiustizia che il diritto antidiscriminatorio vuole prevenire o a cui vuole rimediare? Si tratta di un'ingiustizia pubblica? Oppure privata? Colpisce il gruppo o l'individuo? Come si riconosce questo tipo di ingiustizia? Diverse teorie hanno formulato risposte a questi quesiti, dando origine a una pluralità di concezioni sul fondamento morale del diritto antidiscriminatorio.

Una distinzione generale preliminare, già tracciata a diverso proposito nelle pagine che precedono, è quella tra le teorie che considerano l'ingiustizia della discriminazione come un'ingiustizia che è sempre di tipo individuale, colpisce cioè sempre un individuo per la sua appartenenza al gruppo¹, e quelle che ritengono che l'ingiustizia della discriminazione colpisca il gruppo discriminato nel suo insieme². Deborah Hellman e Sophia Moreau, ad esempio, ritengono che la discriminazione sia sempre un'ingiustizia che colpisce l'individuo, perché consiste, rispettivamente, nel trattare le persone da inferiori e nel violare le libertà deliberative che spettano in egual misura a ciascuno.

Tra coloro che ritengono che la discriminazione sia un'ingiustizia verso il gruppo vi è Owen Fiss, il quale individua un "group-disadvantaging principle", che proibisce qualsiasi azione che perpetui o aggravi lo status subordinato di certi gruppi nella società. In modo simile, Cass Sunstein vede nel diritto antidiscriminatorio l'espressione di un "anticaste principle", secondo cui è proibito svantaggiare o stigmatizzare i gruppi per una caratteristica riconoscibile, visibile, eppure moralmente irrilevante³.

Ci sono anche teorie che riconciliano queste due prospettive, distinguendo analiticamente la discriminazione su larga scala, che colpirebbe i gruppi relegandoli in una posizione di svantaggio relativo rispetto al gruppo omologo, e quella nei casi particolari, che colpirebbe sempre individui singoli, risultando poi nella discriminazione apprezzabile a livello macroscopico⁴.

L'indagine sulla ragione per cui la discriminazione è ingiusta è collegata alla ragione per cui sono previste e si giustificano le norme di diritto antidiscriminatorio, anche se questo collegamento merita di essere approfondito in altre ricerche. In questa sede, sembra già utile chiarire quali concezioni sono state elaborate e quali sono i loro elementi essenziali, il che è lo scopo precipuo delle pagine che seguono.

Nel discorso comune dell'uomo della strada, il divieto di di-

¹ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.

² O.M. FISS, "Groups and the Equal Protection Clause", cit., pp. 107-177; C.R. SUNSTEIN, "The Anticaste Principle", cit., pp. 2410-2455.

³ O.M. FISS, "Groups and the Equal Protection Clause", cit., pp. 107-177; C.R. SUNSTEIN, "The Anticaste Principle", cit., pp. 2410-2455.

⁴ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit.

scriminare è principalmente legato al valore dell'eguaglianza. Alcune delle concezioni più classiche sostengono che la proibizione della discriminazione si fondi sul valore dell'eguaglianza e abbia come fine il raggiungimento di questo ideale.

La dottrina recente ha elaborato una diversa spiegazione del perché la discriminazione è un'ingiustizia, che si impernia sulla libertà, invece che sull'eguaglianza. Tale elaborazione dottrinale ha raccolto un impulso giurisprudenziale, costituito essenzialmente da un nuovo orientamento interpretativo inaugurato dalla Corte suprema degli Stati Uniti. Se, infatti, tradizionalmente, il diritto antidiscriminatorio era interpretato dalla Corte suprema nell'alveo della "equal protection clause", che si ritiene tuteli e promuova il valore dell'eguaglianza, più di recente tale protezione è stata ricondotta alla "due process of law clause", invocata tipicamente per difendere la libertà individuale.

Dunque, in merito alla giustificazione del diritto antidiscriminatorio, si distinguono diverse posizioni, che possono essere ricomprese in diversi gruppi di teorie. Si distingueranno le concezioni basate sull'eguaglianza, o "egualitarie", quelle basate sulla libertà o "liberali" e quelle basate sulla dignità o "dignitarie"⁵. Alcune tra le tesi basate sull'eguaglianza si caratterizzano per l'enfasi attribuita all'aspetto espressivo degli atti discriminatori, cioè al significato di tali atti, che sono definiti come "oggettivamente" idonei a sminuire, diminuire, svilire l'eguale valore morale della persona che viene discriminata agli occhi di chi guarda. Tali tesi sono denominate "espressiviste" e ad esse sarà dedicata un'attenzione particolare. Tra le tesi "egualitarie" vi sono, inoltre, quelle basate sul danno.

Accanto a queste, vi sono le tesi che ritengono immorale la discriminazione perché si tratterebbe di un comportamento arbitrario e, per questo, moralmente censurabile. A queste si aggiunge una concezione detta "pluralista multilivello" o "mista", che fa riferimento a più giustificazioni diverse in relazione a diversi livelli del discorso sul diritto antidiscriminatorio: quello teorico, quello sistemico e quello pratico.

La classificazione di questa molteplicità di concezioni non è

⁵ D. HELLMAN, "Equality and Unconstitutional Discrimination", cit., pp. 51-70.

agevole. Tarunabh Khaitan effettua una tripartizione dei gruppi di teorie sulla giustificazione del diritto antidiscriminatorio, distinguendole in: teorie “egualitarie”, “liberali” e “dignitarie”⁶. A noi sembra che alcune delle teorie che in questa tripartizione sono ricomprese nel gruppo delle dignitarie siano basate sull’eguaglianza e altre siano imperniate sulla autonomia, oltre che sulla dignità, per cui non seguiremo la tripartizione di Khaitan.

Kasper Lippert-Rasmussen divide pure le concezioni sul fondamento del diritto antidiscriminatorio in tre gruppi, che denomina rispettivamente: “concezioni basate sullo stato mentale” (“mental-state-based accounts”), “concezioni del significato oggettivo dell’atto” (“objective-meaning accounts”) e “concezioni basate sul danno” (“harm-based accounts”)⁷. Tuttavia, ci sembra che questa classificazione, che fa emergere degli aspetti cruciali con ricadute importantissime sulla identificazione delle forme della discriminazione (si veda, *supra*, Capitoli terzo e quarto, in particolare), metta in secondo piano la questione dei valori, o beni, che la proibizione della discriminazione mira a tutelare. Questo è un punto molto rilevante per una teoria del diritto antidiscriminatorio e, pertanto, non si seguirà la tripartizione di Kasper Lippert-Rasmussen.

In questo lavoro, le teorie saranno presentate sulla base di una classificazione che combina due criteri. Il primo criterio si riferisce al valore che viene considerato il fine ultimo, la ragione per cui si prevede (o si deve prevedere) il divieto di discriminare, che può essere l’eguaglianza, la libertà, il godimento sicuro di un certo insieme di beni fondamentali, la dignità, il diritto a non essere trattati in modo arbitrario. Il secondo criterio si basa sul carattere comparativo o assoluto del fondamento: le teorie che si basano sull’eguaglianza e quelle basate sul danno che verranno discusse in questo lavoro, infatti, considerano l’aspetto comparativo un elemento essenziale per definire la discriminazione ingiusta, mentre quelle che si basano sulla libertà, le teorie espressiviste e le teorie che si basano sulla dignità si appellano a un fondamento morale assoluto. Le teorie pluraliste di cui si discuterà fanno uso di entrambi i criteri, compara-

⁶ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 6-9.

⁷ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 105-189.

tivo e non comparativo, per fondare la giustificazione del divieto di discriminare, pertanto sono denominate in questo lavoro teorie “miste”.

Prima di passare all'esame dei principali argomenti sostenuti dagli autori che fanno capo a questi gruppi di teorie, esamineremo un argomento trasversale: la tesi che l'ingiustizia tipica della discriminazione sia l'arbitrarietà del trattamento. L'argomento dell'arbitrarietà verrà inteso in senso ampio, tale da ricomprendere diverse concezioni che fondano l'ingiustizia, in particolare, sull'uso di stereotipi e pregiudizi, sull'irrazionalità del comportamento e sul non trattare le persone secondo i loro meriti. Come vedremo, tale argomento è insufficiente, da solo, a fornire il fondamento morale ai divieti di discriminazione. Inoltre, è pure insufficiente dal punto di vista giuridico a spiegare tutte le caratteristiche del diritto antidiscriminatorio.

5.2. Irrazionalità, stereotipi e pregiudizi, merito

Un comportamento arbitrario è un comportamento ingiustificato e moralmente censurabile. Costruendo il significato di questo termine in modo ampio, si possono ricomprendere al suo interno diverse giustificazioni che sono state adottate per fondare la proibizione della discriminazione: l'argomento dell'irrazionalità; degli stereotipi e dei pregiudizi; e l'argomento del merito.

Di arbitrarietà parla Owen Fiss, perché, a suo parere, il principio antidiscriminatorio, un principio di intermediazione che serve alle corti per riempire di significato la “equal protection clause”, impedisce allo Stato di comportarsi in modo arbitrario: “[d]iscrimination involves a choice among persons and, as I said, an antidiscrimination principle operates by prohibiting government from making that choice arbitrarily”⁸. Tuttavia, ci sono alcune forme di azione dello Stato, criteri, previsioni e pratiche che non comportano una scelta tra persone, per le quali non ha senso domandarsi se vi sia una discriminazione “arbitraria”. Il principio antidiscriminatorio, per Owen Fiss, implica una concezione limitata dell'eguaglianza, fortemente individua-

⁸ O.M. FISS, “Groups and the Equal Protection Clause”, cit., p. 136.

listica e confinata a valutare la razionalità dei mezzi. Tuttavia, questo principio, inteso come protezione dall'arbitrio, per sua stessa ammissione, "provides no frame of references for assessing certain types of state conduct and for that reason is incomplete"⁹.

L'irrazionalità del comportamento discriminatorio è, per alcuni, il fondamento vero e proprio¹⁰ e, per altri, soltanto parte del fondamento¹¹, del divieto di discriminare. La censura di irrazionalità dell'atto discriminatorio è, per Gardner, una parte del fondamento del divieto di discriminare, che ha il suo completamento nel valore della libertà. Per questo motivo, la sua teoria sarà discussa in parte in questa sede e in parte nel paragrafo dedicato alle teorie fondate sulla libertà.

Per Gardner, l'atto discriminatorio è un comportamento privo di ragione, intesa come ragione giustificativa indefettibile. Gardner ritiene che chi ricopre posizioni di responsabilità nella società, come ad esempio i datori di lavoro e le imprese, abbia una ragione *prima facie* per rifiutare il lavoro a persone prepotenti, vanitose, vendicative, codarde, curiose, egocentriche, arroganti, per la loro "deficiency of character" che li rende "rationally unattractive". Mentre non c'è una ragione nemmeno *prima facie* per discriminare nei confronti delle donne o dei neri nella scelta dell'impiego, perché il tratto personale sulla base del quale sarebbero esclusi, l'essere donna o avere la pelle scura, non ha nessuna implicazione razionalmente corretta su come sia il loro carattere. Chi crede il contrario, secondo Gardner, è in errore, ha una credenza irrazionale, del tipo del pregiudizio, superstizione, creduloneria. La determinazione della legittimità di qualsiasi discriminazione è, per Gardner, "just a matter of having valid reasons for what you do, rationality's most basic requirement"¹².

Una parte significativa di questa tesi è che la discriminazio-

⁹ *Ivi*, p. 137.

¹⁰ A.M. MOONEY COTTER, *Race Matters – An International Legal Analysis of Race Discrimination*, Ashgate, Burlington, VT, 2006; A. FLEW, "Three Concepts of Racism", in *International Social Science Review*, 68, 3/1993, pp. 99-114.

¹¹ J. GARDNER, "On the Ground of Her Sex(uality)", cit., pp. 167-187.

¹² *Ivi*, p. 168.

ne costituirebbe un ingiusto trattamento dal punto di vista morale perché basato su stereotipi e su pregiudizi¹³. L'ingiustizia starebbe nella indebita generalizzazione, nell'attribuzione erronea di giudizi inaccurati a partire da un tratto immutabile oppure di un tratto che costituisce l'esplicazione, la conseguenza, la derivazione di una scelta fondamentale. Giudicare un altro sulla base di un pregiudizio, che è un giudizio errato, secondo Gardner, è irrazionale, perché il pregiudizio è un errore¹⁴, così come lo stereotipo.

Pregiudizi e stereotipi sono definiti come "strutture cognitive" in cui si raccolgono conoscenze, credenze e aspettative su un certo gruppo umano, secondo le percezioni del soggetto che le possiede. Lo stereotipo opera attraverso l'attribuzione di una certa caratteristica a un soggetto per il solo fatto che possiede un'altra caratteristica. Gli stereotipi, certamente, variano da contesto a contesto.

Il pregiudizio è stato definito come "an antipathy based upon a faulty and inflexible generalization"¹⁵. Tale definizione è stata criticata da vari autori in quanto l'antipatia non è un elemento comune a tutti i pregiudizi, infatti non sempre i destinatari della discriminazione raccolgono sentimenti ostili nei loro confronti. Inoltre, di pregiudizio si può parlare anche quando la generalizzazione che lo sostiene ha un certo grado di accuratezza. In ultimo, così come gli stereotipi, i pregiudizi sono flessibili e variano in relazione al contesto. Come nota Bobbio, ste-

¹³ Si vedano F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, cit. pp. 15 e ss.; e pp. 137 e ss.; J.F. DOVIDIO, P. GLICK, L.A. RUDMAN (a cura di), *On the Nature of Prejudice – Fifty Years after Allport*, Blackwell, Malden, MA, 2005. Sul ruolo delle corti nel perpetuare i pregiudizi si veda A. TIMMER, "Toward an Anti-stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", in *Human Rights Law Review*, 11, 4/2011, pp. 707-738.

¹⁴ "[T]hose who regard homosexuality as a perversion are mistaken, and hence do not have the reason for their anti-homosexual attitudes and activities that they take themselves to have, that employers and landlords and the occupants of similar roles, even when they do not share in the homophobic mistake themselves, should still not discriminate against homosexual and bisexual people". J. GARDNER, "On the Ground of Her Sex(uality)", cit., p. 174.

¹⁵ G.W. ALLPORT, *The Nature of Prejudice* (1949), Basic Books, New York, 1979, p. 9. Si veda anche S. BONI, "Stereotipo, valore, discriminazione", in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni*, cit., pp. 23-41.

reotipi e pregiudizi sono fenomeni di origine sociale e, dunque, sono modificabili. Bobbio rileva che spesso il pregiudizio nasca dalla sovrapposizione di “diseguaglianze naturali” e “diseguaglianze sociali”, cioè prodotte dalla società, che vengono scambiate per diseguaglianze naturali. Sicché, le diseguaglianze sociali aggravano quelle naturali e vengono ritenute ineliminabili, perché non viene riconosciuta la loro origine sociale¹⁶.

Certamente, la tesi di John Gardner è dipendente da una definizione di razionalità ed è molto legata al discorso comune che ritiene irrazionale assegnare un trattamento diverso e svantaggioso sulla base di un fattore irrilevante nel contesto. Ad esempio, la circolare con cui il dirigente scolastico chiede di produrre il certificato di vaccinazione, previsto dalla legge come requisito per l'iscrizione scolastica per tutti gli studenti, solo agli iscritti di nazionalità, etnia, razza o origine non italiana, apparirà, all'uomo della strada, discriminatorio in quanto irrazionale, perché il colore della pelle o l'origine non hanno alcuna connessione con la ragione per cui si richiede che i bambini che frequentano le scuole siano vaccinati. La ragione della previsione legislativa a cui la circolare rimanda, attiene invece a ragioni di igiene e salute in relazione a considerazioni epidemiologiche. Seppure molto diffusa, soprattutto nel discorso dell'uomo comune, questa idea non spiega quale sia il cuore della proibizione della discriminazione, per una serie di ragioni.

L'obiezione più forte alla tesi che il male morale della discriminazione consista nel trattare le persone in modo irrazionale è che la discriminazione può ben essere un comportamento razionale¹⁷. Se si intende la razionalità come la scelta di mezzi adeguati e sufficienti per raggiungere il fine che ci si è prefissati, nel senso della razionalità strumentale o formale, allora si potrà obiettare che si può discriminare per motivi estremamente razionali. Ad esempio, il trattamento discriminatorio che consiste nella deprivatione dei diritti dei lavoratori

¹⁶ N. BOBBIO, “La natura del pregiudizio”, in Id., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Il Saggiatore, Milano, 2014, pp. 109-120. Si veda anche P.A. TAGUIEFF, *La forza del pregiudizio – Saggio sul razzismo e sull'antirazzismo*, trad. it. di M. CANOSA, P. CRISTALLI, Il Mulino, Bologna, 1994.

¹⁷ J. GARDNER, “On the Ground of Her Sex(uality)”, cit., p. 174.

migranti, sfruttati come braccianti nelle campagne di Nardò¹⁸, è un comportamento deprecabile moralmente e vietato giuridicamente, ma non è irrazionale per chi lo pone in essere al fine di acquisire un (ingiusto) vantaggio economico. È, invece, profondamente vantaggioso, anche se illecito e moralmente deprecabile, e, almeno in un senso del termine razionalità, la razionalità strumentale, è anche estremamente razionale. Le ragioni che portarono alla tardiva adozione della direttiva sull'uguaglianza razziale, che ha previsto l'equiparazione del trattamento retributivo per i non cittadini europei che avessero un rapporto di lavoro in uno degli Stati membri dell'Unione europea, erano soprattutto costituite dall'interesse a mantenere un bacino sicuro di manodopera a basso costo, la manodopera straniera: un intento chiaramente discriminatorio, ma molto vantaggioso in termini economici e, quindi, razionale¹⁹.

In effetti, Gardner concorda nel ritenere che il requisito dell'irrazionalità dell'atto o omissione discriminatoria non è sufficiente, innanzitutto perché non si può imporre un dovere universale di comportarsi razionalmente e inoltre perché ci possono essere ragioni specifiche per discriminare nei confronti di qualcuno²⁰ (come si è già spiegato, e gli esempi storicamente abbondano).

Per respingere l'obiezione che discriminare può ben essere razionale nel senso sopra descritto, questo argomento dell'irrazionalità deve essere raffinato o specificato: “[o]ne must, in other words, find some way of explaining why, even when there *are* reasons to discriminate on these grounds [sesso e razza nell'esempio di Gardner], still one should not act on these reasons”²¹.

Il tipo di irrazionalità condannato da Gardner è specifico, ed emerge combinando l'argomento della irrazionalità con altri argomenti: l'argomento della scelta fondamentale, l'argomento dello status immutabile e l'argomento dello status sviluppato attraverso scelte successive. Discriminare è ingiusto quando la

¹⁸ LEOGRANDE, A., *Uomini e caporali – Viaggio tra i nuovi schiavi delle campagne del Sud*, Feltrinelli, Milano, 2016.

¹⁹ E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law*, cit.

²⁰ J. GARDNER, “On the Ground of Her Sex(uality)”, cit., pp. 170-174.

²¹ *Ivi*, p. 169 (corsivo in originale).

discriminazione è basata su uno status immutabile della persona discriminata, su una caratteristica della persona discriminata che costituisce una sua scelta fondamentale oppure uno status sviluppato attraverso scelte successive (che costituisce un caso specifico del secondo argomento basato sulle scelte fondamentali). I due argomenti si fondano sull'importanza attribuita all'ideale della vita autonoma, che si realizza concretamente attraverso le scelte successive della persona tra un ventaglio adeguato di opzioni dotate di valore²². La discriminazione nega alla persona discriminata sia la possibilità di effettuare queste scelte, sia la disponibilità delle opzioni dotate di valore, sulla base di tratti immutabili o di scelte, come ad esempio le credenze religiose, che sono centrali per godere pienamente del diritto a una vita autonoma e dotata di senso. Alla luce di quanto detto, dunque, per Gardner, il dovere di non discriminare si sostanzia nella proibizione di un comportamento non giustificato (dove giustificare significa fornire una ragione indefettibile per agire in un certo modo) e pertanto irrazionale, combinato con il dovere di rispettare l'autonomia delle scelte personali o perché fondamentali o perché derivate da uno status immutabile²³.

Dunque, la sola irrazionalità dell'atto, il suo basarsi su stereotipi (accurati o inaccurati), o pregiudizi, non basta a dar conto dell'ingiustizia tipica della discriminazione dal punto di vista morale. In ogni caso, in ambito giuridico è assodato che non basta dire che un atto sia irrazionale perché acquisti la qualifica di "discriminatorio". Inoltre, mentre la censura di un atto irragionevole giuridicamente è il suo annullamento (si pensi a una disposizione o a un atto amministrativo), l'atto discriminatorio richiede non solo la cessazione del comportamento, la rimozione delle cause e degli effetti, ma anche eventualmente una compensazione a titolo di risarcimento del danno non materiale o morale. C'è dunque un *surplus* dell'atto discriminatorio che la sua (eventuale) irrazionalità non spiega. In ragione di queste critiche, la giustificazione del divieto di discriminare sulla base della razionalità o irrazionalità del trattamento non è più ritenuta bastevole. Come già accennato, infatti, Gardner

²² *Ivi*, pp. 169-174.

²³ *Ivi*, p. 174.

completa la sua teoria sulla giustificazione della discriminazione facendo riferimento al valore della libertà, sicché la trattazione della sua argomentazione sarà ripresa nel paragrafo dedicato alle concezioni liberali nel Capitolo settimo.

Vi è un altro profilo sotto il quale va esaminata la censura di arbitrarietà come il tipico male, l'ingiustizia specifica, dei comportamenti discriminatori: la generalizzazione. Questo particolare tipo di trattamento arbitrario è connesso agli argomenti dei pregiudizi e degli stereotipi, tuttavia verrà trattato autonomamente perché riguarda in modo peculiare il diritto. Infatti, la generalizzazione consiste nell'astrarre dalle molteplici caratteristiche particolari e accomunare individui e situazioni molto diverse all'interno di una classe. Come si è già sottolineato (si veda, *supra*, Introduzione), questo è il modo tipico di operare del diritto, o meglio della legge, che, per regolare i casi concreti, prevede una condotta in astratto e un trattamento giuridico per quella condotta che si applica a tutti i membri della classe come definita dalla disposizione (fattispecie astratta). Tale operazione è sempre potenzialmente rischiosa, perché implica la possibilità di commettere degli errori dovuti proprio alla generalizzazione²⁴. Il male della generalizzazione, precisamente, consiste nel trattare i casi ricompresi in una classe non tenendo conto delle particolarità rilevanti del caso singolo. Tuttavia, per ragioni squisitamente pragmatiche, dettare una norma per ogni fattispecie concreta sarebbe impossibile; anche se fosse possibile, non è questo il metodo che usa il diritto²⁵. Il diritto procede per generalizzazioni, individuando classi di soggetti, e per distinzioni o discriminazioni, cioè assegnando trattamenti diversi (attribuzione di poteri, imposizione di doveri, ecc.) ai soggetti che fanno parte delle classi così individuate. Per difendersi dal male della generalizzazione, tuttavia, il diritto appresta alcune tutele all'individuo che viene colpito da una generalizzazione ingiusta perché grossolana. Il rimedio è la censura di incostituzionalità della legge per violazione del principio di eguaglianza e non discriminazione, che impone di trattare casi eguali in

²⁴ F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, cit., pp. 7 e ss.; pp. 22-23.

²⁵ L.L. FULLER, *The Morality of Law, Revised Edition*, Yale University Press, New Haven, London, 1969, pp. 46-48.

modo eguale e casi diversi in modo diverso. Questo principio costituzionale supremo, nella formulazione appena enunciata, è vuoto, può essere interpretato in modi diversi e non fornisce alcuna indicazione prescrittiva utile su quale norma si debba applicare ai singoli casi concreti, almeno non a questo livello di generalità e astrattezza. È compito degli interpreti del caso concreto, cioè gli avvocati difensori, innanzitutto, e ultimativamente dei giudici, quello di argomentare la discriminazione, mostrando in che modo la generalizzazione sia illegittima.

L'ultima posizione che rimane da esaminare tra quelle che muovono ai trattamenti discriminatori la critica di arbitrarietà è quella che si basa sul merito. Alcuni sostengono che la discriminazione sia un'ingiustizia quando non tratta le persone secondo il merito, perché comporta l'ingiusta esclusione di persone potenzialmente qualificate e competenti dalla competizione per i beni, le posizioni privilegiate e le opportunità, a causa di una caratteristica protetta²⁶. Non è un caso che questo argomento sia stato utilizzato soprattutto per criticare le azioni positive. Ad esempio, Sidney Hook ritiene che in tutte le selezioni bisognerebbe adottare un "universalistic approach which is blind to color, deaf to religious dogma, indifferent to national origin or sex where merit should count", perché, secondo l'autrice, in una società pluralista, i trattamenti differenziali sulla base dell'etnia, come sono alcune azioni positive, rischierebbero di acuire le polarizzazioni e i conflitti tra i gruppi²⁷.

Tuttavia, per queste teorie risulta problematico spiegare cosa sia esattamente il merito, specificare in che modo questo criterio sia prescrittivo, posto che, quando si tratta di giudicare i meriti di una persona, le valutazioni soggettive differiscono notevolmente. Dunque, il merito è un criterio troppo vago per essere di aiuto nello stabilire quando la discriminazione è un'ingiustizia²⁸. Inoltre, Cavanagh obietta che non è possibile im-

²⁶ A.H. GOLDMAN, "Reparations to Individuals or Groups?", in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., pp. 27-29; si veda anche A.H. GOLDMAN, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979, pp. 22-64.

²⁷ S. HOOK, "Reverse Discrimination", in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., pp. 224-230; p. 230.

²⁸ Altre critiche al criterio del merito vengono da Deborah Hellman (D.

porre agli imprenditori di trattare le persone secondo il merito nella selezione del personale della loro azienda e, quindi, “if discrimination is wrong only because it fails to treat people on their merits, the implication would be that although we might reasonably expect employers not to discriminate, we can’t require them not to”²⁹. Un altro motivo per cui la giustificazione morale del principio di non discriminazione basata sul merito non è sufficiente è che dietro al criterio del merito possono nascondersi motivazioni diverse, che mirano a escludere individui aventi certe caratteristiche, intenzionalmente o non intenzionalmente, come è avvenuto storicamente nel caso *Griggs v. Duke Power*, in cui un criterio apparentemente meritocratico aveva il risultato di svantaggiare un gruppo specifico, i neri, rispetto ai bianchi, perché si combinava con le carenze educative, retaggio periodo della segregazione scolastica³⁰.

HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., pp. 93-113) e da Shlomi Segall (S. SEGALL, “What’s So Bad About Discrimination?”, cit., pp. 82-100; S. SEGALL, *Equality and Opportunity*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 133-152).

²⁹ M. CAVANAGH, *Against Equality of Opportunity*, cit., p. 155. Cavanagh sostiene che il criterio del merito sia legato all’efficienza, più che alla giustizia e, dunque, non può essere la ragione per cui è ingiusto discriminare.

³⁰ Si veda il paragrafo terzo del Capitolo terzo, che tratta della discriminazione indiretta con particolare riferimento al caso *Griggs v. Duke Power*.

VI

TEORIE COMPARATIVE

Sommario

6.1. Teorie basate sull'eguaglianza. – 6.2. Obiezioni alle teorie basate sull'eguaglianza. – 6.3. Teorie basate sul danno. – 6.4. Concezione consequenzialista, meritocratico-prioritaria, basata sul danno. – 6.5. Obiezioni alle teorie basate sul danno.

6.1. Teorie basate sull'eguaglianza

Gli approcci teorici secondo cui la giustificazione o fondamento del diritto antidiscriminatorio è l'eguaglianza¹ affermano che il male morale della discriminazione consiste nella violazione di questo principio, che tuttavia declinano in modi diversi. Ognuna delle concezioni dell'eguaglianza sposata dalle diverse teorie è contestabile e problematica.

L'elemento che accomuna la maggior parte delle teorie basate sull'eguaglianza è l'idea che la discriminazione sia una nozione essenzialmente comparativa, che implica l'idea di svantaggio relativamente a un termine di paragone.

Le concezioni basate sull'eguaglianza comprendono sia posizioni secondo cui l'ingiustizia tipica della discriminazione colpisce i gruppi, sia posizioni secondo cui invece colpisce gli indi-

¹ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?* cit.; J. FISHKIN, *Bottle-necks*, cit., 2014; S. SEGALL, "What's So Bad About Discrimination?", cit., pp. 82-100; S. SEGALL, *Why Inequality Matters – Luck, Egalitarianism, Its Meaning and Value*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; P.S. SHIN, "The Substantive Principle of Equal Treatment", cit., pp. 149-172; P. DENARO, "Eguaglianza e differenza di trattamento", in *Ragion Pratica*, 36, 1/2011, pp. 31-54; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit.

vidui in virtù dell'appartenenza a un gruppo con caratteristiche protette. In particolare, alcune concezioni² ritengono che lo svantaggio relativo si configuri come danno ("harm") perché la persona o il gruppo che subisce la discriminazione vengono privati ingiustamente di un bene (un diritto, l'accesso a una posizione lavorativa) a cui avrebbero diritto, a causa di una ragione moralmente irrilevante (caratteristica protetta o fattore di protezione). Per altre concezioni³, invece, l'ingiustizia della discriminazione consiste nel fatto che i gruppi discriminati non possono incidere sull'adozione o attuazione di politiche e leggi che poi hanno un impatto anche sulla loro vita e sulla loro posizione rispetto a altri gruppi sociali. La conseguenza è che l'assenza o la presenza non significativa dei rappresentanti dei gruppi discriminati nelle sedi in cui vengono prese o attuate le decisioni pubbliche perpetua il loro stato di soggiogamento rispetto agli altri gruppi nella società.

Alcune concezioni della discriminazione intendono l'eguaglianza come "fairness" o giustizia distributiva, che consiste nell'attribuire a tutti uguali opportunità (in generale, cioè riguardo al benessere – *welfare* – complessivo di una persona). Shlomi Segall, ad esempio, ritiene che il male della discriminazione si possa individuare nella riduzione dell'eguaglianza di opportunità. Rigettando gli approcci che si basano sull'intenzione o motivo discriminatorio dell'agente, sull'efficienza, sulla falsa rappresentazione, sul pregiudizio, sul rispetto e sul merito come parziali e insoddisfacenti⁴, Segall afferma che:

"discrimination is bad because and only because it is unfair, that is, because it undermines equality of opportunity. To suffer unequal opportunity (that is, to be disadvantaged relative to others) is the one and only bad accounting for the badness of discrimination"⁵.

Segall, tuttavia, ammette che il male della discriminazione da lui individuato è condizione necessaria ma non sufficiente

² K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit.

³ J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit.

⁴ S. SEGALL, "What's So Bad About Discrimination?", cit., p. 100.

⁵ *Ivi*, p. 90.

per definire l'ingiustizia della discriminazione.

La tesi appena descritta è simile a quella sostenuta da John Fishkin. Secondo Fishkin⁶ la discriminazione è ingiusta perché crea dei "colli di bottiglia" per alcuni soggetti appartenenti a certi gruppi con caratteristiche protette, restringendo così le possibilità di accesso a certe posizioni, beni e settori, e causando la perdita di opportunità, che rimangono, invece, disponibili per coloro che non possiedono tratti socialmente salienti.

In ultimo, tra le concezioni basate sull'uguaglianza, vi sono quelle⁷ per cui il male della discriminazione sta nel messaggio che il comportamento discriminatorio veicola, un messaggio idoneo a sminuire l'eguale valore morale degli individui.

Tali tesi si fondano sul principio elaborato da Dworkin che le istituzioni dello Stato devono trattare ognuno con "equal concern and respect"⁸. Dunque, per accertare se nel caso concreto che ha di fronte vi sia discriminazione (o vi sia stata), il giudice dovrà accertare se una previsione, un criterio o una pratica abbia o meno trattato ognuno con eguale considerazione e rispetto⁹. Hellman specifica che questo principio non implica che tutti siano trattati allo stesso modo, ma che ognuno sia trattato come eguale agli altri ("as equals")¹⁰. Le teorie che si concentrano sul messaggio del comportamento discriminatorio, più che sul motivo o sugli effetti del comportamento, sono denominate, per questa ragione, "espressiviste". La teoria di Deborah Hellman, in particolare, potrebbe essere discussa insieme alle teorie basate sull'uguaglianza, tuttavia si è scelto di evidenziare l'aspetto espressivista di questa posizione, poiché si ritiene che sia particolarmente rilevante per spiegare in cosa consista l'ingiustizia della discriminazione. Per questa ragione, la teoria

⁶ J. FISHKIN, *Bottlenecks*, cit.

⁷ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.; D. HELLMAN, "The Expressive Dimension of Equal Protection", in *Minnesota Law Review*, 85, 1/2000, pp. 1-70; E. ANDERSON, R.H. PILDES, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", in *University of Pennsylvania Law Review*, 148, 5/2000, pp. 1503-1575.

⁸ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 180-181; p. 275; pp. 355-370.

⁹ D. HELLMAN, "Equality and Unconstitutional Discrimination", cit., p. 51.

¹⁰ *Ivi*, p. 54.

di Deborah Hellman sarà trattata separatamente, mentre adesso ci si concentrerà sulle obiezioni e sulle critiche all'approccio egualitario.

6.2. Obiezioni alle teorie basate sull'eguaglianza

I problemi teorici che riguardano le concezioni basate sull'eguaglianza sono diversi. Un primo problema è che è difficile dire cosa significhi trattare le persone con eguale considerazione e rispetto, quali siano le implicazioni di questo principio in termini normativi. Si tratta di una clausola che può essere interpretata in modi diversi. Quindi, le teorie basate sull'eguaglianza non basterebbero a dar conto dei fenomeni che si raggruppano sotto l'ombrello del termine discriminazione. Secondo la lezione di Letizia Gianformaggio, l'eguaglianza come principio etico e giuridico ha almeno cinque significati diversi: eguaglianza come "universalizzabilità di qualsiasi giudizio etico particolare"; eguaglianza "come applicazione corretta delle regole"; eguaglianza "come produzione di regole ragionevoli, cioè non arbitrarie"; eguaglianza "come attribuzione a tutti degli stessi diritti fondamentali"; ed eguaglianza "come rimozione degli ostacoli al perseguimento dei progetti di vita"¹¹. Sembra che nessuna delle posizioni che fondano il diritto antidiscriminatorio sull'eguaglianza si impegni a spiegare analiticamente in relazione a tutti e a ciascuno di questi cinque significati il male della discriminazione. Quasi tutte, invece, si concentrano in particolare su uno solo di essi (se si intende l'eguale considerazione e rispetto come uno dei beni o diritti fondamentali che devono essere concessi a tutti).

Un'altra obiezione è che la discriminazione può essere individuata giuridicamente anche senza che sia necessario un giudizio comparativo, che invece sembra essere un aspetto essenziale delle teorie basate sull'eguaglianza. In questo senso, Elisa Holmes¹²

¹¹ L. GIANFORMAGGIO, "L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?", in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 63-84; pp. 64-65.

¹² E. HOLMES, "Anti-Discrimination Rights without Equality", cit., pp. 175-194.

analizza la relazione tra principio di non discriminazione e principio di eguaglianza, individuando due tipi di relazione tra i due principi: una è di tipo giustificativo, l'altra è di tipo valutativo. Secondo la prima, la giustificazione del diritto antidiscriminatorio si rinviene nel principio di eguaglianza. La seconda, invece, valuta il diritto antidiscriminatorio in base alla sua idoneità a realizzare l'eguaglianza¹³. Holmes respinge sia la tesi che i principi di non discriminazione siano principi di eguaglianza, sia la tesi che i principi di non discriminazione servano a realizzare l'eguaglianza. Sarebbero invece diversi, perché diverso è il contenuto della rimostranza di chi asserisce di essere stato discriminato. Mentre, per stabilire se ci sia stata una violazione del principio di eguaglianza, bisogna effettuare una comparazione tra i due ambiti – diritti o il loro ammontare, doveri o la loro intensità, non restrizione da parte di eccezioni – valutando chi, come, cosa e quanto è stato ricevuto da o dato a un soggetto e all'altro, nel caso del principio di non discriminazione, per giudicare se vi sia stata una sua violazione, si dovrà stabilire *perché* non è stato attribuito un diritto, un dovere, ecc. a un soggetto rispetto all'altro. In sostanza, mentre nel giudizio sull'uguaglianza si devono comparare le spettanze di due soggetti rispetto a un ambito definito da una norma, nel giudizio sul rispetto o sulla violazione del principio di non discriminazione non si richiede che vi sia un termine di paragone reale, ma basta un termine di paragone immaginario, al fine euristico di individuare se la ragione del trattamento discriminatorio è una delle ragioni proibite. In questo senso, secondo Holmes, il principio di non discriminazione è diverso da quello di eguaglianza, perché, nel valutare se un trattamento è "differente", nei termini del principio di eguaglianza in senso stretto, bisogna comparare due situazioni reali sia sul piano oggettivo (bene erogato) che soggettivo (soggetto titolare del bene), mentre per individuare la discriminazione non sarebbe necessario effettuare questa comparazione.

Holmes muove altre due obiezioni alle teorie basate sull'eguaglianza: la *levelling-down objection* e l'obiezione della discriminazione positiva, viste rispettivamente dalle due prospettive del principio di eguaglianza e del principio di non discrimina-

¹³ *Ivi*, p. 184.

zione. In entrambi i casi, l'enfasi nei giudizi di discriminazione è sul *ground* della distinzione, sulla ragione per cui si attribuisce un trattamento diverso, non sul fatto che il trattamento è diverso di per sé¹⁴.

La *levelling-down objection* è un'obiezione per cui, se, secondo il principio di eguaglianza, c'è un valore nel fatto che ciascuno abbia x (beni, diritti, doveri) in egual misura rispetto agli altri, nella situazione in cui qualcuno ha x in misura minore degli altri, l'eguaglianza potrebbe essere realizzata togliendo a chi ha di più, in modo tale che tutti abbiano la stessa misura di x ¹⁵: è l'eguaglianza realizzata al ribasso. Invece, come si ricorderà, per Holmes, nel caso del principio di non discriminazione, la comparazione ha un valore meramente *euristico*. Serve, cioè, a inferire se la differenza di trattamento sia o meno dovuta a un certo carattere F che pertiene, in modo diretto o indiretto, a un fattore di protezione o caratteristica protetta ed è, dunque, impermissibile. Non serve invece a stabilire conclusivamente se qualcuno debba avere di più o di meno di x . Proprio per questo, il livellamento al ribasso non rappresenta un'opzione per chi lamenta una discriminazione, perché questi chiede di non essere trattato in modo svantaggioso in relazione a F , piuttosto che ricevere la stessa misura di x ¹⁶. Per questa ragione, Holmes conclude che la *levelling down objection* non valga per il principio di non discriminazione, che, anche per questa ragione, non può essere giustificato facendo appello al principio di eguaglianza in senso stretto.

Il caso delle azioni positive (o *affirmative actions*, per una trattazione delle quali si veda *supra*, Capitolo secondo, paragrafo terzo), azioni che si ritengono fondate sul principio di non discriminazione e che fanno parte del diritto antidiscriminatorio, per Holmes, mostra chiaramente come i principi antidiscriminatori non siano neppure un'esemplificazione del principio di egua-

¹⁴ *Ivi*, p. 188.

¹⁵ "[W]hatever level of that other value is had, it is valuable to have it equally, even if it is equalised by lowering the total level of that value, and by increasing no-one's share of that value" (*Ivi*, p. 186).

¹⁶ "[C]omparison has no intrinsic value to the anti-discrimination proponent, whereas it does for the egalitarian, and that for this reason, there is no value to the proponent of anti-discrimination principles in levelling down" (*Ivi*, p. 187).

glianza inteso in senso lato. Infatti, chi critica le azioni positive lamenta di essere stato a sua volta discriminato *sulla base* di un fattore di protezione e non che il trattamento ricevuto non sia stato uguale a quello ricevuto dagli altri. Per Holmes, l'azione del signor Bakke nella causa *Regents of University of California v. Bakke*, di cui si è discusso precedentemente, non è basata sulla doglianza di avere avuto meno opportunità di superare il test rispetto agli altri, in ragione del numero dei posti disponibili o in ragione della diseguale applicazione dei criteri di selezione, ma di essere stato discriminato in ragione della razza o etnia.

In conclusione, per Elisa Holmes, i principi antidiscriminatori non sono giustificabili in base al principio di eguaglianza né in senso stretto né in senso lato. Inoltre, non esiste per Holmes una significativa relazione causale tra principio di eguaglianza e principio antidiscriminatorio. Il principio di non discriminazione, casomai, avrebbe uno scopo legato al prioritario (come definito nel paragrafo seguente) e non all'eguaglianza. Tuttavia, poiché nessuna relazione causale può stabilirsi tra il principio prioritario (e di eguaglianza) e quello antidiscriminatorio, la connessione sarà al massimo di tipo casuale e non concettuale (e dunque necessaria):

“Anti-discrimination laws can only be justified by equality, or any other value at which they are instrumentally aimed, if it can be shown that in fact the honouring of the norms in fact promotes the independent value of, say, equality. For if there is no such connection, then anti-discrimination rights cannot be justified on egalitarian grounds. And indeed, the measure of their success will be equivalent to the measure of the extent to which compliance is successful in obtaining that goal”¹⁷.

Secondo Holmes, dunque, la connessione strumentale tra principi antidiscriminatori e raggiungimento dell'eguaglianza o non esiste oppure non è dimostrata, pertanto l'appello ai principi di eguaglianza non è sufficiente a giustificare il diritto antidiscriminatorio¹⁸. Per giustificarlo, bisognerà far riferimento ad altri valori, diversi e indipendenti dall'eguaglianza e dal prio-

¹⁷ *Ivi*, p. 193.

¹⁸ *Ivi*, p. 194.

ritarismo. Holmes, tuttavia, non indica in modo conclusivo quali siano questi valori.

Un'altra critica alle teorie basate sull'eguaglianza, elaborata da Denise Réaume¹⁹, sostiene che, sebbene il principio di eguaglianza poggi sul fondamento del riconoscimento dell'eguale valore morale delle persone, sull'interesse di tutti a essere trattati con eguale considerazione e rispetto, tuttavia i diritti di eguaglianza che discendono da questo principio non servono a fondare il diritto antidiscriminatorio. Ciò perché le pretese del diritto antidiscriminatorio non sono né essenzialmente comparative, né basate sul valore essenziale dell'eguaglianza, ma si basano invece su altri valori²⁰. Per Réaume, tutti i soggetti sono dotati di eguale valore morale: questo è il presupposto dell'attribuzione a tutti dei diritti fondamentali. Il diritto antidiscriminatorio, pur derivando da questo principio, si fonda su valori che lo specificano. Tra questi vi sono la libertà dal bisogno, il rispetto di sé e l'autonomia²¹.

Un problema significativo per gli approcci comparativi al principio di non discriminazione è l'individuazione del termine di paragone o "comparator" (cioè l'individuo B, appartenente al gruppo omologo del soggetto A, il quale è destinatario del trattamento discriminatorio). Nel giudizio sui diritti nei casi di discriminazione, si è detto, la giurisprudenza utilizza un termine di paragone, un soggetto che serve per instaurare la comparazione e giudicare se il trattamento del soggetto che lamenta la discriminazione sia stato o meno svantaggioso *relativamente* al trattamento che il termine di paragone riceve o avrebbe ricevuto "in circostanze analoghe". Chi sostiene che la discriminazione sia un concetto essenzialmente non comparativo critica questo approccio, ritenendolo scorretto dal punto di vista teorico e limitante dal punto di vista pratico. Sarebbe scorretto teoricamente impostare i giudizi in materia di discriminazione sulla base del principio di eguaglianza, in cui necessariamente serve un termi-

¹⁹ D.G. RÉAUME, "Dignity, Equality and Comparison", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., pp. 7-27.

²⁰ *Ivi*, p. 8.

²¹ *Ivi*, pp. 12-21.

ne di comparazione per accertare la disegualianza nel trattamento, perché i giudizi in materia di discriminazione non sono giudizi sull'eguaglianza²². Sarebbe inoltre limitante, perché le corti tenderebbero a costruire restrittivamente i termini di paragone per escludere la differenza di trattamento nei casi concreti.

In particolare, sono due i casi in cui è maggiormente difficile individuare il termine di paragone o *comparator*: i casi in cui la discriminazione avviene in ragione di una caratteristica protetta *F* che non è stata ancora consolidata in giurisprudenza o sancita da una previsione legislativa e, quindi, l'individuazione del gruppo di comparazione può non essere né immediata, né semplice; e i casi di discriminazione intersezionale, in cui più fattori di protezione interagiscono simultaneamente e concorrono a determinare il trattamento svantaggioso (si veda *supra*, Capitolo quarto, paragrafo quarto). Anche per questa ragione, oltre che per i gravi difetti di previsione legislativa, il tipo di discriminazione più difficile da provare in giudizio è la discriminazione intersezionale²³.

6.3. Teorie basate sul danno

Una tra le prime teorie che ha individuato il male morale della discriminazione nella violazione del principio di egua-

²² *Ivi*, pp. 7-27; si vedano anche E. HOLMES, "Anti-Discrimination Rights without Equality", cit., pp. 175-194; S. MOREAU, "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups", in *Justice, Law and Equality*, 5, 1/2006, pp. 81-96; A. TIMMER, "Toward an Anti-stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", cit., pp. 707-738; S. ATREY, *Intersectional Discrimination*, cit.; S. ATREY, "Comparison in Intersectional Discrimination", in *Legal Studies*, 38, 3/2018, pp. 379-395; D. POTHIER, "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences", in *Canadian Journal of Women and Law*, 37, 21/001, pp. 37-73.

²³ Barbara Giovanna Bello, seminario di dottorato, dottorato in "Diritti Umani: Evoluzione, Tutela e Limiti", Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo, 17 novembre 2017. Altre obiezioni contro le tesi egualitarie sono avanzate da Suzanne Goldberg e da Hugh Collins, anche se Collins non rigetta del tutto il legame concettuale tra diritto antidiscriminatorio ed eguaglianza. S.B. GOLDBERG, "Discrimination by Comparison", in *Yale Law Journal*, 120, 4/2011, pp. 728-812; H. COLLINS, "Discrimination, Equality and Social Inclusion", in *The Modern Law Review*, 66, 1/2003, pp. 16-43.

glianza è quella elaborata da Kasper Lippert-Rasmussen²⁴. Lippert-Rasmussen definisce la discriminazione, essenzialmente, come trattamento svantaggioso. La giustificazione del divieto di atti, pratiche e regole discriminatorie si fonderebbe sui loro effetti dannosi²⁵. Legando concettualmente la discriminazione all'ineguaglianza²⁶, Lippert-Rasmussen sostiene che la discriminazione è moralmente sbagliata per il danno (*harm*) che causa alle persone discriminate: il male della discriminazione sono le sue conseguenze dannose, negative, svantaggiose. Per cui, per individuare la discriminazione, bisogna necessariamente ravvisare un danno relativo (in comparazione con il trattamento che si sarebbe ricevuto se l'atto discriminatorio non fosse avvenuto) causato dal comportamento discriminatorio.

Lippert-Rasmussen sostiene che il diritto antidiscriminatorio abbia un fine legato al prioritarismo²⁷. Il prioritarismo²⁸ comanda di dare priorità ai più svantaggiati nella distribuzione delle risorse, perché migliorare lo status delle persone svantaggiate è considerato un bene, un fine meritevole da perseguire, ma senza necessariamente perseguire il fine egualitario che tutti abbiano lo stesso livello di benessere²⁹.

Le concezioni basate sul danno si distinguono da quelle che si fondano sull'intenzione dell'agente o sul significato oggettivo degli atti e omissioni discriminatorie. Per le prime, l'elemento determinante per individuare la presenza di una discriminazione è che il comportamento abbia cagionato un danno. Non rile-

²⁴ K. LIPPERT-RASMUSSEN, "The Badness of Discrimination", cit., pp. 167-185.

²⁵ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 153-192. L'autore riconosce che il fondamento basato sul danno è problematico, ma ritiene nondimeno che sia il più vantaggioso.

²⁶ K. LIPPERT-RASMUSSEN, "Discrimination and Equality", in A. MARMOR (a cura di), *Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, London, 2012, pp. 569-583, pp. 568-569.

²⁷ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 165-170. Così come Shlomi Segall (S. SEGALL, *Why Inequality Matters*, cit., pp. 146-178).

²⁸ Sul prioritarismo si vedano D. PARFIT, "Equality and Priority", in *Ratio*, 10, 1997, pp. 202-221; M. WEBER, "Prioritarianism", in *Philosophy Compass*, 9, 11/2014, pp. 756-768; S. SEGALL, *Why Inequality Matters*, cit., pp. 146-178; N. HOLTUG, *Prioritarianism*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

²⁹ E. HOLMES, "Anti-Discrimination Rights without Equality", cit., pp. 191-192.

va, invece, lo stato mentale dell'agente, l'analisi delle ragioni per cui il comportamento è stato tenuto e nemmeno la portata stigmatizzante, da valutare in termini oggettivi, dell'atto.

Kasper Lippert-Rasmussen chiarisce che, sebbene le concezioni che fondano il diritto antidiscriminatorio sull'intenzione o stato mentale dell'agente e quelle che lo fondano sul significato dei comportamenti discriminatori possano apparire essenzialmente deontologiche e contrapposte alle versioni basate sul danno, che sarebbero invece essenzialmente consequenzialiste, alcune concezioni basate sul danno possono ben essere fondate su assunti deontologici e alcune concezioni basate sullo stato mentale e sul significato dei comportamenti discriminatori possono ben essere sostenute mantenendo una prospettiva consequenzialista³⁰. Dunque, le concezioni basate sul danno possono partire da assunti consequenzialisti ma anche da premesse non-consequenzialiste, deontologiche.

Il problema fondamentale per queste teorie è spiegare, definire, in cosa consista la nozione rilevante di "danno".

Il cuore delle concezioni basate sul danno è espresso in questo modo da Kasper Lippert-Rasmussen:

(i) "an instance of discrimination is wrong, when it is, because it makes people worse off, i.e., they are worse off given the presence of discrimination than they would have been in some suitable alternative situation in which the relevant instance of discrimination had not taken place"³¹.

Sulla base di questa definizione, un caso di discriminazione è moralmente ingiusto se (condizione necessaria ma non sufficiente), determina un peggioramento delle condizioni di un soggetto. Questo standard però, è ancora troppo generico per individuare quali siano gli atti discriminatori e distinguerli da altri atti, comportamenti e omissioni moralmente censurabili. Dire che qualcuno deve avere subito un danno perché vi sia discriminazione vuol dire escludere dal novero i casi in cui non sia ravvisabile un danno per alcuno, ma non sono specificati invece gli elementi rilevanti, sia oggettivamente che sog-

³⁰ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., pp. 153-154.

³¹ *Ivi*, pp. 154-155.

gettivamente, della nozione di “danno”.

Inoltre, sostenere che il danno è causato dal peggioramento della situazione di qualcuno lascia insoluta la questione di come determinare la natura degli eventi dannosi e di come misurarne l'entità. Se il danno è una riduzione del benessere complessivo di una persona, questo può essere valutato in termini di mortificazione delle preferenze, di diminuzione nel possesso o nel godimento di certi beni che farebbero parte di una lista di beni necessari, oppure ancora potrebbe misurarsi in termini di riduzione nell'accesso a risorse o a opportunità.

Un altro punto che non è chiaro è se a essere peggiorata debba essere la situazione del soggetto discriminato o se, ad esempio, il peggioramento potrebbe riguardare la situazione di qualcun altro che sia legato al soggetto da un legame significativo. Non è chiaro, inoltre, se al cuore della concezione basata sul danno vi siano gli individui o i gruppi.

Kasper Lippert-Rasmussen, controbatte a tutte queste obiezioni rilevando come le risposte diverse che sono state date ai problemi appena sollevati individuino diverse declinazioni di tesi interne alla grande “famiglia” delle concezioni basate sul danno. Si tratterebbe, allora, non di vere e proprie obiezioni, ma di concezioni alternative, sempre basate sul danno. In sostanza, ci sarebbero molte versioni secondo cui la causazione di effetti dannosi rende gli atti ingiusti; per questo possono essere specificate diverse versioni della concezione basata sul danno.

