

A12

Vai al contenuto multimediale



PR.I.N. 2015 – Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti giuridici in trasformazione.

Elena Consiglio

La discriminazione tra eguaglianza e libertà

Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio





www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2683-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: agosto 2019

*A te che guardi l'altra persona negli occhi
e la riconosci come pari*

Indice

- 9 *Introduzione*
- 27 **Capitolo I**
Questioni definitorie
- 1.1. Lo statuto semantico e normativo, 27 – 1.2. Definizione descrittiva, moralizzata e giuridica, 44 – 1.3. Le caratteristiche protette o fattori di protezione, 48 – 1.4. La protezione dei gruppi e degli individui, 58 – 1.5. Le azioni positive, 65.
- 71 **Capitolo II**
Le forme della discriminazione
- 2.1. La discriminazione diretta, 72 – 2.2. La discriminazione indiretta, 84 – 2.3. Le molestie, l'ordine di discriminare e la discriminazione per associazione, 98 – 2.4. La discriminazione tollerata: la giustificazione della discriminazione, 102 – 2.5. La discriminazione strutturale e la discriminazione istituzionale, 107 – 2.6. La discriminazione multipla e la discriminazione intersezionale, 108.
- 113 **Capitolo III**
Il fondamento filosofico del diritto antidiscriminatorio
- 3.1. Il problema, 113 – 3.2. Irrazionalità, stereotipi e pregiudizi, merito, 115 – 3.3. Teorie basate sull'eguaglianza, 122 – 3.4. Teorie basate sulla libertà, 132 – 3.5. Teorie "espressiviste", 145 – 3.6. Alla ricerca di un fondamento unitario: teorie pluraliste, 152.
- 157 *Conclusioni*

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. Dunque, in questo senso, la discriminazione è il modo di operare proprio del diritto. Ma non tutte le discriminazioni, distinzioni o classificazioni sono innocue. La maggior parte, anzi, non lo sono. Non lo sono perché, soprattutto quando è la legge a prevederle, le classificazioni plasmano identità¹, creano possibilità e opportunità, permettono o precludono l'accesso a beni e a posizioni sociali. La discriminazione operata dal diritto può ben essere una forma odiosa di discriminazione, e quando lo è, è una delle forme più insidiose, perché è autoritativa ed i suoi effetti sono particolarmente pervasivi, profondi e duraturi. Per evitare questi esiti nefasti, gli ordinamenti degli stati costituzionali contemporanei prevedono divieti in materia di discriminazione.

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

1. La tesi che il diritto plasma le identità è uno dei capisaldi della critica femminista al diritto e della Critical Race Theory. Si veda, per la critica femminista al diritto: C. MACKINNON, *Women's Lives, Man's Law*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge (MA) 2005; ID., *Butterfly Politics*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge (MA)–London (UK) 2017, e per la Critical Race Theory T. KENDALL, G. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia 2005. Inoltre si veda C. BARTOLI, *Razzisti per legge – L'Italia che discrimina*, Laterza, Milano 2012 pp. 51–55.

zioni², come mai la legge proibisce la discriminazione in alcuni casi ed 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 sul fondamento morale del diritto antidiscriminatorio, sul perché si ritiene che un comportamento discriminatorio vada vietato, e quando un comportamento discriminatorio 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 sulla ragione per cui il comportamento discriminatorio sia da ritenere ingiusto e se la discriminazione sia un tipo specifico d’ingiustizia sociale, che riguarda la sfera pubblica, oppure un’ingiustizia che concerne la sfera individuale, che colpisce il singolo, prima di acquisire eventualmente una dimensione pubblica, che pertiene alle posizioni relative dei gruppi nella società ed alla 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 sull’importanza dello stato psicologico dell’autore della discriminazione. Quando il soggetto discriminatore ha agito con *animus discriminandi*, con l’intenzione di discriminare, escludere, denigrare qualcuno, la sua azione è consapevole ed il motivo è esplicito, il disvalore morale dell’azione è evidente e non è problematico attribuire la responsabilità all’agen-

2. F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, And Stereotypes*, Belknap Press of Harvard University, Cambridge (MA) 2003, p. 1–25.

te. Ma è possibile discriminare senza averne l'intenzione, senza essere coscienti che si sta agendo ingiustamente, ovvero in maniera inconscia? Si può prescindere dallo stato psicologico dell'agente per definire la discriminazione? La risposta a quest'ultimo interrogativo ha 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 prescinda dallo stato psicologico sia del soggetto discriminato sia dell'agente discriminatore, e che possa essere definita un'ingiustizia di tipo oggettiva, altri invece criticano l'abbandono dei criteri dell'intenzionalità dell'azione e del motivo discriminatorio perché renderebbe più difficoltosa l'imputazione della discriminazione e smorzerebbe il disvalore morale dell'atto.

Altro punto di disaccordo, collegato al precedente, è quello sulle forme della discriminazione. Si discute, ad esempio, se le nozioni di discriminazione diretta ed indiretta siano espressione del medesimo concetto normativo ed abbiano la stessa giustificazione, oppure individuino due concetti normativi diversi aventi un diverso fondamento morale. Questo libro si propone di fornire un quadro d'insieme delle teorie che sono state fino ad 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 delle diverse forme del divieto di discriminare e l'estensione ad ambiti via via più ampi si deve soprattutto all'interpretazione evolutiva della giurisprudenza, che ha colmato le lacune nella regolamentazione normativa e l'insipienza della politica. L'insieme di disposizioni di diritto antidiscriminatorio ed 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 Trattati³ (in particolare quelli aventi ad

3. Segue un elenco non esaustivo dei principali strumenti internazionali: Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato nel 1966, ratificato e reso esecutivo in

oggetto i diritti umani) sia in documenti 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 europea⁴ e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵, nonché in fonti secondarie del diritto europeo⁶. Non tutte le disposizioni con-

Italia con l. 25 ottobre 1977 n. 881; Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, adottato nel 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia con l. 25 ottobre 1977 n. 881; Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro la donna, adottata nel 1979, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. n. 132 del 14 marzo 1985; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata nel 1950, ratificata dall'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848; Convenzione di Istanbul, adottata dal Consiglio d'Europa l'11 maggio del 2011, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77; Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18.

4. Art. 18 e 19 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (t.f.u.e.), che prevedono il divieto di discriminazione in base alla nazionalità per i cittadini dell'Unione europea 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'art. 153 t.f.u.e. consente l'intervento legislativo dell'UE nell'ambito delle pari opportunità e della parità di trattamento nei settori dell'impiego e dell'occupazione. Nei medesimi settori, l'art. 157 t.f.u.e. prevede il principio della pari retribuzione tra uomo e donna e autorizza le azioni positive finalizzate all'emancipazione femminile.

5. Art. 21, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

6. Dir. 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; dir. 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; dir. 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). La dir. 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; la dir. 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; la dir. 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; la dir. 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006[1], riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e

tenute in documenti di rango internazionale, pure quelli di cui la Repubblica Italiana è parte, però, sono direttamente applicabili nel diritto interno⁷. Molte norme di diritto antidiscriminatorio sovranazionale sono invece direttamente applicabili. Vi sono poi norme di diritto interno di rango costituzionale, legislativo, e disposizioni regolamentari, 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 fonti normative sopra elencate, effettuate dalle corti internazionali, sovranazionali ed interne. L'opera di armonizzazione del diritto europeo e della giurisprudenza delle due corti europee (nei sistemi dell'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 superiori⁸.

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 principali del diritto europeo in materia antidiscriminatoria, costituite dalla direttiva sull'uguaglianza razziale⁹, dalla direttiva sul-

donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) che abroga e sostituisce alcune delle direttive precedentemente emanate; la dir. 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 dir. 96/34/CE; la dir. 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 dir. 86/613/CEE del Consiglio; la dir. 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, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

7. Alcune devono essere trasposte nell'ordinamento da legge interna di ratifica o di attuazione.

8. 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.

9. Dir. 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.

la parità di trattamento in materia di occupazione¹⁰ e dalla direttiva sul genere¹¹, 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 dell'Unione europea ed i suoi organi di governo, che hanno in programma una riforma del diritto antidiscriminatorio europeo 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 nella 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 europeo¹². Tale operazione non è sempre agevole, ed è ulteriormente complicata dalla disomogeneità degli ambiti oggettivi e soggettivi in cui il diritto europeo istituisce un dovere di parità di trattamento.

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 che dia ragione sul piano filosofico-teorico della sua definizione e della sua portata normativa 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 ed interpretato dalla

10. Dir. 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.

11. Dir. 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).

12. Così ha tra l'altro ribadito la Corte di Cassazione con la pronuncia delle Sezioni Unite del 20 aprile 2016 n. 7951.

giurisprudenza già da più di un secolo¹³, soltanto di recente¹⁴ la discriminazione ha catturato l'interesse dei filosofi del diritto, che si sono impegnati nel tentativo di chiarire la definizione, il fondamento, la natura, i limiti e la portata applicativa di questa nozione. In verità, la trattazione teorica del principio di non discriminazione non è inedita. 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 eguaglianza¹⁵. Questa letteratura ha cercato di riconciliare l'evidenza della diseguaglianza di fatto degli esseri umani con il principio di eguaglianza, che,

13. Nel caso *Plessy v Ferguson* (1896) la Corte suprema elaborò la teoria del "separate but equals", 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», si veda *supra* capitolo terzo, paragrafo 3.5. per un'adiscussione più approfondita in merito.

14. La lettura filosofico-giuridica sul diritto anti-discriminatorio è fiorita a partire dai primi anni del XXI secolo.

15. La ricostruzione dello sterminato dibattito teorico sul principio di eguaglianza esula da questo scritto, che si concentra invece sul principio di non discriminazione. Si rinvia per una iniziale introduzione al tema a: S. GOSEPATH, *Equality*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2007, disponibile qui: <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>; R. DWORKIN, *L'Eguaglianza in Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani*, vol. III, Treccani, Roma 1993, p. 493; G. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, il Mulino, Milano 2015; J. WALDRON, *One Another's Equals – The Basis of Human Equality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA) 2017; e dello stesso autore *God, Locke, and Equality – Christian Foundations in Locke's Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge (MA) 2002; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch (a cura di), Bologna, il Mulino 2005; P. WESTEN, *The Concept of Equal Opportunity*, «Ethics», vol. XCV, 1985, pp. 837–850; ID., *Speaking of Equality – An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton 2014; L. GIANFORMAGGIO *L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto* in ID., *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 139–154; ID., *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?* in ID., *Filosofia e critica del diritto*, cit., 1995; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1994, pp. 73–99; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999; G.J. POSTEMA, *Liberty in Equality's Empire*, «Iowa Law Review», vol. LXXIII, 1987; 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, Milano 2006; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Milano 2013; L. FERRAIOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma–Bari 2018.

nelle sue due versioni formale e sostanziale¹⁶, è un principio fondamentale e supremo negli stati democratici di diritto costituzionale¹⁷. 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.

Soltanto a partire dalla prima decade del XXI secolo gli studiosi hanno approcciato il tema della discriminazione 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 ad 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 alluvionale¹⁸.

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

- 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 alla domanda: perché è — o deve essere — vietato discriminare? Perché e in quali casi riteniamo intollerabile la discriminazione sancita dal diritto?;

16. P. SHIN, *The Substantive Principle of Equal Treatment*, «Legal Theory», vol. XV, 2009, pp. 149–172.

17. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, «Il Foro Italiano», vol. CXIX, n. 6, 1996, pp. 1961–1976, p. 1964; A.K. SEN, *La diseguaglianza – Un riesame critico*, il Mulino, Milano 1997; F. VIOLA, *Diritti e Differenze*, «Dialoghi», n. 2, 2015, pp. 29–36.

18. J. GARDNER, *III – Discrimination: The Good, The Bad and the Wrongful*, «Proceedings of the Aristotelian Society», vol. CXVIII, parte I, 2018, pp. 55–81.

- 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. L'ultimo quesito sorge all'interno del diritto ed è posto dalla presenza delle stesse norme di diritto antidiscriminatorio¹⁹.

Questo libro intende presentare e discutere criticamente le risposte formulate dalla letteratura teorica recente ai tre quesiti appena enunciati, 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 dare avvio ad una discussione della filosofia del diritto italiana sulla teoria della discriminazione e sull'argomentazione giudiziale nei casi di discriminazione.

Nel primo capitolo si discuteranno le diverse definizioni del termine discriminazione, insieme alle caratteristiche salienti del fenomeno, e si tratterà brevemente del 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 esso è stato usato per indicare condotte e stati di cose progressivamente più ampi, fenomeni come la discriminazione indiretta, istituzionale o strutturale²⁰, la discriminazione multipla, additiva o intersezionale, le molestie, l'ordine di discriminare, la discriminazione per associazione²¹. Non c'è una posizione

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

20. Di discriminazione istituzionale o strutturale si è iniziato a discutere alla fine degli anni Novanta, a seguito della pubblicazione del c.d. *Rapporto Macpherson* (*The Stephen Lawrence Inquiry: Report of An Inquiry By Sir William Macpherson Of Cluny*, febbraio 1999, Cm 4262-I), si veda P. CANE, J. CONAGHAN, *MacPherson Report in AA.VV., The New Oxford Companion to Law*, 1 ed. 2008; C. BARTOLI, *Razzisti per legge - L'Italia che discrimina*, cit., 2012.

21. K. CRENSHAW, *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine. Feminist Theory and Antiracist Politics*, «The University of Chicago Legal Forum», 1989, pp. 139-167; K. CRENSHAW, *Mapping the Margins — Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, «Stanford Law Review», vol. XLIII, n. 6, 1991, pp. 1241-1299; K. CRENSHAW, L.C. HARRIS, G. LIPSIZ, *The Race Track: How the Myth of*

univoca sul fatto che si tratti di fenomeni che fanno parte dello stesso concetto. Ad esempio, chi attribuisce un valore determinante all'intenzione discriminatoria può non considerare la discriminazione indiretta 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 solo un cambiamento semantico, oppure si tratti di approssimazioni successive verso il riconoscimento pieno di un fenomeno che ha più forme, e che non ha travalicato i limiti semantici del termine. Per definire la nozione di discriminazione bisognerà inoltre interrogarsi sulla natura comparativa o non comparativa di questo concetto, sulla necessità che ci sia 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 individuali o collettivi a cui bisogna accordare protezione. A questo proposito si presenteranno diverse tesi che definiscono le "caratteristiche protette" o "fattori di protezione", tratti o caratteristiche sulla base dei quali è proibito discriminare.

Il secondo capitolo presenterà 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 ed indiretta, si tratterà brevemente anche delle molestie, dell'ordine di discriminare, della discriminazione per associazione, della discriminazione istituzionale, o strutturale, e della discriminazione multipla, nelle due specificazioni di "additiva" e "intersezionale".

Tuttavia, ci si accorgerà che la definizione del termine discriminazione e delle sue forme non è risolutiva quando bisogna individuare nel concreto 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 compren-

Equal Opportunity Defeats Racial Justice, New Press, New York 2016. Per una definizione della discriminazione intersezionale si veda B.G. BELLO, *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia* in G. MANIACI, G. PINO, A. SCHIAVELLO (a cura di), *La Discriminazione di Genere nel diritto italiano*, «Diritto & Questioni Pubbliche», vol. 15, n. 2, 2015, pp. 141-171.

dere quando la discriminazione è da vietare è necessario investigare la giustificazione del divieto, il perché si ritiene che la discriminazione sia un'ingiustizia. Il terzo capitolo tratterà dunque delle diverse teorie che fondano, giustificano, spiegano il divieto di discriminare, argomentando con ragioni diverse perché è necessario prevederlo. Le giustificazioni 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: il principio di non discriminazione.

Nella prospettiva dell'uomo comune, e secondo alcune posizioni teoriche, il principio di non discriminazione è un baluardo a presidio dell'eguaglianza. La giustificazione delle norme antidiscriminatorie sarebbe dunque legata alla garanzia dell'eguale trattamento di tutti i soggetti da parte del diritto ed alla realizzazione delle pari opportunità. Questa è una delle giustificazioni del diritto antidiscriminatorio, ma non è la sola. Parte della speculazione filosofica recente in materia ha infatti argomentato che, a ben vedere, il principio di non discriminazione non vada giustificato sulla base dell'eguaglianza, piuttosto facendo appello alla libertà intesa in senso ampio, perché avrebbe il fine di tutelare l'autodeterminazione degli individui. Secondo questa tesi, le norme del diritto antidiscriminatorio garantirebbero agli individui la libertà di non dovere considerare certi fattori, ad esempio il colore della pelle, il genere, la disabilità, come costi nel processo di deliberazione razionale che li porta ad effettuare le loro scelte. Alcuni autori hanno ricondotto entrambe le giustificazioni del diritto antidiscriminatorio al fondamento dell'eguale valore morale degli individui, la radice del rispetto di sé, un bene fondamentale su cui si impernia la vita intera delle persone²².

22. 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*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1971, p. 440); «Self-respect is rooted in our self-confidence as

Così, sulla base della diversa giustificazione del diritto antidiscriminatorio si possono individuare due gruppi di teorie: le concezioni egualitarie o basate sull'eguaglianza e le concezioni liberali o basate sulla libertà. La tesi egualitaria ritiene che la discriminazione sia una lesione del principio di eguaglianza²³. All'interno del gruppo delle tesi egualitarie, si distinguono alcune posizioni, che chiameremo "espressiviste", perché pur ritenendo comunque che il diritto antidiscriminatorio si giustifichi sulla base dell'eguaglianza, propongono un fondamento che fa perno sull'eguale valore morale degli individui. Per le teorie espressiviste, l'elemento distintivo della discriminazione sta nel messaggio dell'atto discriminatorio che mira a sminuire l'eguale valore morale delle persone: un messaggio chiaramente riconoscibile all'interno del contesto di riferimento²⁴.

Il terzo capitolo presenta e discute tali teorie insieme ad una terza tesi, detta "pluralista", perché individua diverse giustificazioni per tre livelli distinti — teorico, sistemico e pratico — ed alle altre concezioni che ritengono che il male morale della discriminazione consista nell'arbitrarietà o irrazionalità, che si sostanzia nel trattamento basato su stereotipi e pregiudizi e nel non trattare le persone secondo il merito.

Naturalmente, la suddivisione qui proposta non è l'unica possibile. Ad esempio, Tarubnabh 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 sé²⁵. Nella sua suddivisione, Khaitan inserisce tra teorie "dignitarie" autori che in questo lavoro sono stati classificati in altri modi, e per ragioni specifiche. Due esempi significativi sono Deborah Hellman

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).

23. P. SHIN, *The Substantive Principle of Equal Treatment*, «Legal Theory», vol. XV, 2009, pp. 149–172; S. SEGALL, *What's so Bad about Discrimination?*, «Utilitas», vol. XIV, 2012, pp. 82–100.

24. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, Cambridge (MA)–London (UK), 2011, pp. 69–79.

25. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, p. 6–7.

e Benjamin Eidelson, che Khaitan classifica tra le teorie “dignitarie”. Riguardo alla concezione di Hellman, la stessa autrice descrive esplicitamente il suo approccio come basato sull’eguaglianza²⁶. Benjamin Eidelson, invece, impernia la sua teoria sulla nozione di “individuo”, e ritiene che l’ingiustizia della discriminazione consista nel non rispettare gli individui in quanto esseri “autonomi”²⁷. Per questo, la tesi di Hellman è stata qui catalogata come un sottogruppo delle tesi basate sull’eguaglianza, mentre la concezione di Eidelson è stata inserita tra le tesi liberali. La scelta di ripartire in due gruppi le teorie del diritto antidiscriminatorio deriva inoltre dalla convinzione che, sebbene la dignità umana sia chiamata in causa come “interesse” o “valore” che la discriminazione offende²⁸, gli argomenti per sostenere questa tesi non abbiano ancora raggiunto la complessità e la completezza proprie di una teoria. Inoltre, 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 ad essere posto in una condizione che gli consenta una piena espressione della propria personalità»²⁹. Si tratta di una tesi riconducibile all’idea dell’eguaglianza sostanziale³⁰.

26. D. HELLMAN, *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.

27. B. EIDELSON, *Treating People as Individuals* in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 203–227.

28. D. RÉAUME, *Dignity, Equality, and Comparison* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 7–27; D. RÉAUME, *Discrimination and Dignity*, «Louisiana Law Review», vol. LXIII, p. 645; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli 2011, pp. 1–40; G. MOON, R. ALLEN, *Dignity Discourse in Discrimination Law: A Better Route to Equality?*, «European Human Rights Law Review», vol. DCX, 2006; C. DUPRÉ, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, «European Public Law», 2013, pp. 319–399; C. DUPRÉ, *The Age of Dignity: Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Bloomsbury, UK, 2016.

29. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli 2011, p. 25.

30. Khaitan ritiene che la rilevanza delle posizioni che provano a fondare il diritto antidiscriminatorio sulla “dignità” sia il loro aspetto “espressivista”, un aspetto non scervo da aporie e problemi, concettuali. Si veda T. KHAITAN, *Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous Nor a Panacea*, «Oxford Journal of Legal Studies», vol. XXXII, 2012, pp. 1–19. Per una critica a Khaitan si veda V. JUKKA, *Two Challenges for Dignity as an Expressive Norm*, «Criminal Law and Philosophy», vol. VI, 2012, pp. 327–340.

La principale differenza tra le teorie basate sull'eguaglianza e quelle basate sulla libertà è che le prime ritengono che la discriminazione sia un concetto essenzialmente comparativo, per cui 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 liberali affermano il contrario, che la discriminazione sia, cioè, un concetto essenzialmente non comparativo.

Gli elementi in comune alle teorie basate sull'eguaglianza e a quelle basate sulla libertà sono certamente presenti. In particolare, entrambe definiscono l'ingiustizia della discriminazione moralmente riprovevole come un'ingiustizia inflitta ad un individuo, che si riverbera sulla considerazione e sul trattamento dell'intero gruppo a cui l'individuo è legato da una caratteristica socialmente saliente. Tuttavia, soprattutto tra le tesi basate sull'eguaglianza e quelle pluraliste, si distinguono le teorie per cui il *point* della proibizione della discriminazione è che questa fa un torto all'individuo, e quelle per cui il *point* della proibizione sta invece nell'ingiustizia fatta ad 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. Tali tesi si concentrano sull'ingiustizia del trattamento svantaggioso in quanto permette la creazione e la perpetrazione di gerarchie sociali, a causa delle quali alcuni soggetti accumulati da certe caratteristiche sono ritenuti 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 questa non permetterebbe di eliminare alcuni svantaggi persistenti di cui sono vittima i gruppi sociali meno privilegiati. Le teorie che definiscono la discriminazione in relazione ai suoi effetti sono dette teorie consequenzialiste, e distinguono gli effetti delle diverse forme di discriminazione sull'individuo e sul gruppo.

Il significato comune associato al termine discriminazione è diverso dal significato che la parola assume nel contesto giuridico e di

questa differenza³¹ — dovuta alla specificità del linguaggio giuridico³² rispetto a quello ordinario e alla scelta del legislatore di disciplinare il fenomeno soltanto in alcuni ambiti oggettivi e soggettivi — si cercherà di dare conto. Le diverse 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 ed 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, sia per testare e considerare riflessivamente le teorie normative sul fondamento della discriminazione esaminate nel terzo capitolo, 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 è, come può accadere, mutualmente feconda, perché chiarisce alcuni errori della teoria alla luce della pratica, e spinge le discrepanze dell'applicazione verso una maggiore coerenza e completezza. 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, che ne giustificano l'ampiezza, i limiti e l'applicazione³³.

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

31. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011; T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015.

32. F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico – Una nuova introduzione*, Carocci, Roma 2016; R. ALEXY, *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, Bari 1999.

33. 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, Portland 2018, pp. 1–30, 10–11.

beni e delle risorse pubbliche, ma è anche e soprattutto un insieme di garanzie 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. Questo è evidente nei regimi autoritari in cui la discriminazione è un'arma per ridurre in posizione marginale e annientare non solo categorie deboli ritenute inferiori (ebrei, Rom, disabili, malati che finivano nei campi di sterminio, con la categorizzazione progressivamente inferiorizzante di cittadini "di serie B", non cittadini, fino alla riduzione a non umani) ma anche i "nemici" e gli oppositori politici. Si pensi al trattamento riservato a chi era etichettato come reazionario o controrivoluzionario nella Cina maoista, considerato un *fei ren*, ovvero un essere umano che però aveva fallito, e dunque poteva essere classificato come "non persona", e fatto fuori senza processo con 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, infantilizzandoli³⁴, i migranti giunti o temporaneamente ammessi 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 attraverso nuove forme di schiavitù degradanti e umilianti.

Esistono tre livelli (almeno) entro i quali si può muovere una ricerca sul diritto antidiscriminatorio: il livello teorico delle ragioni per la previsione del diritto antidiscriminatorio, di quale sia il fine di questa branca del diritto e di quale sia il male che il diritto antidiscriminatorio vuole eliminare; il livello sistemico delle norme e degli istituti del diritto antidiscriminatorio; ed il livello pratico, costituito

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

dall'uso concreto delle norme e degli strumenti del diritto antidiscriminatorio³⁵. 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 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 ed internazionali ed alla giurisprudenza sovranazionale della Corte di Giustizia dell'Unione europea, come pure si accennerà alla giurisprudenza della Corte EDU, tenendo come riferimento le norme della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, 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, risarcimento del danno materiale e immateriale, inibitoria, tutela reale). Esula cioè dalla trattazione l'esame dell'impiego degli strumenti al livello pratico, concreto, dell'applicazione e dell'uso del diritto.

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

35. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, pp. 4-9.

Questioni definitorie

1.1. Lo statuto semantico e normativo

Non c'è accordo sulla definizione di discriminazione¹. Il concetto ha uno statuto semantico amorfo, poco chiaro. Il numero di significati ricompresi dal termine si è allargato progressivamente nel tempo, ed include nozioni disparate come discriminazione positiva, negativa, diretta, indiretta, sistemica, istituzionale, 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, –is, –crevi, cretum, discernere”, che significa “separare”, “distinguere”, indica che il significato di “discriminare” è assiologicamente neutro. Non implica cioè alcuna valutazione. Il termine “discriminazione” può dunque essere usato con una valenza positiva, oppure negativa, oppure né positiva né negativa. In senso positivo, ad esempio, si parla di fattore discriminante come un fattore che determina una scelta in favore di qualcosa quando viene 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 un soggetto, del trattamento che a questi viene riservato. La tesi

1. Secondo Vandenhole «[t]here is no universally accepted definition of discrimination», W. VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia, Oxford (UK) 2005, p. 33.

2. P.S. SHIN, *Is There a Unitary Concept of Discrimination?* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 163–181, p. 164.

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 presente. John Gardner⁴ 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 del termine, positiva e negativa, 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 dell’espressione 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 e dichiara che tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti e che a ciascuno spettano tutti i diritti e tutte le libertà

3. L. HALLDENIUS, *Dissecting Discrimination*, «Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics», vol. XIV, n. 4, 2005, pp. 455–463, pp.455–456.

4. J. GARDNER, *Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful*, «Proceedings of the Aristotelian Society», vol. CXVIII, n. 1, 2018, pp. 55–81.

5. J. GARDNER, *On the Ground of Her Sex(uality)*, «Oxford Journal of Legal Studies», vol. XVIII, n. 1, 1998, pp. 167–187, p. 167.

6. Tra questi la Convenzione per l’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne.

enunciate nella dichiarazione stessa, senza distinzione di sorta. Da questa formulazione si evince che la discriminazione comporta o può comportare il mancato riconoscimento o godimento dei diritti fondamentali che spettano ad 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 Sessanta. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici⁷ prevede un divieto generalizzato di discriminazione all'art. 26:

Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad 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.

Se ne deduce si evince che la parità di trattamento da parte del diritto è una componente della definizione, e che esistono alcuni specifici fattori o caratteristiche, detti "fattori di protezione" o "caratteristiche protette" su cui non può basarsi, fondarsi, giustificarsi la discriminazione. La norma 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'art. 2, un obbligo positivo di non discriminazione in capo agli Stati firmatari:

Ciascuno degli Stati parte del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano

7. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato adottato dall'Assemblea Generale dell'OU il 16 dicembre 1966. Entrato in vigore il 23 marzo 1976. Reso esecutivo in Italia con legge n. 881 del 25 ottobre 1977. Entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978.

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 (art. 24), al godimento dei diritti politici (art. 25), alla tutela da parte della legge (art. 26), non fornisce ulteriori dati per definire la discriminazione. Di passaggio si noti che non sono previste eccezioni 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 agli obblighi imposti dal Patto, è possibile agli Stati adottare misure che comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o l'origine sociale (art. 4, c. 1). Il Patto prevede che « qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca un incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge » (art. 20, c. 2).

Allo stesso modo, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, gemello del primo⁸, prevede all'art. 2, c. 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 sia un diritto fondamentale della persona sia un principio generale dell'or-

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.

dinamento. Nei trattati che fondano l'UE è fatto divieto di discriminare i cittadini europei in base alla nazionalità (art. 18–19 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea “t.f.e.u.”). Posto che uno degli obiettivi dell'Unione europea è la realizzazione di uno spazio in cui i cittadini europei 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, 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 ad 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 (art. 21, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Anche nel sistema di protezione istituito dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali (CEDU) è previsto il divieto di discriminare⁹:

9. Per un approfondimento sul tema si veda: 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*, Antwerp, Intersentia, Portland 2017; pp. 63; 76–77; 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*

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 ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione (art. 14, CEDU).

Il Protocollo n. 12, addizionale alla Convenzione, parte integrante della stessa solo per gli stati firmatari, 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 ad una minoranza nazionale, proprietà, nascita o ogni altra condizione (art. 1, che per le parti firmatarie ha la stessa forza vincolante degli articoli della Convenzione).¹⁰

La lettera dell'art. 14 CEDU suggerisce che il diritto a non essere discriminati è un diritto in sé, e che la sua violazione si aggiunge alla violazione della privazione illegittima di un altro diritto pure previsto dalla Convenzione. Tuttavia, l'interpretazione della Corte EDU ha dapprima attribuito a questo diritto natura "accessoria", ovvero dipendente da altre norme sostanziali contenute nella CEDU¹¹. Sicché, le condan-

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*, Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo 2011.

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 afferma: «[I]t is as though the latter [il diritto a non essere discriminati] 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 (art. 14): "the enjoyment of the rights and

ne 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 familiare (art. 8, CEDU); il diritto ad un equo processo (art. 6, CEDU); il diritto alla vita (art. 2, CEDU); la proibizione della tortura (art. 3, CEDU). Secondo questa interpretazione, qualsiasi previsione, criterio, o pratica che siano discriminatori violano allo stesso tempo almeno due diritti individuali: il diritto a non essere discriminati, ovvero il diritto alla parità di trattamento, ed il diritto previsto da uno degli articoli della Convenzione.

L'interpretazione del diritto alla non discriminazione si è evoluta e la Corte EDU ha via via riconosciuto a questo diritto natura autonoma, ed ha altresì fondato 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 sua violazione sostanziale¹².

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 come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato civile, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo, su base di parità tra l'uomo e la donna. (art. 1, CEDAW)

Questa formulazione (ricalcata nella definizione del c.d. Codice delle Pari Opportunità¹³) fornisce alcuni elementi definitori utili per

freedoms set forth in this Convention shall be secured"» (par. 9 dell'argomentazione in diritto, *Belgium Linguistics Case* – «In the case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v Belgium», caso n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, sent. del 27 luglio 1968).

12. G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 2013, pp. 25–32.

13. «Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conse-

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 sfavorevole, che può essere determinato da una previsione normativa, da un criterio, o da una pratica (ad esempio una politica, o un'azione, o un'omissione) e viene riservato ad 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 sulla base di un fattore determinato («genere» o «sesso») e relativamente ad un certo ambito («tutti gli ambiti»). Come si è detto, il trattamento è svantaggioso perché compromette o distrugge il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte della donna di diritti e libertà fondamentali. Non sembra invece che nell'area semantica del termine vi sia un riferimento necessario agli effetti del trattamento, dunque un trattamento può essere discriminatorio a prescindere dai suoi effetti, poiché basta che lo scopo sia discriminatorio.

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 ad un altro soggetto che non possiede tale caratteristica in relazione ad un ambito specifico. L'enunciazione di questo principio in forma prescrittiva può essere schematizzata così:

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

guenza, 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» (art. 1, d.lgs. 198/2006).

14. Cfr. E. HOLMES, *Anti-Discrimination Rights Without Equality*, «The Modern Law Review», vol. LXVIII, n. 2, 2005, pp. 175-194.

Questa è una delle possibili schematizzazioni della formulazione normativa del principio di non discriminazione.

Il diritto europeo prevede in diversi documenti normativi di legislazione secondaria una definizione di discriminazione diretta in ragione della razza ed origine etnica¹⁵; dell'età, disabilità, religione, convinzioni personali, orientamento sessuale (limitatamente all'ambito lavorativo)¹⁶; della disabilità in ambito extralavorativo¹⁷; del genere (nell'accesso ai beni e servizi), che può essere ricondotta alla 1): 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»¹⁸. Dunque il diritto europeo, come anche la norma di diritto internazionale sopra esaminata (art. 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 (art. 3, Costituzione)¹⁹, ma è anche una norma imperativa di ordine pubblico, che pervade tutto l'ordinamento,

15. Dir. 2000/43/CE, 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* (art. 2, c. 1, lett. a).

16. Dir. 2000/78/CE, trasposta nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 *Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* (art. 2, c. 1, lett. a).

17. Art. 2, c. 2, l. 1 marzo 2006, n. 67 *Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*.

18. Si confrontino i seguenti articoli delle già citate direttive: direttiva dell'UE sull'uguaglianza razziale art. 2, c. 2; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, art. 2, c. 2, lett. a); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifiusione), art. 2, c. 1, lett. a); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, art. 2, lett. a).

19. Art. 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».

inclusa la disciplina dei rapporti tra privati²⁰. La parità di trattamento è inoltre un diritto fondamentale della persona umana. Norme antidiscriminatorie sono previste dalla disciplina giuslavorista. 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, art. 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 (art. 15), il divieto di trattamenti economici collettivi discriminatori dei dipendenti (all'art. 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 "t.u.i."). 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 previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti (art. 2, c. 1, t.u.i.), piena parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la P.A. e nell'accesso ai pubblici servizi (art. 2, c. 5, t.u.i.). In materia di diritti civili, inve-

20. Art. 1343 e 1418 del c.c. Per un approfondimento sul tema della proibizione della discriminazione nei rapporti tra privati si veda L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 2011; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Edizioni scientifiche, Napoli 2008; G. CARAPEZZA FIGLIA, Edizioni Scientifiche, Napoli 2013. Si veda anche M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Giuffrè, Milano 2007.

ce, 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 (art. 2, c. 2, t.u.i.). Infine, la parità di trattamento in ambito lavorativo rispetto ai lavoratori italiani è riconosciuta solo allo straniero con contratto di lavoro e regolarmente soggiornante (art. 2, c. 3, t.u.i.). 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 italiani.

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. (Art. 43, c. 1, t.u.i.)

Dunque, la discriminazione è un trattamento che comporta uno svantaggio (distinzione, esclusione, restrizione o preferenza) in relazione ad un certo ambito (godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali in... campo politico, economico, sociale e culturale, e in ogni altro settore della vita pubblica) in ragione di alcune 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, relativamente al soggetto discriminato.

La formulazione prescrittiva di questo principio può essere schematizzata così:

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

Questa è un'altra delle possibili schematizzazioni della formulazione normativa del principio di non discriminazione. Si noti che la definizione II) differisce rispetto alla definizione I) perché in II) manca l'individuazione esplicita di un termine di paragone, che invece è indicato nella I) ("gli uomini").

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, di pubblica autorità (il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità) che nell'esercizio delle sue funzioni compia oppure ometta atti che discriminano ingiustamente il destinatario di questi atti o omissioni solo in ragione del fatto di essere straniero, o di appartenere ad una determinata razza, etnia o nazionalità, religione (art. 43, c. 2, lett. a) t.u.i.). 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 nei confronti del soggetto 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 soggetto è alla sua autorità. È l'esercizio di questo potere che la legge vuole regolare stabilendo la responsabilità per gli atti discriminatori ed 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 privato²¹. 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 ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza » (art. 43 lettera e) t.u.i.). In questo senso, il divieto di discriminare opera specialmente come controllo e limite all'esercizio del potere, anche per evitare che da tale esercizio derivino lesioni per i gruppi protetti²².

La norma prevede anche che i privati possano discriminare in modo illecito, imponendo condizioni più svantaggiose o rifiutandosi di fornire beni e servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità (art. 43, c. 2, lett. b), t.u.i.); oppure imponendo illegittimamente condizioni più svantaggiose, o rifiutando di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione, ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità (art. 43, c. 2, lett. c), t.u.i.). 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

21. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., pp. 26–31. L'autore argomenta come l'esercizio di poteri privati come la posizione economica di dominio 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 ad esercitarli secondo i principi costituzionali interpretati secondo il principio personalista.

22. 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*, cit., pp. 399–425, 415.

straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità (art. 43, c. 3, lett. d) t.u.i.).

Sulla base di questa ricostruzione di alcune tra le definizioni normative della discriminazione, sembra possibile concludere che la nozione implica l'idea di svantaggio in collegamento con un fattore di protezione e rispetto ad un ambito. Ciò che non è chiaro è 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 ed un altro soggetto in una situazione simile o analoga, oppure no. Ciò si riflette nelle differenti rappresentazione 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 ad un gruppo con caratteristiche socialmente salienti (“group discrimination”)²³. La tesi opposta è sostenuta da John Gardner, secondo cui il concetto di discriminazione non sarebbe un concetto analiticamente, essenzialmente, comparativo²⁴. Sarebbe possibile cioè discriminare un individuo A, anche se non vi è un individuo B che riceve un trattamento diverso è più vantaggioso. L'argomento di Gardner si fonda sull'interpretazione della natura differente del trattamento riservato al soggetto destinatario dell'azione discriminatoria, come previsto dall'Equality Act 2010²⁵, 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

23. K. LIPPERT–RASMUSSEN, *Born Free and Equal. A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford University Press, Oxford 2014, p. 6.

24. J. GARDNER, *Discrimination – The Good, the Bad, and the Wrongful*, cit., 2018, p. 57.

25. L'Equality Act 2010 è la fonte principale del diritto antidiscriminatorio in Gran Bretagna. La previsione in discorso è prevista all'art. 13, c. 1.

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, ovvero *discrimination in favour of*. Ciò perché basterebbe effettuare l'analisi delle ragioni del soggetto discriminatore per individuare se si è davanti ad 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 ad un altro soggetto sulla base, ad esempio del colore della pelle. Gardner individua anche un elemento comparativo della discriminazione, che si apprezza nei casi di *discrimination between*, la discriminazione tra due soggetti. 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*²⁶. 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»²⁷. Dunque sono le ragioni che portano il soggetto a discriminare ad essere cruciali per la qualificazione del comportamento, non l'elemento comparativo.

Altre teorie vedono nella discriminazione un male che ha una valenza oggettiva²⁸, a prescindere dalle ragioni dell'agente che la pone in essere, cioè a prescindere che vi sia un'intenzione o una ragione discriminatoria²⁹. Anche chi sostiene questa seconda posizione la discriminazione non sarebbe un concetto essenzialmente comparativo.

26. J. GARDNER, *Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful*, cit., 2018, p. 57.

27. *Ibidem*.

28. Non in senso ontologico, ma nel senso di «a tutti riconoscibile in un determinato contesto», quindi secondo una definizione al massimo coerentista, non essenzialista, della discriminazione, sostenuta ad esempio da Deborah Hellman (*When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011).

29. «The 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., 2015, p. 150).

Altri 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, ingiusto, 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, ed una teoria comparativa per individuare regole, atti, politiche, prassi, azioni discriminatorie, a livello intermedio, di sistema (cioè il livello che sta in mezzo tra quello del fondamento e quello della pratica del diritto). Secondo questa posizione, nel rispondere alla domanda perché discriminare è sbagliato, sembra possibile ritenere che possa darsi una risposta non comparativa: ad esempio si potrà rispondere che è vietato discriminare perché ognuno ha eguale valore morale, e pertanto ha diritto alla titolarità ed al godimento di certi diritti, libertà, tra cui la parità di trattamento. Questa valutazione, è fatta in termini assoluti e non comparativi. Nel rispondere invece alla domanda quale trattamento sia discriminatorio nel concreto, bisognerebbe invece effettuare valutazioni comparative anche se soltanto 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, quello comparativo e quello non comparativo. Per cui 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 ad una caratteristica protetta (per la definizione delle caratteristiche protette si veda il paragrafo 1.3 in questo capitolo, dedicato alle caratteristiche protette o fattori di protezione). Il disvalore, la scorrettezza, la censurabilità dell'atto discriminatorio nel senso negativo consistono infatti nel dare rilievo ad una caratteristica che moralmente è inerte, cioè non dovrebbe attrarre alcuna valutazione negativa, ed invece l'atto discriminatorio è motivato ingiustamente dalla presenza di questa caratteristica.

