



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO –
BICOCCA**

**SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE
GIURIDICHE**

***CURRICULUM* IN ISTITUZIONI, DIRITTI E RELIGIONI:
PROFILI DI DIRITTO COSTITUZIONALE ITALIANO, COMPARATO ED
ECCLESIASTICO**

**DIFFIDANDO DELL'EGUAGLIANZA
GLI EFFETTI COLLATERALI DELLA TUTELA
ANTIDISCRIMINATORIA**

LUCA GIACOMELLI

Matricola: 760886

XXVII Ciclo – a.a. 2013/2014

INDICE

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO I	15
1. POSSIAMO FARE A MENO DELL'EGUAGLIANZA?	15
2. LA GRAMMATICA DELL'EGUAGLIANZA: RIAFFERMARNE IL VALORE NELLA COMPLESSITÀ E PLURALITÀ DELLE SUE FORMULAZIONI	31
2.1 EGUAGLIANZA DESCRITTIVA, PRESCRITTIVA E IL CONCETTO DI «SAMENESS»	34
2.2 L'EQUIVOCITÀ DELLE CATEGORIE DELL'EGUAGLIANZA FORMALE E DI QUELLA SOSTANZIALE	42
3. VERSO EGUAGLIANZE SEMPRE MENO 'FORMALI'	56
4. LA SCOPERTA DELLA DIFFERENZA. UNA DICOTOMIA DA SUPERARE	72
5. DISCRIMINAZIONE, SUBORDINAZIONE E STIGMATIZZAZIONE. QUALCHE PRECISAZIONE LESSICALE	87
CAPITOLO II	99
1. LA TECNICA ANTIDISCRIMINATORIA E LA CIRCOLAZIONE DEI MODELLI GIURIDICI: GLI INGREDIENTI DI UN SUCCESSO GLOBALE	99
2. UNA 'BREVE' STORIA DELL'EGUAGLIANZA NEGLI STATI UNITI: DALLA RAGIONEVOLEZZA ALLA DOTTRINA DELLE CLASSIFICAZIONI 'SOSPETTE'	108
2.1 LE DECLINAZIONI DELL'EGUAGLIANZA NEL DIBATTITO AMERICANO: TRA <i>ANTI-</i> <i>DISCRIMINATION</i> E <i>ANTI-SUBORDINATION PRINCIPLE</i>	122
2.2 LA PREVALENZA DELL'APPROCCIO ANTIDISCRIMINATORIO: CLASSIFICAZIONE DELLE DIFFERENZE E ' <i>BLIND AUDITIONS</i> '	138
2.3 <i>DISPARATE IMPACT</i> E <i>AFFIRMATIVE ACTIONS</i> : LIMITI E CONTRADDIZIONI	152
3. IL SISTEMA AMERICANO DI TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA: UN MODELLO IN CRISI?	167
CAPITOLO III	180
SEZIONE PRIMA	181
1. LA CONTAMINAZIONE DEI MODELLI: L'ESPERIENZA INGLESE COME PONTE DI COLLEGAMENTO CON IL MODELLO ANTIDISCRIMINATORIO AMERICANO	181

2. IL MODELLO ‘EUROPEO’ DI TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA: DAI SINGOLI DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE ALL’AFFERMAZIONE DI UN GENERALE PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO NELL’ORDINAMENTO COMUNITARIO	198
2.1 LA ‘NUOVA’ STAGIONE ANTIDISCRIMINATORIA DOPO AMSTERDAM: L’ESTENSIONE DEI DIVIETI E L’AFFERMAZIONE DEI PRINCIPI	218
3. EGUAGLIANZA E NON DISCRIMINAZIONE NEL SISTEMA DELLA CEDU E LA CONVERGENZA CON IL SISTEMA COMUNITARIO.....	229
SEZIONE SECONDA.....	240
1. CATEGORIE ‘PROTETTE’ E RILEVANZA GIURIDICA DEI CONCETTI: ‘MARCATO’ E ‘NON MARCATO’	240
1.2 <i>SEGUE</i> . IL CONCETTO DI DISCRIMINAZIONE COME CONDOTTA IMPUTABILE INDIVIDUALMENTE	246
1.3 <i>SEGUE</i> . LA NON CONSIDERAZIONE DELLE DISCRIMINAZIONI MULTIPLE. L’INTERSEZIONALITÀ	252
1.4 <i>SEGUE</i> . QUALCHE <i>CAVEAT</i> SUGLI STRUMENTI ANTIDISCRIMINATORI: L’EFFETTO <i>BOOMERANG</i> DELL’AZIONE POSITIVA.....	258
2. GLI ESEMPI DELL’INTERSESSUALITÀ E DEL TRANSGENDERISMO: IL DILEMMA DELLA DIFFERENZA.....	269
3. VERSO UNA UNIVERSALIZZAZIONE DELLE TUTELE ANTIDISCRIMINATORIE: IL VALORE DELLA DIGNITÀ	288
BIBLIOGRAFIA	300
SENTENZE CITATE	317

INTRODUZIONE

*L'eguaglianza è più che mai un'idea-forza della nostra epoca;
e forse appunto per continuare ad essere un'idea-forza
si sottrae alla necessità di essere un'idea chiara.*

(V. MATHIEU, *L'eguaglianza giuridica*, 1978)

Dalla teoria alla pratica l'eguaglianza è sempre un rompicapo. Di cosa parliamo, quando discorriamo di questo principio? Eguaglianza aritmetica o proporzionale, secondo la definizione aristotelica? Nei punti di partenza o nei punti d'arrivo? Verso l'alto o verso il basso? Formale o sostanziale? A lungo si è dibattuto di eguaglianza, sin quasi all'abuso. In tutte le definizioni che si sono succedute, in tutti i significati che si sono sovrapposti, come spesso accade, c'è qualcosa di vero e qualcosa di improbabile. Le speculazioni sul significato, sul contenuto e sul valore da attribuire all'eguaglianza hanno fatto persino dubitare della sua utilità giuridica. Proprio la non univocità dei concetti e delle categorie che la compongono costringono ad assumere un atteggiamento diffidente nei confronti dell'eguaglianza. Diffidenza tanto delle posizioni negative più estreme, di chi la definisce un'idea vuota, una retorica che dovrebbe essere abbandonata, tanto delle posizioni più ottimistiche e acritiche, di chi invece legge nell'affermarsi del diritto antidiscriminatorio la sua esauriente realizzazione. Un siffatto approccio, pur nella sua ambivalenza, contribuisce a problematizzare le questioni dell'eguaglianza e della differenza e a ridefinire il ruolo stesso del

pensiero giuridico, nella sua capacità di maneggiare gli strumenti per la tutela e la valorizzazione dei significati che tali nozioni richiamano.

La sfida, quindi, è quella di ripensare criticamente l'eguaglianza giuridica come concetto, come fine e come valore. L'eguaglianza va presa sul serio, per usare le parole di Letizia Gianformaggio, dovendosi configurare come l'eguale diritto alle proprie differenze, che fanno di ciascuna persona un individuo diverso dagli altri e di ogni individuo una persona come tutte le altre. Il significato del principio di eguaglianza è più volte cambiato nel corso della storia: a partire dalle Rivoluzioni francese e americana, quando nasce il principio di eguaglianza nella sua accezione moderna, si è poi progressivamente consumato il passaggio da un'eguaglianza intesa solamente in senso formale, eguaglianza innanzi alla legge e parità astratta di trattamento, ad un'eguaglianza intesa in senso sostanziale, e probabilmente anche, oltre a questo, a una ricerca dell'eguaglianza nelle condizioni sociali, talvolta traducibile nella garanzia stessa dei risultati. Eppure, nonostante la progressiva evoluzione, tale principio è stato di volta in volta affermato, al tempo stesso violato, e affermato di nuovo e ciò in forza della sua originaria, intrinseca ed ineliminabile ambiguità. Basti pensare, per esempio, alla continua trasformazione del linguaggio e delle immagini che accompagnano il principio giuridico di eguaglianza: mentre in passato lo si accostava a immagini di appianamento dei dislivelli verticali, di soppressione di differenze tra alto e basso, più recentemente esso viene descritto con le immagini di ingresso e uscita, di inclusione ed esclusione. Come se la struttura democratica fosse caratterizzata da un perimetro e da un confine che periodicamente tende ad allargarsi, assorbendovi chi era rimasto fuori o chi per la prima volta richiede di entrarvi.

Lo sforzo di attribuire un significato e un contenuto condivisi a un principio non autonomo, e certamente controverso, quale quello dell'eguaglianza si è per lo più riversato in quel complesso di norme che vanno sotto il nome di diritto antidiscriminatorio. L'affermarsi del paradigma antidiscriminatorio, attraverso il quale si è tentato di dare una risposta a questi quesiti, ha spostato tutta l'attenzione intorno alle nozioni di discriminazione e parità di trattamento, intrecciando rivendicazioni di riconoscimento e di redistribuzione, di integrazione e marginalizzazione, di dominio e oppressione. Da qui la critica alla portata del diritto antidiscriminatorio fondata sulle sue limitazioni e contraddizioni nel risolvere le disuguaglianze, originate dalla sistemica subordinazione e umiliazione di certi gruppi e categorie sociali. Si tratta, a ben vedere, di un modello di tutela che rischia di trasformarsi in un *boomerang* a svantaggio proprio di coloro che vorrebbe proteggere. Questa declinazione del principio di eguaglianza, infatti, appare essere poco efficace, se non addirittura controproducente, per chi è escluso dalle rigide classificazioni su cui il diritto antidiscriminatorio si fonda e vede riaffermata la propria inferiorità e inadeguatezza anche quando la propria differenza viene nominata, pure se a fini di tutela.

Consapevoli della complessità e della vastità del tema, la prima parte di questa ricerca è stata quindi pensata come un'introduzione-glossario al tema dell'eguaglianza e della non discriminazione. Si è cercato, in altre parole, di delimitare il campo di azione, dettando le coordinate entro e lungo le quali ci saremmo mossi nella costruzione della critica all'impostazione meramente antidiscriminatoria del principio di eguaglianza. Eguaglianza e differenza esprimono infatti una famiglia di concetti, non uno soltanto. Si suddividono, si biforcano, si ramificano, si confondono attraverso distinzioni e sottodistinzioni. E a

ogni passaggio cresce la discrezionalità di chi li definisce, si allarga lo spazio delle valutazioni soggettive e, specularmente, si riduce la possibilità di verifiche oggettive, di misurazioni e controlli. Nonostante gli sforzi di filosofi e giuristi, pochi altri temi di indagine si sono rivelati altrettanto inafferrabili. Eguaglianza e differenza sono categorie dell'etica e della politica, ancor prima che del diritto, e come tali si accompagnano a una carica valutativa, a una scelta tra interessi e valori diversi. Da qui l'idea di una grammatica dell'eguaglianza e della differenza, di una scomposizione e, al contempo, problematizzazione dei concetti che le identificano, allo scopo di fornire gli strumenti necessari per comprenderne il lessico e l'uso che ne sarebbe stato fatto. Si è pertanto distinto tra un'eguaglianza descrittiva, consistente nel possesso da parte di due entità distinte di una stessa caratteristica fattuale rilevante e un'eguaglianza prescrittiva, consistente nel possesso da parte di entità distinte di un titolo a un eguale trattamento. Esse dipendono, perciò, dal punto di vista che, nella logica giuridica, assume la veste del *tertium comparationis*, del terzo termine di riferimento indispensabile per mettere a confronto una coppia di fenomeni. Cosicché, se due categorie di lavoratori ricevono retribuzioni differenti, da quale angolazione dovremmo procedere per misurare l'esistenza di una lesione al principio di eguaglianza? L'orario di lavoro? Le reciproche mansioni? È evidente che tale scelta reca sempre in sé un che di arbitrario, o almeno discrezionale. Per esempio, oggi il sesso è irrilevante per il diritto di voto; però fino al 1946 le donne in Italia non potevano votare. Tale sindacato chiama in gioco dunque la ragionevolezza della distinzione operata dal diritto fra caso e caso, fra situazione e situazione. Deve esserci, insomma, una giustificazione valida per qualunque disparità di trattamento e il diverso trattamento deve essere sempre coerente rispetto

agli obiettivi che ha di mira. Perché l'eguaglianza, diceva Platone (*Repubblica*, VIII, 558c) si applica agli eguali, non ai diseguali. Il cuore del problema sta, in effetti, nello stabilire quali differenze possono considerarsi rilevanti per il diritto. In questo senso, è stato allora rilevato un terzo concetto di eguaglianza, di tipo valutativo, allorché il confronto delle situazioni con il terzo termine di riferimento, non descrive e non prescrive somiglianze e differenze, ma le valuta rispetto a quello standard. L'eguaglianza di sesso, di razza, di religione, di orientamento sessuale e via dicendo si ridurrebbe a un dover esser tutti trattati come i maschi, i bianchi, i cristiani, gli eterosessuali e via dicendo. Un meccanismo che si trasforma nell'assimilazione delle differenze a una norma che corrisponde alle caratteristiche rilevanti individuate come desiderabili solo da una parte dell'umanità. Ed infatti, la maggiore critica mossa contro il modello antidiscriminatorio di tutela è proprio il suo fondarsi su tale interpretazione dell'eguaglianza.

Ma non soltanto: si è poi evidenziato la equivocità della dicotomia eguaglianza formale/eguaglianza sostanziale, un binomio da sempre al centro del dibattito giuridico occidentale e presentato dai più come esaustivo della varietà dei significati e delle funzioni che detto principio può assumere. E così come non è proficuo sostenere l'opposizione tra queste due facce della stessa medaglia, non è neppure corretto ritenere antitetiche eguaglianza e differenza. Una rilettura, quindi, del principio di eguaglianza come concetto complesso che va oltre le note dicotomie con cui si è soliti analizzarlo e che ben può conciliarsi o, per meglio dire realizzarsi, con la contestuale valorizzazione delle differenze. L'obiettivo non deve essere la scelta tra questi due valori, bensì il renderli compatibili entrambi. Così, se le differenze devono essere riconosciute per essere rispettate e garantite, le discriminazioni e le diseguaglianze

devono essere rimosse o almeno compensate il più possibile. In questo senso, anche i concetti di discriminazione, subordinazione e stigmatizzazione vengono riletti e ridefiniti in senso critico, ponendosi al centro delle politiche di realizzazione dell'eguaglianza e di lotta alle discriminazioni esaminate nei capitoli successivi.

Se è vero, dunque, che il paradigma antidiscriminatorio è divenuto la declinazione se non unica, certamente prevalente, del principio giuridico di eguaglianza e se è vero che la sua logica di fondo incarna quell'idea valutativa di eguaglianza su cui abbiamo messo in guardia sin dall'inizio, il passo successivo non poteva che essere quello di ricostruire la genesi di tale paradigma, ripercorrendone i momenti essenziali ed evidenziandone l'enorme successo in termini di circolazione e contaminazione dei modelli giuridici. È negli Stati Uniti, segnati dalla pesantissima eredità storica e giuridica della schiavitù e della segregazione razziale, che nasce e si afferma l'*Anti-discrimination principle*, quale chiave di lettura delle clausole di garanzia del XIV Emendamento. Si tratta di un'esperienza tormentata, come emerge dalla giurisprudenza della Corte Suprema e dal dibattito dottrinale, che conduce, da un lato, all'elaborazione della teoria delle classi 'sospette' e dello scrutinio differenziato di *judicial review* applicato dai giudici nei casi di leggi differenzianti rispetto alla razza e al genere e, dall'altro, alla produzione della prima legislazione antidiscriminatoria e alla concettualizzazione delle nozioni di discriminazione indiretta e di azione positiva. Viene, così, a delinearsi un sistema che punisce prevalentemente le discriminazioni dirette, intenzionali, in un quadro che appartiene alla sfera delle pari opportunità e della giustizia individuale e che privilegia la dimensione formale e neutralista dell'eguaglianza. Ma gli Stati Uniti sono anche la patria delle *affirmative actions* che, sebbene

mai pienamente accolte dalla giurisprudenza, nel suo asimmetrico e non lineare succedersi, hanno rappresentato uno strumento inedito di eguaglianza sostanziale, uno strumento che «non si limita semplicemente a inseguire il fatto, ma prova a cambiarlo, a incidere sulle strutture economiche, sociali e culturali piuttosto che soltanto sulle strutture giuridico-formali».

Infine, nell'ultima parte della ricerca, viene dato conto della diffusione del paradigma antidiscriminatorio al di fuori del contesto americano e della sua influenza, esercitata per il tramite del diritto internazionale, nonché dell'esperienza inglese, sul modello europeo di tutela antidiscriminatoria. La comparazione tra i due modelli, quello americano e quello europeo, sviluppato in seno all'ordinamento comunitario, ha consentito di avere una visione d'insieme del fenomeno antidiscriminatorio, alla luce della quale poter svolgere una riflessione critica sulla struttura e sulla logica del diritto antidiscriminatorio, delle sue nozioni e dei suoi strumenti. Le tensioni all'interno del principio di eguaglianza si traducono naturalmente in una diversa concezione delle politiche antidiscriminatorie, ora declinate in termini più soggettivi, ora in termini più oggettivi; in un diverso atteggiamento dei giudici nel momento interpretativo e applicativo dei divieti di discriminazione e degli standard di comparazione; nell'attribuzione di una funzione risarcitoria e individuale, piuttosto che di una redistributiva e di gruppo, all'azione di tutela antidiscriminatoria. Categorizzazione delle differenze, tendenza all'assimilazione delle diversità, prevalenza della concezione risarcitoria/individuale, approccio omogeneo e giustapposto nel trattamento delle diverse forme della discriminazione, effetto stigmatizzante di ritorno delle azioni positive sono stati individuati essere tra i principali limiti ed effetti collaterali della tecnica

antidiscriminatoria quale criterio di estrinsecazione del principio di eguaglianza.

Sono proprio tali punti critici a costituire i motivi per cui, da tempo, molti degli studi in tema di principio di eguaglianza e di diritto antidiscriminatorio sostengono l'opportunità di una traduzione in termini più universalistici delle tutele accordate ai vari gruppi e categorie sociali svantaggiati e oppressi. Tra queste tendenze, un terreno particolarmente significativo è rappresentato dall'insieme di proposte volte a considerare discriminazione giuridica tutti quegli atti, comportamenti, gesti o parole la cui natura sia quella di offesa alla dignità o alla salute, cioè a beni di cui ogni essere umano, in quanto tale, è titolare. È, dunque, dall'universalizzazione delle tutele antidiscriminatorie mediante il loro ancoraggio al valore supremo della dignità umana che può svilupparsi un modello di tutela alternativo, nel quale la protezione degli individui per segmenti soggettivi e giustapposti di identità ceda il passo alla protezione della persona nelle caratteristiche e nei bisogni comuni a tutti o comunque trasversali ai sessi, alle razze, alle religioni, alle età e ad ogni altra possibile classificazione – la dignità, la salute, l'autodeterminazione, la capacità di amare, la condizione di lavoratore, la dignitosa esistenza –, configurando quell'eguale valorizzazione giuridica delle differenze che consideri «violazione del principio giuridico dell'eguaglianza l'oppressione oltreché la mera discriminazione, o addirittura l'oppressione anziché la discriminazione». L'eguaglianza, in questo modo, non negherebbe più le differenze (richiedendone l'omologazione allo standard di normalità) ma consentirebbe la loro valorizzazione giuridica, coniugando in modo complementare la dimensione formale e sostanziale di tale principio.

Sarebbe così garantito a ciascuno il diritto di essere trattato con eguale considerazione e rispetto, il diritto, cioè, di essere trattato *as an equal*.

CAPITOLO I

SULL'EGUAGLIANZA E LA DIFFERENZA: DUE VALORI COMPATIBILI

Per quanto la domanda «perché l'eguaglianza?» non debba essere in alcun modo trascurata, non è questo il punto rispetto al quale si differenziano le teorie più comuni, visto che sono tutte egualitarie in termini di qualche variabile focale. La domanda su cui si concentra l'attenzione è inevitabilmente «eguaglianza di che cosa?».

(AMARTYA SEN, 1992)

1. Possiamo fare a meno dell'eguaglianza?

L'eguaglianza è un valore a rischio. Tra gli ideali politici è certamente quello più diffuso e teorizzato, fin quasi all'abuso. Nonostante ciò, resta ancora uno dei più enigmatici tanto che per alcuni non rappresenterebbe altro che una vana promessa senza significato. In effetti, interrogarsi sulla necessità dell'eguaglianza e sulla validità delle numerose teorie costruite attorno a questo concetto significa interrogarsi sulla sostanziale eterogeneità degli esseri umani, sui conflitti interni all'individuo tra spinte individualistiche e pressioni sociali esterne, sul ruolo del diritto e della politica. Significa interrogarsi su cosa è, e come vorremmo che fosse, la società umana.

Il principio di eguaglianza, una delle idee più affascinanti e al tempo stesso controverse della nostra epoca, è stato ed è tuttora un tema

centrale del pensiero giuridico occidentale, quantomeno dalla Rivoluzione francese in poi. Nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, votata dall'Assemblea Nazionale francese il 26 agosto 1789, venivano proclamate la libertà e l'eguaglianza di tutti gli uomini. Ogni governo che avesse violato i principi eterni di eguaglianza, di libertà e di fraternità sarebbe stato nemico dei popoli. Che cosa resta del principio che aveva ispirato la Rivoluzione francese e, prima ancora, quella Inglese alla fine del Seicento e, cento anni dopo, i *Bill of Rights* delle colonie americane? Se l'eguaglianza è un valore, per dimostrare che è un valore non basta invocarla, predicarla e, al limite, nemmeno attuarla. Occorre piuttosto indagare quale sia il suo significato, quale la sua estensione e quali i suoi limiti nella compatibilità con gli altri valori. Ma, soprattutto, è necessario capire quale sia il suo contenuto. Norberto Bobbio, per primo, ci mette in guardia su quanto il concetto di eguaglianza (al pari di quello di libertà) sia un contenitore «generico e vuoto che, se non è specificato o riempito, non significa nulla»¹. Ed infatti, in controtendenza all'opinione maggioritaria, non sono in pochi a ritenere che la sopravvivenza di questo principio sarebbe dovuta proprio al suo essere privo di contenuto. Un'idea vuota insomma, che dovrebbe essere abbandonata o quantomeno ridimensionata. Secondo Peter Westen², per esempio, non solo potremmo fare a meno dell'eguaglianza ma sarebbe anche auspicabile. Nel 1982 usciva sulla *Harvard Law*

¹ N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo*, in AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando Editore, Roma, 1978, p.14. Così anche V. MATHIEU che, nel suo saggio «*L'eguaglianza giuridica*» contenuto nella medesima raccolta, sottolinea proprio come l'eguaglianza «per continuare ad essere un'idea-forza si sottragga alla necessità di essere un'idea chiara».

² Peter Westen è attualmente Frank G. Millard Professor of Law, Emeritus, presso l'University of Michigan Law School.

Review un saggio dal titolo provocatorio, «*The Empty Idea of Equality*»³, in cui il professore americano sosteneva esattamente questo: la retorica della parità di trattamento, secondo cui «persone uguali devono essere trattate in modo eguale»⁴, genererebbe solo confusione ed errori logici e, pertanto, dovrebbe essere superata.

«L'eguaglianza cesserà di mistificare – e di complicare i discorsi morali e politici – quando le persone cominceranno ad acquisire consapevolezza del fatto che essa è una forma vuota, che non presenta in proprio alcun contenuto sostanziale. Ciò avverrà non appena le persone si renderanno conto del fatto che qualsivoglia argomento morale e giuridico può essere presentato sotto forma di un argomento a favore dell'eguaglianza. A quel punto si ribatterà ad argomenti a favore dell'eguaglianza con contro-argomenti a favore dell'eguaglianza. Ovvero, più semplicemente, si comprenderà che possiamo fare a meno dell'eguaglianza»⁵.

Allorché affermiamo che «persone uguali devono essere trattate in modo eguale», ci scontriamo inevitabilmente con la necessità di

³ P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 95, 3, 1982, pp. 537-96.

⁴ Vi sono numerose enunciazioni del principio di eguaglianza, e molte di queste in contrasto tra loro. Per esempio, Oppenheim enumera le seguenti formulazioni: «*parti uguali agli uguali*», «*parti uguali a un gruppo relativamente grande*» e alcune versioni dell'eguaglianza proporzionale, tra le quali «*a ciascuno secondo i propri meriti*» o «*distribuzioni diseguali corrispondenti a differenze rilevanti*». F. OPPENHEIM, voce “*Uguaglianza*”, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, U. PASQUINO, *Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 2004, pp. 1007-1009. Si veda anche G. TARELLO, *Su “uguaglianza”*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 355. Non potendo in questa sede procedere all'analisi di ciascuna di esse, la riflessione critica si indirizzerà all'affermazione del principio più famosa, quella che viene fatta risalire ad Aristotele e che, nonostante sia stata da sempre seriamente messa in discussione, sembra contenere un nucleo fondamentale del principio di tradizione liberale di eguaglianza. «*Agli eguali vanno riconosciute parti eguali, e ai diseguali parti diseguali*». ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. it. a cura di C. MAZZARELLI, Rusconi, Milano, 1996.

⁵ P. WESTEN, *The Empty Idea*, Op. cit., p. 596.

determinare quando due persone sono *uguali*, essendo questo il presupposto perché siano trattate in maniera *eguale*. Bisogna allora sapere precisamente qual è il parametro rispetto al quale si misura l'eguaglianza tra due soggetti e come individuarlo. In effetti, mentre nel campo della matematica o della logica quando si dice che due enti sono uguali si intende dire che sono identici⁶, nel linguaggio filosofico e politico, prima che in quello giuridico, l'eguaglianza sta a indicare che due entità distinte fra loro presentano caratteristiche coincidenti per un certo aspetto. In questo secondo caso, ovvero nei sistemi cd non formalizzati, l'eguaglianza non individua affatto un'identità tra due enti, bensì definisce «una relazione comparativa tra due o più soggetti od oggetti, che possiedono almeno una caratteristica rilevante in comune»⁷. Già Platone distingueva tra gli eguali e l'eguale in sé, sostenendo che due enti potessero apparire uguali e allo stesso tempo disuguali semplicemente cambiando l'osservatore o il punto di vista.

«– E conosciamo anche ciò che essa [l'eguaglianza] è in sé stessa? – Certo, rispose. – E di dove l'abbiamo avuta questa conoscenza? Non l'abbiamo avuta da

⁶ In matematica, *uguaglianza* indica comunemente il fatto di godere delle medesime proprietà; si tratta di una relazione binaria rappresentata con il simbolo di 'uguale' (=) che lega appunto due enti (detti membri dell'uguaglianza). A. De Morgan (*On the Symbols of Logic*, 1856) chiama *transitiva* ogni relazione che, essendo presupposta sussistere fra a e b e fra b e c, deve di conseguenza sussistere anche fra a e c. Le relazioni transitive sono più generali di quelle suscettibili di essere considerate come «uguaglianze»; per esempio la relazione 'progenitore di', 'maggiore di' godono della proprietà transitiva, ma non soddisfano l'altra condizione delle relazioni egualiformi che è la proprietà simmetrica: se $a = b$ anche $b = a$. Invece le proprietà transitiva e simmetrica soddisfano anche la terza proprietà dell'uguaglianza, quella riflessiva ($a = a$). Invero se sia data, fra certi enti a, b, c ... una relazione che soddisfi alle proprietà indicate, è possibile formare una classe ben definita dalla condizione di contenere, insieme con a, anche tutti gli enti (b, c, ...) che si trovino con a nella relazione indicata, e quindi riesce definito il concetto astratto della classe rispetto alla quale gli enti, legati dalla relazione anzidetta, appaiono come uguali.

⁷ P. COMANDUCCI, *'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista*, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1992*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 89.

quegli uguali di cui si parlava ora, o legni o pietre o altri oggetti qualunque, a vedere che sono uguali? Non siamo stati indotti da questi uguali a pensare a quell'eguale, che è pur diverso da questi? O non ti pare che sia diverso? Considera anche da questo punto. Pietre uguali e legni uguali non accade che talvolta appariscano, anche se gli stessi, a uno eguali e a un altro no? – Sicuramente. – E dimmi, l'eguale in sé si dà mai caso che apparisca disuguale, e insomma l'uguaglianza disuguaglianza? – Impossibile, o Socrate. – Infatti, non sono la stessa cosa, disse Socrate, questi uguali e l'eguale in sé. – Mi par bene, o Socrate»⁸.

L'uguaglianza in sé, ovvero in termini assoluti, non esisterebbe se non nel mondo delle idee. Da un punto di vista giuridico, potremmo sintetizzare questa conclusione con le parole di Giovanni Tarello secondo cui «dire che un ente è 'uguale' ad un altro ente significa assumere un punto di vista per cui i due enti non si diversificano; dire 'uguaglianza' significa da un lato escludere l'identità e dall'altro lato escludere (a titolo provvisorio oppure definitivo) la rilevanza di differenze»⁹. Tarello, così come altri autori¹⁰, sembra quindi insistere

⁸ PLATONE, *Fedone 73-74*, in PLATONE, *Opere complete*, vol. I, trad. it. a cura di M. GIGANTE – M. VALGIMIGLI, Laterza, Roma-Bari, 1983, p. 124. Il concetto di uguaglianza è ripreso anche da Aristotele, il quale lo collega strettamente al concetto di giustizia: l'uomo ingiusto è colui che vuole avere più di quanto gli spetta, cioè chi è nemico dell'uguaglianza, mentre l'uomo giusto è colui che rispetta l'uguaglianza (l'*ádikos* è l'*ánisos*, il *díkaios* è l'*ísos*). Vi è dunque un nesso diretto fra uguaglianza e giustizia, e ciò si riproduce a livello istituzionale: «[...] E l'uguaglianza dovrà essere la stessa, tra le persone come tra le cose: infatti, il rapporto tra le cose deve essere lo stesso che quello tra le persone. Se queste, infatti, non sono uguali, non avranno cose uguali; ma le lotte e le recriminazioni è allora che sorgono: o quando persone uguali hanno o ricevono cose non uguali, o quando persone non uguali hanno o ricevono cose uguali», in *Etica Nicomachea*, V, 3, 1154a 20 - 1160a 25, Op. cit., p. 195.

⁹ G. TARELLO, *Su "uguaglianza"*, Op. cit., p. 351.

¹⁰ Così anche P. COMANDUCCI, *'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista*, Op. cit.; *Id.*, *Su "uguaglianza"*, in *Lavoro e Diritto*, anno VI, n. 4, 1992, pp. 589-96; G. FERRARA, *Dell'uguaglianza*, in M. LUCIANI, *La democrazia di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1994; R. DWORKIN, *Eguaglianza*, voce in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, Roma, vol. III, 1993; *Id.*, *Sovereign Virtue. The Theory and*

sulla relazione comparativa rispetto ad un dato parametro che l'eguaglianza instaurerebbe e/o prescriverebbe tra due o più soggetti.

Torniamo, però, a chi considera l'eguaglianza un'idea vuota e fine a se stessa, a chi ritiene che l'affermazione – trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso – sia una tautologia priva di efficacia prescrittiva. Secondo Peter Westen, la nota formula dell'eguaglianza formale, che ci perviene dalla tradizione liberale, può essere scomposta in due momenti successivi: il primo che consiste nel determinare quando due soggetti o due situazioni sono 'uguali' (eguaglianza di fatto) e il secondo che consiste nel giudizio morale che ne impone la 'parità di trattamento' (eguaglianza di trattamento). Capire esattamente cosa significa che 'due persone o due situazioni sono uguali' è il vero problema. Affermare che due entità sono uguali non significa né che siano identiche sotto ogni punto di vista, descrittivo o prescrittivo, essendo ciò impossibile, né che siano simili per un aspetto qualsiasi, determinando ciò l'assurdo che tutte sarebbero potenzialmente da trattare allo stesso modo.

In questo senso, si può dire che la storia dell'eguaglianza è la storia dell'esclusione di taluni soggetti dalla qualifica di 'uguali', esclusione che avviene sulla base di parametri descrittivi e/o prescrittivi che individuano le caratteristiche rilevanti ai fini della determinazione di ciò che è uguale e di ciò che non lo è. Il concetto di eguaglianza preso di per se stesso non è in grado di dirci quando un certo trattamento

Practice of Equality, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000, trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, voce in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, vol. XXXVI, 1994; L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995; G. ZANETTI, *Eguaglianza*, in A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

discriminatorio sia accettabile o meno e questo perché necessita di essere ‘riempito’ di significato, necessita in altre parole di una previa valutazione normativa. C’è bisogno di qualcuno che dica, per esempio, che discriminare un individuo in ragione della sua razza è intollerabile, è ‘sbagliato’. La circolarità di tale concetto di eguaglianza, dunque, risiederebbe nel fatto che la norma che prescrive la parità di trattamento è la stessa norma che ne individua i destinatari, cioè quegli ‘uguali’ che sono il presupposto della parità di trattamento.

«So there it is: equality is entirely ‘[c]ircular’. It tells us to treat like people alike; but when we ask who ‘like people’ are, we are told they are ‘people who should be treated alike’. Equality is an empty vessel with no substantive moral content of its own. Without moral standards, equality remains meaningless, a formula that can have nothing to say about how we should act. With such standards, equality becomes superfluous, a formula that can do nothing but repeat what we already know»¹¹.

Prima, quindi, è necessario individuare la caratteristica rilevante che dà il diritto a un certo trattamento, dopodiché si accerta empiricamente chi possiede quella caratteristica. Gli ‘uguali’ così identificati risulteranno, allora, titolari del diritto alla parità di trattamento ai sensi di quella norma. Pertanto, ogni qualvolta il legislatore intenda prescrivere l’eguale trattamento di una categoria di ‘uguali’, il giudizio sull’eguaglianza di fatto (cioè la determinazione di una categoria di soggetti o di circostanze uguali) non sarà scindibile dal riconoscimento di quel determinato trattamento (che sarà uguale per tutte

¹¹ P. WESTEN, *The Empty Idea*, Op. cit., p. 547. Tale osservazione perentoria sarà poi rivista e ridimensionata dallo stesso Autore nei suoi lavori più maturi, in particolare si veda *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of ‘Equality’*, in *Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

le entità riconducibili a quella categoria), presupponendo quest'ultimo, per l'appunto, un'eguaglianza di fatto. Ogni regola sull'eguaglianza di trattamento istituisce, quindi, una certa uguaglianza di fatto sotto un profilo rilevante. Ne consegue che la maggiore critica al concetto generalmente condiviso di eguaglianza formale, consistente nell'idea che bisogna trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso, deriva dalla difficoltà/impossibilità di stabilire in maniera non arbitraria quando due soggetti siano *uguali*. Infatti, non viene fornita alcuna indicazione circa le modalità di determinazione delle caratteristiche rilevanti in base alle quali individuare le classi di 'uguali', nessun criterio adeguato che aiuti, per esempio un legislatore, a definire con certezza e imparzialità le differenze trascurabili e quelle, invece, di cui tenere conto.

Peter Westen è tra gli autori che più hanno criticato l'idea di eguaglianza, giungendo a sostenerne persino la vacuità. Stando all'analisi del professore americano, il concetto formale di eguaglianza, così formulato¹², non sarebbe in grado di produrre effetti sostanziali perché privo di un proprio contenuto¹³. Finirebbe paradossalmente per

¹² Il riferimento è alla formulazione classico/liberale dell'eguaglianza formale che, a partire dalla Rivoluzione francese e dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, è divenuta elemento imprescindibile per la stessa configurazione e qualificazione dei moderni ordinamenti democratici. Si tratta, per intendersi, della massima secondo cui 'tutti sono eguali davanti alla legge' e che trova nella formula aristotelica 'trattare in modo eguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse' la prescrizione più condivisa.

¹³ In termini simili si esprime anche MacKinnon riferendosi all'*Equal Protection Clause* del quattordicesimo Emendamento della Costituzione americana, così come analizzata nell'opinione di maggioranza del famoso caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 2003): «*Equal protection examines a statute only for its framing, not for "its substantive validity"; not for what it does, only how. Due process -intrinsicly a procedural idea - has a substantive component; a venerable line of cases makes clear, in my view, that its substance is morality. But the equality component of the Constitution cannot address the substance of a statute, only its mechanism. Curiously, it also seems that equal protection invalidation cannot eliminate the*

confondere molto più che chiarire e questo per almeno quattro ordini di ragione: «(1) *by masquerading as an independent norm, equality conceals the real nature of the substantive rights it incorporates by reference; (2) by framing a person's entitlements in terms of his equivalence to others, equality misleadingly suggests that one person's rights vis-a-vis another's are identical in all contexts; (3) by encouraging use of monolithic levels of judicial scrutiny undifferentiated by the importance of the underlying right, equality erroneously suggests that all questions of equality are to be scrutinized under a single (or sometimes, a two-tier) standard of justification; and (4) by emphasizing that some issues of equality entail dual remedies, equality erroneously implies that it entails uniquely flexible remedies*»¹⁴. Secondo questo ragionamento, dunque, il concetto di eguaglianza deriverebbe il suo significato e il suo contenuto interamente dai diritti sostanziali e dalle libertà fondamentali che intende garantire e tutelare. Nel momento in cui tale natura derivativa non viene colta dall'interprete, si determina una distorsione nel modo di concepire il principio di eguaglianza: da una parte, si cade nell'errore di intendere l'eguaglianza come un'*independent norm*, nascondendo il nesso imprescindibile tra trattamento egualitario e previa individuazione dei destinatari di quel trattamento e, dall'altra parte, si perde di vista la specifica questione di merito sottostante, ovvero il diritto sostanziale di cui si discute, venendo questo assorbito dall'argomento a favore dell'eguaglianza, rispetto al quale, sostiene Westen, non si potrà che risponde con un contro-argomento a favore

stigma of a statute that due process scrutiny would permit. At least at the lowest tier of scrutiny, where sexual orientation quite potently resides at the moment, a substantive equality jurisprudence not only does not exist, it is unthinkable», in C.A. MACKINNON, *Substantive Equality: A Perspective*, in 96 Minn. Law Rev., n.1, 2011-2012, p. 2.

¹⁴ P. WESTEN, *The Empty Idea*, Op. cit., pp. 579-580.

dell'eguaglianza e così via fino a escludere ogni altra possibile alternativa al problema.

La critica alla formula aristotelica dell'eguaglianza formale serve al professore americano per metterci in guardia sulla retorica dell'eguaglianza e sulle conseguenze negative che questa può avere nel dibattito giuridico: generalmente, infatti, si è soliti parlare di «principio di eguaglianza» senza tenere conto dei diversi significati che può assumere, delle numerose formulazioni con cui viene o può essere espresso, delle doverose specificazioni di cui necessita per essere qualcosa di più di un ideale da tutti condiviso. Del resto, come fa notare anche Amartya Sen¹⁵, «il riconoscimento della pluralità degli spazi in cui l'eguaglianza può essere valutata può far sorgere alcuni dubbi sul contenuto dell'idea [stessa] di eguaglianza»¹⁶. Proprio a causa della pervasiva diversità umana, il problema della scelta dello spazio valutativo (ovvero, la selezione delle caratteristiche rilevanti (o delle differenze trascurabili) ai fini dei giudizi sull'eguaglianza di fatto e di trattamento) diventa cruciale, cosicché l'eguaglianza rispetto a un certo standard normativo tenderà a coesistere, di fatto, con la disuguaglianza rispetto a un diverso standard.

In effetti, non si può negare una certa plausibilità alle tesi sulla vacuità del principio di eguaglianza e sugli effetti collaterali che la retorica della parità di trattamento produrrebbe nel dibattito politico e giuridico. Affermazioni assolute del tipo 'tutti gli uomini sono (o nascono) uguali', 'tutti devono essere trattati allo stesso modo' o 'tutti i casi uguali devono essere trattati in modo eguale' appaiono enunciazioni banalmente false, se prese alla lettera. Tanto per Kelsen quanto per

¹⁵ Cfr. A.K. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1994.

¹⁶ *Id.*, p. 43.

Bobbio, Ross e Perelman¹⁷ l'eguaglianza formale si caratterizza, così come la giustizia formale, per il fatto di essere priva di contenuti specifici e, dunque, mai assoluta, presentandosi in formule astratte e generali di volta in volta riempibili con significati diversi. 'Trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso', come sostiene Peter Westen, è una tautologia che ingarbuglia inutilmente i discorsi morali e politici. L'eguaglianza, infatti, arriva logicamente dopo i diritti sostanziali: soltanto dopo che sia stata posta una regola (una norma) che individua gli aspetti rilevanti per stabilire chi è uguale, sarà possibile dire se due soggetti sono 'uguali' e, dunque, suscettibili del medesimo trattamento. Essendo la relazione di eguaglianza necessariamente comparativa, fintantoché suddetta regola non viene fissata non esiste alcun termine di paragone. Prendiamo, per esempio, il diritto di ciascuna persona a essere trattata con rispetto. Si potrebbe pensare che questa regola sia stata preceduta da un giudizio di eguaglianza di fatto, ovvero che tutte le persone sono uguali. Consideriamo, però, il caso dell'embrione: invocare la massima che tutte le persone sono uguali non ci dice se l'embrione sia titolare o meno del diritto al rispetto, in quanto il vero problema sta nel dover definire previamente se l'embrione sia o meno 'persona' ai sensi di quella regola. E non è sufficiente nemmeno il

¹⁷ Seppur con le dovute specificazioni e differenziazioni, questi autori sono generalmente ricondotti al decisionismo o soggettivismo, ovvero a quella corrente di pensiero secondo cui i valori, i giudizi etici e/o normativi risultano privi di una loro intrinseca razionalità e di una validità assoluta. Con particolare riferimento alla formulazione del principio di eguaglianza si vedano: N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo*, in AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando Editore, Roma, 1978; *id.*, Voce *Eguaglianza*, in *Enciclopedia del Novecento*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana G. Treccani, vol. II, 1977; H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, trad. it., *Che cos'è la giustizia?*, in H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, Il Mulino, Bologna, 1955; A. ROSS, *On Law and Justice*, trad. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990; C. PERELMAN, *De la justice*, trad. it., *La giustizia*, prefazione di N. Bobbio, Giappichelli, Torino, 1958.

solo giudizio di eguaglianza di trattamento perché, ancora una volta, il vero problema è stabilire se l’embrione sia un ‘uguale’ ai fini del diritto al rispetto. Pertanto, solo se l’embrione possiede quelle caratteristiche rilevanti per essere ritenuto ‘persona’ ai sensi della regola prestabilita sarà titolare del diritto al medesimo trattamento. Qualora mancasse dei tratti per essere ritenuto ‘persona’, l’embrione non sarebbe assoggettabile alla stessa disciplina.

Anche per Kelsen, il concetto di eguaglianza non fornisce alcuna indicazione per l’individuabilità di quali siano le differenze rilevanti o meno ai fini di un trattamento eguale e, pertanto, ancora una volta, la nozione generale di eguaglianza appare «un contenitore completamente vuoto»¹⁸. Senza addentrarsi nel suo ragionamento, Kelsen muove dal presupposto che, poiché in natura non esiste nessun individuo uguale a un altro, non è possibile rivendicare un trattamento eguale per tutti. L’unico senso possibile di questa rivendicazione è che l’ordinamento nella concessione di diritti e imposizione di doveri non tenga conto di certe differenze.

«Ma quali sono le differenze di cui si deve tener conto e quali quelle che si debbono trascurare? Questa è la questione decisiva che il principio dell’uguaglianza non risolve. In effetti, gli ordinamenti giuridici positivi si comportano in modo assai diverso nel decidere tale questione. [...] Questo principio è troppo vuoto per poter determinare l’essenza di un ordinamento giuridico».¹⁹

E, ancora, anche Alf Ross definisce il principio di eguaglianza un concetto in se stesso vuoto, a meno che non si giunga prima a una

¹⁸ Così in H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, trad. it., *Che cos’è la giustizia?*, in H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, Il Mulino, Bologna, 1955.

¹⁹ *Id.*, pp. 154-155.

definizione dei criteri sulla base dei quali individuare persone o situazioni identificabili come ‘uguali’, così da poter applicare un trattamento eguale. Di qui l’esigenza della preesistenza di una norma che stabilisca tali caratteristiche rilevanti. Ma, allora, se tutto si riduce all’applicazione corretta di una norma generale e astratta a tutti gli appartenenti alla stessa categoria essenziale (da tale norma individuata), quando si può dire che una norma è giusta? Una norma può avere qualunque contenuto e l’esigenza formale di eguaglianza non fornisce alcuna indicazione su come individuare norme giuste.

«Se si dice che l’esigenza di eguaglianza non deve essere presa in senso formale, ma che l’elemento decisivo è dato dal fatto che la restrizione [del campo applicativo di un diritto, per esempio,] abbia luogo secondo caratteri distintivi «ben fondati», «ragionevoli» o «giusti», questo significa che l’idea di eguaglianza svanisce, per essere sostituita dal riferimento a ciò che è considerato «giusto» secondo un’opinione soggettiva ed emotiva. Un principio del genere non è un vero principio, ma la rinuncia a qualsiasi tentativo di analisi razionale»²⁰.

Conseguentemente, se tale principio non ha un contenuto specifico, ma viene riempito di significato normativamente, tali determinazioni normative saranno sempre il frutto di decisioni soggettive. Ciò significa, per esempio, che la tradizionale formula dell’eguaglianza, nella sua veste formale, potrebbe consentire, come storicamente di fatto ha consentito, la giustificazione di leggi segregazioniste, senza per questo risultare apparentemente violata²¹.

²⁰ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Op. cit., p. 272.

²¹ La sentenza della Corte Suprema americana sul caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) ne offre uno degli esempi più famosi: il principio formale di eguaglianza veniva rispettato nel momento in cui si garantiva a bianchi e neri lo stesso trattamento, seppur in strutture rigorosamente separate. Inaugurando la dottrina del

Proprio per questo è importante ripensare criticamente il principio di eguaglianza, specie nel suo momento applicativo: il fatto che l'eguaglianza possa parlare con così tante voci rischia di trasformarla in un'idea ambigua e scarsamente capace di imporsi e, al contempo, di renderla «una forma vuota priva di un proprio contenuto di merito»²². È la stessa norma che prescrive un certo trattamento a individuarne i destinatari, cioè quegli 'uguali' che sarebbero logicamente il presupposto della parità di trattamento. La retorica della parità di trattamento, celando il fatto che è proprio la considerazione del trattamento da fornire a contenere già i criteri in base al quale giudicare l'eguaglianza di fatto, non risolve il problema di come individuare i profili rilevanti (o, meglio, le differenze rilevanti e quelle che non lo sono o che non lo dovrebbero essere) ai fini della determinazione degli 'uguali' e, implicitamente, rinforza l'idea di eguaglianza come assimilazione delle differenze al modello dominante.