Tuttavia, la definizione (i), generale, può essere ulteriormente specificata. Infatti, sulla base di quella definizione, si potrebbe immaginare un'azione discriminatoria che determini non il peggioramento, ma il miglioramento della situazione del soggetto discriminato. Ad esempio, l'esclusione da una scuola di dottorato di medio livello a causa dell'etnia del candidato altrimenti meritevole determina l'ingresso in un'altra scuola di dottorato più prestigiosa per lo scorrimento della graduatoria, ingresso che sarebbe stato precluso se il candidato avesse accettato il posto nella prima scuola di dottorato (che gli sarebbe stato ipoteticamente offerto in mancanza della esclusione per motivi di appartenenza etnica).

Una specificazione della (i) è quello che viene chiamato “the Straightforward Account”:

(ii) “an instance of discrimination is bad when it makes the discriminatee worse off than she would had been had she not been subjected to it and we hold everything else other than the discriminatory act and what follows causally downstream from it constant”³².

Tale definizione si applica non solo ad atti singoli ma anche a concatenazioni di atti, che di per sé potrebbero non essere ritenuti moralmente ingiusti, mentre la loro concatenazione ne evidenzia l'ingiustizia. Essa può essere ancora specificata, ovviamente. Inoltre, i sostenitori della concezione basata sul danno considerano possibile che alcuni atti discriminatori non danneggino alcuno e tuttavia abbiano portata discriminatoria. Dunque, sono ammesse ragioni concorrenti che rendono l'atto discriminatorio, che possono aggiungersi alla sua identificazione basata sul danno. Questo non è, a modo di vedere dei sostenitori delle tesi basate sul danno, un motivo per abbandonare questa concezione, semmai è un motivo per sostenerne anche altre³³. Per questo, le visioni basate sul danno non escludono la possibilità di essere completate da altri approcci.

La concezione della discriminazione basata sul danno è idonea a dar conto dell'ingiustizia delle forme di discriminazione statistica e indiretta, perché prescinde dall'intenzione dell'agente, sia esso personale o impersonale, senza i problemi che invece presentano per la giustificazione di queste due forme di discriminazione le tesi basate sull'intenzione dell'agente o sul significato oggettivo dell'atto.

Tuttavia, il vero problema di questa concezione rimane la formulazione di criteri per individuare il danno e specificare quale tipo danno sia rilevante per la configurazione dell'atto discriminatorio.

6.4. Concezione consequenzialista, meritocratico-prioritaria, basata sul danno

Come si è accennato, Kasper Lippert-Rasmussen propugna una concezione consequenzialista basata sul danno. In partico-

³² *Ivi*, p. 157.

³³ *Ivi*, p. 156.

lare, la sua concezione si basa sia sul danno che sul merito e aderisce alla visione “prioritaria” dell’azione morale³⁴.

Giova ripetere che il prioritarismo è la concezione morale secondo cui incrementi di benessere per chi sta peggio hanno un peso morale maggiore rispetto a incrementi di benessere, anche più grandi, per chi sta comparativamente meglio. Nella versione del prioritarismo corretta dal merito, gli incrementi di benessere hanno valore morale maggiore per le persone che stanno peggio e che sono meritevoli moralmente rispetto a persone che stanno comparativamente meglio e che non sono moralmente meritevoli³⁵.

Sembra importante sottolineare che il prioritarismo basato sul merito, in questa accezione, attribuisce valore intrinseco e non strumentale alle valutazioni che riguardano il merito (“considerations about desert”)³⁶.

La concezione meritocratico-prioritaria, avrebbe, secondo il suo principale proponente, il vantaggio di spiegare meglio: 1. le azioni positive; 2. perché le discriminazioni che colpiscono i soggetti appartenenti a gruppi in situazioni di vulnerabilità sono maggiormente perniciose; 3. perché la discriminazione contro i concorrenti non qualificati non è ingiusta.

Il tipico danno che la discriminazione causa è la stigmatizzazione della persona discriminata. Secondo Lippert-Rasmussen, la concezione basata sul danno offre due ragioni per legare il trattamento diverso all’appartenenza a un gruppo con caratteristiche socialmente salienti. La prima è che lo stigma è esso stesso un danno e ha delle caratteristiche specifiche. I danni provocati dallo stigma, infatti, “spread across persons belonging to socially salient groups even when they do not harbor external preferences for the well-being of other members of the

³⁴ D. PARFIT, “Equality and Priority”, cit., pp. 1-20. Mentre tutte le versioni del prioritarismo assegnano un valore morale positivo agli incrementi di benessere, a beneficio di chiunque, ci sono diverse versioni del prioritarismo, che sostanzialmente differiscono in un aspetto: quale peso morale dare agli incrementi di benessere di chi sta peggio. Si veda anche R.J. ARNESON, “Egalitarianism and Responsibility”, in *The Journal of Ethics*, 3, 3/1999, pp. 225-247.

³⁵ K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal?*, cit., p. 166.

³⁶ *Ivi*, p. 167.

group”³⁷. Ad esempio, il trattamento stigmatizzante nei confronti di un membro della comunità ebraica in Italia, come la scrittura di frasi naziste sul portone della sua abitazione, è idoneo a stigmatizzare non solo la persona che era l’obiettivo concreto dell’azione turpe dell’autore, ma anche tutta la comunità ebraica italiana, che, in un certo senso, viene pure colpita da quell’atto nella sua interezza, pure se il destinatario delle frasi razziste e cariche d’odio non abbia mai messo piede in una sinagoga oppure nel caso in cui non intrattenga alcun rapporto con la comunità ebraica, di cui, magari, potrebbe perfino non sentirsi parte e il cui destino non avere a cuore. Dal momento che lo stigma è, in se stesso, un danno, l’azione discriminatoria nei confronti di un singolo membro della comunità ebraica, secondo l’argomento di Kasper Lippert-Rasmussen, danneggia la comunità ebraica tutta.

La seconda ragione per cui il trattamento discriminatorio colpisce i gruppi con “caratteristiche socialmente salienti” è che lo svantaggio sofferto individualmente dai soggetti discriminati si trasforma facilmente in una mancanza di opportunità per il gruppo. Si pensi alla ingiusta estromissione dal posto di lavoro di un lavoratore musulmano e non cittadino dello Stato che lo ospita, in particolare dovuta a una discriminazione per motivi religiosi. Il venire meno del reddito comporterà, a cascata, conseguenze negative per tutta la famiglia dell’ex lavoratore, perché alla sussistenza del lavoro sono legati il suo permesso di soggiorno e quello delle figlie e dei figli che frequentano l’università. In questo modo, non solo la famiglia soffrirà per la mancanza del reddito, ma, inoltre, la formazione universitaria e il futuro lavorativo dei figli sarà messo a repentaglio dallo stesso atto discriminatorio. A ciò si aggiunga un altro possibile scenario: la comunità musulmana locale potrebbe perdere un punto di riferimento importante, e soffrire nel complesso per l’atto discriminatorio che ha colpito un solo individuo che ne fa parte. Questo esempio immaginario aiuta a comprendere quali possono essere i danni causati da un singolo atto discriminatorio, non solo sul destinatario di questo atto, ma anche sui membri del gruppo, che verrebbe a perdere opportunità importanti, ad

³⁷ *Ivi*, p. 169.

esempio la possibilità di una formazione universitaria che potrebbe garantire un futuro migliore ai membri del gruppo di minoranza, come le figlie e i figli di un non cittadino che si è stabilito in un paese diverso da quello di origine e ivi ha trovato lavoro.

6.5. Obiezioni alle teorie basate sul danno

Le obiezioni principali che possono essere mosse alle teorie basate sul danno, nella versione di base o nella versione appena esaminata, cioè quella consequenzialista-meritocratico-prioritaria, sono: 1. l'obiezione della non unicità (*the nondistinctiveness objection*); 2. l'obiezione imperniata sul destinatario dell'atto discriminato (*the discriminatee-focused objection*); 3. l'obiezione deontologica (*the deontological objection*); 4. l'obiezione della tolleranza verso la discriminazione (*the discrimination-tolerant objection*); 5. l'obiezione dell'ingiustizia intrinseca (*the intrinsic wrongness objection*); 6. l'obiezione dell'iniustizia (*the unfairness objection*)³⁸.

Secondo la prima obiezione, l'obiezione della non unicità, dire che gli atti discriminatori sono moralmente riprovevoli perché causano un danno, non aiuterebbe a comprendere quale sia l'ingiustizia specifica della discriminazione, perché non sarebbe possibile definire in modo chiaro i casi in cui un'azione dannosa è discriminatoria e quelli in cui non lo è. La teoria basata sul danno, in altri termini, sarebbe incapace di qualificare gli atti discriminatori *in quanto tali*. A questa obiezione, i sostenitori delle concezioni basate sul danno rispondono che anche le altre concezioni, ad esempio quelle basate sullo stato mentale del discriminatore e quelle basate sul significato obiettivo degli atti discriminatori non riescono a specificarne adeguatamente e conclusivamente i contorni e le caratteristiche. Come le altre tesi, anche le concezioni basate sul danno non riescono a determinare conclusivamente quando un atto è ingiusto *in quanto* costituisce un'istanza di discriminazione e non di qualche altro tipo di ingiustizia. Tutta-

³⁸ Ivi, pp. 170-177.

via, ritengono che sia possibile specificare sufficientemente l'atto discriminatorio a partire dai suoi effetti o dal tipo di danno che provoca³⁹.

La seconda obiezione, l'obiezione imperniata sul destinatario dell'atto discriminatorio, afferma che le concezioni basate sul danno dovrebbero assicurare che il danno dell'atto discriminatorio gravi sul soggetto discriminato. A questa obiezione viene replicato che, anche se il danno causato dall'atto discriminatorio gravasse su un soggetto diverso dal discriminato, che potrebbe essere un soggetto facente parte di un altro gruppo di minoranza, un membro del gruppo di maggioranza nel contesto di riferimento o perfino l'agente discriminatore, ciò non costituirebbe un problema. Infatti, anche se il danno gravasse su un altro soggetto, non per questo l'atto discriminatorio cesserebbe di essere ingiusto oppure sarebbe meno ingiusto. In particolare, poi, la concezione meritocratico-prioritaria permetterebbe, in relazione a una situazione in cui il discriminato non subisse una diminuzione del livello di benessere, e, dunque, non avrebbe subito un danno, di stabilire che, anche senza subire un danno, il discriminato sia più meritevole rispetto al soggetto che non ha subito la discriminazione, perché ha dovuto impegnarsi di più per ottenere il risultato che gli ha permesso di mantenere il suo livello di benessere⁴⁰.

La terza obiezione, l'obiezione deontologica, afferma che, nel caso, controintuitivo, in cui l'azione discriminatoria cagionasse un beneficio per il soggetto discriminato, quel comportamento non potrebbe essere qualificato come un'ingiustizia. Se, ad esempio, un soggetto sottoposto a processo per un furto che non ha commesso sia condannato per via dei pregiudizi contro la minoranza Rom, di cui fa parte, subisca una condanna da innocente per ragioni discriminatorie e, mentre si trova in carcere, riuscisse miracolosamente a sfuggire al contagio di una grave malattia, altamente infettiva e in tutti i casi mortale, che ha colpito le persone con cui dimora abitualmente, si potrebbe dire che il suo livello di benessere non è diminuito, anzi è aumentato, perché, si può fondatamente ritenere che se non fosse stato in carcere sarebbe

³⁹ *Ivi*, p. 171.

⁴⁰ *Ivi*, pp. 171-173.

morto a causa del contagio. Per i sostenitori della concezione basata sul danno, il fatto che un atto discriminatorio aumenti il benessere complessivo del discriminato non impedisce di giudicare tale atto come un'ingiustizia e non preclude il giudizio morale negativo nei confronti del suo autore. Nel caso in cui l'atto discriminatorio provochi un miglioramento del benessere complessivo del soggetto discriminato, l'atto sarà moralmente permissibile, sebbene si possa sempre sostenere che sia un atto ingiusto⁴¹.

Un ragionamento simile è alla base della quarta obiezione, l'obiezione della tolleranza verso la discriminazione. Tale obiezione sostiene che, se gli atti discriminatori fossero considerati moralmente permissibili nel caso in cui aumentino il benessere invece che diminuirlo, si finirebbe per tollerarli quando l'unico modo per massimizzare il benessere complessivo è proprio compiere atti discriminatori. A questa obiezione, i sostenitori della concezione consequenzialista meritocratico-prioritaria rispondono che solo una concezione rigidamente deontologica potrebbe portare a ritenere non permissibili gli atti discriminatori quando questi causano un aumento di benessere per gli individui meritevoli appartenenti ai gruppi che stanno peggio, senza causare una diminuzione di benessere per individui meritevoli dei gruppi che stanno meglio, nel contesto considerato⁴².

La quinta obiezione, l'obiezione dell'ingiustizia intrinseca, sostiene che la concezione meritocratico-prioritaria basata sul danno è fallace perché non ritiene che tutti gli atti discriminatori siano ingiusti *di per sé*. Tuttavia, i sostenitori di questa concezione ribattono che tale censura può essere mossa a tutte le teorie sull'ingiustizia della discriminazione e non può, dunque, costituire un argomento conclusivo per rigettare la concezione consequenzialista, meritocratico-prioritaria, basata sul danno⁴³.

L'ultima obiezione, l'obiezione dell'iniquità, sostiene che la discriminazione è ingiusta, almeno in parte, perché è ingiusto o iniquo non prendere in eguale considerazione le pretese morali

⁴¹ *Ivi*, pp. 173-174.

⁴² *Ivi*, p. 174.

⁴³ *Ivi*, pp. 175-176.

di ognuno. Ad esempio, negare l'accesso a certi lavori alle persone disabili sarebbe iniquo, anche se non comportasse un danno. La risposta a questa obiezione è duplice. In primo luogo, l'obiezione dell'iniquità non si applicherebbe a tutte le forme di discriminazione, ad esempio potrebbe non applicarsi alla discriminazione statistica o a quella indiretta. Inoltre, entrerebbe in gioco il correttivo del merito: un beneficio da un'azione discriminatoria e, dunque, moralmente riprovevole, ha meno valore morale rispetto a un beneficio che si ottiene da un'azione non discriminatoria⁴⁴.

⁴⁴ *Ivi*, pp. 176-177.

VII

TEORIE NON COMPARATIVE E MISTE

Sommario

7.1. Teorie basate sulla libertà. – 7.2. Obiezioni alle teorie basate sulla libertà. – 7.3. Teorie “espressiviste”. – 7.4. La concezione “espressivista” di Deborah Hellman. – 7.5. Teorie basate sulla dignità e principali obiezioni. – 7.6. Alla ricerca di un fondamento unitario: teorie pluraliste.

7.1. Teorie basate sulla libertà

Le teorie secondo cui la giustificazione del diritto antidiscriminatorio si basa sulla libertà¹ o teorie “liberali”, hanno come presupposto specifiche concezioni della libertà, delle libertà o dell’autonomia, e in comune la tesi che ognuno abbia titolo e, dunque, diritto, a goderne, indipendentemente dal fatto che gli altri ne godano o meno, e in misura maggiore o minore². Dunque, l’approccio delle teorie basate sulla libertà è di tipo non-comparativo, a differenza di quello della maggior parte delle teorie basate sull’eguaglianza.

Le teorie liberali hanno avuto successo più recentemente ri-

¹ J. GARDNER, “On the Ground of Her Sex(uality)”, cit., pp. 167-187; S. MOREAU, “What is Discrimination?”, cit., pp. 143-179; K. YOSHINO, “The New Equal Protection”, in *Harvard Law Review*, 124, 3/2011, pp. 747-803.

² Costruendo in modo ampio le nozioni di autonomia e libertà, in questo gruppo possono essere inserite anche le teorie welfariste o utilitariste e quelle repubblicane (T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 7). Tra queste, R.J. ARNESON, “Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice”, in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., pp. 87-111; H. COLLINS, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, cit., pp. 16-43.

spetto a quelle basate sull'eguaglianza, sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale elaborato in particolare, ma non esclusivamente, dalla Corte suprema degli Stati Uniti, che ha interpretato in modo ampio e innovativo la protezione della clausola "due process of law" (V emendamento), storicamente invocata a difesa della libertà, per accordare protezione dalla discriminazione, tradizionalmente coperta invece dalla clausola "equal protection of the laws" (XIV emendamento), interpretata come garanzia dell'eguaglianza³. In questo passaggio, la Corte ha spostato l'attenzione dalla tutela dei gruppi alla tutela dell'individuo, perché nel contesto nazionale degli Stati Uniti la libertà viene interpretata come nozione eminentemente individuale⁴.

Una delle tesi che fonda il divieto di discriminare sul valore liberale dell'autonomia è sostenuta, come anticipato (si veda, *supra*, Capitolo quinto, paragrafo secondo), da John Gardner, secondo cui una vita degna di essere vissuta è una vita in cui il soggetto effettua progressivamente nel tempo scelte significative tra opzioni degne di valore. Gardner mutua da Wintemute⁵ i criteri per stabilire quando la discriminazione è intollerabile, che consistono nell'impiego di due test: il criterio dello status immutabile e il criterio della scelta fondamentale. L'indicazione normativa, rinvenuta nella giurisprudenza delle corti supreme o internazionali di Canada, USA e Consiglio d'Europa è che non bisogna discriminare sulla base di un tratto immutabile o, alternativamente, di una caratteristica che costituisce una scelta

³ D. HELLMAN, "Equality and Unconstitutional Discrimination", cit., pp. 52-53.

⁴ Rispetto al contesto internazionale in cui sono più usate anche le interpretazioni del concetto applicato a gruppi ed entità collettive, si pensi ad esempio alla nozione di "autodeterminazione dei popoli".

⁵ Robert Wintemute vaglia alla luce dell'interpretazione della Costituzione degli Stati Uniti, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali e della Carta canadese dei diritti umani e delle libertà fondamentali, tre argomenti per supportare la pretesa giuridica che il diritto di essere liberi dalla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale sia un diritto umano, e in particolare: l'argomento dello status immutabile, l'argomento della scelta fondamentale e l'argomento che la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale sia una discriminazione basata sul sesso (R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford University Press, New York, 1995).

fondamentale della persona⁶. Le corti definiscono “tratto immutabile” un tratto che “non può essere modificato” e che “non è stato in origine scelto dalla persona che lo possiede”; e “scelta fondamentale” una scelta tra opzioni di valore, opzioni che devono essere disponibili (qualunque cosa un soggetto possa scegliere)⁷. Sebbene possa sembrare che i due test si basino su requisiti contraddittori, perché uno è immutabile e l'altro elettivo, hanno invece un comune fondamento, costituito, per Gardner, dall'ideale di una vita autonoma, una vita vissuta sostanzialmente attraverso le scelte successive e dotate di valore tra un insieme adeguato di opzioni⁸. Questo elemento comune elimina l'apparente contraddittorietà dei due termini.

La discriminazione è, per Gardner, un'indebita ingerenza provocata dalle scelte altrui sulle scelte di un individuo, che è del tutto intollerabile quando si basa su tratti immutabili o frutto di una scelta fondamentale della persona e, per questo, è inaccettabile dal punto di vista morale. L'ingerenza, in particolare, consiste nel rendere la scelta per un'opzione di valore o particolarmente gravosa o difficile o penosa, circostanza che, nei contesti in cui la discriminazione sulla base di un determinato tratto immutabile (ad esempio il colore della pelle) o di una scelta ritenuta degna di valore (ad esempio, contrarre o meno matrimonio, avere figli o no, e quanti, ecc.) è particolarmente diffusa, può risultare nella completa deprivazione dell'opzione di valore. Dunque, la proibizione della discriminazione e i doveri, gli obblighi positivi, a questa connessi, si basano sul fondamento dell'autonomia morale dei soggetti: “discrimination on grounds of fundamental choices can, in appropriate contexts, be wrongful even when there are real reasons for engaging in such discrimination”⁹.

In realtà, la tesi di Gardner si fonda non solo sul valore della scelta, ma anche sul ritenere alcune scelte degne di valore. Per comprendere questo punto val la pena di riprendere un'obiezio-

⁶ J. GARDNER, “On the Ground of Her Sex(uality)”, cit., pp. 169-171.

⁷ “Where a particular choice is a choice between valuable options which ought to be available to people whatever else they may choose, it is a fundamental choice”. *Ivi*, cit., p. 171.

⁸ *Ivi*, p. 170.

⁹ *Ivi*, p. 171.

ne comunemente mossa alle teorie fondate sulla libertà di scelta autonoma. In diversi casi, definire la gravidanza come una “scelta” della donna è usato come argomento per discriminare le donne¹⁰. È quantomeno controverso che la gravidanza costituisca sempre una scelta libera della donna. La prima ragione, riconosciuta da Gardner, è che una gravidanza può capitare senza che sia voluta o programmata, come un incidente. La seconda, che invece Gardner non esamina, è legata alla libertà religiosa. Le credenze religiose di una donna sono, per definizione, una scelta libera, ma una volta determinata la scelta, sono idonee a vincolare la volontà e le scelte future della credente. Se la religione scelta dalla donna in modo libero contiene precetti, ritenuti vincolanti per i fedeli, che vietano l’uso di contraccettivi o il ricorso all’interruzione di gravidanza, l’eventuale gravidanza potrebbe non essere frutto di una scelta “libera”, ma di una scelta che tuttavia discende da un’altra, ritenuta fondamentale, cioè la scelta in merito alle proprie credenze religiose. Oppure ancora, la gravidanza potrebbe non essere una “scelta” della donna nel caso in cui questa abbia determinato, come scelta fondamentale della sua vita, di avere una famiglia numerosa, senza avere in particolare effettuato una scelta specifica riguardo al momento in cui avere, poniamo, la sua quinta gravidanza. In tutti questi tre casi sembra discutibile qualificare la gravidanza come oggetto di una “scelta” in senso stretto. Dunque, per giustificare il divieto di discriminazione legata alla gravidanza, Gardner deve riconoscere che, oltre a costituire una scelta fondamentale, almeno in linea di principio, la protezione dalla discriminazione delle donne incinta si fonda sulla valutazione della gravidanza come un valore positivo, che può essere oggetto di libera scelta e, in quanto tale, deve essere protetto, al di là del fatto che costituisca o meno una libera “scelta” della donna in un momento specifico della sua vita¹¹. Così, anche la sessualità è “un aspetto della personalità umana dotato di valore, e

¹⁰ Si veda, ad esempio, l’argomentazione dell’amministrazione britannica (Department for Work and Pensions) che definisce la gravidanza come “volontaria” per escludere che la ricorrente *Jessy Saint Prix* potesse vantare un titolo all’indennità di maternità (*Jessy Saint Prix v. Secretary of State for Work and Pensions*, [2013] 1 All ER 752, [2012] UKSC 49).

¹¹ *Ivi*, p. 171, nota n. 9.

tutti gli esseri umani, qualunque altra opzione possano avere nelle loro vite, dovrebbero avere e mantenere l'opzione di sviluppare almeno una parte della loro attrazione sessuale in attività sessuale" ¹².

Questo, per Gardner, implica che i due argomenti, quello basato sulla scelta fondamentale e quello basato sull'immutabilità del tratto, offrono un motivo per proibire la discriminazione, in quanto illegittima, quando si combinano con la considerazione di base della razionalità ¹³ (si veda la trattazione dell'argomento della razionalità, *supra*, Capitolo quinto, paragrafo secondo).

Un altro approccio interessante che si fonda sul valore della libertà è quello di Benjamin Eidelson, secondo cui la discriminazione è un'ingiustizia perché non tratta le persone come individui in quanto esseri "autonomi". Un essere autonomo è: "a person who can meaningfully author her own life, and who is, as a result, partly of her own making" ¹⁴. Dunque, non solo bisogna rispettare le scelte degli individui in quanto autonomi, ma anche astenersi da "make predictions about her choices in ways that demean the role of her autonomous agency in making up her own mind" ¹⁵. Secondo questa concezione l'ingiustizia della discriminazione sta, dunque, nel non rispettare le scelte che una persona ha fatto per la sua stessa vita. Per Eidelson "discrimination is disrespect", perché comporta la mancanza di rispetto per quello che le persone sono e per quello che hanno scelto di essere.

Sophia Moreau difende la tesi liberale e individua il male morale della discriminazione nel fatto che questa mina l'egualianza di opportunità e il diritto a un insieme di libertà deliberative: "we should understand discrimination in the private sector primarily in terms of wrongful interference with another person's right to a roughly equal set of deliberative freedoms" ¹⁶.

Il punto di partenza di questa concezione è che il diritto alla titolarità delle libertà fondamentali è un diritto che ciascun consociato ha allo stesso modo, indipendentemente dagli altri:

¹² *Ivi*, p.172 (T.d.A.).

¹³ *Ivi*, p. 174.

¹⁴ B. EIDELSON, "Treating People as Individuals", cit., p. 204.

¹⁵ *Ivi*, p. 205.

¹⁶ S. MOREAU, "What is Discrimination?", cit., p. 178.

si tratta di un “equal independent entitlement”¹⁷ e non deve essere soggetto a limitazioni¹⁸. Per Moreau, chi è discriminato è, innanzitutto, privato ingiustamente di un insieme di libertà: “it is this denial of freedom that constitutes the primary wrong in cases of discrimination”¹⁹. Dal punto di vista normativo, l’argomento centrale è che nessuna limitazione che si basi su un elemento moralmente irrilevante in riferimento alle circostanze specifiche di un caso concreto può o deve costituire un limite alla eguale intitolazione e al godimento di certe libertà fondamentali: le libertà deliberative²⁰.

Secondo Moreau, questo modo di intendere il diritto antidiscriminatorio è idoneo a dare conto della sua struttura nel diritto positivo vigente. È, tra l’altro, compatibile con i limiti che le previsioni del diritto antidiscriminatorio pongono a coloro su cui gravano specifici obblighi di non discriminare (correlati al diritto di non essere discriminati) e con le eccezioni a questi limiti, come ad esempio il permesso di porre in essere delle pratiche discriminatorie ove lo richieda la necessità dell’impresa ovvero quando provvedere a predisporre le misure necessarie per il contrasto alla discriminazione costringerebbe l’imprenditore a essere soggetto a “undue hardship” (eccezioni che in certi casi sollevano l’imprenditore dal conformarsi agli “accommoda-

¹⁷ *Ivi*, p. 152.

¹⁸ Limitazioni che tuttavia Moreau non specifica: si tratta del limite dell’“harm to others”, tipico limite alla libertà nelle società liberali (J. FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1984. La formulazione originaria di questo principio è di John Stuart Mill, sono in debito con la/il revisore anonima/o per questa segnalazione) oppure di un limite più stringente? La teoria su questo punto necessiterebbe di precisazioni.