Una considerazione di Alexander Larry è in proposito pertinente: «[a]ny moral difference between the two cases must derive from the variation in the relevant moral factor and because moral equivalence between the two cases suggests that variation in the relevant factors is morally irrelevant»³⁰. Dunque, il divieto di discriminazione negativa è collegato in modo specifico ad un fattore di protezione, ed 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 ed a-specifica.

Un altro punto controverso è se la discriminazione implichi l'idea di svantaggio o quella di danno, se lo svantaggio si debba rilevare necessariamente *per relationem* o in termini assoluti, e se abbia una soglia minima di quantificazione. Mentre alcune tesi si basano sul danno e sono dette consequenzialiste³¹, in generale si ritiene che non sia necessario che includere il danno come parte della definizione 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 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". Lo svantaggio non sarebbe assoluto, ma da determinare in relazione al trattamento più favorevole che viene attribuito ad un altro gruppo. Dunque affermano che semanticamente la discriminazione negativa implica un certo svantaggio relativo³².

In merito alla quantificazione dello svantaggio, basandosi sul tenore letterale delle norme che individuano nella discriminazione un

30. A. LARRY *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*, «University of Pennsylvania Law Review», vol. CXXI, 1992, pp. 149–218, 149.

31. K. LIPPERT–RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Enquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014.

32. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, pp. 117–139.

“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 protetta³³.

In conclusione, è possibile sintetizzare così i risultati dell’indagine finora svolta: la discriminazione è un comportamento che implica uno svantaggio relativo per un soggetto in ragione di una caratteristica o tratto che accomuna questo soggetto ad un gruppo relativamente ad un certo ambito. A questa definizione manca la specificazione di quali caratteristiche o tratti rilevino e perché, per cui si rinvia al paragrafo sulle caratteristiche protette all’interno di questo capitolo. La discriminazione proibita dal diritto rispetta i limiti semantici qui indicati, tuttavia, come nota Khaitan, in certi casi non è chiaramente evidente³⁴.

1.2. 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 moralizzato³⁵, e quello giuridico³⁶. In senso descrittivo, è discriminazione un comportamento che produca una distinzione, una differenza di trattamento nei confronti un soggetto. 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’azio-

33. Si veda in proposito la recente pronuncia della Corte di Giustizia dell’Unione europea nel caso *Chez Razpredelenie Bulgaria AD contro Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, sent. 16 luglio 2015, par. 98-102.

34. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, p. 6.

35. A. ALTMAN, *Discrimination*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015, disponibile qui: <https://plato.stanford.edu/entries/discrimination/>; D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit. 2011; K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Enquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, pp. 24-26.

36. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011.

ne, un'omissione, ecc...); il soggetto agente può essere pubblico o privato; la caratteristica personale può accomunare o meno ad un gruppo ed il trattamento può essere favorevole o sfavorevole. In questo senso, la discriminazione non acquista necessariamente valenza positiva né negativa, perché fa riferimento solamente ad 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 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 cognome³⁷ non sembra, almeno non apparentemente, avere la stessa rilevanza della divisione degli studenti in cattedre diverse sulla base del colore della pelle, dell'origine, della nazionalità, dell'etnia e 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, intuitivamente, ci sembra 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 differenziale non è completa. È necessario aggiungere un dato, cioè che il trattamento differenziale e svantaggioso è collegato o collegabi-

37. L'esempio dell'iniziale della lettera del cognome è utilizzato da Hellman ma in modo diverso. *Ibidem*.

le, in modo diretto o indiretto, ad una caratteristica protetta. Non soltanto di trattamento differenziale si tratta, dunque, ma di trattamento differenziale di segno e valenza negativi, che sono ingiustamente inflitti ad un soggetto, e che esigono 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, tautologico³⁸. Inoltre, l'indicazione di qualcosa come discriminazione comporta un giudizio di natura morale. Nel senso moralizzato la discriminazione è da evitare a qualsiasi costo.

Il terzo senso in cui si parla della discriminazione, il senso giuridico, differisce in molti aspetti significativi sia dal discorso comune sia dal discorso morale. 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 generico, 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 coincidenti³⁹. Sarà necessario dunque stabilire quando la distinzione o il trattamento diverso necessitano di una

38. «[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, 805).

39. D. HELLMAN, *When Is Discrimination Wrong?*, cit., 2008, p. 5. Si veda anche P. SHIN, *Is There a Unitary Concept of Discrimination?* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, p. 165.

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”⁴⁰. L’esempio paradigmatico⁴¹ è il caso in cui un/a candidato/a venga selezionato in un concorso universitario perché parente della moglie di un importante professore e la scelta vada a svantaggio di un/a altro/a candidato/a maggiormente qualificato per il posto. In questo caso un soggetto è trattato in modo diverso e svantaggioso per una ragione moralmente riprovevole, ma non si tratta di un caso di discriminazione nel senso rilevante del termine, bensì di un caso di nepotismo. Allo stesso modo sarà riprovevole moralmente scegliere un/a candidato/a per un posto di ricercatore universitario perché legato/a ai commissari da legami di amicizia di lunga data, o per ragioni politiche invece che per meriti accademici, ad esempio per i vantaggi che la forza politica del/ della candidato/a può fare avere al dipartimento universitario in termini di notorietà e di finanziamenti, e preferirlo/a ad 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 ad un certo morale (ad esempio la corruzione), ma non di discriminazione.

Nelle pagine che seguono, in particolare nel terzo capitolo, si proverà a ricostruire le teorie che definiscono la discriminazione come un’ingiustizia, specificando di che tipo di male si tratti dal punto di vista morale. Inoltre, si discuterà di quali tipi e forme di discriminazione il diritto deve proibire, ragionando sul modo in cui il diritto re-

40. K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, pp. 22–24.

41. L’esempio del nepotismo è usato da B. BARRY, *Why Social Justice Matters*, Polity Press, Cambridge (UK) 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? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, p. 23.

troagisce sulle nostre convinzioni morali, ma anche evidenziando il potenziale critico delle teorie morali nei confronti della definizione giuridica di discriminazione.

La questione se la discriminazione sia sempre individuale è stata posta in letteratura. In senso descrittivo si può discriminare un gruppo riservando ai componenti di quel gruppo un trattamento diverso o, allo stesso modo, un individuo. In senso prescrittivo ed in senso moralizzato, invece, la discriminazione sembra avere sempre un impatto sull'individuo, prima che sul gruppo, in quanto la discriminazione pone in essere un'ingiustizia o uno svantaggio individuale, *per*, o *a causa* dell'appartenenza dell'individuo ad un gruppo avente una certa caratteristica o tratto in comune (che si riverbera o può riverberarsi sul trattamento di quel gruppo accomunato da quella stessa caratteristica o tratto). Ma quali caratteristiche o tratti sono rilevanti per individuare il comportamento discriminatorio?

1.3. Le caratteristiche protette o fattori di protezione

Come si è già detto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴² 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 ad 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.⁴³

42. 2000/C 364/01. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fatta a Nizza il 7 dicembre 2000 ed entrata in vigore il 12 dicembre 2007.

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

Come si è visto, simili disposizioni si ritrovano nei testi costituzionali degli Stati⁴⁴, nelle fonti normative che vietano la discriminazione a livello interno, sovranazionale e internazionale. I termini contenuti nella lista sono denominati dal diritto antidiscriminatorio “fattori di protezione” o “caratteristiche protette” e queste due denominazioni saranno utilizzate alternativamente nel prosieguo. Si è scelto di prendere in considerazione questa fonte 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 non esclude che si aggiungano nuovi termini all’elenco esplicitamente compilato⁴⁵. La ragione è che progressivamente emergono nuove condizioni sociali, economiche e politiche 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 solo di recente. 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 penali⁴⁶.

Ma perché le norme antidiscriminatorie prevedono il divieto di discriminare sulla base di certi caratteri, fattori, tratti, e non altri?

44. Tra cui l’art. 3 della Costituzione della Repubblica Italiana.

45. Sul carattere aperto dell’art. 21 si veda N. PARISI, G. URSO, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione nell’ordinamento dell’Unione europea*, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa (www.europeanrights.eu), n. 24, 2011; M. BARBERA, *Il principio di uguaglianza nel sistema “multilivello”*, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa (www.europeanrights.eu), n. 27, 2011; L. CURCIO, *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione*, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa (www.europeanrights.eu), n. 24, 2011; S. ROSSI, *Law in action: diritto antidiscriminatorio e politiche locali*, «Responsabilità civile e previdenza», vol. XII, n. 2, 2010, pp. 2541–2660.

46. J. FISHKIN, *Bottlenecks: A New Theory of Equal Opportunity*, Oxford University Press, Oxford 2014, pp. 231–235.

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 gruppi sociali che dovrebbero essere protetti dalla «equal protection clause». Nella sua visione, un gruppo sociale è un'entità:

- a) indipendente dai suoi membri; e
- b) interdipendente, nel senso che l'identità ed il benessere dei membri del gruppo e l'identità ed 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»⁴⁷. Questa definizione è stata elaborata in riferimento ad un contesto specifico, quello della società statunitense, e ad 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, delle donne, o dei gruppi etnici e nazionali.

Un buon punto di partenza per individuare cosa siano le «caratteristiche protette» è la definizione di Kasper Lippert-Rasmussen di «gruppo con caratteristiche socialmente salienti»: «A group is social-

47. O.M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, «Philosophy and Public Affairs», vol. V, 1976, pp. 107-177, 148.

ly salient if perceived membership of it is important to the structure of social interaction across a wide range of social contexts»⁴⁸.

Una caratteristica socialmente saliente è un aspetto dell'individuo che lo accomuna ad 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 in 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)»⁴⁹. In questo senso, saranno certamente caratteristiche socialmente salienti il colore della pelle, o la religione, oppure le opinioni politiche, perché sono idonee a riverberarsi su diversi aspetti della vita di una persona: sulle sue scelte lavorative, associative, e sul modo in cui gli altri la rappresentano e la trattano in relazione ad una specifica caratteristica nei diversi ambiti in cui si svolge la vita umana in società (associativo, politico, lavorativo, istituzionale, ecc... dando a questi termini una valenza ampia). Secondo la definizione di Lippert-Rasmussen, non costituirebbero, invece, caratteristiche socialmente salienti, ad esempio, l'essere mancino, vegano, animalista, o scettico rispetto al riscaldamento globale, le preferenze, i gusti, le credenze, le posizioni o le caratteristiche personali, 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 della vita sociale in cui si esplica. La protezione del diritto antidiscriminatorio è attribuita al gruppo degli individui che posseggono caratteristiche

48. K. LIPPERT-RASMUSSEN, *The Badness of Discrimination*, «Ethical Theory and Moral Practice», vol. IX, 2006, pp. 167-185, 169; K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry Into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, p. 30. Cfr. H.E. BABER, *Gender Conscious*, «Journal of Applied Philosophy», vol. XVIII, n. 1, 2001, pp. 53-63; R. WASSERSTROM, *Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics*, «University of California Law Review», vol. XXIV, 1977, pp. 581-615, 590.

49. K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry Into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, p. 30 (T.d.A.).

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 qualificata come 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 svantaggioso⁵⁰. 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, per configurare la discriminazione non importa se il gestore di un bar chiede un ragazzo di colore di uscire dal suo locale, credendo *erroneamente* che si tratti di un mendicante che avrebbe potuto importunare gli avventori. Il dato sufficiente è che il gestore abbia creduto che il ragazzo di colore fosse un mendicante e si trovasse nel locale per chiedere l'elemosina⁵¹.

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 può accordare un trattamento diverso, anche in senso favorevole, a gruppi con caratteristiche 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 antidiscrimina-

50. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011, pp. 14-15.

51. Il fatto è accaduto realmente, e sarebbe interessante discutere questo caso alla luce della teoria della discriminazione intersezionale. Lo stato mentale discriminatorio del gestore, in questo caso paradigmatico, non è soltanto dovuto alla credenza erronea che il ragazzo sia un mendicante, ponendo in essere quindi un'azione discriminatoria sulla base del censo, ma anche all'associazione dovuta ad un pregiudizio e ad uno stereotipo tra "persona di colore" e "mendicante".

torio. In particolare, si possono individuare quattro tesi principali⁵²: la tesi della posizione di subalternità o soggiogamento⁵³; la tesi della divisione in caste⁵⁴; la tesi della degradazione⁵⁵; la tesi dello svantaggio relativo⁵⁶.

La prima tesi, o tesi della posizione di subalternità o soggiogamento, sostiene che le caratteristiche socialmente salienti individuino 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 cioè 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'accesso 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, ecc... Dunque, è compito del diritto antidiscriminatorio quello di tutelare i membri appartenenti ai gruppi prevedendo divieti di esclusione o di trattamento differenziale peggiorativo ri-

52. La classificazione delle prime tre teorie è ispirata alla ricostruzione in D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011, pp. 13-33.

53. J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, «Law and Philosophy», vol. I, n. 3, 1982, pp. 481-487. «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 discrimination in question» (J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1980, p. 136).

54. O.M. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause*, cit., 1976, pp. 107-177.

55. D. HELLMAN, *Why is Discrimination Wrong?*, cit., 2011.

56. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015.

spetto 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 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 questa tesi, la Corte suprema, nell'interpretare l'"equal protection clause" deve assumere il ruolo di garanzia, di arbitro tra i gruppi, per 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, sostiene che le caratteristiche socialmente salienti sono tratti storicamente e culturalmente pregnanti che accomunano un individuo ad 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 ragione della protezione fornita dal diritto antidiscriminatorio sta nel fine di modificare la posizione socio-economica e politica di gruppi svantaggiati, smantellando 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;
- 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 »⁵⁷.

57. O.M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, cit., 1976, pp. 107-177, 151.

La terza tesi, la tesi della degradazione, invece, qualifica le caratteristiche 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, ed 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 ad un gruppo individuato dalla caratteristica saliente in modo svantaggioso deve essere vietato quando la classificazione, la pratica o la regola pregiudizievole 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 ad una classe. Questa persona, a motivo di quella caratteristica, è trattata come moralmente inferiore rispetto agli altri esseri umani che non condividono quella caratteristica saliente.

La quarta tesi, la tesi dello svantaggio relativo, individua le caratteristiche protette sulla base della posizione relativa dei gruppi nella società. Secondo questa tesi, la caratteristica protetta deve essere idonea ad 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 storia di maltrattamenti, ma che tra due gruppi sia ravvisabile un dislivello, dunque che uno sia in posizione svantaggiata rispetto all'altro a causa della caratteristica in questione. Il diritto antidiscriminatorio, 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 (ma questo punto non verrà discusso in questa sede, per cui si rinvia alla trattazione della giustificazione del diritto antidiscriminatorio nel terzo capitolo). Il diritto antidiscriminatorio proteggerebbe cioè da un male specifico che è la posizione di svantaggio relativo.

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. Per questi mali i rimedi sarebbero approntati da altri settori del diritto come la previdenza e assistenza sociale ed altre forme assistenziali dello Stato sociale. Secondo i sostenitori di questa quarta tesi, lo svantaggio relativo è uno svantaggio di tipo politico, socio-culturale, o materiale. Un punto importante che merita attenzione è che, correttamente, questa tesi ritiene che lo svantaggio relativo di cui soffrono i gruppi discriminati non abbia la stessa intensità per ogni individuo appartenente al gruppo, nonostante il fatto che interessi tutti i membri del gruppo⁵⁸. Ad esempio, l'essere donna svantaggia di meno una ricca donna bianca che possiede la cittadinanza dello Stato in cui risiede rispetto ad una donna straniera che non è titolare del diritto di residenza in quello stesso Stato⁵⁹.

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 la discriminazione ingiusta quando il soggetto discriminato era stato trattato in modo svantaggioso

58. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, pp. 51-56.

59. «Relative group disadvantage affects all members of protected groups, but it does so in various degrees». T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, pp. 128-129.

sulla base di un tratto immutabile⁶⁰. L'argomentazione 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 teorici⁶¹. 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 esserlo⁶². 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 pelle⁶³. Tra l'altro, alcuni dei fattori o tratti previsti dalla legislazione antidiscriminatoria come caratteristiche protette, non sono, per definizione, immutabili. Infatti, è stato sottolineato che, ad un livello più profondo, il diritto antidiscriminatorio protegge anche certe scelte, ad esempio vietando che si possa discriminare sulla base della religione o dell'opinione politica, caratteristiche che senza dubbio possono essere modificate. Dunque questa tesi delle caratteristiche o tratti immutabili non sarebbe adatta a fornire una spiegazione sufficiente delle caratteristiche attuali del diritto antidiscriminatorio. Dunque 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

60. 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"*, «Yale Law Journal», vol. CVIII, 1998, pp. 485-515, 530-536.

61. R.D. KAHLLENBERG, *The Remedy. Class, Race, and Affirmative Action*, Basic Books, New York 1996.

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

63. *Ibidem*.

positivamente⁶⁴. Questo spiega l'evoluzione giurisprudenziale ed il progressivo allargamento delle liste dei fattori o delle caratteristiche protette, che da un nucleo originario minimo (razza, colore della pelle, censo, origine, sesso) si è esteso fino a ricomprendere tratti come l'orientamento sessuale, l'identità di genere, la disabilità, lo status di disoccupato. 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 ad 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.

1.4. La protezione dei gruppi e degli individui

Alla luce di quanto finora discusso, sembra opportuno domandarsi se il diritto antidiscriminatorio abbia la funzione di 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, e 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]nti-discrimination laws generally operate by prohibiting discrimination on the basis of certain criteria, which

64. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, pp. 58-60.

in turn identify or delineate the groups that are protected by law »⁶⁵. 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»⁶⁶. 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 cui le donne o gli ebrei spingevano per l'applicazione rigorosa di criteri standardizzati e "oggettivi" rispetto ai neri che si battevano per criteri che tenessero in conto maggiormente le circostanze "soggettive" cioè la situazione specifica di ogni candidato, il suo bagaglio educativo-culturale, ecc...

In realtà, a ben vedere, il diritto antidiscriminatorio offre, nella 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 protetta⁶⁷. 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 determinato nel gruppo degli uomini. Tuttavia, il gruppo relativamente svantaggiato riceve dal diritto una protezione maggiore, ed in questo consiste l'asimmetria della protezione. L'asimmetria della protezione da parte del diritto, evidenzia la differenza tra "trattamento differenziale" o "trattamen-

65. O.M. FISS, *The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after "Brown v. Board of Education"*, ristampa da «The University of Chicago Law Review», vol. XLI, 1974, pp. 742-773, 749.

66. Ivi, p. 752.

67. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, pp. 61-62.

to 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 relativo⁶⁸.

L’asimmetria della protezione è inoltre una caratteristica degli strumenti processuali nei casi di discriminazione, e l’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 agente 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 mera plausibilità dell’esistenza della discriminazione ed innescato il meccanismo procedurale dell’inversione dell’onere della prova, il convenuto dovrà provare con prove gravi, precise e concordanti che non sussiste discriminazione secondo criterio ordinario della probabilità, ben più rigoroso della mera plausibilità.

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, e solo di riflesso si riverbera sul trattamento del gruppo. 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

68. K. LIPPERT–RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, p. 21.

segnatamente gli individui che ne fanno parte. Ciò perché chi viene discriminato subisce sempre un'ingiustizia individuale che consiste nell'essere trattato da inferiore e sminuito, denigrato, umiliato, oppure nella restrizione ingiusta della sua libertà di scelta tra opportunità dotate di valore.

Un argomento a sostegno di questa tesi è il fatto che il soggetto 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 il diritto a non essere discriminati, è un diritto fondamentale di rango internazionale e comunitario. In quanto diritto soggettivo perfetto, la tutela in giudizio nell'ordinamento italiano è affidata al giudice civile⁶⁹, anche quando il contenzioso si instaura con le P.A.⁷⁰. L'azione antidiscriminazione assume dunque rilevanza nella difesa degli interessi e diritti degli individui e dei gruppi dai poteri pubblici.

La definizione del diritto antidiscriminatorio come una protezione offerta primariamente ai gruppi o all'individuo dipende strettamente dalla giustificazione o fondamento morale che si ritiene che questa branca del diritto abbia. Di questo ci si occuperà più approfonditamente nel terzo capitolo. Sembra però possibile sostenere, sulla base del modo specifico in cui sono strutturate le garanzie offerte dal diritto antidiscriminatorio, che predispone azioni per la

69. Art. 44, d.lgs. 286/1998, Testo Unico Immigrazione, ora art. 28, d.lgs. 150/2011; art. 37 e 38, d.lgs. 198/2006, Codice Pari Opportunità; art. 28, l. 300/1970 Statuto dei Lavoratori.