La tesi dell'eguaglianza come idea vuota e circolare, in parte ridimensionata anche dallo stesso Westen nei suoi scritti successivi²³, è chiaramente una provocazione e come tale deve essere considerata. Tuttavia, l'idea di aprire questo lavoro sul principio di eguaglianza domandandosi se 'possiamo farne a meno' non vuole essere soltanto una provocazione. Il problema di capire cosa significhi e quale contenuto abbia il principio di eguaglianza non può essere in alcun modo

'*separate but equal*' si sanciva così la legittimità istituzionale della segregazione razziale. Tale principio è sopravvissuto fino al 1954, quando fu deciso il caso *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, decisione che segna una vera e propria *landmark opinion* per il dibattito su eguaglianza razziale e diritto.

²² P. WESTEN, *The Empty Idea*, Op. cit., p. 596.

²³ Si vedano, in particolare, P. WESTEN, *To Lure the Tarantula from Its Hole: A Response*, in *Columbia Law Review*, Vol. 83, No. 5, 1983, pp. 1186-1208; *Id.*, *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1990.

sottovalutato, soprattutto quando ci si appresta a studiare il momento della sua concretizzazione sul piano sociale e giuridico. A ben vedere, il concetto di eguaglianza è tutt'altro che inutile. È necessario da un punto di vista morale (il concetto di eguaglianza impone di giustificare razionalmente il modo con cui una persona viene trattata rispetto ad un'altra), analitico/giuridico (il principio di eguaglianza impone il punto di vista imparziale nel diritto e obbliga a giustificare le classificazioni legislative) e, anche, simbolico (il valore dell'eguaglianza ha un'innegabile forza persuasiva e emotiva che non può essere ignorata, soprattutto in un'ottica politica). C'è bisogno, quindi, di ripensare criticamente l'eguaglianza, come concetto, come valore e come fine non solo nella sua veste formale ma, anche e soprattutto, nella sua veste sostanziale e in quella che oggi è divenuta la sua declinazione prevalente, quella antidiscriminatoria. Se, infatti, nella pluralità di forme e di modi in cui l'eguaglianza agisce, la risposta alle domande «Eguaglianza tra chi?» e «Eguaglianza in che cosa?» non può essere elusa, il vero quesito sembra piuttosto essere «Eguaglianza grazie all'adozione di quali criteri, di quali strumenti?»²⁴. Delle tante modalità per dare contenuto e, di conseguenza, attuazione al principio di eguaglianza è necessario individuare quale tra queste rappresenti la «*best fit*»²⁵ per raggiungere quest'obiettivo. Scopo di questo lavoro, presupponendo la complessità e l'ampiezza di tale principio, sarà quello di analizzare criticamente la declinazione antidiscriminatoria dell'eguaglianza, ovvero quel complesso di strumenti normativi che si sono sviluppati, soprattutto negli ultimi anni, per renderla operante e

²⁴ Cfr., in particolare, N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999.

²⁵ Così R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Op. cit.

effettiva, chiedendosi se sia davvero la soluzione più efficace e soddisfacente.

Quindi no, non possiamo fare a meno dell'eguaglianza ma, anzi, è fondamentale che la si prenda sul serio. Concentrando l'attenzione sul profilo strettamente giuridico-politico della questione, il rispetto dell'eguaglianza appare, anzitutto, come un requisito basilare di ogni ordinamento democratico, nonché dell'agire istituzionale.

«Possiamo rifiutare l'uguaglianza? Nessun governo è legittimo se non mostra uguale considerazione per la sorte di tutti quei cittadini sui quali pretende di esercitare la sovranità e dai quali pretende fedeltà. L'uguale considerazione è la virtù sovrana della comunità politica. Se manca, il governo è solo tirannia»²⁶.

Esiste, in definitiva, un qualcosa in virtù del quale le persone sono *uguali*, indipendentemente dalle differenze empiriche e contingenti che le contraddistinguono. Tutti gli esseri umani sono uguali in quanto persone dotate della stessa dignità e dunque degne di eguale rispetto. In altri termini, «una base dell'eguaglianza si può trovare in quella caratteristica delle persone in virtù della quale a esse si deve rispetto»²⁷. E questo è un concetto giuridico, non solo filosofico.

²⁶ *Id.*, p. VII.

²⁷ I. CARTER, *Il rispetto e le basi dell'eguaglianza*, in I. CARTER, A.E. GALEOTTI, V. OTTONELLI (a cura di), *Eguale rispetto*, Mondadori, Milano, 2008, p. 54. A conclusioni simili giungono numerosi altri autori, i quali rifiutano l'affermazione che l'eguaglianza degli uomini in quanto uomini sia un'idea vuota o banale. Essa ci serve «ad accostarci a ciascuno dei nostri simili facendo astrazione da certe vistose strutture di ineguaglianza in cui li incontriamo (differenze sociali o di merito)» e «ad affermare un bisogno generale di valutare positivamente l'eguaglianza in uno spazio che si ritiene importante». Così, rispettivamente, B. WILLIAMS, *L'idea di eguaglianza*, e A.K. SEN, *Eguaglianza, di che cosa?*, in I. CARTER, A.E. GALEOTTI, V. OTTONELLI (a cura di), *Eguale rispetto*, Mondadori, Milano, 2008.

2. La grammatica dell'eguaglianza: riaffermarne il valore nella complessità e pluralità delle sue formulazioni

L'eguaglianza giuridica non è un'idea vuota. È, semmai, un concetto controverso e non autonomo²⁸. Un concetto che, se assimilato o ridotto alla mera eguaglianza formale, si svuota di significato, fino a prestarsi potenzialmente alla legittimazione dello sterminio degli indiani d'America, già teorizzato da Juan Ginés Sepúlveda, o allo sterminio degli ebrei avvenuto durante il regime nazista²⁹. Si tratta, invero, di una nozione complessa e plurale, «assiologicamente connotata e ideologicamente compromessa in ognuna delle sue possibili declinazioni e delle sue diverse letture. L'essere giuridico dell'eguaglianza non consente, infatti, di selezionare univocamente un solo significato di 'eguaglianza; [...] l'eguaglianza giuridica non può che essere l'eguaglianza *nel* diritto e *per* il diritto, [...] non può cioè non riflettere e non ripetere le opzioni ideologiche o assiologiche che nel diritto informano tanto la dimensione sostanziale quanto quella procedurale»³⁰. Proprio perché ci troviamo di fronte a un concetto ambiguo e indeterminato, si pone l'esigenza di soffermarsi preliminarmente sulla 'grammatica' dell'eguaglianza, facendo attenzione a non perdersi nel labirinto di significati e di funzioni che tale principio può assumere nel contesto di riferimento, in questo caso quello giuridico. È necessario, in

²⁸ La definisce in questo modo Ernesto Garzón Valdés, in *Some Reflections on the Concept of Equality*, in Aa.Vv., *Principio d'eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Cedam, Padova, 1999, pp. 3-20.

²⁹ Così E.G. VALDÉS, *Some Reflections on the Concept of Equality*, Op. cit.

³⁰ T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello Stato costituzionale di diritto*, in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, p. 213.

altre parole, sciogliere quei nodi linguistico-interpretativi che ingarbugliano i discorsi sull'eguaglianza, sgombrare per quanto possibile il campo dai fraintendimenti che generalmente ne accompagnano la formulazione e l'interpretazione perché solo così diventa possibile ragionare degli strumenti giuridici di attuazione più efficaci.

Affrontare il problema dei modi e degli strumenti per dare contenuto e, di conseguenza, applicazione al principio di eguaglianza ci impone, come prima cosa, di riscattare e riaffermare con forza il suo valore come 'valore del diritto'. Ci impone di rifiutare quell'idea di eguaglianza come «forma vuota», priva di valenze etico-politiche, e di restituire il ruolo di principio giuridico fondamentale. Tuttavia, la complessità e la pluralità di formulazioni dell'eguaglianza rende difficilmente ricomponibili in un quadro organico le diverse sfaccettature in cui essa si articola, data la molteplicità di 'domande' individuali e sociali cui tale principio (e le sue varie ramificazioni) viene chiamato a dare risposta. Da un punto di vista meramente linguistico, quando si parla di «eguaglianza» si fa riferimento alla relazione di identità, totale o parziale, che può intercorrere tra due o più termini (cose, persone, situazioni, comportamenti, concetti e via dicendo) tra loro posti a confronto³¹. Già quella che potrebbe sembrare una semplice definizione

³¹ Così sotto la voce 'Uguaglianza', Enciclopedia Treccani. In particolare, si definisce 'uguaglianza' (o 'eguaglianza') quella «*condizione di cose o persone che siano tra loro identiche, o abbiano le stesse qualità, gli stessi attributi in ordine a determinate relazioni*». Parte da questa definizione-base anche Pizzorusso, distinguendo poi tra eguaglianza assoluta (o identità) e eguaglianza relativa. In particolare, afferma l'Autore, se si predica l'eguaglianza assoluta significa che ci troviamo di fronte a due entità che presentano soltanto elementi in comune e nessuno diverso. Significa, in altri termini, che si è in presenza di un unico concetto, trattandosi di un'identità. Due entità, se sono effettivamente tali, non sono mai uguali in termini assoluti, ma soltanto in modo parziale, ovvero saranno uguali per *certi* aspetti, ma saranno *necessariamente* diversi per altri. È questa l'eguaglianza relativa,

solleva varie problematiche. La prima cosa ovvia, ma importante da sottolineare, è che «uguale» non significa «identico», essendo l'eguaglianza una relazione che può porsi sensatamente solo tra entità distinte. Pertanto, X e Y si diranno 'uguali' se possiedono entrambi la stessa o le stesse caratteristiche rilevanti, nel contesto al cui interno il giudizio di eguaglianza viene espresso. Si diranno, invece, simili nel caso in cui possiedano una stessa componente (ma non tutte le componenti) della caratteristica rilevante nel contesto di riferimento³². L'eguaglianza, infatti, riguarda sempre una pluralità di soggetti o situazioni, cioè almeno due. Mai viene predicata di un singolo soggetto o circostanza (carattere della pluralità). Al tempo stesso, possono essere uguali soltanto soggetti o situazioni che siano per altri aspetti differenti. Cioè l'eguaglianza esclude che si dia identità tra i due termini di paragone (carattere della differenza). Infine, l'eguaglianza non può che avere natura comparativa, poiché presuppone il confronto tra due soggetti o situazioni con riferimento a un standard esterno che specifichi la o le caratteristiche rispetto alle quali viene valutata l'eguaglianza o la differenza tra i due (carattere della comparatività)³³. Pertanto, le persone non saranno tra loro né uguali, né diverse. Esse saranno uguali o diverse tra loro a seconda della caratteristica rilevante per il giudizio sull'eguaglianza. Occorre partire, quindi, dallo specifico contesto in cui

l'eguaglianza con cui il giurista deve confrontarsi. A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'eguaglianza?*, Op. cit., pp. 12-13.

³² Anche la somiglianza è una relazione comparativa tra due o più oggetti, che possiedono almeno una caratteristica rilevante in comune; ma nel caso del giudizio di somiglianza non si fa di solito astrazione dalle differenze tra i due oggetti che vengono giudicati simili: quando si dice che due oggetti si assomigliano si sottolineano le loro caratteristiche comuni, ma si presuppone al contempo che presentino anche delle diversità, rilevabili con l'impiego di altri standard di misurazione rispetto a quelli che consentono di formulare il giudizio di somiglianza. Così sotto la voce '*Uguaglianza*', Enciclopedia Treccani.

³³ Cfr. P. WESTEN, *Speaking of Equality*, Op. cit., pp. 12-13.

l'eguaglianza agisce o è posta come obiettivo da raggiungere, in quanto è proprio dal sistema di riferimento scelto per la definizione dei criteri e degli strumenti per la sua realizzazione che dipendono, in larga parte, il suo significato, la sua formulazione e la sua interpretazione.

2.1 Eguaglianza descrittiva, prescrittiva e il concetto di «sameness»

Nel contesto giuridico, una prima distinzione rilevante è quella tra 'eguaglianza descrittiva' e 'eguaglianza prescrittiva'. Come già accennato, l'eguaglianza 'giuridica' è cosa ben diversa, ma non per questo più approssimativa o imperfetta, da quella utilizzata nei sistemi matematici: i numeri, infatti, a differenza degli oggetti tangibili o delle persone, non 'possiedono' dimensioni, piuttosto 'consistono' in una dimensione, il che rende il concetto di eguaglianza sinonimo di quello di identità. La relazione di eguaglianza nella sfera etica, politica e giuridica si differenzia notevolmente dalla relazione di eguaglianza nei sistemi formalizzati, poiché assume al tempo stesso carattere descrittivo e prescrittivo. È descrittivo, perché individua sulla base di caratteristiche circostanziate (razza, sesso, età, credenze religiose, orientamento sessuale e via dicendo) classi di soggetti *uguali*; è prescrittivo, perché definisce normativamente come devono essere trattati tutti gli appartenenti ad una certa classe. Pertanto, mentre dire che X è uguale a Y in matematica ha carattere puramente descrittivo, dire che due o più enti sono uguali in un sistema non formalizzato non necessariamente coincide con un giudizio descrittivo e questo perché dipende dalla caratteristica rilevante che scegliamo. Dire, per esempio, che 'due persone sono della stessa età', una caratteristica che *prima facie* ci

sembra solo di poter descrivere, può condurre a risultati assai diversi a seconda che io ritenga rilevanti i giorni, le settimane o i mesi, oppure consideri solo gli anni compiuti. Dunque, anche il giudizio sull'eguaglianza di fatto di due o più entità mantiene quantomeno indirettamente un carattere normativo (prescrittivo), poiché la valutazione viene fatta a monte, al momento dell'accettazione del sistema di riferimento per la definizione e classificazione degli enti.

Sotto questo profilo, la differenza fondamentale risiede, quindi, nella formulazione del giudizio di eguaglianza in termini di 'essere' (eguaglianza descrittiva) e in termini di 'dover essere' (eguaglianza prescrittiva). Infatti, mentre il giudizio di eguaglianza descrittiva registra un aspetto rilevante tra due o più enti, il giudizio di eguaglianza prescrittiva stabilisce la rilevanza di un aspetto tra due o più enti. Pertanto, «la prima è una componente necessaria della seconda ai fini di una statuizione, di un trattamento, di una regolamentazione»³⁴. Entrambi i giudizi di eguaglianza sono relativi giacché dipendono necessariamente dalla caratteristica ritenuta rilevante nel particolare contesto (i giocatori di un squadra di pallavolo sono tutti descrittivamente uguali per il sesso ma diversi per altezza, conformazione fisica, colore degli occhi) e dalla regola che si assume come parametro (quei pallavolisti saranno tutti prescrittivamente uguali perché debbono sottoporsi al medesimo allenamento ma, al tempo stesso, diversi perché avranno trattamenti, ovvero valutazioni tecniche diverse). L'eguaglianza giuridica, dunque, non potrà che essere un'eguaglianza di tipo prescrittivo: vi deve essere sempre una norma che colleghi in termini di dover essere una condizione

³⁴ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, e differenza: sono veramente incompatibili?*, in A. FACCHI – C. FARALLI – T. PITCH (a cura di), *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 38.

ad una conseguenza. Una volta individuate le caratteristiche (non necessariamente sempre fattuali) rilevanti, si stabilisce un determinato trattamento. Esemplicando, diremo che gli enti A e B sono ‘uguali’ (in senso prescrittivo) alla luce di una data norma, se possiedono entrambi le caratteristiche X, Y e Z individuate dalla suddetta norma che danno congiuntamente titolo al medesimo trattamento stabilito da quella norma. In effetti, in entrambe le fasi del giudizio di eguaglianza (quella descrittiva e quella prescrittiva) si riviene sempre un certo grado di normatività a partire dalla scelta del profilo di rilevanza, o del profilo la cui rilevanza deve essere esclusa, sino al trattamento da applicare. Queste due fasi di giudizio non sono scindibili, bensì strettamente connesse. In maniera molto puntuale, Guastini, ne «La grammatica di ‘eguaglianza’»³⁵, sostiene che i giudizi di eguaglianza nel discorso del legislatore siano gli enunciati che hanno la forma standard ‘A è uguale a B’. Tale norma, che l’autore chiama ‘eguagliatrice’, e che può essere rivolta al legislatore, all’interprete o al giudice, stabilisce che A e B debbano ricevere il medesimo trattamento. Ne consegue che ogni regola sull’eguaglianza di trattamento (prescrittiva) istituisce una certa eguaglianza di fatto (descrittiva), sotto un profilo rilevante. Pertanto, il concetto di eguaglianza, nel contesto giuridico, si basa sempre su una norma (o un criterio, o un principio) che prescrive di assumere come rilevanti determinate caratteristiche comuni a due o più soggetti, azioni o situazioni. È la norma (o il criterio, o il principio) in questione che istituisce l’eguaglianza. L’eguaglianza giuridica, quindi, «non è solo descrittiva di fenomeni, non è valutativa, non è neutrale. Ogni giudizio di eguaglianza presuppone, implicitamente o esplicitamente, la norma

³⁵ R. GUASTINI, *La grammatica di ‘eguaglianza’*, in *Lavoro e Diritto*, 6, n.2, 1992, pp. 205-210.

che istituisce l'eguaglianza, prescrivendo di astrarre dalle caratteristiche differenziali per considerare rilevanti alcune caratteristiche comuni»³⁶. Il concetto prescrittivo di eguaglianza, in definitiva, equivale al concetto di applicazione di una regola, di qualunque regola, secondo quanto da essa prescritto.

Analogamente anche il concetto di differenza rappresenta una relazione comparativa tra entità distinte, presupponente un parametro o unità di misura di riferimento, e si configura come un concetto relativo. Come l'eguaglianza, quindi, anche la differenza, è sempre relativa a un contesto, a un parametro o a un'unità di misura. Tuttavia, diversamente dalla relazione di eguaglianza, la relazione di differenza gode solo della proprietà di reciprocità (se X è diverso da Y, allora necessariamente Y è diverso da X) e non anche della proprietà transitiva, non essendo infatti detto che se X è diverso da Y e Y è diverso da Z, allora anche X sia diverso da Z. Sul concetto di differenza e sul rapporto tra eguaglianza e differenza avremo modo di tornare, ma è interessante mettere subito in evidenza un'ulteriore accezione del termine eguaglianza che si ricava proprio dall'analisi del suo correlato, la differenza (o diversità). A darne conto in maniera molto chiara è Letizia Gianformaggio che, accanto alla coppia eguaglianza descrittiva ed eguaglianza prescrittiva, introduce il concetto di «*sameness*»:

C'è un senso del termine 'diverso' alla cui stregua dire «A è diverso da B» non è la stessa cosa che dire «B è diverso da A» e nemmeno è lo stesso che dire «A e B sono diversi». L'essere 'diverso', in questo senso, rappresenta una proprietà assoluta e non relativa ad un contesto, perché contiene già in sé il parametro, il criterio di riferimento. Infatti, la proprietà di cui secondo questo uso si fa questione,

³⁶ P. COMANDUCCI, Voce 'Uguaglianza', in Enciclopedia Treccani, XXXIV, 2002, p. 621.

non tanto è «l'essere diverso, la differenza», ma è «l'essere diverso da B, la differenza da B». B rappresenta, secondo questo uso, sia l'ente che viene comparato con A, sia il criterio della comparazione»³⁷.

Secondo l'autrice, le critiche al concetto di eguaglianza che provengono, per esempio, dai sostenitori del cosiddetto «pensiero della differenza»³⁸ hanno a che fare proprio con questa terza sfumatura di eguaglianza, un concetto che non ha a che fare né con l'eguaglianza in senso descrittivo, né con quella in senso prescrittivo. In effetti, nel momento in cui l'entità misurata e l'unità di misura vengono a

³⁷ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit., p. 40. Il termine «sameness» è a sua volta ripreso dagli studi di MacKinnon, a proposito dell'eguaglianza di genere e del ruolo del femminismo nella teoria generale del diritto. Si vedano, in particolare, C.A. MACKINNON, *Difference and Dominance: on Sex Discrimination*, in *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987; *id.*, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989.

³⁸ La controversia 'eguaglianza v. differenza' è estremamente complessa e meriterebbe un'analisi ben più approfondita. Infatti, esistono più controversie che possono essere viste e discusse dalla prospettiva della differenza, *in primis*, della differenza sessuale. Contrapposizioni anacronistiche o decontestualizzate tra i principi di eguaglianza e differenza possono creare soltanto confusione e fraintendimenti. In questa sede, il riferimento al pensiero della differenza serve a evidenziare la posizione di certi autori e pensatori, per lo più riconducibili alle correnti femministe postmoderne, che hanno criticato duramente il valore e principio di eguaglianza, proponendo al suo posto il principio della differenza. Da una parte, quindi, i discorsi che privilegiano la relazione di eguaglianza tra uomo e donna (e, più in generale, tra individui) e, dall'altra parte, quelli che privilegiano la relazione di differenza della donna dall'uomo. Così, per esempio, A. CAVAVERO, *Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale*, in *Democrazia e Diritto*, 1990, pp. 221-241; C.A. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality under the Law*, in *Yale Law Journal*, 1991, pp. 1281-1328; R. BRAIDOTTI, *Nomadic subjects. Embodiment and sexual difference in contemporary feminist theory*, Columbia University Press, New York, 1994; I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1996; M.L. BOCCIA, *La differenza politica*, Il Saggiatore, Milano, 2002. Appare, però, a chi scrive, che la posizione maggiormente condivisibile sia quella che, anziché concepire queste due impostazioni come necessariamente contrapposte, se non addirittura incompatibili, le ritiene due impostazioni diverse sì, ma complementari della medesima problematica. Si veda, tra gli altri, L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit.

sovrapporsi, le relazioni comparative «uguale a» e «diverso da» perdono il loro carattere relativo, giacché tutto si riduce a una misurazione della conformità o meno al modello costituito, nel nostro esempio, rappresentato da B.

«E se B costituisce il modello, non può – esso – essere detto diverso, ma nemmeno uguale; essere uguale o essere diverso in questo modo acquista un senso assoluto e non relativo, ed una connotazione di valore – positiva per l’eguaglianza, negativa, cioè svalutativa, per la differenza: essere diverso significa essere inferiore [al modello]»³⁹.

Il giudizio di eguaglianza, in questa accezione, non descrive e non prescrive, valuta. La «*sameness*» è, per l’appunto, l’eguaglianza in senso valutativo. Essere ‘uguali’, allora, altro non vuol dire che ‘essere uguali a B’, e quindi dover essere trattati come B. Pertanto, il significato dei termini «eguaglianza» e «differenza» non rappresenta più una relazione comparativa tra due entità distinte sulla base di una comune unità di misura, ma esprime la vicinanza o la distanza dell’oggetto misurato dall’unità di misura (che, appunto, coincide con il secondo termine di paragone).

«Perché mai si dovrebbe essere uguali agli uomini bianchi per avere ciò che essi hanno, posto che, per averlo, gli uomini bianchi non debbono essere uguali a nessuno, ma solo ciascuno di essi a ciascun altro?»⁴⁰.

Questa interpretazione del concetto di eguaglianza come «*sameness*» appare geneticamente inscritta nel moderno concetto

³⁹ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit., p. 41.

⁴⁰ C.A. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality under the Law*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 1287.

giuridico di eguaglianza e rappresenta uno dei principali motivi per cui molti hanno parlato del principio di eguaglianza come di un «valore in crisi»⁴¹, un valore ormai fuori moda e di cui resta solo una vuota retorica. È anche il principale motivo che ha portato a una «polarizzazione del dibattito attorno alla coppia ‘eguaglianza/differenza’, e alla diffusa opinione secondo cui la mera sostituzione del valore della differenza a quello dell’eguaglianza [...] permetterebbe di formulare correttamente e di risolvere facilmente tutti i problemi relativi al trattamento giuridico [dei gruppi oppressi]»⁴². Così, per esempio, MacKinnon ritiene che:

«Nelle leggi di parità manca esattamente quel che mancava alla nozione empiristica aristotelica di eguaglianza come trattamento eguale degli eguali e diverso dei diversi. Questo punto non è mai stato discusso seriamente fino ad ora. Perché mai dover essere *the same as a man* per ricevere quel che un uomo riceve semplicemente perché è un uomo?»⁴³

Appare subito chiaro che è rispetto a quest’ultima interpretazione di eguaglianza, un’eguaglianza prescrittiva che, però, riflette un’eguaglianza valutativa (per cui l’eguaglianza formale di sesso, di razza, di religione, di orientamento sessuale e via dicendo si riduce a un dover essere trattati tutti come i maschi, i bianchi, i cristiani, gli eterosessuali e via dicendo) che si dirigono le critiche più severe,

⁴¹ Utilizza questa espressione Gianformaggio, sostenendo che oggi valori diversi e, per certi aspetti, contrapposti – i valori dell’identità e della differenza – appaiano assai più di moda e abbiano assunto quel carattere progressivo di spinta all’emancipazione, alla liberazione dall’oppressione e al rinnovamento politico e sociale che a lungo è stata propria dell’eguaglianza. Così in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit.

⁴² L. GIANFORMAGGIO, *La tutela delle minoranze come problema etico*, in F. D’AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 53.

⁴³ C.A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory*, Op. cit., p. 225.

soprattutto da parte di chi propone una politica della differenza contro l'affermazione dell'eguaglianza. In termini non giuridici, la critica maggiore sta nel rifiuto della mera assimilazione ad una norma intesa come «normalità» (*sameness*) e nella pretesa neutralità del paradigma antidiscriminatorio che fa di questa norma il metro per misurare l'eguaglianza. Si può interpretare in questo senso anche la distinzione che fa Ronald Dworkin tra il diritto delle persone a un *equal treatment* (cioè che a tutti sia assegnata indistintamente la stessa quota di risorse, opportunità e oneri) e il diritto di ognuno di essere trattato *as an equal* (cioè che a tutti siano accordati eguali considerazione e rispetto). Tra questi due tipi di eguaglianza solo il secondo costituisce l'oggetto di un vero e proprio diritto fondamentale⁴⁴.

Allora, la domanda che ci siamo posti all'inizio – possiamo fare a meno dell'eguaglianza? –, e alla quale abbiamo risposto con un deciso 'no', dovrebbe forse essere così riformulata: di quale interpretazione, di quale accezione di eguaglianza possiamo fare a meno? In questo caso, infatti, la risposta assumerebbe una valenza propositiva, di analisi critica e di ricerca di nuove soluzioni ai problemi cui il principio di eguaglianza, così come attualmente interpretato e reso operativo attraverso gli strumenti del diritto antidiscriminatorio, non riesce a dare una risposta adeguata.

⁴⁴ Cfr. R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, Op. cit.

2.2 L'equivocità delle categorie dell'eguaglianza formale e sostanziale

Continuando a muoverci nell'intricata grammatica del concetto di eguaglianza, non è possibile esimersi dall'affrontare e analizzare criticamente anche la dicotomia eguaglianza formale e sostanziale, un binomio che è da sempre al centro del dibattito giuridico occidentale. Il concetto di eguaglianza formale, quello nato dalla Rivoluzione francese e che si risolve essenzialmente nella rivendicazione di un ordinamento giuridico in cui la legge deve essere uguale per tutti, così come affermato in quel vero e proprio manifesto del moderno costituzionalismo che è la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, rappresenta indubbiamente una delle idee costitutive della modernità politico-giuridica e un pilastro centrale del moderno stato di diritto⁴⁵. Come è noto, l'eguaglianza formale, nel pensiero liberale delle origini, implicava l'astratta fungibilità di ogni cittadino davanti alla legge e cioè, «in sostanza, leggi a contenuto universale, dirette simultaneamente a tutti i singoli membri della collettività e, dunque, dotate di generalità ed astrattezza»⁴⁶. La notevole ambiguità del principio di eguaglianza è

⁴⁵ Si tratta di un'enunciazione che viene da lontano. Già, nella Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti del 1776 ne troviamo un primo accenno. Si legge, infatti: «Noi riteniamo che sono per se stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità ...». Sicuramente, tuttavia, il principio d'eguaglianza formale viene, poi compiutamente sancito dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, approvata dall'Assemblea Nazionale francese il 26 agosto 1789. All'art. 1 si prevedeva così «Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune». Come si può vedere, questo testo non soltanto precisa che gli uomini nascono uguali (come già si era detto nella Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti), ma sancisce, inoltre, che rimangono liberi e uguali.

⁴⁶ A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 7.

parzialmente controbilanciata dal fatto che tutte le concezioni contemporanee dell'eguaglianza sono radicate nella tradizione liberale o neo-illuminista. Il principio di eguaglianza, quantomeno nell'accezione moderna, nasce infatti con le Rivoluzioni francese e americana. Oggi, si può dire che la principale prescrizione che deriva logicamente da quel concetto, costituendone una mera specificazione, è la formula secondo cui la legge non deve distinguere tra le persone se non per quegli aspetti che essa stessa considera rilevanti, che poi significa trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso. Tale concezione non prescrive che tutti gli uomini siano in tutto uguali; prescrive soltanto l'eguale distribuzione dei diritti, dei doveri e delle libertà fondamentali con riferimento all'individuata categoria di 'uguali'. Negli ordinamenti moderni, infatti, l'eguaglianza di fronte alla legge, si è tradotta – fondamentalmente, ma non solo – in quella secondo cui la legge non può istituire né giustificare alcun trattamento differenziale tra le persone sulla base del sesso, della razza, della lingua e della religione e via dicendo⁴⁷. Il primo comma dell'articolo 3 della Costituzione italiana, secondo cui «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», ne è un valido esempio. Il contenuto primigenio del principio di eguaglianza consiste, anzitutto, nella eguale capacità giuridica di ogni uomo o cittadino. In secondo luogo, l'eguaglianza formale, intesa come vincolo al contenuto

⁴⁷ L'individuazione nel sesso, nella razza, nella lingua e nella religione delle più comuni caratteristiche costitutive di un essere o di un appartenere è storicamente contingente: nel momento in cui la dottrina liberale si è formata quelle sono state considerate le caratteristiche più rilevanti di un essere non modificabile o di un appartenere non scelto autonomamente. Oggi, questo elenco si è notevolmente esteso sino a ricomprendere aspetti della persona prima non considerati (orientamento sessuale, identità di genere, età, disabilità e via dicendo).

delle leggi, incarna l'esigenza della loro generalità e astrattezza. In questo senso l'uguaglianza è tanto più garantita quanto più le leggi sono generali e astratte, cioè rivolte a 'tutti', applicabili solo per il futuro e per un numero indefinito di volte. In terzo luogo, come visto, la generale proclamazione di eguaglianza può essere accompagnata da una serie di specifici divieti di discriminazione, volti a rafforzarne il vincolo per il legislatore in presenza di quelle ragioni. Da qui scaturisce, anche, un principio generale di ragionevolezza che impone che le differenziazioni legislative non siano arbitrarie ma, giustificabili e che, nell'ordinamento italiano per esempio, è andato assumendo un grado di autonomia sempre maggiore, talvolta staccandosi dal principio di eguaglianza e divenendo criterio generale di razionalizzazione dell'ordinamento, se non addirittura di legittimazione di esso⁴⁸. È questa, dunque, l'eguaglianza che troviamo ribadita nei diversi documenti internazionali (a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁴⁹ del 1948 e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici⁵⁰ del 1966) e nella maggior parte delle moderne carte costituzionali (e, tra queste, quella italiana).

Se ciò che conta per l'eguaglianza formale, quindi, è eguagliare gli uomini sul piano del trattamento giuridico (eguaglianza delle regole), la

⁴⁸ Così, tra gli altri, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2002 e G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁴⁹ *Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza.* Art. 1, Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

⁵⁰ *Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione.* Art. 2, comma 1, Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

sfida dell'eguaglianza sostanziale si gioca invece sul piano materiale dei fatti. I limiti derivanti dall'astrattezza e dall'ambiguità della formulazione dell'eguaglianza formale, soprattutto dovuti alla necessità di riempire di contenuto tale prescrizione e alla discrezionalità insita nella scelta delle caratteristiche da considerare rilevanti ai fini della parità di trattamento, hanno portato allo sviluppo del concetto di eguaglianza sostanziale per renderla effettiva sul piano dei fatti e per riuscire, in tal modo, a colpire anche quelle forme indirette di discriminazione che resterebbero fuori dalla portata letterale dell'eguaglianza formale. È interessante sottolineare, sin da subito, come parte della dottrina abbia contrapposto l'eguaglianza formale a quella sostanziale, ritenendo quest'ultima in antitesi con la prima, almeno nella sua accezione più 'ristretta'⁵¹. Ciò emerge laddove si sottolinea, per esempio, come «il principio di eguaglianza sostanziale postuli non leggi 'generalì', riferite alla totalità dei cittadini, ma leggi 'particolari', riferite a categorie e a soggetti svantaggiati dei quali si intende migliorare la

⁵¹ Parte della dottrina italiana, si veda L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1984*, in *Giur. Cost.*, 1984; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1994; *id.*, *L'eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1976; R. BIN - G. PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000 e F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, tende a distinguere un nucleo 'forte' da un nucleo 'allargato' di applicazione del principio di eguaglianza formale. Il nucleo forte del principio di eguaglianza corrisponderebbe a quella che è stata la sua funzione nello stato liberale divenendo un generale vincolo di arbitrarie distinzioni normative, tendendo alla massima universalità soggettiva e alla massima astrattezza oggettiva delle norme; in particolare, rispetto alle distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali si richiederebbe un più rigoroso scrutinio di ragionevolezza e, pertanto, l'eventuale disparità di trattamento deve trovare un fondamento obiettivo. Il secondo, invece, coinciderebbe con il principio di ragionevolezza delle classificazioni legislative e avrebbe lo scopo di garantire la coerenza tra le diverse parti dell'ordinamento giuridico, imponendo un vincolo meno rigoroso di generalità e astrattezza delle norme, potendo queste anche derogare all'imperativo dell'universalità in senso soggettivo delle leggi.

condizione»⁵². Si pensi alle azioni positive a favore delle donne o degli appartenenti a un determinato gruppo etnico che si scontrano con gli specifici divieti di discriminazione derivante dal modo di essere di una persona, sconfessando in qualche modo che la legge debba essere ‘cieca’ di fronte a questo tipo di differenze. L’autonomia e diversità del principio di eguaglianza sostanziale starebbe, allora, proprio nel fatto che, mentre il principio di eguaglianza in senso formale ha un contenuto essenzialmente negativo, imponendo di astrarre dai fattori di differenziazione vietati, quello in senso sostanziale ha invece un carattere principalmente positivo, dando rilevanza proprio a quei fattori di differenziazione. In effetti, il secondo comma dell’articolo 3 della Costituzione italiana, in base al quale «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», viene spesso interpretato come una deroga all’eguaglianza formale, intesa nella sua accezione più ‘ristretta’ di generalità e astrattezza delle regole giuridiche, dal momento che sembra costruirsi come un rapporto regola/eccezione. Non di incompatibilità ma di completamento e specificazione dovrebbe, invece, parlarsi con riferimento all’accezione in senso più ‘ampio’ del principio di eguaglianza formale (eguale trattamento per gli eguali e diverso per i diversi), rispetto al quale l’eguaglianza sostanziale fornirebbe al legislatore una direttiva per discernere quali, tra le tante differenze obiettive riscontrabili, giustificano (ed anzi impongono) trattamenti differenziati al fine di

⁵² G. CORSO, *Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 276.

realizzare l'eguaglianza materiale. In quest'ultimo senso, l'eguaglianza sostanziale può per certi versi essere letta come garanzia di invero di quella formale, giacché questa da sola rischierebbe di rimanere una scatola vuota, incapace di impedire le ineguaglianze determinate da ostacoli di ordine socio-economico.

L'eguaglianza giuridica, quindi, è stata per lo più interpretata come un valore espansivo che si sviluppa lungo una linea ideale, i cui poli sono rappresentati da finalità formali e finalità sostanziali, e sulla quale ciascun ordinamento sceglie di posizionarsi, privilegiando ora l'una e ora l'altra finalità, a seconda del contesto politico e delle circostanze socio-economiche. Tuttavia, se è innegabile la centralità della dicotomia formale/sostanziale nel dibattito giuridico sul principio di eguaglianza, al contempo potrebbe risultare eccessivamente semplicistico (e ingannevole) ritenere esaurita qui l'analisi di questo principio, soprattutto se vogliamo affermare l'insostenibilità degli argomenti di chi presenta l'eguaglianza come un'idea vuota e priva di valore. Del tutto condivisibile appare la posizione di Letizia Gianformaggio, secondo cui la distinzione tra eguaglianza formale e sostanziale non solo è incapace di dare adeguatamente conto della complessa fenomenologia dell'eguaglianza giuridica ma rischia anche di confondere ulteriormente il «trattare in modo eguale» individui e gruppi con il trattare individui e gruppi «come se fossero eguali»⁵³. L'autrice,

⁵³ Così in L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza e le norme*, in A. FACCHI – C. FARALLI – T. PITCH (a cura di), *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005. Una distinzione di questo tipo la ritroviamo anche nel pensiero di Dworkin, allorché si parli del diritto delle persone a un *equal treatment* (cioè che a tutti sia assegnata indistintamente la stessa quota di risorse, opportunità e oneri) e del diritto di ognuno di essere trattato *as an equal* (cioè che a tutti siano accordati eguali considerazione e rispetto). Tra questi due tipi di eguaglianza solo il secondo costituisce l'oggetto di un vero e proprio diritto fondamentale. Così in R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, Op. cit.

infatti, sostiene l'equivocità delle categorie formale e sostanziale dell'eguaglianza e critica la loro netta contrapposizione.

«La locuzione «eguaglianza sostanziale» non è univoca; essa viene intesa ora come il valore dell'eguaglianza, ora come il fatto dell'eguaglianza, ora come la considerazione delle differenze. [...] La sua equivocità è ancor più radicale. Infatti nel primo caso può essere intesa come valore assoluto o come valore relativo; nel secondo caso come un obiettivo conseguito, come un obiettivo perseguito dal diritto, o come un obiettivo che il diritto prescrive di perseguire; nel terzo senso come una tutela di individui e situazioni a rischio (protezione dei deboli ed eliminazione delle diseguaglianze) o come una promozione di doti umane o qualità particolari (riconoscimento delle identità o valorizzazione delle specificità)»⁵⁴.

Come già abbiamo avuto modo di sostenere, a essere equivoca è, prima ancora, la stessa categoria dell'eguaglianza formale, che «può venire contrapposta all'eguaglianza sostanziale così come l'essere del diritto si contrappone al suo dover essere, vale a dire ai valori che deve incorporare; oppure così come il diritto inteso come dover essere si contrappone all'essere, vale a dire alla realtà sociale in cui si deve realizzare»⁵⁵. In questo senso, la nota espressione 'eguaglianza di fronte alla legge' è foriera di fraintendimenti notevoli: una norma che fosse espressione di una politica di *apartheid* lascerebbe teoricamente intatta l'eguaglianza formale (se intesa in senso ristretto come universalità delle norme), così come, al tempo stesso, sarebbe conforme al principio di eguaglianza formale anche il sistema che promuovesse le pari opportunità al fine di rimuovere gli ostacoli che, di fatto, impediscono l'effettiva parità. Dietro le 'due eguaglianze' (formale come parità di

⁵⁴ *Id.*, pp. 134-135.

⁵⁵ *Id.*, p. 135.

trattamento e sostanziale come realizzazione delle condizioni di effettiva parità) si cela in realtà un'unica forma di eguaglianza che è contemporaneamente formale e sostanziale, che presenta, in altre parole, gradi incrementali di 'sostanzialità' (nel senso di eguaglianza sostanziale come valore). Gianformaggio, in particolare, respinge la costruzione del rapporto tra eguaglianza formale e sostanziale come rapporto regola/eccezione, ritenendo invero più plausibile una progressione dalle mere statuizioni alla realizzazione nei fatti dell'eguaglianza, nel senso di uno spostamento dall'eguaglianza giuridica dalla sfera del mero dover essere a quella dell'essere. Il rischio, infatti, come rileva la stessa autrice commentando la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 422 del 1995 sul tema delle quote 'rosa', è che si crei ancor più confusione e si rafforzi la convinzione che qualora una norma di legge sia intesa a favorire l'eguaglianza sostanziale, questa si traduca necessariamente in un trattamento diseguale (e, dunque, contrario all'eguaglianza formale)⁵⁶. In particolare, nella motivazione della Corte, che dichiara incostituzionali le cd 'quote rosa', si legge come «*misure legislative volutamente diseguali [...] non possano incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali [...] finendo per creare discriminazioni attuali come rimedio a discriminazioni passate*»⁵⁷. Il punto critico non è la constatazione che la norma impugnata non sia *gender-blind*, perché di fatto lo è, ma ritenerla, solo per questo motivo, 'diritto diseguale': la norma, infatti, rimane(va) imparziale, ponendo

⁵⁶ Così in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422/1995 della Corte costituzionale)*, in A. FACCHI – C. FARALLI – T. PITCH (a cura di), *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

⁵⁷ Corte costituzionale italiana, sentenza n. 422 del 1995.

sempre per ciascuna donna e per ciascun uomo esattamente le stesse condizioni (favorire l'ingresso di una donna se nella lista elettorale gli uomini erano già i due terzi e viceversa). In effetti, il problema risiede proprio qui: «di fatto, mai ci sono, in una lista, due terzi di donne»⁵⁸, cosicché la norma appare, da una parte, favorire solo le donne e, dall'altra, abbassare gli uomini al livello di cittadini da proteggere. Ne consegue che, conclude Gianformaggio, secondo la Corte «per rispettare o realizzare l'eguaglianza [formale] non si debbono trattare gli uomini come le donne»⁵⁹, e che, quindi, per realizzare l'eguaglianza sostanziale si debba derogare a quella formale, nel momento in cui si riconosce come 'diritto diseguale' una norma per il solo fatto di non essere indifferente rispetto al sesso. Questa lettura è strettamente connessa a quella interpretazione della relazione di eguaglianza come *sameness*: laddove si consideri la differenza in termini valutativi e, più nello specifico, come scarto da una norma assunta come 'normalità' (coincidenza tra termine di paragone e unità di misura della relazione comparativa), le misure di 'tutela' volte a ridurre o a eliminare l'impatto negativo delle differenze nei fatti (eguaglianza sostanziale), verranno necessariamente interpretate come derogatorie nei confronti dell'eguaglianza formale, ovvero come operanti un trattamento diseguale.

La dicotomia tra eguaglianza formale e sostanziale è, dunque, un luogo specifico del linguaggio dei giuristi, venendo talvolta presentata come esaustiva della varietà di significati e di funzioni che il principio di eguaglianza può assumere. La formulazione dell'articolo 3 della Costituzione italiana, come abbiamo visto, è emblematica ed ha

⁵⁸ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale*, Op. cit., p. 237.

⁵⁹ *Ibidem*.

certamente favorito l'interpretazione dicotomica del principio in parola. Resta il fatto che entrambe le categorie dell'eguaglianza (formale e sostanziale) sono equivoche e che tale dicotomia non è sufficiente a sintetizzare la complessità di sfumature che presenta il concetto di eguaglianza giuridica. Chi riteneva che attraverso il concetto di eguaglianza sostanziale si sarebbe superata l'astrattezza e ambiguità del concetto formale di eguaglianza, riempiendolo così di contenuto, deve essere smentito.

Sotto questo profilo, è molto puntuale l'analisi critica di Sandra Fredman laddove evidenzia la non univocità del concetto di eguaglianza sostanziale, individuando ben quattro differenti approcci⁶⁰, nessuno dei quali pienamente soddisfacente. Un primo concetto è quello di «eguaglianza dei risultati», secondo cui un certo trattamento infrange il principio di eguaglianza sostanziale qualora i risultati che produce siano di fatto ineguali. Ma quale risultato dovrebbe essere perseguito? Il punto non è chiaro, tant'è che, all'interno di questa categoria, vengono ulteriormente distinti il caso in cui l'impatto del trattamento apparentemente neutro colpisca il singolo individuo, il caso in cui colpisca l'intero gruppo e, infine, il caso in cui venga richiesto espressamente un eguale trattamento a parità di condizioni⁶¹. Rispetto

⁶⁰ Si veda, in particolare, S. FREDMAN, *A Critical Review of the Concept of Equality in UK Anti-Discrimination Law*, Cambridge Centre for Public Law & Judge Institute of Management Studies, Cambridge, 1999; *id.*, *Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide*, in 21 S. Afr. J. on Hum. Rts., 163, 2005.

⁶¹ Le azioni positive rientrano tra gli strumenti legislativi necessari per garantire l'eguaglianza dei risultati, intervenendo per supplire alla sotto rappresentazione di certi gruppi rispetto a quello dominante. Per esempio, l'azione positiva è stata la pietra angolare della legislazione dell'Irlanda del Nord per combattere la discriminazione religiosa. Il *Fair Employment and Treatment Order* (FETO) del 1998 definisce all'articolo 4 'affirmative action' come quell'azione volta ad assicurare l'equa partecipazione al mondo del lavoro dei membri della comunità Protestante o della comunità Cattolica dell'Irlanda del Nord attraverso: (a) *the*

alle prime due ipotesi va ricollegato il concetto di discriminazione indiretta, trattandosi di un trattamento o di un criterio apparentemente neutro che però procura nei fatti uno svantaggio all'individuo o al gruppo di cui fa parte. E, come è noto, gli strumenti legislativi individuati per combattere la discriminazione e, nello specifico, la discriminazione indiretta variano considerevolmente e con risultati non sempre soddisfacenti. Un secondo approccio all'eguaglianza sostanziale può essere colto in quello di «eguaglianza di opportunità», che mira a livellare i punti di partenza garantendo a tutti le medesime condizioni per l'esercizio dei propri diritti. Anche in questo caso possono essere richieste misure di intervento affinché siano garantiti a tutti le stesse possibilità (per esempio, l'eguale opportunità di venire assunti indipendentemente dall'essere uomo o donna). Anche questa impostazione, tuttavia, apre a sua volta numerosi interrogativi perché, anzitutto, somma all'ambiguità del termine 'eguaglianza' l'ambiguità del termine 'opportunità' (cosa si deve intendere esattamente per opportunità? Quale concezione di opportunità si deve considerare?) e, in seconda battuta, rischia di trasformarsi in un approccio più procedurale (formale) che sostanziale, se non sono adeguatamente calcolati gli effetti complessivi della subordinazione sociale di un gruppo nei confronti di quello dominante⁶². Un terzo approccio pone, invece, l'eguaglianza a

adoption of practices encouraging such participation and (b) the modification or abandonment of practices that have or may have the effect of restricting or discouraging such participation.