¹⁹ S. MOREAU, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, cit., p. 81; cfr. S. MOREAU, “What is Discrimination?”, cit., pp. 143-179.

²⁰ “On my liberty-based view, then, the conclusion that an act or policy is discriminatory is based upon at least two kinds of normative judgments: first, that the trait in question is normatively extraneous, and secondly, that the deliberative freedom is one that, in this context, considering the interests of others that are also at stake, this person or group of people are entitled to. If both of these judgments can be affirmed in a given context, then the victim’s right to non discrimination has been infringed”. S. MOREAU, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, cit., p. 82.

tion requirements” ove fosse troppo oneroso)²¹.

A partire dalla constatazione che il diritto antidiscriminatorio concede azioni individuali ai soggetti discriminati, Moreau argomenta che la violazione dell’atto discriminatorio sia del tipo “illecito civile” (“tort”)²². L’azione prevista dal diritto a favore del soggetto discriminato ha, secondo questa posizione, il fine di risolvere un contenzioso tra soggetto discriminato e agente discriminatore. Anche per questo, secondo Moreau, l’ingiustizia tipica della discriminazione è un’ingiustizia individuale. L’analogia con l’istituto dell’illecito civile (“tort”) è spiegata da Moreau con l’argomento che il quesito normativo inerente alla qualificazione dell’atto come discriminatorio sarebbe analogo nel caso di illecito civile e degli atti discriminatori, e consisterebbe nella domanda se un certo danno sia causalmente imputabile al soggetto agente, in modo da dire che questi ne è responsabile. La questione se un soggetto sia responsabile di un atto discriminatorio può essere risolta soltanto analizzando i fatti alla luce del diritto caso per caso²³.

Secondo Moreau, nel contesto delle società liberali, il diritto di ogni persona al pieno godimento delle libertà fondamentali, e in particolare della libertà di decidere da se stessi cosa sia giusto o sbagliato, come vivere la propria vita, quale carriera perseguire, in quale posto vivere, ecc., implica che alcuni fattori, come la razza, il genere, la religione, non debbano essere considerati come fattori rilevanti o determinanti nella deliberazione razionale che porta il soggetto a effettuare le sue scelte²⁴. Tali fattori devono essere ritenuti e devono essere trattati come “estranei” in senso normativo al processo deliberativo che determina le scelte del soggetto. Anche se questi fattori possono essere presi in considerazione da quest’ultimo nell’effettuare le sue scelte, non devono essere trattati come “costi”²⁵. Se pure, spiega Moreau, la religione può costituire per l’individuo una ragione

²¹ S. MOREAU, “What is Discrimination?”, cit., p. 150; p. 155; pp. 167 e ss.

²² *Ivi*, p. 146; p. 159.

²³ *Ivi*, p. 159.

²⁴ *Ivi*, p. 149.

²⁵ *Ivi*, p. 147.

che entra nel suo processo di scelta su quali scuole fare frequentare ai figli, ad esempio, questo fattore non deve costituire un aggravio della scelta, nel senso di un costo sociale da tenere in conto in modo necessario, come ragione che impedisce una determinata opzione:

“people should not be constrained by the social costs of being one race rather than another when they deliberate about such questions as what job to take or where to live. (...) In particular, we think he should not have to consider the broader social costs of having that trait, such as the cost to his employer of accommodating his religious practices, or the cost to his landlord of lost business resulting from other tenants’ prejudiced attitudes”²⁶.

Non solo non deve essere limitata la possibilità di scelta, ma la scelta deve essere *effettivamente possibile*, non soltanto *astrattamente pensabile*²⁷. Per esempio, una donna incinta che vuole praticare l'interruzione di gravidanza in un contesto dove il personale medico si avvale dell'obiezione di coscienza (senza eccezioni), secondo questa teoria, subisce una discriminazione sulla base del sesso perché la sua libertà deliberativa è ingiustamente limitata²⁸.

Moreau specifica che le scelte di cui si discute non sono soltanto quelle scelte che alcuni ritengono essere le scelte fondamentali della vita e che interessano le dimensioni lavorativa, affettiva, della salute, ecc., ma anche le decisioni meno impegnative e rilevanti per il futuro di una persona, come le scelte di ogni giorno su quali locali frequentare, dove effettuare acquisti, come vestire, ecc. In questi contesti, infatti, si può

²⁶ *Ivi*, pp. 149-150.

²⁷ *Ivi*, pp. 171-173.

²⁸ Così ha deciso il Comitato europeo per i diritti sociali del Consiglio d'Europa, condannando l'Italia per discriminazione nei confronti delle donne e dei medici non obiettori, in relazione alle previsioni della legge 22 maggio 1978, n. 194, “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”, sulla base dei ricorsi della International Planned Parenthood Federation-European Network (IPPF-EN) contro Italia, ricorso n. 87/2012, decisione nel merito del 10 settembre 2013, Risoluzione CM/ResChS(2014)6 e della Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contro Italia, ricorso n. 91/2013, decisione su ammissibilità e merito del 12 ottobre 2015 Risoluzione CM/ResChS(2016)3.

essere limitati ingiustamente per fattori che dovrebbero essere normativamente estranei al processo deliberativo. Si pensi, ad esempio, alla decisione di quale locale frequentare per un ragazzo o una ragazza migrante con la pelle scura in una società fortemente pervasa da pregiudizi e ostilità nei confronti dei “non bianchi”, che una certa retorica politica dipinge come i responsabili dell’impoverimento generale, della criminalità e di altri mali. La semplice scelta di ritrovarsi con gli amici in un locale diventerà per questa persona incredibilmente problematica, perché dovrà evitare i luoghi dove potrebbe subire attacchi verbali o fisici, e probabilmente sarà paralizzato/a dalla difficoltà di individuare i luoghi sicuri, e distinguerli da quelli non sicuri, dove potrebbe trovarsi a disagio o in pericolo. Oppure, una coppia di persone omosessuali sarà costretta a decidere di frequentare alcuni locali e non altri, sapendo che gli avventori abituali di alcuni locali sono apertamente ostili alle persone omosessuali.

Coerentemente, anche secondo questa prospettiva, l’estraneità normativa dei fattori in discorso non dipende dalla immutabilità o non volontarietà dei tratti stessi. Possono dunque essere fattori da considerare “tratti normativamente estranei alle scelte del soggetto” degli elementi mutevoli (come l’età, le opinioni o le credenze religiose), come anche i risultati di scelte pregresse (come ad esempio la gravidanza o la maternità/paternità).

Moreau precisa che il processo deliberativo non va inteso come se si trattasse di uno “stato mentale”, ma come il processo attraverso cui addiveniamo alle decisioni, prendiamo impegni e agiamo per fare accadere qualcosa che ci riguarda. In questo senso, l’obiezione che quello che interessa agli agenti non è essere liberi nel processo deliberativo ma avere *di fatto* alcune opportunità, non sarebbe per Moreau sufficiente a inficiare la sua teoria. Infatti il diritto antidiscriminatorio “protects their ability to make commitments *in a certain kind of way*. And this is something we do care about”²⁹. Avere libertà deliberativa significa avere la libertà di prendere delle decisioni su cose che davvero si ha l’opportunità reale di scegliere. Quindi, l’averne l’opportunità effettiva di scegliere una certa co-

²⁹ S. MOREAU, “What is Discrimination?”, cit., p. 170 (corsivo aggiunto).

sa è il presupposto della deliberazione in merito alla scelta di avere quella cosa.

Moreau nota che il diritto antidiscriminatorio non deve regolare, ad esempio, i rapporti personali tra privati – opzioni pure fondamentali, come chi scegliere come compagno/a di vita – ma deve invece disciplinare i rapporti nella sfera pubblica, anche se di natura privata, come la fornitura di beni e di servizi. Moreau argomenta che tali limiti sono giustificati dalla necessità di proteggere altri valori diversi dalla libertà. Nel definire le limitazioni al diritto antidiscriminatorio, dunque, bisognerebbe ogni volta effettuare un bilanciamento tra la protezione delle libertà deliberative di un soggetto e altri valori o interessi importanti³⁰. Ad esempio, la tutela del valore dell'autonomia nella sfera privata permetterebbe di discriminare in base al colore della pelle nella scelta del partner. Oppure, un altro valore che opererebbe come limite alle norme di diritto antidiscriminatorio sarebbe il perseguimento di scopi ritenuti legittimi dall'ordinamento. Tale valore fonderebbe, ad esempio, l'eccezione nel caso delle organizzazioni c.d. di tendenza, di discriminare sulla base della religione, del genere o del sesso³¹, eccezione che in Canada vale anche per le organizzazioni private che promuovono gli interessi di un gruppo accomunato da una caratteristica protetta, quando il divieto di discriminare impedirebbe di raggiungere il fine dell'associazione o dell'organizzazione.

Sebbene l'autonomia sia un valore diverso dalla libertà, si tratta di un valore a questo affine e certamente presupposto della deliberazione razionale, ma i rispettivi rapporti tra questi due valori non sono chiaramente definiti da Moreau³².

Solo di passaggio, Moreau accenna alla storia di subordinazione del gruppo dei soggetti accomunati dal fattore di protezione, indicando che “one might argue that their deliberative freedoms deserve greater protection than the autonomy of the

³⁰ *Ivi*, p. 148; p. 160; pp. 162-168.

³¹ Sull'eccezione prevista per le organizzazioni di tendenza si veda, *supra*, Capitolo terzo, paragrafo quarto.

³² *Ivi*, pp. 160 e ss.

members of these clubs”³³. Questo è un punto interessante, ma è solo accennato da Moreau e non argomentato ulteriormente.

7.2. Obiezioni alle teorie basate sulla libertà

Un limite significativo della teoria di Sophia Moreau è che non spiega come si possa effettuare il bilanciamento tra le rispettive libertà deliberative del soggetto discriminato e dell'agente discriminatore. Se il titolare di un locale fosse posto davanti alla scelta di chiudere perché gli avventori, mossi da pregiudizi, smetterebbero di frequentare il locale nel caso in cui fosse aperto anche ai migranti, ai neri o alle donne, quali libertà deliberative devono prevalere: quelle dei soggetti discriminati o del discriminatore? Moreau risponde che il criterio, in questo caso, debba essere restrittivo e che, dunque, permettere di fare prevalere le ragioni del titolare, fare chiudere il locale ai migranti, ai neri e alle donne sarebbe illegittimo. In questo caso, infatti, lo Stato sarebbe complice, tollerando una situazione che deriva dal pregiudizio, da una credenza falsa o erronea, dei cittadini. Questa risposta, seppure ragionevole, sembra elusiva, non determina chiaramente come debba avvenire il bilanciamento delle libertà deliberative secondo il diritto antidiscriminatorio, senza che vengano in gioco elementi diversi come le ragioni per cui si ritiene che il pregiudizio nei confronti dei neri, dei migranti e delle donne non possa essere tollerato dallo Stato. Quindi rimanda a considerazioni che sembrano comprendere, in qualche modo, la storia di svantaggio o di soggiogamento del gruppo e la sua attuale marginalizzazione nella società, la sistematica esclusione da opportunità o il trattare queste persone come inferiori: tutti elementi che fanno riferimento a un certo tipo di ingiustizia o come violazione dell'eguaglianza o come violazione dell'eguale valore morale degli individui.

In generale, le obiezioni principali alle teorie basate sulla libertà si concentrano su due punti: in primo luogo, che non in

³³ *Ivi*, p. 163.

tutti i casi di discriminazione è ravvisabile la limitazione della libertà personale; in secondo luogo, che anche i gruppi privilegiati come uomini bianchi ricchi e potenti sono protetti dal diritto, pur essendo categorie di persone la cui libertà non è a rischio di ingiuste limitazioni.

Inoltre, sembra che si possa individuare una tensione tra le proibizioni giuridiche di discriminare e le posizioni liberali non perfezioniste. Come nota Shapiro:

“to legitimize the full extent of modern antidiscrimination regimes in all circumstances, it seems a doctrine of political legitimacy must comprehend nearly all of morality, adverting to a conception of the good life, flouting public reason, and forsaking antiperfectionism for perfectionism. For unless the doctrine is willing to recognize at least some moral wrongs that cannot be explicated in purely antiperfectionist terms, it will so circumscribe political power as to place many instances of discrimination beyond the legitimate scope of governmental regulation. Liberals must choose between their commitment to antidiscrimination law and their aversion to legal moralism”³⁴.

Inoltre, dire che si hanno certe libertà fondamentali, che devono essere garantite a tutti non è un criterio adeguatamente specifico per individuare un atto discriminatorio e distinguerlo da altre forme di ingiustizia. Non è chiaro, inoltre, se le limitazioni derivanti dai tratti personali che devono essere, secondo questa tesi, considerati come “normativamente estranei” alla deliberazione razionale, risultino dalla scelta di costruire le nostre società in un certo modo o costituiscano tratti intrinseci, caratterizzanti, connaturati alle persone. Chi avanza questa obiezione fa l'esempio della disabilità, una caratteristica fisica che è considerata una limitazione solo per il modo in cui abbiamo costruito le nostre società, ma che potrebbe non esserlo³⁵.

La teoria è troppo vaga nella sua formulazione attuale per permettere di distinguere le violazioni delle libertà fonamen-

³⁴ M. SHAPIRO, “Enforcing Respect: Liberalism, Perfectionism, and Antidiscrimination Law”, Tesi di dottorato, Università di Oxford, 2012, p. 172. Per un approfondimento della questione si veda in particolare il Capitolo 4.

³⁵ S. MOREAU, “What is Discrimination?”, cit., pp. 152-153.

tali che ammontano a discriminazione ingiusta da quelle causate da ingerenze di altro tipo. Dunque, non fornisce un criterio chiaro per individuare cosa costituisca discriminazione e quando questa vada proibita. La teoria, tra l'altro, non chiarisce come determinare l'imputabilità dell'azione al soggetto discriminatore nei casi di discriminazione indiretta, perché si potrebbe dire che le limitazioni che un individuo incontra nell'accesso al lavoro, se questi è nato e cresciuto in una periferia cittadina svantaggiata e per questo è stato privato del godimento del diritto fondamentale all'istruzione, non siano il risultato della discriminazione del datore di lavoro, ma del fallimento dello Stato a provvedere adeguate misure per garantire a tutti l'istruzione. In questo senso, non è possibile distinguere chiaramente le responsabilità legate al sistema dello Stato sociale (sistema di istruzione pubblica; sistema di sanità pubblica; misure di assistenza, previdenza, e così via) da quelle legate al divieto di trattamento svantaggioso sulla base di un tratto protetto, che è l'elemento specifico del diritto antidiscriminatorio³⁶.

Un'altra obiezione è che non è chiaro quando le libertà fondamentali possano essere invocate contro il trattamento diseguale e quando no; quando cioè, al di là dei casi paradigmatici, un atto è da qualificare come discriminatorio e, dunque, da proibire. Nel bilanciamento dei valori da proteggere, inoltre, che secondo questa teoria è necessario operare, come si è visto, per giustificare i limiti alle proibizioni discriminatorie, dovrebbero essere considerate le libertà deliberative degli altri. Come si è detto, l'elusiva individuazione dell'ingiustizia che il diritto antidiscriminatorio mira ad arginare, eliminare o reprimere, che secondo Moreau varia da caso a caso, è un ulteriore ostacolo all'individuazione di un criterio per il bilanciamento tra queste identiche libertà in competizione, quella deliberativa del discriminato e quella deliberativa del discriminante, senza fare riferimento ad altre giustificazioni che si fondano su altri valori o beni, come quello dell'eguaglianza o del rispetto di se stessi.

Anche le teorie basate sulle libertà sono soggette alla *levelling*

³⁶ *Ivi*, pp. 159-160.

down objection. Se tutti hanno diritto alla stessa libertà deliberativa, allora per evitare che possa essere considerato discriminatorio che sia concesso un beneficio a un gruppo e non agli altri, si potrebbe pensare che la soluzione sia di non dare a nessuno quel determinato beneficio. Moreau, risponde all'obiezione in modo simile a Holmes (si veda, *supra*, Capitolo sesto, paragrafo secondo), asserendo che chi agisce in giudizio contro una discriminazione non chiede al giudice che siano azzerate anche le libertà o i diritti degli altri, ma chiede di averli riconosciuti anche per sé, perché gli o le sono stati ingiustamente negati.

In risposta ad alcune delle obiezioni menzionate sopra, i difensori delle teorie liberali hanno cercato di ridurre la differenza tra le concezioni liberali ed egualitarie, sostenendo che la teoria del fondamento del diritto antidiscriminatorio basato sulla libertà sia parte di una delle possibili interpretazioni del principio di eguale considerazione e rispetto³⁷. Secondo le teorie basate sulla libertà, la protezione giuridica dalla discriminazione sarebbe fondata sull'eguale titolo al godimento delle medesime libertà da parte di ogni persona. Questa concezione, dunque, presupporrebbe la teoria di Dworkin secondo cui i valori dell'eguaglianza e della libertà non sarebbero in conflitto, anzi, il principio di eguale considerazione e rispetto li implicherebbe entrambi³⁸. Si tratterebbe allora di due modi diversi di interpretare l'eguaglianza. Come argomenta Moreau, in tutti e due i casi, per stabilire se ci sia una discriminazione, è necessario che vengano espressi giudizi di valore in merito allo scopo delle leggi, alla funzione e alla natura di istituzioni sociali ecc. Questi giudizi implicano valutazioni morali su cui vi è, e rimane, disaccordo. E di questo sembrano essere ben consapevoli i fautori delle teorie basate sulla libertà.

In risposta a questa argomentazione, i difensori dell'approccio basato sull'eguaglianza sostengono che una teoria del diritto antidiscriminatorio comparativa basata sull'eguaglianza si fon-

³⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 180-181; p. 275; pp. 355-370.

³⁸ S. MOREAU, "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", cit., pp. 73 e ss.

da su principi meno controversi (“thinner”) di una teoria non-comparativa basata sulla libertà³⁹. L’approccio comparativo sarebbe, per questo, da preferire e le concezioni basate sull’egualianza offrirebbero una migliore spiegazione teorica per la discriminazione incostituzionale⁴⁰; essa fonderebbe il divieto di discriminare da parte di attori pubblici, da parte dello Stato, senza escludere implicazioni per la discriminazione da parte di soggetti privati.

7.3. Teorie “espressiviste”

La riflessione filosofico-giuridica recente si è interrogata sul significato non verbale degli atti e sulla rilevanza di tale significato per la valutazione degli atti dell’autorità⁴¹. Gli atti – intendendo questo termine in modo molto ampio, tale da ricomprendere comportamenti umani eterogenei come azioni, parole, espressioni, omissioni, politiche, pratiche poste in essere da agenti singoli o collettivi, dotati o meno di autorità e poteri pubblici – hanno un significato non linguistico che viene chiamato “significato espressivo”. In questo senso, tipicamente, le leggi, i regolamenti e la loro applicazione concreta, come pure le politiche, i provvedimenti amministrativi e gli altri atti dei pubblici poteri sono portatori di un messaggio non verbale, di un “significato espressivo”.

Dunque, il significato espressivo è il contenuto di senso di un messaggio non verbale o verbale, che non emerge direttamente dal significato proprio delle parole impiegate o delle loro connes-

³⁹ D. HELLMAN, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, cit., p. 51.

⁴⁰ Invece, secondo Hellman, il fondamento del diritto antidiscriminatorio basato sulla libertà onererebbe le corti di un incarico che non spetta a loro espletare, cioè di pronunciarsi sul fatto che alcune libertà spettino o meno a tutti e sulla definizione di queste libertà. (*Ivi*, p. 69).

⁴¹ R.H. PILDES, R.G. NIEMI, “Expressive Harms, ‘Bizarre Districts’, and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances After *Shaw v. Reno*”, in *Michigan Law Review*, 92, pp. 483-587; A. ALTMAN, “Expressive Meaning, Race, and the Law: the Racial Gerrymandering Cases”, in *Legal Theory*, 5, 1999, pp. 75-99; J. FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment”, in *The Monist*, 49, 3/1965, pp. 397-423.

sioni logico-grammaticali, ma che tuttavia comunica un messaggio che serve all'agente sociale a muoversi con successo e a coordinare le sue azioni a quelle degli altri in società, nel contesto di riferimento. Altman elenca quattro attributi del significato espressivo di un atto; si tratta di quegli aspetti dell'azione che è necessario comprendere e padroneggiare per agire come un "attore sociale competente"⁴²; essi sono: 1. i motivi o tratti del carattere che aiutano a spiegare l'atto; 2. le regole e pratiche sociali costitutive nei cui termini un atto viene compreso; 3. i modi in cui l'atto può essere meglio giustificato da coloro i quali lo difendono; e 4. le conseguenze causali dell'atto per gli interessi di coloro i quali sono raggiunti da esse, nella misura in cui tali conseguenze sono mediate dalla percezione di una o più degli aspetti precedentemente elencati⁴³. Come è facile intuire, non esiste un significato espressivo univoco per ogni singolo atto, ma possono darsi più significati. Poiché le comunità sociali sono molteplici nelle società pluraliste, è possibile che uno stesso atto o segmenti di esso attraggano significati diversi nelle diverse comunità⁴⁴.

Il "significato espressivo", così come inteso dalla o dalle comunità sociali di riferimento, può avere l'effetto di sminuire alcuni individui, di trattarli come meno degni di rispetto in rapporto ad altri individui o non degni di rispetto in assoluto; di trattare alcuni individui sulla base di generalizzazioni non accurate, di stereotipi, pregiudizi o di altre premesse moralmente censurabili.

In questi casi si genera quello che è stato denominato "danno espressivo", che Pildes e Niemi definiscono come

⁴² A. ALTMAN, "Expressive Meaning, Race, and the Law: the Racial Gerrymandering Cases", cit., p. 77. La definizione di "significato espressivo" degli atti elaborata da Altman si basa sulle teorizzazioni di Max Weber (M. WEBER, "Basic Sociological Terms" in ID., *Economy and Society* (1922), University of California Press, Berkeley, 1968, pp. 3-62), Clifford Geertz (C. GEERTZ, "Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture", in ID., *The Interpretation of Cultures - Selected Essays*, Basic Books, New York, 1973, pp. 3-30) e John Searle (J. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York, 1995, pp. 43-51) relativamente al significato sociale degli atti e all'importanza del significato sociale degli atti per navigare in società e per coordinare le proprie azioni con quelle degli altri con successo.

⁴³ A. ALTMAN, "Expressive Meaning, Race, and the Law: the Racial Gerrymandering Cases", p. 77.

⁴⁴ *Ibidem*.

“one that results from the ideas or attitudes expressed through a governmental action, rather than from the more tangible or material consequences the action brings about. On this view, the *meaning* of a governmental action is just as important as what the action *does*. Public policies can violate the Constitution not only because they bring about concrete costs, but because the very meaning they convey demonstrates inappropriate respect for relevant public values”⁴⁵.

La tesi di Pildes e Niemi è che alcune azioni cagionano un danno espressivo quando violano valori pubblici condivisi attraverso il significato che esprimono. Il significato espresso da un atto, politica, legge, criterio non si riferirebbe, però, segnatamente alle intenzioni dell'autore, né ai suoi motivi, ma piuttosto riguarderebbe i significati ascrivibili a quell'atto alla luce delle regole sociali esistenti nel contesto di riferimento: “[w]hat matters is the social message their action conveys or, less positivistically, the message courts perceive the action to convey. This approach requires courts to attribute a likely social meaning to the action, rather than to discover the subjective intent behind it”⁴⁶. Secondo la teoria espressivista non è, pertanto, necessario guardare agli effetti dell'atto o alle sue conseguenze, perché ciò che rileva è il messaggio dell'atto, quello che si esprime con l'atto in questione.

La tesi del significato espressivo degli atti consente di criticare politiche, leggi e in generale gli atti delle autorità pubbliche, ogni qualvolta il messaggio veicolato da questi atti comporta un danno espressivo. Ad esempio, le politiche che sottendono rappresentazioni delle donne, dei migranti, delle minoranze sessuali o etniche che si basano su stereotipi cagionano un danno espressivo perché sono idonee a rafforzare assunzioni errate su un gruppo accomunato da una caratteristica protetta, piuttosto che neutralizzare gli effetti di eventuali credenze basate su stereotipi che siano generalmente condivise, ma erroneamente e in modo moralmente criticabile, dalla comunità di riferimento⁴⁷.

⁴⁵ R.H. PILDES, R.G. NIEMI, “Expressive Harms, ‘Bizarre Districts’, and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances After *Shaw v. Reno*”, cit., pp. 506-507.

⁴⁶ *Ivi*, p. 507.

⁴⁷ *Ivi*, pp. 483-587. A. ALTMAN, “Expressive Meaning, Race, and the Law: the Racial Gerrymandering Cases”, cit., pp. 75-99.

La tesi della portata espressiva degli atti permette ai giudici costituzionali di valutare la legittimità delle leggi sulla base dell'uso di criteri definiti facendo riferimento ai fattori di protezione sia in modo diretto, sia in modo indiretto.

7.4. La concezione “espressivista” di Deborah Hellman

La tesi preminente tra quelle che fondano il divieto di discriminare sull'eguale valore morale degli individui enfatizzando la dimensione del significato espresso dagli atti discriminatori è sostenuta da Deborah Hellman⁴⁸. Il punto di partenza della tesi di Hellman è quello che l'Autrice denomina *bedrock principle*, il principio fondamentale che tutte le persone hanno eguale valore morale⁴⁹:

“this inherent dignity and worth of all persons does not vary according to their other traits. While some people are smarter, faster, and more talented at tasks that benefit others, or even kinder and more gentle, these and other differences do not affect how important each of us is from a moral perspective. The inherent worth of persons is not something that comes in degrees. Rather, all people are equally important from the moral point of view and so are equally worthy of concern and respect”⁵⁰.

Per Hellman, l'ingiustizia della discriminazione consiste nello sminuire l'eguale valore morale degli individui⁵¹. Il punto è che le classificazioni o le azioni possono violare questo principio. In particolare, Hellman mette a fuoco il pericolo delle classificazioni discriminatorie. Classificare o distinguere non è in sé un'ingiustizia. Tuttavia, nota Hellman, certe classificazioni sono idonee a denigrare, sminuire alcuni soggetti, come la previsione di scuole separate per i bambini bianchi e neri. Altre classificazioni o distinzioni sono semplicemente

⁴⁸ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.; D. HELLMAN, “The Expressive Dimension of Equal Protection”, cit., pp. 1-70.