70. La competenza del giudice amministrativo in materia di diritti soggettivi è limitata agli ambiti di giurisdizione amministrativa esclusiva. Cass., s.u., n. 25011, sent. 25 novembre 2014, cit. in 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*, cit., pp. 399-425, 414-416.

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 che possiedono tratti o caratteristiche protette in virtù delle quali sono accomunati a certi gruppi.

La protezione dei gruppi e degli individui che appartengono 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 vietare la discriminazione, un dovere che impone obblighi ai funzionari della P.A. (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 nazionale, in cui rientrano ad esempio, la riduzione delle barriere architettoniche per i disabili, la predisposizione dei servizi e delle infrastrutture di cui hanno bisogno⁷¹.

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 misura⁷². 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 contrattuali. 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 oneri e obblighi discendenti dal principio della parità di trattamento sarebbe troppo gravosa per gli imprenditori privati, sicché in questo ambito dovrebbe prevalere la libertà di ini-

71. S. MOREAU, *What is Discrimination?*, «Philosophy and Public Affairs», vol. XXXVIII, 2010, pp. 43-179, 144.

72. J. GARDNER, *Liberals and Unlawful Discrimination*, «Oxford Journal of Legal Studies», vol. IX, 1989, pp. 1-22.

ziativa economica 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 diretta operino anche in questo settore, sicché il contrasto tra la libertà dei soggetti di discriminare nella vita privata ed il diritto alla parità di trattamento è stato di principio risolto a favore del secondo anche al di fuori degli ambiti privati a rilevanza pubblica⁷³. Dunque, il dibattito riguarda, attualmente, soltanto l'estensione ed i limiti del diritto antidiscriminatorio nella sfera privata, perché è ormai pacifico il principio della parità di trattamento regoli anche i rapporti tra i privati. Come si è 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 ed accessibili a tutti.

Sono inoltre previsti degli obblighi specifici trasversali, sia verticali che orizzontali chiamati "special accommodation requirements" o di "accomodamento ragionevole". 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 P.A., gli imprenditori, o 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, o affette da altri tipi di disabilità, ovvero appartenenti ad una certa religione, come ad esempio un luogo riservato dove prestare il culto comandato dalla religione del lavoratore o della lavoratrice, in modo compatibile con gli orari e le mansioni di lavoro. La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità prevede che il rifiuto di accomodamento

73. Per una buona disamina del principio di non discriminazione nella sfera privatistica si veda L. STIZIA, *Pari Dignità e Discriminazione*, cit., 2011.

ragionevole, inteso come «le modifiche e gli adattamenti necessari ed 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» (art. 2) costituisca una discriminazione in base alla disabilità ed in quanto tale vada 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 (art. 14), in ambito di istruzione obbligatoria, istruzione post-secondaria generale, formazione professionale, e di istruzione per adulti e alla formazione continua lungo tutto l'arco della vita (art. 24, c. 2, lett. c) e c. 5). Anche in relazione all'accomodamento ragionevole 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 art. 1343 e 1418 del c.c. prevedono la nullità insanabile del contratto con motivazione illecita. Ove l'accordo tra privati avesse un motivo discriminatorio sarebbe contrario a norme imperative che prevedono la protezione dalla discriminazione, rendendo il contratto avente ad 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 nullità dell'intero contratto ove tali clausole fossero essenziali. Il divieto di discriminazione è dunque pervasivo, ed informa anche la disciplina dei rapporti tra privati, operando come limite alla libertà contrattuale.

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

1.5. 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 (“first order discrimination”), prevedendo per loro dei vantaggi rispetto al gruppo omologo (“reverse discrimination”⁷⁴ o “discriminazione alla rovescia” in senso neutro) che permettano la partecipazione o l’accesso in programmi o posizioni ristrette o limitate⁷⁵. 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 una particolare minoranza a programmi educativi, di formazione o istruzione, ovvero a posizioni di lavoro, in relazione a quelle del gruppo omologo (maschi bianchi, ecc.). Tali misure si giustificano in termini di giustizia correttiva, 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]»⁷⁶.

74. Cfr. J. NICKEL, *Discrimination and Morally Relevant Characteristics* in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, Routledge, Abingdon 2002, pp. 3–5.

75. Questa ampia definizione tiene conto del modo in cui diversi autori hanno definite le misure positive o “affirmative actions”. Cfr. R.K. FULLINWIDER, *The Reverse Discrimination Controversy: A Moral and Legal Analysis*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham (MD) 1980, p. 159; K. GREENAWALT, *Discrimination and Reverse Discrimination*, Alfred A. Knopf, Inc., New York 1983, p. 17; M. ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven–London 1991, pp. 42–48.

76. Si confrontino gli articoli delle già citate direttive: direttiva sull’uguaglianza razziale, art. 5; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, art. 7; direttiva

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.⁷⁷

I detrattori di questo istituto⁷⁸ hanno avanzato diverse obiezioni. Al di là delle considerazioni espresse nel contesto dell'ampio dibattito politico nordamericano ed europeo sull'azione positiva⁷⁹ — che non può essere ricostruito in questa sede — vi sono alcune obiezioni che

sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, art. 6; e, con una formulazione leggermente diversa, direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), art. 3.

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

78. Libertari soprattutto. Si rinvia alla discussione in M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene Comune*, Feltrinelli, Milano 2013, pp. 187–206.

79. 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; discussi in M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene Comune*, cit., 2013, p. 190; si veda S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., 1995; J.H. ELY, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, «U. Chi. L. Rev.», vol. XLI, n. 4, 1974, p. 723; K. GREENAWALT, *Judicial Scrutiny of "Benign" Racial Preference in Law School Admissions*, «Columbia Law Review», vol. LXXV, n. 3, 1975, pp. 559–602; J. KAPLAN, *Equal Justice in an Unequal World: Equality for the Negro*, «Nw. U. L. Rev.», vol. LXI, 1966, p. 363; K.L. KARST, W.H. HAROLD, *Affirmative Action and Equal Protection*, «Virginia Law Review», vol. LX, n. 6, 1974, pp. 955–974.; R.M. O'NEIL, *Racial Preference and Higher Education: The Larger Context*, «Virginia Law Review», vol. LX, n. 6, 1974, pp. 925–954; R.A. POSNER, *The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities*, «The Supreme Court Review», vol. IX, 1974, pp. 1–32; M.H. REDISH, *Preferential Law School Admissions and the Equal Protection Clause: An Analysis of the Competing Arguments*, «UCLA L. Rev.», vol. XXII, n. 2, 1974; T. SANDALOW, *Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role*, «U. Chi. L. Rev.», vol. XLII, 1975, pp. 653–703; R.A. SEDLER, *Racial Preference, Reality and the Constitution: "Bakke v. Regents of the University of California"*, «Santa Clara L.Rev.», vol. XVII, 1977, pp. 329–384; A. SEEBURGER, *Heuristic Argument Against Preferential Admissions*, «U. Pitt. L. Rev.», vol. XXXIX, 1977, p. 285.

riguardano la natura e il fine del diritto antidiscriminatorio, e che sono dunque pertinenti al tema di questo lavoro. Tra queste, l'istituzione di una "discriminazione alla rovescia" in senso negativo (o "reverse discrimination" in senso negativo), la giustificazione sulla base di una caratteristica moralmente irrilevante e l'arbitrarietà delle azioni positive⁸⁰.

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 nel famoso caso *The Regents of the University of California v. Allan Bakke*. Bakke si doleva di essere stato discriminato in quanto "maschio" ed in quanto "bianco", relativamente all'accesso all'università, per via della previsione di quote riservate a favore delle minoranze. Ronald Dworkin difende le "affirmative actions" nel suo commento alla decisione della Corte suprema nel caso in discorso. All'obiezione che le azioni positive realizzerebbero delle "discriminazioni alla rovescia" a detrimento di un certo gruppo, ad esempio 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 discriminatorio. In quel contesto, i bianchi non possono affermare di avere subito una discriminazione a motivo della "razza", perché la razza bianca non è oggetto di pregiudizio e disprezzo⁸¹.

La seconda obiezione si basa sulla presunta arbitrarietà delle azioni positive e sostiene che queste non vadano permesse perché

80. 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. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., 1995, pp. 293-304.

81. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011, p. 80.

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 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 protetta⁸². In risposta a questa obiezione, Dworkin sostiene che le classificazioni in ragione di un fattore protetto che sono alla base delle azioni positive, miranti a aiutare coloro che hanno sofferto a causa di trattamenti discriminatori nel passato, non sarebbero moralmente equivalenti 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 basano⁸³. Secondo Dworkin, questa differenza è moralmente rilevante e, ove negata, riemergerebbe potentemente attraverso il nostro senso di giustizia⁸⁴.

L'ulteriore obiezione che i soggetti che nel passato hanno subito trattamenti svantaggiosi che hanno causato l'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 Sandel⁸⁵, ri-

82. Cfr. J.W. NICKEL, *Discrimination and Morally Relevant Characteristics* in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., 2002, pp. 3-5.

83. R. DWORKIN, *What did Bakke Really Decide?* in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., 2002, pp. 113-123, 123; R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford 1986, p. 310; si veda pure R. DWORKIN, *Why Bakke Has No Case*, «The New York Review of Books», vol. XXIV, 10 novembre 1977.

84. R. DWORKIN, *What did Bakke Really Decide?*, cit., 2002, p. 123.

85. O.M. FISS, *The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Secondo Decade after "Brown v. Board of Education"*, cit., 1976, p. 767.

prendendo un'argomentazione già elaborata da Owen Fiss⁸⁶. Sandel porta un altro argomento classico a favore delle azioni positive: la promozione della diversità in posizioni privilegiate, dirigenziali, sia nell'impiego pubblico, sia nelle libere professioni, sia nell'impiego privato, in quanto la diversità costituisce una ricchezza per le società democratiche⁸⁷.

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 regola, un criterio o una pratica che pongono in essere svantaggiano in modo sproporzionato un gruppo accomunato da un fattore di protezione rispetto al gruppo omologo (individuato a partire dal fattore di protezione), è stata sostenuta una somiglianza concettuale tra azioni positive e discriminazione indiretta⁸⁸. In particolare, il dovere di considerare ed effettuare un "accomodamento ragionevole" che sia proporzionato rispetto alle risorse ed agli obiettivi dell'impresa per evitare che una regola, un criterio o una pratica svantaggiano in misura sproporzionatamente maggiore un gruppo accomunato da una caratteristica protetta, è stato assimilato ad 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 discriminazione indiretta e azione positiva dipende dalla giustificazione morale che viene data a queste due forme di lotta alla discriminazione. Per una discussione più approfondita si rinvia al secondo e terzo capitolo.

Come già anticipato, il significato di discriminazione si è allargato dal primo e immediato significato, quello della discriminazione diretta, fino a ricomprendere le altre forme di discriminazione: indiretta, strutturale, istituzionale, multipla, per associazione, molestie e ordine di discriminare. La domanda se tutti questi fenomeni possano essere ricompresi sotto l'ombrello semantico della parola discrimi-

86. M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene Comune*, cit., 2013, pp. 191-192.

87. Ivi, pp. 192-194.

88. 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.

minazione 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.

Le forme della discriminazione

Le forme in cui si presenta la discriminazione disciplinata dal diritto sono diverse. Il catalogo si è allargato nel tempo man mano che l'interpretazione giuridiziale e l'osservazione dei fenomeni istituzionali e sociali hanno portato a riconoscere anche in processi, sistemi di regole, prassi, politiche, assetti delle istituzioni e delle organizzazioni 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 caratteristica protetta. 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 ed intensità e diversa rispetto a quando la persona discriminata possiede uno solo dei fattori di protezione. A partire da questa osservazione è stata elaborata la teoria della discriminazione multipla¹ nelle sue diverse declinazioni: discriminazione intersezionale e additiva.

Questo capitolo mira a definire, problematizzando, le diverse forme della discriminazione, al fine di rispondere alla domanda normativa di fondo se tutti questi fenomeni disparati e apparentemente

1. L. LEWIS, *Multiple Discrimination. A Guide to Law and Evidence*, London Law Centre, London 2010.

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 della 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, intersezionale e multipla, 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 di questi istituti. Nel prosieguo si utilizzerà il termine discriminazione nella sua accezione moralizzata, salvo diversa specificazione.

Senza dubbio, i divieti relativi alla discriminazione diretta e a quella indiretta sono norme che riguardano azioni o omissioni³ del soggetto (personale o impersonale) che pone in essere la discriminazione. Ma a quali fenomeni si riferiscono? Si possono ricondurre o no allo stesso principio o giustificazione normativi? La trattazione delle prossime pagine mira a rispondere prima di tutto a questi interrogativi.

2.1. 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.

I documenti legislativi definiscono la discriminazione diretta in diversi modi. Le direttive, fonti di legislazione secondaria del diritto dell'Unione europea, come si è visto, definiscono la discriminazione

2. P. SHIN, *Is There a Unitary Concept of Discrimination?* in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 163-181, 164-165.

3. E. HOLMES, *Anti-Discrimination Rights Without Equality*, cit., 2005, pp. 175-194.

diretta come la situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base ad un fattore di protezione di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga⁴. 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 o per l'attribuzione di un beneficio, o 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 privo di 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 significativa, basata su una caratteristica identificabile»⁵.

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 ad 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'esercen-

4. Art. 2(1) (a) della dir. 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (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”.

5. Corte EDU, sent. 16 marzo 2010, *Carson e a. c. Regno Unito* [GC] (n. 42184/05), par. 61. Cfr. anche Corte EDU, sent. 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), par. 175; Corte EDU, sent. 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito* [GC] (n. 13378/05), par. 60.

te 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 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 protetta⁶, 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, 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. 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 ad un caso di disci-

6. «Prohibition 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., 2010, pp. 143–179, 154.

minazione diretta. Ma se un trattamento sfavorevole venisse posto in essere da un soggetto mosso da un motivo discriminatorio legato ad uno dei fattori di protezione che però rimane nascosto e coesiste ad una ragione per l'azione non collegata al fattore di protezione? E se la relazione tra la 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 ad 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 inconsapevole in questi casi è minore rispetto a quando l'azione è esplicitamente diretta a svantaggiare qualcuno per una caratteristica protetta?

L'*animus discriminandi* (intento o 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 soggettivo di malizia o l'intenzione di discriminare. Secondo Khaitan «[i]t is the effect that matters, not the reason of the discriminator»⁷. Hellman pure sostiene che l'intenzione del 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 ad 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 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 svantag-

7. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, p. 150.

gioso 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 ad 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 ragioni di "incremento lavorativo" in quella sede, e da un successivo licenziamento per giusta causa motivato dall'assenza ingiustificata dalla nuova sede lavorativa, il trattamento può essere definito discriminatorio?⁸ In questo caso il trattamento svantaggioso riservato alla lavoratrice consiste nel trasferimento ad una sede diversa e lontana dalla sua città di residenza e nel licenziamento e non è esplicitamente legato ad un fattore di protezione, anzi sembra giustificato da specifiche esigenze dell'azienda, sicché si potrebbe escludere il carattere discriminatorio dell'atto. Così aveva ragionato la corte adita 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 istruttoria⁹. 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 ad impegnarsi alla quantificazione ed 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-or-

8. C. App. di Torino, sezione lavoro, sent. n. 218/2013.

9. *Ibidem*.

ganizzative che potessero giustificare il trasferimento. Tutti questi elementi portano la Corte a ritenere illegittimo il licenziamento della giovane lavoratrice « in quanto espressione di una discriminazione diretta volta ad 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, ed un suo corretto inquadramento sul piano dei principi giuridici »¹⁰. 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.¹¹

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 »¹².

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 "Reasons of the Discriminator Analysis" ("RDA"), che consiste nella valutazione ponderata di tutte le ragioni che hanno spinto il soggetto discriminatore ad agire, o ad astenersi dall'agire. La RDA permette di far emergere la presenza di motivi discriminatori anche non immediatamente presenti nemmeno nella coscienza dell'agente discriminatore.

10. *Ibidem*.

11. *Ibidem*.

12. *Ibidem*.

La dottrina ha dimostrato che si può argomentare che ci sia discriminazione diretta anche quando il soggetto discriminatore non è mosso da un intento di discriminare che sia chiaramente presente nella sua mente, e che la discriminazione diretta possa avvenire anche quando l'intenzione di discriminare agisce soltanto a livello inconscio¹³. In fondo, è proprio a livello subconscio che opera la maggior parte dei pregiudizi e stereotipi che provocano nell'agente l'accettazione inconscia della possibilità o normalità di un trattamento "di 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 ad 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.

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, della ragione per discriminare, né l'effettiva

13. P. SHIN, *Liability for Unconscious Discrimination? A Thought Experiment in the Theory of Employment Discrimination Law*, «Hastings Law Journal», vol. LXII, 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*, «Research in Organizational Behavior», vol. XXIX, 2009, pp. 39-69; K.B. PAYNE, C.D. CAMERON, *Divided Minds, Divided Morals* in B. GAWRONSKI, B.K. PAYNE (a cura di), *Handbook of Implicit Social Cognition*, Guilford Press, New York 2010, pp. 445-460.

presenza dell'intento discriminatorio nella mente del discriminatore, che potrebbe non avere affatto l'intenzione di discriminare con la sua condotta¹⁴, 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. Ad essere diretta, senza mediazioni, in altre parole, è la relazione o connessione tra il fattore di protezione e l'azione o l'omissione.

Sicché, è ormai criterio consolidato che la discriminazione diretta si configuri quando una previsione, un criterio o una pratica determinano un trattamento svantaggioso per il 100% delle persone aventi una specifica caratteristica protetta. Così l'Equality Act 2010 definisce discriminazione diretta nei confronti delle donne il trattamento svantaggioso a causa della gravidanza¹⁵. Allo stesso modo la Corte di Giustizia dell'Unione europea da tempo stabilito che il trattamento svantaggioso di una donna perché incinta costituisce discriminazione diretta in ragione del sesso, in quanto: «[u]n rifiuto di assumere per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta fondata sul sesso»¹⁶. 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

14. 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? Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, pp. 59-60).

15. Equality Act 2010, art. 17 (2): «A person (A) discriminates against a woman if A treats her unfavourably because of a pregnancy of hers».

16. *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker e Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, causa C-177/88, par. 12; Si veda anche Cass. n. 11166/17, sent. 8 maggio 2017.

si 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.¹⁷

Ciò vale anche quando una previsione, criterio o pratica apparentemente neutri svantaggiano il 100% delle persone aventi un tratto socialmente saliente¹⁸.

Il requisito della «unicità ed esclusività del motivo discriminatorio» non è necessario perché si configuri una discriminazione diretta, ma basta l'«oggettiva appartenenza ad un gruppo protetto», poiché si richiede non «che siano svantaggiati *tutti* gli appartenenti al gruppo protetto, essendo sufficiente che tutti gli svantaggiati appartengano a questo gruppo»¹⁹. Ad esempio, la mancata menzione sul sito istituzionale del Comune della categoria 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"²⁰, 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

17. Elisabeth Johanna Pacifica Dekker e Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassen (VJV-Centrum) Plus, causa C-177/88, par. 12.

18. Così Cass. 11166/2017, sent. 8 maggio 2017.

19. 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*, cit., 2018, pp. 409-410.

20. A seguito di un monitoraggio svolto nell'estate del 2015, 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 "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 ed i titolari di protezione sussidiaria sono per definizione. A seguito della richiesta di rettifica da parte della Clinica Legale dei diritti Umani dell'Università di Palermo, in collaborazione con l'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, i Comuni inadempienti hanno provveduto a rettificare l'informazione sul loro sito web.

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 alle scuole 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»²¹. 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 costituzionale del principio di ragionevolezza²². 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»²³. Il concetto viene ulteriormente precisato, stabilendo 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». 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». Chiedere soltanto ai cittadini di paesi terzi di presentare documenti aggiuntivi riguardanti lo stato patrimoniale non rispetta il principio di ragionevolezza, perchè 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 in modo da consentire ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione

21. 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.

22. C. cost., sent. n. 133 del 2013.

23. C. cost., sent. n. 107 del 2018.

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 P.A. 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 ad una legge chiaramente ed 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 ed il dovere di non obbedire al diritto quando è manifestamente e intollerabilmente contrario a principi morali, seppure notevolmente degno di attenzione, tuttavia esula da questa trattazione²⁴. Qui si vuole affrontare la questione, diversa e più specifica, se la l'osservanza di norme di legge possa impedire che si configuri la discriminazione diretta, nel caso in cui il soggetto o una P.A. ignori in buona fede che una certa legge viola il principio di parità di trattamento. In altre parole, è possibile «parlare di discriminazione [diretta] allorché il discriminatore si era limitato ad applicare una legge “momentaneamente vigente” perché non ancora dichiarata incostituzionale, o “vigente ma da disapplicare” per la sua contrarietà ad una norma di diritto dell'Unione»?²⁵ La questione è se l'affidamento incolpevole alla legge possa escludere la discriminazione diretta poiché manca l'intenzione di trattare qualcuno in modo svantaggioso in relazione ad un fattore di protezione.