⁶² In effetti, l'eguaglianza di opportunità apre numerose questioni che ingarbugliano ancora di più il discorso sull'eguaglianza sostanziale: dire, infatti, di rimuovere gli ostacoli o le barriere per garantire l'eguale opportunità di accesso al mondo del lavoro per le donne, non garantisce affatto che l'occupazione femminile aumenterà perché non considera, per esempio, tutti i fattori sociali e culturali che, di fatto, limitano le possibilità di lavoro (o di fare carriera) delle donne. L'espressione 'eguaglianza di opportunità', quindi, resta spesso vaga perché «non vengono

garanzia dei diritti sostanziali. Emblematico di questo modello sarebbe l'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, secondo Fredman, confina l'eguaglianza in un ruolo meramente sussidiario, volto a impedire un livellamento al ribasso dei diritti fondamentali enunciati nella Convenzione e, comunque, solo di quei diritti⁶³. L'ultimo approccio all'eguaglianza sostanziale individuato da Fredman è quello ispirato ai più universali valori della dignità umana, dell'autonomia e dello sviluppo della personalità di ciascun individuo. Questo è un approccio che ritroviamo in molte carte costituzionali, come quella italiana (Artt. 2 e 3) o quella tedesca (secondo cui «la dignità dell'uomo è intangibile ed è dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»⁶⁴) e che pone al centro dell'attenzione la persona, facendo della dignità umana il valore-guida universale di tutto l'ordinamento. Benché quest'ultima impostazione sia quella che, rispetto alle altre, risponde meglio all'esigenza di invero dell'eguaglianza sostanziale, necessita comunque di essere specificata e resa operativa da

esplicitati tutti gli elementi che la compongono. Talvolta si omette di specificare gli ostacoli che non devono frapporsi tra la classe di soggetti ed il conseguimento di un determinato risultato; altre volte non è delineata con sufficiente chiarezza la classe di soggetti che hanno, o dovrebbero avere, un'eguale opportunità di ottenere un certo risultato. Tali vaghezze, in parte forse ineluttabili, contribuiscono alla retorica dell'eguaglianza in quanto occultano il fatto che ogni eguaglianza [nel nostro caso, quella di opportunità] è inevitabilmente in competizione con altre eguaglianza [per esempio, con l'eguaglianza nei risultati]». Così, A. SCHIAVELLO, *Il principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica*, n. 14, 2000, pp. 65-80, p. 80. Cfr., anche, P. WESTEN, *The Concept of Equal Opportunity*, in *Ethics*, 95, 1985.

⁶³ «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, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Art. 14, Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁶⁴ Art. 1, comma primo, Legge Fondamentale tedesca.

strumenti giuridici certi per non rischiare di lasciare la sua realizzazione al più totale arbitrio interpretativo.

Eguaglianza formale e sostanziale sono una strana coppia. Due facce della stessa medaglia che si trovano, contemporaneamente, a essere l'una il completamento dell'altra, l'una la specificazione dell'altra, l'una il limite dell'altra, l'una l'opposto dell'altra. L'ambiguità e la non univocità di questi concetti è certamente la causa di questa confusione. Indubbiamente l'eguaglianza formale da sola non basta:

«In the face of the majestic equality of the law, which forbids the rich as well as the poor to sleep under bridges, to beg in the streets, and to steal bread, it's evident that applying the same law to all does not necessarily afford everyone equal benefits»⁶⁵.

Non è, dunque, insensato cercare di dare sostanza al principio in parola, anzi è di fondamentale importanza. Oltre al «Che cosa» e al «Tra chi» dell'eguaglianza, infatti, è necessario trovare una risposta al problema dell'individuazione e della selezione dei criteri e degli strumenti per attuarla e/o tutelarla. I problemi che l'eguaglianza formale pone (difficoltà nello stabilire le caratteristiche rilevanti per la determinazione degli 'uguali', relatività del principio di parità di trattamento, difficoltà dell'individuazione di un *tertium comparationis* neutrale nel giudizio di eguaglianza, disconoscimento del valore della differenza) sono stati già evidenziati, soprattutto dai critici dell'eguaglianza. Tuttavia, se è semplicistico e non proficuo sostenere la tesi dell'eguaglianza come idea vuota perché 'formale', non ha

⁶⁵ A. FRANCE, *Le lys rouge*, Calmann-Lévy, Parigi, 1927, p. 106.

nemmeno senso difendere l'eguaglianza purché 'formale'⁶⁶. Ecco perché è necessario allontanarsi anche dalle posizioni che tendono a ridurre l'eguaglianza sostanziale a principio subordinato e sussidiario quando non addirittura in deroga al principio di eguaglianza formale, quale unica e autentica espressione dell'eguaglianza giuridica. La complessità della grammatica dell'eguaglianza richiede forse il superamento della classica dicotomia e di concentrare la riflessione sugli strumenti di concretizzazione di questo principio. Tra eguaglianza e differenza non c'è incompatibilità, ma ci deve essere reciproca valorizzazione.

«La valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio. Essa richiede infatti che proprio in nome dell'eguaglianza dei diritti fondamentali si conduca una lotta nei confronti dell'oppressione di individui e gruppi; che finalmente si consideri violazione del principio giuridico dell'eguaglianza [l']oppressione oltreché la mera discriminazione, o addirittura [l']oppressione anziché la discriminazione»⁶⁷.

Configurando l'eguaglianza come «l'eguale diritto di tutti all'affermazione e tutela della propria identità, [anche e proprio] in forza del pari valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascuno individuo una persona come tutte le altre»⁶⁸, essa non negherebbe più le differenze – richiedendone l'omologazione allo standard di normalità (*sameness*) –

⁶⁶ Così L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale*, Op. cit., p. 155.

⁶⁷ L. GIANFORMAGGIO, *L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto*, Op. cit., p. 90.

⁶⁸ L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, 33, n. 2, 1993, pp. 49-73, p. 53. Si veda anche l'impostazione di autori come L. GIANFORMAGGIO, in *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, e T. MAZZARESE, in *Principio d'eguaglianza e diritti fondamentali. Una (ri)lettura dell'art. 3 della Costituzione*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006.

ma consentirebbe la loro valorizzazione giuridica, coniugando in modo complementare la dimensione formale e sostanziale di tale principio. Questa rilettura appare irrinunciabile per tentare di rispondere alle sfide sempre più complesse di realtà sociali composite, nella commistione di tradizioni culturali e religiose differenti, e laddove gli individui sempre più raramente hanno identità univocamente determinate, distinte e separate, caratterizzandosi al contrario per la coesistenza di una pluralità di tratti culturali e personali vari ed eterogenei.

3. Verso eguaglianze sempre meno ‘formali’

L’eguaglianza è un ideale relativamente moderno. Nell’età classica o medievale, la società non era affatto fondata su un principio di questo tipo. La società era ordinata in modo gerarchico, con privilegi e doveri diversi a seconda del ceto di appartenenza dell’individuo. Il mondo antico si è sviluppato nel paradigma delle antitesi governanti/governati, ricchi/poveri, uomini/donne, cittadini/stranieri, liberi/schiavi: antitesi non solamente effettive ma poste come naturali. L’eguaglianza degli antichi era, si può dire, «un’eguaglianza tra gli uguali»⁶⁹, un’eguaglianza secondo l’ordine gerarchico insisto nella natura delle cose e, pertanto, giusto e necessario. L’eguaglianza tra pari, quindi, era strettamente legata all’ordine, indispensabile all’organizzazione sociale. Anche il moderno principio di eguaglianza ha a che fare con l’ordine, a ben vedere. Fare ordine significa accostare gli elementi omogenei e separarli da quelli diversi. Questa connessione tra

⁶⁹ Cfr., G. CAMBIANO, *Aristotile e gli oppositori anonimi della schiavitù*, in M.I. FINLEY (a cura di), *Classical Slavery*, trad. it., *La schiavitù nel mondo antico*, Laterza, Roma-Bari, 1990.

eguaglianza e ordine in un'ottica politico-giuridica può apparire, in effetti, paradossale: perché la richiesta di ordine proviene sempre dall'alto (per esempio dallo Stato nei confronti dei cittadini), mentre la richiesta di eguaglianza proviene dal basso (per esempio dagli sfavoriti nei confronti dei privilegiati). Questo mette in evidenza, ancora una volta, il carattere relativo dell'eguaglianza, la quale dipende da quali sono gli scopi e gli interessi di chi la predica, di chi la vuole. È abbastanza evidente la differenza tra la proto-eguaglianza medievale e quella affermata oggi nelle moderne costituzioni. Quel principio non si imponeva, infatti, tra gli individui ma tra fazioni di individui, ceti, *status* e così via. Mentre l'eguaglianza odierna viene intesa come faro nella predisposizione di strumenti utili a livellare/eliminare le disuguaglianze che, di fatto, ostacolano lo sviluppo – anche civile e politico – di ciascuno, in quello che è stato chiamato il «lungo medioevo»⁷⁰ non c'era nessun faro da seguire nella costruzione di un ordine più giusto. L'ordine giusto era quello dato.

«Ognuno ha diritto a un trattamento 'equo', anche di fronte al governante, ma nessuno ha diritto d'immaginarsi diverso da quello che è, e magari uguale all'altro. Se ciò dovesse accadere, la misura sarebbe superata. L'uguaglianza senza differenze si avvierebbe in quello stesso momento a divenire estrema, perdendo irrimediabilmente il suo fondamento equitativo. La costituzione sarebbe gravemente minacciata. E all'orizzonte si staglierebbe in modo sempre più nitido la figura del despota, non importa se monarchico o democratico»⁷¹.

⁷⁰ Così, tra gli altri, P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

⁷¹ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 114.

Il concetto di eguaglianza nel mondo antico e medievale⁷², quindi, è rappresentabile come eguaglianza tra parti distinte che devono rimanere tali per il mantenimento dell'ordine dato e sostanzialmente giusto. La possibilità di immaginare di diventare qualcosa di diverso da ciò che di fatto ognuno è, non viene presa in considerazione. Anzi, viene tenuta il più possibile lontana nella costruzione degli istituti di conservazione dell'ordine. L'individuo, quindi, conta in quanto appartenente ad un determinato ceto, *status*, luogo. E questi ceti contano in modo diverso, nel modo in cui la storia ha determinato che contassero. È la storia che ha posto in essere non solo le differenze ma anche le disuguaglianze, che vanno preservate in nome di un ordine immutabile, storico e naturale. E perciò giusto. Con il *Leviatano* di Thomas Hobbes prima, e con il *Contratto sociale* di Rousseau poi, l'eguaglianza tra individui assume un nuovo significato e viene a porsi come base della costruzione di un ordine nuovo da molti invocato e da altrettanti temuto come *bellum omnium contra omnes*. L'eguaglianza – tra individui – si pone quindi in contrasto con la ‘costituzione’ di quel «lungo medioevo»⁷³. In effetti, «la seconda rappresenta il lato della tradizione,

⁷² Non tanto di eguaglianza quanto di *aequabilitas* è corretto parlare con riferimento al periodo antico-medievale. In effetti, l'*aequabilitas* (Cicerone, *De re publica*, I, XLV) non ha nulla a che vedere con il principio di eguaglianza dei moderni che si misura, in genere, tra individui o situazioni sulla base di un'unità di misura (ad esempio, l'individuo astrattamente inteso); questa è pensato con riferimento alla concretezza del rapporto tra le forze, aristocratiche e popolari, che si muovono nella scena della *civitas*, della signoria o delle più tarde monarchie protonazionali. Questa serve a garantire l'equilibrio tra le varie forze e, dunque, a preservare l'ordine delle cose.

⁷³ Gli storici del diritto parlano di ‘costituzione mista’, riferendosi al periodo costituzionale prerivoluzionario, caratterizzato da una tradizione costituzionale non scritta, che predicava le virtù della moderazione, dell'equilibrio, della giustizia commisurata alle cose e che, proprio per questo, conservava in sé le differenze e le disuguaglianze. Una costituzione, quella mista, fortemente radicata e che rappresentava una sorta di misura ideale, di fronte alla quale l'eguaglianza tra gli uomini sembrava essere prima di tutto un principio smisurato, fonte di disequilibrio,

dell'equilibrio, della moderazione; la prima è la forza politica che, a partire dal Diciassettesimo secolo, irrompe sulla scena sociale, politica e costituzionale europea, minacciando di rompere l'equilibrio»⁷⁴.

Le prime tracce della moderna formulazione dell'eguaglianza giuridica sono rintracciabili già nel periodo prerivoluzionario francese: Montesquieu, ne *l'Esprit des Lois*⁷⁵, distingue due nozioni di eguaglianza, l'una positiva, l'eguaglianza di fronte alla legge, e l'altra decisamente da rifiutare, in quanto «eguaglianza estrema», poiché estesa al campo politico, entro cui si annidava la minaccia della sovranità popolare. In particolare, si trattava di quella situazione in cui «la società non chiedeva più un trattamento non arbitrario, imparziale e per legge, dei propri diritti, fossero essi ancora quelli di ceto o quelli nuovi di stampo individuale, ma intendeva anche esprimersi e mostrarsi come corpo politico sovrano, dotato di una sola voce proprio perché composto al proprio interno da individui tra loro assolutamente eguali»⁷⁶. L'eguaglianza è quindi principio rivoluzionario già prima della Rivoluzione francese. Con la Rivoluzione si raggiunge la piena affermazione di quella nozione positiva di eguaglianza, l'eguaglianza di fronte alla legge, che nella Dichiarazione del 1789 trova la sua consacrazione. Il principio di eguaglianza opera ora più in profondità, essendo stato spazzato via qualsiasi riferimento al mondo pluralistico e differenziato dell'*Ancien Régime*. Quell'enfasi che la Dichiarazione pone

senz'altro distruttivo dell'ordine politico-giuridico. Si veda, tra gli altri, P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁷⁴ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Op. cit., p. 115.

⁷⁵ C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Rizzoli, Milano, 1989.

⁷⁶ M. FIORAVANTI, *Il principio d'eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in *Contemporanea*, n. 4, 1999, pp. 611-612.

sul carattere generale e astratto della legge corrisponde a quel concetto di eguaglianza formale che con la Rivoluzione progredisce e si pone come matrice del divieto di discriminazione contenuto nelle costituzioni contemporanee, come nell'articolo 3, comma primo, della Costituzione italiana⁷⁷. Dunque, con la Rivoluzione viene inaugurata la stagione per eccellenza delle Dichiarazioni dei diritti e dello stesso principio di eguaglianza. Un'eguaglianza che è solo ed esclusivamente quella che deriva dalla rigorosa e uniforme applicazione della legge dello Stato sovrano. Infatti, nel secolo diciannovesimo, che è il secolo dello stato di diritto e della società liberale, l'eguaglianza resta confinata e si esaurisce nel diritto di essere trattati in modo conforme alla legge dello stato. Si tratta della distinzione tra diritto e politica, che non ammette zone grigie. Eppure, come nota giustamente Fioravanti, ciò che «si trova 'nel mezzo', tra la politica e il diritto, è per l'appunto lo spazio della eguaglianza come principio costituzionale. È lo spazio in cui le molteplici opzioni politiche presenti in un certo momento storico trovano il modo d'incontrarsi traducendosi in una grande norma di principio. È quello che era impensabile nell'epoca dello Stato liberale di diritto; ed è quello che accadrà con le Costituzioni democratiche del Novecento»⁷⁸. L'eguaglianza, quindi, diventa infine principio costituzionale a tutti gli effetti e questo cambia completamente il panorama politico-giuridico. Diventa, per così dire, principio giuridico fondamentale e, dunque, norma, di cui si chiede la realizzazione attraverso la legge ed il sindacato che i giudici svolgono sulla legge medesima. È l'apice della concezione

⁷⁷ Così in M. FIORAVANTI, *Il principio d'eguaglianza*, Op. cit.

⁷⁸ M. FIORAVANTI, *Eguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, in M. CARTABIA – T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 61.

formale dell'eguaglianza giuridica che richiede di trattare gli uguali in modo eguale e i diversi in modo diverso. Ma non solo: è anche l'alba di una concezione più profonda dell'eguaglianza, quella sostanziale, dei fatti. In altre parole, il principio di eguaglianza si realizza anche e soprattutto valorizzando le differenze e, in questo senso, si spiega anche il sempre più ampio ruolo della giurisdizione (specie di quella costituzionale). Chi, infatti, se non il giudice potrà valutare la ragionevolezza delle differenziazioni introdotte dal legislatore? Chi se non il giudice potrà valutare, inoltre, se tali differenziazioni non siano del tutto arbitrarie e ingiustificate? Ma nemmeno con le costituzioni democratiche del Novecento si scioglie quella diffidenza che è stato il motore rivoluzionario che ha portato alla modernità giuridica. La diffidenza è forse il sentimento che, più di altri, sta alla base del compromesso costituzionale e che muove il principio di eguaglianza stesso. L'individuo ha imparato nella storia a diffidare: (I) dei suoi simili. Per Hobbes la diffidenza tra gli uguali è il sentimento che permette a questi di uscire dallo stato di natura/guerra affidando tutti i poteri ad un sovrano⁷⁹; (II) del sovrano assoluto. Per Rousseau la diffidenza è il sentimento che bisogna tenere nei confronti del sovrano poiché ogni sovrano tende a diventare assoluto. Per combattere la società corrotta che ha posto in essere le disuguaglianze bisogna, quindi, che la volontà generale diventi sovrana⁸⁰; (III) dei giudici. Essi, durante la Rivoluzione, rappresentavano il germe del privilegio che la volontà generale voleva debellare. La legge – espressione della volontà generale – presupponeva di contenere entro rigidi limiti l'attività d'interpretazione dei giudici; (IV) della volontà generale (o del popolo). Questa, come ha

⁷⁹ T. HOBBS, *Leviatano*, Editori Riuniti, Roma, 2005.

⁸⁰ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 2005.

dimostrato la Rivoluzione, non esiste risolvendosi, di fatto, nello scontro tra fazioni contrapposte che rende l'ordine impossibile; (V) del legislatore. Mill parla di quella che Tocqueville aveva chiamato 'tirannia della maggioranza'⁸¹ e di come sia indispensabile diffidare dell'onnipotenza del legislatore, essendo necessario individuare, anche per questo, dei limiti per evitare una degenerazione nel dispotismo politico⁸². A chi affidare, allora, le pretese di eguaglianza? Questa fu la domanda a cui rispondere nella seconda metà del Novecento, all'indomani delle degenerazioni totalitarie. E la risposta fu cercata, per l'appunto, nell'eguaglianza come principio costituzionale. L'eguaglianza, quindi, è stata assunta dalle costituzioni moderne come finalità e, nello stesso tempo, come connotazione essenziale dell'ordinamento democratico.

Abbiamo visto nel paragrafo precedente, come l'eguaglianza formale ignori l'esistenza delle disuguaglianze di fatto giacché, richiedendo l'uniforme applicazione della legge, presuppone che tutti siano egualmente titolari di diritti e doveri nell'ambito di circostanze personali e sociali di per sé eque. Sotto la concezione formale di eguaglianza, quindi, lo Stato ha il compito di porre in essere un quadro normativo formalmente neutro rispetto alle differenziazioni ritenute pregnanti, garantendo a tutti i medesimi diritti. Si richiedono, pertanto, trattamenti eguali per situazioni (formalmente) uguali e trattamenti diversi per situazioni (formalmente) diverse, ammettendo deroghe a tale principio solo in casi eccezionali. Abbiamo anche detto, però, che l'eguaglianza giuridica non si esaurisce nella concezione formale, anche

⁸¹ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*. Utet, Torino, 1968.

⁸² J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 2009. Dello stesso autore si veda, anche, *Sulla servitù delle donne*, Rizzoli, Milano, 2010.

perché da sola, questa, sarebbe insufficiente a porre rimedio alle reali disparità sociali.

«L'adozione di norme formalmente neutre finisce per privilegiare solo coloro che, grazie alla passata appartenenza a gruppi socialmente avvantaggiati, già possiedono un bagaglio di esperienze e requisiti tali da consentire loro di emergere nuovamente sui più vulnerabili e di esacerbare così le differenze preesistenti. [...] È insufficiente assicurare la mera eliminazione delle passate previsioni legislative determinanti l'ingiusta discriminazione. La passata discriminazione ingiusta produce conseguenze anche nel presente, e tali effetti non cessano immediatamente con l'eliminazione delle cause iniziali e, anzi, se non si adotta un rimedio possono continuare per un tempo considerevole o anche all'infinito. Al pari della giustizia, eguaglianza ritardata equivale a eguaglianza negata»⁸³.

L'evoluzione è stata verso sfumature di eguaglianza sempre più sostanziali, tese cioè a indagare l'impatto del diritto sulla realtà sociale, mediante azioni che tenessero conto della situazione particolare degli individui nel contesto dei rispettivi gruppi sociali di appartenenza (o, viceversa, della non appartenenza a gruppi socialmente vulnerabili), nonché delle concrete circostanze sociali, economiche e politiche. L'eguaglianza sostanziale pretende, infatti, un esame ulteriore circa le condizioni fattuali dei gruppi e degli individui e impone di giustificare razionalmente quelle differenziazioni formalmente ineguali ma sostanzialmente volte a eliminare le disuguaglianze sistemiche. L'eguaglianza sostanziale, però, non deve essere letta come deroga a quella formale sulla base della tradizionale opposizione dicotomica formale/sostanziale, essendo, a ben vedere, l'una e l'altra

⁸³ Corte costituzionale sudafricana, 9 ottobre 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Other*, CCT 11/1998, § 60.

finalisticamente omogenee e legate da un rapporto di continuità. L'eguaglianza sostanziale è, per così dire, la continuazione nel fine dell'eguaglianza formale.

Con la costituzionalizzazione del principio di eguaglianza, nel momento in cui diventa un fine/valore supremo dell'ordinamento, si avvia un processo che conduce l'eguaglianza giuridica ad assumere un grado sempre maggiore di 'sostanzialità', da un lato, e a configurarsi sempre più come un interesse autonomo della persona collegato alla sua dignità, dall'altro. La tendenza, in effetti, sembra essere quella verso forme di eguaglianza sempre meno «formali»⁸⁴, un'eguaglianza in cui la dimensione formale e quella materiale «non sono più l'una parallela e

⁸⁴ Il passaggio verso eguaglianze sempre meno «formali» viene evidenziato da molti autori, tra cui L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit.; L. FERRAJOLI, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in M. CARTABIA – T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, Giuffrè, Milano, 2009; B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-s subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III – *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009, e va di pari passo con l'abbandono o la critica di quei valori che sono stati posti alla base dell'eguaglianza formale a partire dalla Rivoluzione francese in poi: si tratta dei valori della neutralità (ovvero, il divieto per lo Stato di differenziare il trattamento della legge o di preferire una certa concezione di 'bene' o di 'giusto'), dell'individualismo (ovvero, rilevanza dell'individuo in quanto tale e non in quanto appartenente a un gruppo piuttosto che a un altro) e, infine, dell'autonomia (ovvero, la libertà di ciascuno di compiere le proprie scelte in base alla propria visione della vita). Questi valori sono stati messi in discussione, specialmente i primi due: neutralità della legge e individualismo, in realtà, maschererebbero i valori appartenenti al gruppo culturale dominante. L'individuo universale e astratto (il cd 'uomo normale'), su cui si fonda l'imparzialità del diritto, sarebbe in realtà vestito dei connotati culturali del gruppo dominante. L'identità, la storia, l'espressione di sé che rendono unica ogni persona in tal modo vengono soppressi, richiedendone l'omologazione a detto standard implicito, ai fini della parità di trattamento. Cfr., per esempio, C.A. MACKINNON, *Difference and Dominance: on Sex Discrimination*, in *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987; *id.*, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989; T. PITCH, *Tess e io. Differenze e disuguaglianze nella differenza*, in *Ragion Pratica*, n. 2, 2004; M.C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano, 2011.

simmetrica all'altra, se non addirittura tra loro antagoniste, quanto piuttosto dimensioni l'una all'altra complementari»⁸⁵. In questo senso, l'esperienza canadese e quella sudafricana sono tra le più significative perché dichiarano entrambe espressamente la volontà e la necessità di andare oltre la formulazione formale dell'eguaglianza, ricercando nella dignità umana il valore supremo universale cui agganciare tale principio e renderlo in tal modo effettivo.

Nel multiculturale Canada, per esempio, la tutela delle minoranze è stata costruita quasi totalmente dalla giurisprudenza delle Corti inferiori (tra le prime quelle dell'Ontario e dell'Alberta) e da quella della Corte Suprema, attraverso l'interpretazione della Costituzione federale canadese e della Carta dei diritti e delle libertà⁸⁶. Si è delineato un processo di graduale allineamento del diritto sostanziale ad un paradigma normativo più inclusivo che fa della promozione della dignità umana il fine primario della garanzia dell'eguaglianza. Cosicché, quando una persona o i membri di quel gruppo percepiscono, per effetto di una certa differenziazione legislativa, di essere trattati «come se fossero meno capaci, o meno meritevoli di riconoscimento o valore come esseri umani o come membri della società canadese, mentre avrebbero meritato eguale preoccupazione, rispetto e considerazione»⁸⁷, è in quel momento che l'eguaglianza si 'sostanzializza' e interviene per segnalare e rimuovere

⁸⁵ T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, Op. cit., p. 214.

⁸⁶ Sez. 15 Cost. (Constitutional Act 1982): «*Every individual is equal before the and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability*».

⁸⁷ *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, § 39.

non soltanto la discriminazione ma, anche e soprattutto, la subordinazione di quel gruppo rispetto a quello dominante. Sono numerose le decisioni, nella giurisprudenza costituzionale canadese⁸⁸, che affermano la necessità di spingere più in profondità l'azione del principio di eguaglianza, connettendolo in maniera inscindibile al valore universale della dignità umana. Similmente, anche la giurisprudenza costituzionale sudafricana, con la sua espressa adesione al pluralismo, al rispetto delle diversità, al recupero dei valori e dei principi democratici che salvaguardano gli individui dall'arbitraria interferenza pubblica nella vita privata, si pone in rottura con il passato contrassegnato dal pregiudizio, dall'esclusione e dalla emarginazione delle minoranze, fornendo una lettura del principio eminentemente sostanziale e contestuale dell'eguaglianza. Un nuovo sistema di valori, quello inaugurato con la Costituzione del 1996, che stride profondamente con il «passato in cui i sudafricani furono imbrigliati [...], un passato pervaso da ineguaglianza, autoritarità e repressione, un passato intriso dalla cultura dell'*apartheid* e del razzismo»⁸⁹, e che anela invece ad «una società aperta e democratica, costituzionalmente protetta e basata sulla libertà e sull'eguaglianza»⁹⁰, in cui opera il riconoscimento di un preciso quadro assiologico fondante:

⁸⁸ Si vedano, tra le altre, *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. Per un'analisi più dettagliata della giurisprudenza costituzionale canadese sull'interpretazione della sez. 15 della Costituzione in tema di principio di eguaglianza e dignità umana si veda R. O'CONNELL, *The Role of Dignity in Equality Law: Lessons from Canada and South Africa*, in *Int. J. Const. L.*, n.6, 2008.

⁸⁹ *Shabalala and Others v. The Attorney General of the Transvaal*, [1996] 1 SA 725 (CC), § 26.

⁹⁰ *Ibidem*.

«La Repubblica del Sudafrica è uno stato unitario, sovrano, democratico, fondato sui seguenti valori: (a) dignità umana, raggiungimento dell'eguaglianza e avanzamento delle libertà e dei diritti umani; (b) non-razzismo e non-sessismo; (c) supremazia della costituzione e principio di legalità; (d) suffragio universale adulto, lista unica nazionale degli elettori, elezioni regolari e sistema di governo democratico multipartitico, intesi a garantire la responsabilità, la collaborazione e l'apertura»⁹¹.

Emerge, dunque, che il nucleo attorno a cui ruota l'intero assetto costituzionale sudafricano è l'idea stessa di umanità, di dignità umana, che necessita di includere dentro di sé «ogni espressione di fioritura e realizzazione capace di contribuire allo sviluppo sociale senza arrecare nocimento agli interessi di altre persone»⁹². Particolarmente evocativo in questo senso è il riferimento che spesso la giurisprudenza costituzionale ha fatto all'idea tradizionale di *ubuntu*⁹³.

«Si parte dal concetto che siamo tutti interconnessi: l'umanità dei criminali, indipendentemente dalla loro volontà, è sullo stesso piano di quella delle vittime e a essa stessa strettamente vincolata. Quando si disumanizza una persona infliggendole danno e sofferenza, inevitabilmente si disumanizza se stessi. [...] La perdita di umanità degli oppressori è uguale, se non addirittura superiore, a quella subita dagli oppressi»⁹⁴.

⁹¹ Sezione 1, Costituzione finale sudafricana, 1996.

⁹² M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 490.

⁹³ *Ubuntu* è un'etica originaria dell'Africa sub-Sahariana che fondamentalemente esorta a sostenersi e aiutarsi reciprocamente, a prendere coscienza non solo dei propri diritti, ma anche dei propri doveri, poiché è una spinta ideale verso l'umanità intera, un desiderio di pace. È una regola di vita basata sulla compassione e sul rispetto reciproco; appellandosi all'*ubuntu* si è soliti dire *Umuntu ngumuntu ngabantu*, ovvero «io sono ciò che sono in virtù di ciò che tutti siamo».

⁹⁴ D.M. TUTU, *Non c'è futuro senza perdono*, Feltrinelli, Milano, 2001, p. 80.

Il senso dell'eguaglianza come garante della pari dignità, come principio di non subordinazione, investe in modo più evidente e pesante una sorta di responsabilità istituzionale collettiva che non esime nessuno e che si estende dal legislatore alle corti finanche alla società civile. Si rende, infatti, necessario «spostare l'accento dall'eguaglianza intesa in senso formale, uguaglianza innanzi alla legge e parità astratta di trattamento, all'eguaglianza intesa in senso sostanziale, e probabilmente anche, oltre a questo, a una ricerca dell'eguaglianza nelle condizioni sociali»⁹⁵. Non c'è dubbio, quindi, che rispetto ai diritti fondamentali gli individui non possano subire distinzioni di sorta, né essere classificati o posti in categorie diversificate nel trattamento, e dunque anche nel valore. È quanto emerge, del resto, anche nell'articolo di apertura della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, laddove si afferma che:

«Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti, [...] sono dotati di ragione, di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza»⁹⁶.

Siffatto articolo esprime pertanto il fondamento costitutivo razionale dei diritti umani, che è appunto dato dall'imperativo categorico del loro universale riconoscimento all'intero genere umano; tutti meritano eguale protezione, considerazione e rispetto perché tutti dotati in potenza di ragione e coscienza. Dignità e libertà, intese come estrinsecazioni del valore costituzionale che mette ogni singolo individuo come fine ultimo dell'ordinamento, si ricongiungono in vario

⁹⁵ G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006, p. 63.

⁹⁶ Articolo 1, Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

modo al principio di eguaglianza. Come giustamente osserva Palombelli, «libertà ed eguaglianza, pur essendo in linea teorica antitetici (la libertà assoluta elimina l'eguaglianza, mentre l'eguaglianza assoluta abolisce la libertà) si riconnettono entrambe al valore primario del libero sviluppo della persona umana, implicito nel concetto di dignità umana, realizzabile nel massimo equilibrio tra condizioni di libertà e condizioni di eguaglianza»⁹⁷. Non è un caso che in molte costituzioni moderne venga riconosciuto, o quantomeno emerga, il legame tra dignità umana ed eguaglianza e vada delineandosi un *trend* interpretativo che collega finalisticamente i due concetti. Ad esempio, la *pari dignità sociale* che si legge nella Costituzione italiana garantisce un collegamento immediato e inscindibile dell'eguaglianza con il soggetto titolare del diritto che ancora e radica il trattamento di tutti i soggetti componenti la comunità alla concretezza e all'immediatezza di una loro pari ordinazione. In quanto soggetti titolari di diritti, le persone non sono semplicemente comparabili in base a qualsivoglia parametro purché non arbitrario e irragionevole, perché sono già state comparate dalla costituzione nella loro essenza, un'essenza che «elimina ogni possibilità di eccedenza e classificazione degli uni rispetto agli altri in base alle loro caratteristiche, ed in particolare in base alle caratteristiche personali e relazionali, nella misura in cui la definizione sociale della dignità conferisce concretezza al riconoscimento, rapportandolo alla condizione relazionale del soggetto»⁹⁸. È questo, del resto, il modo che consente di saldare seriamente le due facce della medaglia dell'eguaglianza, formale e

⁹⁷ G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza*, Op. cit., p. 47.

⁹⁸ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La società naturale e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 33.

sostanziale, e di connetterle sistematicamente a tutte le norme costituzionali che specificano condizioni e contesti in cui l'eguaglianza vive.

Questa è la prospettiva in cui «l'eguaglianza costituzionale agisce: attivando processi di inclusione, che aprono a nuovi soggetti l'accesso a spazi giuridici prima o altrimenti preclusi (eguaglianza in funzione antidiscriminatoria), e, più importante ancora, leggendo le differenze di condizioni come un assetto di potere ed affermando l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la costruzione di gerarchie giuridiche (eguaglianza in funzione anti-subordinazione) e di modificare le strutture sociali ed i modelli di pensiero che riproducono discriminazioni e disuguaglianza (eguaglianza in funzione anti-stigmatizzazione)»⁹⁹. Così interpretato, il principio di eguaglianza riconosce in primo luogo a tutti gli uomini, in quanto soggetti potenzialmente dotati di capacità razionali, e quindi capaci di determinarsi autonomamente, il diritto al riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali, nessuna esclusa, e della dignità di ogni essere umano. Sotto questo aspetto l'eguaglianza non costituisce unicamente un meta-diritto, ossia uno strumento che garantisce l'equa distribuzione di libertà altre, ma si configura essa stessa come interesse autonomo della singola persona collegato alla sua dignità, giungendo ad integrare un vero e proprio valore (diritto) con efficacia *erga omnes*. Dunque il cuore, per così dire, dell'eguaglianza sostanziale intende garantire a chiunque, in quanto persona, a prescindere da un giudizio circa la moralità di determinate condizioni personali e/o scelte socio-personali, le libertà e i diritti fondamentali, sicché nessun fattore di discriminazione può essere assunto come criterio valido di differenziazione per l'adozione delle attinenti discipline legislative.

⁹⁹ *Ibidem*.

Chiaramente, eccezion fatta per questo nucleo ‘forte’, dal principio di eguaglianza non discende un divieto assoluto di differenziare tra diverse categorie soggettive, anche perché ciò sarebbe impensabile e irragionevole.

Secondo questa lettura del principio di eguaglianza, nella sua dimensione sia di fine/valore istituzionale sia come di vincolo contenutistico che gli ordinamenti sono chiamati a rispettare, emerge una nozione complessa che non si esaurisce nei singoli divieti di discriminazione (*‘non-discrimination clause’*), ma che diventa strumento di inclusione e di anti-subordinazione sociale, da cui desumere «un generale canone di coerenza dell’ordinamento normativo, suscettibile di modulazioni secondo le molteplici realtà socio-normative e nel rispetto delle peculiarità e differenze individuali (fino, forse, ad un *‘right to be different’*)»¹⁰⁰. La correlazione tra eguaglianza, dignità umana e nozione di essere umano come soggetto capace di compiere scelte fondamentali è, dunque, molto stretta, come lo si intuisce già dallo stesso preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, in cui si evidenzia come tale Dichiarazione trovi il suo fondamento nell’intrinseca dignità umana che accomuna tutto il genere umano. Dignità che costituisce il valore fondante di qualunque diritto, principio o valore costituzionale, dall’eguaglianza alla libertà, dalla giustizia al rispetto reciproco e via discorrendo. E questa stretta connessione è di riflesso leggibile anche nelle moderne costituzioni democratiche, nelle quali, anche se non sempre espressamente, vi sono tutti gli elementi per desumere il diritto/valore dell’eguale dignità di ogni persona.

¹⁰⁰ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, Op. cit., p. 34.

4. La scoperta della differenza nel dibattito sull'eguaglianza. Una dicotomia da superare

L'introduzione della differenza, «lo strumento analitico più creativo del femminismo»¹⁰¹, rappresenta, giunti a questo punto, la tessera mancante del puzzle, l'ultimo tassello nella ricostruzione della grammatica dell'eguaglianza. Il discorso sulla differenza, o meglio sulle differenze, è, infatti, necessario per la ricomposizione di quel concetto di eguaglianza complessa, potenzialmente in grado di risolvere la crisi che negli ultimi decenni ha colpito il principio in esame. Nonostante la tendenziale contrapposizione tra i cosiddetti 'principio di eguaglianza' e 'principio della differenza', che ha spesso visto in quest'ultimo il ripudio o la negazione del primo, nella più recente letteratura si deve registrare invece una progressiva riaffermazione dell'eguaglianza come valore giuridico nella crescente consapevolezza del valore delle differenze. Nella rilettura del principio di eguaglianza, come concetto complesso che va oltre le ben note dicotomie con cui si è soliti analizzarlo, è sempre più evidente come «per un verso, la politica dell'eguaglianza possa assicurare un'effettiva parità di trattamento soltanto tenendo debito conto delle differenze; per l'altro verso, la politica delle differenze non sembri poter rinunciare ad avvalersi delle norme per l'eguaglianza, e dunque debba stabilire innanzitutto su questo terreno l'accordo politico tra i soggetti differenti»¹⁰². La valorizzazione delle differenze, pertanto, «non

¹⁰¹ Così J.W. SCOTT, *Deconstructing Equality-versus-Difference: or, the Uses of Poststructuralist Theory of Feminism*, in F. OLSEN (a cura di), *Feminist Legal Theory*, Dartmouth, Aldershot, 1995.

¹⁰² M.L. BOCCIA, *La differenza politica. Donne e cittadinanza*, Il Saggiatore, Milano, 2002, p. 160.

richiede che si ripudi l'eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio»¹⁰³.

Anche la differenza ha una grammatica complessa. È un termine equivoco che può avere significati e accezioni diverse a seconda dell'uso che ne viene fatto e del contesto in cui lo si utilizza. Prima ancora di addentrarsi nella «grammatica della differenza» è necessario aver ben chiaro che 'differenza' e 'diseguaglianza' sono due concetti non solo diversi, ma addirittura opposti. Le differenze consistono, infatti, nella diversità delle identità personali di ciascun individuo. Sono, per esempio, le differenze di sesso, di razza, di nazionalità, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, di orientamento sessuale, di genere, di età, di *status* e via dicendo. Le diseguaglianze, invece, consistono nella diversità delle condizioni di vita materiali e sociali che contraddistinguono ciascun individuo in un dato contesto. Queste due diversità hanno cause e conseguenze differenti ed hanno entrambe a che fare con il principio di eguaglianza evidentemente. L'eguaglianza, infatti, «è stipulata perché, di fatto, siamo differenti e diseguali: a tutela delle differenze e in opposizione alle diseguaglianze»¹⁰⁴. Le differenze vanno tutelate e valorizzate perché sono un tutt'uno con il valore e l'identità della persona; le diseguaglianze vanno ridotte e rimosse perché sono un ostacolo al pieno sviluppo della persona umana. Oltre ad essere diverse concettualmente, differenza e diseguaglianza sono diverse anche nella struttura: come l'eguaglianza, anche la differenza ha un significato sia descrittivo che prescrittivo, in quanto esprime una relazione comparativa tra due o più entità che possono differenziarsi da un certo punto di vista o sulla base di una certa

¹⁰³ L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge*, Op. cit., p. 143.

¹⁰⁴ L. FERRAJOLI, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, Op. cit., p. 25.

caratteristica rilevante. La disegualianza, invece, ha solo un significato valutativo e socio-culturale. Ora, mentre le relazioni di eguaglianza e differenza, nella loro accezione sia descrittiva sia prescrittiva, godono della proprietà di reciprocità (per cui se A è uguale/diverso da B, allora anche B è uguale/diverso da A), la disegualianza no, equivalendo a disparità di trattamento o discriminazioni arbitrarie, perché ritenute ingiuste e meritevoli di essere corrette.

Se, dunque, è vero che l'eguaglianza deve valorizzare le differenze, da un lato, ed eliminare le disegualianze dall'altro, come mai il rapporto eguaglianza/differenza è segnato sin dall'inizio da profonde discrepanze, contrapposizioni e incompatibilità? Come mai l'introduzione della differenza ha portato a una frattura, tuttora irrisolta, in relazione al principio e al valore dell'eguaglianza? In effetti, la problematizzazione della differenza da parte dei movimenti femministi (e non soltanto loro), soprattutto a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha aperto una riflessione non soltanto sul principio di eguaglianza, ma anche sul modo stesso di concepire il diritto. Il tema della differenza, quindi, ci porta inevitabilmente al tema del femminismo. Benché non sia questa la sede per approfondire la storia dei movimenti femministi, appare comunque necessario inquadrarne le tappe essenziali con riferimento all'oggetto del nostro studio: il principio di eguaglianza e il rapporto con la differenza. Data la varietà e complessità degli orientamenti e indirizzi che innervano il fenomeno del femminismo, l'argomento potrebbe essere affrontato da diversi punti di vista. Uno di questi è il dilemma tra eguaglianza e differenza, una controversia che ha certamente caratterizzato l'intera storia del femminismo, in un'oscillazione irrisolta, ancorché fortemente conflittuale, tra rivendicazioni di eguaglianza e affermazioni di

differenza, tra la richiesta di ‘diritti uguali’ (agli uomini) e quella di ‘diritti delle donne’¹⁰⁵. Il panorama del pensiero femminista è particolarmente variegato sia nel suo sviluppo storico, sia nelle sue configurazioni attuali e il solo certo denominatore comune delle sue numerose correnti è l’impegno per il miglioramento della condizione femminile. La più comune periodizzazione dei movimenti femministi distingue una ‘prima ondata’¹⁰⁶, riferita al movimento delle *suffragettes* e

¹⁰⁵ Cfr., in particolare, C. SARACENO, *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull’identità femminile*, Franco Angeli, Milano, 1987 e della stessa Autrice, *Tra uguaglianza e differenza: il dilemma irrisolto della cittadinanza delle donne*, in *Lettura Annuale Ermanno Gorrieri*, Fondazione Ermanno Gorrieri, Modena, 2008.

¹⁰⁶ Per ‘prima ondata’ femminista ci si riferisce, in genere, a quel periodo storico, identificabile tra la metà dell’Ottocento e le prime decadi del Novecento, che vide nascere ed ampliarsi, in Inghilterra e negli Stati Uniti, il primo movimento di massa delle donne, movimento che in questa fase lottò perché venisse riconosciuta l’eguaglianza delle donne rispetto agli uomini. Nella seconda metà del XIX secolo, sulla spinta dei moti rivoluzionari che sorgevano in tutta Europa, cominciò a delinearsi il movimento delle donne che domandava a gran voce che anche alle donne fossero riconosciuti i diritti fondamentali che erano garantiti agli uomini. Tale prima ondata del movimento femminista, formata da donne per lo più bianche e provenienti dal ceto della borghesia, fece proprio il sentimento di libertà che circolava nel continente in quel periodo storico, giungendo a costituire un solido movimento intorno alla richiesta di diritto al voto e di eguaglianza formale delle donne rispetto agli uomini. L’idea di base espressa da questa prima corrente liberale era che le donne dovessero essere considerate uguali agli uomini e valorizzate all’interno della società. Gli autori di riferimento per la prima ondata del pensiero e del movimento femminista sono, tra gli altri, Mary Wollstonecraft, John Stuart Mill (*La soggezione delle donne*, 1869) e Harriet Taylor (*L’emancipazione delle donne*, 1851). Per un’analisi delle tematiche principali presenti in tali autori con riferimento alla prima ondata femminista, si veda F. RESTAINO - A. CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Paravia, Torino, 1999; C. BEASLY, *What is feminism? An introduction to feminist theory*, Sage Publications, St. Leonard, 1999 e S. GAMBLE, *The Routledge Companion to Feminism and Postfeminism*, Routledge, Oxford, 2001. Il pensiero di Wollstonecraft, per esempio, si fondava sulla necessità dell’eguaglianza tra uomini e donne in base alla comune appartenenza di essi all’umanità. Wollstonecraft, non condividendo il pessimismo espresso dai suoi contemporanei circa la natura e le innate debolezze della donna, affermava che essa doveva essere educata. Non negando, ma dando credito all’immagine della donna irrazionale per natura, la scrittrice ritenne che le donne dovessero necessariamente essere educate alla razionalità per poter godere degli stessi diritti che appartengono agli uomini. Dunque, la differenza sessuale non viene negata, anzi viene riconosciuta come un fatto

alle campagne femministe di fine Ottocento e prima metà del Novecento, una ‘seconda ondata’¹⁰⁷, sviluppatasi alla fine degli anni Sessanta e incentrata sulla problematizzazione della differenza sessuale come origine di tutte le differenze e, infine, una ‘terza ondata’¹⁰⁸, più radicale, decostruzionistica, forse la più controversa tra tutte le correnti femministe, che si sviluppa sul finire del Novecento¹⁰⁹. Rispetto

naturale, biologico, ma nonostante questo doveva essere garantita l’eguaglianza dei diritti.

¹⁰⁷ La ‘seconda ondata’ del pensiero femminista in base alla nascita, nel 1968, di un nuovo movimento di donne che, traendo origine dalle mobilitazioni dei primi decenni del Novecento, condusse la contestazione verso nuovi temi e contribuì ad arricchire il discorso femminista. La produzione teorica del femminismo di seconda ondata fu caratterizzata da una grande vivacità e molteplicità, con posizioni anche assai diverse al suo interno. È interessante sottolineare come rispetto al tema della differenza e dell’eguaglianza si abbiano le contrapposizioni più radicali: da una parte, infatti, gli Anni Sessanta videro una ripresa del movimento intorno al diritto all’eguaglianza, dall’altra segnarono l’emergere di nuove azioni e manifestazioni da parte di donne che non erano interessate al raggiungimento dell’eguaglianza giuridica, ma che, proprio in virtù della differenza delle donne rispetto agli uomini, premevano per il riconoscimento dei diritti civili, di diritti su misura. Fu quest’ultimo movimento che in America si unì con il movimento studentesco e con il movimento pacifista, dando luogo al movimento di liberazione femminile. Le differenze tra i sessi vengono allora problematizzate: non più una mera conseguenza biologica ma vengono sempre più considerate un ‘costrutto sociale’. La differenza sessuale è una struttura di potere, che definisce il ruolo e la posizione, subordinata, della donna nella società. Si veda, tra gli altri, R. TONG, *Feminist Thoughts. A comprehensive Introduction*, Westview Press, Londra, 1992 e, ancora, F. RESTAINO - A. CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Op. cit. e S. GAMBLE, *The Routledge Companion to Feminism and Postfeminism*, Op. cit.