⁴⁹ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., p. 6.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ivi*, p. 7.

sbagliate, arbitrarie, discutibili, ma non moralmente ingiuste o, per lo meno, non istanziano la specifica ingiustizia morale della discriminazione. Ci sono, inoltre, altri tipi di distinzioni e classificazioni che non sono né ingiuste, né sbagliate, né discutibili. Questo problema è quello che Hellman definisce “discrimination puzzle”⁵².

Per risolvere il puzzle della discriminazione, Hellman argomenta che la classificazione discriminatoria è un’ingiustizia perché sminuisce l’eguale valore morale degli individui a cui si riferisce. Tali classificazioni ingiuste sono operate sulla base di un tratto storicamente e socialmente saliente, avente natura convenzionale e sociale. Per comprendere quali tratti rilevino e in che modo, è necessario interpretare il senso che la classificazione acquista alla luce del contesto. I diversi tratti, le caratteristiche possedute dalle persone sono, di per sé, inerti, ma acquistano un certo significato, una certa salienza, alla luce del contesto. Se la classificazione ha significato denigratorio, sarà inammissibile, intollerabile dal punto di vista morale.

L’esempio paradigmatico è il caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, una causa decisa il 17 maggio 1954 dalla Corte suprema degli Stati Uniti. L’appellante, la piccola Linda Brown, aveva chiesto di essere ammessa alla *public school* della sua comunità senza essere ghettizzata, rivendicando che la segregazione fosse contraria al XIV Emendamento, perché privava i cittadini neri dell’eguale protezione delle leggi, sulla base dell’argomento che, sebbene le scuole per i neri e per i bianchi fossero state “egualizzate”, cioè equiparate, rispetto a edifici, programmi, qualificazioni e salari degli insegnanti e altri fattori materiali, così da apparire “eguali” e offrire pari livello di istruzione agli allievi bianchi e neri, tuttavia, dal momento che la segregazione si basava sul criterio ingiusto della “razza”: “segregated public schools are not ‘equal’ and cannot be made ‘equal’”⁵³.

La Corte d’appello aveva dato torto alla piccola Linda Brown e agli altri appellanti dei casi riuniti, in ossequio alla dottrina del “separate but equals”, enunciata in *Plessy v. Ferguson* (causa

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347U.S. 483 (1954).

decisa nel 1896 in materia di trasporto pubblico), secondo cui la segregazione razziale dei neri non costituiva una violazione del XIV Emendamento (“equal protection clause”), a patto che i neri ricevessero lo stesso standard di trattamento riservato ai bianchi: “Under that doctrine, equality of treatment is accorded when the races are provided substantially equal facilities, even though these facilities be separate”⁵⁴.

La Corte suprema, chiamata a pronunciarsi sul caso Brown e sugli altri casi riuniti, ribalta la dottrina “separate but equals” con una pronuncia che diverrà storica e la cui argomentazione è particolarmente efficace nel descrivere il male della discriminazione che Hellman individua nella sua teoria. Vista la centralità dell’istruzione per il successo nella vita di ciascun bambino, ragiona la Corte suprema, il diritto all’istruzione deve essere reso godibile da tutti allo stesso modo. Alla domanda se la segregazione dei bambini nelle scuole pubbliche solo sulla base della “razza” deprivi o meno i bambini del gruppo di minoranza di pari opportunità in materia di istruzione, assumendo che le strutture e altri fattori “tangibili” fossero equiparati tra loro, la Corte risponde affermativamente. La Corte argomenta così la sua conclusione:

“To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.

(...) Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system.

(...) Separate educational facilities are inherently unequal. (...) [S]uch segregation is a denial of the equal protection of the laws”⁵⁵.

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

Secondo i passaggi dell'argomentazione appena ricordati, la mera separazione in scuole diverse a seconda del colore della pelle, una classificazione operata dalla legge, veicola un messaggio che stigmatizza gli individui che fanno parte del gruppo non dominante. Le conseguenze di questa classificazione, per un bambino in età scolare, l'età della costruzione del sé, della formazione della personalità, oltre che dell'apprendimento, sono terribili, profonde e irreversibili, perché essere costretti a frequentare scuole diverse dai bambini bianchi solo per il colore della pelle inocula nei bimbi neri l'idea che una giustificazione per questa separazione ci debba pur essere, e che la giustificazione sia la loro inferiorità rispetto ai bambini bianchi, più privilegiati, abbienti, socialmente riconosciuti ecc. Per di più, la separazione in scuole diverse ha l'imprimatur della legge. Questo rende ancora più intensi la carica stigmatizzante e il sentimento di inferiorità che genera nei membri del gruppo non dominante. Secondo Deborah Hellman, il male della discriminazione è segnatamente questo: trattare qualcuno come moralmente inferiore.

Dunque, la discriminazione ingiusta consiste in una classificazione, criterio, regola o pratica (azione, politica, omissione, e così via) che tratta i destinatari come moralmente inferiori. Hellman sostiene che si tratti sempre di un'ingiustizia individuale. Un soggetto discriminato, pur senza accorgersi di esserlo o esserlo stato, subisce un torto, un'ingiustizia. Non ha, infatti, rilevanza il sentimento del soggetto discriminato, il "sentirsi discriminati", "offesi", "sminuiti". L'ingiustizia della discriminazione è "oggettiva". Nemmeno l'intenzione del discriminatore rileva: il disvalore morale è "oggettivo". Hellman definisce con cautela questo termine. La discriminazione è oggettiva perché chiunque, nel contesto, è capace di riconoscere e percepire che il comportamento sminuisce l'eguale valore morale del soggetto discriminato.

Ciò avviene in relazione a determinati fattori, che Hellman definisce, in modo simile a Lippert-Rasmussen, come caratteristiche (o tratti) storicamente e socialmente salienti, che si collegano a una storia di soggiogamento del gruppo di individui che le posseggono e che, alla luce del contesto specifico, permettono di individuare un trattamento come sminuente, denigratorio, in relazione a quel tratto. Un esempio partico-

larmente illustrativo è quello dei detenuti neri che in Sudafrica, durante l'Apartheid, erano costretti a indossare i calzoni corti nelle prigioni di Stato. Non c'è nulla di denigratorio, in astratto, nel richiedere ai detenuti di indossare i calzoni corti, specialmente in un luogo in cui le temperature possono essere anche molto alte in determinate stagioni. Tuttavia, imporre ai detenuti neri la divisa con i calzoni corti ha, per Hellman, un intento denigratorio oggettivamente evidente agli occhi di tutti coloro che conoscono le premesse culturali rilevanti in quel contesto. La previsione dell'ordinamento penitenziario apparirà immediatamente, a chi conosce il contesto, come un tentativo di sminuire il valore morale dei detenuti, infantilizzandoli. Infatti, in quel momento storico e in quel luogo, le regole sociali e culturali volevano che i bambini, e non gli adulti, portassero i calzoni corti. Il messaggio contenuto nel gesto discriminatorio, "ti tratto così perché sei moralmente inferiore, non sei mio pari" (e questo messaggio è nella maggior parte dei casi veicolato dall'uso della seconda persona singolare nel rivolgersi all'altro, mancando del rispetto che si deve a coloro ai quali si dà del "lei") è espresso dal gesto, dal comportamento, dall'atto discriminatorio o dal messaggio non verbale di atti e provvedimenti legislativi (il loro "significato espressivo", come definito nel paragrafo precedente). Per questa ragione, questa teoria è stata denominata "espressivista"⁵⁶.

Hellman indica alcuni criteri che servono a individuare l'atto discriminatorio alla luce del contesto. Innanzi tutto, come si è detto, il tratto a motivo del quale si opera la distinzione deve essere un tratto "storicamente e socialmente saliente" nel contesto di riferimento. Perché un tratto sia socialmente e storicamente saliente deve esserci una combinazione di due fattori: una storia di maltrattamento e di esclusione delle persone che posseggono un tratto specifico e l'attuale condizione di marginalizzazione, soggezione, subordinazione del gruppo

⁵⁶ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit.; D. HELLMAN, "The Expressive Dimension of Equal Protection", cit., pp. 1-70; E. ANDERSON, R. PILDES, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", pp. 1503-1575; S. MOREAU, "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", cit., p. 72.

di persone che lo possiedono. Questi fattori rendono le distinzioni operate su quella base potenzialmente impermissibili⁵⁷. Ad esempio, le donne sono state storicamente private del diritto di voto, del diritto di ereditare, di essere titolari di beni immobili, sono state relegate in posizioni sociali marginali; inoltre, ancora oggi le donne guadagnano meno degli uomini, sono comparativamente meno rappresentate rispetto agli uomini negli organi decisionali e di vertice, sia nel privato che nel pubblico, sono penalizzate nella vita lavorativa, sono oggetto di violenza da parte degli uomini. Quindi, essere donna è un tratto storicamente e socialmente saliente, secondo la definizione di Hellman, e le distinzioni basate su quel tratto, l'essere donna, dovranno essere profondamente vagliate sotto il profilo della legittimità morale (e costituzionale) perché hanno maggior potenziale di essere discriminatorie rispetto ad altre, come ad esempio una distinzione sulla base della lettera iniziale del cognome:

“[t]he history of mistreatment and the current status of women in society both matter because they determine the nature of an action refusing to hire or admit a woman because of her sex. Being denied a job on the basis of being female demeans women in a way that being denied a job because one's last name begins with A does not”⁵⁸.

Oltre ai casi paradigmatici in cui la discriminazione è evidente, ci sono i casi meno chiari. Per fare luce su questi ultimi, Hellman individua alcuni criteri che sono indicatori della presenza della discriminazione. Uno è la natura della relazione tra il discriminatore e il discriminato, intendendo per discriminatore l'emissario del messaggio con cui si traccia la distinzione, sia esso privato o pubblico, a prescindere dal fatto che il messaggio sia espresso in forma scritta, orale o non verbale. Se il soggetto che opera la distinzione o classificazione è in una posizione di potere rispetto alla persona oggetto della classificazione o azione discriminatoria, questa sarà maggiormente pericolosa, perché avrà un maggiore potenziale di sminuire l'eguale

⁵⁷ D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., p. 14.

⁵⁸ *Ivi*, p. 15.

valore morale della persona interessata. Il potere detenuto da chi ha autorità su un altro, in un determinato contesto, amplifica la portata discriminatoria di un atto, perché lo rende maggiormente idoneo a umiliare e svilire, rispetto allo stesso atto posto in essere da un soggetto di pari livello. Ad esempio, un ordine dato da un datore di lavoro al suo dipendente avrà un maggiore potenziale lesivo della dignità del/la dipendente in questione, a motivo dell'autorità, del potere che il primo ha, strutturalmente e per definizione, sul/la secondo/a, rispetto a un identico atto linguistico espresso, ad esempio, da un/a collega, che è suo/a pari, e dunque non è in posizione sovraordinata.

Un altro criterio, legato al primo, è il tipo di atto linguistico: un ordine avrà maggiore potenziale lesivo di un consiglio o un suggerimento. Tuttavia, un consiglio o un suggerimento da parte di chi è in posizione di autorità potrà essere interpretato come un ordine da chi vi è soggetto. Pertanto, anche su questi atti linguistici sarà necessario uno scrutinio severo, quando i soggetti coinvolti non sono in posizione di parità effettiva nel contesto di riferimento.

Nella sua analisi, Hellman distingue due contesti: la discriminazione che consiste nel "disparate treatment" e quella che si sostanzia nel "disparate impact", secondo la teoria del diritto antidiscriminatorio elaborata alla luce della giurisprudenza statunitense. Il primo contesto è costituito dalle classificazioni operate da leggi, politiche e pratiche sulla base di una caratteristica protetta. Il secondo contesto è definito sulla base dell'impatto differenziale che una legge o una politica ha su un gruppo. In entrambi i casi, la discriminazione ha a che fare con i significati o messaggi espressi dalla legge o dalla politica, che sminuiscono l'eguale valore morale delle persone. In questo senso, è il messaggio espresso dall'azione discriminatoria a costituire la violazione del principio di eguale considerazione e rispetto, non essendo necessario che vi siano anche azioni in cui si sostanzia il trattamento discriminatorio che oggettivamente sminuisce, svilisce, l'eguale valore morale di una persona.

Le teorie espressiviste sono fortemente persuasive e sembrano essere le più convincenti dal punto di vista morale. Rendono pienamente ragione del motivo per cui la discriminazione, intuitivamente, ci appare come un'ingiustizia. Il problema di que-

ste teorie sembrerebbe essere la loro difficoltà a rendere ragione di tutti gli aspetti del diritto antidiscriminatorio a livello sistemico e, per questo motivo, forse, necessiterebbero di essere ulteriormente elaborate, in maniera riflessiva rispetto all'effettiva configurazione degli strumenti di diritto positivo. Tuttavia esse hanno un alto potenziale di critica rispetto a pratiche, politiche e leggi discriminatorie.

7.5. Teorie basate sulla dignità e principali obiezioni

La dignità è un concetto fondamentale in materia di diritti umani⁵⁹, inserito nella Carta delle Nazioni Unite, sancito dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948⁶⁰, da nume-

⁵⁹ Patto Internazionale sui diritti civili e politici; Patto Internazionale sui diritti Economici, Sociali e Culturali; Protocollo n. 13 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in tutte le circostanze; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: Preambolo "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà"; articolo 1: "La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata"; articolo 25: "L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale"; articolo 31, comma 1: "Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose"; articolo 34, comma 4: "Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali".

⁶⁰ Nel primo considerando del Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani si legge che "il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo"; l'articolo 1 enuncia che: "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti"; l'articolo 22 proclama che: "Ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale e in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità"; l'articolo 23 comma 3 proclama che: "Ogni individuo che lavora ha diritto a una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana e integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale".

rosi Trattati internazionali⁶¹ e dalle Carte costituzionali di alcuni Stati di diritto costituzionale, come ad esempio quella tedesca e sudafricana.

La dignità umana è chiamata in causa dalle tesi dignitarie come l'“interesse” o il “valore” che la discriminazione offende⁶². Alcune tesi definiscono la “dignità” di ogni individuo come “pari dignità sociale”, che implica “l'intangibilità dell'eguale possibilità di sviluppo della personalità del singolo” per cui “ciascun individuo vanta l'astratta pretesa a essere posto in una condizione che gli consenta una piena espressione della propria personalità”⁶³. Si tratta di una tesi riconducibile al valore dell'eguaglianza sostanziale⁶⁴.

L'assunto che la dignità sia il fondamento morale del divieto di discriminare è al cuore della teoria di Denise Réaume⁶⁵. Al

⁶¹ Segue un elenco, non esaustivo, dei principali Trattati internazionali che, nei rispettivi Preamboli o negli articoli, menzionano la dignità: Patto internazionale sui diritti civili e politici; Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali; Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, c.d. “Convenzione di Istanbul”; Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

⁶² D.G. RÉAUME, “Dignity, Equality and Comparison”, cit., pp. 7-27; D.G. RÉAUME, “Discrimination and Dignity”, in *Louisiana Law Review*, 63, 3/2003, pp. 645-695; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., pp. 1-40; C. DUPRÉ, *The Age of Dignity – Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2015. Inoltre, si veda B. PASTORE, “Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto”, in *GenIUS*, 2/2018, pp. 105-112.

⁶³ L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 25.

⁶⁴ Khaitan ritiene che la rilevanza delle posizioni che provano a fondare il diritto antidiscriminatorio sulla “dignità” sia il loro aspetto “espressivista”, appena descritto, e che considera non scevro da aporie e problemi, concettuali. Si veda T. KHAITAN, “Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous Nor a Panacea”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 32, 1/2012, pp. 1-19. Per una critica a Khaitan si veda V. JUKKA, “Two Challenges for Dignity as an Expressive Norm”, in *Criminal Law and Philosophy*, 6, 3/2012, pp. 327-340.

⁶⁵ D.G. RÉAUME, “Dignity, Equality and Comparison”, cit., pp. 7-27; D.G. RÉAUME, “Discrimination and Dignity”, cit., pp. 645-696; D.G. RÉAUME, “Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from In-

cuore della ricerca di Réaume vi è una insoddisfazione profonda per il modo in cui il principio di eguaglianza viene interpretato dalle corti (in particolare quelle canadesi). L'Autrice argomenta che, nell'interpretare i fini e i criteri stabiliti dalla legge, le corti tendono, soprattutto nei casi politicamente "caldi" o "sensibili", a dare rilevanza ai giudizi di differenza, esaltando le differenze che, necessariamente e sempre sono presenti tra due termini di paragone, per negare il riconoscimento del diritto, del bene, dell'esenzione, all'appellante che asserisce di esserne privato ingiustamente perché destinatario di una discriminazione. Il problema diventa, allora, stabilire quali sono i criteri rilevanti per individuare la somiglianza e la differenza, ed è questo, per Réaume, il punto debole dei giudizi comparativi in materia di eguaglianza.

"If it is theoretically and doctrinally possible for courts (and others) to use any difference as a relevant distinction, they may be tempted to do so, especially in politically sensitive cases. Yet without some deeper foundation in an equality principle, the courts (and others) will lack adequate guidance as to the principles they should use to examine underlying legislative objectives in light of equality rights. For cases like these to get a fairer hearing, a firmer foundation must be supplied for settling upon the objective of the statute, which in turn involves an interpretation of the nature of the benefit at stake"⁶⁶.

Per Réaume, bisogna ancorare i criteri dei giudizi in materia di eguaglianza al fondamento della pari dignità di ogni essere umano, al diritto di essere trattati "con eguale considerazione e rispetto", all'eguale status morale di ogni persona⁶⁷.

Réaume propone un metodo costruttivista per riempire di contenuto il principio di eguaglianza, ispirato all'argomento di Waldron che i diritti umani sono il risultato dell'attribuzione a tutti, per estensione, di un unico rango, quello aristocratico, che riconosce a tutti la dignità e le prerogative che, in una so-

tentional to Adverse Effect Discrimination", cit., pp. 349-385; D.G. RÉAUME, "Defending the Human Rights Codes from the Charter", in *Journal of Law and Equality*, 9, 2012, pp. 67-102.

⁶⁶ D.G. RÉAUME, "Dignity, Equality and Comparison", cit., p. 19.

⁶⁷ *Ibidem*.

cietà divisa in classi con status diversi e gerarchicamente strutturati, erano attribuite alle persone di rango più elevato⁶⁸.

La lesione della dignità è apprezzabile in sé, a prescindere dagli effetti e dallo stato mentale di chi pone in essere il comportamento lesivo:

“[Dignity can] be dishonored through a failure to show respect, through the treatment of others as less than creatures of inherent worth. Thus dignity is violated by such a failure of respect, whatever the empirical consequences of that failure for those affected. Harm to dignity need not be contingent upon a showing of other specific effects, whether psychological or material”⁶⁹.

Un altro studioso, Benjamin Eidelson, individua nella “mancanza di rispetto” l’ingiustizia specifica della discriminazione. La sua concezione della discriminazione come ingiustizia è, invero, completata dalla tesi che questa minaccia o viola il valore dell’autodeterminazione individuale (per questo si veda *supra*, paragrafo primo del presente Capitolo). Per Eidelson, gli atti discriminatori

“are intrinsically wrong when and because they manifest a failure to show the discriminatees the respect that is due to them as persons. Thus discrimination is sometimes morally objectionable not because of anything that it causes, but because of what it itself manifests by virtue of how it comes about”⁷⁰.

Il fondamento teorico in discorso presenta, però, tutti i problemi che sono legati alla nozione di dignità. In particolare, i critici di questi approcci sostengono che si tratti di un concetto indeterminato. Gli atti che violano la dignità, di conseguenza, sarebbero difficili da individuare. Inoltre, come mostra la pluralità di teorie di cui si è trattato finora, vi sono diverse concezioni della dignità, a seconda che la si intenda come basata sullo status, come basata sul valore o come identità. In ultimo, la

⁶⁸ J. WALDRON, M. DAN-COHEN (a cura di), *Dignity, Rank and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Si veda anche D.G. RÉAUME, “Discrimination and Dignity”, cit., pp. 645-695.

⁶⁹ D.G. RÉAUME, “Discrimination and Dignity”, cit., p. 676.

⁷⁰ B. EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, cit., p. 73.

dignità è, spesso, guardata con sospetto per i suoi possibili usi illiberali, perché in nome di questo valore si potrebbero giustificare limitazioni criticabili alla libertà dei privati da parte dello Stato⁷¹. I sostenitori delle tesi basate sulla dignità devono fare i conti con queste obiezioni per rendere le loro concezioni più solide. Secondo Khaitan, una volta sgombrato il campo dai problemi che il concetto di dignità solleva, nel contesto del diritto antidiscriminatorio, la dignità intesa come norma espressiva potrebbe svolgere il ruolo peculiare che altri valori come libertà, eguaglianza e autonomia non possono svolgere.

7.6. Alla ricerca di un fondamento unitario: teorie pluraliste

Ognuna delle teorie finora descritte sembra catturare aspetti importanti dell'ingiustizia specifica della discriminazione, senza tuttavia soddisfare pienamente la domanda giustificatoria. Forse, il metodo più promettente per l'elaborazione di una teoria normativa completa è quello messo a punto da Tarunabh Khaitan, il cui merito non è soltanto di individuare una strada per la prosecuzione degli studi sul diritto antidiscriminatorio che tengano conto dei problemi e delle aporie teoriche di cui si è parlato finora, ma anche di individuare le idiosincrasie tra i livelli di indagine teorico, sistematico e pratico nel dar conto del fenomeno del diritto antidiscriminatorio. Infatti, la teoria di Khaitan si fonda su una ricerca sistematica degli istituti previsti dalla legislazione in materia di diritto antidiscriminatorio in diverse giurisdizioni, giudicate tra loro comparabili rispetto ai detti istituti, che comprende le giurisdizioni di *common law* di Canada, India, Sudafrica, Regno Unito, Stati Uniti e indirettamente, tramite l'inclusione del Regno Unito, anche dei sistemi del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. La ricerca di Khaitan rimane a livello sistematico generale, senza includere anche i dati che vengono dalla pratica, ma è sufficiente a fornire i dati per l'indagine e l'elaborazio-

⁷¹ T. KHAITAN, "Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous Nor a Panacea", cit., pp. 1-19; C. MCCRUDDEN, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", cit., pp. 655-724; C. MCCRUDDEN (a cura di), *Understanding Human Dignity*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

ne della teoria del diritto antidiscriminatorio che verrà qui denominata “pluralista” o “mista”.

Khaitan riconosce i contributi che le diverse teorie che individuano il fondamento del diritto antidiscriminatorio rispettivamente nel valore dell'eguaglianza, della libertà e dell'eguale valore morale dei soggetti (che Khaitan denomina “teorie dignitarie”). Tuttavia, non le ritiene sufficienti a giustificare, da sole, il diritto antidiscriminatorio. Il problema, per Khaitan, non sta solo nella risposta che queste teorie forniscono alla domanda del fondamento, ma nel fatto che tutte, senza eccezione, formulano la domanda in termini sbagliati. In particolare, l'errore delle teorie egualitarie, liberali e dignitarie sta, per Khaitan, nel cercare un fondamento unitario al diritto antidiscriminatorio, senza distinguere le domande teoriche che questo pone. Per questo, sulla scia di una distinzione hartiana⁷², l'autore distingue le questioni fondamentali che stanno alla base di una teoria del diritto antidiscriminatorio e i diversi livelli a cui si collocano, proponendo di trovare una giustificazione pluralista, in cui diversi valori rispondono a domande diverse⁷³. In sostanza, secondo Khaitan, la domanda sul *point* del diritto antidiscriminatorio (“purposive question”) va analiticamente distinta dalle domande su quali diritti e doveri sono distribuiti dal diritto antidiscriminatorio (“distributive question”). Una cosa è, cioè, chiedersi quale sia il fondamento del diritto antidiscriminatorio, per quale ragione è venuto a esistenza questo *corpus* di norme e di decisioni giurisprudenziali, quale sia la sua ragion d'essere; un'altra cosa è chiedersi chi questo corpus di norme e di *case-law* miri a tutelare, da cosa tuteli e come, a chi attribui-

⁷² Khaitan espressamente indica Hart come l'ispiratore di questa considerazione, e in particolare l'inciso: “what is most needed is not the simple admission that instead of a single value or aim (...) a plurality of different values and aims should be given as a conjunctive answer to some *single* question concerning the justification of punishment. What is needed is the realisation that different principles (...) are relevant at different points in any morally acceptable account of punishment”. H.L.A. HART, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, in *Proceedings of the Aristotelian society*, 60, 1/1960, pp. 1-26 (corsivo in originale, citato da T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 9-10).

⁷³ Tale indicazione sarà seguita da Moreau nell'elaborazione del suo nuovo libro sulla discriminazione.

sca diritti e su chi gravino i doveri che impone, quali strumenti processuali offra. Il primo è un quesito a livello teorico. Il secondo è un quesito a livello intermedio, sistemico, che si colloca tra il livello teorico e quello delle singole dispute nella pratica concreta del diritto⁷⁴. L'indagine a livello intermedio porta a concludere che esiste un fenomeno sufficientemente omogeneo da fare ricostruire un "legal model of discrimination law"⁷⁵. Le differenze apprezzabili nelle diverse giurisdizioni prese in considerazione da Khaitan nella ricerca preliminare alla formulazione della sua posizione teorica sono, infatti, da lui ritenute trascurabili, oppure risolvibili secondo il criterio della soluzione applicata nel numero maggiore di giurisdizioni, rimanendo, comunque, le differenze molto marginali e di scarso interesse per la teoria⁷⁶.