24. 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. Secondo questo argomento, un sistema giuridico che prevedesse la discriminazione su larga scala, 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 A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto. La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, ETS, Pisa 2010.

25. 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*, cit., 2018, pp. 403-410.

Se l'azione è imposta alla P.A. 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?²⁶ Secondo i giudici 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 italiani del servizio civile nazionale, ritenendo che anche i non cittadini potessero partecipare alle selezioni²⁷. Le Sezioni Unite della Cassazione, nel decidere la questione, hanno ribadito che, ove la P.A. 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'art. 44 t.u.i. (ovvero art. 28 d.lgs. n. 150/11), perché l'esclusione è ingiusta ed illegittima²⁸. Dunque, «può aversi “discriminazione” anche nel comportamento di chi, privato o P.A., si attenga in totale buona fede ad una disposizione di legge vigente, ma questa si riveli poi contraria ad un precetto paritario di rango superiore»²⁹. In questi casi si può agire in giudizio con l'azione civile contro la discriminazione, uno strumento per controllare l'azione dei pubblici poteri³⁰.

26. Cfr. l'argomentazione del Tribunale di Torino, 17 luglio 2017 citata da 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*, cit., 2018, pp. 404-405.

27. C. cost., sent. n. 119/2015.

28. C. sup. cass., s.u., n. 7951, sent. 20 aprile 2016.

29. 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*, cit., 2018, p. 403.

30. Ivi, pp. 409, 411.

2.2. 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 1971³¹. La fabbrica Duke Power aveva previsto il possesso del diploma ed 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 '50³² era nato un vivace dibattito — di cui ancora si rivisitano gli argomenti³³ — 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

31. *Griggs v. Duke Power*, 401 U.S. 424 (1974).

32. In seguito alla sent. *Brown vs Board of Education* 1954 di cui si discuterà approfonditamente nel capitolo successivo.

33. A.R. EPSTEIN, *Forbidden Grounds. The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1992.

“private discrimination is wrong”³⁴. In relazione all’impiego privato, la legge aveva lo scopo di raggiungere l’eguaglianza di opportunità nell’impiego e 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 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 proibite 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 ad esclusione dei neri è legata alla performance lavorativa, tale pratica, dice la Corte, è proibita³⁵.

Nel caso 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 il 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:

34. 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., 1976, p. 747.

35. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 430 (1971).

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 which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited.³⁶

Secondo la Corte, il trattamento apparentemente o formalmente neutro della compagnia *Duke Power*, a ben vedere ha una grossa pecca, perchè 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 ad 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 tenuto sufficientemente in conto della specificità dei casi. Applicando a casi diversi sotto certi aspetti moralmente rilevanti 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 elaborando la 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

36. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 431 (1971).

svantaggia in modo sproporzionato un gruppo rispetto ad 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 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. Un ampliamento 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 disposizione, 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.³⁷

L'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,

37. Confronta i seguenti articoli delle già citate direttive: direttiva sull'eguaglianza razziale art. 2, c. 2, lett. b); direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, art. 2, c. 2, lett. b); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), art. 2, c. 1, lett. b); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, art. 2, lett. b).

- 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»³⁸.

Il t.u.i. definisce invece la discriminazione indiretta come «ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa» (art. 43 t.u.i.).

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 disposizione, un criterio, o una prassi (un atto, un patto o 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 ad 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 genere³⁹ o

38. Corte EDU, sent. 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), par. 184; Corte EDU, sent. 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia* (n. 33401/02), par. 183. Corte EDU, sent. 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta* (n. 17209/02), par. 80.

39. Art. 2(1) (b) della dir. 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento

nazionalità, o qualsiasi altra caratteristica protetta, in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, (ovvero tratta in modo proporzionalmente svantaggioso ovvero ha un effetto proporzionalmente svantaggioso su un gruppo che possiede una caratteristica protetta), a meno che la disposizione, il criterio o la pratica siano oggettivamente giustificate da una finalità legittima ed 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 del gruppo di individui accomunati da questo tratto.

Un punto controverso è che nella discriminazione indiretta non è, per definizione, ravvisabile l'*animus discriminandi* che invece è una componente rilevante — 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. 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'intenzione?⁴⁰

tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) trasposta nell'ordinamento italiano attraverso il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, che modifica il d.lgs. n. 198/2006 detta anche "Codice delle Pari opportunità".

40. Denise Reaumé ricomprende la discriminazione indiretta nello stesso concetto di discriminazione attraverso la costruzione della responsabilità del discriminatore come "colpa". D. REAUMÉ, *Harm and Fault in Discrimination Law*, «Theoretical Inquiries in Law», vol. II, 2001, pp. 1-37.

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, per 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 privata⁴¹, ad esempio per gli imprenditori, tenuti a valutare preventivamente se un criterio, una prassi o una regola della loro azienda potrebbe avere un impatto svantaggioso su individui appartenenti a gruppi a cui sono accomunati da una specifica caratteristica protetta.

L’assenza dell’intenzione di discriminare qualcuno in ragione della sua appartenenza ad un gruppo avente una caratteristica saliente ha portato alcuni autori a sostenere che definire “discriminazione” il risultato o l’impatto di una classificazione, regola o pratica implica un errore concettuale, mescolando impropriamente discriminazione e oppressione. Invece, secondo Iris 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 opportunamente con il termine “oppressione”⁴². Secondo questa tesi, insomma, ci sono stati di cose sfortunati che sono e devono rimanere distinti dalla discriminazione che propriamente consiste solo nel trattamento svantaggioso 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

41. H. COLLINS, T. KHAITAN, *Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions* in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 2008, pp. 1-30, 9-10.

42. I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton 1990 (traduzione italiana a cura di A. BOTTINI, *Le politiche della differenza*, Feltrinelli, Milano 1996).

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 diretta⁴³. Il disaccordo sembra non essere di natura esclusivamente terminologica o stipulativa, ma riguardare invece il concetto stesso di discriminazione e la sua portata normativa.

A questo proposito 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 passato⁴⁴.

Altri critici⁴⁵ 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 fallimentare⁴⁶. 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 Selmi, ad esempio, si guarda alle diseguaglianze 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 oggettiva⁴⁷. In altre parole, la “disparate impact theory”,

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

44. K. LIPPERT–RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, p. 7.

45. M. SELMI, *Was the Disparate Impact Theory a Mistake?*, «UCLA Law Review», vol. LIII, 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*, cit., 2013, pp. 250–268.

46. M. SELMI, *Was the Disparate Impact Theory a Mistake?*, cit., 2006, p. 782.

47. Ivi, p. 782.

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 generato alcun cambiamento sociale sostanziale e non c'è ragione di pensare che l'estensione della teoria ad altri contesti avrebbe apportato riforme significative.⁴⁸

Michael Selmi dimostra 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 avere un impatto sui gruppi discriminati, mantenendo lo *status quo*. Secondo Selmi, invece che una nuova teoria della discriminazione sarebbe stato necessario un impegno politico per porre rimedio alle iniquità ed alle ingiustizie cagionate dalla storia delle discriminazioni. La teoria del diritto ha cercato di sopperire a questa lacuna nell'inerzia della politica, ma con scarsi risultati⁴⁹. Sul piano teorico, Selmi nota criticamente come la "disparate impact theory" che aveva inizialmente un fine di giustizia correttiva, cioè ovviare alle diseguaglianze create da una storia di ingiustizie nei confronti di certi gruppi, ha invece contribuito a creare 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 eguaglianza⁵⁰.

Al contrario, nella sua analisi del diritto antidiscriminatorio nell'attuale contesto del mercato neoliberale, Alexander Somek⁵¹,

48. Ivi, p. 705.

49. *Ibidem*.

50. M. SELMI, *Indirect Discrimination and the Antidiscrimination Mandate* in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 267–268.

51. A. SOMEK, *Engineering Equality: An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford Scholarship Online, 2011, pp. 93–111.

ravvisa nella redistribuzione il fine primario di questa branca del diritto, e argomenta che entrambe le categorie normative della discriminazione diretta ed indiretta siano coerenti con questo fine.

Secondo una teoria classica⁵², il diritto antidiscriminatorio può essere interpretato come processo oppure come risultato. Nel primo senso, esso mira alla purificazione del processo decisionale (degli individui, degli enti, e delle istituzioni dello Stato) impedendo di basare le decisioni su un fattore protetto, mentre nel secondo senso, ha come fine il raggiungimento di un risultato positivo per un gruppo svantaggiato in termini di miglioramento della posizione economica e sociale del gruppo protetto, raggiungimento della partecipazione sullo stesso piano degli altri gruppi nella società, ecc... La discriminazione diretta, secondo questa teoria, riguarda 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 ad etnie minoritarie nel sistema educativo, il divieto di discriminazione indiretta è uno strumento per forzarli a rispettare questi obblighi positivi⁵³. Questa tesi, per Suk, emerge chiaramente dal caso D.H. e altri contro Repubblica Ceca⁵⁴, 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 educativo⁵⁵. Sulla base del risultato dei test, i minori erano considerati o idonei al sistema ordinario, oppure segnalati per l’ingresso in scuole speciali istituite per alunni con disabilità intellettuali e difficoltà di appren-

52. O.M. FISS, *The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Secondo Decade after “Brown v. Board of Education”*, cit., 1974, pp. 742–773, 764–765.

53. J.C. SUK, *Anti-discrimination Law and the Duty to Integrate* in H. COLLINS, T. KHAI-TAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 2018, pp. 223–247.

54. Corte EDU, sent. 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), par. 79.

55. J.C. SUK, *Anti-discrimination Law and the Duty to Integrate* in H. COLLINS, T. KHAI-TAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 2018, pp. 223–247, 223.

dimento. 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 stabilito che questo fosse un caso di discriminazione indiretta. Molto probabilmente, anche la politica di separazione in scuole diverse di bambini più o meno capaci nell'apprendimento è una forma intollerabile di discriminazione diretta. Tuttavia, la Corte EDU si ferma alla constatazione che il criterio apparentemente neutro è in realtà una forma di discriminazione indiretta, e, in quanto tale, illegittima.

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 ad 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 ridistribuire l'accesso ad opportunità⁵⁶.

Un altro criterio per rendere conto della differenza tra discriminazione diretta ed 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 discriminazione indiretta un ruolo strumentale nella lotta alle forme strutturali di disegualianza, per il superamento degli ostacoli, anche quelli meno visibili, al raggiungimento della 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

56. McCrudden, *Institutional Discrimination*, «Oxford Journal of Legal Studies», vol. II, n. 4, 1982, pp. 303-367.

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 ad escludere qualcuno sulla base di una caratteristica protetta aggirare i divieti di trattamento svantaggioso adottando dei criteri neutrali che sarebbe estremamente difficile ricondurre 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 i divieti relativi a questa forma devono avere una giustificazione morale forte, mentre per giustificare la proibizione della discriminazione indiretta basterebbe dimostrare l'efficacia di questa misura nel contrastare nella pratica la discriminazione diretta ed eliminare i suoi effetti⁵⁷.

Secondo John Gardner, mentre la discriminazione diretta sarebbe un tipo di ingiustizia individuale che 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 peggiorativo⁵⁸. Gardner sostiene che l'analisi delle ragioni dell'autore della discriminazione (denominata "Discriminator's Reasons Analysis" o "DRA") sia sempre rilevante. Tuttavia, nel caso della discriminazione indiretta, è il collegamento con il fattore protetto ad essere indiretto, e, dunque, non visibile. Si tratterebbe di una 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

57. Si veda H. COLLINS, T. KHAITAN, *Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions* in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 2008, pp. 25-27.

58. J. GARDNER, *Liberals and Unlawful Discrimination*, «Oxford Journal of Legal Studies», vol. IX, n. 1, 1989, pp. 1-22.

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).⁵⁹

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 happens to be more widespread among women or among women candidates than among their male counterparts.⁶⁰

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 discriminatorio⁶¹. Questo spiegherebbe perché anche le omissioni colpose possono essere qualificate come discriminazione.

Per le ragioni appena indicate, secondo questa posizione 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 ad un’ingiustizia diversa da quella che invece giustifica i divieti in materia di discriminazione diretta. Queste posizioni non negano che ci possa essere

59. J. GARDNER, *Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful*, cit., 2018, p. 9. DRA è una abbreviazione che sta per *Discriminator Reasons Analysis*, l’analisi delle ragioni del soggetto discriminatore che, per Gardner, dovrebbe sempre essere condotta per determinare se vi sia discriminazione ingiusta. Si veda anche J. GARDNER, *On the Ground of Her Sex(uality)*, cit., 1998, pp. 167–187.

60. J. GARDNER, *Discrimination: The Good, the Bad and the Wrongful*, cit., 2018, p. 16.

61. *Ivi*, p. 9.

una relazione strumentale tra le due forme di discriminazione, ma affermano inoltre che il loro fondamento morale è indipendente.

L'ingiustizia specifica della discriminazione indiretta è, per alcuni⁶², 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 ai beni della vita e a risorse da parte degli individui 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 è diversa da quella tipica della discriminazione diretta, e opera per aggravarne gli effetti.

Per altri l'ingiustizia specifica che la 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 ad altri beni fondamentali della vita. Sicché, la 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 ed i gruppi⁶³.

La terza tesi invece sostiene che discriminazione diretta ed indiretta presuppongono lo stesso tipo di ingiustizia e sono simili tra loro⁶⁴. Secondo Elisa Holmes, ad esempio, la discriminazione diretta

62. 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., 2008, pp. 106–121.

63. H. COLLINS, T. KHAITAN, *Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions* in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 2008, pp. 27–28.

64. C. JOLLS, *Accommodation Mandates*, «Stanford Law Review», vol. LIII, 2000, pp. 223–306; C. JOLLS, *Antidiscrimination and Accommodation*, «Harvard Law Review», vol. CXV, 2001, pp. 642–699; S.R. BAGENSTOS, *Rational Discrimination. Accommodation and the Politics of (Disability) Civil Rights*, «Virginia Law Review», vol. LXXXIX, 2003, pp. 825–

ed 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 ad essere diretta in un caso, e indiretta o per relationem, nell'altro, senza che questo dato acquisti particolare rilevanza dal punto di vista morale⁶⁵.

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 Moreau⁶⁶. In particolare, a fondamento delle due forme di discriminazione vi sarebbe la stessa ingiustizia, in modo pieno per la discriminazione diretta, e attenuato per quella indiretta. Questo inquadramento dogmatico spiegherebbe, secondo Moreau, come anche la discriminazione indiretta è un torto alla persona, e che implica una omissione colpevole, il non tenere in conto, cioè ciò che si sarebbe dovuto tenere in conto in base alla storia e alle caratteristiche del gruppo discriminato a causa di un fattore di protezione *F*, di cui l'individuo è portatore.

2.3. 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 definito-

923; H. COLLINS T. KHAITAN, *Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions* in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 2018, p. 29; S. MOREAU, *The Moral Seriousness of Indirect Discrimination* in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 2018, pp. 123-148; T. KHAITAN, S. STEEL, *Wrongs, Group Disadvantage and the Legitimacy of Indirect Discrimination* in H. COLLINS, T. KHAITAN (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 2018, pp. 197-221.

65. E. HOLMES, *Anti-Discrimination Rights Without Equality*, cit., 2005, pp. 175-194, 184.

66. S. MOREAU, *Discrimination as Negligence* in C.M. MACLEOD (a cura di), *Justice and Equality*, University of Calgary Press, 2010, pp. 123-149.

rio, 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 ad 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"⁶⁷. Quando il comportamento indesiderato ha connotazione sessuale, 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"⁶⁸.

Dell'ordine di discriminare non è data una definizione precisa, ma è previsto e proibito dal diritto europeo. Perché si configuri non è necessario che il destinatario dell'ordine sia obbligato ad 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 alla violenza o all'odio nei confronti di una persona o di un gruppo di persone per motivi di razza, colore,

67. Art. 2(1) (c) della dir. 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) trasposta nell'ordinamento italiano attraverso il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, che modifica il d.lgs. n. 198/2006 detta anche "Codice delle pari opportunità". Direttive sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, art. 2, lett. d); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), art. 2, c. 1, lett. d).

68. Art. 2(1) (d) della dir. 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) trasposta nell'ordinamento italiano attraverso il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, che modifica il d.lgs. n. 198/2006 detta anche "Codice delle pari opportunità". Confronta i seguenti articoli delle già citate direttive: direttiva sull'uguaglianza razziale, art. 2, c. 3; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, art. 2, c. 3; direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, art. 2, lett. c); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), art. 2, c. 1, lett. c).

ascendenza, religione o convinzione personale, origine nazionale o etnica, ai delitti riguardanti la diffusione 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 protette⁶⁹. Il motivo razzista costituisce tra l'altro, in questi casi, un'aggravante del reato⁷⁰.

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 riconosciuta e condannata dalla Corte EDU nel caso *Paraskeva Todorova c. Bulgaria*⁷¹.

Poiché sia le molestie sia l'ordine di discriminare sono espliciti, fanno espressamente riferimento ad 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 ad 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 dare particolari problemi teorici. Al contrario, come si vedrà in seguito (si veda ca-

69. 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, G.U. L-328 del 6 dicembre 2008, p. 55.

70. 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.

71. Corte EDU, sent. 25 marzo 2010, *Paraskeva Todorova c. Bulgaria* (n. 37193/07).

pitolo terzo), 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, è, di solito, intenso. Tuttavia non è necessario che sia presente perché la molestia è apprezzabile in termini oggettivi⁷².

La discriminazione per associazione sussiste quando il soggetto discriminato subisce la discriminazione non in ragione della personale appartenenza ad un gruppo con caratteristiche protette, ma in quanto si associa o frequenta, per scelta o per altre ragioni, a 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 dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa della signora Coleman⁷³. 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 nei confronti del figlio avevano determinato ritardi in ufficio e la necessità di chiedere permessi per occuparsi dei suoi bisogni. Non solo le richieste non erano state accolte, ma la donna aveva subito minacce di licenziamento, insieme ad espressioni deni-

72. Dichiarazione del Consiglio, del 19 dicembre 1991, relativa all'applicazione della raccomandazione della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini nel mondo del lavoro, compreso il codice di condotta volto a combattere le molestie sessuali, G.U. C-27 del 4 febbraio 1992, p. 1; raccomandazione 92/131/CEE della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro, G.U. L-49 del 24 febbraio 1992, p. 1.

73. C. Gius. UE, sent. 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*.

gratorie 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. Perché si configuri la discriminazione per associazione non è 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 ha ritenuto infatti che il legame possa essere costituito da una mera situazione di fatto come la residenza in un quartiere prevalentemente abitato da un gruppo accomunato da una caratteristica protetta⁷⁴. Anche questa forma di discriminazione è equiparata alla discriminazione diretta e la sua riconduzione a questa forma di discriminazione sembra non presentare particolari problemi dal punto di vista normativo.

2.4. La discriminazione tollerata: la giustificazione della discriminazione

Concluso l'esame delle due principali forme di discriminazione, 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 diverse 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 persuasiva⁷⁵. Il diritto-

74. C. Gius. UE, caso *Chez Razpredelenie Bulgaria AD contro Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, sent. 16 luglio 2015.

75. M.C. HARPER, *Confusion on the Court: Distinguishing Disparate Treatment from Disparate Impact in Young v UPS and EEOC v Abercrombie & Fitch, Inc.*, «Boston University Law Review», vol. XCVI, 2016, pp. 543-570.

to prevede espressamente le eccezioni al divieto di discriminazione diretta, 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” e 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 ed il requisito proporzionato⁷⁶. Tale clausola riguarda in modo particolare i mestieri artistici⁷⁷. 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 recitare la parte di Amleto che, secondo il copione dell’omonimo dramma, ha 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 collegata 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.

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 Ottanta, 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» ed avrebbe comportato e la «possibilità che, in una situazione di gravi disordini interni, il porto di armi da fuoco

76. Confronta i seguenti articoli delle già citate direttive: direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), art. 14, c. 2; direttiva sull’uguaglianza razziale, art. 4; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, art. 4, c. 1.

77. Per un elenco delle professioni per cui è valida la clausola di eccezione in discorso si veda C. Gius. UE, sent. 21 maggio 1985, causa 248/83, *Commissione c. Germania*.