¹⁰⁸ Non da tutti univocamente riconosciuta, viste la contiguità temporale e la non univocità della categoria di postmodernità, è la ‘terza ondata’ femminista, quella degli anni Ottanta e Novanta. Il pensiero femminista ha spinge la disanima sui concetti postmoderni, quali differenza e identità, per analizzare la costruzione del soggetto donna e affermare la poliedricità di ogni essere umano comunque sessuato. Infatti, l’opera di decostruzione del discorso dell’universale neutro ha, per lo più, mirato non alla costruzione della teoria femminista definitiva, ma all’individuazione di uno spazio relazionale che dia modo al sé di manifestarsi e narrarsi al di fuori dei costrutti sociali e culturali (*in primis*, sesso e genere). In questo senso, su tutti, si veda J. BUTLER, *Gender trouble: Feminism and the subversion of identity*, Routledge, Londra, 1990.

¹⁰⁹ Tuttavia si deve far notare che c’è stata anche un’ondata precedente a queste tre, rappresentata dalle femministe dell’Illuminismo del Settecento. Ed è interessante sottolineare come sia la *Déclaration des droits des femmes et des citoyennes* di

all'oggetto del nostro studio, si può dire che la prima ondata del femminismo rivendichi l'eguaglianza delle donne rispetto agli uomini, la seconda la differenza, profonda, della donna rispetto all'uomo e l'ultima fase l'irriducibile eterogeneità e molteplicità che contraddistingue sia uomini che donne, tanto da voler superare quelle stesse categorie¹¹⁰.

L'apparizione della differenza come strumento di analisi teorica rappresenta certamente una svolta nel dibattito femminista sull'eguaglianza, portando all'identificazione di almeno due elementi molto problematici che investono tutto il diritto: (I) gli stereotipi di genere, intendendo tutti quegli atteggiamenti, ruoli, aspettative, stili di vita che vengono normativamente assegnati agli individui secondo la loro appartenenza a uno dei due sessi, e (II) lo standard di 'normalità', ovvero l'utilizzo implicito delle esperienze, i bisogni e gli schemi di comportamento dell'individuo 'universale e astratto' come standard (normativo e, anche valutativo) per tutti gli esseri umani. Di conseguenza, tutto ciò che non rientra in quello standard di 'normalità'

Olympe de Gouges (1791), sia il *Vindication of the rights of women* di Mary Wollstonecraft (1792), abbiano affrontato il tema dell'eguaglianza e della partecipazione delle donne alla nascente cittadinanza, facendo emergere già in queste prime riflessioni il problematico rapporto eguaglianza/differenza: per la de Gouges, infatti, le donne sono soggetti di diritti di cittadinanza non nonostante siano, appunto donne, ma anche perché lo sono; la Wollstonecraft, invece, rivendica diritti uguali per le donne nonostante vi sia una differenza irriducibile rispetto agli uomini. La prima, quindi, potremmo dire che afferma il diritto all'eguaglianza civile e politica delle donne anche in nome della specifica differenza femminile, la seconda rivendica l'eguaglianza nonostante la differenza, non perché questa sia un *handicap*, ma perché non dovrebbe rilevare ai fini dell'accesso all'eguaglianza. Si veda, per esempio, C. BOTTI, *Il femminismo tra uguaglianza e differenza*, in *Ragion Pratica*, n.8, 1997, pp. 15-27; L. SARGISSON, *Equality and Difference in Contemporary Feminism*, in *Keele Research Papers*, n.10, Keele University, 1995 e M. GATENS, *Feminism and Philosophy. Perspectives on Difference and Equality*, Polity Press, Cambridge, 1991.

¹¹⁰ In merito a tali suddivisioni, cfr., tra gli altri, F. RESTAINO - A. CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Paravia, Torino, 1999 e C. BEASLY, *What is feminism? An introduction to feminist theory*, Sage Publications, St. Leonard, 1999.

viene automaticamente misurato e considerato come una deviazione o un'appendice. Su questo avremo modo di tornare più avanti.

La problematizzazione della differenza è servita, quindi, non solo come strumento per decodificare meglio la condizione di oppressione e subordinazione della donna e dei gruppi minoritari nella società, ma anche come strumento di rivendicazione della differenza stessa, cioè di richiesta di essere e di essere considerati differenti. Tra le varie dicotomie del pensiero occidentale – razionale/irrazionale, bene/male, maschio/femmina e via dicendo – la differenza è sempre stata considerata il lato oscuro, negativo del concetto di eguaglianza. I gruppi che adesso utilizzano la differenza (talvolta, ancora in contrapposizione con il concetto di eguaglianza) come rivendicazione e liberazione dall'oppressione, la presentano come un valore da invocare, da tutelare e da conseguire¹¹¹. Non è un caso che le femministe della differenza¹¹², per esempio, abbiano guardato con sospetto al principio di eguaglianza, soprattutto nella sua veste formale, ravvisando in quella formulazione la tendenza/obbligo di assimilazione delle differenze alla norma standard maschile. In questo senso, l'eguaglianza dei diritti ha portato le donne a essere trattate come se fossero uomini, negando il fatto che donne e

¹¹¹ Cfr., per esempio, I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

¹¹² All'interno del pensiero femminista, un'altra suddivisione molto frequente, è quella tra 'femministe dell'eguaglianza' (le femministe liberali e di sinistra di prima generazione) e 'femministe della differenza', quest'ultimo gruppo estremamente eterogeneo e molto critico nei confronti del primo. In particolare, tra le femministe del primo gruppo possiamo trovare fondamentalmente due posizioni sulla differenza, che non si escludono a vicenda: (I) la concezione della differenza come fatto naturale che serve a delimitare l'ambito dell'eguaglianza; (II) la concezione della differenza come ostacolo da sormontare per raggiungere l'eguaglianza. Tali impostazioni sono ovviamente la base delle critiche delle femministe del secondo gruppo che invece vedono nel tradizionale concetto di eguaglianza la riaffermazione dell'oppressione e del dominio maschile e vi contrappongono nettamente il principio della differenza. Per un approfondimento si rimanda, ancora una volta, a F. RESTAINO - A. CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Paravia, Torino, 1999.

uomini sono diversi. In effetti, la critica del modello assimilazionista del moderno principio di eguaglianza, insieme alla critica della presunta neutralità e imparzialità del diritto, sono due punti centrali (e interconnessi) del pensiero giuridico femminista: da una parte, quindi, la crisi del valore dell'eguaglianza (con l'attacco alla concezione formale di eguaglianza e l'accusa di vacuità di tale principio), dall'altra parte gli effetti collaterali del modello assimilazionistico (antidiscriminatorio) fondato sulla 'normalizzazione' delle differenze.

Tuttavia, a parere di chi scrive, nella diatriba 'eguaglianza *versus* differenza' è necessario evitare le estremizzazioni e trovare piuttosto il modo di superare questi effetti collaterali. Come? Riaffermando il valore dell'eguaglianza e, contemporaneamente, la sua compatibilità con il valore della differenza. È necessario, in altri termini, superare la netta dicotomia eguaglianza/differenza che ha condotto il dibattito a contrapporre, spesso in maniera irriducibile, questi due principi e valori. Non è un caso se finora il problema sia stato posto e sia stato affrontato in termini di «dilemma della differenza»¹¹³, che Martha Minow definisce come «l'enigma dell'eguaglianza, in un mondo giuridico e sociale che ha fatto sì che alcuni tratti portassero a importanti differenze nello *status* e nei diritti delle persone»¹¹⁴. A partire dagli anni Ottanta, soprattutto negli

¹¹³ L'espressione è utilizzata per la prima volta da Martha Minow nell'ambito dell'educazione bilingue e di quella speciale per i portatori di *handicap*, in *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law & Contemporary Problems*, 48, 157 (1985) Inseguito, l'autrice applicò questa nozione anche alle altre differenze, riferendosi appunto alla differenza che viene perpetrata e stigmatizzata sia ignorandola, sia nominandola, pure se a fini di tutela. Così in *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1990 e in *Justice engendered*, in P. Smith (a cura di), *Feminist Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 1993. L'espressione è poi stata particolarmente utilizzata anche nell'ambito dei *Feminist Legal Studies*, in particolare da Joan W. Scott, in *Deconstructing Equality-versus-Difference*, Op. cit.

¹¹⁴ M. MINOW, *Making all the difference*, Op. cit., p. 12.

Stati Uniti, la controversia ‘eguaglianza *versus* differenza’ ha cominciato, infatti, a porsi sempre più come un dilemma, una scelta tra due alternative, entrambe non pienamente soddisfacenti. Nel discorso politico e giuridico, il dilemma della differenza può presentarsi (e, in effetti, si è presentato) in molti modi diversi, come scelta tra l’integrazione e la separazione, tra un trattamento eguale e un trattamento differenziato, tra l’astensionismo e l’interventismo, tra neutralità e riconoscimento delle differenze. Chiamare ‘della differenza’ questi dilemmi deriva dal fatto che questi problemi nascono dall’essere diverso di un individuo o di un gruppo e dalla considerazione della differenza come di un problema da risolvere. La differenza crea un dilemma per il diritto e, segnatamente, per il principio di eguaglianza, perché apre il problema di «come trattare gli individui differenti senza riprodurre lo stigma, cioè senza rinforzare la loro esclusione enfatizzando la differenza, e senza sottovalutare ciò che di significativo è stato costruito proprio su quelle differenze»¹¹⁵.

«When equality and difference are paired dichotomously, they structure an impossible choice. If one opts for equality, one is forced to accept the notion that difference is antithetical to it. If one opts for difference, one admits that equality is unattainable»¹¹⁶.

Infatti, sia enfatizzare eccessivamente la differenza, attraverso trattamenti specificamente rivolti a un certo gruppo in ragione del particolare tratto che lo contraddistingue (come è il caso, per esempio, di certe azioni positive), sia promuovere politiche ‘cieche’, cioè del tutto

¹¹⁵ *Id.*, pp. 217-218.

¹¹⁶ J.W. SCOTT, *Deconstructing Equality-versus-Difference*, Op. cit., p. 271.

«indifferenti alle differenze»¹¹⁷, può produrre conseguenze indesiderabili, rimarcando lo stigma di deviazione dalla ‘normalità’ e, soprattutto, contribuendo ad alimentare una finta neutralità che, invece, nasconde un mondo in cui le differenze contano, hanno un peso. Il problema, allora, non sta tanto nel trovare una soluzione al dilemma, quanto nel superare quella netta opposizione eguaglianza/differenza che ha portato alla formulazione del dilemma.

Eppure i concetti di eguaglianza e differenza non sono né opposti, né contraddittori, semmai sono complessi. Come già abbiamo avuto modo di vedere per l’eguaglianza, anche il concetto di differenza non è univoco, componendosi di una pluralità di significati, di funzioni e di usi diversi. Letizia Gianformaggio, per esempio, distingue tre accezioni di ‘differenza’ che chiama rispettivamente: differenza-esclusione, differenza-specificità e differenza-merito¹¹⁸. La prima accezione di differenza è strettamente connessa con la nozione di *sameness*: qui la relazione di differenza acquisisce un carattere eminentemente valutativo, misurando la distanza, lo scarto dall’altra entità della relazione, essendo essa stessa l’unità di misura. La differenza, in questo senso, ha un’accezione negativa in quanto è quel tratto, quel profilo che ci allontana dal modello di riferimento, dallo standard di ‘normalità’. Pertanto, in questo senso, «discriminare» non significherà semplicemente operare una distinzione (ed ogni regola, per definizione, discrimina), ma vorrà dire trattare certi soggetti o certi comportamenti diversamente (vale a dire in modo peggiore) perché quei soggetti o quei comportamenti sono ritenuti ‘diversi’, sulla base di una loro valutazione

¹¹⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Democrazia e Diritto*, n. 2-3, 1994, pp. 49-73.

¹¹⁸ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit., e sempre della stessa autrice, *L’identità, l’eguaglianza, la somiglianza e il diritto*, Op. cit.

rispetto allo standard. Il trattamento differenziato si fonda, quindi, sul loro «essere» o «appartenere a» altro rispetto alla norma. «Discriminazione», allora, sta qui a intendere l'esplicita esclusione di qualcuno nella distribuzione di benefici e quindi «il discriminato» altri non è che il diverso nel senso valutativo del termine, ovvero l'inferiore, il deviante rispetto allo standard. Conseguentemente, se «discriminare», nella sua accezione valutativa, significata tagliare fuori qualcuno dalla distribuzione di un bene, allo stesso modo si tratterà di una discriminazione anche il preferire qualcuno a discapito degli altri. Eppure, come fa notare sempre Gianformaggio, il trattamento preferenziale di certi soggetti nella distribuzione di un bene viene detto, utilizzando una locuzione equivoca, «discriminazione al rovescio». Il punto è, prosegue l'autrice, che «se la discriminazione al rovescio è una discriminazione, può esserlo solo nel senso valutativamente neutro del termine: pertanto non ha nessun senso dire che funziona al rovescio, dal momento che la discriminazione in senso neutro non ha né un dritto né un rovescio, significa distinzione e basta»¹¹⁹. Dunque, la «discriminazione al rovescio» può essere riferita (e non a caso) solo alla discriminazione in senso valutativo: ma allora, se è il contrario di quella discriminazione, semplicemente non si tratta di una discriminazione bensì di qualcos'altro. Nell'uso comune, infatti, viene utilizzata questa espressione per indicare quel trattamento differenziato compiuto al fine di riparare gli effetti di una discriminazione in senso valutativo ai danni di un certo gruppo di individui. Ancora una volta entra in gioco il concetto di eguaglianza come *sameness*: infatti, non si comprende bene il motivo di chiamare «al rovescio» un certo trattamento differenziale soltanto perché colpisce il gruppo dominante, quello che incarna lo

¹¹⁹ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit., p. 44.

standard di ‘normalità’ e, di conseguenza, favorisce il gruppo minoritario, quello che invece devia dalla norma. Si tratta, ad avviso di chi scrive, sempre di «discriminazione»; oppure è un’altra cosa, frutto di una scelta che gioca simbolicamente su una contrapposizione che non dichiara apertamente ma anzi cerca di nascondere l’oppressione, la subordinazione e la stigmatizzazione di un certo gruppo rispetto a quello dominante.

La differenza-specificità, la seconda accezione individuata da Gianformaggio, è invece propria dei gruppi e non dell’individuo. È data da quell’insieme di caratteristiche, biologiche, culturali, sociali e personali, che determinano l’identità di un certo gruppo differenziandolo, al contempo, dagli altri gruppi. L’identità, infatti, è ciò che rende un individuo differente da tutti gli altri e ciascun gruppo (culturale, razziale, sessuale, di genere, religioso e via dicendo) differente da tutti gli altri. Al fine di comprendere meglio il significato di questo concetto di differenza è di grande aiuto correlarlo a quello di «somiglianza». Come abbiamo visto, la somiglianza è una relazione che si instaura tra due enti diversi prescrittivamente, cioè che non possiedono la stessa caratteristica rilevante nel giudizio di eguaglianza. Sono, tuttavia, detti ‘simili’ per il fatto di possedere una stessa componente – o alcune ma non tutte le componenti – di quella caratteristica rilevante. Pertanto, saranno detti differenti-specificatamente quegli enti che, diversi prescrittivamente sulla base del parametro stabilito dalla regola X, condividono una o più caratteristiche di quel parametro, caratteristiche che, pur non essendo direttamente rilevanti dal punto di vista della regola X, siano per analogia ritenute rilevanti da un punto di vista comunque connesso alla regola X. Correlare il concetto di differenza-specificità a quello di somiglianza, spiega meglio in che senso la rivendicazione della

differenza sia compatibile, anzi complementare, ad una rivendicazione di eguaglianza. Gianformaggio esemplifica il raccordo tra le due rivendicazioni in questo modo: sia A un uomo e B una donna ed X la regola che stabilisce che soltanto gli uomini possono accedere alla carriera Y. La rivendicazione di eguaglianza consiste nel sottolineare che A e B sono sì prescrittivamente diversi, ma simili alla stregua di X; infatti, il parametro rilevante per X si compone di diverse componenti: a) l'essere maschio, b) l'essere razionale, c) avere una certa competenza e via dicendo. A questo punto, è necessario valutare quali componenti sono veramente necessarie alla luce della *ratio* di X, ossia poter svolgere la carriera Y. Si dirà che solo le componenti b) e c) sono rilevanti. Pertanto, alla regola X verrà sostituita la regola X1, per la quale rilevano solo le caratteristiche b) e c). Uomo e Donna sono ora prescrittivamente uguali rispetto alla regola X1. Allo stesso tempo, però, si potrà comunque rivendicare che Uomo e Donna sono anche diversi specificatamente rispetto alla regola X1, con riferimento alla sua nuova *ratio*. Infatti, l'obiettivo è quello di garantire che sia gli uomini che le donne accedano alla carriera Y ma, contemporaneamente, dovrà essere ritenuta rilevante la differenza specifica tra uomini e donne che, di fatto, può incidere sull'accesso alla carriera Y, a cui parimenti hanno titolo. La rivendicazione di differenza, a questo punto, condurrà ad affiancare alla regola X1 (risultato della rivendicazione di eguaglianza), la regola X2, contenente misure volte a correggere le difficoltà che B (e gli individui che possiedono la stessa differenza-specificità) potrebbe incontrare nell'accesso alla carriera Y. Pertanto, alla luce di X2 questi individui saranno uguali tra loro e diversi da A e da tutti gli altri individui che non condividono quelle caratteristiche rilevanti ai sensi di X2; ma, al tempo stesso, questi individui resteranno prescrittivamente uguali ad A alla

stregua della regola X1 (che ha sostituito la prima regola irrispettosa dell'eguaglianza). In questo senso, la regola X2 si affianca a X1 come disposizione transitoria di attuazione, ovvero come strumento attuativo dell'eguaglianza sostanziale¹²⁰. Si tratterà, dunque, di misure di correzione o di incentivo che non vanno contro l'eguaglianza formale: semplicemente vanno oltre quest'ultima ma senza rinnegarla. L'obiettivo è semmai superare la concezione di eguaglianza come *sameness*: ovvero smettere di intendere l'eguaglianza formale di razza, sesso, religione, orientamento sessuale e via dicendo nel senso di trattare tutti come se fossero bianchi, maschi, cristiani, eterosessuali e via dicendo. Si tratta, dunque, di decostruire la norma standard di comparazione che implicitamente viene assunta come modello di riferimento nel giudizio di eguaglianza (il cd 'uomo normale' della Pitch¹²¹).

E veniamo, infine, alla differenza-merito, l'ultima accezione esaminata da Gianformaggio. La caratteristica di questa accezione di differenza è che si può misurare e graduare. Pertanto, non significa, come nel precedente caso, di una specificità/eterogeneità dell'individuo o del gruppo di appartenenza. La differenza-merito si distingue anche dalla differenza-esclusione, la quale si presta a una valutazione della differenza rispetto alla norma dominante e, dunque, tende a istituire un'alternativa tra i due poli (il 'normale' e il 'diverso', il 'dominante' e l' 'oppresso'). La differenza-merito istituisce, piuttosto, una scala graduata rispetto alla caratteristica considerata (dal più forte al meno forte, dal più intelligente al meno intelligente, dal più altruista al meno altruista e così via). È una valutazione del merito pertinente a uno specifico settore. È interessante sottolineare come la differenza-merito

¹²⁰ Così in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit., p. 47-48.

¹²¹ Cfr., T. PITCH, *Tess e io*, Op. cit.

sia generalmente fatta propria dalla ‘teoria dell’eguaglianza’, quale rivendicazione di parità di trattamento in base al merito, mentre la differenza-specificità sia fatta propria dalla ‘teoria della differenza’, la quale rivendica l’eguale considerazione e rispetto. Entrambe si oppongono alla differenza-esclusione, ma lo fanno su presupposti diversi: la prima in nome della differenza-merito, cioè dando valore all’eguale trattamento degli eguali, in merito, e diverso trattamento dei diversi, in merito, e la seconda in nome della differenza-specificità, dando cioè centralità all’eguale considerazione e rispetto di ogni persona. Gianformaggio descrive questo diverso modo di approcciarsi al problema delle differenze, utilizzando la metafora della giustizia come dea bendata con la bilancia in mano:

«[l]a teoria dell’eguaglianza enfatizza piuttosto la *benda* – e dunque il fatto che essa non vede forme e colori, che per lei [la Giustizia] son dunque tutti *uguali* – anziché la *bilancia* – e dunque il fatto che essa confronta pesi, rilevando, tra i pesi, *differenze*»¹²².

Tuttavia, entrambe le teorie non sono soddisfacenti e rischiano, in ultima analisi, di farci cadere, ancora una volta, in dicotomie paralizzanti. Si torna, dunque, al dilemma della differenza e alla necessità di risolverlo. L’obiettivo, allora, non deve essere la scelta tra eguaglianza e differenza, bensì il superamento della loro contrapposizione. È necessario rendere compatibili eguaglianza e differenze.

¹²² L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza*, Op. cit., p. 54.

5. Discriminazione, subordinazione e stigmatizzazione. Qualche precisazione lessicale

Abbiamo visto come eguaglianza e differenza siano nozioni complesse e plurali, i cui significati, diversamente da quanto molti sostengono, sono tutt'altro che incompatibili nel contesto politico e giuridico. Abbiamo anche visto come entrambi questi concetti si riferiscano a una relazione che si instaura tra due entità necessariamente distinte, relazione che può essere descrittiva, prescrittiva ma anche valutativa. In particolare, è quest'ultimo significato dell'alternativa eguaglianza e differenza a costituire il nucleo del dilemma: gli enti della relazione, infatti, anziché essere valutati rispetto a un parametro esterno, vengono valutati rispetto a uno standard interno che è, al tempo stesso, entità misurata e unità di misura. Conseguentemente, l'idea di eguaglianza che ne deriva è quella di «valere quanto», «essere tanto buono quanto», mentre l'idea di differenza che ne deriva è quella di «non essere come», «non raggiungere lo standard di», «essere inferiore a». Questa comprensione dell'eguaglianza come *sameness* (come indistinzione, potremmo dire), e della differenza come inferiorità o devianza, rende le due nozioni in antitesi e marca negativamente la seconda.

Anche i concetti di discriminazione, subordinazione e stigmatizzazione, strettamente collegati al discorso sull'eguaglianza (e sulla differenza), tendono ad assumere significati diversi quando si confrontano con la nozione di *sameness*. Il termine «discriminazione», per esempio, che, nella sua accezione più ampia, altro non significa che «distinzione», «differenziazione» (e, quindi, in questo senso ogni norma per definizione discrimina), acquisisce una valenza del tutto diversa: discriminare diventa, infatti, trattare certi soggetti o certi comportamenti

diversamente (cioè peggio) di altri e ciò sulla base di una valutazione negativa del loro specifico essere, della loro natura o del loro ruolo o posizione sociale. Pertanto, «discriminati» saranno coloro che, per una qualsiasi ragione, sono considerati diversi nel senso valutativo del termine, cioè devianti, non conformi e, pertanto, inferiori, rispetto al modello di riferimento. Soltanto in questa accezione ha senso dire che la norma X opera una discriminazione «contro» il soggetto Y, in quanto assegna a quel soggetto un trattamento diverso e peggiorativo rispetto a quello riservato al modello di riferimento che rappresenta tanto l'entità paragonata quanto il criterio di paragone. La norma, quindi, che attribuisse una retribuzione inferiore, a parità di mansioni, alla lavoratrice donna rispetto al lavoratore uomo risulterebbe sì discriminatoria e, perciò, vietata, ma questo sulla base di un giudizio valutativo che implicitamente assume il lavoratore uomo anche come standard di riferimento del confronto. La *differenza* del soggetto Y dal modello di riferimento, quindi, lo *esclude* dal godimento del medesimo trattamento e, dunque, lo priva di un qualche diritto o beneficio. A ben vedere, chiunque può essere fatto oggetto di discriminazione, e tuttavia ciò non deve portare il discorso a un livello eccessivo di astrazione: la discriminazione è figlia del pregiudizio e porta con sé dinamiche sociali e culturali ben sedimentate, talvolta così tanto radicate da apparire quasi naturali, dinamiche che riguardano non individui astratti ma soggetti concreti, persone in carne e ossa. E anche laddove si ritiene superato, gli stereotipi e i pregiudizi continuano ad agire subdolamente e ad alimentare pratiche discriminatorie, magari ora meno dirette e brutali, ma pur sempre odiose e ingiustificate. Tutti, per esempio, sono concordi nel rifiutare il razzismo eppure, lungi dall'essere un fantasma del passato, spesso non ci accorgiamo di quanto ancora sia presente nella società e

nelle istituzioni, sotto altre vesti e altri linguaggi, e di quanti danni continui a produrre nei confronti di coloro che, per una ragione o per l'altra, non sono conformi (o rifiutano di conformarsi) alla norma standard.

«Siamo spesso pronti ad ammettere che ci vorranno ancora ‘molto tempo’, ‘molti sforzi’, per sbarazzarci del razzismo ereditato dalle discriminazioni religiose, nazionali, coloniali ed economiche, dai pregiudizi pseudo-scientifici della storia naturale o del darwinismo sociale. Ma siamo molto meno pronti ad ammettere che il razzismo abbia ancora un avvenire, e persino un ‘radioso avvenire’, inteso sia in senso quantitativo sia qualitativo. È proprio perché minimizziamo [la sua gravità], che tardiamo a intraprendere una seria critica epistemologica e l'analisi socio-culturale richiesta da questa nuova congiuntura in cui i sistemi politici sono entrati in seguito alla ‘mondializzazione’ e di cui fanno parte le nuove tecniche di selezione umana, individuale o collettiva legate alla concorrenza mercantile generalizzata: gli ‘scontri di civiltà’ e le rappresentazioni dell'alterità legate a nuove divisioni strategiche del mondo, le divisioni della specie umana in gruppi ‘utili’ e ‘superflui’, ‘produttivi’ e ‘assistiti’ e via discorrendo»¹²³.

Il perpetuarsi di meccanismi discriminatori si spiega, infatti, con la facilità di assimilazione degli stereotipi e dei pregiudizi che innescano rappresentazioni della realtà sociale semplificate, facilmente accessibili a livello cognitivo, seppure distorte e riduttive. La diversità umana viene categorizzata (e ordinata) mediante schemi cognitivi che consentono di raggruppare le infinite individualità e di renderle facilmente ‘leggibili’ e controllabili¹²⁴. Tali classi concettuali diventano così appellativi che

¹²³ È. BALIBAR, *Il ritorno al futuro della razza: tra società e istituzioni*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione. Analisi delle politiche pubbliche e istituzionali*, n. 4, 2007, pp. 14-15.

¹²⁴ In questo senso, appaiono estremamente interessanti le riflessioni portate avanti nell'ambito dei *Surveillance Studies* (su tutti, D. LYON, *The Electronic Eye: The Rise*

distinguono i vari gruppi (l'immigrato, il delinquente, l'operaio, il padre di famiglia, il *vu' cumprà*, la casalinga, il barbone e via dicendo), identificano appartenenze e specificità comportamentali e alludono a tratti e modelli di condotta comuni. È necessario tuttavia fare due precisazioni al riguardo: la prima è che le classificazioni sono tuttavia utili per operare nei rapporti sociali, special modo in ambito giuridico; la seconda è che tali classificazioni non sono tutte totalmente arbitrarie. Alcuni dei criteri adoperati per suddividere gli individui in classi si riferiscono a fattori come il sesso, l'età, la provenienza, l'occupazione e così via, e si fondano quindi su caratteristiche (più o meno immutabili della persona) che, in qualche modo, la identificano più di altre. I problemi sorgono quando il nome di una categoria sociale non viene più concepito come un mero strumento convenzionale, ma assume una sua capacità descrittiva e analitica che finisce col far perdere la complessità dell'interazione umana. Questo processo di semplificazione e di distorsione nella rappresentazione del sociale genera lo stereotipo¹²⁵.

of Surveillance Society, Cambridge Polity Press, Malden, 1994). Sul tema dei rapporti tra classificazione dei dati personali, controllo sociale e discriminazione, le pratiche di *racial profiling* praticate nella lotta al terrorismo risultano emblematiche: nella costruzione del tipo razziale arabo-musulmano, per esempio, l'aggressività e la propensione alla violenza sono stati associati progressivamente alla religione islamica, dando vita alla nuova categoria sociale del 'terrorista islamico'. Ciò ha consentito, soprattutto durante i periodi di emergenza, di giustificare l'azione dei governi al di fuori delle regole dello stato di diritto con il consenso della popolazione. Si è assistito alla costruzione di una categoria razziale a partire dal dato religioso con conseguente violazione ai diritti e alla sicurezza dei cittadini così individuati. Il diritto – è innegabile – per mezzo delle sue disposizioni e dei suoi silenzi, è parte essenziale del processo con il quale si sancisce la subordinazione di un gruppo sociale. Per un approfondimento si rimanda, tra gli altri, a L. BALBO, *In che razza di società vivremo? L'Europa, i razzismi, il futuro*, Mondadori, Milano, 2006.

¹²⁵ Lo studio dello stereotipo e della sua formazione (dal greco *stereos*, «rigido, permanente», e *tupos*, «impronta») è uno degli argomenti fondamentali della psicologia sociale. Siamo di fronte, per utilizzare le parole di Lippmann che per primo utilizzò questo termine, a rigide generalizzazioni nei confronti di gruppi

Laddove c'è complessità e variazione vicina alla casualità, si interviene riconducendo tutto alla semplicità e all'ordine: delle multiformi differenze e varietà della realtà sociale si tende a selezionare soltanto alcune informazioni e a costruirvi una rappresentazione, fissa e immutabile, di una certa categoria o di un certo gruppo sociale. Attribuendo determinate caratteristiche ad un certo gruppo sociale si creano particolari aspettative che, a ben vedere, giustificano anche le reazioni emotive e comportamentali nei confronti di quel gruppo. Il diritto non è immune da tali processi cognitivi tanto da divenire, in alcuni casi, esso stesso fonte di stereotipi: al fine di assolvere alla sua funzione regolatrice, il diritto non può fare a meno di ricorrere a categorizzazioni attraverso le quali ridurre la complessità della realtà sociale. Uno degli effetti di questo meccanismo classificatorio è l'accentuazione della somiglianza dei soggetti appartenenti alla stessa categoria che si accompagna a un incremento delle differenze tra i soggetti appartenenti a categorie diverse. Ma non solo: le caratteristiche di base che accomunano i membri di una categoria sono, automaticamente, ricollegate con altri requisiti di tipo psicologico («le donne sono sensibili») o attinenti a qualità morali o giudizi di valore («le donne amano i bambini»). Il passaggio dalla semplice categorizzazione (processo cognitivo necessario per ordinare la realtà) allo stereotipo si compie quando si innesca un collegamento fra caratteristiche che in realtà non sono associate tra loro e per le quali si stabilisce una corrispondenza fra l'appartenenza a una categoria e una particolare disposizione cui, molto spesso, si aggiunge un giudizio di valore. Si

sociali, illogiche e errate nel contenuto e così esagerate da annullare ogni variabilità e specificità individuale. Si consiglia, per uno studio più approfondito, P. VILLANO, *Pregiudizi e stereotipi*, Carocci, Roma, 2013.

determina, conseguentemente, un atteggiamento che di regola assume connotazioni negative e che consiste in una predisposizione a percepire, pensare, giudicare e agire sfavorevolmente nei confronti di gruppi minoritari e diversi dal proprio. Nasce, in altre parole, il pregiudizio, ovvero un'opinione preconstituita, priva di giustificazione razionale o emessa a prescindere da una conoscenza precisa dell'oggetto cui si riferisce e che viene assunta acriticamente dall'ambiente sociale e culturale di riferimento. Le varie forme, più o meno dirette, di pregiudizio tendono a classificare i gruppi sociali lungo la dimensione inferiore/superiore, negativo/positivo, pericoloso/rassicurante e a favorire le politiche che contribuiscono a mantenere la diseguaglianza sociale. Il gruppo dominante condividerebbe valori sociali positivi, come potere, autonomia, autorità – in altri termini migliori accessi e benefici sociali – mentre i gruppi subordinati sarebbero caratterizzati da valori sociali negativi, opposti ai primi. La tendenza è, dunque, quella di attribuire a una persona sconosciuta i tratti e le caratteristiche ritenute tipiche del suo gruppo di appartenenza, attivando in tal modo un circolo vizioso che funziona come una profezia che si autoavvera: la categorizzazione, la formazione di preconcetti, la conseguente attuazione di comportamenti e la conferma delle aspettative iniziali.

Nel momento in cui la semplificazione e la classificazione della realtà vengono tradotte, anche dal diritto, in una attribuzione differenziata di *valore* a seconda dell'appartenenza a un gruppo piuttosto che a un altro, è allora che nasce la prassi discriminatoria. Le forme e i discorsi che legittimano la discriminazione naturalmente variano: mutano da cultura a cultura, da periodo storico a periodo storico e acquistano sfumature peculiari a seconda del gruppo discriminato all'interno della stessa società. Varia, quindi, chi viene discriminato,

come viene discriminato (e, dunque, come viene giustificata la diversa attribuzione di *valore*) e variano le forme e l'intensità con cui viene discriminato. Varia anche chi discrimina, essendo la discriminazione un fenomeno che si realizza su più livelli, da quello istituzionale a quello privato. I problemi più attuali e forse più pressanti posti dalla differenza riguardano, sotto questo profilo, non tanto e non solo la diversità di colore della pelle, della forma degli occhi o di orientamento sessuale, ma l'identificazione (spesso anche a livello istituzionale) tra un gruppo sociale e un certo orizzonte di valori (che diventa tanto più 'sospetto' e connotato negativamente quanto più si allontana dal bacino di valori condivisi dal gruppo dominante). Il discorso del diritto viene, quindi, a svolgere anche una rilevante funzione simbolica sia di stigmatizzazione sociale di certi aspetti legati all'appartenenza a un dato gruppo, sia di legittimazione dell'ordine gerarchico esistente. La dottrina «*separate but equal*» è un chiaro esempio del tentativo, in quel caso paradossale, di coniugare razzismo e eguaglianza giuridica senza sovvertire i rapporti di potere tra gruppo dominante e gruppo subordinato. L'eguaglianza (formale) non era violata se i neri potevano disporre di mezzi di trasporto pubblico e di scuole separati ma uguali a quelli dei bianchi¹²⁶. Questo è il punto di partenza, per esempio, delle riflessioni degli esponenti della

¹²⁶ Tale principio viene formulato dalla Corte Suprema americana nel famoso caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Nel 1892 il signor Plessy acquistava un biglietto di prima classe da New Orleans sulla *East Louisiana Railway*. Una volta a bordo del treno occupava un posto in una carrozza riservata ai soli bianchi. Gli venne ordinato di lasciare la carrozza e andare invece a sedersi in una riservata alle persone di colore. Plessy rifiutò e venne immediatamente arrestato. La Corte Suprema confermò la legittimità costituzionale della legge della Louisiana, una dei tanti esempi di *Jim Crow Laws*, leggi che tra il 1876 e il 1865 contribuirono a creare e mantenere il regime di segregazione razziale negli Stati Uniti.

*Critical Race Theory*¹²⁷ secondo cui il mancato riconoscimento della subordinazione, dell'oppressione, della sistematica negazione dei diritti equivale al mantenimento di una situazione di disegualianza. Il passaggio dall'esplicita discriminazione giuridica del nero (ma il discorso vale per tutte le altre categorie discriminate), all'affermazione dell'eguaglianza formale, sancendo il diritto anche per i neri di avere le loro eguali scuole purché separate, fino all'approccio *colorblindness* per cui la legislazione deve essere cieca rispetto al colore e trattare tutti, neri e bianchi, allo stesso modo, consente di mettere in evidenza una critica immanente al principio di eguaglianza giuridica di tradizione liberale: esso risulta inadeguato rispetto ai suoi propri principi, perché, in presenza di una storia di non riconoscimento e esclusione, non garantisce né le eguali opportunità per gli individui, né l'eguale considerazione e rispetto per le differenze personali, culturali e valoriali. La pretesa neutralità del diritto non riconosce il valore della differenza, del confronto e dell'interazione tra le differenze e, di fatto, perpetua la subordinazione degli individui e dei gruppi sociali che non si conformano al paradigma identitario, sociale e culturale dominante. Di qui la possibilità di incontro, pur mantenendo percorsi autonomi di emancipazione, dei diversi gruppi subordinati (i movimenti dei neri, delle donne, degli omosessuali) nella richiesta di inclusione e di riconoscimento: il comune denominatore si incarna proprio nella volontà di liberarsi da etichette e ruoli socialmente imposti, da connotazioni

¹²⁷ Tra i numerosi tentativi di affrontare le questioni della razza, del razzismo e della disegualianza razziale in una prospettiva di teoria critica, quello della *Critical Race Theory* rappresenta uno dei più interessanti. Per uno studio più approfondito si vedano, tra gli altri, K. THOMAS, G. ZANETTI (a cura di), *Legge, Razza e Diritto. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005 e R. DELGADO, J. STEFANIC, *Critical Race Theory: An Introduction*, New York University Press, New York, 2001.

negative o sfavorevoli frutto di stereotipi e pregiudizi, e di vedere riconosciuta la propria identità con la stessa considerazione e rispetto delle altre contro quelle forme di oppressione (sistemica e, spesso, istituzionalizzata) che si celano dietro il velo di neutralità e imparzialità della cultura predominante.

Stereotipi, discriminazioni e indifferenza sono i principali responsabili della condizione di oppressione che, dunque, rappresenta il prodotto non di una serie di decisioni autonome, ma piuttosto il risultato di un'unica decisione sistemica volta a mantenere inalterate le relazioni di potere/dominio di certi gruppi o categorie sociali sugli altri. L'esclusione dalle posizioni di potere, autorità e partecipazione politica è perpetrata attraverso abitudini e prassi quotidiane che si connotano per il loro carattere strutturale, organizzato. Ciò permette di 'smascherare' gli interessi dei gruppi dominanti che attualmente sono ricoperti dal velo falsificante della neutralità e universalità. C'è pertanto da chiedersi se la logica della tutela antidiscriminatoria sia sufficiente (e realmente efficace) a scalfire questo velo o se, come sostenuto da alcuni dei suoi detrattori, non sia addirittura controproducente, legittimando e confermando una operazione comparativa che identifica un *universale* pre-definito come parametro e marca negativamente la *differenza* come devianza. Alla luce di quanto appena descritto a proposito del carattere strutturale e sistemico dell'esclusione dalle posizioni di potere e partecipazione dei gruppi subordinati, la richiesta di eguaglianza non può tradursi esclusivamente nella proibizione di condotte che vengono individuate come discriminatorie nel tentativo di garantire le pari opportunità e questo perché il diritto antidiscriminatorio è paralizzato dal fatto che richiede agli individui di essere già 'uguali' prima che l'eguaglianza possa essere garantita mediante la legge. Ciò, come

avremo modo di vedere meglio più avanti, pone due problemi difficilmente risolvibili: in primo luogo, il soggetto discriminato viene descritto in base alle sue differenze rispetto al modello standard (per cui la differenza sessuale, per esempio, è precisamente la differenza delle donne rispetto agli uomini e, quindi, chiedere loro di essere ‘uguali’ agli uomini come requisito per poter garantire l’applicazione della legge sull’eguaglianza sessuale appare paradossale); in secondo luogo, nell’interpretazione dominante il problema della diseguaglianza è ridotto a un problema di categorizzazione e classificazione nella legge mentre il problema dell’eguaglianza (sostanziale) è un problema sistemico di dominazione/subordinazione, di asimmetria di potere rispetto al gruppo maggioritario. È, pertanto, questa gerarchia che definisce quali differenze contano, e non all’inverso.

La richiesta di eguaglianza dovrebbe semmai tradursi nei termini di valorizzazione delle differenze¹²⁸. In questo senso, una possibile soluzione potrebbe essere rappresentata dalla lettura delle normative antidiscriminatorie alla luce del principio di antisubordinazione¹²⁹, che riconosce l’esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione di genere, di razza, di etnia, di religione, di orientamento sessuale e via dicendo e che legge le condizioni di discriminazione, prima di tutto, come uno squilibrio negli assetti di potere. Peraltro, il cambio di prospettiva in chiave antisubordinazione non pone in secondo piano la

¹²⁸ I. RUGGIU, *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale della diversità*, in *Polemos*, I, 2009, pp. 27 ss.; *Id.*, *La diversità culturale come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in R. CERCHI, G. LOY (a cura di), *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Ediesse, Roma, 2009, pp. 97 ss.

¹²⁹ Si veda, tra gli altri, B. PEZZINI, *L’uguaglianza uomo-donna come principio antidiscriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009.

dimensione antidiscriminatoria, che costituendo una delle modalità attraverso le quali vengono modificate le condizioni della gerarchia di genere sarebbe comunque inclusa. L'eguaglianza, in questo senso, non negherebbe più le differenze (richiedendone l'omologazione allo standard di 'normalità' culturalmente imposto) ma consentirebbe la loro valorizzazione giuridica, coniugando in modo complementare la dimensione formale e sostanziale di tale principio. Questa rilettura appare irrinunciabile per tentare di rispondere alle sfide sempre più complesse di realtà sociali composite, nella commistione di tradizioni culturali e religiose differenti, e laddove gli individui sempre più raramente hanno identità univocamente determinate, distinte e separate, caratterizzandosi al contrario per la coesistenza di una pluralità di tratti culturali e personali vari ed eterogenei. Perché una stessa persona «può essere, senza la minima contraddizione, di cittadinanza americana, di origine caraibica, con ascendenze africane, cristiana, progressista, donna, vegetariana, maratoneta, storica, insegnante, romanziera, femminista, eterosessuale, sostenitrice dei diritti dei gay e delle lesbiche, amante del teatro, militante ambientalista, appassionata di tennis, musicista jazz e profondamente convinta che esistano esseri intelligenti nello spazio con cui dobbiamo cercare di comunicare al più presto (preferibilmente in inglese)»¹³⁰. Un'impostazione giuridica che proceda per compartimenti stagni, per categorie di soggetti con identità definite in modo alternativo appare allora inadeguata a far fronte alle sfide della complessità umana. Leggere, invece, le condizioni di discriminazione come un *assetto di potere*, al quale reagire nell'ottica dell'effettività e dell'eguaglianza

¹³⁰ A.K. SEN, *Identity and violence. The illusion of destiny*, W.W. Norton & Company, New York – Londra, 2006, trad.it. *Identità e violenza*, Laterza, Roma – Bari, 2008, pp. VIII-IX.

sostanziale consentirebbe di rimuovere il principale limite della legislazione antidiscriminatoria, costituito dall'approccio in termini negativi (come divieto) e come preassunzione degli stereotipi che dovrebbe mirare a scardinare, aprendo così la via ad una tutela anche delle esperienze e delle identità proprie di chi non rientri nei modelli stereotipati.

CAPITOLO II

L'EGUAGLIANZA IN CHIAVE ANTIDISCRIMINATORIA: GENESI DI UN PARADIGMA

La discriminazione è un cerbero che logora i neri in ogni momento della loro vita per ricordare che la menzogna della loro inferiorità è accettata come verità nella società li domina.

(MARTIN LUTHER KING)

1. La tecnica antidiscriminatoria e la circolazione dei modelli giuridici: gli ingredienti di un successo globale

Il diritto antidiscriminatorio costituisce uno degli esempi più maturi e sintomatici di un *global law* che unifica e produce regolazioni plurali, con una compenetrazione di livelli normativi e di culture giuridiche di diversa origine e provenienza in cui un linguaggio unificato dei diritti è veicolato dalle Corti supreme e dai legislatori nazionali e sovranazionali. Ciò si verifica in Europa ma anche al di fuori: la comparazione e l'uso del diritto transnazionale è fenomeno sempre più frequente anche in quei sistemi giuridici storicamente più refrattari a guardare alle esperienze giuridiche straniere. Accade, pertanto, che principi, come quello antidiscriminatorio, e strumenti, come le azioni

positive, forgiati all'interno di una certa tradizione giuridica, costituzionale e giurisprudenziale, migrino verso altre esperienze giuridiche, contaminino il ragionamento di altre Corti, trovino terreno fertile in diversi contesti sociali. Dagli ordinamenti angloamericani, che per vicinanza di storia e di linguaggio comunicano più a stretto contatto, passando per il filtro del diritto internazionale e del diritto sovranazionale, uno dei principali motori del cambiamento degli ultimi decenni, il paradigma antidiscriminatorio si è diffuso e radicato, più o meno intensamente, nella stragrande maggioranza degli ordinamenti giuridici contemporanei. La crescente contaminazione tra sistemi giuridici, specialmente in tema di protezione dei diritti fondamentali, l'impatto della globalizzazione sul diritto, fenomeni quali la giurisdizionalizzazione della politica e il dialogo tra le Corti¹³¹, trovano un formidabile riscontro nel diritto antidiscriminatorio. Questo anche a fronte dell'universalità della discriminazione o, per meglio dire, dell'universalità di certi principi, diritti e valori che i fenomeni discriminatori vanno a ledere: la dignità della persona, il principio di eguaglianza, il principio di autodeterminazione e altri diritti fondamentali che sono da considerarsi autonomi e indipendenti nella dimensione globale. In questo senso, il diritto antidiscriminatorio si presenta come una sorta di laboratorio del nuovo linguaggio globalizzato ma anche di positiva regolazione, per cui modelli e strumenti normativi sono migrati da un ordinamento all'altro, da quello nordamericano a quelli europei, dove mediante la tecnica di armonizzazione legislativa

¹³¹ Per un approfondimento si veda, fra i molti, V. BARSOTTI - V. VARANO (a cura di), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, vol.1, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2012; G. DE VERGOTTINI, *Il dialogo transnazionale fra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010 e S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli Editore, Roma, 2009.

sono stati poi adattati alle esigenze del diverso contesto sociale e culturale. Peraltro, la circolarità del processo di globalizzazione giuridica ha consentito l'instaurarsi di un proficuo rapporto di scambio in entrambi i sensi, cosicché i nuovi modelli di regolazione e di tutela sviluppati nei contesti originariamente influenzati dall'esperienza americana hanno, a loro volta, influenzato l'ordinamento in cui il paradigma antidiscriminatorio aveva mosso i primi passi.