Khaitan individua poi quattro gruppi, grappoli, insiemi di beni fondamentali, definiti come beni a cui ognuno deve accedere con sicurezza per essere messo in grado di vivere una vita realizzando se stesso. Questi quattro gruppi di beni riguardano: la soddisfazione dei propri bisogni biologici; le libertà negative; un ventaglio adeguato di opportunità valide; e un certo livello di rispetto per se stessi⁷⁷. La risposta alla "purposive question", alla domanda cioè sul *point*, sulla ragione specifica per cui esiste il diritto antidiscriminatorio, Khaitan risponde che il diritto antidiscriminatorio esiste per "ridurre (e in definitiva eliminare) pervasivi, persistenti e sostanziali svantaggi relativi tra certi tipi di gruppi (gruppi l'appartenenza ai quali è definita da caratteristiche personali o moralmente irrilevanti o dotate di valore)"⁷⁸. Per questo, a livello dei gruppi, più che dei soggetti individuali, il diritto antidiscriminatorio sarebbe essenzialmente comparativo, perché avrebbe a che fare con lo svantaggio relativo di un gruppo rispetto al gruppo analogo o affine, individuato sulla base del fattore di protezione o caratteristica protetta (ad esempio, il gruppo affine a quello delle donne è quello degli uomini, il gruppo affine

⁷⁴ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 9-11.

⁷⁵ *Ivi*, p. 17.

⁷⁶ *Ivi*, pp. 45-88.

⁷⁷ *Ivi*, p. 18; e pp. 91-116.

⁷⁸ *Ivi*, p. 18 (T.d.A.).

a quello dei disabili è quello dei “normodotati”, e così via). Invece, al livello individuale, il fondamento del diritto antidiscriminatorio sarebbe assoluto, perché farebbe perno sui diritti fondamentali di tutti ai beni di base (la soddisfazione dei propri bisogni biologici; le libertà negative; un ventaglio adeguato di opportunità valide; e un certo livello di rispetto per se stessi).

Secondo Khaitan, lo svantaggio relativo in cui si trova un gruppo rispetto a un altro è moralmente rilevante perché impedisce l'accesso sicuro, non precario, ai beni di base sopra menzionati. A causa di questo accesso limitato o instabile, tale svantaggio colpisce negativamente, riduce, limita, restringe la capacità dei membri del gruppo svantaggiato di essere liberi⁷⁹. In sostanza, i membri di questi gruppi svantaggiati, a cui il diritto antidiscriminatorio offre una protezione maggiore rispetto a quella riservata ai componenti del gruppo omologo, non hanno accesso in misura adeguata o in modo certo ai beni fondamentali indicati da Khaitan. Secondo questa posizione, in ogni caso, non basta che gli individui appartenenti ai gruppi protetti abbiano un generico, astratto, accesso ai beni: questo infatti deve essere stabile; un accesso stabile ai beni si ha quando gli individui singoli sono “liberi dal timore ragionevole di perderlo”⁸⁰.

Per Khaitan, la discriminazione è un problema morale, perché i membri dei gruppi in situazione di svantaggio relativo sono più esposti alla violazione delle proprie libertà negative. Le libertà negative sono quel gruppo di libertà che definisce una sfera di non interferenza per la volontà dell'individuo⁸¹. In una situazione di sbilanciamento di potere in cui un gruppo è soggiogato da un altro, vi è il rischio di essere soggetti a ingerenze ingiustificabili da parte del gruppo dominante sulla volontà del gruppo dominato. Ciò avviene anche se non tutti i membri del gruppo dominato subiscono interferenze indebite nella sfera della loro volontà e, conseguentemente, la perdita delle libertà negative o la perdita della sicurezza del loro godimento (che a sua volta è libertà dalla paura di perdere queste libertà). Dunque, per Khaitan, il fine del diritto antidiscriminatorio è elimi-

⁷⁹ *Ivi*, p. 122.

⁸⁰ *Ibidem* (T.d.A.).

⁸¹ I. BERLIN, *Two Concepts of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1958.

nare lo svantaggio relativo del gruppo dominato in modo che i suoi membri possano essere liberi dalle interferenze nella sfera della loro volontà a opera del surplus di potere del gruppo dominante, ovvero:

“to reduce and remove relative group disadvantage, which denies to individuals optimal access to the basic goods, and (...) this denial is the most acute for those who are most disadvantaged”⁸².

Secondo Khaitan, l'insieme di beni fondamentali che entrano in gioco quando si cerca la ragion d'essere del diritto antidiscriminatorio è di matrice marcatamente liberale. E liberale è pure la preoccupazione rispetto allo svantaggio relativo del gruppo discriminato. In questo senso, la sua teoria è più orientata verso le teorie basate sulla libertà ed è in polemica verso quelle basate sull'eguaglianza. Anche il suo approccio alla nozione di “gruppo” è marcatamente liberale, perché non individua nel gruppo un valore in sé e perché guarda al gruppo con prudenza e distanza, nella consapevolezza che il gruppo può opprimere i suoi membri:

“Groups are salient to discrimination law because group membership has a significant impact on the life-chances of a person. On this understanding, it will be a mistake to romanticize groups for their own sake, especially given their capacity to oppress their own members. Group membership is valuable only when, and to the extent that, it adds value to a person's life”⁸³.

La teoria di Khaitan è da lui stesso definita “sufficientarian, and compatible with prioritarianism”⁸⁴. Il diritto antidiscriminatorio, secondo questa posizione, trova la sua giustificazione (nel senso di scopo, fine, obiettivo), nell'assicurarsi “that we have enough to make us free, and that those who are most unfree deserve special attention”⁸⁵.

⁸² T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 129.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ivi*, p. 132.

⁸⁵ *Ibidem*.

Problemi aperti

Il fine di questo lavoro è presentare le principali teorie in merito a due questioni: la definizione della discriminazione e il fondamento morale del divieto di discriminare.

Si è argomentato come il termine “discriminazione” è semanticamente polimorfo, perché comprende fenomeni profondamente diversi fra loro, tutti riconducibili normativamente alla prescrizione di non trattare qualcuno in modo svantaggioso a motivo di un tratto socialmente e storicamente saliente.

La discriminazione, nell’accezione moralizzata del termine, è un’ingiustizia. Quando e perché lo sia, è dibattuto. Chi ritiene che il male morale della discriminazione consista nel non trattare le persone allo stesso modo a motivo di un tratto che deve essere considerato moralmente inerte fonda la proibizione della discriminazione sul principio di eguaglianza e considera la parità di opportunità o il ripristino di eguali posizioni di partenza – nella competizione per i beni, diritti, risorse, posizioni di privilegio – il fine specifico di questa branca del diritto.

Chi ritiene che il male della discriminazione consista nell’indebita interferenza nelle libertà negative altrui o nel processo che porta alla costruzione della propria individualità, fonda il divieto di discriminare sulla libertà o autonomia dei soggetti di scegliere per sé come costruire la propria esistenza, come realizzare se stessi e il proprio progetto di vita, senza indebite limitazioni e ingerenze esterne, legate, direttamente o indirettamente, a fattori che non dovrebbero essere trattati come costi nel processo di deliberazione morale.

Tuttavia, la ragione profonda per cui la discriminazione è ingiusta sembra non potersi ricondurre esclusivamente né al valore dell’eguaglianza, né a quello della libertà. La discriminazione non è un male solo perché riduce lo spazio di libertà o perché non tratta allo stesso modo persone e gruppi. C’è qual-

cosa di diverso, di ulteriore, per cui queste due giustificazioni non rendono appieno ragione della nostra intuizione morale sul perché la discriminazione è ingiusta. L'ingiustizia specifica della discriminazione sta nel trattare qualcuno come moralmente inferiore.

Come si è cercato di dimostrare, nessuna delle teorie esaminate sembra offrire una giustificazione pienamente soddisfacente al diritto antidiscriminatorio e una spiegazione di tutte le sue caratteristiche. Sebbene tutte presentino elementi interessanti, nessuna è priva di aspetti problematici. La giurisprudenza, tra l'altro, quando argomenta per individuare la discriminazione odiosa da vietare, fa spesso appello a tutti gli argomenti congiuntamente: quello basato sulla libertà, quello basato sull'uguaglianza e quello basato sulla dignità o rispetto di sé. Basti qualche eminente esempio. L'opinione del Justice Kennedy nel caso *Obergefell v. Hodges*, in cui la Corte suprema degli Stati Uniti ha dichiarato incostituzionali le leggi che proibiscono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, argomenta così:

“the necessary consequence [of such laws] is to put the imprimatur of the State itself on an exclusion that soon demeans or stigmatizes those whose own liberty is then denied. Under the Constitution, same-sex couples seek in marriage the same legal treatment as opposite-sex couples, and it would disparage their choice and diminish their personhood to deny them this right”¹.

Nell'escerto citato, il giudice fa riferimento sia alla tesi secondo cui proibire per legge il matrimonio delle persone dello stesso è discriminatorio, perché ha un messaggio stigmatizzante per le persone omosessuali, sia alla tesi basata sull'uguaglianza, perché non permette che abbiano lo stesso trattamento che la legge riserva alle coppie eterosessuali, sia all'argomento basato sulla libertà, perché riduce il ventaglio delle loro scelte².

¹ Corte suprema degli Stati Uniti, *Obergefell v. Hodges* 135 S Ct 2584 (2015), Slip Opinion, paragrafo 19.

² In modo simile, la Corte costituzionale utilizza sia l'argomento che si fonda sulla libertà, sia quello basato sull'eguale valore morale di ogni persona nel vagliare la legittimità costituzionale della legge che prevedeva l'attribuzione automatica del cognome paterno al momento della nascita (o dell'adozione, in caso di adozione da parte di entrambi i coniugi). Secondo

Il problema è l'insufficienza di ognuna di queste teorie o prospettive a spiegare il fenomeno giuridico della discriminazione nel suo complesso. Alcuni aspetti del diritto antidiscriminatorio vigente rimangono opachi se si adotta una teoria o l'altra³. Per questa ragione l'approccio pluralista multilivello alla giustificazione del diritto antidiscriminatorio inaugurato da Khaitan sembra promettente. Le diverse tesi o prospettive teoriche sul perché la discriminazione è ingiusta potrebbero servire a fondare aspetti diversi del principio di non discriminazione nel diritto. Bisogna ancora lavorare per raggiungere unità e coerenza in questo filone di studi. Sembra, tuttavia, che un elemento ordinatore si possa trovare nella tesi che diverse giustificazioni operino a più livelli e che le tensioni tra termini opposti che fondano i diversi modelli – giustizia individuale o di gruppo; giustizia distributiva o correttiva; uguaglianza o libertà; ingiustizia o danno – possano, almeno in parte, essere conciliate lavorando su più livelli di giustificazione⁴.

Nel corso della trattazione sono emerse delle tematiche tra-

la Corte costituzionale: “[come già espressamente riconosciuto nell’ordinanza n. 176 del 1988] ‘sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all’evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell’autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall’art. 29 Cost., anziché avvalersi dell’autorizzazione a limitare l’uno in funzione dell’altro” (Corte costituzionale, sentenza n. 286/2016, paragrafo 3.2). Inoltre, la Corte usa l’argomento basato sull’uguaglianza nell’affermare che la legge istituisce una discriminazione illegittima tra i coniugi perché “prevede un trattamento irragionevolmente differenziato sotto il profilo dell’uguaglianza e pari dignità dei genitori e dei coniugi”. Per la Corte “[t]ale diversità di trattamento dei coniugi nell’attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica” (*Ivi*, paragrafo 3.4.2 della sentenza). Recentemente, la Corte di cassazione ha rinvenuto il fondamento del diritto alla parità di trattamento, qualificato dalla giurisprudenza italiana come diritto della persona avente natura di diritto fondamentale, nella protezione “di un’area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa”. Sezioni Unite Corte di cassazione, n. 7186, 30 marzo 2011.

³ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 7.

⁴ Si veda P.S. SHIN, “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, cit., pp. 163-180. Si veda anche R. SEGEV, “Making Sense of Discrimination”, in *Ratio Juris*, 27, 1/2014, pp. 47-78.

sversali di fondo. La prima concerne l'interazione tra individuo e gruppi e la rilevanza di questi due termini per il diritto antidiscriminatorio. Il punto di partenza è questo: sebbene la discriminazione sia sempre un'ingiustizia individuale, la dimensione individuale della discriminazione non è separabile dalla dimensione del gruppo discriminato, per lo specifico ruolo che le caratteristiche o tratti socialmente e storicamente salienti assumono nella definizione della dinamica discriminatoria. In questo senso le caratteristiche o tratti socialmente e storicamente salienti sono il punto di raccordo nevralgico tra individuo e gruppi nella teoria della discriminazione, in quanto collegano un individuo al gruppo di individui accomunati dallo stesso tratto (genere, colore della pelle, e così via) e sono pure questi tratti che, se posseduti o attribuiti al discriminato dal discriminatore, innescano o causano il trattamento discriminatorio.

Nella dinamica discriminatoria, senza una ragione effettiva e indefettibile, si costruisce e si stabilisce un'asimmetria nella rappresentazione delle posizioni del gruppo a cui appartiene il discriminatore rispetto al gruppo a cui appartiene il soggetto discriminato. Perché si addivenga a questa rappresentazione è necessario diminuire o degradare l'importanza, la forza, la bravura (o qualsiasi altro fattore rilevante nel contesto e a cui sono, di solito, collegati riconoscimenti sociali) e, in generale, lo status di un soggetto *in quanto* appartenente a un gruppo definito dal tratto saliente, così da esercitare potere su questo: un potere che si può esplicitare in una esclusione, privazione, stigmatizzazione, degradazione e altri trattamenti svantaggiosi, anche di natura omissiva. Ciò prelude alla possibilità per l'individuo appartenente al gruppo dominante di trarre dei vantaggi, che possono essere materiali (lo sfruttamento delle risorse nei paesi colonizzati o della manodopera bracciante straniera in stato di semi-schiavitù nelle campagne italiane⁵, lo sfruttamento del corpo delle donne prostitute dai network criminali che

⁵ E. SANTORO, C. STOPPIONI, "Strategie per combattere lo sfruttamento lavorativo dopo l'entrata in vigore della legge 199/2016. I primi dati della Ricerca del Laboratorio di ricerca sullo sfruttamento lavorativo e sulla protezione delle sue vittime Altro diritto/FLAI CGIL", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 162/2019, pp. 267-284; A. LEOGRANDE, *Uomini e caporali*, cit.; Y. SAGNET, *Ama il tuo sogno - Vita e rivolta nella terra dell'oro rosso*, Fandango, Roma, 2012.

organizzano la tratta di persone⁶) o anche non materiali e non tangibili come prestigio, immagine, affermazione personale. Questo meccanismo di “degradazione” dell’altro avviene come fattore necessario e, insieme, conseguenza, sia nelle macro-dinamiche come il colonialismo, la divisione in caste, il caporalato e altre simili, sia nelle micro-dinamiche di potere su scala inferiore, quotidiana, “domestica”. Si pensi, ad esempio, alla necessità di giustificare a se stessi, prima di tutto, l’esclusione di un/a collega rivale per affermarsi nel gruppo di lavoro, costruendo la sua immagine come inferiore e degradata con calunnie, bugie e voci di corridoio, che è tipico del “mobbing”.

Alla base di tutti i comportamenti discriminatori, infatti, ci sono due fattori ricorrenti:

a) la generalizzazione impropria o arbitraria, che può consistere nella indebita attribuzione di certe caratteristiche negative a chi ne possiede altre in sé inerti, che è il meccanismo dello stereotipo e del pregiudizio; e

b) lo sbilanciamento di potere.

La discriminazione poggia sul desiderio di affermarsi sull’altro che comporta necessariamente la rappresentazione dell’altro come, in qualche rispetto, inferiore a sé. Non è possibile instaurare relazioni di dominio e di sfruttamento, di emarginazione e di soggiogamento, senza rappresentarsi l’altro dominato, sfruttato, emarginato o soggiogato come a sé inferiore. Tale rappresentazione può essere legata alla credenza che le cose stiano così in natura, che ci siano, in effetti, alcuni che sono superiori agli altri per via di caratteristiche naturali o di un ordine stabilito naturalmente, insito nelle cose, oppure alla necessità di giustificare un ordine non naturale, ma “normativo” di superiorità di un gruppo su un altro o di un individuo su un altro⁷. In questo senso, la discriminazione è un’ingiustizia diversa dall’oppressione, dalla subordinazione, dalla subalternità, ma è sempre una parte necessaria di tutti questi fenomeni, sia come causa, sia come conseguenza.

Al termine di questa breve ricognizione le prospettive di in-

⁶ C. GRILLONE, *The New Gendered Plundering of Africa*, cit.; T. CASADEI, *Il rovescio dei diritti umani – Razza, discriminazione, schiavitù. Con un dialogo con Étienne Balibar*, DeriveApprodi, Roma, 2016.

⁷ Cfr. N. BOBBIO, “La natura del pregiudizio”, cit., pp. 109-120.

dagine che si aprono sono diverse. Innanzitutto pare che la teoria sul fondamento del diritto antidiscriminatorio debba essere sviluppata ulteriormente. In questo senso, sembra necessario mettere a fuoco come i concetti di “eguaglianza” e “differenza” siano utilizzati per costruire la discriminazione. La riflessione di Letizia Gianformaggio apre questa direzione investigativa, individuando il significato di questi due termini in relazione a una unità di misura, la conformità alla quale acquista connotazioni valutative per cui “[e]guale’ significa *degno*, mentre ‘diverso’ significa *inferiore*”⁸. Sembrerebbe profilarsi l’ipotesi, da investigare ulteriormente, iniziando dalla riflessione di Letizia Gianformaggio⁹, che il diritto antidiscriminatorio miri a proteggere la differenza, una differenza a cui si attribuisce un valore positivo¹⁰. Certamente andrebbero anche indagate le connessioni tra differenza, “libertà”, “dignità” ed “eguaglianza”.

Un’altra direzione investigativa è l’analisi del livello interme-

⁸ Si tratta della concezione dell’eguaglianza come “sameness”. L. GIANFORMAGGIO, “Superamento o rafforzamento dell’eguaglianza?”, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 201-221; p. 203 (corsivo in originale). Si vedano anche: L. GIANFORMAGGIO, “Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?”, cit., pp. 33-61; L. GIANFORMAGGIO, “Politica delle identità (o delle differenze)”, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 107-124.

⁹ Letizia Gianformaggio distingue tre significati di “differenza”: “differenza-esclusione”, “differenza-specificità” e “differenza-merito”. La prima nozione, per Gianformaggio, conferisce alla diversità o differenza, una connotazione di valore negativo. Per la seconda, che è correlativa della somiglianza più che dell’eguaglianza, la diversità acquista una connotazione di valore positivo ed è utilizzata come rivendicazione per il riconoscimento dalle diverse identità. La terza nozione, invece, è legata al valore, di matrice liberale, degli sforzi personali, del merito, appunto, come ragione per il riconoscimento, per l’attribuzione di beni e posizioni sociali agli individui. Oltre a queste tre nozioni, altri e numerosi spunti sono offerti dalla teorizzazione di Letizia Gianformaggio, tra cui, ad esempio, la distinzione tra diritti assoluti, comparativi e antidiscriminatori che Gianformaggio mutua da Joel Feinberg. A partire da questa distinzione, andrebbe fatta una riflessione per rendere più penetranti le teorie sul fondamento del diritto antidiscriminatorio discusse nella parte seconda di questo lavoro. Anche Luigi Ferrajoli indica come compito specifico del diritto la protezione delle differenze, intese come identità (L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, cit.; e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit.).

¹⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, cit.

dio o sistemico. Le definizioni legislative della discriminazione, i rimedi processuali predisposti per la tutela dei soggetti discriminati, i regimi della prova, differiscono in ambiti giurisdizionali diversi e così anche l'interpretazione di queste disposizioni e istituti. Sarebbe utile una ricostruzione sistematica del diritto positivo in materia di discriminazione, soprattutto nei sistemi di *civil law*. Si auspica una ricostruzione degli strumenti del diritto antidiscriminatorio più ampia possibile, come materiale di partenza per future indagini teoriche, che possano elaborare risposte al *point* del diritto antidiscriminatorio e, allo stesso tempo, dare conto dell'eterogeneità delle previsioni e dei rimedi, nonché della loro interpretazione a opera dei giudici. Tale ricostruzione potrebbe essere usata in chiave critica, sia per testare e considerare riflessivamente le teorie normative sul fondamento della discriminazione, sia per individuare eventuali censure da muovere al diritto positivo, articolando eventuali proposte di riforma.

In generale, poi, è importante analizzare il ragionamento giuridico nei casi di discriminazione. Pare necessario interrogarsi sui criteri per l'individuazione della discriminazione a partire dall'interpretazione delle disposizioni normative che la vietano nei casi concreti sottoposti a giudizio, anche quando il diritto discrimina per omissione, cioè perché ha previsto male o non ha previsto, aprendo così la strada a un illegittimo trattamento discriminatorio. In particolare sembra necessario uno studio argomentativo che indagli il problema del termine di paragone o "comparator", stabilendo dei criteri vincolanti per la sua individuazione, anche quando è utilizzato solo a fini euristici per comprendere se il trattamento svantaggioso è dovuto, direttamente o indirettamente, alla presenza di uno o più fattori di protezione, per evitare costruzioni troppo anguste da parte della giurisprudenza che portano sistematicamente ad escludere la discriminazione.

Riflettere su come argomentare la discriminazione è rilevante perché è nei casi concreti che si pone la questione, non pacifica, se vi sia meno una discriminazione illecita, cioè non conforme a diritto, ed è necessario argomentare che si tratta di una discriminazione intollerabile, che va proibita. Si tratta di un punto cruciale per diverse ragioni.

La prima è che la maggior parte delle discriminazioni sono

“ordinarie”, cioè accadono nella vita di ogni giorno e sono “invisibili”, perché passano inosservate in contesti in cui il trattamento relativamente meno vantaggioso di un soggetto che possiede una determinata caratteristica protetta è frequente, tollerato o abituale. Si pensi alla discriminazione nei confronti delle donne sul lavoro, che avviene sotto forma di molestia sessuale lieve, che è, la maggior parte delle volte, tollerata anche dalle donne che ne sono soggette e dalle colleghe, oltre che dai colleghi, oppure alla mancanza di attenzione alle esigenze dei disabili da parte delle Pubbliche Amministrazioni, che rimangono inadempienti al dovere di predisporre misure per il superamento delle barriere architettoniche. Questo fenomeno è stato spiegato da James Baldwin¹¹ in relazione all’ubiqua discriminazione dei “black”, nella società statunitense. Secondo Baldwin, la “trasparenza” dei comportamenti discriminatori, in società come quella statunitense, è dovuta alla presenza di precisi “systems of beliefs”, insieme di credenze, visioni del mondo, per cui nella mente, nel subconscio della maggior parte dei bianchi americani è presente la credenza che i neri siano in qualche maniera inferiori e che a loro spetti proprio quel posto degradato nella società. Questo sistema di credenze viene perpetuato perché passa attraverso l’esempio, anche nei comportamenti non riflessi, di generazione in generazione. In contesti siffatti è difficile che il soggetto che ha subito una discriminazione sia nelle condizioni psicologiche, sociali, culturali ed economiche per iniziare una battaglia al fine di fare valere la sua doglianza in giudizio. Senza necessariamente imbarcarsi in indagini sociologiche per dimostrare questo assunto, basti un esempio, conclamato: la differenza del trattamento retributivo tra donne e uomini e la difficoltà, per le donne, di ricoprire e di mantenere posizioni dirigenziali rispetto agli uomini, che, anche nei contesti degli Stati “civili”, è ancora, purtroppo, la regola¹².

¹¹ J. BALDWIN, *The Fire Next Time*, (1963), Penguin, London, 2017; NATIONAL EDUCATIONAL TELEVISION NETWORK, *James Baldwin Debates William F. Buckley (1965)*, disponibile su <https://www.youtube.com/watch?v=oFeoS41xe7w>.

¹² Si vedano: I. FANLO CORTÉS, S. POZZOLO, “We Want sex (equality). Riforme del mercato del lavoro, crisi economica e condizione delle donne in Europa”, cit.; P. COY, E. DWORKIN, “Shortchanged: Why Women Get Paid Less Than Men”, in *Bloomberg Businessweek*, 25 giugno 2012, 1.

Questo stesso ragionamento vale per le persone con la pelle scura, per gli stranieri, per i meno abbienti, per le persone con un orientamento sessuale diverso dalla maggioranza, e così via. Gli atti di discriminazione nei loro confronti, cioè i trattamenti svantaggiosi che sono loro riservati in diversi contesti della vita sociale, sono numerosi, ma, nella maggior parte dei casi – eccezion fatta per quelli davvero eclatanti, e neppure in ogni occasione – rimangono nell'ombra, perché non vengono riconosciuti come ingiustizie oppure vengono ingiustamente tollerati dalla maggior parte dei consociati.

La seconda ragione per cui è necessaria una riflessione sull'argomento è che l'individuazione e la qualificazione di una previsione, criterio o pratica come discriminatori, richiede che si portino ragioni specifiche che spieghino come mai quella particolare regola giuridica, pratica, politica, atto o omissione svantaggia in modo relativo qualcuno che possiede una caratteristica protetta (o più caratteristiche protette, nei casi di discriminazione multipla). Questo vale soprattutto nel momento in cui emerge l'esigenza di riconoscere come fattori di protezione tratti socialmente salienti non ancora coperti dalla protezione del diritto, che per affermarsi richiedono, almeno nei primi casi portati in giudizio, un onere argomentativo aggravato. Si pensi alla discriminazione per l'orientamento sessuale o l'identità di genere, riconosciute in tempi relativamente recenti.

In tutti questi casi, l'argomentazione dei procuratori legali, nella veste di avvocati difensori è decisiva. Infatti, l'ingiustizia della discriminazione fa emergere con prepotenza i difetti della previsione della legge eminentemente nei casi concreti, soprattutto nei casi in cui la disposizione legislativa è, *prima facie*, neutra, perché non menziona né fa direttamente riferimento ai fattori protetti, ma ha l'effetto di svantaggiare in modo sproporzionato gli individui che appartengono a un gruppo che possiede una caratteristica protetta, come nel caso della discriminazione indiretta. Allo stesso modo, l'ingiustizia degli atti discriminatori può non essere chiara, ma emergere solo considerando la situazione nel suo insieme. In tutti questi casi, la dimostrazione dello svantaggio relativo dipende massimamente dalla precisa e completa ricostruzione del contesto, che include, tra l'altro, le posizioni relative

dell'autore della discriminazione del soggetto discriminato, la descrizione del comportamento, l'individuazione dei motivi del comportamento e la sapiente costruzione del termine di paragone. La ricostruzione del contesto spetta agli avvocati difensori, a cui è demandato il compito – a volte difficilissimo – di fornire al giudice gli argomenti che motivano in fatto e in diritto la presenza di una discriminazione illegittima, anche e soprattutto nei casi in cui non è facilmente ravvisabile ovvero non è facilmente argomentabile. Per tutti questi motivi è necessario uno studio sull'argomentazione nei casi di discriminazione.