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». La Corte di Giustizia ha ritenuto questa giustificazione poco stringente perché la presenza di pericoli per la sicurezza nel contesto del terrorismo non espone le donne ad un rischio maggiore rispetto agli uomini, ma espone invece uomini e donne allo stesso rischio⁷⁸. Dunque l'eccezione su cui si fonda l'esclusione del datore di lavoro non è strettamente connessa, ed in modo rilevante, alle mansioni lavorative, ed 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

78. C. Gius. UE, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, sent. 15 maggio 1986.

79. Le organizzazioni di tendenza sono definite come « datori di lavoro non imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto » art. 4, l. 108/1990.

80. Art. 4, c. 2, dir. 2000/78/CE. « Non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata 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 » (art. 3, c. 5, d.lgs 216/2003

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 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). Nella causa *Amicus*⁸¹, 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), o 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 alla base e svuotato di senso. I detrattori⁸² dell'eccezione del requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa nel contesto delle organizzazioni religiose o di organizzazioni c.d. "di tendenza" affermano invece che si tratti di limitazioni intollerabili in una società liberale, che le organizzazioni religiose o di tendenza non hanno 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 licenziamenti. Inoltre, si so-

decreto di attuazione della dir. 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro).

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

82. L.C. GRIFFIN, *The Sins of Hosanna-Tabor*, «Scholarly Works Paper», n. 780, 2013, <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/> visitato il 18 giugno 2019.

stiene 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, c'è chi, come Martha Nussbaum, ritiene che sia illiberale ricondurre pratiche interne alla condotta di un ente religioso all'interpretazione liberale secolare del bene ultimo⁸³.

Mentre la discriminazione diretta può essere giustificata sono 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 disposizione, criterio o prassi 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 suo conseguimento siano appropriati e necessari⁸⁴. 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, ed inoltre devono essere appropriati al fine da raggiungere: lo svantaggio causato ai membri del gruppo con caratteristiche protette deve essere il livello minimo di svantaggio necessario per garantire il raggiungimento delle finalità ritenute legittime. È previsto un più ampio margine di giustificazione per la discriminazione indiretta fondata sull'età in alcuni ambiti, ed in particolare in materia di politica del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale, a condizione che si rispetti il criterio della proporzionalità e per quanto riguarda l'accesso o il diritto alle prestazioni dei regimi professionali di sicurezza sociale, senza necessità di soddisfare il criterio della proporzionalità.

83. M. NUSSBAUM, *A Plea for Difficulty* in M.S. OKIN (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princeton 1999, pp. 105-114, 114. Si veda anche M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience*, Basic Books, New York 2008.

84. Confronta i seguenti articoli delle già citate direttive sull'uguaglianza razziale, art. 2, c. 2, lett. b); direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, art. 2, c. 2, lett. b); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, art. 2, lett. b); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), art. 2, c. 1, lett. b).

2.5. La discriminazione strutturale e la discriminazione istituzionale

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 strutturale⁸⁵ o istituzionale⁸⁶.

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 salient groups does not count as structural discrimination unless the pattern violates sound principles of distributive justice»⁸⁷.

Questa forma di discriminazione è particolarmente perniciosa, perché spinge i gruppi con caratteristiche socialmente e storicamente salienti in posizione marginalità e favorisce il loro soggiogamento da parte di gruppi dominanti, oppure li mantiene in posizione subalterna⁸⁸. La discriminazione strutturale è un tipo di discriminazione indiretta anche se 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 ed impersonali (come enti, organizzazioni, organi dello stato, ecc...).

85. F.L. PINCUS, *From Individual to Structural Discrimination* in F.L. PINCUS, H.J. EHR- LICH (a cura di), *Race and Ethnic Conflict. Contending Views on Prejudice, Discrimination and Ethnoviolence*, Westview, Boulder (CO) 1994, pp. 82–87; T. POGGE, *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Malden (MA) 2008; C. BARTOLI, *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Laterza, Bari 2012.

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

87. A. ALTMAN, *Discrimination*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015, disponibili qui: <https://plato.stanford.edu/entries/discrimination/>.

88. F.L. PINCUS, *From Individual to Structural Discrimination* in F.L. PINCUS, H.J. EHR- LICH (a cura di), *Race and Ethnic Conflict. Contending Views on Prejudice, Discrimination and Ethnoviolence*, cit., 1994.

Poiché è certamente possibile ricondurre questa forma di discriminazione alle due forme precedentemente descritte, sembra corretto dire che si tratti di uno stesso fenomeno sotto diverse forme.

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*⁸⁹. 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 marito⁹⁰ comporta il venir meno dello Stato, anche non intenzionale, agli obblighi positivi di protezione delle donne contro le violenze domestiche⁹¹. Ciò si traduce in una violazione del diritto delle donne a un'uguale protezione di fronte alla legge ed è, pertanto, intrinsecamente discriminatorio. Nel caso *Talpis*, secondo la Corte EDU, «la passività generalizzata e discriminatoria della polizia» ha generato un «clima favorevole alla violenza», che istanzia una condotta discriminatoria: «[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»⁹².

2.6. La discriminazione multipla e la discriminazione intersezionale

Quando un soggetto è discriminato sulla base di due o più fattori di protezione si parla di discriminazione multipla⁹³, che può essere “or-

89. Corte EDU, causa *Talpis c. Italia*, prima sezione, sent. 2 marzo 2017, ricorso n. 41237/14.

90. *Ibidem*.

91. 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, par. 89, sent. 28 maggio 2013, *T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldavia* [GC], n. 26608/11, par. 62, sent. 28 gennaio 2014, e *Mudric c. Repubblica di Moldavia*, n. 74839/10, par. 63, sent. 16 luglio 2013.

92. Corte EDU, causa *Talpis c. Italia*, prima sezione, sent. 2 marzo 2017, ricorso n. 41237/14, par. 145.

93. Per una esposizione dettagliata sulla genesi politica, i documenti legislativi sulla discriminazione multipla e le diverse forme in cui il concetto è stato declinato si veda:

dinaria”, “additiva” ed “intersezionale” (o “intersettoriale”)⁹⁴. 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 non ottiene una promozione in quanto di religione musulmana. La tutela giuridica in questo caso consiste nell’agire in giudizio per le due violazioni separatamente⁹⁵.

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 tratta di discriminazione additiva. Nel caso della discriminazione intersezionale, invece 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 Crenshaw⁹⁶, che ha dimostrato come le donne di colore negli Stati Uniti siano svantaggiate in modo diverso dalle donne bianche e dagli uomini di colore, e come questi due caratteri salienti (“donna” e di “colore”) si combinino per produrre situazioni di svantaggio fino ad

L.LEWIS, *Multiple Discrimination. A Guide to Law and Evidence*, cit., 2010; C.A. MACKINNON, *Intersectionality: Theorizing Power, Empowering Theory*, «Signs», vol. XXXVIII, n. 4, pp. 1019–1030.

94. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 dicembre 2013 sugli aspetti di genere del quadro europeo per le strategie nazionali di integrazione dei Rom [2013/2066(IN)].

95. B.G. BELLO, *Discriminazioni multiple e intersezionalità*, Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione, 2015, disponibile in <https://www.asgi.it/notizie/approfondimento-del-servizio-antidiscriminazione-del-mese-di-maggio-2015-discriminazioni-multiple-e-intersezionalita/>.

96. K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine. Feminist Theory and Antiracist Politics*, «The University of Chicago Legal Forum», 1989, pp. 139–167; ID., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, «Stanford Law Review», vol. XLIII, 1991, p. 1241; K. CRENSHAW, *Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation* 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, p. 103; K. CRENSHAW, *Il crocevia delle discriminazioni* in C. INGRAO, C. SCOPPA (a cura di), *Diritti Rovesci. I diritti umani dal punto di vista delle donne*, AIDOS, 2001, disponibile qui: http://www.chiaraingrao.it/uploads/materiali/libri/diritti_rovesci/2.1_Crenshaw.pdf.

allora trasparenti alla dottrina e per questo non classificate dalla teoria della discriminazione. Crenshaw nota come le donne di colore si trovino al centro dell'intersezione tra sistemi che subordinano in modi diversi le donne e le persone di colore, e subiscono la combinazione degli effetti delle pratiche che discriminano sulla base del sesso e sulla base della razza in modo che «made flesh in a person, they indivisibly intermingle»⁹⁷, come due metalli si fondono per comporre una lega. La categoria della discriminazione intersezionale è una categoria “correttiva”⁹⁸, 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 indiretta⁹⁹. L'Equality Act 2010 definisce la discriminazione multipla come «combined discrimination: dual characteristics», riconoscendo la possibilità che solamente due fattori di protezione interagiscano tra loro.

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 relazione all'ambito sanitario¹⁰⁰, il problema principale di questi concetti si presenta sul piano

97. *Jeffers v. Thompson*, 264 F. Supp. 2d 314, 326 (D. Md. 2003)

98. C.A. MACKINNON, *Intersectionality as a Method*, «Signs», vol. XXXVIII, 2013, pp. 1019-1030, 1020.

99. B.G. BELLO, *Why do we need that the EU anti-discrimination law and policy go intersectional?*, «IGLYO on intersectionality», vol. II, 2014. disponibile qui http://issuu.com/iglyo/docs/4.09_iglyo_on_intersectionality (24 aprile 2015); A.B. UNZUETA, M. TARAMUNDI, *Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*, «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», vol. XLV, 2011, p. 15; B.G. BELLO, *Mandala of Identity and Intersectionality*, 2008 disponibile qui: <https://www.salto-youth.net/tools/toolbox/tool/mandala-of-identity-and-intersectionality-simple.707/>; ID., *Multiple Discrimination Between the EU Agenda and Civic Engagement: the Long Road of Intersectional Perspective*, «Roma Rights Journal», vol. II, 2009, p. 11, disponibile qui: <http://www.errc.org/roma-rights-journal/roma-rights-2-2009-multiple-discrimination/3564/2>; S. CHO, K. CRENSHAW, L. MCCALL, *Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis*, «Signs», vol. XXXVIII, n. 4, 2013, p. 78.

100. I. SOLANKE, *Discrimination as Stigma. A Theory of Anti-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford 2017, pp. 133-159.

dell'applicazione. Infatti, in mancanza di legislazioni particolarmente avanzate in materia, la giurisprudenza tende ancora a considerare ed interpretare i fattori di protezione separatamente. Inoltre vi è una difficoltà particolare che riguarda l'argomentazione della discriminazione intersezionale: la costruzione del termine di paragone. Il potenziale di questa nozione è 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.

Il fondamento filosofico del diritto antidiscriminatorio

3.1. Il problema

Fin qui ci siamo interrogati su quali siano le forme della discriminazione e sulla questione se tutte e ciascuna di queste possano essere ricondotte ad una stessa nozione dal punto di vista normativo (questione definitoria). Questo capitolo è dedicato invece alla questione del fondamento o giustificazione morale del diritto antidiscriminatorio. Cercheremo qui di ricostruire le diverse posizioni che provano a dare ragione dell'intuizione morale che la discriminazione non è soltanto un trattamento diverso e svantaggioso, ma è una vera e propria ingiustizia, che chi viene discriminato ha subito un torto, un sopruso, un'offesa, sul piano morale. Qual è il tipo specifico di ingiustizia che il diritto antidiscriminatorio vuole prevenire o a cui vuole rimediare? Se di ingiustizia si tratta, si tratta di una ingiustizia di tipo pubblica? Oppure privata? Colpisce il gruppo o l'individuo? E in che modo?

È bene riprendere qui una distinzione generale preliminare, già tracciata nelle pagine che precedono, 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. Owen Fiss individua un « group-disadvantaging principle » che

1. D. HELLMAN, *When Is Discrimination Wrong?*, cit., 2011.

2. O.M. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause*, cit., 1976, pp. 107–177.

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.

Nel discorso comune dell'uomo della strada, il divieto di discriminare è legato al valore dell'eguaglianza. Anche le posizioni più classiche sostengono che la proibizione della discriminazione si fonda sul valore dell'uguaglianza 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. Dunque, in merito alla giustificazione del diritto antidiscriminatorio si distinguono diverse posizioni, che possono essere ricomprese in due gruppi di teorie: quelle basate sull'eguaglianza e quelle basate sulla libertà, che verranno analizzate in questo capitolo⁵, insieme ad un terzo gruppo detto « pluralista », perché ipotizza una giustificazione che fa appello a diversi valori.

Prima di passare all'esame dei principali argomenti sostenuti dagli autori che fanno capo a questi due gruppi di teorie, esamineremo un argomento trasversale: l'arbitrarietà del trattamento come ingiustizia tipica della discriminazione. L'argomento dell'arbitrarietà verrà inteso in senso ampio, tale da ricomprendere diverse tesi che fondano l'ingiustizia in particolare sull'uso di stereotipi e pregiudizi, sull'irrazionalità del comportamento, e sul non trattare le persone

3. C.R. SUNSTEIN, *The Anti-Caste Principle*, « Michigan Law Review », vol. XCII, 1944, pp. 2410-2455.

4. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015.

5. D. HELLMAN, *Equality and Unconstitutional Discrimination* in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 51-70.

secondo i loro meriti. Come vedremo, tale argomento è insufficiente, da solo, a fornire il fondamento morale al divieto di discriminazione. Inoltre, è pure insufficiente dal punto di vista giuridico a spiegare tutte le caratteristiche del diritto antidiscriminatorio.

3.2. 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 spiegazioni che sono state addotte 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 a 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». 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 individualistica e confinata a valutare la razionalità dei mezzi. Tuttavia, questo principio inteso come protezione dall'arbitrio «provides no frame of references for assessing certain types of state conduct and for that reason is incomplete»⁶.

L'irrazionalità del comportamento discriminatorio, è, per alcuni, il fondamento vero e proprio⁷, e, per altri, soltanto parte del fon-

6. O.M. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause*, cit., 1976, pp. 107-177, 136.

7. A.M. COTTER MOONEY, *Race Matters: An International Legal Analysis of Race Discrimination*, Ashgate, Burlington (VT) 2006; A. FLEW, *Three Concepts of Racism*, «Encounter», vol. LXXV, 1990, pp. 63-66.

damento⁸ 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 liberali.

Per Gardner, il comportamento discriminatorio è un comportamento privo di ragione, intesa come "ragione giustificativa indefettibile". Chi ha posizioni di responsabilità nella società, come ad esempio i datori di lavoro e le imprese, ha 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, essere donna o avere la pelle scura, sulla base del quale sarebbero esclusi, 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»⁹.

Una parte significativa di questa tesi è che la discriminazione costituirebbe un ingiusto trattamento dal punto di vista morale perché basato su stereotipi e su pregiudizi¹⁰. L'ingiustizia starebbe nell'inde-

8. J. GARDNER, *On the Ground of Her Sex(uality)*, cit., 1998, pp. 167–187.

9. *Ivi*, p. 168.

10. Si veda F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, And Stereotypes*, cit., 2003, pp. 137–14. Pregiudizi e stereotipi sono "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 è definibile come l'attribuzione di una certa caratteristica ad un soggetto per il solo fatto che questi possiede un'altra caratteristica. Gli stereotipi variano da contesto a contesto, come nota Bobbio sono fenomeni di origine sociale, così come i pregiudizi, e dunque sono modificabili. Bobbio nota come spesso il pregiudizio nasca dal sovrapporre "diseguaglianze naturali" a "diseguaglianze sociali", cioè prodotte dalla società, che si finisce per scambiare per diseguaglianze naturali. Sicché, le diseguaglianze sociali aggravano quelle naturali ed esse vengono ritenute ineliminabili perché non viene riconosciuta la loro origine sociale. Si veda N. BOBBIO, *La natura del pregiudizio* in *Id.*,

bita generalizzazione, o 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 errore¹¹, così come lo stereotipo.

Certamente questa teoria 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 attiene a motivazioni di igiene e salute in relazione a considerazioni epidemiologiche. Seppure molto diffusa soprattutto nel discorso dell'uomo comune, questa giustificazione non spiega quale

Elogio della mitezza e altri scritti morali, Il Saggiatore, Milano, pp. 109–120. Il pregiudizio è stato definito come «an antipathy based upon a faulty and inflexible generalization» Allport (1954), *The Nature of Prejudice*. Tale definizione è stata criticata da vari autori in quanto l'antipatia non è un elemento comune a tutti i pregiudizi, ed 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, come si è detto, il pregiudizio è flessibile, varia in relazione al contesto. Si veda J.F. DOVIDIO, P. GLICK, L.A. RUDMAN (a cura di) *On the Nature of Prejudice: Fifty Years after Allport*, Blackwell, Malden (MA). Sul ruolo delle corti nel perpetuare i pregiudizi e gli stereotipi si veda A. TIMMER, *Toward an Anti-stereotyping Approach for the European Court of Human Rights*, «Human Rights Law Review», vol. XI, 2011, pp. 707–738.

11. «[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., 1998, p. 174.

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 razionale¹². 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 deprivazione dei diritti dei lavoratori migranti, sfruttati come braccianti nelle campagne di Nardò, 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 deplorabile, e, almeno in un senso del termine razionalità, la razionalità strumentale, è anche estremamente razionale. Le ragioni che portarono alla tardiva adozione della direttiva "razza", che ha previsto l'equiparazione del trattamento retributivo per i non cittadini europei che avessero un rapporto di lavoro in uno degli Stati membri 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, razionale.

Lo stesso Gardner, concorda nel ritenere che il requisito dell'irrazionalità dell'atto o omissione discriminatoria non è sufficiente, inanzitutto perché non si può imporre un dovere universale di comportarsi razionalmente, ed inoltre perché ci possono essere ragioni specifiche per discriminare nei confronti di qualcuno (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 discri-

12. *Ibidem*.

minate on these grounds [sesso e razza nell'esempio di Gardner], still one should not act on these reason»¹³.

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 discriminazione è basata o su uno status immutabile della persona discriminata oppure su una caratteristica della persona discriminata che costituisce una sua scelta fondamentale, ovvero uno status sviluppato attraverso scelte successive (che istanzia 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 valore. La discriminazione nega sia la possibilità di effettuare queste scelte, sia la disponibilità delle opzioni dotate di valore alla persona discriminata, sulla base di tratti immutabili o di scelte, come ad esempio le credenze religiose, che sono centrali per godere pienamente del diritto ad 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 o perché fondamentali, o perché derivate da uno status immutabile¹⁴.

Dunque la sola irrazionalità dell'atto, il suo basarsi su stereotipi e pregiudizi, che siano più o meno accurati 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. La censura di un atto irragionevole giuridicamente è il suo annullamento (si pensi ad una disposizione o ad un atto amministrativo),

13. Ivi, p. 170.

14. Ivi, p. 174.

mentre l'atto discriminatorio richiede una compensazione. 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 bastevole¹⁵. Come già accennato, Gardner completa la sua teoria giustificatoria facendo riferimento al valore della libertà, sicché la trattazione della sua argomentazione sarà ripresa nel paragrafo dedicato alle concezioni liberali in questo capitolo.

Vi è un altro profilo sotto il quale va esaminata la censura di arbitrarietà come il tipico male, o 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 individuali e accomunare individui e situazioni molto diverse all'interno di una classe. Come si è già sottolineato (si veda 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 ed una conseguenza giuridica per quella condotta che si applica a tutti i membri della classe come definita dalla disposizione (fattispecie astratta). Questo è rischioso, perché implica la possibilità di commettere degli errori dovuti alla generalizzazione¹⁶. Il male della generalizzazione, precisamente, consiste nel trattare i casi ricompresi in una classe non tenendo conto delle particolarità rilevanti del caso singolo. Tuttavia, dettare una norma per ogni fattispecie concreta sarebbe impossibile¹⁷, e anche se fosse possibile, non è il metodo che usa il diritto¹⁸. Il diritto procede per generalizzazioni, individuando classi di soggetti, e per discriminazione, cioè assegnando trattamenti diversi (attribuzione di poteri, imposizione di doveri ecc...), ai soggetti individuali che fanno parte

15. J. GARDNER, D. NOLAN, *A Right to Meritorious Treatment* in C. GEARTY, A. TOMKINS (a cura di), *Understanding Human Rights*, Pinter, New York 1996.

16. F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, cit., 2003, pp. 137-14.

17. L. FULLER, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Torino 1986.

18. F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, cit., 2003.

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 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 sui casi concreti, almeno non a questo livello di generalità ed astrattezza. È compito degli interpreti del caso concreto, cioè gli avvocati difensori, innanzitutto, ed ultimamente 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 arbitrarità è quella basata sul merito. Alcuni infatti sostengono che la discriminazione sia un male quando non tratta le persone secondo il merito, perché comporta l'ingiusta esclusione di individui potenzialmente qualificati e competenti dalla competizione per i beni, le posizioni privilegiate, e le opportunità, a causa di una caratteristica protetta¹⁹. 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 gruppi²⁰.

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

19. A.H. GOLDMAN, *Reparations to Individuals or Groups?* in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., 1995, pp. 27-29; A.H. GOLDMAN *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton University Press, Princeton 1979, pp. 22-64.