La circolazione dei modelli giuridici e degli strumenti di tutela a livello globale è certamente facilitata in campo antidiscriminatorio. In effetti, i meccanismi di distorsione nella rappresentazione della realtà, che sono il fondamento epistemologico dello stereotipo, del pregiudizio e della discriminazione, possono essere rinvenuti in ogni tipo di raggruppamento umano. Si tratta di fenomeni che vanno di pari passo con l'organizzazione sociale e che, seppur con diversa intensità e con configurazioni peculiari a seconda del circuito culturale di riferimento, pongono problemi comuni. Anche se la discriminazione nel mondo contemporaneo cambia da contesto a contesto, è possibile individuare alcuni ambiti ricorrenti in cui si manifesta e selezionare alcuni criteri generali in base ai quali gli individui sono sottoposti a trattamenti stigmatizzanti. Dalle restrizioni in ambito lavorativo, che determinano limitazioni della mobilità sociale, rifiuti di opportunità professionali, arbitrarie penalizzazioni sul luogo di lavoro, ostacoli all'acquisizione dell'autostima, alle discriminazioni in ambito sociale e familiare, con forme di segregazione e ghettizzazione, di disconoscimento di alcuni diritti civili e politici, di svilimento istituzionalizzato di certe categorie di individui. Allo stesso tempo, esistono evidenti ricorrenze anche nei criteri ritenuti rilevanti nella discriminazione: il sesso, la razza, la nazionalità, la religione, l'orientamento sessuale, l'età. E nonostante i

grandi passi in avanti compiuti per eliminare certe forme di discriminazione, il trattamento svantaggioso a cui sono assoggettati le donne, o i neri, o gli immigrati, o gli omosessuali in diverse società non si è dissipato con il passaggio alla modernità ed è tuttora presente nell'attribuzione dei posti occupazionali privilegiati, nella negazione di taluni diritti civili e politici, nell'imposizione di ortodossie liturgiche, di canoni linguistici, di procedure amministrative differenziate e via dicendo. In generale si può dire che le promesse moderne di un affrancamento dalla discriminazione che hanno accompagnato, da un lato, il consolidamento del modello economico capitalista/imprenditoriale e, dall'altro, l'affermazione del *welfare state* si sono avverate solo in parte per almeno due ragioni. In primo luogo, gli stereotipi e i pregiudizi che danno origine alla discriminazione non sono scomparsi e continuano ad agire non solo in angoli occultati o marginali, ma addirittura nei luoghi istituzionali. In secondo luogo, l'attuale sistema politico e giuridico non appare in grado di garantire una reale eguaglianza (quella sostanziale) e anzi tende a riprodurre, più o meno consapevolmente e mediante dinamiche ritenute legittime, disparità di trattamento, posizioni di privilegio e subordinazione, diseguaglianze.

Si comprende bene, allora, perché la materia del diritto antidiscriminatorio abbia avuto, soprattutto negli ultimi anni, un così grande successo sia in termini di produzione e espansione degli strumenti di tutela, sia in termini di diffusione e circolazione dei modelli su scala globale. Come avremo modo di approfondire nei successivi paragrafi, il paradigma antidiscriminatorio trova la sua origine nel mondo angloamericano, per poi migrare nei sistemi di *civil law* e, forse, anche oltre. In tale settore, quindi, sono parse particolarmente evidenti dinamiche variamente definite in termini di *judicial dialogue*, *cross*

*influence, cross fertilization*¹³². Tali processi innovativi sono testimoniati dalla progressiva intensificazione dei canali di interazione tra i diversi ordinamenti e tra i giudici delle Corti nazionali e straniere, e sono indotti non solo dall'esigenza di dare esecuzione a principi e norme di diritto internazionale o sovranazionale ma anche dall'osmosi tra culture giuridiche la cui vocazione transfrontaliera e multiculturale si è resa sempre più concreta¹³³. Ne risulta anche un nuovo ruolo per la comparazione giuridica che da settore puramente persuasivo e conoscitivo del diritto diventa progressivamente uno dei motori principali della regolazione giuridica. L'esperienza comunitaria è particolarmente significativa in questo senso, esperienza in cui il complesso sistema cosiddetto multilivello¹³⁴ che coinvolge le istituzioni nazionali, quelle dell'Unione europea e quelle del Consiglio d'Europa, negli anni più recenti è stato oggetto di importanti evoluzioni tutte all'insegna di una più facile e formalizzata comunicazione tra i sistemi coinvolti. L'analisi di diritto comparato condotta nel campo dei diritti

¹³² Fra i molti, B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in Yale Law School Occasional Papers, consultabile su http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=ylsop_papers; A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in Quaderni costituzionali, n.1, 2006; G. ROLLA, *Diritti universali e relativismo culturale*, in Quaderni costituzionali, n.4, 2005.

A. PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del Ventunesimo secolo*, consultabile su http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/fonti_ventsecolo/index.html; S. DOUGLAS SCOTT, *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in Common Market Law Review, 2006.

¹³³ Cfr., fra i molti, G. CANIVET, *Trans-Judicial Dialogue in a Global World*, in S. MULLER – S. RICHARDS (a cura di), *Highest Courts and Globalization*, Hague Academy Press, The Hague, 2010.

¹³⁴ S veda, fra i molti, G. MARTINICO – O. POLLICINO (a cura di), *The National Judicial Treatment of EU and ECHR Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010.

fondamentali ha così portato autorevole dottrina a individuare l'emergere di un nuovo *jus publicum commune*, soprattutto nel contesto europeo, onde potersi parlare, seppure con un certo livello di astrazione, di una propensione ultra-nazionale, se non universale, delle funzioni nazionali di giustizia costituzionale¹³⁵. Ed anche recente giurisprudenza costituzionale italiana, in riferimento, per esempio, all'applicazione del principio di eguaglianza a prescindere dal criterio della cittadinanza, ha confermato un crescente processo di internazionalizzazione delle fonti: *«tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato»*¹³⁶. Nelle società occidentali, infatti, il dibattito sul principio di eguaglianza si è soprattutto incentrato sulle modalità e sugli strumenti più adatti a combattere le discriminazioni, tanto attraverso l'utilizzo di clausole di divieto di discriminazione sempre più 's sofisticate', quanto attraverso il ricorso a disposizioni normative identificate di volta in volta come azioni positive, misure temporanee speciali o discriminazioni positive. Dopo la seconda guerra mondiale, «quelli che fino ad allora erano apparsi storicamente solo come principi propri della cultura politica di alcuni popoli dell'Occidente, alcuni dei quali per di più direttamente implicati, negli altri continenti, nella politica coloniale, si sono tramutati ed estesi fino a

¹³⁵ G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, I, p. 298.

¹³⁶ Corte costituzionale italiana, sentenza n. 306 del 30 luglio 2008, in materia di diritto alla salute.

rappresentare un patrimonio comune dell'umanità»¹³⁷. Il principio di non discriminazione primeggia ovviamente tra essi ed è stato proclamato, non a caso, nell'articolo 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, come diretta espressione del postulato generale dell'eguale dignità di tutti gli esseri umani, racchiuso a sua volta nell'articolo 1. Saldamente ancorato nell'ordinamento internazionale, grazie ai numerosissimi strumenti elaborati per la protezione dei diritti dell'uomo, di recente è stato fatto oggetto di nuove attenzioni, con l'approvazione e l'entrata in vigore, nel 2005, del Protocollo n. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹³⁸. L'importanza di tale enunciazione si ritrova anche nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (artt. 2, § 1, 3 e 26), nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (artt. 1, § 1, e 24) e pure nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 20, 21 e 23). Non stupisce, quindi, se la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, giudicando sulla base dell'omologa Convenzione, ha poi finito per sistematizzare il paradigma antidiscriminatorio, consacrando in un unico principio il concetto di uguaglianza e di non discriminazione¹³⁹. Del resto, questa acritica sovrapposizione tra principio di eguaglianza e principio di non discriminazione sembra ormai essere entrata nel linguaggio comune di dottrina e giurisprudenza, giustificata anche dal

¹³⁷ V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale*, in Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei (Roma, 9-10 gennaio 2008), disponibile su <http://www.astrid-online.it/Dossier--r/Studi--ric/60-anni-de/onida.pdf>, cit. p. 4.

¹³⁸ Con riferimento al tema verte dell'apporto che il Protocollo n. 12 della Convenzione europea offre alla tutela antidiscriminatoria si veda, tra gli altri, E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 137 ss.

¹³⁹ Opinione Consultiva del 17 settembre 2003 (OC-18/03), Serie A, n. 18, §§ 82 ss.

fatto che le due nozioni si fanno reciproco rinvio: l'eguaglianza è intesa come assenza di discriminazione; la discriminazione come violazione dell'eguaglianza. Si giunge a dire, insomma, che la non discriminazione e l'eguaglianza rappresentano le due facce di uno stesso principio, non avvedendosi del fatto che il divieto di discriminazione è appunto una delle modalità di cui il diritto si serve per assicurare pieno rispetto e compimento ai profili di eguaglianza che accomunano gli esseri umani. Come visto nel capitolo precedente, infatti, sul piano prettamente concettuale, non discriminazione e eguaglianza si oppongono: la prima non consente di differenziare; per raggiungere la seconda, invece, si può distinguere. E, in effetti, proprio sul piano funzionale la non discriminazione si oppone all'eguaglianza, giacché quest'ultima ammette differenze. In questo senso è stato opportunamente osservato che «il diritto che muove verso l'eguaglianza non può non essere, in una certa misura, un diritto diseguale»¹⁴⁰; è diseguale non semplicemente perché si adegui all'eterogeneità delle situazioni fattuali trattando casi diversi in modo diverso, ma proprio in quanto persegue l'eguaglianza sostanziale, come avviene per esempio con le *affirmative actions*, riconoscendo e valorizzando le differenze. È un diritto che «non insegue semplicemente il fatto, ma prova a cambiarlo, prova a incidere sulle strutture economiche, sociali, culturali, piuttosto che soltanto sulle strutture giuridico-formali»¹⁴¹. Un chiaro esempio della differenza tra i due principi è fornito dalla stessa Convenzione europea, la quale «non garantisce un autonomo diritto all'eguaglianza, ma vieta le

¹⁴⁰ A. D'ALOIA, *Discriminazioni, eguaglianza e azioni positive: il "diritto diseguale"*, in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Edizioni Diabasis, Reggio Emilia, 2008, cit. p. 201. Cfr. anche A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002.

¹⁴¹ *Id.*, cit. p. 201-2.

discriminazioni nel godimento dei diritti ivi riconosciuti: si tutela non l'eguaglianza in sé, ma l'eguale godimento dei diritti, accogliendo una formulazione che si distacca dal principio generale di eguaglianza enunciato come autonomo diritto dalla maggior parte delle carte costituzionali, tra cui anche quella italiana»¹⁴². È noto, infatti, che il primo comma dell'articolo 3 della Costituzione italiana riflette tale impostazione, che risente della graduale affermazione del principio di eguaglianza formale, accostando, appunto, ai singoli divieti di discriminazione (in base al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche e alle condizioni personali e sociali) il principio generale di eguaglianza.

Rimane innegabile la grande fortuna che la tutela antidiscriminatoria ha avuto, soprattutto negli ultimi decenni, negli ordinamenti occidentali, divenendo la estrinsecazione prevalente e pressoché unica del principio di eguaglianza e finendo, in qualche modo, per sovrapporsi ad esso. La confusione concettuale e applicativa tra eguaglianza e non discriminazione è anche questo un fenomeno globale che rischia di impoverire la complessità dell'eguaglianza che, come avverte Ferrajoli, ha una duplice valenza di tutela e valorizzazione delle differenze, da un lato, e di opposizione e eliminazione delle disuguaglianze dall'altro¹⁴³. Rischia, inoltre, di limitare la sua portata pervasiva e trasformativa, trasferendole i difetti 'congeniti' della tecnica antidiscriminatoria: l'ideale dell'eguaglianza formale e della logica simmetrica sulla quale poggia, che non trovano corrispondenza nel

¹⁴² E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu*, Op. cit., p. 138.

¹⁴³ Cfr., in particolare, L. FERRAJOLI, *Eguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in A. GALASSO (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea: diritti fondamentali e rispetto della diversità*, Franco Angeli, Milano, 2007.

problema sociale dell'oppressione delle minoranze e nel fenomeno dell'intersezionalità¹⁴⁴, la logica competitiva liberale delle pari opportunità, l'imputazione esclusivamente individuale del trattamento discriminatorio, i problemi derivanti del requisito di comparazione nel giudizio di eguaglianza, la contrapposizione tra la dimensione formale e sostanziale dell'eguaglianza, la tendenziale negazione delle differenze (richiedendone l'omologazione a uno standard di 'normalità') piuttosto che la loro valorizzazione.

2. Una 'breve' storia dell'eguaglianza negli Stati Uniti: dalla ragionevolezza alla dottrina delle classificazioni 'sospette'

La questione dell'eguaglianza, nell'esperienza americana, ha vissuto una straordinaria stagione evolutiva nel corso di poco più di due secoli che ha condotto a teorie e modelli di tutela assai diversi e articolati. Si è trattato di un percorso avviato e promosso da ondate

¹⁴⁴ Molti autori, tra i quali C. MACKINNON (in *Reflexions on Sex Equality under the Law*, in 100 Yale L.J. 1281, 1990-1991), MAGGY BARRÉRE (in *La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2010), MARK BELL (in *Critical Review of Academic Literature Relating to the EU Directives to Combat Discrimination*, European Commission, Bruxelles, 2004), hanno messo in evidenza come nelle formule del diritto antidiscriminatorio dominante la differenza di trattamento si produca in associazione a «fattori» isolati o, al massimo, cumulativi (nascita, razza, sesso, etnia, religione, orientamento sessuale, handicap, ecc.). L'intersezionalità può essere intesa come una prospettiva analitica che mette in questione il fatto che la discriminazione possa essere analizzata come un fenomeno in cui i diversi «fattori» di discriminazione agiscono indipendentemente gli uni dagli altri. Da questa prospettiva, i fattori testé menzionati interagiscono tra di loro adottando forme differenti di discriminazione-oppressione-subordinazione. Infatti, l'approccio omogeneo e giustapposto nel trattamento delle diverse forme della discriminazione non prende in considerazione il fatto che l'idea di intersezionalità appare come un concetto per «descrivere l'interazione sistemica e sinergica tra forme di oppressione diverse», atto a impedire tendenza dalle attuali politiche antidiscriminatorie ad alimentare la competizione politica tra le diseguaglianze e a creare una gerarchia delle discriminazioni.

successive di trasformazioni sociali, culturali, economiche e politiche, di cui il dato razziale è stato il principale motore propulsivo, offrendo all'ordinamento la spinta fondamentale a disciplinare e governare il tema dell'eguaglianza che, nonostante le altisonanti proclamazioni contenute nella Dichiarazione di Indipendenza e nel *Bill of Rights* del 1791, era rimasto inattuato. Accanto alla controversia razziale si è, poi, innestato nel corso del tempo un ampio arco di minoranze, gruppi oppressi e classi svantaggiate che hanno avanzato istanze, più o meno specifiche, di dignità e parità di trattamento, trasformando quello dell'eguaglianza in uno dei temi più caldi dell'agenda politica e legislativa statunitense, con la conseguente e corrispondente espansione dell'intervento della giurisprudenza delle corti statali e federali. Non sorprende, quindi, se il patrimonio giurisprudenziale americano sia diventato uno tra i più citati e studiati nel panorama comparatistico, anche alla luce della sempre più intensa comunicazione e contaminazione tra i diversi sistemi giuridici nella tutela dei diritti fondamentali.

Se dovessimo individuare i due binari principali lungo i quali muoversi per districare il groviglio normativo e giurisprudenziale connesso all'interpretazione e applicazione del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione, questi non potrebbero che essere l'*Equal Protection Clause* del XIV Emendamento e il *Civil Rights Act* del 1964. Prima ancora, tuttavia, il punto di partenza, – la proclamazione formale dell'eguaglianza –, è da rinvenirsi nella Dichiarazione di Indipendenza, firmata il 4 luglio 1776, in cui si afferma che «*all men are created equal*». Nonostante il carattere *self-evident* dell'eguaglianza fra gli uomini, è noto come la Costituzione americana, almeno in origine, non riflettesse affatto tale evidenza, essendo volta a giustificare l'ancora esistente fenomeno della schiavitù dei neri e a tenere in piedi il delicato

compromesso tra gli Stati del nord e quelli del sud. Il passo successivo sarebbero stati i cosiddetti *Civil War Amendments* (XII, XIV e XV) con i quali, a seguito della guerra di secessione, si sarebbe posto fine alla schiavitù e alla servitù involontaria in tutto il territorio della federazione. La guerra civile, in effetti, segna una svolta nei rapporti tra federazione e stati. Come ha ben sintetizzato Laurence Tribe¹⁴⁵, la guerra civile risolse almeno due questioni: l'esistenza della schiavitù e la supremazia del governo nazionale. Il motivo fondamentale del conflitto era stato, in realtà, la natura dell'Unione; la teoria della *nullification* e il presunto diritto di recedere dei singoli stati, unici titolari della sovranità, venivano smentiti dal conflitto e dal suo esito. Conseguenza del conflitto fu il rafforzamento del governo federale. La schiavitù sudista, nel frattempo, aveva mostrato che gli Stati stessi potevano limitare le libertà dei propri residenti, così da rendere necessario che il governo di Washington, prima visto solo quale potenziale oppressore, si trasformasse ora in garante dei diritti degli individui. Tra il 1865 e il 1870 il Congresso approvava i *Civil War Amendments* che vietavano la schiavitù, riconoscevano alla popolazione di colore il diritto al voto e a tutti i cittadini la garanzia del giusto processo, ma soprattutto ponevano la responsabilità della tutela dei diritti nelle mani del governo federale. Tant'è che la finalità dichiarata del XIV Emendamento era proprio quella di superare quanto stabilito dalla Corte suprema nella decisione *Barron*¹⁴⁶, nel corso della quale essa aveva esplicitamente negato l'applicabilità del *Bill of Rights* ai singoli Stati. Con la ratifica, nel 1868, del XIV Emendamento, quindi, la Costituzione federale si dotava di un'esplicita *Equality Clause* che,

¹⁴⁵ Così, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1978.

¹⁴⁶ *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243, 1833.

unitamente all'interpretazione della clausola del *Due Process*, rappresentava un momento di svolta nell'evoluzione storica dell'interpretazione costituzionale da parte delle corti americane. Sin dalle sue prime applicazioni, l'*Equal Protection Clause* fu invocata per porre delle restrizioni all'azione statale laddove ciò avesse comportato una compressione dei diritti e delle libertà di alcuni gruppi di individui rispetto ad altri, in particolare delle persone di colore rispetto alle persone bianche.

In termini molto succinti, si può individuare una prima fase, formalista o originalista, affondante le sue origini nell'idealismo inglese settecentesco, che si rifà a un concetto di Stato neutrale e liberale, equidistante dai conflitti sociali, culturali e religiosi e per il quale il diritto è oggettivo e caratterizzato da categorie astratte e generali. È la fase in cui la giurisprudenza produce i cosiddetti *Slaughter-House Cases*¹⁴⁷, un astuto modo per conciliare il dettato costituzionale al contesto sociale ancora profondamente inegualitario. Si tratta di un'interpretazione restrittiva della clausola di eguaglianza che circoscrive la portata pervasiva della XIV Emendamento ai soli 'privileges or immunities' già previsti dai singoli Stati, senza riconoscere quel potere di garanzia che il Congresso avrebbe potuto esercitare. Così, nel caso *Strauder v. West Virginia*¹⁴⁸ del 1880, la Corte Suprema, sanzionando una legge statale che limitava l'accesso alle giurie ai soli bianchi (giurie che poi giudicavano e condannavano anche persone nere), affermava come

¹⁴⁷ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 1872.

¹⁴⁸ *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 1880.

«[The Fourteenth Amendment] was designed to assure to the colored race the enjoyment of all the civil rights that under the law are enjoyed by white persons, and to give to that race the protection by the States»¹⁴⁹,

ma, al tempo stesso, a ribadire la concezione di una giuridicità volta soprattutto a salvaguardare l'ordine esistente, sottolineava anche che

«Nor it would be constitutional if the persons excluded by the law were white men [...] from jury service [...]. Nor it would be if a law should be passed excluding all naturalized Celtic Irishmen, would there any doubt of its inconsistency with the spirit of the Amendment»¹⁵⁰.

La giurisprudenza successiva inizia lentamente a discostarsi da questo approccio giuridico categoriale fondato sulla deduzione logica del concreto da premesse generali e astratte e sull'idea per cui la bontà di una categoria giuridica fosse da misurarsi in relazione alla sua capacità di riflettere 'la natura delle cose': già nella famosa sentenza sull'apertura di negozi di lavanderia a San Francisco, in cui la Corte sanzionava la cattiva applicazione di un'ordinanza comunale da parte dell'Amministrazione, in quanto sistematicamente negava il consenso all'esercizio dell'attività alle persone di origine cinese, concedendola invece senza difficoltà alle altre¹⁵¹, cominciano a emergere i primi segnali di evoluzione verso una nuova giuridicità che si fa strumento di cambiamento sociale. Tuttavia, siamo ancora lontani dall'elaborazione di classificazioni legislative 'sospette' e, per tale ragione, bisognose di uno

¹⁴⁹ *Id.*, cit. § 308.

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 1886.

scrutinio più severo da parte del giudice e che riguardino fattori diversi da quello meramente razziale. La Corte evidenzia il ruolo del XIV Emendamento quale clausola a protezione dell'eguaglianza fra le razze rispetto ai diritti garantiti, ma senza mai andare oltre il velo formale della legge e senza interferire troppo nella sovranità statale. Non è un caso che, contraddicendo in parte se stessa, la Corte Suprema limitasse ulteriormente il portato normativo del XIV Emendamento nel 1883, con la decisione nota come *Civil Rights Case*¹⁵². In questa circostanza la Corte ritiene incostituzionale il *Civil Rights Act* del 1875, che vietava e puniva comportamenti discriminatori nei confronti della popolazione di colore in luoghi pubblici, alberghi, mezzi di trasporto. Presupposto di tale provvedimento legislativo era che il XIV Emendamento attribuisse al Congresso non solo la competenza ad adottare misure che rimediassero a leggi statali discriminatorie, modificandole o annullandole, ma anche quella ad adottare misure positive volte a colmare lacune della legislazione statale, incidendo direttamente sulle condotte dei privati come su quelle dei funzionari pubblici. La Corte, chiamata a giudicare sulla legittimità del provvedimento federale, coglie invece l'occasione per smentire tale presupposto e negare al Congresso la competenza a disciplinare le condotte dei privati cittadini. La V sezione del XIV Emendamento, che riconosce al governo federale la facoltà di adottare la legislazione opportuna per dare esecuzione al contenuto dell'intero articolo, non conferisce al Congresso il potere di legiferare su materie di competenza tradizionalmente statale, ma solo quello di adottare misure volte a correggere gli effetti discriminatori delle leggi statali. Così, a parere della Corte, «nel caso considerato, finché non verrà approvata una legge statale [...] che violi i diritti dei

¹⁵² *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 835, 1883.

cittadini tutelati dal XIV Emendamento, nessuna legislazione degli Stati Uniti in base a tale norma potrà essere approvata, in quanto i divieti dell'Emendamento sono rivolti a leggi ed atti statali»¹⁵³.

Tali considerazioni aiutano a comprendere come mai al declino del formalismo giuridico e alla riluttanza ad utilizzare la clausola del XIV Emendamento per tutelare situazioni di differenziazione diverse dalla sola materia razziale o di regolazione della proprietà e del commercio corrisponda l'affermarsi, come dottrina giuridica che ha caratterizzato le corti americane dal 1896 al 1954 in materia di *Equal Protection*, la teoria del 'separate but equal', fatta propria dalla Corte Suprema nel famigerato caso *Plessy v. Ferguson*¹⁵⁴. È significativo, infatti, come fino a quel momento la clausola dell'eguaglianza, nella struttura costituzionale statunitense, fosse stata definita come «*the last resort of constitutional arguments*»¹⁵⁵: la ragionevolezza delle differenziazioni si presumeva fino a prova contraria, indipendentemente dal tipo di classificazione legislativa, fosse questa stata operata sulla base della razza, del sesso piuttosto che sulla base dell'altezza o della professione. È in un clima di questo tipo che si colloca la sentenza *Plessy* del 1896, in cui la decisione di appoggiare la politica del 'separate but equal' rappresenta in fin dei conti un inno alla ragionevolezza: tale differenziazione di trattamento appare, infatti, ragionevole poiché la prestazione, benché offerta separatamente, è uguale. L'eguaglianza, almeno formalmente, è rispettata, cosicché «se i diritti civili e politici di

¹⁵³ *Id.*, cit. § 839.

¹⁵⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896.

¹⁵⁵ *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 1927, cit. § 271.

entrambe le razze sono uguali, nessun individuo può pertanto essere considerato inferiore»¹⁵⁶.

L'origine dell'abbandono della ragionevolezza nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto, in particolare, il rispetto della *Equal Protection Clause*, della *Due Process Clause* e del I Emendamento, è la nota *footnote four* del giudice Harlan Stone nel caso, altrimenti poco rilevante, *United States v. Carolene Products Co.*¹⁵⁷ del 1938. Per la prima volta, infatti, in una semplice nota a piè di pagina, un giudice avanza l'idea che certi diritti e certe libertà richiedano un livello di protezione maggiore che non è sicuramente compatibile con la presunzione di legittimità della legge statale o federale, controlimitata soltanto dalla manifesta irragionevolezza. È compito del giudiziario, prosegue il giudice Stone nella nota, proteggere i diritti del *Bill of Rights* per assicurare il corretto svolgimento del processo politico, specie con riferimento alle minoranze e a quelle categorie sociali impopolari che, per una ragione o per l'altra, non sono in grado di proteggersi autonomamente da leggi o politiche discriminatorie attraverso l'esercizio del voto. Il passaggio di testimone, dalla dottrina della ragionevolezza a quella delle categorie 'sospette' e, dunque, dello *strict scrutiny* come strumento di tutela, diventerà evidente in *Brown v. Board of Education*¹⁵⁸, la decisione con la quale ha inizio la politica desegregazionista e, successivamente, quella integrazionista. Se fino a quel momento la ragionevolezza delle classificazioni legislative si presumeva, essendo irrilevante la tipologia della classificazione, adesso questa impostazione viene ribaltata dalla dottrina delle classificazioni

¹⁵⁶ *Id.*, cit. § 539.

¹⁵⁷ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S., 1938.

¹⁵⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954.

‘sospette’, ovvero da una preventiva valutazione della legittimità della differenziazione contenuta in ogni atto legislativo. Conseguentemente, ciò comporta l’applicazione di uno scrutinio di legittimità più rigido a seconda dell’accettabilità o meno di tale differenziazione.

La ragionevolezza di una classificazione legislativa deve essere valutata in relazione all’obiettivo perseguito dalla legge stessa, considerando come perfettamente ragionevole una classificazione che riesca a includere tutti coloro i quali, rispetto alla finalità della legge, possono dirsi *similarly situated*. Decisiva in questo passaggio è la pronuncia nel caso *Korematsu v. United States*¹⁵⁹, in cui, da un lato, la ragionevolezza perde il suo carattere di criterio generale, poiché non tiene conto della tipologia di classificazione operata a monte dal legislatore e, dall’altro, si afferma la necessità che la tutela dell’eguaglianza venga graduata a seconda della materia oggetto del ricorso. Si pongono le basi per una tutela dell’eguaglianza e, più in generale dei diritti fondamentali, a tre velocità: *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *rational basis test*. In particolare, vengono presi in considerazione tre elementi rispetto ai quali, a seconda della rigidità dello scrutinio utilizzato dalla corte, è abbinata un’analisi più o meno penetrante dell’atto normativo. In primo luogo, il giudice dovrà valutare quali sono gli interessi alla base dell’atto esaminato che, a seconda dello standard di revisione, dovranno essere *compelling* nello *strict scrutiny*, *substantial* o *significant* nell’*intermediate test* e, infine, *legitimate* o

¹⁵⁹ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 1944. Il caso riguardava la condanna da parte di una Corte federale di Fred Korematsu, un cittadino americano di origine giapponese, che si era rifiutato di evacuare dalla zona di San Leandro in California a seguito di un’ordinanza del Comando Generale dell’esercito che aveva dichiarato quella zona ‘*military area*’ e vi aveva proibito il soggiorno da parte di tutte le persone di origine giapponese. Ciò era avvenuto a seguito del bombardamento giapponese di Pearl Harbour, immediatamente dopo l’entrata degli Stati Uniti nella seconda guerra mondiale.

permissible nel *rational basis test*. In secondo luogo, il giudice esaminerà il rapporto tra i mezzi adoperati e i fini perseguiti dalla legge, rapporto che dovrà risultare *diretto* nello *strict scrutiny*, *sostanziale* in quello *intermedio* e *razionale* nello scrutinio *minimo*. Infine, in terzo luogo, il controllo verterà sui pesi e sugli oneri imposti dall'atto ai singoli rispetto all'interesse perseguito dal governo, i quali dovranno essere *il meno restrittivo possibile* nello *strict scrutiny*, *non superiori al necessario* nel test intermedio e, semplicemente, *non irrazionali* nello scrutinio minimo.

Giungiamo, così, a una delle sentenze più importanti nella storia costituzionale americana, ovverosia il caso *Brown v. Board of Education*, un vero e proprio 'atto rivoluzionario' (così definito da Kurland, in un celebre saggio su *Egalitarianism and the Warren Court* del 1970), che riaccende e mette in moto le potenzialità tradite o semplicemente accantonate del XIV Emendamento, potenzialità che, a ben vedere, erano già state profetizzate nella *dissenting opinion* del giudice Harlan nel precedente *Plessy*, quando scriveva:

«*So, I doubt not, [the separate but equal doctrine] will not continue to be for all time [...]. In the view of the Constitution, in the eye of law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is Color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law*»¹⁶⁰.

Il quadro, tuttavia, restò per molti anni ancora frammentato e incerto: basti pensare che solo nel 1967 la Corte Suprema cancellò il

¹⁶⁰ *Plessy v. Ferguson*, cit. § 541.

divieto dei matrimoni interrazziali (caso *Loving v. Virginia*¹⁶¹), e che furono necessarie altre decisioni (tra il 1954 e il 1956), a partire dalla cosiddetta '*Brown v. Board II*¹⁶²' del 1955, in cui la Corte ribadiva la necessità che la desegregazione venisse attuata «*with all deliberate speed*», al fine di rimuovere la *doctrine* della segregazione dagli altri settori della vita pubblica e sociale. Le 'resistenze' alla decisione della Corte, gli ostacoli alla sua piena ed effettiva implementazione, se da un lato misero a nudo la debolezza di un approccio che restava formalmente ancorato a una logica 'individualista' e '*colorblindness*' del principio di eguaglianza, dall'altro furono la prova che la discriminazione razziale doveva essere combattuta con politiche e misure più incisive, a carattere 'promozionale', capaci di correggere e ri-orientare sia le strutture giuridiche, sia quelle economico-sociali. La battaglia dell'integrazione si arricchisce di strumenti più forti che puntano a cambiare la società e non semplicemente a riparare i torti e le violazioni specificamente accertati. Correlativamente, va affermandosi un vero e proprio *anti-discrimination principle* che assume una versione sempre più 'sostanziale' e 'collettiva': la necessità di realizzare l'eguaglianza razziale comincia a riguardare non più soltanto i singoli soggetti che, di volta in volta, portano in giudizio casi di discriminazione, ma appunto la popolazione di colore, l'intero gruppo di minoranza, e al tempo stesso l'obbligo di riparare la discriminazione non si scarica più solo su chi ha commesso un comportamento discriminatorio, ma sull'intera società.

È quasi paradossale come il caso *Brown*, sacrosanto dal punto di vista pratico, abbia rappresentato, dal punto di vista teorico,

¹⁶¹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 1967.

¹⁶² *Brown v. Board of Education (II)*, 349 U.S. 294, 1955.

un'anomalia¹⁶³ rispetto alla giurisprudenza e all'architettura costituzionale americana di quegli anni e, per certi aspetti, di quella ancora attuale. In effetti, la Corte avrebbe potuto ricorrere a uno *strict scrutiny test*, giacché l'atto esaminato introduceva una differenziazione e classificazione basata sulla razza. Se l'intento della Corte fosse stato solo quello di dichiarare l'incostituzionalità della legge segregazionista, essa avrebbe potuto limitarsi a constatare che tali atti non si giustificavano in

¹⁶³ In effetti, sono molti gli autori, soprattutto quelli più conservatori, che non accolsero favorevolmente questa decisione. Herbert Wechsler, si concentrava sulla teoria dell'*adjudication*, affermando che questa doveva avvenire in base a principi e valori neutrali. Wechsler sosteneva, quindi, che pur avendo letto attentamente la sentenza, anche a distanza di alcuni anni, non poteva trovare una giustificazione costituzionalmente accettabile per *Brown*. Una filosofa molto attenta al pluralismo della condizione umana come Hannah Arendt aveva espresso le proprie perplessità circa la metodologia di intervento delle Corti su un problema da lei giudicato di natura sociale e non strettamente politico o giuridico. Così, riflettendo su questo genere di problematiche, concludeva che «il problema, dunque, non è come eliminare la discriminazione, ma come tenerla dentro i confini della sfera sociale, in cui è legittima, e come evitare che trapassi nella sfera politica e in quella personale, in cui invece è distruttiva». Ancora, Derrick Bell, considerato da molti come il padre fondatore della *Critical Race Theory*, pubblicò due saggi, *Serving Two Masters* e *Brown v. Board: The Convergence Interest Dilemma* nei quali veniva proposta una nuova interpretazione di *Brown* fondata sull'interesse razziale. In particolare, Bell ricorse al principio della «convergenza degli interessi»: «gli interessi dei neri nell'ottenere eguaglianza razziale verranno presi in considerazione solo quando convergono con quelli dei bianchi». La comunità dei neri era già ricorsa da quasi un secolo al quattordicesimo emendamento per sollevare la questione della segregazione, eppure non era riuscita ad ottenere nulla di concreto (se non una decisione con la quale si stabiliva che gli edifici scolastici dovessero essere uguali). L'improvviso mutamento di opinione deve essere spiegato a partire dall'interesse della comunità dei bianchi (e in particolare della sua classe dirigente), secondo la quale, in piena guerra fredda, la credibilità e le simpatie per gli Stati Uniti avrebbero certamente tratto giovamento da una politica di desegregazione. Peraltro, l'insistenza sui concreti effetti della segregazione sugli studenti neri mirasse a restringere il caso al settore dell'istruzione pubblica, senza configurare esplicitamente un *overruling* dell'indirizzo generale della giurisprudenza sulla segregazione. Ciò equivaleva a pagare un prezzo in termini di estensione del principio, e infatti vi fu chi come Wechsler criticò subito *Brown* sulla premessa che la Corte spettasse enunciare principi neutrali, in quanto generali. Ma l'intento di circoscrivere la pronuncia al campo dell'istruzione faceva parte di una strategia persuasiva tesa a raggiungere il massimo consenso possibile su una questione destinata ad accendere forti divisioni nel Paese.

nome di un *compelling state interest*. La motivazione della decisione, invece, segue una strada diversa, enfatizzando le ripercussioni sociali e morali che un sistema segregato determina sull'intero gruppo discriminato. La Corte suprema, esprimendo particolare attenzione rispetto alla situazione di subordinazione e di inferiorità sociale in cui versava l'intero gruppo dei neri, ha inteso promuovere un'inedita (per la giurisprudenza di allora) concezione di eguaglianza, come inclusione sociale, un principio che vieta alla società di trattare un individuo come fosse membro di una cittadinanza di serie b. Quel principio antidiscriminatorio che aveva condotto la giurisprudenza ad abbandonare un formalistico criterio di ragionevolezza in favore di un criterio calibrabile a seconda della tipologia, sospetta o meno, di classificazione operata dal legislatore, ma che tuttavia restava imbrigliato in un costituzionalismo neutrale e, quindi, indifferente al colore, comincia ad assumere una connotazione 'nuova' e, per certi versi, 'rivoluzionaria' spostando l'attenzione dall'elemento soggettivo (o intenzionale) della discriminazione, all'elemento oggettivo, ovvero all'impatto discriminatorio che un atto di quel tipo può produrre sul piano sociale.

Emerge, qui con maggiore chiarezza, un conflitto che diventerà sempre più evidente nella giurisprudenza successiva tra una caratterizzazione in senso soggettivo e una in senso oggettivo della tutela antidiscriminatoria, laddove, da una parte, si ricerca nell'atto o nel comportamento la volontà di discriminare mediante l'esplicito utilizzo di classificazioni 'sospette' e il perseguimento di scopi irragionevoli (e, in tal caso, la tutela assume una funzione risarcitoria e compensativa), mentre, dall'altra, si ricercano gli effetti discriminatori che l'atto produce sul piano sociale (e, in tal caso, la tutela assume una funzione redistributiva e trasformativa). Appare particolarmente sensato il

confronto tra queste due anime del criterio antidiscriminatorio rispetto alla più generale tensione tra principio di eguaglianza formale e sostanziale, «tensione che conosce, nell'ordinamento statunitense, una tendenziale preferenza per la dimensione formale, [...] anche se non mancano, proprio nell'ambito antidiscriminatorio, significative manifestazioni di un approccio che persegue finalità esplicitamente redistributive e di eguaglianza sostanziale»¹⁶⁴. Non a caso è nel contesto americano che si sono forgiate le nozioni di discriminazione indiretta (*disparate impact*) e di azione positiva (*affirmative action*) che tanto incideranno sull'esperienza giuridica europea. Tuttavia, gli sviluppi successivi dimostrano la riluttanza delle corti americane ad utilizzare questi strumenti, tanto che, dopo una prima fase (almeno fino agli anni Ottanta del secolo scorso) di lettura 'più oggettiva' del criterio antidiscriminatorio e 'più sostanziale' del principio di eguaglianza, non fosse altro per eliminare il permanere della segregazione razziale nonostante gli sforzi assunti dal legislatore per renderla illegale, si torna ad un approccio più formalistico. A questo bisogna sommare la mancanza, fino all'approvazione del *Civil Rights Act* del 1964, di un effettivo strumento normativo che rendesse applicabili i principi di matrice egualitaria, sin qui elaborati dalla giurisprudenza, anche all'azione dei privati. Solo così, infatti, sarebbe diventato possibile colpire quelle forme di segregazione e di discriminazione determinate esclusivamente dal pregiudizio sociale e non da atti normativi. Laddove la segregazione era il prodotto delle forze sociali e non dell'agire statale, non applicandosi l'*Equal Protection Clause* all'azione dei privati e non essendoci perciò state violazioni formali della Costituzione, nulla

¹⁶⁴ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008, cit. pp. 124-5.

sarebbe stato possibile fare per favorire l'integrazione e l'inclusione sociale.

2.1 Le declinazioni dell'eguaglianza nel dibattito americano: tra *Anti-discrimination* e *Anti-subordination principle*

L'affermazione della dottrina delle classificazioni 'sospette' e l'implementazione di un approccio dinamico alla revisione delle leggi, improntato alla teoria degli scrutini differenziati, a partire dalla giurisprudenza anti-razzista e anti-segregazionista della prima metà del Novecento, conducono all'elaborazione di uno studio più analitico del principio di eguaglianza nel costituzionalismo statunitense. Uno dei dibattiti più interessanti e ancora molto attuali circa le modalità interpretative e, soprattutto, applicative dell'*Equal Protection Clause* è quello che vede la contrapposizione tra una sua declinazione in chiave antidiscriminatoria e una in chiave di antisubordinazione. Il principio di eguaglianza, declinato attraverso la lente dell'*anti-discrimination principle*, impone la non arbitrarietà delle classificazioni normative, in ossequio alla logica aristotelica del trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso e conduce, dunque, a una legislazione e una giurisprudenza votate alla neutralità e alla indifferenza rispetto alle caratteristiche 'protette', cosicché sia garantito l'eguale trattamento. Il principio di eguaglianza concepito, invece, come *anti-subordination principle* (o, come inizialmente la dottrina americana lo ha indicato, *group disadvantaging principle*¹⁶⁵) sposta la prospettiva dal singolo individuo al gruppo di cui fa parte e porta a invalidare le leggi e le prassi

¹⁶⁵ O.M. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, 1976.

che hanno l'effetto di aggravare e perpetuare la condizione di subordinazione e inferiorità di determinati gruppi sociali situati in una posizione di svantaggio, attribuendo loro strumenti di miglioramento delle loro condizioni socio-economiche.

Nel 1949 gli autori Tussman e TenBroek, nel loro saggio *The Equal Protection of the Laws*¹⁶⁶, mettono un punto teorico su un fenomeno che stava prendendo sempre più piede nella giurisprudenza americana, ovvero l'affermarsi di un vero e proprio paradigma antidiscriminatorio. La 'breve' storia dell'eguaglianza nell'esperienza statunitense raccontata nel paragrafo precedente, ha mostrato come la giurisprudenza, dopo una prima fase più formalistica e poco incline ad andare oltre un mero giudizio di ragionevolezza sulle differenziazioni compiute dal legislatore, abbia iniziato faticosamente ad abbracciare una concezione di eguaglianza più sostanziale mediante l'elaborazione di classificazioni legislative 'sensibili' e, per tale ragione, bisognose di uno scrutinio più severo da parte del giudice. I primi segnali di questo mutamento di prospettiva si erano manifestati nella già menzionata *Footnote Four*, nel caso *Carolene Products*, in cui il giudice Stone esprimeva la sua, per il momento storico, progressista concezione sulla natura della clausola di eguaglianza del XIV Emendamento e sul ruolo dei giudici relativamente alla loro funzione nel giudizio di costituzionalità, peraltro alla luce dell'aspra contestazione sulla legittimità del potere di *judicial review* delle corti a causa della cosiddetta *counter-majoritarian difficulty*¹⁶⁷. In quella nota a piè di

¹⁶⁶ J. TUSSMAN – J. TENBROEK, *The Equal Protection of the Laws*, 37 California Law Review 341, 1949.

¹⁶⁷ Si veda, fra i molti, S. G. CALABRESI, *Textualism and the Countermajoritarian Difficulty*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 1373, 1998 e B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73

pagina¹⁶⁸, su cui merita tornare per il suo contenuto prodromico alla svolta antidiscriminatoria del diritto americano, si cominciava a porre l'attenzione su tre questioni strettamente connesse l'una all'altra: la prima riguardante la necessità di un sindacato del giudice più rigoroso per tutti gli atti concernenti i diritti specificatamente enumerati nella Costituzione; la seconda riguardante la necessità che il giudizio di costituzionalità si spingesse a valutare la stessa democraticità del processo di decisione legislativa, laddove il principio maggioritario rischiava di violare uno degli elementi essenziali della democrazia, ovvero il rispetto dei gruppi sociali svantaggiati; infine, la terza questione riguardante la valutazione del pregiudizio causato da un atto normativo nei confronti delle *'discrete and insular minorities'*¹⁶⁹, ossia quei gruppi i cui membri sono dotati di caratteristiche tali da essere facilmente riconoscibili ('i neri', 'gli indiani', 'gli ebrei' e via dicendo) e che per questo sono ghettizzati rispetto al gruppo di maggioranza, il quale è anche politicamente dominante. Ciò si lega strettamente al particolare contesto storico di quegli anni, dove l'esperienza del *New Deal*, da un lato, e la guerra mondiale e le esperienze totalitaristiche, dall'altro, determinano la giurisprudenza a differenziare il giudizio sui diritti economici (improntato all'etica maggioritaria) e quello sui diritti

N.Y.U. L. Rev. 333, 1998, *id.*, *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction's Political Court*, 91 Geo. L.J. 1, 2002, *id.*, *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson Of Lochner*, 76 N.Y.U. L. Rev. 1383, 2001, *id.*, *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, 148 U. Pa. L. Rev. 971, 2000 e *id.*, *The Birth Of An Academic Obsession: The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 Yale L.J. 153, 2002.

¹⁶⁸ Per un'analisi più approfondita della *footnote four* e delle sue conseguenze nella giurisprudenza statunitense si suggerisce B.A. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in Harvard Law Review, 98, n. 4, 1985.

¹⁶⁹ Sul concetto di 'minoranza' si rinvia a F. PALERMO – J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2008 e A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993.

civili e politici (improntato alla correzione degli svantaggi sofferti dai gruppi minoritari attraverso lo sviluppo della *judicial review*, dell'antidiscriminazione e della teoria del *substantive due process*. Questo è un passaggio decisivo della giurisprudenza americana, da una concezione esclusivamente liberale (dunque formale) dell'eguaglianza, di stampo francese, in base al quale tutti gli uomini nascono e vivono liberi ed eguali nei diritti (come recita l'articolo 1 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino), ad una concezione più sostanziale, in base alla quale acquista rilevanza il concetto di identità dell'individuo e riceve riconoscimento il pluralismo identitario e culturale che connota la società. Il principio di eguaglianza, allora, diventa lo strumento di ponderazione del principio maggioritario, volto a impedire derive 'ultrademocratiche' mediante la protezione e promozione anche di chi non fa parte della maggioranza, di chi non rientra nella cultura dominante, di chi è portatore di valori diversi da quelli tradizionali ma che, tuttavia, è componente della società a pieno titolo. Quanto affermato nella nota a piè di pagina del 1938, prima di venire adottato compiutamente nella sentenza *Brown*, viene ripreso già in un'altra decisione di qualche anno successiva, il caso *Korematsu v. United States* del 1944. Per la prima volta, infatti, la Corte Suprema afferma espressamente che ogni differenziazione legale di trattamento fondata sulla razza è di per sé 'sospetta' e deve, pertanto, essere esaminata utilizzando uno scrutinio più severo della mera ragionevolezza.

A fronte di questo significativo cambio di prospettiva, Tussman e TenBroek, nel loro saggio pubblicato sulla *California Law Review*, teorizzano cinque tipologie di classificazione legislativa che costituiscono, ancora oggi, un punto di riferimento nello studio delle

tecniche interpretative delle corti in relazione ai principi di eguaglianza e di non discriminazione nel diritto americano. In particolare, i due autori descrivono le possibili diverse relazioni tra una classificazione effettuata dal legislatore e la classificazione che in teoria sarebbe ottimale per il pieno raggiungimento dell'obiettivo che quella certa legge si propone di raggiungere. Una classificazione può essere perfetta, completamente erronea, *under-inclusive*, *over-inclusive* e, contemporaneamente, *under* e *over inclusive*. È possibile, dunque, immaginare il rapporto tra classificazione legislativa e classificazione ottimale come una retta ai cui estremi si collocano una classificazione perfetta o completamente ragionevole, nella quale, rispetto all'ambito di operatività di una certa legge, tutti (nessuno escluso e nessuno in più) è soggetto alla medesima disciplina in ragione della finalità dalla legge stessa perseguita, e una classificazione sbagliata o completamente irragionevole, nella quale, cioè, una legge si applica a chi non ha nulla a che vedere con le finalità da essa perseguite e, contemporaneamente, non si applica a coloro che, avendo a che vedere con le finalità da essa perseguite, dovrebbero ricevere quel trattamento giuridico. Al centro della retta, invece, si collocano le altre tre tipologie di classificazione: quelle *under-inclusive* che descrivono la situazione in cui tutti coloro che ricadono nella sfera di azione di una certa legge sono effettivamente legati alle finalità che quella legge persegue e, tuttavia, vi sono ulteriori soggetti a cui la legge dovrebbe ugualmente applicarsi in relazione alle finalità che essa persegue e che invece restano fuori dalla sua sfera di applicazione; quelle *over-inclusive* che descrivono il caso in cui una certa normativa si impone anche a soggetti che, in relazione alle finalità perseguite, dovrebbero rimanere esclusi dall'applicazione della stessa; e, infine, quelle classificazioni che presentano allo stesso tempo i caratteri

dell'*under* e dell'*over inclusiveness*, ovvero quando un atto legislativo si impone sia a una parte, ma non tutti, dei soggetti legati alle finalità perseguite dall'atto, sia a una parte, ma non tutti, dei soggetti che non dovrebbero essere sottoposti a quel trattamento giuridico.