Per spiegare la nostra intuizione morale che la natura della discriminazione è pervasiva, investe, cioè, e si riverbera su ogni ambito della vita del soggetto discriminato, sia che abbia a che fare con la libertà, con l'eguaglianza, con la dignità oppure con tutti questi valori allo stesso tempo, è necessario indagare in modo rigoroso il nesso tra discriminazione e vulnerabilità¹³.

¹³In questa sede si può solo rinviare alla recente letteratura che discute in modo specifico la vulnerabilità in relazione alla discriminazione: M.A. FINEMAN, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", in *Yale Journal of Law and Feminism*, 20, 1/2008, pp. 1-23; M.A. FINEMAN, A. GREAR (a cura di), *Vulnerability – Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham, Burlington, 2013; C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (a cura di), *Vulnerability – New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2013; R.E. GOODIN, "Vulnerabilities and Responsibilities: An Ethical Defense of the Welfare State", in *The American Political Science Review*, 79, 3/1985, pp. 775-787; G. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità – Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019; E. PARIOTTI (a cura di), "Vulnerabilità e diritto", in *Ars Interpretandi*, 2/2019, pp. 7-170; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, M. BARRANCO AVILÉS, E. DICIOTTI, T. GAZZOLO, A. LO GIUDICE, B. PASTORE, E. RIGO, G. ZANETTI, "Symposium I. Gianfrancesco Zanetti, filosofia della vulnerabilità", in *Etica e Politica*, XXII, 1/2020, pp. 215-332; O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità – Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018; B. PASTORE (a cura di), "Vulnerabilità e interpretazione giudiziale", in *Ars Interpretandi*, 2/2018, pp. 7-118; E. CONSIGLIO, "Looking for the 'Vulnerable Subject': The Mencian Account of the Person", in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1/2019, pp. 143-162; P. PAROLARI, "Donne, migranti e musulmane. Prospettive intersezionali su discriminazione e vulnerabilità", in I. FANLO CORTÉS, D. FERRARI (a cura di), *I soggetti vulnerabili nei processi migratori – La protezione internazionale tra teoria e prassi*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 49-70; T. CASADEI, "Forme della vulnerabilità e 'diritto diseguale'", in *Ragion Pratica*, 2/2008, pp. 291-312.

Tutto questo fa parte del diritto antidiscriminatorio e per questo merita di essere studiato e analizzato da una prospettiva teorica orientata alla pratica, all'interno del dibattito senza fine su quali siano i diritti della persona, codificati o no, nella convinzione che grazie al ragionamento antidiscriminatorio il diritto può essere moralmente migliorato.

Bibliografia

- AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI E CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2011.
- ALEXANDER, L., "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", in *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1/1992, pp. 149-219.
- ALEXY, R., *Teoria dell'argomentazione giuridica – Teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.
- ALLAIN, J. (a cura di), *The Legal Understanding of Slavery – From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- ALLPORT, G.W., *The Nature of Prejudice* (1954), Basic Books, New York, 1979.
- ALTMAN, A., "Discrimination", in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition)*, disponibile su <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/discrimination/>.
- ALTMAN, A., "Expressive Meaning, Race, and the Law: the Racial Gerymandering Cases", in *Legal Theory*, 5, 1/1999, pp. 75-99.
- ANDERSON, E.S., "What is the Point of Equality?", in *Ethics*, 109, 2/1999, pp. 287-337.
- ANDERSON, E.S., PILDES, R.H., "Expressive Theories of Law: A General Restatement", in *University of Pennsylvania Law Review*, 148, 5/2000, pp. 1503-1575.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., BARRANCO AVILÉS, M., DICIOTTI, E., GAZZOLO, T., LO GIUDICE, A., PASTORE, B., RIGO, E., ZANETTI, G., "Symposium I. Gianfrancesco Zanetti, filosofia della vulnerabilità", in *Etica e Politica*, 22, 1/2020, pp. 215-332.
- ARNESON, R.J., "Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 87-111.
- ARNESON, R.J., "Egalitarianism", in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (summer 2013 Edition)*, disponibile su <https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/egalitarianism/>.

- ARNESON, R.J., "Egalitarianism and Responsibility", in *The Journal of Ethics*, 3, 3/1999, pp. 225-247.
- ARNESON, R.J., "Equality of Opportunity", in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (summer 2015 edition)*, disponibile su <https://plato.stanford.edu/entries/equal-opportunity/#AntLawDisTreDisImp>.
- ARROW, K.J., "The Theory of Discrimination", in O. ASHENFELTER, A. REES (a cura di) *Discrimination in Labor Markets*, Princeton University Press, Princeton, 1973, pp. 3-33.
- ATREY, S., "Comparison in Intersectional Discrimination", in *Legal Studies*, 38, 3/2018, pp. 379-395.
- ATREY, S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- BABER, H.E., "Gender Conscious", in *Journal of Applied Philosophy*, 18, 1/2001, pp. 53-63.
- BAGENSTOS, S.R., "'Rational Discrimination', Accommodation and the Politics of (Disability) Civil Rights", *Virginia Law Review*, 89, 5/2003, pp. 825-923.
- BALBONI, M. (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Principle of Non-Discrimination*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
- BALDWIN, J., *The Fire Next Time* (1963), Penguin, London, 2017.
- BARBERA, M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007.
- BARBERA, M., "Il principio di uguaglianza nel sistema 'multilivello'", in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 27, 2011, disponibile su www.europeanrights.eu.
- BARBERA, M., GUARISO, A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria – Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2020.
- BARRY, B., *Why Social Justice Matters*, Polity Press, Cambridge, 2005.
- BARTOLI, C., "Concentrare, segregare e assistere. Così il razzismo diventa sistema", in M. AIME (a cura di), *Quattro Ragionamenti contro il razzismo*, Einaudi, Torino, 2016, pp. 125-157.
- BARTOLI, C., *Razzisti per legge – L'Italia che discrimina*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- BECKER, G.S., *The Economics of Discrimination, second edition*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1971.
- BELLO, B.G., "Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia", in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 15, 2/2015, pp. 141-171.
- BELLO, B.G., "Discriminazioni multiple e intersezionalità", 11 Maggio 2015, disponibile su <https://www.asgi.it/notizie/approfondimento->

- del-servizio-antidiscriminazione-del-mese-di-maggio-2015-discriminazioni-multiple-e-intersezionalita/.
- BELLO, B.G., "From Books to Action: Has Protection against Discrimination Become Intersectional in Italy?", in B.G. BELLO, L. MANCINI (a cura di) "Intersectionality, Law and Society", *Sociologia del diritto*, 43, 2/2016, pp. 191-224.
- BELLO, B.G., "Mandala of Identity and Intersectionality", 2008, disponibile su <https://www.salto-youth.net/tools/toolbox/tool/mandala-of-identity-and-intersectionality-simple.707/>.
- BELLO, B.G., "Multiple Discrimination between the EU Agenda and Civic Engagement: the Long Road of Intersectional Perspective", in *Roma Rights Journal*, 2/2009, disponibile su <http://www.errc.org/roma-rights-journal/roma-rights-2-2009-multiple-discrimination/3564/2>.
- BELLO, B.G., "Why Do We Need That the EU Anti-discrimination Law and Policy Go Intersectional?", in *IGLYIO on intersectionality*, 2/2014, pp. 22 e ss.
- BELLO, B.G., MANCINI, L., "Talking About Intersectionality. Interview with Kimberlé W. Crenshaw", in B.G. BELLO, L. MANCINI (a cura di) "Intersectionality, Law and Society", *Sociologia del diritto*, 43, 2/2016, pp. 11-21.
- BERLIN, I., *Two Concepts of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1958.
- BIONDO, F., *Disobbedienza civile e teoria del diritto – I conflitti presi sul serio*, Giappichelli, Torino, 2012.
- BOBBIO, N., "La natura del pregiudizio", in ID., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Il Saggiatore, Milano, 2014, pp. 109-120.
- BONARDI, O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2018.
- BONI, S., "Stereotipo, valore, discriminazione", in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni – Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 23-41.
- BOXILL, B., *Blacks and Social Justice*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1992.
- BREST, P., "In Defence of the Antidiscrimination Principle", in *Harvard Law Review*, 90, 1/1976, pp. 1-54.
- CAHN, S.M. (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, Routledge, New York, 1995.
- CALAFÀ, L., GOTTARDI, D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009.
- CAMARGO MAGALHÃES, B., "Mind the Protection (Policy) Gap: Trafficking and Labor Exploitation in Migrant Domestic Work in Belgium", in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 15, 2/2017, pp. 122-139.
- CANE, P., CONAGHAN, J., "MacPherson Report", in *The New Oxford*

- Companion to Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1132 e ss.
- CARAPEZZA FIGLIA, G., *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- CASADEI, T. (a cura di), *Diritto e (dis)parità – Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, Aracne, Roma, 2017.
- CASADEI, T., “Forme della vulnerabilità e ‘diritto diseguale’”, in *Ragion Pratica*, 2/2008, pp. 291-312.
- CASADEI, T. (a cura di), *Lessico delle discriminazioni – Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia 2008.
- CASADEI, T., “Razza, discriminazioni e istituzioni”, in *Rivista trimestrale di scienza dell’amministrazione*, 2007, pp. 1-144.
- CASADEI, T., *Il rovescio dei diritti umani – Razza, discriminazione, schiavitù. Con un dialogo con Étienne Balibar*, DeriveApprodi, Roma, 2016.
- CASADEI, T., RE, L. (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali, voll. I e II*, Diabasis, Reggio Emilia, 2007.
- CASTANGIA, I., BIAGIONI, G. (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell’Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- CAVANAGH, M., *Against Equality of Opportunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CELANO, B., *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- CHO, S, CRENSHAW, K., MCCALL, L., “Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis”, in *Signs, Journal of Women in Culture and Society*, 38, 4/2013, pp. 785-810.
- COLLINS, H., “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, in *The Modern Law Review*, 66, 1/2003, pp. 16-43.
- COLLINS, H., KHAITAN, T. (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018.
- COLLINS, H., KHAITAN, T., “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 1-30.
- COMANDUCCI, P., “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 85-96.
- CONSIGLIO, E., “Looking for the ‘Vulnerable Subject’: The Mencian Account of the Person”, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1/2019, pp. 143-162.
- CONSIGLIO, E., *La discriminazione fra eguaglianza e libertà – Un’introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Aracne, Roma, 2019.

- COY, P., DWORKIN, E. "Shortchanged: Why Women Get Paid Less Than Men", in *Bloomberg Businessweek*, 25 giugno 2012.
- CRENSHAW, K., "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", in *University of Chicago Legal Forum*, 1/1989, pp. 139-167.
- CRENSHAW, K., "Mapping the Margins – Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", in *Stanford Law Review*, 43, 6/1991, pp. 1241-1299.
- CRENSHAW, K., "Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti-discrimination Law", in K. CRENSHAW, N. GOTANDA, G. PELLER, T. KENDALL (a cura di), *Critical Race Theory – The Key Writings that Formed the Movement*, The New Press, New York, 1995, pp. 103-126.
- CRENSHAW, K., "Unmasking colorblindness in the Law: Lessons from the Formation of Critical Race Theory", in K. CRENSHAW, L.C. HARRIS, D.M. HOSANG, G. LIPSITZ (a cura di), *Seeing Race Again – Countering Colorblindness across the Disciplines*, University of California Press, Los Angeles, 2019, pp. 52-84.
- CURCIO, L., "Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione", in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 24, 2011, disponibile su <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=481>.
- D'ALOIA, A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale – Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002.
- DENARO, P., "Eguaglianza e differenza di trattamento", in *Ragion Pratica*, 36, 1/2011, pp. 31-54.
- DICIOTTI, E., *Il mercato delle libertà – L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999.
- DOLSO, G.P., *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, Napoli, 2013.
- DOVIDIO, J.F., GLICK, P., RUDMAN, L.A. (a cura di), *On the Nature of Prejudice: Fifty Years after Allport*, Blackwell, Malden, MA, 2005.
- DUPRÉ, C., *The Age of Dignity – Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2015.
- DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1985.
- DWORKIN, R., "L'Eguaglianza", in *Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani*, vol. III, Treccani, Roma, 1993, pp. 489 e ss.

- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1977.
- DWORKIN, R., "What did Bakke Really Decide?", in *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1985, pp. 304-315.
- DWORKIN, R., "Why Bakke Has No Case", in *The New York Review of Books*, 24, 10 novembre 1977.
- EIDELSON, B., *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- EIDELSON, B., "Treating People as Individuals", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 203-227.
- ELLIS, E., WATSON, P., *EU Anti-discrimination Law, second edition*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- ELY, J.H., *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1980.
- ELY, J.H., "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination", in *University of Chicago Law Review*, 41, 4/1974, pp. 723-741.
- EPSTEIN, R.A., *Forbidden Grounds – The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1995.
- FACCHI, A., "A partire dall'eguaglianza: un percorso nel pensiero femminista sul diritto", in *About Gender, International Journal of Gender Studies*, 1, 1/2012, pp. 118-150.
- FANG, H., MORO, A., *Theories of Statistical Discrimination and Affirmative Action: A Survey*, National Bureau of Economic Research, Inc., Cambridge, MA, 2010.
- FANLO CORTÉS, I., POZZOLO, S., "We Want sex (equality). Riforme del mercato del lavoro, crisi economica e condizione delle donne in Europa", in *About Gender, International Journal of Gender Studies*, 2, 4/2013, pp. I-XXIV.
- FARALLI, C. (a cura di), "Riduzionismo e discriminazione genetica. Tavola rotonda con Laura Palazzani, Monica Toraldo Di Francia, Gianfranco Di Segni, Sergio Rostagno, Dariusch Atighetchi", in *Salute e Società*, 3/2010, pp. 143-170.
- FAVILLI, C., *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- FEINBERG, J., *Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1984.
- FEINBERG, J., "The Expressive Function of Punishment", in *The Monist*, 49, 3/1965, pp. 397-423.
- FEINBERG, J., "Noncomparative Justice", in *The Philosophical Review*, 83, 3/1974, pp. 297-338.

- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- FERRAJOLI, L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018.
- FINEMAN, M.A., "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", in *Yale Journal of Law and Feminism*, 20, 1/2008, pp. 1-23.
- FINEMAN, M.A., GREAR, A. (a cura di), *Vulnerability – Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham, Burlington, 2013.
- FISHKIN, J., *Bottlenecks – A New Theory of Equal Opportunities*, Oxford University Press, New York, 2014.
- FISS, O.M., "Groups and the Equal Protection Clause", in *Philosophy and Public Affairs*, 5, 2/1976, pp. 107-177.
- FISS, O.M., "The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after *Brown v. Board of Education*", in *The University of Chicago Law Review*, 41, 1974, pp. 742-773.
- FLEW, A., "Three Concepts of Racism", in *International Social Science Review*, 68, 3/1993, pp. 99-114.
- FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- FULLER, L.L., *The Morality of Law, revised edition*, Yale University Press, New Haven, London, 1969.
- FULLINWIDER, R.K., *The Reverse Discrimination Controversy – A Moral and Legal Analysis*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, MD, 1980.
- FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Handbook on European Non-Discrimination Law*, Publication Office of the European Union, Lussemburgo, 2018.
- GARDNER, J., "Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful", in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 118, 1/2018, pp. 55-81.
- GARDNER, J., "Discrimination as Injustice", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 3/1996, pp. 353-367.
- GARDNER, J., "Liberals and Unlawful Discrimination", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 9, 1/1989, pp. 1-22.
- GARDNER, J., "On the Ground of Her Sex(uality)", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, 1/1998, pp. 167-187.
- GARDNER, J., NOLAN, D., "A Right to Meritorious Treatment", in C. GEARTY, A. TOMKINS (a cura di), *Understanding Human Rights*, Pinter, New York, 1996.
- GEERTZ, C., "Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture", in ID., *The Interpretation of Cultures – Selected Essays*, Basic Books, New York, 1973, pp. 3-30.

- GIANFORMAGGIO, L., "Eguaglianza, differenza e rapporti di potere", in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 191-200.
- GIANFORMAGGIO, L., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005.
- GIANFORMAGGIO, L., "Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?", in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 33-61.
- GIANFORMAGGIO, L., "Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco", in *Il Foro Italiano*, 119, 6/1996, pp. 1961-1976.
- GIANFORMAGGIO, L., "L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?" (1995), in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 63-84.
- GIANFORMAGGIO, L., "L'eguaglianza e le norme", in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 125-161.
- GIANFORMAGGIO, L., "L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto", in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 85-105.
- GIANFORMAGGIO, L., "Politica delle identità (o delle differenze)", in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 107-124.
- GIANFORMAGGIO, L., "Superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?", in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 201-221.
- GIOLO, O., PASTORE, B. (a cura di), *Vulnerabilità – Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.
- GLENDON, M.A., *A World Made New – Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2001.
- GOLDBERG, S.B., "Discrimination by Comparison", in *Yale Law Journal*, 120, 4/2011, pp. 728-812.
- GOLDMAN, A.H., *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979.
- GOLDMAN, A.H., "Reparations to Individuals or Groups?", in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, Routledge, New York, 1995, pp. 27-29.
- GOLDONI, M., "I profili della discriminazione. 'Racial Profiling' ed argomenti normativi", in *Ragion Pratica*, 1/2007, pp. 187-218.
- GOODIN, R.E., "Vulnerabilities and Responsibilities: An Ethical Defense of the Welfare State", in *The American Political Science Review*, 79, 3/1985, pp. 775-787.
- GOSEPATH, S., "Equality", in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Ency-*

- lopedia of Philosophy* (Spring 2011 edition), disponibile su <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>.
- GREENAWALT, K., "The Unresolved Problem of Reverse Discrimination", in *California Law Review*, 67, 1/1979, pp. 87-130.
- GREENAWALT, K., "Judicial Scrutiny of 'Benign' Racial Preference in Law School Admissions", in *Columbia Law Review*, 75, 3/1975, pp. 559-602.
- GRIFFIN, L.C., "The Sins of Hosanna-Tabor", in *Indiana Law Journal*, 88, 3/2013, pp. 981-1019.
- GRILLONE, C., *The New Gendered Plundering of Africa – Nigerian Prostitution in Italy*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2019.
- GUARISO, A., "La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte corti", in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2018, pp. 399-425.
- HALLDENIUS, L., "Dissecting Discrimination", in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 14, 4/2005, pp. 455-463.
- HARPER, M.C., "Confusion on the Court: Distinguishing Disparate Treatment from Disparate Impact in *Young v UPS* and *EEOC v Abercrombie & Fitch, Inc*", in *Boston University Law Review*, 96, 2/2016, pp. 543-570.
- HART, H.L.A., "Prolegomenon to the Principles of Punishment", in *Proceedings of the Aristotelian society*, 60, 1/1960, pp. 1-26.
- HAVERKORT-SPEEKENBRINK, S., *European Non-Discrimination Law – A Comparison of EU Law and the ECHR in the Field of Non-Discrimination and Freedom of Religion in Public Employment with an Emphasis on the Islamic Headscarf Issue*, Intersentia, Oxford, 2012.
- HELLMAN, D., "Equality and Unconstitutional Discrimination", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 51-70.
- HELLMAN, D., "Indirect Discrimination and the Duty to Avoid Compounding Injustice", in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 106-121.
- HELLMAN, D., "The Expressive Dimension of Equal Protection", in *Minnesota Law Review*, 85, 1/2000, pp. 1-70.
- HELLMAN, D., *When is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2008.
- HELLMAN, D., MOREAU, S. (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013
- HOLMES, E., "Anti-Discrimination Rights without Equality", in *Modern Law Review*, 68, 2/2005, pp. 175-194.

- HOLTUG, N., *Prioritarianism*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- HOOK, S., "Reverse Discrimination", in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, Routledge, New York, 1995, pp. 224-230.
- JOLLS, C., "Accommodation Mandates", in *Stanford Law Review*, 53, 2/2000, pp. 223-306.
- JOLLS, C., "Antidiscrimination and Accommodation", in *Harvard Law Review*, 115, 2/2001, pp. 642-699.
- JOST, J.T., RUDMAN, L.A., BLAIR, I.V., CARNEY, D.R., DASGUPTA, N., GLASER, J., HARDIN, C.D., "The Existence of Implicit Bias Is Beyond Reasonable Doubt", in *Research in Organizational Behavior*, 29, 2009, pp. 39-69.
- JUKKA, V., "Two Challenges for Dignity as an Expressive Norm", in *Criminal Law and Philosophy*, 6, 3/2012, pp. 327-340.
- KAHLENBERG, R., *The Remedy – Class, Race, and Affirmative Action*, Basic Books, New York, 1996.
- KAPLAN, J., "Equal Justice in an Unequal World: Equality for the Negro", in *Northwestern University Law Review*, 61, 1966, pp. 363-410.
- KARST, K.L., HOROWITZ, H.W., "Affirmative Action and Equal Protection", in *Virginia Law Review*, 60, 6/1974, pp. 955-974.
- KEKES, J., "The Injustice of Affirmative Action Involving Preferential Treatment", in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, Routledge, New York, 1995, pp. 193-204.
- KELMAN, M., "Concepts of Discrimination in 'General Ability' Job Testing", in *Harvard Law Review*, 104, 6/1991, pp. 1157-1247.
- KENDALL, T., ZANETTI, G. (a cura di), *Legge, razza e diritti – La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005.
- KHAITAN, T., *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- KHAITAN, T., "Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous Nor a Panacea", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 32, 1/2012, pp. 1-19.
- KHAITAN, T., STEEL, S., "Wrongs, Group Disadvantage and the Legitimacy of Indirect Discrimination", in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 197-221.
- LEOGRANDE, A., *Uomini e caporali – Viaggio tra i nuovi schiavi delle campagne del Sud*, Feltrinelli, Milano, 2016.
- LEWIS, T., *Multiple Discrimination – A Guide to Law and Evidence*, Central London Law Centre, London, 2011.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K., *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

- LIPPERT-RASMUSSEN, K., "Discrimination and Equality", in A. MARMOR (a cura di), *Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, London, 2012, pp. 569-583.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K., "Indirect Discrimination, Affirmative Action and Relational Egalitarianism", in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 173-196.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K., "The Badness of Discrimination", in *Ethical Theory and Moral Practice*, 9, 2/2006, pp. 167-185.
- MACKENZIE, C., ROGERS, W., DODDS, S. (a cura di), *Vulnerability – New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- MACKINNON, C.A., *Butterfly Politics*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge MA, 2017.
- MACKINNON, C.A., "Intersectionality as a Method: A Note", in *Signs, Journal of Women in Culture and Society*, 38, 4/2013, pp. 1019-1030.
- MACKINNON, C.A., *Women's Lives, Man's Law*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, MA, 2005.
- MANTELLA, M., *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009.
- MANTELLA, M., *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2007.
- MCCRUDDEN, C., "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", in *European Journal of International Law*, 19, 2008, pp. 655-724.
- MCCRUDDEN, C., "Institutional Discrimination", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 3/1982, pp. 303-367.
- MCCRUDDEN, C. (a cura di), *Understanding Human Dignity*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- MOONEY COTTER, A.M., *Race Matters – An International Legal Analysis of Race Discrimination*, Ashgate, Burlington, VT, 2006.
- MOREAU, S., "Discrimination as Negligence", in *Canadian Journal of Philosophy, Justice and Equality*, 36, 2010, pp. 123-149.
- MOREAU, S., "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups", in *Justice, Law and Equality*, 5, 2006, pp. 81-96.
- MOREAU, S., "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 71-86.
- MOREAU, S., "The Moral Seriousness of Indirect Discrimination", in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 123-148.

- MOREAU, S., "What is Discrimination?", in *Philosophy and Public Affairs*, 38, 2/2010, pp. 143-179.
- MORRIS, A., "On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 2/1995, pp. 199-228.
- NATIONAL EDUCATIONAL TELEVISION NETWORK, *James Baldwin Debates William F. Buckley (1965)*, disponibile su <https://www.youtube.com/watch?v=oFeoS41xe7w>.
- NICKEL, J.W., "Discrimination and Morally Relevant Characteristics", in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, Routledge, New York, 1995, pp. 3-5.
- NUSSBAUM, M.C., "A Plea for Difficulty", in J. COHEN, M. HOWARD, M.C. NUSSBAUM (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Women? – Susan Moller Okin With Respondents*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1999, pp. 105-114.
- NUSSBAUM, M.C., *Liberty of Conscience*, Basic Books, New York, 2008.
- O'NEIL, R.M., "Racial Preference and Higher Education: The Larger Context", in *Virginia Law Review*, 60, 6/1974, pp. 925-954.
- PARFIT, D., "Equality and Priority", in *Ratio*, 10/1997, pp. 202-221.
- PARIOTTI, E., "Disabilità, diritti umani e azioni positive", in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni – Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 159-175.
- PARIOTTI, E. (a cura di), "Vulnerabilità e diritto", in *Ars Interpretandi*, 2/2019, pp. 7-170.
- PARISI, N., URSO, G., "I principi di eguaglianza e di non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione europea", in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 24, 2011, pp. 1-36, disponibile su www.europeanrights.eu.
- PAROLARI, P. "Donne, migranti e musulmane. Prospettive intersezionali su discriminazione e vulnerabilità", in I. FANLO CORTÉS, D. FERRARI (a cura di), *I soggetti vulnerabili nei processi migratori – La protezione internazionale tra teoria e prassi*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 49-70.
- PASTORE, B., "Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto", in *GenIUS*, 2/2018, pp. 105-112.
- PASTORE, B. (a cura di), "Vulnerabilità ed interpretazione giudiziale", in *Ars Interpretandi*, 2/2018, pp. 7-118.
- PASTORE, B., TUGNOLI PATTARO, S., FARALLI, C., LALATTA COSTERBOSA, M., OLIVERI, F., "Forum: Le nuove frontiere della discriminazione", in *Notizie di Politeia*, XXV/96, 2009, pp. 77-119.