20. S. HOOK, *Reverse Discrimination* in S.M. CAHN (a cura di), *The Affirmative Action Debate*, cit., 1995, pp. 224-230.

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'ingiustizia²¹. Inoltre, Cavanagh obietta che non è possibile imporre 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»²². 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 ad 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, per le loro carenze educative, retaggio periodo della segregazione scolastica, rispetto ai bianchi²³.

3.3. Teorie basate sull'eguaglianza

Gli approcci teorici secondo cui la giustificazione, o fondamento, del diritto antidiscriminatorio è l'eguaglianza²⁴ ritengono che il male mo-

21. Altre critiche al criterio del merito vengono da Hellman, si veda D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011, pp. 93–113; da S. SEGALL, *What's so bad about discrimination?*, cit., 2012, pp. 82–100.

22. M. CAVANAGH, *Against Equality of Opportunity*, cit., 2002, 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.

23. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 2011 p. 25.

24. K. LIPPERT–RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014; J. FISHKIN, *Bottlenecks. A New Theory of Equal Opportunity*, cit., 2014; S. SEGALL, *What's so bad about discrimination?*, cit., 2012, pp. 82–100; P. SHIN, *The Substantive Principle of Equal Treatment*, «Legal Theory», vol. XV, 2009, pp. 149–172. Altri autori effettuano una tripartizione dei gruppi di teorie sulla giustificazione del diritto antidiscriminatorio: egualitarie, liberali e dignitarie. A noi sembra che anche le teorie ricomprese nel gruppo delle dignitarie siano basate sull'eguaglianza o sulla libertà, per cui non seguiremo la tripartizione di T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015,

rale della discriminazione consista 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 comune a tutte le teorie basate sull'eguaglianza è l'idea che la discriminazione sia una nozione essenzialmente comparativa che implica l'idea di svantaggio relativo. Le concezioni basate sull'uguaglianza comprendono sia posizioni secondo cui l'ingiustizia tipica della discriminazione colpisce i gruppi sia posizioni secondo cui invece colpisce gli individui in virtù dell'appartenenza ad un gruppo con caratteristiche protette. In particolare, alcune concezioni²⁵ 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 ad una posizione lavorativa) a cui avrebbero diritto a causa di una ragione moralmente irrilevante (caratteristica protetta o fattore di protezione). Per altre concezioni²⁶, 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 ad altri gruppi sociali. L'assenza o la presenza non significativa dei rappresentanti discriminati nelle sedi in cui vengono prese o attuate le decisioni pubbliche perpetua lo stato di soggiogamento di questi 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, dell'efficienza, della falsa rappresentazione, del pregiudizio e del

pp. 4–9; P. DENARO, *Eguaglianza e differenza di trattamento*, «Ragion Pratica», vol. XXXVI, 2011, pp. 31–54.

25. K. LIPPERT–RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014.

26. J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, cit., 1980.

merito come parziali ed insoddisfacenti²⁷, Segall afferma che: «[d]iscrimination 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»²⁸. Segall ammette che il male della discriminazione da lui individuato è condizione necessaria ma non sufficiente per definire l'ingiustizia della discriminazione.

La tesi appena descritta è simile a quella sostenuta da John Fishkin. Secondo Fishkin²⁹, 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, causando la perdita di opportunità che rimangono invece disponibili per coloro che non possiedono tratti socialmente salienti.

Una tra le prime teorie che ha individuato il male morale della discriminazione nella violazione del principio di eguaglianza è quella elaborata da Kasper Lippert-Rasmussen, teoria che definiremo consequenzialista basata sul danno³⁰. Lippert-Rasmussen definisce la discriminazione essenzialmente come trattamento svantaggioso. La giustificazione del divieto di atti, pratiche e regole discriminatorie si fonderebbe sui loro effetti dannosi³¹. Legando concettualmente la discriminazione all'ineguaglianza³², Lippert-Rasmussen sostiene che la discriminazione è moralmente sbagliata per il danno (harm) che causa alle persone discriminate. Per cui, per individuare la discriminazione bisogna necessariamente ravvisare un danno relativo (in comparazione con il trattamento ricevuto da altri) causato dal

27. S. SEGALL, *What's so bad about discrimination?*, cit., 2012, p. 100.

28. Ivi, p. 90.

29. J. FISHKIN, *Bottlenecks. A New Theory of Equal Opportunity*, cit., 2014.

30. K. LIPPERT-RASMUSSEN, *The Badness of Discrimination*, cit., 2006.

31. K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, pp. 153-192. L'autore riconosce che il fondamento basato sul danno è problematico, ma ritiene nondimeno che sia il più vantaggioso.

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

comportamento discriminatorio. Lippert–Rasmussen, tra l'altro, sostiene che il diritto antidiscriminatorio ha un fine legato al prioritario³³. Il principio del prioritario³⁴ 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 benessere³⁵.

In ultimo, tra le concezioni basate sull'eguaglianza, vi sono quelle³⁶ 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.

Queste tesi si fondano sul principio elaborato da Dworkin che lo stato deve trattare ognuno con "equal concern and respect"³⁷. Dunque, per accertare se nel caso concreto che ha di fronte vi sia discriminazione (o vi sia stata) il giudice dovrà accertare se la legge, o un'azione abbia o meno trattato ognuno con eguale considerazione e rispetto³⁸. 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")³⁹. Le teorie che si concentrano sul messaggio del comportamento discriminatorio, più che sul motivo

33. K. LIPPERT–RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, cit., 2014, pp. 165–170.

34. Sul prioritario si veda D. PARFIT, *Equality and Priority*, «Ratio», vol. X, 1997, pp. 202–221; M. WEBER, *Prioritarianism*, «Philosophy Compass», vol. IX–XII, 2014, pp. 756–768; S. SEGALL, *Why Inequality Matters: Luck, Egalitarianism, Its Meaning and Value*, Cambridge University Press, Cambridge 2016; N. HOLTUG, *Prioritarianism*, Oxford University Press, Oxford 2010.

35. E. HOLMES, *Anti-discrimination Rights Without Equality*, cit., 2005, pp. 175–194, 191–192.

36. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2010; D. HELLMAN, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, «Minnesota Law Review», vol. LXXXV, 2000, pp. 1–70; E. ANDERSON, R. PILDES, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, «University of Pennsylvania Law Review», vol. CXLVIII, 2000, pp. 1503–1575.

37. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 180, 370.

38. D. HELLMAN, *Equality and Unconstitutional Discrimination* in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, p. 51.

39. Ivi, p. 54.

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’eguaglianza, 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 di Deborah Hellman sarà trattata separatamente, mentre adesso ci si concentrerà sulle obiezioni e sulle critiche all’approccio basato 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 ancora di una clausola vuota, che può essere interpretata in modi diversi. Quindi le teorie 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 ha almeno cinque significati diversi:

- a) eguaglianza come universalizzabilità di qualsiasi giudizio etico particolare;
- b) eguaglianza come applicazione corretta delle regole;
- c) eguaglianza come produzione di regole ragionevoli;
- d) eguaglianza come attribuzione a tutti degli stessi diritti fondamentali;
- e) eguaglianza come rimozione degli ostacoli al perseguimento di progetti di vita⁴⁰.

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 rispettivamente su uno solo dei punti a), b), c) d) e e) (se si intende l’eguale

40. L. GIANFORMAGGIO, *L’eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?* in ID., *Filosofia e critica del diritto*, cit., 1995, p. 96.

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 Holmes⁴¹ analizza la relazione tra principio di non discriminazione e principio di eguaglianza, individuando due connessioni 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'eguaglianza⁴². 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, e doveri, o la loro intensità, non restrizione da parte di eccezioni, ecc...), valutando chi, come, cosa e quanto è stato ricevuto, dato, ad uno e all'altro soggetto, 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... ad un soggetto rispetto all'altro. In sostanza, mentre nel giudizio sull'eguaglianza si devono comparare le spettanze di due soggetti rispetto ad 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 antidiscriminatorio è una tra quelle 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 princi-

41. E. HOLMES, *Anti-discrimination Rights Without Equality*, cit., 2005, pp. 175-194.

42. Ivi, p. 184.

prio 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 discriminazione. 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 sé⁴³.

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 tutti abbiano la stessa misura di x ⁴⁴. È l'eguaglianza realizzata al ribasso. Come si ricorderà, per Holmes, invece, nel caso del principio di non discriminazione, la comparazione ha un valore meramente *euristico*. Serve cioè ad inferire se la differenza di trattamento sia o meno dovuta ad un certo carattere F che pertiene, in modo diretto o indiretto, ad 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 è 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 x ⁴⁵. Per questa ragione, Holmes conclude che la *levelling down objection* non valga per il principio di non discriminazione, il

43. Ivi, p. 188.

44. «[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).

45. «[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).

quale, anche per questa ragione, non può essere giustificato facendo appello al principio di eguaglianza in senso stretto.

Il caso delle azioni positive (*affirmative action*; si veda *supra* paragrafo 1.5), 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'istanziamento del principio di eguaglianza 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, non che il trattamento ricevuto non sia stato uguale a quello ricevuto dagli altri. L'azione del signor Bakke, nel caso *Regents of University of California v. Bakke*, già discussa precedentemente, non è basata sulla doglianza di avere avuto meno opportunità di passare il test rispetto agli altri in ragione del numero di 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 principi di eguaglianza e principi antidiscriminatori. Il principio di non discriminazione, casomai, avrebbe uno scopo legato al prioritario 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 promotes the independent value of, say, equality. For if there is no such connection, the 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.⁴⁶

46. Ivi, p. 193.

Secondo Holmes, dunque, la connessione strumentale tra principi antidiscriminatori e raggiungimento dell'eguaglianza o non esiste oppure non è dimostrata, e per tanto l'appello ai principi di eguaglianza non è sufficiente a giustificare il diritto antidiscriminatorio⁴⁷. Per giustificarlo bisognerà far riferimento ad altri valori, diversi e indipendenti dall'eguaglianza e dal prioritario. Holmes, tuttavia, non indica quali.

Un'altra critica alle teorie basate sull'eguaglianza, elaborata da Denise Réaume⁴⁸, sostiene che, sebbene il principio di eguaglianza poggi sul fondamento del riconoscimento dell'eguale valore morale delle persone, sull'interesse di tutti ad essere trattati con dignità 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 valori⁴⁹. Per Réaume, tutti i soggetti sono dotati di eguale valore morale e 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'autonomia⁵⁰.

47. Ivi, p. 194.

48. D. RÉAUME, *Dignity, Equality, and Comparison* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 7–27.

49. Ivi, p. 8.

50. Ivi, pp. 12–21. Réaume propone un metodo costruttivista per riempire di contenuto il principio di eguaglianza. Il metodo che propone Réaume è ispirato all'argomento di Waldron che i diritti umani siano il risultato dell'attribuzione a tutti, per estensione, di un unico rango, quello aristocratico, riconoscendo così a tutti la dignità e le prerogative che in una società divisa in classi con status diversi e gerarchicamente strutturati erano attribuite alle persone con rango più alto. J. WALDRON, W.C. DIMOCK, D. HERZOG, M. ROSEN, M. DAN-COHEN (a cura di), *Dignity, Rank and Rights*, The Berkeley Tanner Lectures, Oxford University Press, New York 2012; si veda anche D. RÉAUME, *Discrimination and Dignity*, «Louisiana Law Review», vol. LXIII, 2003, p. 645, ristampato in F. FARADAY, M. DENIKE, K.M. STEPNESEN (a cura di), *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality Under the Charter*, Irwin Law, Toronto 2006, pp. 123–177.

Altre obiezioni contro le tesi egualitarie sono avanzate da Suzanne Golberg⁵¹ e da Hugh Collins⁵², e anche se Collins non rigetta del tutto il legame concettuale tra diritto antidiscriminatorio ed eguaglianza.

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 al soggetto A 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 termine di comparazione per accertare la disegualianza nel trattamento, perché i giudizi in materia di discriminazione non sono giudizi sull'eguaglianza⁵³. 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 le istanze in cui è maggiormente difficile individuare il termine di paragone o *comparator*: i casi in cui la

51. S.B. GOLDBERG, *Discrimination by Comparison*, «Yale Law Journal», vol. CXX, n. 4, 2011, pp. 728–812.

52. H. COLLINS, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, «The Modern Law Review», vol. LXVI, n. 1, 2003, pp. 16–43.

53. D. RÉAUME, *Dignity, Equality, and Comparison* in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013; si veda anche E. HOLMES, *Anti-Discrimination Rights without Equality*, cit., 2005; S. MOREAU, *Equality, Rights and the Relevance of Comparator Groups*, «Justice, Law and Equality», vol. V, 2006, pp. 81–101. A. TIMMER, *Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights*, «Human Rights Law Review», vol. XI, n. 4, pp. 707–738; S. ATREY, *Comparison in intersectional discrimination*, «Legal Studies», vol. XXXVIII, 2018, pp. 379–395. D. POTHIER, *Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Experiences*, «Canadian Journal of Women and Law», vol. XXXVII, 2001, pp. 37–73.

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; ed i casi di discriminazione intersezionale, in cui più fattori di protezione interagiscono simultaneamente e concorrono a determinare il trattamento svantaggioso (si veda *supra* paragrafo 2.6.). 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 intersezionale.

3.4. Teorie basate sulla libertà

Le teorie secondo cui la giustificazione del diritto antidiscriminatorio si basa sulla libertà⁵⁴ o liberali hanno come presupposto specifiche concezioni della libertà (o delle libertà), o dell'autonomia, ed 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 minore⁵⁵. L'approccio delle teorie basate sulla libertà è di tipo non comparativo. Le teorie liberali hanno avuto successo più recentemente rispetto 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 usata a difesa della libertà, per accordare protezione dalla discriminazione, più sovente

54. J. GARDNER, *On the Ground of Her Sex(uality)*, cit., 1998; S. MOREAU, *What is Discrimination?*, cit., 2010, pp. 143-179; K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, «Harvard Law Review», vol. CXXIV, pp. 747-803.

55. 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., 2015, p. 7). Tra queste R. ANDERSON, *Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 87-111; H. COLLINS, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, cit., 2001, pp. 16-43.

coperta invece dalla clausola *equal protection of the laws* (XIV emendamento), più tradizionalmente interpretata come garanzia dell'egualianza⁵⁶. In questo passaggio, la Corte ha spostato l'attenzione dalla tutela dei gruppi alla tutela dell'individuo, perché nel contesto nazionale la libertà (o autonomia) viene interpretata come già nozione di carattere eminentemente individuale⁵⁷.

Una delle tesi che fonda il divieto di discriminare sul valore liberale dell'autonomia è sostenuta, come anticipato, da John Gardner (si veda *supra* paragrafo 3.2.), 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 Wintemute⁵⁸ i criteri per stabilire quando la discriminazione è intollerabile, che consistono nell'impiego di due test: il criterio dello status immutabile ed il criterio della scelta fondamentale. L'indicazione normativa, rinvenuta nella giurisprudenza delle Corti supreme o internazionali delle giurisdizioni 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 fondamentale della persona⁵⁹. 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

56. D. HELLMAN, *Equality and Unconstitutional Discrimination* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, p. 53.

57. Rispetto al contesto internazionale in cui sono più usate anche le interpretazioni del concetto applicato a gruppi ed entità collettive, ad esempio rispetto alla nozione di "autodeterminazione dei popoli".

58. R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 1993. Wintemute testa (alla luce dell'interpretazione della Costituzione degli Stati Uniti D'America, la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali; e la 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.

59. J. GARDNER, *On the Ground of Her Sex(uality)*, cit., 1998, pp. 169-171.

soggetto possa scegliere)⁶⁰. 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 di valore tra un insieme adeguato di opzioni⁶¹. Questo elemento comune secondo Gardner, elimina l'apparente contraddittorietà dei due termini. La discriminazione è per Gardner, un'indebita ingerenza delle scelte di altri sulle scelte di un individuo, del tutto intollerabile quando si basa su tratti e fattori 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 marcatamente 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) 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: «[d]iscrimination on grounds of fundamental choices can, in appropriate contexts, be wrongful even when there are real reasons for engaging in such discrimination»⁶².

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'obiezione 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 donne⁶³. È quantomeno

60. «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, p. 171).

61. Ivi, p. 170.

62. Ivi, p. 171.

63. 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* avesse titolo all'indennità di maternità (*Jessy Saint Prix v. Secretary of State for Work and Pensions*, [2013] 1 All ER 752, [2012] UKSC 49).

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 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 di 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 opzione fondamentale della sua vita di realizzarsi attraverso le gioie di 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 in astratto 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 donna⁶⁴ in concreto ed in senso stretto. Così anche la sessualità è

un aspetto positivo della personalità umana, e 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.⁶⁵

64. J. GARDNER, *On the Ground of Her Sex(uality)*, cit., 1998, p. 171, nota n. 9.

65. Ivi, pp. 162-173.

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 razionalità⁶⁶ (si veda la trattazione dell'argomento della razionalità *supra* paragrafo 3.2. in questo capitolo).

Un altro approccio interessante 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»⁶⁷. Dunque, non solo bisogna rispettare le scelte degli individui in quanto autonomi, ma anche astenersi dal «make predictions about her choices in ways that demean the role of her autonomous agency in making up her own mind»⁶⁸. L'ingiustizia della discriminazione sta dunque nel non rispettare le scelte che una persona ha fatto per la sua stessa vita e nell'escludere quella persona sulla base di un tratto socialmente saliente.

Sophia Moreau difende la tesi liberale ed individua il male morale della discriminazione nel fatto che questa mina l'eguaglianza di opportunità ed il diritto ad 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»⁶⁹. 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»⁷⁰. Dal punto di vista normativo, l'argomento centrale è che nessuna limitazione che si basi su un ele-

66. Ivi, p. 174.

67. B. EIDELSON, *Treating People as Individuals* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 203–227, 204.

68. Ivi, p. 205.

69. S. MOREAU, *What is Discrimination?*, cit., 2010, pp. 143–179, 179.

70. S. MOREAU, *In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 71–86, 81; si veda pure S. MOREAU, *What is Discrimination?*, cit., 2010.

mento 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 deliberative⁷¹.

Secondo Moreau, questo modo di intendere il diritto antidiscriminatorio è idoneo a dare conto della sua struttura nel diritto positivo vigente a livello sistemico. 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 ad essere sottoposto ad "undue hardship", in certi casi sollevando l'imprenditore dal conformarsi agli "accommodation requirements" ove questo fosse troppo oneroso⁷².

A partire dalla constatazione che il diritto antidiscriminatorio concede azioni individuali ai soggetti discriminati, Moreau ritiene che la violazione dell'atto discriminatorio sia del tipo "illecito civile" ("tort")⁷³. 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

71. «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* in D. HELLMAN, S. MOREAU, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, p. 82.

72. Ad esempio le leggi che prevedono "accommodation requirements" negli Stati Uniti d'America. S. MOREAU, *What is Discrimination*, cit., pp. 148, 150.

73. Ivi, p. 146.

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, come nel diritto dei torti il soggetto è responsabile dell'illecito, può essere risolta soltanto analizzando i fatti alla luce del diritto caso per caso⁷⁴.

Secondo Moreau, nel contesto delle società liberali, il diritto di ogni persona al pieno godimento delle libertà fondamentali, ed 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 rilevanti o determinanti nella deliberazione razionale che porta il soggetto ad effettuare le sue scelte⁷⁵. 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 considerati come *costi*⁷⁶. Se pure, spiega Moreau, la religione può costituire per l'individuo una ragione 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 conclusiva o concorrente che preclude 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.⁷⁷

74. Ivi, p. 159.

75. S. MOREAU, *What is Discrimination?*, cit., 2010, p. 147.

76. *Ibidem*.

77. Ivi, p. 149.

Non solo non deve essere limitata la possibilità di scelta, ma questa deve essere *effettivamente possibile*, non soltanto *astrattamente pensabile*⁷⁸. 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 tesi subisce una discriminazione sulla base del sesso perché la sua libertà deliberativa è ingiustamente limitata⁷⁹.

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 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 o un altro 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 spazi 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

78. Ivi, p. 171.

79. 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 l. 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.

che gli avventori abituali di alcuni servizi 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 (l'età o le opinioni, o le credenze religiose), come anche i risultati di scelte pregresse (ad esempio la gravidanza o la maternità/paternità).

Il diritto alla titolarità delle libertà fondamentali è un diritto che ciascun consociato ha allo stesso modo ed indipendentemente dagli altri; si tratta di un «equal independent entitlement»⁸⁰ e deve essere soggetto a limitazioni⁸¹.