Come è facile immaginare, sono queste ultime tre tipologie a capitare con maggior frequenza nella realtà, essendo le prime due considerate prevalentemente ipotesi di scuola. Per esempio, lo Stato di New York fino al 1984 prevedeva una causa di non punibilità per i mariti che abusavano sessualmente delle loro mogli, qualora gli sposi fossero conviventi al momento della violenza. Quando nel 1981 Mario Liberta fu condannato per violenza carnale ai danni della moglie, non più convivente, invocò l'incostituzionalità di questa disparità di trattamento a suo avviso irragionevole, adducendo la *under-inclusiveness* della disposizione. Mario Liberta fu ugualmente condannato ma la Corte dichiarò illegittima tale legge perché irragionevolmente discriminatoria, affermando che:

«When a statute is constitutionally defective because of under-inclusion, a court may either strike the statute, and thus make it applicable to nobody, or extend the coverage of the statute to those formerly excluded»¹⁷⁰.

Un esempio di classificazione *over-inclusive* è, invece, l'ordinanza emanata a seguito del bombardamento di Pearl Harbour, rientrante tra le misure di emergenza derivanti dallo stato di guerra, e che costrinse tutti i cittadini americani di origine giapponese a evacuare le aree strategiche indicate dall'atto per timore che fossero spie del governo nemico. Appare evidente come l'ordinanza colpisse un gran numero di persone

¹⁷⁰ *People v. Liberta*, 64 N.Y.2d 152, 485 N.Y.S. 207, 1984.

innocenti che con lo spionaggio di guerra non avevano nulla a che vedere. Questa classificazione era, dunque, ultra-rappresentativa in quanto la maggior parte (se non la totalità) degli individui, cui era imposta tale limitazione di libertà, non era di certo una spia e non avrebbe mai commesso atti di sabotaggio contro il governo¹⁷¹. Tuttavia, la Corte Suprema ritenne l'atto costituzionale perché rispondente alla necessità di garantire la sicurezza dei cittadini.

La clausola dell'eguaglianza, sottolineano Tussman e TenBroek, viene usata dalle corti per sindacare la legittimità delle classificazioni legislative e per questa ragione ha assunto la veste di clausola antidiscriminatoria, identificando la 'discriminazione' in una differenza di trattamento normativo che presenta i caratteri di arbitrarietà e irragionevolezza. Posto, infatti, che l'autorità è portata inevitabilmente a operare delle distinzioni fra i destinatari dei propri atti, stante la natura precettiva delle disposizioni normative, l'analisi giurisdizionale nella valutazione della loro legittimità si incentra sull'arbitrarietà o meno di queste differenziazioni in relazione alle finalità perseguite dall'atto e alla proporzionalità dei mezzi adoperati per raggiungerle. L'*anti-discrimination principle*, quindi, si pone anzitutto come strumento di tipo procedurale, focalizzando l'attenzione sul rapporto mezzi-fini e, nell'analisi di tale rapporto, imponendo una valutazione dell'arbitrarietà o meno delle classificazioni legislative, tenendo presente che il margine di tolleranza della *under e over inclusiveness* della classificazione si restringe qualora siano in gioco diritti fondamentali o categorie 'sospette' o 'sensibili'. Pertanto, affinché una legge o un provvedimento amministrativo siano dichiarati illegittimi per il fatto di introdurre una

¹⁷¹ Si veda il caso *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 1943 e il già citato *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 1944.

differenziazione sulla base di una caratteristica ‘protetta’ (o ‘sensibile’), sarà necessario che il ricorrente dimostri: in primo luogo, che l’atto opera una classificazione basata su tale caratteristica, così da ottenere uno scrutinio più rigido sulla legittimità di quella differenziazione; in secondo luogo, che l’unico motivo per il quale il legislatore o l’autorità amministrativa hanno agito in quel modo, operando la disparità di trattamento, sia stato il pregiudizio, l’ostilità, l’odio verso il gruppo minoritario o, viceversa, il favoritismo nei confronti del gruppo dominante. Il ricorrente, in altre parole, dovrà dimostrare l’intento discriminatorio dell’autorità pubblica. Ed è interessante sottolineare come le corti americane abbiano costantemente ribadito la necessità di dimostrare l’elemento soggettivo della discriminazione per far scattare la presunzione di incostituzionalità della differenziazione legislativa. In particolare è nel caso *Washington v. Davis*¹⁷² che la Corte Suprema ha chiarito espressamente questo punto. La dimostrazione dell’intento discriminatorio implica un esame delle motivazioni di carattere soggettivo che hanno spinto il legislatore o l’amministrazione ad adottare quel determinato atto, dovendosi provare che la considerazione della caratteristica ‘protetta’ ha giocato un peso decisivo nel processo deliberativo. Così, per esempio, nel caso *Bush v. Vera*¹⁷³, riguardante una legge del Texas che creava tre nuove circoscrizioni elettorali dove la maggioranza degli elettori erano persone di colore, la Corte dichiarava illegittima la legge ritenendo provato che la razza fosse stata il fattore predominante per la sua adozione, con tanto di precisazione, in una *concurring opinion* del giudice O’Connor, che l’applicazione dello *strict scrutiny* si deve avere solo quando il fattore ‘razza’ (o altra caratteristica

¹⁷² *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 1976.

¹⁷³ *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952, 1996.

‘sensibile’) abbia costituito la causa determinante per l’emanazione della legge¹⁷⁴. Alla luce di quanto appena esposto, non deve sorprendere la difficoltà con cui il diritto antidiscriminatorio americano arriva a forgiare la nozione di discriminazione indiretta, nozione che, comunque, dal punto di vista concettuale, non sembra dotata di una propria autonoma rilevanza. Sempre in *Washington v. Davis*, la Corte ribadisce che

«The central purpose of [equal protection is] the prevention of official conduct discriminating on the basis of race. But our cases have not embraced the proposition that a law or other official act, without regard to whether it reflects a racially discriminatory purpose, is unconstitutional solely because it has a racially disproportionate impact»¹⁷⁵.

Una legge o un atto pubblico non possono, quindi, ritenersi incostituzionali per violazione dell’*Equal Protection Clause* solo perché essi determinano un effetto discriminatorio, essendo sempre necessario che si dimostri l’esistenza di un intento discriminatorio da parte dell’autorità pubblica. Diversamente dal modello antidiscriminatorio europeo, in cui la discriminazione indiretta è riconosciuta a pieno titolo ed, anzi, ha acquisito un’importanza cruciale per colpire quelle pratiche all’apparenza neutrali ma che hanno in concreto un effetto discriminatorio, il modello americano rimane improntato a una visione più formalistica e procedurale, giocandosi tutto sul piano probatorio. È altresì evidente che l’impatto discriminatorio «sia funzionale proprio all’individuazione della discriminazione diretta, nel senso che una

¹⁷⁴ Di diversa opinione, invece, i giudici Thomas e Scalia che, invece, avevano sostenuto che ogniqualvolta il fattore razziale venga preso in considerazione dal legislatore ciò è sufficiente a giustificare la sottoposizione dell’atto allo scrutinio più rigoroso.

¹⁷⁵ *Washington v. Davis*, cit. § 241.

situazione di sproporzione può al più valere come indizio, più o meno grave, della sussistenza di un comportamento volutamente discriminatorio»¹⁷⁶, anche perché, è il caso di sottolinearlo, se si ammettesse *tout court* l'autonoma rilevanza dell'effetto discriminatorio e che una violazione dell'eguaglianza possa conseguire semplicemente dalla dimostrazione dell'esistenza di un impatto discriminatorio susseguente all'adozione di un atto, «lo spettro degli atti governativi, potenzialmente sindacabili, si allargherebbe di molto, costringendo in taluni casi il giudice a sovrapporsi alle valutazioni politiche del legislatore»¹⁷⁷. Ciò comporterebbe, in altri termini, il rischio di sottoporre al vaglio di costituzionalità ogni legislazione che introducesse una qualsivoglia classificazione. Tuttavia, è importante sin da ora mettere in chiaro che questa impostazione non ha impedito alla giurisprudenza statunitense di sviluppare e implementare, soprattutto in alcuni settori del *Civil Rights Act* del 1964, le nozioni di discriminazione indiretta (*disparate impact*) e di azione positiva (*affirmative action*) che tanto hanno influenzato il modello antidiscriminatorio europeo.

L'interpretazione dell'*Equal Protection Clause* secondo i canoni del principio antidiscriminatorio è stata ben presto bersaglio di critiche e contestazioni¹⁷⁸. Ciò ha aperto un intenso dibattito, tuttora molto vivo tra

¹⁷⁶ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Op. cit., p. 136-137.

¹⁷⁷ *Id.*, cit. p. 137.

¹⁷⁸ Si vedano, per esempio, D.A. BELL, *And we are not saved: the elusive quest for racial justice*, Basic Books, New York, 1987, K.L. KARST, *Belonging to America: Equal citizenship and the Constitution*, Yale University Press, New Haven – London, 1989, C.A. MACKINNON, *Feminism unmodified: discourses on life and law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, C.R. LAWRENCE III, *The Id, The Ego, And Equal Protection: Reckoning with unconscious racism*, 39 *Stan. Law Rev.* 317, 1987, J.M. BALKIN, *The Constitution of status*, 106 *Yale Law. Jour.* 2313, 1997 e R.B. SIEGEL, *Why Equal Protection no longer protects*, 49 *Stan. Law Rev.* 1111, 1997.

i costituzionalisti americani, che ha portato a contrapporre a tale visione, una concezione alternativa e, per certi versi, ancor più rivoluzionaria. È M. Owen Fiss, professore all'università di Yale, uno dei primi a muoversi in questa direzione, scrivendo nel 1976 un saggio, emblematicamente intitolato *Groups and the Equal Protection Clause*, in cui oppone un diverso principio attraverso il quale leggere la clausola del XIV Emendamento da lui stesso definito il *Group Disadvantaging principle* (e successivamente rinominato come *Anti-subordination principle*). Del principio di eguaglianza ne viene qui suggerita un'accezione più ampia e ulteriore rispetto alla semplice affermazione del principio di non discriminazione, tale da ricomprendervi la sua dimensione sostanziale. In particolare, in base al principio di non subordinazione, l'*Equality Clause* andrebbe interpretata come proibizione dell'adozione di leggi, atti o prassi normative che abbiano l'effetto di aggravare o perpetuare la condizione di subordinazione e inferiorità di certi gruppi sociali svantaggiati. Infatti, solo spostando la prospettiva dal singolo individuo al gruppo sociale è possibile offrire una tutela più ampia e inclusiva, che dia risposte anche a certe istanze di eguaglianza che il paradigma antidiscriminatorio non è in grado di soddisfare. Come detto pocanzi, la logica antidiscriminatoria muove dall'assunto che l'ordinamento dovrebbe essere neutrale e 'cieco' di fronte a certe differenze. Ne consegue che una classificazione (o differenziazione) legislativa fondata su una caratteristica 'protetta' (quale la razza, l'etnia, il sesso, la nazionalità, la religione e via dicendo) è considerata di per sé 'sospetta'. Ciò la rende sottoponibile a un controllo di legittimità più severo da parte del giudice, qualora si dimostri in giudizio l'avvenuta discriminazione. A quel punto sarà necessario provare anzitutto la volontà discriminatoria, ovvero che il convenuto ha

agito con l'intento di differenziare il trattamento sulla base di una di quelle caratteristiche protette oppure, in seconda battuta, limitatamente a certi settori, l'impatto discriminatorio della normativa apparentemente neutrale. Proprio a partire da questa impostazione, Fiss individua almeno due grossi limiti della tecnica antidiscriminatoria che originano esattamente dalla natura anti-classificatoria che la caratterizza: il primo, concernente l'illegittimità delle scelte e delle prassi legislative formalmente neutrali, ma con effetti discriminatori; il secondo, concernente la validità delle *affirmative actions*, ossia delle politiche preferenziali accordate ai gruppi sociali svantaggiati.

In entrambi i casi, la logica anti-classificatoria (o anti-differenziazione), alla base dell'*anti-discrimination principle*, entra in contraddizione. In relazione alle normative che, adottando criteri apparentemente neutrali, sfociano in situazioni di impatto discriminatorio, come ad esempio normative sull'assunzione di personale che prevedono particolari test o specifici titoli di studio più frequentemente conseguiti dagli esponenti di una razza piuttosto che dai membri di un'altra, c'è il rischio che non vengano dichiarate illegittime per la difficoltà di dimostrare l'intento discriminatorio dell'agente, stante l'insufficienza della prova del solo effetto discriminatorio indiretto. In relazione alle *affirmative actions*, c'è il rischio molto elevato che vengano, invece, invalidate proprio perché tradirebbero l'eguaglianza formale e il principio di anti-classificazione che impone al giudice di legittimità costituzionale di individuare tanto un obiettivo legittimo a sostegno dei trattamenti preferenziali adottati dal legislatore, quanto un'idonea giustificazione dei margini di *under* e *over inclusiveness* che caratterizzano inevitabilmente questo genere di politiche. Al contrario, la clausola del XIV Emendamento interpretata secondo il criterio dell'*anti-*

subordination principle consentirebbe di superare questi limiti in quanto, proiettandosi nella prospettiva dei gruppi sociali posti in condizione di svantaggio rispetto al gruppo maggioritario, mirerebbe non tanto a vietare normative differenziate sulla base dei fattori di subordinazione quanto piuttosto a impedire l'adozione di leggi o di prassi pubbliche che abbiano l'effetto di aggravare o perpetuare quella condizione di svantaggio e a fornire strumenti effettivi per eliminarla o almeno ridurla. Da questo punto di vista, la discriminazione è rappresentata da tutti quei meccanismi sociali, politici e giuridici che riaffermano anziché bandire, aggravano anziché diminuire, perpetuano anziché eliminare, la gerarchia di potere tra i diversi gruppi di individui, mantenendo inalterato lo stato di subordinazione e di inferiorità (sociale, politica e anche morale) del gruppo svantaggiato nei confronti di quello dominante. Da una dimensione che si preoccupa semplicemente della rimozione delle discriminazioni a carico degli individui 'deboli' mediante norme che assicurano la parità di trattamento a prescindere dalla 'categoria' di appartenenza, a una dimensione che deve invece assumere pienamente il riferimento a un principio di eguaglianza che riconosca l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione della razza nera a quella bianca, del genere femminile al maschile, dell'orientamento omosessuale a quello eterosessuale e così via, e con essa rimuovere anche lo stigma e la mancata considerazione sociale che impedisce il pieno riconoscimento della loro dignità. L'*anti-subordination principle* si caratterizza, quindi, per essere un approccio meno formalistico, rivolto più agli effetti materiali che un atto normativo produce nella realtà che non all'intento discriminatorio di chi ha adottato quell'atto. Questa caratterizzazione oggettiva punta a una finalità di redistribuzione delle opportunità e delle risorse e, dunque, di radicale trasformazione sociale

degli individui, o meglio, dei gruppi che si trovano in condizioni di svantaggio. In questo modo, i giudici potrebbero interpretare la clausola del XIV Emendamento con maggiore flessibilità, cosicché le politiche preferenziali a favore delle persone di colore o delle donne non sarebbero presuntivamente illegittime e, invece, sarebbero sicuramente illegittime normative ispirate al principio del ‘*separate but equal*’, o le cosiddette ‘*anti-miscegenation laws*’ (tra cui quelle che vietavano i matrimoni interraziali), o le prassi pubbliche che indirettamente producono effetti discriminatori (come i *racially restrictive covenants* o la concessione di licenze ad esercizi privati che discriminano in base alla razza o al genere)¹⁷⁹.

Sebbene la maggior parte della dottrina sia concorde nel ritenere che la giurisprudenza della Corte Suprema sia sempre stata improntata a un’interpretazione dell’eguaglianza in chiave antidiscriminatoria, piuttosto che in chiave di anti-subordinazione, una posizione avvalorata anche dall’adozione da parte del governo federale, a partire dagli anni Sessanta, di una consistente legislazione antidiscriminatoria (dal *Civil Rights Act*, all’*Americans with Disabilities Act*, sino all’*Age Discrimination in Employment Act*), non è tuttavia da escludere un’influenza e una contaminazione nel ragionamento delle corti della concezione di eguaglianza che fa capo all’*anti-subordination principle*. In decisioni storiche come *Brown v. Board of Education* e *Loving v. Virginia* è possibile, infatti, rinvenire argomentazioni che abbracciano sia la visione prettamente antidiscriminatoria (anti-classificatoria), sia la visione anti-subordinazione (anti-stigmatizzazione). Si condannano sia le

¹⁷⁹ Cfr., per esempio, i casi *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 1948 e *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 1972. Per un approfondimento si legga, poi, M.C. DORF, *A partial defence of an anti-discrimination principle*, in *Issue in Legal Scholarship*, Berkeley Electronic Press, 2002.

pratiche che differenziano in base alla razza, sia le pratiche che perpetuano il senso di inferiorità del gruppo subordinato. E così, in *Brown*, si afferma che:

«[t]o separate [Negro children] 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»¹⁸⁰,

mentre, in *Loving*, si ribadisce più volte che:

«[t]he fact that Virginia prohibits only interracial marriages involving white persons demonstrates that the racial classifications must stand on their own justification, as measures designed to maintain white supremacy»¹⁸¹.

La convivenza e, al tempo stesso, la contrapposizione tra queste due visioni animatrici del principio di eguaglianza sono una costante nella giurisprudenza americana, soprattutto con riferimento alle questioni che attengono alla razza e al genere. Ciò si manifesta anche nella più recente giurisprudenza quando, per esempio, nella sentenza *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School*¹⁸² del 2007, i nove *Justices* si sono divisi in ben cinque opinioni diverse che possono, per l'appunto, ricondursi ai due modi di intendere l'eguaglianza. Nell'opinione di maggioranza, la Corte si è espressa contro le misure di riequilibrio razziale introdotte volontariamente da due scuole per favorire l'accesso allo studio per i ragazzi di colore e lo ha fatto

¹⁸⁰ *Brown v. Board of Education*, cit. § 493.

¹⁸¹ *Loving v. Virginia*, cit. § 11.

¹⁸² *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701, 2007.

abbracciando l'impostazione tradizionale anti-classificatoria. La Corte applica lo *strict scrutiny* che giustifica il trattamento differenziato solo qualora realizzi un *compelling state interest* e giunge alla conclusione che «[h]ence, it doesn't matter whether the school district in this case has identified individuals by race/ethnicity with the goal of integrating them, or with the goal of denying opportunities/benefits to members of one group, it is the first step, the classification, that is the constitutional wrong»¹⁸³. Nelle opinioni dissenzienti, invece, si dà una lettura più sostanziale dell'*Equal Protection Clause*, come strumento di inclusione sociale che può ben realizzarsi anche attraverso l'utilizzo di misure promozionali per eliminare gli ostacoli che materialmente impediscono l'eguale godimento dei diritti. Scrive così, il giudice Breyer:

«[S]egregation policies did not simply tell schoolchildren 'where they could and could not go to school based on the color of their skin'; they perpetuated a caste system rooted in the institutions of slavery and 80 years of legalized subordination. The lesson of history [...] is not that efforts to continue racial segregation are constitutionally indistinguishable from efforts to achieve racial integration»¹⁸⁴.

Appare evidente, qui, la diversa *ratio* sottesa ai due principi: secondo l'approccio antidiscriminatorio, la ragione per cui si classifica un individuo in base a uno dei fattori 'protetti' è costituzionalmente irrilevante, sia che si perseguano fini promozionali della diversità sia che si intenda solo discriminare *in pejus*; secondo l'approccio anti-subordinazione, invece, ciò che conta è proprio la ragione per cui avviene la classificazione e la differenziazione di trattamento, e non

¹⁸³ *Id.*, cit. § 732-733.

¹⁸⁴ *Id.*, cit. § 867.

necessariamente assume contorni discriminatori laddove si perseguano integrazione e inclusione sociale.

Dunque, nonostante la prevalenza del paradigma antidiscriminatorio, la Corte Suprema americana, sin dalla metà del Secolo scorso, ha iniziato a interpretare e applicare l'*Equal Protection* del XIV Emendamento come clausola costituzionale che immette nell'ordinamento non solo l'*anti-discrimination principle* ma anche il principio in base al quale sono illegittime le leggi e le prassi che perpetuano una situazione sostanziale di esclusione di un'intera componente della società dalla medesima considerazione morale e politica e dall'eguale godimento dei diritti del gruppo maggioritario dominante. Ed è, inoltre, innegabile che questa lettura in senso più sostanziale del principio di eguaglianza, se pur non affermata in modo netto, non possa ritenersi priva di conseguenze rispetto alla connotazione complessiva del diritto antidiscriminatorio americano, finendo per incidere sulle nozioni di discriminazione indiretta (*disparate impact*) e di azione positiva (*affirmative action*) e sull'atteggiamento interpretativo delle corti federali in materia di divieto di discriminazione anche in relazione ai privati.

2.2 La prevalenza dell'approccio antidiscriminatorio: classificazione delle differenze e 'blind auditions'

Nel gennaio del 1992 il governo locale di Santa Cruz, Stati Uniti, avanzava una singolare proposta: approvare un'ordinanza contro le discriminazioni fondate sull'aspetto fisico. La proposta avrebbe fatto molto discutere, riaccendendo un dibattito, mai del tutto sopito, sugli effetti della logica antidiscriminatoria nel diritto americano. Con questa

ordinanza, che sarebbe stata approvata di lì a poco, il governo cittadino intendeva, infatti, porre fine all'odiosa prassi di giudicare le capacità professionali di una persona basandosi solo sul suo aspetto esteriore. Veniva, pertanto, vietata ogni arbitraria discriminazione basata su «a bodily condition or bodily characteristic of any person which is from birth, accident, or disease, or from any natural physical development, or any other event outside the control of that person including individual physical mannerisms»¹⁸⁵. Nella stesura definitiva, il divieto era circoscritto alle sole caratteristiche fisiche che non dipendevano dalla volontà della persona e non anche, come inizialmente era stato proposto, alle scelte estetiche che potevano, quindi, continuare a essere sindacate dall'ipotetico datore di lavoro laddove fossero state reputate incompatibili con la posizione da ricoprire. Erano principalmente tre le argomentazioni a sostegno di tale ordinanza: la prima strettamente collegata alla logica dell'eguaglianza come parità di trattamento, la seconda connessa all'autodeterminazione della persona e la terza allo smantellamento degli stereotipi e pregiudizi che causano esclusione sociale. Se una persona fosse stata giudicata non per il suo aspetto fisico ma per la sua competenza, il suo merito, la sua preparazione sarebbe stato, da una parte, assicurato l'eguale trattamento e, dall'altra, sarebbe stata garantita l'autoespressione di sé, finanche l'uso del proprio aspetto esteriore per comunicare all'esterno un messaggio o un proprio modo di essere.

Sebbene sul piano applicativo l'ordinanza non abbia avuto il successo sperato, il caso di Santa Cruz appare assai interessante. Si inserisce nella diatriba, inaugurata da Owen Fiss già nel 1976 con la pubblicazione del saggio *Groups and the Equal Protection Clause*,

¹⁸⁵ *Santa Cruz Municipal Code*, Capitolo 9.83, §§ 1 – 2, 1992.

relativo alle incongruenze dell'approccio anti-classificatorio (che lui chiama 'principio anti-discriminatorio') nella costruzione di un modello coerente ed efficace per realizzare l'eguaglianza. Il diritto antidiscriminatorio americano si presenta con una logica ben precisa: neutralizzare quelle forme diffuse e radicate di discriminazione che recano uno svantaggio a certe persone o gruppi di persone sulla base di pregiudizi concernenti il loro valore o le loro capacità. L'ingiustizia del pregiudizio è particolarmente evidente qualora derivi da caratteristiche o tratti immutabili della persona come il sesso, la razza, la disabilità. Ma il pregiudizio può colpire, in modo giuridicamente rilevante, anche profili che attengono alle idee o alle scelte di un individuo, quali la fede religiosa, l'appartenenza politica o gli *status* familiari. Questa precisazione segna già un primo profilo critico, da sempre oggetto di un acceso dibattito tra gli studiosi americani, ovvero l'individuazione delle caratteristiche rilevanti sulla base delle quali è fatto poi divieto discriminare. Quanto deve incidere la volontà della persona sul proprio essere in un certo modo piuttosto che in un altro ai fini della tutela antidiscriminatoria? L'obesità, per esempio, potrebbe essere considerata un fattore per cui imporre un divieto di discriminazione? In effetti, ci troviamo di fronte a un caso di confine: è indubbio, infatti, che vi sia un diffuso pregiudizio contro l'obesità. Chi è in sovrappeso spesso viene isolato e sottoposto a una vera e propria stigmatizzazione sociale, che rende difficile qualunque tipo di socialità. Si tratta di capire in quale misura lo stile di vita sia davvero il frutto di una scelta consapevole piuttosto che di spinte esterne indipendenti dalla volontà dell'individuo, in quanto solo nel secondo caso l'intervento giuridico sembrerebbe giustificato¹⁸⁶. Eppure, l'ordinanza di Santa Cruz faceva un ulteriore

¹⁸⁶ Si trovano numerose normative statali che vietano la discriminazione sulla base

passo, aprendo alla possibilità di blindare persino l'aspetto esteriore anche quando quello fosse stato frutto di scelte autonome della persona, con il rischio, però, di estendere il divieto di discriminazione a qualsiasi fattore potenzialmente stigmatizzante.

La giurisprudenza americana ha fatto fatica a costruire un modello di tutela che, da un lato, fosse coerente con la teoria dell'eguaglianza e, dall'altro, non incorresse nel pericolo di implodere sotto la richiesta di allargamento illimitato dei motivi di discriminazione. Una delle più ricorrenti formulazioni costituzionali del paradigma antidiscriminatorio si ritrova nell'opinione di maggioranza del caso *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*¹⁸⁷ (1985), in cui i giudici sottolineano come certe classificazioni (quali razza, nazionalità, sesso)

«are so seldom relevant to the achievement of any legitimate state interest that laws grounded in such considerations are deemed to reflect prejudice and antipathy, a view that those in the burdened class are not as worthy or deserving as others. For these reasons and because such discrimination is unlikely to be soon rectified by legislative means, these laws are subject to strict scrutiny and will be sustained only if they are suitably tailored to serve a compelling state interest [...]

Legislative classifications based on gender also call for a heightened standard of review. That factor generally provides no sensible ground for differential treatment. What differentiates sex from such nonsuspect statuses as intelligence or physical disability is that the sex characteristic frequently bears no relation to ability

dell'obesità quando (e solo quando) la caratteristica è concettualizzata come una disabilità o un disturbo genetico che va oltre il controllo di una persona. Per esempio, lo Stato del Michigan proibisce al datore di lavoro di discriminare sulla base di «religione, razza, colore, nazionalità, età, sesso, *altezza, peso*, o stato civile», in *Mich. Comp. Laws Ann.* § 37.2202(1)(a), 1999. Si vedano, inoltre, *Greene v. Union Pac. R.R.*, 548 F.Supp. 3, 5 (W.D. Wash.) [1981]; *Philadelphia Elec. Co. v. Commonwealth*, 448 A.2d 701, 707 [1982] e *Cassista v. Community Foods, Inc.*, 5 Cal. 4th 1050, 1063-65 [1993].

¹⁸⁷ *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

to perform or contribute to society [...] Rather than resting on meaningful considerations, statutes distributing benefits and burdens between the sexes in different ways very likely reflect outmoded notions of the relative capabilities of men and women. A gender classification fails unless it is substantially related to a sufficiently important governmental interest»¹⁸⁸.

Le classificazioni prospettate dal legislatore, quindi, non sarebbero del tutto arbitrarie ma rifletterebero pregiudizi sociali e antipatie diffuse che si traducono in prassi discriminatorie dirette o indirette, cosicché le eventuali differenziazioni operate sul piano legislativo saranno necessariamente sottoposte a uno scrutinio di legittimità più severo da parte delle corti, dovendo dimostrare il perseguimento di interessi meritevoli di tutela (*compelling state interests*). Emergono due considerazioni interessanti: la prima è l'esaltazione del ruolo dei giudici, già centrale nei sistemi di *common law* e, qui, ancor più fondamentale; dall'altra parte, proprio per le difficoltà sopra accennate, l'illusorietà di tentare una rassegna completa dei criteri discriminatori perché questi dipendono da mutevoli contesti socio-culturali. Il senso comune individua forme di discriminazione solo quando lo stigma non è socialmente accettato. Evidenti disparità di trattamento possono anche non essere classificate come discriminazione quando ritenute meno evidenti o inevitabili, come ad esempio certe forme di obesità o di inabilità o malattia (si pensi alle persone affette da HIV e agli effetti devastanti che la discriminazione (in genere non riconosciuta giuridicamente) produce nelle loro vite). Questo è certamente uno degli aspetti critici che il diritto antidiscriminatorio solleva: per quanto rigido possa essere lo scrutinio dei giudici (pur sempre vincolati dai canoni

¹⁸⁸ *Id.*, cit. pp. 440-41.

interpretativi) e per quanto ampio possa essere il catalogo di fattori protetti, la definizione del concetto di discriminazione resta altamente problematica (e, di sicuro, non esaustiva), così come la certezza di tutela effettiva della persona nella sua interezza.

Visto nel suo insieme, il modello antidiscriminatorio americano segue una logica semplice ma potente. La maggior parte delle normative statali e federali (tra cui, il *Federal Civil Rights Act* del 1964) è incentrata sul concetto di «*blindness*», di «cecità o indifferenza rispetto alle caratteristiche protette». La legge impone, infatti, alla pubblica amministrazione e, così, anche ai datori di lavoro di agire nei confronti di ciascun individuo come se non vi fossero distinzioni di razza, etnia, nazionalità, genere e via dicendo. L'idea di *blindness* gioca un ruolo centrale nell'interpretazione del divieto di discriminazione e rimanda a un concetto – caro all'impostazione liberale americana – di merito individuale e di valore intrinseco quali unità di misura per valutare la capacità di una persona. Ogni volta che il catalogo dei divieti di discriminazione si allarga, una nuova caratteristica personale o identitaria entra a far parte dell'invisibile. Dunque, le differenziazioni di trattamento operate in base a quelle caratteristiche risulteranno discriminatorie, se del tutto arbitrarie, o quantomeno «sospette» e saranno, pertanto, soggette a un più severo scrutinio di legittimità.

L'immagine delle audizioni per musicista d'orchestra descrive efficacemente questa logica. Sin dagli anni Settanta è invalsa la prassi delle cosiddette «*blind auditions*», ovvero delle audizioni al buio¹⁸⁹. Il candidato musicista, per poter entrare a far parte dell'orchestra, doveva

¹⁸⁹ Si veda, G. ROUSE, *Sex Discrimination: Economists Find Switch to Blind Auditions Boosted Women's Ranks in Major Orchestras*, Daily Lab. Rep., 1997; D. L. RHODE, *Speaking of Sex: The Denial of Gender Inequality*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1997.

essere valutato esclusivamente sulla base delle sue doti artistiche e non sulla base della razza, del sesso o di altre caratteristiche personali. Veniva, pertanto, frapposto uno schermo tra il candidato e i suoi valutatori. Sorprendentemente, nel giro di pochi anni, il numero di musiciste nelle orchestre americane aumentò quasi del doppio. In effetti, la logica che sta alla base delle *blind auditions* è, per certi versi, la stessa che sta alla base del diritto antidiscriminatorio americano: la cecità rispetto alle differenze, che sia originata da uno schermo artificiale o imposta dalla legge, agisce in modo pervasivo sulla realtà esistente, alterando o modificando le dinamiche sociali, imponendo punti di vista alternativi e contribuendo a smantellare le prassi discriminatorie¹⁹⁰. In questo senso, la logica antidiscriminatoria sembra azionare un circolo vizioso dal quale, apparentemente, è impossibile uscire: la legge antidiscriminatoria per primo individua e categorizza gli individui in base a una serie di caratteristiche che, per diverse ragioni, sono marchiate dallo stigma del pregiudizio sociale e culturale, dopodiché chiede di comportarsi come se quelle differenze non esistessero. Chiede, in altri termini, di astrarre dal contesto sociale, di essere ciechi di fronte al fatto che, in realtà, ciascuna persona nasce dalla storia, la quale crea identità fondate su fatti contingenti di socialità e cultura, quegli stessi fatti che costituiscono i significati di razza, etnia, genere, nazionalità, fede, età, orientamento sessuale.

«The law is itself a social institution. It does not spring autochthonously from an original position or from the discipline of instrumental reason. Law is made by the

¹⁹⁰ Così, per esempio, A. KOPPELMAN, *Antidiscrimination Law And Social Equality*, Yale University Press, New Haven, 1996; R. M. HILLS, JR., *You Say You Want a Revolution? The Case Against the Transformation of Culture Through Antidiscrimination Laws*, 95 Mich. L. Rev. 1588, 1997.

very persons who participate in the social practices that constitute race, gender, and beauty. It would be astonishing, therefore, if American antidiscrimination law could transcend these categories, if it could operate in a way that rendered them truly irrelevant. Yet that is exactly what the dominant conception asks us to believe.

A much more plausible picture is that antidiscrimination law is itself a social practice, which regulates other social practices, because the latter have become for one reason or another controversial. It is because the meaning of categories like race, gender, and beauty have become contested that we seek to use antidiscrimination law to reshape them in ways that reflect the purposes of the law. We might summarize this perspective by observing that antidiscrimination law always begins and ends in history, which means that it must participate in the very practices that it seeks to alter and to regulate»¹⁹¹.

La concezione anti-differenzialista, individualistica e *contest-free* della tecnica antidiscriminatoria sin qui tratteggiata trova conferma anche nella maggioritaria giurisprudenza delle corti statunitensi. Nell'interpretare il *Federal Civil Rights Act* del 1964, la principale fonte federale del diritto antidiscriminatorio americano, i giudici aderiscono, più o meno esplicitamente, a questa impostazione, confermandone la prevalenza. L'entrata in vigore del *Civil Rights Act* ha prodotto effetti di vasta portata ed ha avuto un enorme impatto in tutto il paese, contribuendo in maniera significativa a porre fine alla segregazione razziale (nonostante fosse già intervenuta, esattamente dieci anni prima, la pronuncia della Corte Suprema nel caso *Brown v. Board of Education*, erano ancora presenti leggi razziste, soprattutto nel sud degli Stati Uniti) e a portare avanti le istanze di rivendicazione dei diritti delle donne (soltanto all'ultimo fu inserito anche il fattore 'sesso' tra i criteri di

¹⁹¹ R.C. POST, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, in R.C. POST, K.A. APPHIA, J. BUTLER, T.C. GREY, R.B. SIEGEL, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham-Londra, 2001, cit. p. 17.

discriminazione nonostante, appena un anno prima, lo stesso Congresso approvava l'*Equal Pay Act*, vietando le disparità salariali tra uomo e donna).

Tra i settori interessati dalla normativa antidiscriminatoria, quello lavorativo è certamente il più rilevante. Il Titolo VII del *Civil Rights Act* vieta, per l'appunto, la discriminazione sul lavoro fondata su razza, colore, nazionalità, religione e sesso. In particolare, con riferimento al fattore 'sesso', la legge si propone di abbattere «the entire spectrum of disparate treatment of men and women resulting from sex stereotypes and generalizations»¹⁹². Ciò si allinea perfettamente alla concezione americana di tutela antidiscriminatoria, ovvero all'idea di rendere 'invisibili' le differenze per uno qualunque dei *grounds* considerati e trattare ciascun individuo secondo il proprio merito e valore intrinseco. Sintetizza così un giudice:

«When this Nation was settled the Civil Rights Act was hoped that there be established a society where every individual would be judged according to his ability rather than who his father was,... or what the color of his skin was. Since then, millions of individuals have landed on our shores in search of opportunity-opportunity which was denied them in their homelands because of rigid class structures and irrational group stereotypes. The Civil Rights Act of 1964 was born of that hope. Although the legal technicalities are many, the message of the Act is clear: every person is to be treated as an individual, with respect and dignity. Stereotypes based upon race, color, religion, sex or national origin are to be avoided»¹⁹³.

¹⁹² Così in *County of Washington v. Gunther*, 452 U.S. 161, 180 (1981), *City of Los Angeles Dep't of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702, 707 (1978) e *Sprogis v. United Air Lines, Inc.*, 444 F.2d 1194, 1198 (7th Cir. 1971).

¹⁹³ *Aros v. McDonnell Douglas Corp.*, 348 F. Supp. 661 (C.D. Cal. 1972). Nel caso di specie, la Corte dichiarava discriminatoria la *policy* di una azienda che consentiva solo alle donne di portare i capelli lunghi sul luogo di lavoro.

È una logica individualistica e a-contestuale poiché guarda esclusivamente al singolo interessato e non tiene conto delle contingenze storiche, culturali, sociali e relazionali in cui esso è situato. Questo limite può essere colto analizzando alcune sentenze, in cui è chiara la difficoltà di definire quali stereotipi e pregiudizi e, dunque, quali prassi siano accettabili e quali non lo siano. Nel caso *Wilson v. Southwest Airlines*¹⁹⁴, per esempio, la Corte fu chiamata a valutare se la mancata assunzione da parte di una compagnia aerea di *hostess*, perché non abbastanza avvenenti, fosse discriminatoria ex Titolo VII, *Civil Rights Act*. In effetti, la *policy* dell'azienda faceva dell'immagine sensuale delle sue operatrici un marchio identificativo e, dunque, una parte integrante del suo successo economico. In quell'occasione, i giudici risolsero la questione sostenendo che il business di una compagnia aerea, il cui scopo principale è trasportare persone e cose (e non fornire intrattenimento erotico), non giustificasse l'uso dell'attrazione sessuale per incrementare il proprio giro di affari. La Corte, quindi, sanziona la *policy* aziendale non perché discriminatoria sulla base del sesso come era stato ipotizzato dai ricorrenti (anche perché l'attrazione sessuale varrebbe per entrambi i sessi) ma perché, al fine di svolgere l'attività di assistente di volo, l'avvenenza non poteva di certo essere considerata un requisito professionalmente indispensabile. Nell'analogo caso *Craft v. Metromedia, Inc.*¹⁹⁵, invece, troviamo un ragionamento diverso e, in parte, contraddittorio rispetto al precedente. Qui, è una conduttrice televisiva a fare ricorso contro l'emittente KMBC, ritenendo discriminatoria l'imposizione alle sole presentatrici donne di determinati standard estetici e di un codice di abbigliamento stereotipato e

¹⁹⁴ *Wilson v. Southwest Airlines*, 517 F. Supp. 292 (N.D. Tex. 1981).

¹⁹⁵ *Craft v. Metromedia, Inc.*, 766 F.2d 1205, (8th Cir. 1985).

maschilista. Non era un caso, infatti, se proprio alla ricorrente fosse stato lamentato un abbigliamento non sufficientemente femminile per gli standard del pubblico dell'emittente. La Corte, nonostante riconosca che vi sia una strumentalizzazione dell'immagine femminile da parte della rete televisiva, ritiene che i codici estetici e di abbigliamento richiesti alle dipendenti fossero funzionali al successo dell'azienda, considerando anche la particolare fetta di pubblico, più conservatore e tradizionalista, cui si rivolgeva. Quindi, anche se l'aspetto fisico non appare, *prima facie*, un requisito professionale indispensabile per presentare un programma televisivo, i giudici ritengono di non dover sanzionare la *policy* aziendale, perché economicamente funzionale. In questo caso, a differenza del precedente, si è ritenuto che le convenzioni sociali e culturali sul genere e sui ruoli di genere fossero giustificate dalle aspettative della maggioranza (del pubblico) e, pertanto, in qualche modo (più) giustificabili. È evidente come di fronte a due situazioni in cui per svolgere un lavoro in cui il fattore 'sesso' non dovrebbe avere alcuna rilevanza si discriminino le donne, imponendo loro certi canoni di bellezza e femminilità, per assecondare gli stereotipi e le convenzioni di genere. Ed è altrettanto evidente come la forza d'azione trasformativa della legge antidiscriminatoria sui paradigmi sociali e culturali che producono disparità di trattamento e diseguaglianza di genere sia, di fatto, ridimensionata.

Ciò trova ulteriore conferma, mettendo a confronto le decisioni di altri due casi simili *Fesel v. Masonic Home of Delaware, Inc.*¹⁹⁶ e *Griffin v. Michigan Department of Correction*¹⁹⁷. Nel primo caso, una casa di

¹⁹⁶ *Fesel v. Masonic Home of Delaware, Inc.*, 447 F.Supp. 1346 (D. Del. 1978).

¹⁹⁷ *Griffin v. Michigan Department of Correction*, 654 F.Supp. 690 (E.D. Mich. 1982).

cura per anziani si rifiutava di assumere infermieri di sesso maschile poiché, essendo per la maggior parte composta da pazienti di sesso femminile, quest'ultime «non avrebbero accettato di farsi assistere in certe attività, particolarmente intime, da infermieri». La Corte, pur ammettendo di trovarsi di fronte a stereotipi di genere e convenzioni educative, ritiene comunque legittimo il rifiuto della casa di cura. In particolare, i giudici ritengono che debba essere tutelata anche la richiesta di privacy da parte dei clienti della casa di cura: il sesso dell'operatore che guarda e tocca il proprio corpo conta e, pertanto, il sesso del lavoratore (in questo caso degli infermieri) non poteva essere ignorato dal datore di lavoro. In questo caso, gli stereotipi di genere vengono incorporati nella norma sulla privacy dei pazienti e divengono impermeabili rispetto alla norma antidiscriminatoria che non può compiere la propria azione di cambiamento. Quanto qui sostenuto, però, non sembra valere in *Griffin v. Michigan Department of Correction*. Ad essere in gioco è adesso la privacy dei detenuti di un penitenziario maschile di massima sicurezza. L'istituto carcerario si rifiutava di assegnare guardie di sesso femminile al settore degli alloggi, in quanto «il denudarsi o l'espletare funzioni corporee davanti a un soggetto di sesso opposto sarebbe risultato più umiliante per il detenuto». Ci troviamo di nuovo davanti alle medesime norme e convenzioni di genere che provengono da una certa cultura ed educazione e che toccano da vicino la sfera sessuale della persona (la nudità, l'intimità, le funzioni corporee). Eppure la Corte, questa volta, ritiene che la decisione dell'istituto carcerario sia in contrasto con la norma antidiscriminatoria, affermando che le guardie di sesso femminile dovrebbero essere valutate e trattate dal datore di lavoro sulla base delle loro qualifiche e capacità individuali e non sulla base di assunti stereotipici che riguardano il

genere femminile nel suo insieme. Come in *Wilson* e *Craft*, anche dal confronto di *Fesel* e *Griffin* si avvertono i limiti della retorica antidiscriminatoria: a meno di non considerare la privacy dei detenuti inferiore a quella dei pazienti della casa di riposo, si deve registrare il limite di un'impostazione individualistica che non sovverte gli assi del sistema di dominio vigente, non elimina il problema della subordinazione e della disegualianza, lasciando intatti gli stereotipi e i pregiudizi che da questi derivano, qualora siano così radicati nella cultura di una società da apparire come comportamenti neutrali. L'azione sovversiva del diritto antidiscriminatorio, quindi, sembra essere rimessa a una operazione di negoziazione: fintantoché gli stereotipi e le convenzioni sociali rimangono salienti all'interno di un certo contesto culturale, difficilmente verrà messo in crisi l'impianto sistemico ed epistemologico su cui le prassi discriminatorie si fondano.

È chiaro quindi che, se l'*anti-discrimination principle* viene inteso come un principio che preclude trattamenti diversi in nome dell'eguaglianza formale, sarà ritenuto moralmente inammissibile trattare gli individui in maniera differenziata sulla base di caratteristiche che non hanno alcuna relazione con l'oggetto o le finalità propri dell'atto che prescrive quel certo trattamento. Cosicché se X ha le capacità e i meriti per pretendere qualcosa o svolgere una certa prestazione, negargli tale possibilità in quanto donna, o persona di colore, o omosessuale, sarà discriminatorio (e, allo stesso modo, in linea teorica, lo sarà anche accordargli qualcosa in più solo perché donna, o persona di colore, o omosessuale). In questo senso, il principio antidiscriminatorio funziona qui come principio-barriera: assume cioè un valore negativo, perché deve impedire che differenze non pertinenti pesino sui trattamenti e impone una concezione neutralista del trattamento non discriminatorio

perché esige la cecità di fronte alle differenze ritenute ‘irrilevanti’. È un’impostazione, questa, che ha diversi limiti, i quali derivano dalla natura individualistica della tutela, dalla difficoltà di estendersi a coloro che non rientrano nelle categorie ‘sensibili’ individuate a monte dal legislatore e rispetto alle quali si chiede di non differenziare e dalla logica comparativa alla base del giudizio antidiscriminatorio, la quale richiede di assumere una norma, uno *status quo* delle categorizzazioni come unità di misura. Limiti a cui si è cercato di dare risposta, contrapponendo a tale concezione neutralista una concezione differenzialista del principio antidiscriminatorio, volta cioè a precludere distinzioni finalizzate a opprimere e svantaggiare i membri di una categoria in quanto tali e indipendentemente da altre caratteristiche. È in quanto donna, o persona di colore, o omosessuale che X finisce per essere trattato più sfavorevolmente. In questo senso, dunque, il principio antidiscriminatorio assumerà anche il compito ‘positivo’ di liberare le categorizzazioni svantaggiate dagli effetti oppressivi dei trattamenti ricevuti. Tuttavia, anche questa impostazione, nonostante sia stata alla base dell’elaborazione della nozione di *affirmative actions*, condivide il male originario che attraversa tutto il paradigma antidiscriminatorio, ovvero se la logica comparativa su cui questo tipo di tutela si fonda renda davvero giustizia alle ambizioni dell’eguaglianza. Una logica comparativa che richiede, per l’appunto, di assumere un *tertium comparationis* rispetto al quale misurare le eccezioni (ovvero le differenze) come devianza rispetto a quello standard. Per cui, se si ritiene che le donne, i neri o gli omosessuali siano discriminati rispetto agli uomini, ai bianchi o agli eterosessuali si può continuare a insistere sulla più che sufficiente somiglianza tra loro o rivendicare una corrispondenza di trattamento mancata, ma il riferimento sarà sempre alla stessa unità di

misura che, ha ragione MacKinnon¹⁹⁸, nel primo caso commisura le donne (i neri, o gli omosessuali) su uno standard maschile (bianco, o eterosessuale) pensato per gli uomini (i bianchi, o gli eterosessuali) e nel secondo caso uno standard maschile (bianco, o eterosessuale) pensato per le donne (i neri, o gli omosessuali).