- PAYNE, B.K., CAMERON, C.D., "Divided Minds, Divided Morals: How Implicit Social Cognition Underpins and Undermines our Sense of Social", in B. GAWRONSKI, B.K. PAYNE (a cura di), *Handbook of Implicit Social Cognition*, Guilford Press, New York, 2010, pp. 445-460.
- PHELPS, E.S., "The Statistical Theory of Racism and Sexism", in *The American Economic Review*, 62, 4/1972, pp. 659-661.
- PILDES, R.H., NIEMI, R.G., "Expressive Harms, 'Bizarre Districts', and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances after *Shaw v. Reno*", in *Michigan Law Review*, 92, 3/1993, pp. 483-587.
- PINCUS, F.L., "From Individual to Structural Discrimination", in F.L. PINCUS, H.J. EHRLICH (a cura di), *Race and Ethnic Conflict – Contending Views on Prejudice, Discrimination, and Ethnoviolence*, Westview, Boulder, CO, 1994, pp. 82-87.
- PIRAZZI, M. (a cura di), *Cause strategiche contro la discriminazione – Prime riflessioni su linee guida per l'individuazione e la preparazione di cause strategiche*, Cospe, Firenze, 2008.
- POGGE, T., *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Malden, MA, 2008.
- POSNER, R.A., "The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities", in *The Supreme Court Review*, 1974, pp. 1-32.
- POSTEMA, G.J., "Liberty in Equality's Empire", in *Iowa Law Review*, 73, 1987, pp. 55-95.
- POTHIER, D., "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences", in *Canadian Journal of Women and Law*, 37, 1/2001, pp. 37-73.
- RADBRUCH, G., "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (1946), in *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 1/ 2006, pp. 1-11.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice, revised edition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- RÉAUME, D.G., "Defending the Human Rights Codes from the Charter", in *Journal of Law and Equality*, 9, 2012, pp. 67-102.
- RÉAUME, D.G., "Dignity, Equality and Comparison", in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 7-27.
- RÉAUME, D.G., "Discrimination and Dignity", in *Louisiana Law Review*, 63, 3/2003, pp. 645-695.
- RÉAUME, D.G., "Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination", in *Theoretical Inquiries in Law*, 2, 1/2001, pp. 349-385.

- REDISH, M.H., "Preferential Law School Admissions and the Equal Protection Clause: An Analysis of the Competing Arguments", in *University of California Los Angeles Law Review*, 22, 2/1974, pp. 343-400.
- RICHARDS, J.R., LUCAS, J.R., "Discrimination", in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 86, 1985, pp. 307-324.
- RIGO, E., "Razza clandestina. Il ruolo delle norme giuridiche nella costruzione di soggetti-razza", in C.B. MENGHI (a cura di), *L'immigrazione tra diritti e politica globale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 107-142.
- RIVA, N., *Eguaglianza delle opportunità*, Aracne, Roma, 2011.
- ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice – A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven, London, 1991.
- ROSSI, S., "Law in action: diritto antidiscriminatorio e politiche locali", in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2/2010, pp. 2541-2660.
- SAGNET, Y., *Ama il tuo sogno. Vita e rivolta nella terra dell'oro rosso*, Fandango, Roma, 2012.
- SALARDI, S., *Discriminazioni, linguaggio e diritto – Profili teorico-giuridici – Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, Giappichelli, Torino, 2015.
- SANDALOW, T., "Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role", in *University of Chicago Law Review*, 42, 1975, pp. 653-703.
- SANDEL, M., *Giustizia – Il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano, 2013.
- SANTAGATA DE CASTRO, R., *Le discriminazioni sul lavoro nel diritto vivente – Nozione, giustificazione, prova*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.
- SANTORO, E., STOPPIONI, C., "Strategie per combattere lo sfruttamento lavorativo dopo l'entrata in vigore della legge 199/2016. I primi dati della Ricerca del Laboratorio di ricerca sullo sfruttamento lavorativo e sulla protezione delle sue vittime Altro diritto/FLAI CGIL", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 162/2019, pp. 267-284.
- SCANLON, T., *Moral Dimensions*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2008.
- SCHAUER, F., *Il ragionamento giuridico – Una nuova introduzione*, edizione italiana a cura di G.B. RATTI, V. VELLUZZI, Carocci, Roma, 2016.
- SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2003.

- SCHIAVELLO, A., *Perché obbedire al diritto? – La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, ETS, Pisa 2010.
- SEARLE, J., *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York, 1995.
- SEDLER, R.A., “Racial Preference, Reality and the Constitution: *Bakke v. Regents of the University of California*”, in *Santa Clara Law Review*, 17, 1977, pp. 329-384.
- SEEBURGER, R.A., “Heuristic Argument against Preferential Admissions”, in *University of Pittsburgh Law Review*, 39, 1977, pp. 295-308.
- SEGALL, S., *Equality and Opportunity*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- SEGALL, S., “What’s So Bad About Discrimination?”, in *Utilitas*, 24, 1/2012, pp. 82-100.
- SEGALL, S., *Why Inequality Matters – Luck, Egalitarianism, Its Meaning and Value*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- SEGEV, R., “Making Sense of Discrimination”, in *Ratio Juris*, 27, 1/2014, pp. 47-78.
- SELMİ, M., “Indirect Discrimination and the Anti-Discrimination Mandate”, in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 250-268.
- SELMİ, M., “Was the Disparate Impact Theory a Mistake?”, in *University of California Law Review*, 53, 2006, pp. 701-782.
- SEN, A.K., *La diseguaglianza – Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- SHAPIRO, M., “Enforcing Respect: Liberalism, Perfectionism, and Antidiscrimination Law” Tesi di dottorato, Università di Oxford, 2012.
- SHIN, P.S., “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 163-180.
- SHIN, P.S., “Liability for Unconscious Discrimination? A Thought Experiment in the Theory of Employment Discrimination Law”, in *Hastings Law Journal*, 62, 2010, pp. 67-102.
- SHIN, P.S., “The Substantive Principle of Equal Treatment”, in *Legal Theory*, 15, 2009, pp. 149-172.
- SIDHU, O., *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2017.
- SITZIA, L., *Pari dignità e discriminazione*, Jovene Editore, Napoli, 2011.
- SOLANKE, I., *Discrimination as Stigma – A Theory of Anti-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

- SOLANKE, I., “Infusing the Silos in the Equality Act 2010 with Sinergy”, in *Industrial Law Journal*, 40, 4/2011, pp. 336-358.
- SOLANKE, I., “Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality”, in *The Modern Law Review*, 72, 5/2009, pp. 723-749.
- SOMEK, A., *Engineering Equality – An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 93-111.
- SPITALERI, F. (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 2013.
- STALFORD, H., CURIE, S., VELLUTI, S. (a cura di), *Gender and Migration in 21st Century Europe*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, VT, 2009.
- SUK, J.C., “Anti-discrimination Law and the Duty to Integrate”, in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 223-247.
- SUNSTEIN, C.R., “The Anticaste Principle”, in *Michigan Law Review*, 92, 8/1994, pp. 2410-2455.
- SUNSTEIN, C.R., “Why Markets Won't Stop Discrimination”, in *Social Philosophy and Policy*, 22/2, 1991, pp. 22-37.
- TAGUIEFF, P.A., *La forza del pregiudizio – Saggio sul razzismo e sull'anti-razzismo*, trad. it. di M. CANOSA, P. CRISTALLI, Il Mulino, Bologna, 1994.
- TEGA, D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche – Profili giuridici di tutela*, Armando editore, Roma, 2011.
- The Stephen Lawrence Inquiry: Report of an Inquiry by Sir William Macpherson of Cluny, February 1999, Cm 4262-I
- TIMMER, A., “Toward an Anti-stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Law Review*, 11, 4/2011, pp. 707-738.
- TURE, K., HAMILTON, C.V., *Black Power – The Politics of Liberation*, Vintage Books, New York, 1992.
- VANDENHOLE, W., *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia, Oxford, 2005.
- VANTIN, S., *L'eguaglianza di genere tra mutamenti sociali e nuove tecnologie – Percorsi di diritto antidiscriminatorio*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018.
- VANTIN, S., “Le ragioni del diritto antidiscriminatorio tra eguaglianza e libertà personale”, Working Paper 1, in M. JESSUOLA, B. MANGNI, N. RIVA, M. FERRERA (a cura di), *Gli annali di LPF*, 2018, pp. 1-44.
- VELIZAROVA, M., KIROV, V., “Labour Exploitation of Bulgarian Migrants

- in Europe: Coping Mechanism”, in *Przegląd Socjologiczny*, 67, 3/2018, pp. 63-84.
- VIOLA, F., “Diritti e Differenze”, in *Dialoghi*, 2/2015, pp. 29-36.
- VIOLA, F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000.
- VIOLA, F., ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- WALDRON, J., *God, Locke, and Equality – Christian Foundations in Locke’s Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- WALDRON, J., *One Another’s Equals – The Basis of Human Equality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2017.
- WALDRON, J., DAN-COHEN, M. (a cura di), *Dignity, Rank and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- WASSERMAN, D., “Discrimination, Concept of”, in R. CHADWICK (a cura di), *Encyclopedia of Applied Ethics*, Academic Press, San Diego, CA, 1998, pp. 805-814.
- WASSERMAN, D., “The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability”, in *Cardozo Law Review*, 13, 1991, pp. 935-976.
- WASSERMAN, D., “Racial Generalizations and Police Discretion”, in J. KLEINING (a cura di), *Handled with Discretion – Ethical Issues in Police Making decisions*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1996, pp. 115-130.
- WASSERSTROM, R., “Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics”, in *University of California Law Review*, 24, 1977, pp. 581-615.
- WEBER, M., “Basic Sociological Terms” in ID., *Economy and Society* (1922), University of California Press, Berkeley, 1968, pp. 3-62.
- WEBER, M., “Prioritarianism”, in *Philosophy Compass*, 9, 11/2014, pp. 756-768.
- WESTEN, P., *Speaking of Equality – An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- WESTEN, P., “The Concept of Equal Opportunity”, in *Ethics*, 95, 1985, pp. 837-850.
- WINTEMUTE, R., *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford University Press, New York, 1995.
- YOSHINO, K., “Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of ‘Don’t Ask, Don’t Tell’”, in *Yale Law Journal*, 108, 1998, pp. 485-571.
- YOSHINO, K., “The New Equal Protection”, in *Harvard Law Review*, 124, 3/2011, pp. 747-803.

YOUNG, I.M., *Justice and the Politics of Difference – With a New Foreword by Danielle Allen*, Princeton University Press, Princeton, Oxford 1990.

ZANETTI, G., “*Critical Race Theory: temi e problemi degli studi giuridici sulla razza*”, in O. GIOLO, M.G. BERNARDINI (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pacini Editore, Pisa, 2017, pp. 35-49.

ZANETTI, G., “Eguaglianza”, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

ZANETTI, G., *Eguaglianza come prassi – Teoria dell'argomentazione normativa*, Il Mulino, Bologna, 2015.

ZANETTI, G., *Filosofia della vulnerabilità – Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019.

Giurisprudenza

Brown v. Board of Education of Topeka, Opinion; May 17, 1954; Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267; National Archives.

Corte costituzionale, sentenza n. 107/2018.

Corte costituzionale, sentenza n. 119/2015.

Corte costituzionale, sentenza n. 133/2013.

Corte costituzionale, sentenza n. 286/2016, paragrafo 3.2

Corte d'appello di Torino, sezione lavoro, sentenza n. 218/2013.

Corte di cassazione, sentenza 8 maggio 2017, n. 11166/17.

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 20 aprile 2016, n. 7951. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, causa C-83/14, sentenza 16 luglio 2015.

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, causa C-222/84, sentenza 15 maggio 1986.

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, causa C-303/06, sentenza 17 luglio 2008.

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Commissione c. Germania*, causa 248/83, sentenza 21 maggio 1985.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, causa C-177/88.

Corte EDU, *Belgium Linguistics Case* – “In the case ‘relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’ v. Belgium”, sentenza 27 luglio 1968, casi n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

- Corte EDU, *Burden c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 13378/05, sentenza 29 aprile 2008.
- Corte EDU, *Carson e a. c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 42184/05, sentenza 16 marzo 2010.
- Corte EDU, *D.H. e a. c. Repubblica Ceca* [GC], ricorso n. 57325/00, sentenza 13 novembre 2007.
- Corte EDU, *Eremia c. Repubblica di Moldavia*, ricorso n. 3564/11, sentenza 28 maggio 2013.
- Corte EDU, *Mudric c. Repubblica di Moldavia*, ricorso n. 74839/10, sentenza 16 luglio 2013.
- Corte EDU, *Opuz c. Turchia*, ricorso n. 33401/02, sentenza 9 giugno 2009.
- Corte EDU, *Paraskeva Todorova c. Bulgaria*, ricorso n. 37193/07, sentenza 25 marzo 2010.
- Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza 29 aprile 2002.
- Corte EDU, *Talpis c. Italia*, Prima Sezione, ricorso n. 41237/14, sentenza 2 marzo 2017.
- Corte EDU, *Thlimmenos c. Grecia* [GC], ricorso n. 34369/97, sentenza 6 aprile 2000.
- Corte Edu, *T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldavia* [GC], ricorso n. 26608/11, sentenza 28 gennaio 2014.
- Corte EDU, *Zarb Adami c. Malta*, ricorso n. 17209/02, sentenza 20 giugno 2006.
- Corte suprema degli Stati Uniti, *Obergefell v. Hodges*, 2015, Slip Opinion, paragrafo 19.
- Corte suprema degli Stati Uniti, *Griggs v. Duke Power* 401 U.S. 424 (1974).
- High Court (Regno Unito), sentenza 26 aprile 2004, *Amicus MSF Section, R (su domanda di) c. Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860 (Admin).
- International Planned Parenthood Federation-European Network (IPPF-EN) c. Italia, ricorso n. 87/2012, decisione nel merito del 10 settembre 2013, Risoluzione CM/ResChS (2014) 6 e della Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contro Italia, ricorso n. 91/2013, decisione su ammissibilità e merito del 12 ottobre 2015 Risoluzione CM/ResChS (2016) 3.

Jeffers v. Thompson, 264 F. Supp. 2d 314, 326 (D. Md. 2003).

Jessy Saint Prix v. Secretary of State for Work and Pensions, [2013] 1 All ER 752, [2012] UKSC 49.

Ordinanza del Tribunale di Milano, R.G. 20954/2018.

Plessy v. Ferguson, Judgement, Decided May 18, 1896; Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267; *Plessy v. Ferguson*, 163, #15248, National Archives.

Tribunale di Torino, sentenza 17 luglio 2017.

Finito di stampare nel mese di maggio 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Recta Ratio

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

Volumi pubblicati

Prima serie:

1. V. MATHIEU, *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, 1989, pp. 328.
2. D. CAMPANALE, *Il diritto naturale tra metafisica e storia. Leibniz e Vico, I. Leibniz*, 1988, pp. 180.
3. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, terza edizione, 1993, pp. 200.
4. F. VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, 1989, pp. 220.
5. S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, 1989, pp. II-322.
6. B. MONTANARI, *Fenomeni sociali e lettura giuridica*, 1989, pp. 300.
7. C. BRUAIRE, *La forza dello spirito e lo spirito del diritto*, a cura di PIERFRANCO VENTURA, 1990, pp. XVIII-166.
8. B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Prefazione di Enrico Opocher, 1990, pp. 308.
9. G. FIASCHI, *Il desiderio di nulla. Compimento rivoluzionario e sessualità moderna*, 1990, pp. 120.
10. S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, 1990, pp. 280.
11. A. DAL BROLLO, *La giustizia rivoluzionaria*, 1990, pp. 172.
12. H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, a cura di LUIGI CIAURRO, 1990, pp. 180.
13. B. CELANO, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, 1990, pp. 344.
14. G. ZACCARIA (a cura), *Diritto positivo e positività del diritto*, 1991, pp. XIV-366.
15. P. AMSELEK (a cura), *Teoria degli atti linguistici etica e diritto*, ed. it. a cura di Angiola Filipponio, 1991, pp. 300.
16. F. TODESCAN, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991, pp. 156.
17. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, 1992, pp. 232.
18. V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, 1993, pp. 372.
19. B. MONTANARI (a cura), *La norma subita*, 1993, pp. 216.
20. R. MENEGHELLI, *Frammenti di filosofia minima*, 1993, pp. 140.

Seconda serie:

1. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, 1993, pp. X-302.
2. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, seconda edizione ampliata, 1996, pp. VIII-280.
3. G. COSÌ, *Il Logos del diritto*, 1993, pp. X-430.
4. O. HÖFFE, *Persino un popolo di diavoli ha bisogno dello Stato. Contributi filosofici per un'etica del diritto e dello Stato*, a cura di AGATA C. AMATO MANGIAMELI, 1993, pp. 194.
5. L. TRIOLO, *La norma ignota. Metateoria e teoria del diritto in Kelsen*, 1993, pp. X-410.
6. A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, 1994, pp. XII-236.
7. E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, a cura di LUIGI CIAURRO e CLEMENTE FORTE, 1994, pp. 98.

8. AA.VV., *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di MARIO JORI, 1994, pp. 274.
9. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, 1994, pp. 274.
10. AA.VV., *Ontologia e fenomenologia del giuridico, Studi in onore di Sergio Cotta*, a cura di FRANCESCO D'AGOSTINO, 1995, pp. VIII-356.
11. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica, quarta edizione*, ristampa anastatica del 1995, pp. 200.
12. M. CASCAVILLA, *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*, 1995, pp. VIII-176.
13. C. SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, 1995, pp. XII-332.
14. J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di FRANCESCO VIOLA, 1996, pp. XXXII-476.
15. AA.VV., *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, a cura di FRANCESCO D'AGOSTINO, 1996, pp. 382.
16. P. SAVARESE, *Schelling filosofo del diritto. Introduzione alla lettura e commento di testi fondamentali*, 1996, pp. 238.
17. A.C. AMATO MANGIAMELI, «*Desiderai essere un cittadino*». *Oltre il retaggio simbolico della moderna sovranità*, 1996, pp. 198.
18. L. TRIOLO, *Primato del diritto e giustizia*, 1996, pp. VIII-296.
19. L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, 1996, pp. VIII-304.
20. M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, 1996, pp. X-414.
2. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, 1996, pp. X-262.
3. E. PARIOTTI, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, 1997, pp. 284.
4. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia del diritto*, terza edizione riveduta ed ampliata, 1997, pp. 322.
5. F. D'AGOSTINO (a cura di), *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, 1998, pp. VI-402.
6. I. TRUJILLO PÉREZ, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, 1997, pp. 214.
7. F. CONIGLIARO, *Dominium terrae. L'uomo nel mondo della natura*, 1998, pp. 256.
8. A. OLLERO-TASSARA, *Diritto "positivo" e diritti umani*, a cura di ISABEL TRUJILLO PÉREZ, 1998, pp. VI-210.
9. L. PALAZZANI, *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius. La questione del concubinato*, 1998, pp. VIII-348.
10. G. COSÌ, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, 1998, pp. XVI-452.
11. S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, 1998, pp. VIII-266.
12. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, quinta edizione, 1999, pp. XII-220.
13. M.F. RABAGLIETTI, *Diritto e legge nell'intramontabile mito di Antigone e Creonte*, 2000, pp. VI-154.
14. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e Cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, 2000, pp. VIII-292.
15. V. MATHIEU, *L'uomo animale ermeneutico*, 2000, pp. VI-282.
16. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, terza edizione ampliata, 2000, pp. VIII-296.

Terza serie:

1. F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto, terza edizione ampliata*, 1998, pp. X-358.

17. D. FALCIONI, *Natura e libertà in Kant. Un'interpretazione del progetto. Per la pace perpetua* (1795), *Presentazione di Reinhard Brandt*, 2000, pp. VIII-172.
18. L. TRIOLO, *Legalismo e legalità*, 2000, pp. VIII-192.
19. D. CANALE, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, 2000, pp. 310.
20. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, 2000, pp. 232.
13. B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, 2003, pp. VIII-184.
14. F. D'AGOSTINO, *Parole di bioetica*, 2004, pp. VIII-236.
15. V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, 2004, pp. X-326.
16. G. SADUN BORDONI, *L'ordine infranto. Il declino dello Stato nazionale tra diritto e politica*, 2004, pp. VIII-264.
17. P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004, pp. XII-292.

Quarta serie:

1. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, 2000, pp. XII-232.
2. F. CONIGLIARO, *La libertà. Estasi e tormento*, 2001, pp. VIII-328.
3. S. AMATO, *Coazione, coesistenza, compassione*, 2002, pp. VI-230.
4. F. D'AGOSTINO (a cura di), *La sterilizzazione come problema biogiuridico*, 2002, pp. VI-158.
5. V. BELLVER CAPELLA, *Clonare? Etica e diritto di fronte alla clonazione umana*, 2002, pp. XX-244.
6. A. ARGIROFFI, *Identità personale, giustizia ed effettività. Martin Heidegger e Paul Ricoeur*, 2002, pp. XVI-212.
7. I.T. MUCCICONI, «Matrimonio di fatto» e pensiero giuridico, 2002, pp. VIII-276.
8. M. GENTILE, *Giustizia e desiderio. La verità della vittima nel pensiero di René Girard*, 2003, pp. XIV-274.
9. I. TRUJILLO, *Imparzialità*, 2003, pp. XII-324.
10. F. BIONDO, *Benessere, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, 2003, pp. VI-256.
11. M. CASCAVILLA, *Il diritto insufficiente e necessario*, 2003, pp. XIV-214.
12. F. D'AGOSTINO-P.A. AMODIO (a cura di), *Le libertà religiose e di culto. Contenuto e limiti*, 2003, pp. XIV-130.
18. E. PARIOTTI, *La giustizia oltre lo stato: forme e problemi*, 2004, pp. 240.
19. V. MATHIEU, *Privacy e dignità dell'uomo. Una teoria della persona*, 2004, pp. X-146.
20. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, 2004, pp. XII-216.

Quinta serie:

1. G. SOLARI, *Il problema del diritto e dello Stato nella filosofia del diritto di Giorgio Guglielmo Federico Hegel*, a cura di F. D'Agostino, 2005, pp. XVIII-126.
2. E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, 2005, pp. XIV-338.
3. F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, 2005, pp. VI-274.
4. G. SARACENI, *Il Profeta e la legge. Riflessioni bergsoniane di filosofia per il diritto*, 2005, pp. VI-130.
5. M.A. FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, 2005, pp. XVIII-414.
6. S. BAUZON, *La persona biogiuridica*, 2005, pp. XIV-138.
7. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, quarta edizione riveduta e ampliata, 2005, pp. VIII-308.

8. F. D'AGOSTINO, *Parole di giustizia*, 2006, pp. X-150.
9. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, 2006, pp. X-206.
10. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2006, pp. XVI-280.
11. M. BORRELLO, *Diritto e forza. La questione della regola come limite all'arbitrio giuridico*, 2006, pp. X-366.
12. M. CASCAVILLA, *Diritto e morale nell'età dell'Illuminismo*, 2006, pp. X-250.
13. S. AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, 2006, pp. XII-188.
14. D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, 2007, pp. XXIV-332.
15. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Corpi docili. Corpi gloriosi*, 2007, pp. XVIII-172.
16. G.R. MORCHON, *Teoria del diritto. Fondamenti di Teoria comunicazionale del diritto*, vol. I, a cura di G. Zaccaria, 2007, pp. XXVI-426.
17. F. MACIOCE, *Una filosofia della laicità*, 2007, pp. X-202.
18. L. CORSO, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, 2008, pp. 248.
19. M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, 2008, pp. XVI-360.
20. M. MANGINI-F. VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, 2009, pp. XIV-194.
- Ventuno voci fondamentali, 2011, pp. XII-248.
105. P. GOMARASCA, *Comunità e partecipazione. L'idea di democrazia in Pier Luigi Zampetti*, 2011, pp. XX-228.
106. F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, 2011, pp. XII-172.
107. F. ZINI, *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, 2011, pp. XIV-190.
108. G. SADUN BORDONI, *Diritto e politica. Studi sull'epoca post-globale*, 2011, pp. X-266.
109. L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, 2011, pp. X-214.
110. F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, 2011, pp. 168.
111. S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, edizione riveduta e ampliata, 2015, pp. XIV-234.
112. F. D'AGOSTINO, *Jus quia justum. Lezioni di filosofia del diritto e della religione*, 2012, pp. XVI-168.
113. F. BIONDO, *Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio*, 2012, pp. XXII-250.
114. M. MANGINI, *Il ragionamento giuridico tra formalismo e retorica*, 2012, pp. XII-212.
115. C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, 2012, pp. X-174.
116. G. SOLARI, *Il problema della giustizia e dello Stato nell'antichità classica*, a cura di A. Votrico, 2013, pp. XII-200.
117. G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, 2013, pp. XIV-322.
118. F. MACIOCE, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, 2014, pp. X-222.
119. S. BAUZON, *Il divenire umano. Riflessioni etiche sui fini della natura*, 2014, pp. XII-124.
120. V. SALA, *Italo Mancini. Filosofo del diritto*, 2014, pp. VIII-128.

Sesta serie:

101. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*, seconda edizione riveduta e aggiornata, 2015, pp. XII-348.
102. F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autoterminazione*, 2010, pp. X-202.
103. C. SARTEA, *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, 2010, pp. XVIII-294.
104. F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica.*

121. F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, 2014, pp. XX-160.
122. L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, 2015, pp. XII-172.
123. E. ANCONA, G. DE ANNA (a cura di), *Il tomismo giuridico del XX secolo. Antologia di autori e testi*, 2015, pp. XXIV-344.
124. M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, 2016, pp. XXXIV-286.
125. L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, 2016, pp. X-254.
126. L. CORSO, *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, 2016, pp. XVI-272.
127. L. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, 2017, pp. XII-364.
128. L. NEPI, *Violenza sessuale e soggettività sessuata*, 2017, pp. XII-140.
129. L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla techno-etica: nuove sfide al diritto*, 2017, pp. XII-404.
130. C. SARTEA, *Diritti umani. Un'introduzione critica*, 2018, pp. X-158.

Settima serie:

131. M. POMPEI, *Abuso del diritto. Un approccio tra filosofia e teoria*. Prefazione di F. D'Agostino, 2019, pp. XVI-248.
132. C. SARTEA, *Bioetica e biogiuridica. Itinerari, incontri e scontri*. Premessa di F. D'Agostino, 2019, pp. XVI-200.
133. M. KRIENKE, *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, 2020, pp. X-358.
134. A.C. AMATO MANGIAMELI, M.N. CAMPAGNOLI, *Strategie digitali. #diritto_educazione_tecnologie*, 2020, pp. XIV-394.
135. E. CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, 2020, pp. XIV-242.