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»⁸². Per Moreau, godere della libertà deliberativa significa avere la libertà di prendere delle decisioni su cose che davvero si ha l'opportunità reale di scegliere. Quindi l'aver l'opportunità effettiva di scegliere una certa cosa è il presupposto della deliberazione in merito alla determinazione 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

80. S. MOREAU, *What is Discrimination?*, cit., 2010, p. 152.

81. 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), oppure di un limite più stringente? La teoria su questo punto necessiterebbe di precisazioni.

82. S. MOREAU, *What is Discrimination?*, cit., 2012, p. 170, corsivo aggiunto.

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 ed altri valori importanti⁸³. 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 sesso⁸⁴, 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 Moreau⁸⁵.

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 members of these clubs»⁸⁶. Questo è un punto interessante ma è solo accennato da Moreau, e non argomentato ulteriormente.

Un limite significativo della teoria in discorso 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

83. Ivi, p. 163.

84. Sull'eccezione prevista per le organizzazioni di tendenza si veda *supra* capitolo secondo, paragrafo 2.4.

85. Cfr. Ivi, pp. 160 e ss.

86. Ivi, p. 163.

gli avventori, mossi da pregiudizi, smetterebbero di frequentarlo nel caso in cui fosse aperto anche ai migranti, o ai neri, o alle donne, quali libertà deliberative devono prevalere: quelle del soggetto discriminato o di quello discriminatore? Moreau risponde che il criterio in questo caso debba essere restrittivo, e 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 da un pregiudizio dei cittadini. Questa obiezione, seppure ragionevole, sembra elusiva, e 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, o la sistematica esclusione da opportunità, o il trattare queste persone come inferiori, tutti elementi che fanno riferimento ad un certo tipo di ingiustizia o come violazione dell'eguaglianza o come violazione dell'eguale valore morale degli individui.

Le obiezioni principali alle teorie basate sulla libertà si concentrano sul fatto che non in tutti i casi di discriminazione è ravvisabile la limitazione della libertà personale, sul fatto che anche i gruppi omologhi a quelli svantaggiati ed i soggetti più privilegiati all'interno dei gruppi discriminati sono protetti dal diritto antidiscriminatorio, pur essendo categorie di persone la cui libertà non è a rischio di ingiuste limitazioni⁸⁷.

Inoltre, dire che si hanno certe libertà fondamentali che devono essere garantite a tutti e che perciò tutti devono essere liberi dal considerare come costi nella deliberazione morale non è un criterio sufficientemente specifico per individuare un atto discriminatorio e

87. M. SHAPIRO, *Enforcing Respect: Liberalism, Perfectionism, and Antidiscrimination Law*, Università di Oxford, 2012, pp. 81–82. K.R. EYER, *Marriage This Term: On Liberty and the “New Equal Protection”*, «UCLA Law Review Discourse», vol. LX, n. 2, 2012, pp. 2–14.

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 o conaturati 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 esserlo⁸⁸.

La teoria è troppo vaga nella sua formulazione attuale per permettere di distinguere le violazioni delle libertà fondamentali che ammontano a discriminazione ingiusta da quelle causate ad esempio da ingerenze di altro tipo. Dunque non fornisce un criterio chiaro per individuare cosa costituisca discriminazione e quando questa vada proibita. La teoria inoltre 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 ecc...) da quelle legate al divieto di trattamento svantaggioso sulla base di un tratto protetto, che è l’elemento specifico del diritto antidiscriminatorio⁸⁹.

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

88. S. MOREAU, *What is Discrimination?*, cit., 2010, pp. 152–153.

89. Ivi, p. 159–160.

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'evasiva 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 libertà in competizione, quella del discriminato e quella del discriminatore, 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 sulla libertà sono soggette alla *levelling down objection*. Se tutti hanno diritto alla stessa libertà deliberativa, allora per evitare che possa essere considerato discriminatorio che sia concesso un beneficio ad un gruppo e non agli altri, si potrebbe pensare che la soluzione sia di non attribuire a nessuno quel determinato beneficio. Moreau, risponde all'obiezione in modo simile a Holmes (si veda paragrafo precedente in questo capitolo), 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 sopra menzionate, 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 rispetto. Secondo le teorie basate sulla libertà, la protezione giuridica dalla discriminazione sarebbe dunque 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 implicherebbe le diverse concezioni della libertà⁹⁰. Si tratterebbe dunque di due modi diversi di interpretare l'eguaglianza. In entrambi i casi, per stabilire se

90. 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. 2013, pp. 71–86.

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 fonda su principi meno controversi ("thinner") di una teoria non comparativa basata sulla libertà. L'approccio comparativo sarebbe per questo da preferire, e la teoria basata sull'eguaglianza offrirebbe una migliore spiegazione teorica per la discriminazione incostituzionale⁹¹, e 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.

3.5. Teorie "espressiviste"

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 Hellman. 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 morale⁹²:

[T]he inherent dignity and worth of all person 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

91. Invece la fondazione del diritto antidiscriminatorio basata 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. D. HELLMAN, *Equality and Unconstitutional Discrimination* in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., 2013, p. 69.

92. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011, p. 6.

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.⁹³

Il punto è, per Hellman, che le classificazioni, le regole e le azioni possono violare questo principio. In particolare, Hellman mette a fuoco il pericolo delle classificazioni discriminatorie. Classificare, distinguere, non è in sé un'ingiustizia. Tuttavia, nota Hellman, alcune classificazioni o distinzioni sono arbitrarie, sbagliate, discutibili e perfino ingiuste, ma non istanziano la specifica ingiustizia morale della discriminazione. Altre invece sono discriminatorie. Stando così le cose, come si può individuare la discriminazione ingiusta? Questo problema è quello che Hellman definisce *discrimination puzzle*.

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 significato 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 senso, una certa salienza, alla luce del contesto. Se la classificazione ha un 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 o ghettizzazione 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 agli edifici, programmi, qualificazioni e salari degli insegnanti, insieme ad altri fattori materiali, così da apparire "eguali" ed offrire

93. *Ibidem*.

pari livello di istruzione agli allievi bianchi e neri, tuttavia: «[s]egregated public schools are not “equal” and cannot be made “equal” »⁹⁴.

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 decisa nel 1896 in materia di trasporto pubblico) secondo cui la segregazione razziale dei neri non avrebbe istanziato una violazione del XIV Emendamento (“equal protection clause”), a patto che i neri riceversero 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 ».

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 Helman 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 delle pari opportunità in materia di istruzione, assumendo che le strutture ed 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

94. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

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. (...) such segregation is a denial of the equal protection of the laws.

Secondo i passaggi dell'argomentazione della corte 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 l'essere costretti a frequentare scuole diverse rispetto ai bambini bianchi solo per il colore della pelle inocula nei bimbi di colore l'idea che una giustificazione per questa separazione ci debba pure 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, e questo rende ancora più intensa 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 se fosse moralmente inferiore.

Dunque, la discriminazione ingiusta consiste in una classificazione, regola, o pratica 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 di tipo oggettiva. 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. Nemmeno l'intenzione del

discriminatore o le ragioni dell'atto sono rilevanti: il disvalore morale è *oggettivo*.

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 ad una storia di soggiogamento del gruppo di individui che le posseggono e allo status inferiore che il gruppo mantiene nei confronti degli altri nella società. Questi fattori, permettono individuare un trattamento come sminuente, denigratorio, in relazione a quel tratto alla luce del contesto specifico. Un esempio particolarmente illustrativo è quello dei detenuti di colore che in Sudafrica durante l'apartheid erano costretti ad indossare i calzoncini corti nelle prigioni di Stato. Non c'è nulla di denigratorio, in astratto, nel richiedere ai detenuti di indossare i calzoncini corti, specialmente in un luogo in cui le temperature possono essere anche molto alte. Tuttavia, imporre ai detenuti di colore la divisa con i calzoncini 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 l'ambiente, 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 calzoncini 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. Per questa ragione, questa teoria è stata denominata “espressivista”⁹⁵.

Hellman indica alcuni criteri che servono ad individuare l'atto discriminatorio. Innanzi tutto, come si è detto, il tratto a motivo del

95. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011; D. HELLMAN, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, cit., 2000; E. ANDERSON, R. PILDES, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, cit., 2000; 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., 2013, p. 72.

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 come si è detto 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 di persone lo possiedono. Questi fattori rendono le distinzioni operate su quella base potenzialmente impermissibili⁹⁶. 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, per le stesse mansioni, sono comparativamente meno rappresentate rispetto agli uomini negli organi decisionali e di vertice sia nell’ambito privato sia in quello pubblico, sono penalizzate nella vita lavorativa, sono più frequentemente 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, che in diritto corrisponde alla caratteristica protetta “sesso” o “genere”, 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.⁹⁷

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 indicatori della presenza della discriminazione. Uno è la natura della relazione tra il discriminatore ed il discrimina-

96. D. HELLMAN, *When is Discrimination Wrong?*, cit., 2011, p. 14.

97. *Ivi*, p. 15.

to, intendendo per discriminatore l'emissario del messaggio con cui si traccia la distinzione, sia esso privato o pubblico, ed a prescindere dal fatto che e 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, avrà un potenziale più elevato di sminuire l'eguale valore morale della persona interessata. Il potere detenuto da chi ha autorità su un altro amplifica la portata discriminatoria di un atto, perché lo rende maggiormente idoneo ad 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 ad un identico atto linguistico espresso, ad esempio, da un collega, che è suo 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 in ambito pubblico: 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 con caratteristiche socialmente e storicamente salienti. 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 discrimi-

minatoria 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 queste teorie è la loro difficoltà a rendere ragione di tutti gli aspetti del diritto antidiscriminatorio a livello sistemico, e per questo motivo necessiterebbero di elaborazione ulteriore in maniera riflessiva rispetto all'effettiva configurazione degli strumenti di diritto positivo.

3.6. 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 elaborato 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 insufficienze teoriche di cui si è parlato finora, ma anche di individuare le idiosincrasie tra i livelli di indagine teorico, sistemico 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 diversi ordinamenti tra loro giudicati come comparabili rispetto ai detti istituti, che comprende le giurisdizioni di *common law* di Canada, India, Sudafrica, Regno Unito e Stati Uniti d'America, e indirettamente, tramite l'inclusione del Regno Unito, anche dei sistemi del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. Questa ricerca 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'elaborazione della teoria del diritto anti-discriminatorio che verrà qui denominata pluralista.

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 che lui denomina egualitarie, liberali e dignitarie sta, per Khaitan, nel cercare un fondamento unico al diritto antidiscriminatorio, senza distinguere le domande teoriche che questo pone. Per questo, sulla scia di una distinzione Hartiana⁹⁸ l'autore distingue le questioni fondamentali che stanno alla base di una teoria del diritto antidiscriminatorio ed i diversi livelli a cui si collocano, proponendo di trovare una giustificazione pluralista, in cui diversi valori rispondono a domande diverse⁹⁹. 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 ad 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 attribuisca 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 col-

98. Khaitan espressamente indica Hart come l'ispiratore di questa considerazione, ed 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*, «Proceedings of the Aristotelian society», vol. I, 1960, p. 3, corsivo in originale.

99. Tale indicazione sarà seguita da Moreau nell'elaborazione del suo nuovo libro sulla discriminazione, in fase di pubblicazione.

loca tra il livello teorico e quello delle singole dispute nella pratica concreta del diritto¹⁰⁰. L'indagine a livello intermedio porta a concludere che esiste un fenomeno sufficientemente omogeneo da fare ricostruire un «legal model of discrimination law»¹⁰¹. 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 teoria¹⁰².

Khaitan individua poi quattro gruppi, grappoli, insieme, di beni fondamentali, definiti come beni a cui ognuno deve accedere con sicurezza per essere messo in grado di vivere la propria vita realizzando se stesso. Questi quattro gruppi di beni riguardano: la soddisfazione dei propri bisogni biologici; le libertà negative; un range adeguato di opportunità valide; e un certo livello di rispetto per se stessi¹⁰³. 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 moralmente irrilevanti o significative)»¹⁰⁴.

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, un gruppo affine a quello delle donne è quello degli uomini, un gruppo affine a quello dei disabili è quello dei normodotati, e così via).

Secondo Khaitan, lo svantaggio relativo in cui si trova un gruppo rispetto ad un altro è moralmente rilevante perché impedisce l'ac-

100. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, pp. 9–11.

101. Ivi, p. 17.

102. Ivi, pp. 45–88.

103. Ivi, pp. 18, 91–116.

104. Ivi, p. 18.

cesso sicuro, non precario, ai beni di base sopra menzionati (la soddisfazione dei propri bisogni biologici; le libertà negative; un range adeguato di opportunità valide; e un certo livello di rispetto per se stessi) e a causa di questo accesso limitato o instabile colpisce negativamente, riduce, limita, restringe l'abilità dei membri del gruppo svantaggiato di essere liberi¹⁰⁵. 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 o astratto accesso ai beni: questo infatti deve essere stabile, cioè gli individui devono essere liberi dal timore ragionevole di perderlo¹⁰⁶.

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'individuo¹⁰⁷. In una situazione di sbilanciamento di potere in cui un gruppo è soggiogato da un altro, vi è il rischio di essere soggetti ad 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 di eliminare lo svantaggio relativo del gruppo dominato in modo che i suoi membri possano essere liberi dalle interferenze nella sfera della loro volontà ad opera del surplus di potere del gruppo dominante, ovvero:

105. Ivi, p. 122.

106. Ivi, p. 122.

107. I. BERLIN, *Two Concepts of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1958.

[To r]educe 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.¹⁰⁸

Secondo Khaitan il set di beni fondamentali che entrano in gioco quando si cerca la ragion d'essere del diritto antidiscriminatorio sono marcatamente liberali. 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.¹⁰⁹

La teoria di Khaitan è da lui stesso definita «sufficientarian, and compatible with prioritarianism»¹¹⁰. Il diritto antidiscriminatorio, secondo questa posizione, trova la sua giustificazione (nel senso di scopo, fine, obiettivo), nell'assicurarsi «che ognuno abbia abbastanza per essere libero, e che quelli che sono sommamente non liberi meritano un'attenzione speciale».

108. T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, cit., 2015, p. 129.

109. Ivi, p. 129.

110. Ivi, p. 132.

Conclusioni

Il fine che quest'opera si è prefissato è quello di 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 afferma che la garanzia delle parità di opportunità, o il ripristino di eguali posizioni di partenza nella competizione per i beni, le risorse, le posizioni di privilegio, sia 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 edificare la propria esistenza, come realizzare se stessi ed 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 qualcosa 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 ed a una spiegazione di tutte le sue le 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* con 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 (C. sup. USA, 2015 Slip Opinion, p. 19).

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, sminuendole, sia all'argomento basato sull'eguaglianza perché non permette che godano dello stesso trattamento che la

legge riserva alle coppie eterosessuali, sia all'argomento basato sulla libertà, perché riduce il ventaglio delle loro scelte¹.

Il problema è l'insufficienza di ognuna di queste teorie o prospettive a spiegare il fenomeno giuridico della discriminazione nel suo complesso. Alcuni aspetti, cioè, del diritto antidiscriminatorio vigente rimangono opachi se si adotta una teoria o l'altra. Per questa ragione, l'approccio pluralista multilivello inaugurato da Khaitan alla giustificazione del diritto antidiscriminatorio sembra promettente. Le diverse tesi o prospettive teoriche sul perché la discriminazione è ingiusta potrebbero tutte concorrere a fondare il 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; svantaggio o danno,

1. In modo simile, la Corte costituzionale utilizza sia l'argomento basato 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 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”» (C. cost., sent. 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». Cass., s.u., n. 7186, sent. 30 marzo 2011.

possano, almeno in parte, essere conciliate lavorando su più livelli di giustificazione².

Nel corso della trattazione sono emerse delle tematiche trasversali di fondo. La prima concerne l'interazione tra individuo e gruppi e la rilevanza di questa relazione 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 accomunato dallo stesso tratto (genere, colore della pelle, ecc...) 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, e in generale lo status di un soggetto in quanto appartenente ad un gruppo definito dal tratto saliente così da esercitare potere su questo: un potere che si può esplicare 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 italia-

2. Un tentativo è stato fatto da P. SHIN, *Is there a Unitary Concept of Discrimination?* in D. HELLMAN, S. MOREAU (a cura di), *Philosophical Foundation of Discrimination Law*, cit., 2013, pp. 163-181. S. RE'EM, *Making Sense of Discrimination*, «Ratio Juris», vol. XXVII, n. 1, pp. 47-78.

ne) 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 in macrodinamiche come il colonialismo, la divisione in caste, il capolarato, che anche in 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 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:

- a) la generalizzazione impropria o arbitraria, che può consistere nella indebita attribuzione di certe caratteristiche negative a chi ne possiede altre in sé inerti, secondo il meccanismo dello stereotipo e del pregiudizio;
- 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 rappresentare a se stessi 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. 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 che come conseguenza.

Al termine di questa breve ricognizione, le prospettive di indagine 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 di 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 ad una unità di misura, la conformità alla quale acquista connotazioni valutative per cui «[e]guale significa *degno*, mentre “diverso” significa *inferiore*»³. Sembrerebbe profilarsi l’ipotesi, da investigare, che il diritto antidiscriminatorio miri a proteggere la differenza, più e oltre che l’eguaglianza e la libertà, una differenza a cui si attribuisce un valore positivo.

Un’altra direzione investigativa è l’analisi del livello intermedio o sistemico. Le diverse 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 ed 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 ad 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 elaborare una teoria del 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 nei casi in cui il diritto discrimina per omissione, cioè perché ha previsto male, o non ha pre-

3. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch (a cura di), cit., 2005 p. 203, corsivo in originale.

visto, aprendo così la strada ad un illegittimo trattamento discriminatorio. In particolare, sembra necessario uno studio argomentativo che indaghi 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 tratti 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 non sono rilevate 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 al lavoro che avviene in varie forme, e che è, la maggior parte delle volte, tollerata anche dalle donne che ne sono soggette e dalle colleghe, oltre che dai colleghi, oppure alla mancata attenzione alle esigenze dei disabili da parte delle P.A. che non provvedono a predisporre misure per il superamento delle barriere architettoniche. Questo fenomeno è stato spiegato da James Baldwin⁴, 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

4. J. BALDWIN, *The Fire Next Time*, Vintage, New York 1993. The Cambridge Union, Cambridge University UK, “Has the American Dream Been Achieved at the Expense of the American Negroes? Debate between James Baldwin v. William F. Buckley Jr”.

spetta 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 facendo valere la sua doglianza in giudizio. Senza necessariamente imbarcarsi in indagini sociologiche per dimostrare questo assunto, basti un esempio, conclamato, e cioè la differenza del trattamento retributivo tra donne ed 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 regola⁵. 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, ecc... 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 rimangono nell'ombra perché non vengono riconosciuti come ingiustizia, oppure vengono ingiustamente tollerati dalla maggior parte dei consociati.

La seconda ragione per cui è necessaria una riflessione sull'argomento antidiscriminatorio è che l'individuazione e la qualificazione di una pratica, criterio o politica come discriminatori, richiede che si portino ragioni che spieghino come mai quella specifica 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.

In tutti questi casi l'argomentazione del difensore è decisiva, prima ancora che la motivazione del giudice, perché che l'ingiustizia

5. P. COY, E. DWOSKIN, *Shortchanged: Why Women Get Paid Less Than Men*, «Bloomberg Businessweek», 25 giugno 2012, p. 1.

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 ad un gruppo che possiede una caratteristica protetta, come nel caso della discriminazione indiretta. 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 delle ragioni 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, è necessario indagare in modo rigoroso il nesso tra discriminazione e vulnerabilità.

Tutto questo fa parte del diritto antidiscriminatorio e per questo merita di essere studiato ed 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.

AREE SCIENTIFICO–DISCIPLINARI

AREA 01 – Scienze matematiche e informatiche

AREA 02 – Scienze fisiche

AREA 03 – Scienze chimiche

AREA 04 – Scienze della terra

AREA 05 – Scienze biologiche

AREA 06 – Scienze mediche

AREA 07 – Scienze agrarie e veterinarie

AREA 08 – Ingegneria civile e architettura

AREA 09 – Ingegneria industriale e dell'informazione

AREA 10 – Scienze dell'antichità, filologico–letterarie e storico–artistiche

area 11 – Scienze storiche, filosofiche, pedagogiche e psicologiche

AREA 12 – **Scienze giuridiche**

AREA 13 – Scienze economiche e statistiche

AREA 14 – Scienze politiche e sociali

AREA 15 – Scienze teologico–religiose

Il catalogo delle pubblicazioni di Aracne editrice è su

www.aracneeditrice.it

Finito di stampare nel mese di agosto del 2019
dalla tipografia «The Factory S.r.l.»
00156 Roma – via Tiburtina, 912
per conto della «Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale» di Canterano (RM)