2.3 *Disparate Impact e Affirmative Actions*: limiti e contraddizioni

Il cuore della normativa antidiscriminatoria americana è oggi rappresentato dal *Civil Rights Act* del 1964, definito da alcuni¹⁹⁹ come la più importante legge sui diritti civili del Secolo scorso, a cui si sono aggiunti il *Fair Housing Act* del 1968 (che costituisce il Titolo VIII del *Civil Rights Act*), l'*Age Discrimination in Employment Act* del 1967 e l'*Americans with Disabilities Act* del 1990. Tuttavia, la vera innovazione di questa legislazione è stato il richiamo esplicito a una duplice base costituzionale, la *Commerce Clause* e la sezione quinta del XIV Emendamento: infatti, ciò ha reso possibile, per la prima volta nella storia americana, l'applicazione del divieto di discriminazione anche nei rapporti fra privati. Rispetto ai precedenti *Civil Rights Acts* post guerra civile, i quali per molto tempo restarono poco più che inutilizzati potendosi applicare solo all'azione statale, la 'nuova' stagione del diritto antidiscriminatorio americano, per parafrasare una fortunata espressione di Marzia Barbera usata in relazione alle direttive europee in materia di

¹⁹⁸ Così in C.A. MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

¹⁹⁹ Cfr., per esempio, B.L. SCHLEI – P. GROSSMAN, *Employment discrimination law*, The Bureau of National Affairs, Inc., Washington, D.C, 1976 e, più recentemente, R. POST – R. SIEGEL, *Equal Protection by Law: Federal anti-discrimination legislation after Morrison and Kimel*, in 110 Yale Law Journal 441, 2000.

discriminazione sul lavoro, si fonda proprio sull'estensione del divieto anche ai rapporti tra i privati cittadini. È la Corte Suprema stessa che, nella sentenza *Heart of Atlanta Motel v. United States*²⁰⁰, conferma la legittimazione del Congresso a interferire con l'autonomia privata in forza della *Commerce Clause* e per perseguire finalità antidiscriminatorie. Come già anticipato, le disposizioni del Titolo VII del *Civil Rights Act*, in materia di discriminazione sui luoghi di lavoro, sono apparse sin da subito come estremamente pervasive, sia perché hanno rappresentato il principale strumento normativo per contrastare i fenomeni discriminatori e segregazionisti nel mondo del lavoro, sia perché hanno messo in luce, da una parte, i limiti dell'impostazione antidiscriminatoria sopra descritta, consentendo l'elaborazione di nuovi concetti e teorie e, dall'altra parte, i possibili conflitti tra libertà contrattuale dei privati e esigenza di eguaglianza sostanziale. Tra i nuovi concetti elaborati dalla giurisprudenza, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore di questa legislazione, uno dei più importanti è quello di *disparate impact*, l'equivalente della discriminazione indiretta degli Stati europei.

Anche il diritto antidiscriminatorio americano, infatti, conosce due diverse nozioni di discriminazione che comportano una lesione del

²⁰⁰ *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241, 1964. Osservano, così, Robert Post e Reva Siegel, nel loro saggio *Equal Protection by Law: Federal anti-discrimination legislation after Morrison and Kimel*, in *Yale Law Journal*, 2000, cit. p. 494: «When the Court considered the validity of the Civil Rights Act in *Heart of Atlanta*, it chose to affirm its constitutionality as an exercise of the commerce power, reserving judgement on the question of whether it might also be a legitimate exercise of Congress's authority to enforce the Fourteenth Amendment. But although the Court was cautious about attributing Congress's power to prohibit discrimination by private actors to Congress's power to enforce the Fourteenth Amendment, and would remain so throughout the decade, it was not in the least ambivalent about the larger point, which was the Congress had authority to enact legislation applying anti-discrimination norms to transactions between private parties».

principio di parità di trattamento: il *disparate treatment*, ovvero la discriminazione diretta che riguarda la situazione in cui un soggetto viene trattato diversamente da un altro soltanto in ragione del possesso di certi fattori ‘protetti’ quali la razza, il sesso, la nazionalità, la religione, l’età, la disabilità, l’orientamento sessuale e via dicendo; e il *disparate impact*, ovvero la discriminazione indiretta che ricorre ogni volta che una regola o una prassi, che apparentemente non distingue in base ad alcun fattore ‘protetto’, produce comunque un effetto discriminatorio su taluni gruppi di individui rispetto ad altri. La nuova normativa antidiscriminatoria inizia così a spingere le corti a riconoscere uno spazio di autonomia anche alla discriminazione indiretta, allentando l’impostazione fortemente soggettiva, legata alla dimostrazione dell’intento discriminatorio dell’agente, che caratterizza il modello antidiscriminatorio americano. Infatti, è atteggiamento costante della giurisprudenza statunitense quello di richiedere in ogni caso la prova dell’esistenza dell’elemento intenzionale da parte del soggetto che discrimina, ammettendo soltanto in via subordinata che l’attore possa ricorrere a elementi presuntivi per assolvere al suo onere probatorio. Si tratta di un modello procedurale completamente opposto a quello europeo, dove, in forza delle direttive di seconda generazione fondate sull’articolo 13 del Trattato, l’allegazione da parte del ricorrente di elementi atti a far presumere l’avvenuta discriminazione valgono a spostare l’onere della prova in capo al convenuto (che dovrà, dunque, dimostrare di aver agito correttamente). Nel caso statunitense, invece, l’onere di provare il comportamento intenzionalmente discriminatorio del datore di lavoro rimane unicamente in capo al ricorrente. Le resistenze all’accoglimento della nozione di discriminazione indiretta sono, quindi, riconducibili in gran parte a tale impostazione procedurale.

Ad ogni modo, a partire dal famoso caso *Griggs v. Duke Power*²⁰¹ del 1971, anche il sistema americano perviene all'elaborazione della nozione di *disparate impact*. I fatti riguardavano un'azienda che continuava a mantenere segregato il proprio ambiente di lavoro, assegnando sistematicamente le mansioni più dure e meno qualificanti alle persone di colore. Dopo l'entrata in vigore del *Civil Rights Act*, trovandosi costretto a modificare tale politica segregazionista, il datore di lavoro introduceva, come requisito per accedere alle posizioni di lavoro superiori, il possesso di un diploma di scuola superiore. Se pur apparentemente neutrale, questa misura aveva nella pratica l'effetto di impedire l'avanzamento di carriera alla stragrande maggioranza delle persone di colore. Il datore di lavoro si difendeva essenzialmente ribattendo su due argomenti: il primo era la mancanza della prova dell'intento discriminatorio della sua condotta, dal momento che dalla lettura del Titolo VII del *Civil Rights Act* l'espressione «*to discriminate*» non appariva idonea a fornire protezione contro misure dal carattere neutrale ma generatrici di un effetto più svantaggioso per un gruppo rispetto ad un altro; il secondo riguardava, invece, il requisito del possesso di un titolo di studio superiore per accedere alle mansioni più qualificate, il quale appariva coerente con l'applicazione di un criterio meritocratico. La Corte, tuttavia, condannò il datore di lavoro affermando che il Titolo VII proibisce non soltanto i comportamenti manifestamente e direttamente discriminatori ma anche quelle condotte o prassi che, se pur formalmente neutrali, hanno una ricaduta pratica discriminatoria, a meno che non siano giustificate da precise necessità economiche o dalla natura stessa del lavoro. In particolare, la Corte non condanna l'utilizzo di test o la richiesta di titoli di studio per valutare le

²⁰¹ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 1971.

competenze del lavoratore ai fini dell'assunzione e della promozione, ma richiede che vi debba essere un collegamento funzionale di quest'ultimi con la prestazione che il lavoratore sarà chiamato concretamente a svolgere.

«The objective of the Congress in the enactment of Title VII is [...] to achieve equality of employment opportunities and remove barriers that have operated in the past in favor an identifiable group of white employees over other employees. Under the act, practices, procedures or test neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to 'freeze' the *status quo* of prior discriminatory practices. [...] The act proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation»²⁰².

È interessante sottolineare, a tal proposito, come la Corte Suprema con questa decisione e con l'elaborazione della *disparate impact doctrine* valorizzi maggiormente il piano sostanziale dell'*Equality principle*, privilegiando un'interpretazione teleologica (anziché letterale) del *Civil Rights Act*, osservando altresì come la finalità della legge sia, in effetti, quella di raggiungere una sostanziale eguaglianza delle opportunità, attraverso la rimozione degli ostacoli che ne impediscono la realizzazione. La dottrina si è divisa tra coloro che hanno ricondotto la teoria della discriminazione indiretta all'*anti-discrimination principle*, considerando il *disparate impact* come uno degli elementi che consentono di ricavare una presunzione di comportamento intenzionalmente discriminatorio, e coloro, invece, i quali hanno letto la discriminazione indiretta come una virata in senso sostanziale del principio di eguaglianza, ponendo l'accento sull'effetto concreto di un atto o di una prassi sulla posizione, già svantaggiata, di un gruppo

²⁰² *Id.*, cit. § 431.

sociale. Paul Brest, per esempio, richiamandosi alla cosiddetta ‘prospettiva del perpetratore’²⁰³ e alla concezione di giustizia individuale tipicamente americana, ha sostenuto che la discriminazione indiretta sia da collocarsi in continuità con la giurisprudenza della Corte Suprema laddove quest’ultima è tornata ad affermare che l’effetto discriminatorio indiretto non è sufficiente di per sé a far ritenere illegittima una legge (e, dunque, a sottoporla a uno scrutinio più severo in ragione della classificazione sospetta operata). Esso, semmai, può rappresentare un indizio volto a smascherare l’intento discriminatorio del soggetto che ha posto in essere quel comportamento. La decisione *Griggs* si giustificerebbe alla luce della volontà dei giudici di estirpare fenomeni discriminatori dovuti non tanto a una prassi intenzionalmente discriminatoria attuale, quanto piuttosto a comportamenti che contribuiscono al permanere di prassi discriminatorie ereditate dal passato e ancora radicate nel tessuto sociale. Viceversa, Owen Fiss, sempre all’interno della sua critica al principio antidiscriminatorio, ha letto nella nozione di discriminazione indiretta un’accezione sostanziale dell’*Equal Protection*, data l’enfasi che viene posta sull’impatto discriminatorio e dato il riferimento al gruppo sociale anziché al singolo individuo.

Analizzando l’orientamento della giurisprudenza risulta, ancora una volta, prevalere l’interpretazione legata all’*anti-discrimination principle*, soprattutto dal finire degli anni Settanta in poi, quando cioè l’evoluzione sociale ha dato segni di pareggiamento delle condizioni

²⁰³ Cfr., per esempio, A.D. FREEDMAN, *Legitimising racial discrimination through anti-discrimination law: a critical review of Supreme Court doctrine*, in 62 *Minnesota Law Review* 1049, 1978. È la tendenza, emersa nella giurisprudenza americana, a ritenere discriminatoria una determinata condotta solo se legata a un comportamento intenzionalmente e consapevolmente discriminatorio.

lavorative tra le diverse categorie sociali. Dunque, dopo un primo momento in cui la Corte sembra riconoscere con facilità gli effetti discriminatori anche di norme o prassi apparentemente neutrali, confermando quanto stabilito nel caso *Griggs* (si vedano, per esempio, il caso *Albermarle Paper Co. v. Moody*²⁰⁴, in cui la Corte affermò che qualora il datore di lavoro giustifichi la misura che determina il *disparate impact* con motivazioni di carattere economico-impresoriale, l'attore può contro-argomentare dimostrando che esisteva un'altra misura, astrattamente realizzabile, che avrebbe consentito di raggiungere il medesimo obiettivo ma con un effetto discriminatorio minore, e il caso *Dothard v. Rawlinson*²⁰⁵, laddove la Corte restrinse significativamente i motivi di tipo economico con cui giustificare prassi con effetti discriminatori), successivamente la posizione della Corte inizia a mutare, a farsi più sensibile alle ragioni dei datori di lavoro e alle esigenze di carattere economico e libertà contrattuale, e a limitare l'applicabilità del *disparate impact*. Questa inversione di rotta è evidente nel caso *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*²⁰⁶ del 1989, quando la Corte Suprema rispose negativamente alla richiesta di condannare un datore di lavoro per gli effetti discriminatori della sua *policy* aziendale che, sistematicamente, assegnava alle persone di colore o di etnie minoritarie le mansioni più umili, poiché il ricorrente non era riuscito a provare che dietro quella misura si nascondeva un comportamento scientemente discriminatorio. Si afferma, in altri termini, che la limitazione dell'autonomia privata può derivare solo dal divieto di compiere atti intenzionalmente discriminatori a danno delle persone appartenenti a

²⁰⁴ *Albermarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 1975.

²⁰⁵ *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, 1977.

²⁰⁶ *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642, 1989.

gruppi svantaggiati, ma non anche da un generico dovere di interazione di questi ultimi nella società²⁰⁷.

In questi casi, quindi, anche quando è in gioco una ‘*suspect class*’, la Corte ha affermato che occorre dare la prova dell’intento discriminatorio del provvedimento, e che questa prova non può essere fornita documentando solo l’impatto discriminatorio di quel provvedimento nei confronti di una certa categoria, cioè il fatto che esso ha, su quella categoria, effetti diversi e peggiori che rispetto ad altre. Occorre dimostrare, anche e soprattutto, che quel provvedimento è stato adottato con l’intenzione di discriminare quella categoria. Emblematiche, in questo senso, sono le sentenze sulla pena di morte e sui reati di droga, in cui la Corte Suprema ha sempre rifiutato di far valere come sintomo del carattere discriminatorio delle relative previsioni il fatto che i condannati a morte fossero in numero disproporzionato persone di colore²⁰⁸. Lo stesso criterio hanno seguito le corti di merito per escludere rilievo, ai fini discriminatori, al fatto che il tipo di droghe il cui consumo è punito più severamente riguarda proprio quelle sostanze generalmente più utilizzate dai neri²⁰⁹. Il legislatore, per riequilibrare la distribuzione dell’onere della prova e attenuare, in parte, il rigore delle corti nel riconoscimento dell’impatto discriminatorio, è intervenuto a codificare la

²⁰⁷ Quando una legge ‘neutra’ ha effetti discriminatori deve, dunque, essere dimostrato il ‘*purpose*’ discriminatorio dell’autore del provvedimento. Il principio è chiaramente confermato nel caso *Washington v. Davis* (1976), in cui si sottolinea che il soggetto agente non solo deve essere consapevole dell’impatto discriminatorio di una certa misura, ma deve averlo anche voluto, agendo in quel modo, almeno in parte, proprio per ottenere quell’effetto discriminatorio. Così anche in *Personell Adm of Massachussets v. Feeney* (1979), in cui si legge che «*[d]iscriminatory purpose [...] implies more than intent as volition of awareness of consequences. It implies that the decisionmakerè ...] selected or reaffirmed a particular course of action at least in part ‘because of’ not merely ‘in spite of’ its adverse effect upon an identifiable group*».

²⁰⁸ Cfr., *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279, 1987.

²⁰⁹ Cfr., *United States v. Clary*, 846 F. Supp. 768, 1994.

nozione di discriminazione indiretta attraverso il *Civil Rights Act* del 1991, ma nemmeno questo è servito a fare chiarezza in merito alla giustificabilità di misure che causano situazioni di disparità sociale. Pertanto, l'orientamento della giurisprudenza è rimasto altalenante. Di certo si può dire che questa ambiguità finisce per circoscrivere la finalità della tutela antidiscriminatoria a un ruolo meramente risarcitorio (piuttosto che redistributivo) e, di conseguenza, svaluta una lettura più 'sostanziale' del principio di eguaglianza.

Un discorso analogo può essere fatto anche per quanto riguarda l'evoluzione delle cosiddette azioni positive (*affirmative actions*), le quali hanno trovato talvolta il favore, ma quasi sempre l'opposizione, delle corti americane che, legate a una lettura formale del principio di eguaglianza che pone tutti i soggetti sullo stesso piano di fronte alla legge, indipendentemente dalle condizioni di partenza, le hanno spesso etichettate come discriminazioni al rovescio e dichiarate, pertanto, illegittime. Il ricorso a tali misure di integrazione assume come rilevanti certe caratteristiche dell'individuo (razza, etnia, sesso) che, nella prassi invece, sono dichiarate irrilevanti sotto il profilo morale e giuridico, in ossequio a un'interpretazione *color-gender-blind* della Costituzione. Ciò consente di violare, in maniera esplicita e dichiarata i criteri della neutralità e dell'imparzialità, riservando alcuni posti universitari, alcune posizioni lavorative o alcune quote rappresentative nelle cariche politiche a soggetti che appartengono a gruppi o categorie svantaggiati. Negli Stati Uniti, in effetti, il dibattito attorno alla capacità dei gruppi oppressi, svantaggiati, discriminati di sottrarsi e liberarsi dal giogo del dominio e dell'ineguaglianza, è andato catalizzandosi sull'ammissibilità o meno delle *affirmative actions*, una serie di provvedimenti, come è noto, che impone di privilegiare, nell'ammissione a corsi di istruzione,

nella scelta per i posti di insegnamento, nelle assunzioni di lavoro, nell'assegnazione degli appalti pubblici, i membri di determinati gruppi svantaggiati. Una tecnica proattiva di lotta alla diseguaglianza, inizialmente di quella razziale e poi anche di quella legata al genere e ad altre specifiche forme di vulnerabilità come la disabilità, che ha vissuto momenti alterni contribuendo alla già accesa diatriba tra *liberals* e conservatori, tra critici (che le descrivono come forme di *reverse discriminations* assolutamente inaccettabili) e sostenitori (che, invece, le giustificano come forme di compensazione o di riparazione della discriminazione storicamente sofferta).

Come ogni altro atto normativo o amministrativo che introduca delle classificazioni fondate su uno dei fattori 'sospetti' o 'quasi sospetti', anche le azioni positive devono ritenersi legittime soltanto se superano il corrispondente scrutinio di costituzionalità poiché, assumendo come rilevante il fattore razza o il fattore genere, a prescindere dell'intento 'benevolo' della differenziazione, devono essere giustificate da un *compelling state interest* e gli strumenti utilizzati per realizzare tale obiettivo devono essere proporzionati ad esso (*narrowly tailored to the achievement of that goal*). Se in una prima fase, subito dopo l'entrata in vigore del *Civil Rights Act* del 1964, le corti si dimostrarono più aperte verso queste misure normative, applicando uno scrutinio di costituzionalità intermedio, sul finire degli anni Ottanta il giudizio sulle *affirmative actions* mutò radicalmente. In *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*²¹⁰ del 1989, la Corte Suprema precisò che le azioni positive si dovevano presumere incostituzionali in base al XIV Emendamento e che tale presunzione di illegittimità poteva essere superata solo dimostrando l'esistenza di un prevalente interesse

²¹⁰ *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 1989.

pubblico, quale, per esempio, l'intento di rimediare a specifici e reiterati atti discriminatori subiti da quel gruppo a causa dell'inerzia o della complicità dell'autore dell'azione. Ma è certamente con il caso *Adarand Constructors Inc. v. Peña*²¹¹ del 1995 che si ha una vera e propria inversione di tendenza e una messa in serio dubbio della validità delle *affirmative actions* sul piano costituzionale. Qui, la Corte dichiarò incostituzionale un contratto di un'agenzia federale che prevedeva incentivi per le ditte appaltatrici che subappaltavano a imprese composte anche da membri di gruppi etnici minoritari. Tale misura incentivante si inseriva nell'ambito dell'*Executive Order 11246*, emanato dal governo federale, il quale espressamente sanciva l'utilizzo di strumenti promozionali volti a favorire l'integrazione sociale e a smantellare la ancora persistente segregazione razziale nel sud del paese²¹². L'ordinanza governativa prevedeva, infatti, che le imprese con più di cinquanta dipendenti che partecipano ad appalti pubblici per importi superiori a cinquantamila dollari dovessero introdurre piani di azioni positive come condizione per intrattenere rapporti commerciali con le pubbliche amministrazioni.

Oscillante, anche se in modo meno drastico, è anche la giurisprudenza in materia di azioni positive introdotte dai soggetti privati

²¹¹ *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 1995. Per il Justice Scalia la Costituzione è *color-blind* e, pertanto, non può esistere una razza creditrice e una debitrice di interventi pubblici e sociali. A suo avviso, le azioni positive sono il peggior modo di perseguire l'eguaglianza, perché alimentano soltanto il pregiudizio razziale. Da questo momento in poi tutte le azioni positive in ambito pubblico verranno sottoposte al più rigido scrutinio della Corte e ciò porrà un notevole freno al loro utilizzo.

²¹² Per un esame più approfondito si vedano, fra i molti, L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Affirmative Action in the US: The Legal Dimension*, in E. APPELT – M. JAROSCH (a cura di), *Combating Racial Discrimination: Affirmative Action as a Model for Europe*, Berg Publishers, Londra, 2000, pp. 81–109 e, sempre nel medesimo volume, A.L. ALLEN, *Can Affirmative Action Combat Racial Discrimination? Moral Success and Political Failure in the United States*, pp. 3–39.

su base volontaria. Sebbene il Titolo VII del *Civil Rights Act* non le preveda direttamente, le azioni positive appaiono in qualche modo coerenti con le finalità della legge e, dunque, ad essa conformi. Si deve trattare di misure proporzionate, nel senso che non devono costituire un impedimento assoluto alle opportunità dei membri del gruppo maggioritario; tali misure, inoltre, devono intervenire laddove ci sia effettivamente uno squilibrio discriminatorio tra gruppi sociali; e tali piani di azioni, infine, devono essere temporanei, in quanto l'obiettivo è di porre fine a una situazione di ineguaglianza e non crearne di nuove. In questo senso, le *affirmative actions* assumono principalmente una funzione risarcitoria e compensativa rispetto a precedenti discriminazioni. In particolare, è possibile notare come la Corte applichi un diverso scrutinio a seconda che la misura positiva sia adottata dal privato su base volontaria oppure sia adottata da un ente pubblico: nel primo caso, infatti, la Corte valuta la legittimità dell'azione rispetto al parametro del Titolo VII e applica uno scrutinio intermedio; nel secondo caso, invece, il parametro di riferimento è l'*Equal Protection Clause* e, dunque, la Corte non può che applicare lo *strict scrutiny*, essendo in gioco una delle classificazioni 'sospette'.

Un altro esempio interessante è offerto dalle politiche di ammissione ai corsi di studio che, soprattutto negli ultimi decenni, prevedono forme di trattamento preferenziale per certi gruppi razziali e etnici socialmente svantaggiati e, quindi, con minori opportunità di entrare nelle scuole e nelle università più prestigiose. Tale politica è stata oggetto di notevoli scontri politici-giudiziari che, nella maggior parte dei casi, si sono risolti nella dichiarazione di incostituzionalità di tali programmi perché in contrasto con l'*Equal Protection Clause*. Così, nel

caso *Regents of the University of California v. Bakke*²¹³, la Corte si pronunciò a sfavore del piano di azioni positive della facoltà di medicina che intendeva incentivare l'ingresso di studenti appartenenti a gruppi etnici minoritari²¹⁴. Successivamente, la Corte ha poi attenuato la propria posizione sostenendo, per esempio nel caso *Grutter v. Bollinger*²¹⁵, che la razza o l'etnia dello studente può essere presa in considerazione durante il processo d'ammissione, ma solo se questa non diventa il fattore unico e caratterizzante di tale procedura. Si può dire che con il tempo la Corte Suprema è venuta abbracciando una politica di 'diversity', che ha teso sostituire la giustificazione antisegregazionista delle politiche di sostegno delle minoranze nell'accesso ai vari ambiti della vita politica e sociale. Cosicché, le amministrazioni pubbliche o i privati possono introdurre misure preferenziali, quali la riserva di posti universitari agli appartenenti a determinate categorie, ma non possono giustificare tali misure solo con l'esigenza di offrire speciale protezione alle persone di colore (motivazione razziale) o alle persone di altre categorie svantaggiate (motivazione di genere, per esempio), perché ciò

²¹³ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 1978.

²¹⁴ Un esempio altrettanto interessante è il caso *De Funis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974), riguardante uno studente bianco che nel test di ammissione all'università, pur avendo ottenuto un punteggio più alto, si era visto sottrarre il posto da uno studente nero, al quale l'università aveva riservato una quota. Lo studente fece ricorso sostenendo che tale riserva di quote fosse lesiva del suo diritto all'*Equal Protection*, secondo l'interpretazione *color-blind* della Costituzione. La Corte Suprema fu molto abile ad aggirare la questione molto sentita dall'opinione pubblica: decise il caso molto tempo dopo, quando ormai il ricorrente era riuscito (nel test dell'anno successivo) a entrare in quell'università, riconoscendo che ormai era venuto meno l'oggetto del contendere. Tuttavia, nell'opinione dissenziente si legge un'asprissima critica allo strumento delle azioni positive, come di un diritto contrario al principio di eguaglianza e fortemente lesivo della dignità sia del soggetto avvantaggiato, sia del soggetto svantaggiato. Emerge il paradigma delle 'vittime innocenti', cioè gli appartenenti al gruppo maggioritario, rispetto ai quali ci si chiede perché debbano pagare oggi per le discriminazioni commesse ieri dai loro padri.

²¹⁵ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 2003.

rappresenterebbe una discriminazione nei confronti di chi non appartiene a quella minoranza e può vantare interessi altrettanto rilevanti. La ragione con cui gli enti pubblici o privati possono giustificare legittimamente una politica di riserva di posti è invece quella di assicurare, nella composizione delle classi universitarie, degli uffici pubblici o dei luoghi di lavoro, un'adeguata rappresentanza delle diverse componenti culturali della società, delle diverse capacità di cui sono portatori gli esseri umani. Le politiche di ammissione ispirate alla 'diversity', dunque, possono puntare sulla diversità razziale o di genere, ma riservando posti agli appartenenti a tutte le diverse minoranze e categorie sociali, non solo a quella di colore o alle donne; possono puntare altrettanto bene sulla diversità di attitudini, riservando posti a chi per esempio ha doti sportive; o sulla diversità di estrazione sociale, riservando posti a chi è indigente, e via dicendo. È con questo argomento che la School of Law del Michigan ha vinto il ricorso sulla legittimità del proprio piano di azioni positive²¹⁶. Anziché inquadrarle come rimedio per le ingiustizie del passato e per la condizione di inferiorità del gruppo etnico minoritario, la School of Law si è difesa affermando che tali misure preferenziali erano giustificate dalla necessità di garantire la diversità culturale nel corpo studentesco, essendo questo un valore aggiunto per realizzare una migliore e più completa istruzione. Inoltre, l'utilizzo della razza tra i criteri di ammissione non era rigido, bensì calibrato rispetto alla presenza di altri criteri di ammissione, quali la conoscenza delle lingue, l'aver vissuto all'estero, l'aver particolari doti artistiche o sportive e via dicendo.

È interessante, ancora una volta, sottolineare la diversa prospettiva che caratterizza il modello europeo antidiscriminatorio, in cui l'azione

²¹⁶ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 2003.

positiva viene inquadrata non tanto in una logica risarcitoria/compensativa quanto in una logica di tipo redistributivo che, anzitutto, prescinde dalla commissione in passato di atti discriminatori contro quella categoria sociale, che, in secondo luogo, è meno interessata all'elemento soggettivo della discriminazione, preoccupandosi di più degli effetti materiali della prassi discriminatoria e che, in terzo luogo, si rivolge non tanto al passato quanto al futuro in un'ottica promozionale e preventiva di future e ulteriori discriminazioni²¹⁷.

L'esperienza americana, invece, mostra la propria difficoltà a distaccarsi da una prospettiva meramente compensativo/risarcitoria in cui si privilegia la concezione formale/procedurale di eguaglianza piuttosto che quella sostanziale. Mostra, inoltre, una forte resistenza a concepire lo strumento antidiscriminatorio al di fuori della logica anti-classificatoria, anziché come strumento di emancipazione dallo stato di subordinazione e inferiorità economica, sociale e morale in cui versano certi gruppi e categorie sociali. L'elaborazione dei concetti innovativi come il *disparate impact* e le *affirmative actions* e la loro successiva castrazione sono emblematici del modello antidiscriminatorio americano che, nonostante alcuni timidi tentativi, non si è mai affrancato dal paradigma della discriminazione come comportamento intenzionalmente inferto, contrario alla logica aristotelica di eguaglianza formale e, in fin dei conti, in contraddizione con la mentalità liberale e individualista di stampo americano.

²¹⁷ In questo senso si muove l'articolo 141 del Trattato sull'Unione europea che, al paragrafo quarto, stabilisce che: «allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

3. Il sistema americano di tutela antidiscriminatoria: un modello in crisi?

Il sistema antidiscriminatorio americano venuto articolandosi lungo le due grandi direttrici dell'interpretazione e applicazione delle clausole di cui al XIV Emendamento della Costituzione, da una parte, e dell'implementazione del *Civil Rights Act* e della legislazione antidiscriminatoria in materia lavoristica, dall'altra, ha rivelato soprattutto in questi ultimi anni una tendenza disfunzionale, i cui sintomi sono stati l'aumento della conflittualità tra i diversi gruppi sociali e la paralisi dei meccanismi decisionali. Il succedersi assolutamente asimmetrico di orientamenti interpretativi, la particolare frammentazione delle sentenze (tra opinioni dissenzienti, concorrenti e di maggioranza), spesso accentuata da una sorta di 'opportunismo procedurale' che ha consentito alla Corte Suprema, talvolta, di non decidere e l'enorme incertezza sulla sorte e sui limiti del *disparate impact* e, soprattutto, delle *affirmative actions* nell'ordinamento che, per primo, li ha sperimentati, sono tutti segnali di allarme che hanno fatto dubitare, oggi più che mai, del modello stesso di tutela antidiscriminatoria. Un modello, come visto, ordinariamente a sostegno di una visione individualistica e *color-blindness* dell'*Equal Protection Clause*, basato sull'individuazione di gruppi e categorie svantaggiati, che risponde a un'esigenza risarcitoria/compensativa di ingiustizie subite nel passato e che configura la discriminazione dal punto di vista soggettivo, dovendosi sempre dimostrare in giudizio l'*animus* discriminatorio di chi adotta l'atto o il comportamento vietato. Cosicché, per esempio, la sentenza resa dalla

Corte Suprema nel caso *Ricci v. De Stefano*²¹⁸ del 2009, in cui è stata ravvisata una discriminazione diretta nei confronti dei ricorrenti di razza bianca, benché paradossale, non ha affatto sorpreso. Il caso nasceva dal rifiuto della città di New York di dare corso ai risultati di un test per la promozione ai ranghi delle carriere direttive nel comparto dei vigili del fuoco, in quanto tra i vincitori non compariva alcun nero. La municipalità, che temeva per questo motivo di essere portata in giudizio dagli esclusi, con l'accusa di discriminazione indiretta, fu però citata proprio dai vincitori, e a titolo di discriminazione diretta. Essi, tra i quali figuravano sia bianchi sia ispanici, sostennero che la città di New York, non dando corso ai risultati del test, li discriminava per motivi razziali. In *Ricci v. De Stefano*, la Corte Suprema, dando ragione ai ricorrenti, ha affermato che il timore di essere citata in giudizio per discriminazione indiretta non è motivo sufficiente a rifiutare di dar corso ai risultati del test; e il complesso della decisione esprime una profonda revisione della dottrina del *disparate impact*. La sentenza sottolinea infatti che, nella misura in cui un'autorità prende in considerazione, in una sua decisione, gli effetti che essa potrebbe avere nei confronti di una categoria (nei confronti di gruppi razziali), quella autorità sta agendo in modo discriminatorio nei confronti delle altre categorie, in quanto assume la razza come motivo di una sua decisione. La Corte, quindi, giunge alla paradossale conclusione che «*resolving even meritorious disparate impact claims results in intentional (reverse) discrimination*»²¹⁹. Questa decisione è la replica, nel campo dell'*Employment Discrimination*, del caso *Parents Involved*, la decisione che dichiarò incostituzionale, perché discriminatorio, un programma '*racial sensitive*' di ammissione

²¹⁸ *Ricci v. De Stefano*, 557 U.S. 557, 2009.

²¹⁹ *Id.*, cit. § 561.

all'istruzione superiore. Insieme ad essa, rappresenta un potente detonatore dell'idea che gli Stati Uniti non possono più permettersi una protezione per gruppi, perché quest'ultima genera divisione nella società e rende le istituzioni inefficienti in quanto risponde a logiche avvertite come non meritocratiche.

È interessante sottolineare, a tal proposito, come la maggior parte della dottrina americana sia concorde nel registrare le insufficienze e i limiti dell'impostazione antidiscriminatoria appena descritta; del problema sono state date tante e diverse letture, delle quali non è tuttavia possibile in questa sede darne debito conto. Si tratta di scuole pensiero e costruzioni teoriche, in alcuni casi, radicalmente agli antipodi, ognuna delle quali presenta vantaggi e svantaggi. Pare opportuno segnalare, però, due diversi 'programmi costituzionali', due diverse prospettive dottrinali che hanno tentato di dare una risposta alla crisi del modello, avanzando proposte teoriche alternative. Da un lato, non possono non segnalarsi le cosiddette 'teorie critiche' e, in particolare, la *Critical Race Theory*²²⁰ e la teoria critica femminista²²¹. Razzismo, sessismo e tutti gli

²²⁰ Per un approfondimento sulla critica al diritto antidiscriminatorio e alla politica delle *affirmative actions* si suggeriscono: C. PATEMAN, *Race and Gender*, in *Cosmopolis*, II, n.1, 2007, pp.143-158, C. MILLS – C. PATEMAN, *Contact and Domination*, Polity Press, New York, 2007, M. GOLDONI, *Costituzionalismo americano e razza. La lezione della Critical Race Theory*, in *Politica del diritto*, n.3, 2007, I. KATZNELSON, *When affirmative action was white: An untold history of racial inequality in Twentieth-Century America*, Norton and Company, New York, 2006, K. THOMAS – G. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005 e D. MILLER – M. WALZER (a cura di), *Pluralism, justice and equality*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

²²¹ Per un approfondimento sulle teorie critiche femministe, sempre in tema di diritto antidiscriminatorio e azioni positive, si rinvia a: A. FACCHI, *Il pensiero femminista sul diritto*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina Editore, Milano, pp. 129-153, C. SMART, *The woman of legal discourse*, in *Social and Legal Studies*, vol.1, 1992, L. NICHOLSON (a cura di), *Feminism/Postmodernism*, Routledge, New York, 1990, M. MINOW, *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell University Press, Ithaca-

altri ‘ismi’ sono stati reinterpretati alla luce dei concetti di potere, ideologia e dominio sociale, sottolineando come proprio la classificazione degli esseri umani in razze, in generi e in tutte le altre categorie sociali sia all’origine del problema discriminatorio. La prima negazione operata dalle teorie critiche è quella che ‘denaturalizza’ i concetti di razza e genere, mettendo in risalto come essi siano costrutti sociali e culturali e come non ci siano, in realtà, ‘razze’ o ‘generi’, bensì meccanismi di ‘razzializzazione’ e ‘sessualizzazione’; ciò riguarda anche il diritto, il quale, infatti, codifica l’individuo ‘in generale’ (l’Uomo o la Donna) e ‘in particolare’ (il Nero, il Minore, il Criminale, la Prostituta, la Madre, l’Omosessuale ecc.). In questo senso, il diritto si configura non solo come uno di quei sistemi produttivi della differenza, ma anche come generatore di soggettività e identità a cui l’individuo viene legato e associato²²². Un siffatto meccanismo di normazione, tuttavia, non può e non deve divenire esso stesso generatore di differenziazioni e gerarchizzazioni nel momento in cui si confronta con la complessità dell’essere umano; i paradigmi mentali e culturali dominanti devono essere decostruiti affinché gli strumenti giuridici possano davvero garantire l’eguale dignità e l’eguale libertà di tutti gli individui. Il principio di eguaglianza, per come si è venuto sviluppando, tutela riaffermando la superiorità del modello di riferimento (‘uguale’ descrive un valore solo in relazione a qualcosa: uguale a chi? uguale a che cosa?): il problema è la norma, lo standard rispetto al quale la differenza viene misurata come scarto, devianza. Si rivela così molto poco efficace a

London, 1990, C.A. MACKINNON, *Feminism unmodified. Discourses on life and law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, *Id.*, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, in *Signs*, 1983.

²²² Cfr., T. PITCH, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004; J. BUTLER, *La disfatta del genere*, Meltemi, Milano, 2006.

comprendere le umane differenze nella sfera sociale in quanto propone loro una omologazione a detto standard. Con una specie di svolta paradossale, il moderno principio di eguaglianza, teorizzato per superare le strutture sociali e i modelli di pensiero che producono discriminazioni, gerarchizzazioni e disuguaglianze, finisce per esserne causa esso stesso. Autori come MacKinnon, Minow, Zanetti evidenziano come il paradigma antidiscriminatorio sembri ancorato al dilemma della differenza²²³, in quanto contraddittoriamente tutela le minoranze²²⁴ (per una qualunque delle categorie protette) ribadendo però nei fatti la loro distanza dalla ‘normalità’: una tutela introdotta attraverso la formulazione di divieti di comportamenti, atti, prassi declinati sulla base di diversi *grounds* di discriminazione e che, pur ponendosi l’obiettivo di tutelarne le specificità, finisce per stigmatizzarli, marcandoli con un segno di disvalore. Secondo Martha Minow, «questo standard è di per sé escludente, quando venga assunto come oggettivo, autoevidente, imparziale, non situato. Esso assolutizza e rende invisibili punti di vista, esperienze, interessi concreti e contemporaneamente esclude ogni altro

²²³ Questa espressione viene introdotta dagli studi di Martha Minow, in particolare, in *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law & Contemporary Problems*, 48, 157, 1985 e *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1990. È stata particolarmente utilizzata anche nell’ambito dei *Feminist Legal Studies*.

²²⁴ Questo termine, particolarmente impiegato a livello comunitario, è qui utilizzato nella consapevolezza della sua imprecisione e della sua nascosta opzione ideologica, in quanto stigmatizza e marca con un segno di disvalore quanti non riconoscono o non posseggono le caratteristiche personali proprie della maggioranza degli individui o, comunque, che, in quanto già incorporate nella norma, sono state implicitamente assunte ‘a standard’; per queste ragioni non sembra rispettoso della dignità individuale. La dottrina italiana, con un’opzione per molti versi simile, fa riferimento alla categoria dei soggetti ‘deboli’, tra gli altri si veda C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

punto di vista, esperienza, interesse»²²⁵. Occorre, allora, decostruire lo standard di riferimento perché altrimenti le differenze verranno sempre e necessariamente riprodotte come inferiorità, patologia, disuguaglianza. «Il diritto», continua Minow, «tende a negare che siamo tutti reciprocamente dipendenti da qualcuno e accentua invece la dipendenza di persone che sono “diverse”, giacché ha come standard di riferimento l’individuo autonomo e competente»²²⁶. Proprio per questo, quando la Corte Suprema ricorda che la Costituzione americana è cieca rispetto al colore, non significa che le sue decisioni vadano nel senso di un’effettiva eguaglianza di trattamento tra i cittadini; anzi il principio della *colorblindness*, quando viene evocato contro le azioni positive finisce per svolgere una funzione che riafferma il dominio razziale bianco²²⁷ o il dominio del genere maschile. Questa interpretazione, infatti, non è situata, non tiene conto della sistemica negazione di diritti, dell’oppressione e dell’inferiorizzazione dei soggetti a cui si rivolge. Non considerare ciò, finisce per confermare le parole di Marx: un diritto che tratta i diseguali in modo eguale è un diritto della disuguaglianza e, pertanto, l’eguaglianza giuridica liberale è un diritto della disuguaglianza. La neutralità liberale, dunque, non riconosce il valore delle differenze e quello del confronto e della interazione tra le differenze, come fattori di arricchimento della società. In questa prospettiva, la risposta alla crisi dell’eguaglianza nella sua declinazione antidiscriminatoria dovrebbe venire dal diritto stesso e dal ripensamento dell’astrattezza del soggetto classico dei diritti e di una tutela

²²⁵ M. MINOW, *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1990, cit., p. 279.

²²⁶ M. MINOW, *Making all the difference*, cit., p. 281.

²²⁷ Cfr., N. GOTANDA, *La nostra costituzione è cieca davanti al colore: una critica*, in K. THOMAS – G. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005.

rigidamente ancorata alla categorizzazione delle differenze, anziché fondata sulla nozione più inclusiva di dignità umana da valutarsi caso per caso e nella concretezza delle diverse situazioni. Solo se fosse intesa in questo modo, l'azione positiva «non violerebbe più l'eguale diritto degli uomini, bianchi, autonomi, eterosessuali e benestanti ma servirebbe a controbilanciare pratiche sociali e istituzionali che privilegiano i loro interessi»²²⁸.

Dall'altro lato, una risposta diversa, questa volta di tipo più politico, viene avanzata in un volume-manifesto, «*The Constitution in 2020*»²²⁹, curato da due autorevoli costituzionalisti progressisti, Jeff Balkin e Reva Siegel, in cui viene rilanciata la carta della storia rappresentandola come grande serbatoio di idee, modelli e prassi cui il presente può e dovrebbe attingere per individuare, evolutivamente, gli strumenti con cui fronteggiare le sfide che ha di fronte. Partendo dall'idea di '*living Constitution*', una costituzione che, per mezzo dell'interpretazione evolutiva, affronta e compone le diverse e sempre nuove realtà della vita moderna, i due autori costruiscono il loro progetto di *Redemptive Constitutionalism*: da un lato, riscoprendo la *Reconstruction Era*, l'epoca successiva alla fine della Guerra Civile che vide il Congresso altamente impegnato nella protezione delle libertà e dei diritti, chiamata ora a testimoniare la possibilità e la legittimità che il Congresso sfrutti il ruolo che il XIV Emendamento gli attribuisce, allorché gli conferisce il «power to enforce, by appropriate legislation» le

²²⁸ C.L. HARRIS – U. NARAYAN, *L'azione affermativa e il mito del trattamento preferenziale*, in K. THOMAS – G. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti*, Op. cit., p. 174.

²²⁹ J.M. BALKIN – R.B. SIEGEL (a cura di), *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

istanze di eguaglianza e tutela dei diritti fondamentali; dall'altro lato, rievocando la grande Corte Warren, la Corte di *Brown v. Board of Education*, dei diritti civili, della lotta alla segregazione. L'auspicio è, dunque, che venga invertita la tendenza della giurisprudenza, diventata caratteristica negli ultimi decenni, di limitare l'estensione dei poteri normativi federali in materia di *Equal Protection*. Quella tendenza che si è tradotta nella lettura restrittiva dei piani di azioni positive messi in atto dalle amministrazioni pubbliche, nella visione strettamente soggettivistica della discriminazione, nella posizione di principio per cui il Congresso possa intervenire solo per dare corso all'interpretazione giurisdizionale della *Section I* del XIV Emendamento, e non anche per darne una sua interpretazione. La dottrina in materia di *Equal Protection*, portata avanti negli ultimi vent'anni dalla Corte Suprema, secondo i due autori, è stata tra le più esplicite attuazioni di un'idea di *judicial supremacy*, con cui la Corte ha rivendicato a sé il ruolo di interprete unico della Costituzione, e restaurato «un'idea di diritto costituzionale come qualcosa di interamente separato dall'ambiente sociale e istituzionale col quale interagisce»²³⁰. Si invoca, in questo modo, una rinnovata centralità dello Stato nel campo dell'eguaglianza e dei diritti civili, vale a dire una rinnovata centralità della politica, il che presuppone anche un'interpretazione costituzionale non concentrata solo su ciò che la Costituzione vieta, ma su quanto essa richieda al legislatore di fare per la propria attuazione. È una prospettiva in cui si palesa anche la convinzione che, pur essendo necessario e auspicabile che la Corte assuma atteggiamenti più aperti e malleabili, non è solo dalla giurisprudenza, ma soprattutto dall'indirizzo politico, che possono

²³⁰ R.C. POST, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution*, in *Harvard Law Review*, n.117, 2003, cit. p.7.

provenire sviluppi importanti in tema di eguaglianza. E questo in nome anche del delinearsi della consapevolezza che l'*Equal Protection*, così come è stata sinora sviluppata, rischia di diventare una strada a fondo cieco, sia per come si è rinsecchita nei suoi avvitamenti formalistici, sia per essersi annodata, nella memoria collettiva, alla odiata protezione di immeritevoli marginali che il sistema 'premia' nonostante che essi non rispettino le regole del gioco.

Il riconoscimento dei diritti civili alle persone omosessuali rappresenta un valido esempio del distacco dal paradigma antidiscriminatorio classico e dell'utilizzo di altri argomenti costituzionali per raggiungere il medesimo fine, ovvero l'eguaglianza. Nella famosa sentenza *Lawrence v. Texas*²³¹ del 2003, la Corte Suprema ha ribaltato il precedente *Bowers*²³², che non aveva ritenuto contrario alla Costituzione punire la sodomia come reato e perseguirla anche se praticata tra adulti consenzienti nell'intimità domestica. La sentenza che ha chiuso l'imbarazzante e doloroso capitolo della criminalizzazione dell'omosessualità negli Stati Uniti, anziché far risaltare l'affermazione di una «*group based equality*» per le persone omosessuali, si è configurata come un «*universal right case about the right of all consenting adults to engage sexual intimacy in the privacy of their own homes*»²³³, grazie a un'argomentazione che si è fondata su un «*liberty standard of inclusiveness rather than on an equality form grounded on difference*»²³⁴, e che, dell'eguaglianza, ha accentuato le componenti di «*tolerance and dignity and responsibility over differences and group*

²³¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003.

²³² *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986.

²³³ *Lawrence*, cit. § 569.

²³⁴ L.C. LEVINE, *Justice Kennedy's 'Gay Agenda': Romer, Lawrence and the Struggle for Marriage Equality*, in *McGeorge Law Review*, n.44, 2013, cit. p.13.

based identity»²³⁵, mentre non ha svolto alcuna esplicita affermazione in ordine allo standard di *review*, cioè al tipo di scrutinio che la Corte ha usato per valutare la legge in questione.

Lawrence si concentra sull'idea che la discriminazione consiste in un'offesa alla dignità e alla libertà della persona. La dignità è un concetto che la Corte Suprema aveva utilizzato fino a quel momento rarissime volte, e che non viene menzionato nella Costituzione americana. È più familiare al diritto europeo. La Costituzione tedesca afferma che la «dignità umana è inviolabile»; quella italiana parla di «pari dignità sociale», o di «diritto dei lavoratori a una esistenza libera e dignitosa», o stabilisce che la libertà di iniziativa economica privata non deve offendere, tra altro, la dignità della persona umana. Il significato giuridico del termine è ancora oggi, ovunque, molto discusso; non c'è condivisione sul fatto se la dignità sia un 'diritto fondamentale', o faccia riferimento al valore della persona umana come tale, venendo utilizzata per sottolineare che certe attività, diritti o situazioni sono particolarmente importanti. La sentenza *Lawrence*, oltre ad avere segnato l'ingresso della nozione di 'dignità' in una giurisprudenza, quella della Corte Suprema, che finora se ne era servita molto raramente, ha smussato anche l'idea che, per aspirare alla protezione antidiscriminatoria, sia necessario che l'interesse di cui si chiede la protezione faccia capo a un gruppo socialmente identificabile per alcune sue caratteristiche naturali o storiche. Il riconoscimento dei diritti degli omosessuali negli Stati Uniti «sta avvenendo in nome non del loro costituire un gruppo sociale, minoritario e svantaggiato, ma in nome del fatto che è proprio col trattarli in modo diverso che la legge li categorizza come gruppo, e,

²³⁵ *Id.*, cit. p.14.

pertanto, li stigmatizza»²³⁶. Non pare errato, quindi, ritenere che il riconoscimento del diritto al libero orientamento sessuale stia venendo sancito «sulle spoglie della tradizionale protezione antidiscriminatoria, e in particolare della sua tendenza a sommare tutela antidiscriminatoria dei gruppi e diritti speciali orientati alla loro protezione positiva»²³⁷: se non si è in presenza di un ‘gruppo storicamente svantaggiato’ non c’è bisogno di ‘compensarlo’ di alcunché. La logica, originaria e costitutiva del diritto antidiscriminatorio americano, che lega la protezione antidiscriminatoria alle ‘*discrete and insular minorities*’ opera anche nella giurisprudenza in materia omosessuale, ma è sviluppata in un modo inverso rispetto al passato, tanto che la Corte non si sofferma più a chiedersi se un certo gruppo esista come tale e se subisca uno svantaggio.

Il risultato è che il riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali allarga la platea di coloro che la legge deve trattare in modo uguale, la cui differenza non deve essere rilevante agli occhi della legge. La giurisprudenza degli ultimi anni in materia di riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso si muove in questa direzione e approfondisce una torsione del diritto antidiscriminatorio che, tra le sue funzioni e finalità, accentua quella di servire a ripristinare l’eguaglianza. Queste decisioni, infatti, lasciano passare l’idea che ogni differenza di trattamento, come tale, sia di per sé stessa un segno di spregio, di stigma, di disvalore, evidenziando nell’atto discriminatorio la componente di offesa alla dignità della persona. La discriminazione, in questo modo, viene collocata nella sfera della subordinazione, dello stigma, del ‘*moral harm*’. Tale giurisprudenza è stata guardata come la dimostrazione che in

²³⁶ *Id.*, cit. p.15.

²³⁷ *Id.*, cit. p.21.

materia di diritti è possibile, forse necessario, abbandonare la costruzione tradizionale del sindacato antidiscriminatorio, basato sulla tutela dell'individuo in quanto membro di un gruppo 'protetto', e seguire nuovi itinerari, nuove strategie di *litigation* in materia di diritti.

Particolarmente promettente è apparso, a diversi studiosi²³⁸, l'ordine argomentativo adottato in *Lawrence*, che consiste nel mettere da parte il problema se il riconoscimento dell'orientamento sessuale sia o meno un diritto fondamentale e nel riformulare la pretesa oggetto della controversia, dal diritto della minoranza omosessuale a esprimere liberamente la propria sessualità, al diritto di ognuno di esercitare liberamente la propria sessualità. Trasformando, così, quella pretesa da una rivendicazione che riguardava un certo gruppo, in una questione che riguarda tutti. L'omosessuale che chiede di non essere perseguito per le espressioni della propria sessualità fa valere, invero, il diritto di tutti e di ciascuno alla propria intimità. Allo stesso modo, la richiesta del matrimonio tra persone dello stesso sesso esprime, invero, il diritto di manifestare il proprio impegno con la persona liberamente scelta, facendo così valere il diritto di ciascuno di governare in modo autonomo la costruzione delle proprie relazioni affettive. «Using liberty to vindicate equality claims»²³⁹ è una strategia, sottolinea, tra gli altri, Yoshino, che ha radici profonde nella giurisprudenza americana. Quest'ultima, infatti, ha scelto più volte di porre in termini di libertà questioni attinenti i diritti fondamentali, quali il diritto di voto, la libertà di matrimonio, o il diritto alla tutela giurisdizionale per gli indigenti, questioni che, così impostate, le hanno evitato di costruire nuove

²³⁸ Così, tra gli altri, L.H. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, in *Harvard Law Review*, 2003 e K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, 124 *Harvard Law Review*, pp. 747 e ss., 2011.

²³⁹ K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, Op. cit., p.748.

‘categorie protette’ offrendo, al tempo stesso, l’adeguata protezione. Il vero problema del paradigma antidiscriminatorio, conclude Yoshino, è il non essere un principio matematico, una formula universale capace di individuare i gruppi che meritano di ricevere protezione giuridica. Si tratta di una fallacia che affligge tutta la giurisprudenza antidiscriminatoria e che è divenuta sempre più invisibile alla maggioranza, tanto da aumentare la conflittualità sociale e la sopraffazione tra gli stessi gruppi minoritari. Occorre allora affermare che, in alternativa all’eguaglianza antidiscriminatoria, è disponibile un paradigma più ampio e più inclusivo e, soprattutto meno politicamente pericoloso e più favorevole in termini di consenso sociale, che va sotto il nome di *dignity*, specialmente quando sia in gioco il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali, proprio come è avvenuto in *Lawrence*.

CAPITOLO III

DAL MODELLO AMERICANO A QUELLO EUROPEO: GLI EFFETTI COLLATERALI DELLA TECNICA ANTIDISCRIMINATORIA

Ci sono molte persone per le quali non è sufficiente che l'ineguaglianza non abbia alcuna motivazione giusta o legittima; esse vogliono inoltre che gli si dimostri quale esplicito vantaggio si otterrebbe con la sua abolizione. A ciò lasciate che risponda che si otterrebbe, in primo luogo, il vantaggio di far sì che il più universale e pervasivo di tutti i valori umani venisse regolato dalla giustizia, anziché dall'ingiustizia.

(JOHN STUART MILL, *L'asservimento delle donne*)

Più una persona differisce dalla «norma», più facilmente sperimenterà discriminazioni multiple, meno otterrà protezione.

(SANDRA FREDMAN, *Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law*)

SEZIONE PRIMA

L'elaborazione di un modello 'europeo' di diritto antidiscriminatorio

1. La contaminazione dei modelli: l'esperienza inglese come ponte di collegamento con il modello antidiscriminatorio americano

Pur nella variegata genesi delle tutele antidiscriminatorie, nella peculiarità degli strumenti legislativi adottati e nella diversità dell'interpretazione e dell'applicazione giurisprudenziale delle clausole non discriminatorie, è possibile individuare, a livello del diritto nazionale e sovranazionale, alcuni caratteri costanti che rendono il loro sviluppo indissolubilmente connesso alla realizzazione dell'eguaglianza, alla salvaguardia delle differenze, alla tutela dei diritti fondamentali, nonché alla garanzia del pluralismo democratico (e, dunque, al problema della legittimazione del potere e della partecipazione politica)²⁴⁰. L'*Anti-discrimination principle* di matrice americana, almeno con riferimento alla cultura giuridica occidentale, ha influenzato profondamente anche il modello antidiscriminatorio europeo (e, di riflesso, quello dei vari ordinamenti nazionali che fanno parte dell'Unione). A partire dalla famosa *footnote four* della sentenza resa dalla Corte Suprema americana nel caso *Carolene Products* del 1938, il principio di non discriminazione è stato impiegato allo scopo di risolvere uno dei problemi strutturali delle

²⁴⁰ M. BARBERA, *Not the same? The judicial role in the new Community anti-discrimination law context*, in Harvard International Law Journal, 2002, pp. 82 ss.

società democratiche, vale a dire l'esclusione dal processo politico, o dai risultati di quel processo, dei gruppi di minoranza segnati dal marchio della differenza: differenza dalla maggioranza razziale o etnica o religiosa, oppure differenza dal genere dominante. È alle corti, e al loro sindacato di controllo rafforzato, che è stato affidato il compito di correggere il malfunzionamento del sistema di rappresentanza politico e di tutelare in tal modo le minoranze e i gruppi sociali svantaggiati. Come abbiamo visto, la tutela antidiscriminatoria si è originata negli Stati Uniti sulla constatazione della segregazione razziale perpetrata nei confronti della popolazione di colore: l'individuazione di categorie sociali 'sospette', la diversificazione dello scrutinio di controllo sulla ragionevolezza delle classificazioni legislative, il ricorso a normative risarcitorie e/o compensatorie per i trattamenti discriminatori sono stati sviluppati con il preciso intento di dare un contenuto al principio di eguaglianza, al fine di offrire uno strumento per far valere la violazione del diritto di ciascuno a non essere sfavorito per il solo fatto di essere ciò che è. I divieti di discriminazione non postulano l'eliminazione di tutte le differenze di trattamento, bensì solo di quelle che determinano un ingiustificato svantaggiato all'individuo soltanto perché appartenente a una minoranza o a un gruppo sociale subordinato. Ed infatti la tutela contro le discriminazioni è stata individuata nella tutela contro la diversità di razza, di etnia, di nazionalità, di sesso, di nascita, di appartenenza religiosa o politica, di età, di orientamento sessuale e via dicendo. L'esperienza americana ha, dunque, generato un paradigma, quello antidiscriminatorio, che si è imposto anche al di fuori dell'ordinamento di nascita e che ha finito per diventare la declinazione prevalente di una concezione di eguaglianza, più formale che sostanziale, volta a neutralizzare le differenze anziché valorizzarle, mirata più a

risarcire le discriminazioni passate piuttosto che a promuovere il riequilibrio delle relazioni di potere tra i gruppi e rimuovere la subordinazione e la stigmatizzazione di quelli oppressi.

La tecnica antidiscriminatoria è stata poi avvalorata in ambito internazionale a partire dalla costituzione dell'ONU e dall'adozione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, dal momento che i divieti di discriminazione sono stati ricostruiti quale protezione accordata al valore intrinseco della persona umana, al principio di eguaglianza e al diritto al riconoscimento della propria identità. Politiche identitarie e tutela antidiscriminatoria sono diventate inestricabilmente connesse e sono entrate a far parte del lessico dei diversi ordinamenti nazionali mediante la ratifica delle numerose convenzioni internazionali che sono state veicolo di questa interconnessione. L'articolo 2, paragrafo 1, della Dichiarazione universale afferma che ciascuno è titolare dei diritti sanciti dalla dichiarazione senza distinzione di alcun tipo, come la razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica, la nazionalità, la proprietà, la nascita o altro *status* o condizione personale e sociale. Si afferma poi solennemente che uno degli scopi delle Nazioni Unite è quello di incoraggiare il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali senza distinzione alcuna. E ancora nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 si stabilisce che tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge, senza alcuna discriminazione. Il divieto di discriminazione, inoltre, viene ribadito anche nelle convenzioni specificatamente rivolte, per esempio, all'eliminazione di ogni discriminazione razziale (1965), alla lotta contro la violenza sulle donne (1979) o alla tutela dei diritti dei minori (1989). La normativa internazionale, tuttavia, solo in parte ha condizionato l'ordinamento europeo che pure è caratterizzato dalla presenza di norme

antidiscriminatorie anche perché, tali divieti, così come enunciati nelle Carte internazionali, si adattano a fatica a un'entità sovranazionale che non ha ancora definito i confini entro i quali una minoranza è soggetta al volere della maggioranza. E si adattano poco anche a fattori di discriminazione legati a caratteristiche identitarie o che tagliano trasversalmente i gruppi (come il genere o l'età). In effetti, come si evincerà dai paragrafi successivi, la ricostruzione del modello europeo di tutela antidiscriminatoria evidenzia il carattere più politico che giuridico delle normative antidiscriminatorie come dimostra la scarsità di studi teorici approfonditi di carattere generale in materia: essendo l'Unione europea un'entità sovranazionale con competenze precise e limitate, il principio di eguaglianza e il principio di non discriminazione sono stati utilizzati come un titolo di legittimazione, specialmente da parte della Corte di Giustizia, risolvendo o attenuando il *deficit* di legittimità e garantendo una sufficiente flessibilità e indeterminatezza nei rapporti fra le strutture del sistema multilivello. Nonostante le similitudini con esperienze di tipo federale, il caso europeo mette di fronte invece a un processo in cui la questione – se l'integrazione di più ordinamenti dia luogo a un sistema dualistico o monistico di esercizio di poteri sovrani e di legittimazione e a chi spetti l'ultima parola in caso di conflitti di norme e poteri – è oggetto di una disputa ancora non sopita all'interno della dottrina costituzionale e comunitaria. Semmai, la gestione del pluralismo normativo e di poteri prodotto dall'integrazione esige la creazione di canali procedimentali che funzionino come strumenti di dialogo fra le alte corti nazionali e la Corte europea. In questo senso, le politiche di eguaglianza e di non discriminazione sono servite a fare *slalom* tra le diverse competenze, a superare le resistenze avanzate da

certi Stati e a costruire un terreno comune di dialogo giudiziale multilivello.

È, dunque, sulla scorta dell'esperienza americana, prima, e internazionale, poi, che viene intrapresa, anche nel contesto europeo, la direzione dell'antidiscriminazione come tecnica di realizzazione del principio di eguaglianza al fine di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Ma, a ben vedere, l'anello di congiunzione tra i due modelli messi a confronto, quello statunitense e quello europeo sviluppato in seno all'ordinamento comunitario, va ricercato nell'esperienza inglese, a più stretto contatto con quella americana per comunanza di lingua e di tradizione giuridica; in effetti, il Regno Unito, già dai primi anni Sessanta, si dota di una legislazione antidiscriminatoria, agendo in qualche modo da filtro tra il diverso linguaggio giuridico di *common law* e di *civil law*. Fino al 1965 il sistema inglese non conosceva alcun divieto esplicito di discriminazione²⁴¹. La svolta si ha, appunto, con l'adozione del *Race Relations Act* che si interessa al problema della discriminazione razziale al fine di favorire l'integrazione delle varie etnie nella società e soprattutto nell'ambito del lavoro. Si introduceva, quindi, la nozione di discriminazione diretta ma si faceva ancora salva la libertà contrattuale, applicandosi la normativa solo al settore pubblico. L'influenza della legislazione antidiscriminatoria americana si fa, però, evidente quando nel 1976 viene riformato il *Race Relations Act*, estendendone l'applicazione anche ai rapporti tra i privati e implementando le nozioni

²⁴¹ C. MCCRUDDEN, *Institutional Discrimination*, in 2 Oxford Journal of Legal Studies 303, 1982, e sempre dello stesso autore, *Racial Discrimination*, in C. MCCRUDDEN – G. CHAMBERS (a cura di), *Individual's rights and the Law in Britain*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

di discriminazione indiretta e di *affirmative action*²⁴². Si manifesta, cioè, la volontà politica di attuare una giustizia anche di tipo redistributivo e si istituisce un'apposita commissione, rafforzandone i poteri di vigilanza e controllo. Parallelamente, in Europa, la giurisprudenza muoveva i primi passi per definire un generale divieto di discriminazione a partire dai particolari divieti in base alla nazionalità e al sesso contenuti nel Trattato istitutivo.

Il punto di partenza, quindi, è rappresentato dal divieto di discriminazione razziale che viene introdotto sia con riferimento all'individuo, sia con riferimento ai gruppi razziali, così da ricomprendere in un'unica espressione 'contenitore' (*racial groups*) anche i motivi di discriminazione legati alla nazionalità, alla cittadinanza e all'etnia, rispondendo in questo modo anche alle pressioni che provenivano dall'ordinamento comunitario. Ciò non ha mancato di creare squilibri all'interno dell'ordinamento, soprattutto con riferimento a quei gruppi etnici minoritari identificati sulla base di altri fattori, quali per esempio il credo religioso: è stata, per esempio, riconosciuta tutela agli ebrei o al gruppo dei Sikh, ma non alla minoranza musulmana²⁴³. Infatti, l'utilizzo di un'espressione tanto ampia quanto ambigua ha imposto alla giurisprudenza inglese di individuare al più presto i parametri per qualificare un gruppo come etnia. In *Mandla v. Lee*²⁴⁴, la House of Lords ha elencato una serie di criteri, quali la comune storia, la comune tradizione culturale, l'origine geografica, la lingua e anche il credo religioso, richiedendone la contemporanea presenza al fine di etichettare un certo gruppo come un'etnia e, dunque, ammetterlo a

²⁴² *Id.*, Op. cit.

²⁴³ Cfr., per esempio, *Tariq v. Young*, n. 247738, 1988, in EOR Discrimination Case Law Digest.

²⁴⁴ *Mandla v. Dowell-Lee*, UKHL7, 1982.

godere della protezione della legge. Ne è pertanto conseguita una giurisprudenza altalenante che ha riconosciuto come etnia talora una certa minoranza e altre volte lo ha escluso, parlando più genericamente di *separate group*²⁴⁵. È evidente che si tratta di una valutazione relativa e non definitiva che, essendo rimessa alla discrezionalità delle corti, risente inevitabilmente dei mutamenti sociali e culturali. È, dunque, al giudice che viene affidato il difficile compito di individuare quale tra i diversi gruppi sociali sia più meritevole di tutela, con il rischio di alimentare la conflittualità tra i diversi gruppi e di marcare politicamente la funzione giuridico-interpretativa del giudice.

Sebbene la normativa antidiscriminatoria britannica si ispiri dichiaratamente a quella dei cugini americani, pare sin dall'inizio privilegiare la lettura in senso oggettivo della nozione di discriminazione, ponendo l'accento non tanto sulla volontà a discriminare di chi pone in essere l'atto o il comportamento (elemento, invece, centrale nell'impostazione americana), quanto piuttosto sugli effetti discriminatori che quell'atto o quel comportamento producono nella pratica. La norma, infatti, specifica che anche la discriminazione diretta deve essere valutata mediante una comparazione tra il trattamento ricevuto dal soggetto che si presume discriminato e il trattamento ricevuto da un terzo soggetto che funge da comparatore, lasciando così intendere che la discriminazione si desuma dall'effetto che quel trattamento produce sul soggetto svantaggiato. È la stessa Corte a precisarlo:

²⁴⁵ Si veda, per esempio, il caso dei Rastafariani che non sono stati riconosciuti come etnia e, dunque, esclusi dalla protezione del *Race Relations Act*. Cfr., *Dawkins v. Department of the Environment*, IRLR 284 CA, 1993.

«There is a discrimination under the statute if there is less favourable treatment on grounds of race or sex, in other words if the relevant girl or girls would have received the same treatment as the boys but for their sex. The intention or motive of the defendant to discriminate, though it may be relevant so far as remedies are concerned [...] is not a necessary condition of liability: it is perfectly possible to envisage cases where the defendant had no such motive, and yet did in fact discriminate on the ground of race or sex»²⁴⁶.

L'approccio inglese alla discriminazione, che è poi lo stesso seguito in Europa, è di tipo oggettivo, laddove si dice che la differenza di trattamento 'fondata sulla razza o sul sesso' non si riferisce necessariamente ed esclusivamente alla motivazione per cui l'autorità pubblica o il soggetto privato hanno agito, ma si riferisce, più in particolare, alla valutazione degli effetti discriminatori che quel comportamento ha sortito nella realtà e che non si sarebbero prodotti se non fosse stato per la razza o per il sesso del soggetto discriminato.

«Cases of direct discrimination can be considered by asking the simple question: would the complainant have received the same treatment from the defendant but for his or her race or sex?»²⁴⁷.

È interessante, peraltro, sottolineare come anche questa lettura in senso più oggettivo della nozione di discriminazione sia stata criticata, similmente a quanti avevano criticato l'eccessiva valorizzazione dell'elemento soggettivo nel sistema americano. Il rischio in questo caso sarebbe quello di rendere troppo labile la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta, nonché quello di allargare in maniera troppo indefinita

²⁴⁶ *R. v. Birmingham City Council ex p. E.O.C.*, IRLR 430, CA, 1988.

²⁴⁷ *James v. Eastleigh Borough Council*, IRLR 208, HL, 1990.

il novero dei comportamenti astrattamente punibili. In effetti, la valutazione del comportamento presuntivamente discriminatorio in base all'effetto, anziché dell'intento, anche nel caso di discriminazione diretta, determina un aggravamento della posizione del convenuto, il quale difficilmente potrà invocare cause di giustificazione del suo comportamento come, per esempio, gli interessi economico-organizzativi dell'impresa o la tendenza ideologica dell'ente lavorativo. Come abbiamo visto, le due nozioni di discriminazione riflettono connotazioni diverse: in particolare, nella discriminazione indiretta si accentua il carattere redistributivo di giustizia e si tende ad andare oltre la formale richiesta di parità di trattamento, indagando invece l'impatto sistemico che un certo atto o comportamento ha sulle dinamiche sociali e di gruppo, sulle gerarchie di potere, sui meccanismi di subordinazione e stigmatizzazione di certe categorie di individui. La maggiore pervasività della discriminazione indiretta si accompagna alla più alta difficoltà di individuazione e alla necessità di mediare tra i diversi interessi, essendo l'inclusione sociale anziché il risarcimento del singolo l'obiettivo principale. D'altro canto, però, accentuare il carattere oggettivo di entrambi i tipi di discriminazione, alleggerendo gli oneri probatori del ricorrente presuntivamente discriminato, consente al giudice una maggiore flessibilità interpretativa dei parametri discriminatori e attribuisce alla tutela antidiscriminatoria una funzione più redistributiva e di inclusione sociale.

Ciò si riverbera anche sull'orientamento assunto dalla giurisprudenza nei casi di vera e propria discriminazione indiretta. A partire dal 1976, infatti, anche la legislazione inglese si dota della nozione di discriminazione indiretta: l'ingresso di tale nozione nel diritto inglese è direttamente collegabile, ancora una volta, all'influenza

esercitata dalla giurisprudenza americana. Non a caso, era di pochi anni prima, il 1971, la decisione resa dalla Corte Suprema americana nel caso *Griggs*, in cui per la prima volta si riconosceva il concetto di *disparate impact* nell'ambito della discriminazione razziale nei luoghi di lavoro. In Gran Bretagna non si riscontrano le resistenze e le contraddizioni che in patria americana hanno fortemente limitato l'uso e l'efficacia della discriminazione indiretta. Anzi, al contrario, si deve segnalare una progressiva apertura da parte delle corti inglesi nel riconoscimento del *disparate impact*, e questo soprattutto grazie all'intervento del diritto comunitario che ha smorzato l'iniziale severità probatoria che imponeva all'attore di dimostrare quale criterio avesse determinato l'effetto discriminatorio e che proprio quel criterio avesse costituito un impedimento assoluto all'assunzione di un provvedimento favorevole al soggetto leso. In seguito alla riforma del 2003, interceduta per dare attuazione alla direttiva comunitaria 2000/43/CE, sono intervenute consistenti modifiche che hanno semplificato l'onere probatorio a carico del ricorrente. Non soltanto: la direttiva comunitaria ha, inoltre, consentito di sganciare da qualsiasi elemento statistico la prova della discriminazione indiretta e di valutare l'impatto discriminatorio non solo se verificatosi in concreto ma anche se solo potenziale²⁴⁸. Tale tendenza era emersa anche nella giurisprudenza delle corti inglesi: per esempio, già nel caso *Meade-Hill v. National Union of Civil and Public Servants*²⁴⁹ del 1995, la Court of Appeal riteneva indirettamente

²⁴⁸ Recita così la direttiva 2000/43/CE, Art. 2, par. 2, lettera b: «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, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

²⁴⁹ *Meade-Hill v. National Union of Civil and Public Servants*, IRLR 478, CA 1995.

discriminatoria la clausola di mobilità imposta da un'impresa per le donne, basandosi non su prove statistiche o sugli effetti concreti di tale clausola, ma su dati di esperienza comune che rilevavano la maggiore difficoltà per le lavoratrici donne di soddisfare un tale requisito di mobilità rispetto ai lavoratori uomini a parità di condizioni. Questa impostazione tendenzialmente sfavorevole ai datori di lavoro è, tuttavia, controbilanciata dalla previsione di clausole di giustificazione della misura potenzialmente discriminatoria piuttosto flessibili, purché le finalità perseguite tramite quelle misure siano legittime e i mezzi impiegati siano proporzionati.

Va detto che la tradizionale impostazione dei giudici britannici in materia antidiscriminatoria è andata, poi, allineandosi agli standard derivanti dall'ordinamento comunitario specialmente dopo la riforma del 2003, quella del 2006 e quella del 2010 (*Equality Act*) che hanno dato attuazione alle direttive di seconda generazione, estendendo le tutele – sino ad allora previste solo per le caratteristiche di razza, etnia, sesso e nazionalità –, anche ad altri fattori sensibili quali la religione, le opinioni personali, l'età o l'orientamento sessuale e ricomprendendo tra gli ambiti protetti anche i settori della produzione e fornitura di servizi, l'istruzione e l'esercizio di pubbliche funzioni. Si è andati, in altre parole, superando l'approccio settoriale alla discriminazione in favore di una visione più generale del fenomeno, ricercando il possibile impatto discriminatorio che una certa norma può produrre a livello sistemico. La protezione antidiscriminatoria viene per così dire intesa trasversalmente (cosiddetto principio di *mainstreaming*²⁵⁰), estrinsecandosi in forme di tutela che

²⁵⁰ Cfr., per esempio, M. VERLOO, *Multiple inequalities, intersectionality and the European Union*, in *European Journal of Women's Studies*, vol. 13, n. 3, 2006, pp. 211-228.

abbracciano tutti gli ambiti di intervento pubblico e che assumono una funzione sempre più preventiva, laddove essa vada ad applicarsi a future scelte politiche in modo da valutare il possibile effetto discriminatorio che l'assunzione di una certa misura potrebbe generare. Una funzione proattiva della tutela antidiscriminatoria che dovrebbe consentire alle autorità pubbliche di identificare i differenti bisogni dei vari gruppi sociali svantaggiati, di considerare quali cambiamenti promozionali è possibile apportare per rispondere a tali bisogni e rendere effettivi questi interventi attraverso politiche di integrazione, di redistribuzione delle risorse, di pareggiamento delle gerarchie.

Il diritto inglese, dunque, apprende la lezione americana, dandone peraltro una lettura parzialmente diversa, più oggettiva e in senso redistributivo, dopodiché la ripete agli altri Paesi europei per il tramite dell'ordinamento comunitario, il quale, a propria volta, assimila e corregge quanto sperimentato dalla *common law* inglese, lo rielabora nel diritto dell'Unione e, infine, impartisce tale lezione a tutti i Paesi membri, Regno Unito compreso. Si può dire che il diritto antidiscriminatorio, nella cultura giuridica occidentale, abbia ormai assunto un ruolo centrale nella lotta contro il razzismo, il sessismo, il fanatismo religioso, il pregiudizio omofobico e via dicendo. E, sebbene i modelli di tutela circolino a più livelli e si influenzino vicendevolmente, i principi giuridici e morali, come l'eguaglianza e la non discriminazione, mantengono un significato proprio, e in parte diverso, in relazione alle storie nazionali, alle varie correnti giuridico-filosofiche e ai peculiari contesti sociali, così come peculiari si mantengono le istituzioni politiche e gli strumenti normativi finalizzati a dare loro attuazione. La comparazione Stati Uniti ed Europa è in questo senso emblematica: da una parte, troviamo le leggi americane sui diritti civili

che sono state elaborate nel contesto della lotta per porre fine alla schiavitù e, più tardi, alle politiche segregazioniste; dall'altra parte, invece, in gran parte d'Europa le leggi di contrasto alla discriminazione hanno rappresentato una risposta a secoli di conflitti culturali e religiosi, un rifiuto alle atrocità anti-semitiche della Seconda Guerra Mondiale, un modo per dare contenuto giuridico al valore dell'eguaglianza. Come risultato, il modello antidiscriminatorio americano tende a concentrarsi sulla parità di accesso al lavoro, ai luoghi di pubblica accoglienza e a fornire le stesse opportunità a tutti gli individui, mentre quello europeo mira all'integrazione sociale, muovendo dal presupposto che la discriminazione nuoce all'economia e alla società nel suo insieme e mina la fiducia e il sostegno verso i fondamentali valori comuni di eguaglianza, di dignità e di democrazia. Dello stretto legame tra modelli di tutela e contesto storico-sociale, ne è un esempio l'esperienza francese, che peraltro rappresenta un caso alquanto singolare anche rispetto agli altri Paesi europei. Dell'eccezione francese sarà sufficiente, qui, metterne in evidenza solo alcuni punti, soffermandosi in particolare sulla concezione soggettiva di discriminazione e sull'approccio incline a una visione risarcitoria che caratterizza la sua legislazione antidiscriminatoria. In Francia, la discriminazione viene perseguita mediante lo strumento penale e, benché numerosi altri Stati dell'Unione europea si siano dotati di una legislazione penale specifica per colpire i comportamenti discriminatori, l'utilizzo di questo strumento giuridico da parte del legislatore francese appare sintomatico dell'approccio teorico al tema della discriminazione, in particolare di quella razziale. L'articolo 225-1 del codice penale afferma, infatti, che costituisce una discriminazione qualsiasi distinzione operata tra due persone per il solo fatto della loro origine, il sesso, lo stato civile, la gravidanza, l'aspetto

fisico, il loro nome, il luogo di residenza, lo stato di salute, la disabilità, le caratteristiche genetiche, la loro morale, l'orientamento sessuale o l'identità di genere, l'età, le opinioni politiche, le attività sindacali, l'appartenenza o non appartenenza, reale o presunta, a un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso. Quindi, mentre negli Stati Uniti i rimedi contro i comportamenti discriminatori sono esclusivamente di tipo civilistico, nell'ordinamento francese predominano i rimedi di tipo penalistico, essendo la discriminazione classificata come un crimine contro la dignità della persona²⁵¹. Tale differenza concettuale va individuata nella diversa storia culturale e giuridica dei due sistemi e nella convinzione, in Francia, che gli atti di discriminazione, special modo di tipo razziale, siano di per sé lesivi dell'ordine pubblico prima ancora che di interessi privati²⁵². A ciò si deve aggiungere l'attrazione esercitata dalla procedura penale, gratuita e inquisitoria. Ma ancora più profondamente, suggerisce per esempio Daniel Borrillo²⁵³, tale impostazione rifletterebbe l'idea tutta francese che il fenomeno discriminatorio sia l'eccezione e non qualcosa di sistemico, di sociale e di 'istituzionale'. È un fenomeno, quindi, che è sempre imputabile alla volontà di qualcuno, il quale merita di essere punito dall'ordinamento.

«The French approach to discrimination relies heavily on the symbolism of criminal punishment, in which the perpetrators have, above all, violated the principle of human dignity. The emphasis put on criminal law is also related to institutional

²⁵¹ Vi è piuttosto un doppio binario sanzionatorio, specie con riferimento alla discriminazione in materia di lavoro per la quale sono previsti rimedi di tipo lavorista che sono preferiti rispetto ai rimedi penalistici.

²⁵² Cfr., G. SCOFFONI, *Uguaglianza costituzionale e antidiscriminazione in Francia*, in T. BONAZZI, M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Il Mulino, Bologna, 1994.

²⁵³ Cfr., D. BORRILLO (a cura di), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, Parigi, 2003.

and procedural factors: the ability of a victim to obtain evidence is facilitated in criminal cases by the inquisitorial powers of the enquiring judge, whereas it may be very narrowly circumscribed in civil cases»²⁵⁴.

L'accento, quindi, viene posto quasi esclusivamente sull'elemento soggettivo della discriminazione, essendo sempre necessario provare l'intento discriminatorio del soggetto agente per fondare la responsabilità giuridica. In particolare, anche il codice del lavoro sembra rimandare a questa dimensione soggettiva della discriminazione allorché richiede di dimostrare che siano stati, in effetti, i fattori della razza, del sesso e via dicendo a costituire il motivo determinante della commissione dell'azione discriminatoria. Viene, altresì, prevista una clausola generale di giustificazione in base alla quale il datore di lavoro può introdurre limitazioni alla libertà dei lavoratori e differenziazioni di trattamento qualora siano motivate dalla tipologia di mansioni da svolgere e proporzionate al fine perseguito dal datore. Ciò vale con riferimento sia alle discriminazioni indirette, sia a quelle dirette. La divergenza con la prospettiva comunitaria è notevole: infatti, diversamente da quanto previsto a livello europeo, i giudici francesi trattano indistintamente queste due ipotesi, applicando uno schema di giudizio pertinente alle sole ipotesi di discriminazioni indirette – che ammettono la possibilità che la diversità di trattamento possa venire giustificata dalla natura delle mansioni da svolgere purché ciò avvenga in misura proporzionata al fine perseguito –, anche alle discriminazioni dirette per le quali, invece, la giustificazione si può avere soltanto nel caso in cui il fattore protetto

²⁵⁴ S. LATRAVERSE, *Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, in European network of legal experts in the non-discrimination field, 2012, consultabile su: <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination>.

costituisca un elemento essenziale e determinante lo svolgimento delle mansioni lavorative. Ciò finisce per sovrapporre le nozioni di discriminazione diretta e indiretta, valorizzando i modelli comportamentali dominanti nella società. Nonostante l'adeguamento alle direttive comunitarie, il legislatore francese ha mantenuto la tradizionale diffidenza nei confronti della discriminazione indiretta, di cui peraltro non viene nemmeno data una definizione legale esplicita.

L'impostazione francese, qui solo accennata, rappresenta un'eccezione nel confronto tra i modelli, americano ed europeo, di tutela antidiscriminatoria: sebbene condivida alcuni aspetti del modello americano, quali per esempio l'accentuazione soggettivistica e individualistica di discriminazione, al tempo stesso se ne distacca fortemente, interpretando la discriminazione come un'offesa all'ordine pubblico e ricorrendo allo strumento penale per contrastarla; sebbene condivida altri aspetti con il modello europeo, quali la previsione del più esteso elenco di caratteristiche protette, la nozione di molestia e, più in generale, l'ampiezza del campo di applicazione, al tempo stesso si distacca anche da quest'ultimo, diffidando della dimensione sostanziale di eguaglianza, valorizzando la componente individuale della tutela e mantenendo un approccio strettamente risarcitorio. Rispetto al modello angloamericano di tutela antidiscriminatoria, quello francese ha avuto certamente meno successo in termini di circolazione, dovendosi piuttosto adeguare allo sviluppo della legislazione antidiscriminatoria comunitaria e all'elaborazione delle nozioni di discriminazione indiretta e di azione positiva rispetto alle quali l'esperienza britannica ha trovato maggiori affinità. Questa peculiarità dell'ordinamento francese va certamente ricercata nella tradizionale ritrosia con cui il legislatore e la giurisprudenza hanno da sempre considerato la dimensione sostanziale

del principio di eguaglianza: nozioni come la discriminazione indiretta, il riferimento ai gruppi sociali svantaggiati, il ricorso alle azioni positive risultano estranee ai valori dell'ordinamento giuridico francese, sia perché appaiono in contrasto con la concezione formale del principio di eguaglianza – in base alla quale la Costituzione garantirebbe il rispetto dell'eguaglianza tra cittadini (e non tra gruppi sociali o categorie della popolazione) –, e che si ritiene a priori soddisfatto dalla universalità e generalità della norma, sia perché il riconoscimento dell'esistenza di 'gruppi sociali discriminati' minerebbe la tradizionale impostazione individualistica della tutela dei diritti. In questo senso, per utilizzare le parole di MacKinnon²⁵⁵, la Francia coltiva una propensione assimilazionista del principio di eguaglianza, in cui il 'diverso' è invitato a fondersi in una realtà sociale già data. Si tratta di una concezione individualistica e formale di eguaglianza che, muovendo dal presupposto che l'uomo è eguale ad ogni altro uomo e degno degli stessi diritti, tende a considerare la società come un corpo omogeneo e a ritenere soddisfatta l'eguaglianza assicurando regole generali e astratte. Ciò spiega la diffidenza francese nei confronti, per esempio, delle azioni positive che, in tale prospettiva, derogano all'eguaglianza formale e conducono a una sorta di riconoscimento ufficiale delle differenze. Il principio di non discriminazione, quindi, si modella come diritto individuale dei soggetti minoritari o socialmente svantaggiati, cosicché il riconoscimento di un diritto alla differenza si riferisce non al riconoscimento del legame tra identità personali e identità del gruppo di riferimento, ma al diritto del singolo individuo alla libera costruzione della propria identità, all'autodeterminazione e al rispetto della propria dignità. La tutela, quindi, non risiede nella valorizzazione delle differenze, che

²⁵⁵ C. MACKINNON, *Reflexions on Sex Equality under the Law*, Op. cit.

tendenzialmente vengono negate, bensì nel divieto di qualsiasi discriminazione inteso come parità di trattamento nel godimento dei diritti garantiti al soggetto-cittadino. Pertanto, non sorprende la difficoltà dell'ordinamento francese, ancor più che del sistema americano, di trovare una legittimazione allo strumento delle azioni positive, se non intendendole come 'discriminazioni giustificate' ovvero come misure a carattere redistributivo, sia volte specificatamente a destinatari particolari (donne, portatori di *handicap*) sia con finalità generali di promozione economico-sociale, indirizzate a soggetti individuati attraverso l'utilizzo di criteri formalmente neutri che si richiamano allo stato di bisogno e alle necessità generali della società nel suo complesso. Intendendole, in altre parole, come deroghe al principio della universalità della legge introdotte in nome di un interesse generale dello Stato.

2. Il modello 'europeo' di tutela antidiscriminatoria: dai singoli divieti di discriminazione all'affermazione di un generale principio antidiscriminatorio nell'ordinamento comunitario

L'eguaglianza ha assunto un ruolo assai rilevante nell'affermare l'essenza del sistema europeo di tutela dei diritti della persona. Certo ciò vale altresì con riguardo agli ordinamenti nazionali, in cui il principio di eguaglianza è immancabilmente parte dell'architettura costituzionale che presidia i diritti fondamentali della persona. È vero, inoltre, anche con riguardo all'ordinamento internazionale, in cui l'eguaglianza di tutti gli essere umani è riconosciuta sia in documenti fondanti come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia nelle declinazioni dei diritti attuate con convenzioni specifiche (si pensi alla parità di genere o alla tutela dei

minori). Tuttavia, all'interno della dimensione giuridica propriamente europea, l'eguaglianza ha acquisito connotazioni che la contraddistinguono rispetto alle evoluzioni e affermazioni che si sono realizzate nei singoli ordinamenti e, certamente, ha giocato un ruolo preminente nel percorso di integrazione europea²⁵⁶. Poiché tale percorso ha avuto diversi protagonisti, essa si è sviluppata in direzioni distinte. La molteplicità di fonti, interpretazioni e ambiti applicativi ha determinato un *corpus* eterogeneo in cui per molto tempo i canali di comunicazione reciproca erano assenti. In particolare, l'approccio teorico e metodologico che ne discende diverge ampiamente da contesto a contesto, sì che ancora oggi si registra l'assenza di una prassi omogenea di ricostruzione delle fattispecie e di analisi delle disparità di trattamento. La mancanza di un vero e proprio legislatore che deve rispondere a una maggioranza elettorale, l'eterogeneità dei contesti sociali e culturali giustapposti, gli interessi economici e politici, talvolta divergenti, dei diversi ordinamenti nazionali – tutti fattori che hanno limitato fortemente l'agire delle istituzioni europee e hanno creato non poche difficoltà al processo di integrazione, specialmente sociale e politica, dell'Unione – rappresentano una parte significativa delle motivazioni per cui la materia antidiscriminatoria ha assunto un peso sempre maggiore tra gli obiettivi dell'ordinamento comunitario. Negli ultimi decenni, infatti, si è

²⁵⁶ Di questo avviso autorevoli studiosi di diritto europeo ai quali si rimanda per un approfondimento, in particolare, M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; *Id.*, *La sfida dell'uguaglianza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2, 2000, pp. 245-269; E. ELLIS, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005; M. BELL, *Antidiscrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 1994, pp. 521-578.

affermato un vero *mainstreaming* legislativo, giurisprudenziale e dottrinale di tutela della non discriminazione, il cui effetto è quello di produrre una progressiva convergenza fra il sistema del Consiglio d'Europa, quello dell'Unione Europea e, per via mediata, dei singoli ordinamenti statali. Tuttavia, mentre negli Stati Uniti il diritto antidiscriminatorio è nato dall'interpretazione della Costituzione ed è strettamente connesso e, giustificato, dalla storia di quel paese, in Europa tutto questo manca: non vi è alcuna Costituzione europea e non vi è una storia comune che giustifichi un tale impegno nell'elaborazione di un modello di tutela che, a ben vedere, si spinge anche oltre le competenze assegnate all'ordinamento comunitario dai trattati. Come visto nel caso del Regno Unito, ma così anche per gli altri Paesi dell'Unione, la necessità di dare applicazione al principio di eguaglianza, di garantire il processo politico democratico, di risolvere i conflitti sociali interni sono strettamente connessi alla peculiare storia sociale, culturale e politica di ciascun Stato nazionale. Ed infatti, a partire dal secondo dopo guerra in poi, non vi è Paese europeo che non sia stato chiamato a confrontarsi con il problema dell'eguaglianza e della tutela delle minoranze e dei gruppi svantaggiati e che non abbia, in qualche modo, dato avvio a una legislazione antidiscriminatoria, se non altro in risposta agli obblighi internazionali prima e comunitari dopo. Nell'ordinamento comunitario, l'affermazione del principio di eguaglianza e lo sviluppo di un modello antidiscriminatorio di tutela sono apparsi più come strumenti politici che non giuridici, e lo dimostra anche la difficoltà della dottrina nel costruire delle solide fondamenta teoriche a tale modello. L'enfasi che viene posta dalle istituzioni comunitarie nello strumento antidiscriminatorio appare allora come un modo per spostare i confini delle competenze (e dunque di potere) fra centro e periferia, trasformandoli in confini mobili, e di

estendere la giurisdizione delle corti chiamate a darvi applicazione. Il fatto che tali sviluppi si situino dopo il tramonto della prospettiva di una Costituzione europea, la cui entrata in vigore avrebbe risolto a priori almeno alcune delle dispute in corso, e dopo l'inserimento nel Trattato di Lisbona e nei protocolli aggiuntivi di clausole che rendono incerto il significato del principio di supremazia e il rapporto fra diritti fondamentali e principi generali dell'ordinamento, può spiegare perché il disaccordo sembri in questo momento la nota di fondo del dibattito comunitario sull'eguaglianza. La stessa incoerenza delle decisioni della Corte può spiegarsi con il fatto che il discorso sull'eguaglianza e la discriminazione interviene in una situazione di ridefinizione dei rapporti fra le strutture del sistema multilivello costituito dall'Unione europea e dagli Stati nazionali. In tale situazione, il principio di eguaglianza e di non discriminazione diventa il mezzo di una negoziazione sulla distribuzione di competenze normative e giurisdizionali fra istituzioni nazionali e sovranazionali, una negoziazione che è tuttora in atto perché manca una cornice costituzionale che integri e garantisca le differenze nel quadro di un sistema unitario²⁵⁷.

Il linguaggio costituzionale dell'eguaglianza, comune a tutte le costituzioni europee del secondo dopo guerra, ha contaminato, anche se in modo non scritto, l'esperienza comunitaria, divenendo una parte fondamentale del suo patrimonio genetico. E proprio come ogni altro dato genetico, il comune principio di eguaglianza ha immesso, sin da subito, nell'ordinamento sovranazionale i difetti congeniti che porta

²⁵⁷ Si vedano, per esempio, G. ITZCOVICH, *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: the Federfarma Case*, in Jean Monnet Working Paper, 2008 e M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007.

dentro sin dall'origine: l'indeterminatezza della nozione, la vaghezza del suo significato, la mancanza di contenuto proprio. Sebbene la Corte di Giustizia abbia precocemente annoverato l'eguaglianza tra i principi generali dell'Unione²⁵⁸, principi derivanti dalla tradizione giuridica comune degli Stati membri, e ne abbia fatto uso come standard di legittimità degli atti comunitari, legislativi e amministrativi, il problema di individuare e definire il significato e la portata applicativa di tale principio si ritrova anche nell'esperienza europea. Come concetto dal contenuto vago e indeterminabile, il principio di eguaglianza si è reso suscettibile, anche nel contesto europeo, di molteplici interpretazioni, numerose possibilità di applicazione e infinite combinazioni con altri principi. La grande incertezza sul significato di eguaglianza e sul suo contenuto ha rappresentato, tuttavia, un vantaggio per le istituzioni comunitarie che, almeno nelle loro fasi iniziali, risultavano quasi del tutto sguarnite di una base normativa su cui fondare la loro azione in materia di tutela dei diritti di eguaglianza. Come è noto, infatti, nei Trattati istitutivi non esisteva una espressa enunciazione del principio di eguaglianza ma solo un riferimento al divieto di discriminazione, il quale, peraltro, non formulato in termini generali, ma relativo al solo fattore della nazionalità in quanto necessario alla libera circolazione nel mercato comune²⁵⁹. Inoltre, tale divieto non costituiva una clausola autonoma generatrice di diritti ma rinviava ad altre disposizioni sulla

²⁵⁸ Si vedano, in tal senso, sentenza del 12 Novembre 1969, causa C-29/69, *Stauder*; sentenza 17 Dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; sentenze del 19 Ottobre 1977, cause C-117/76 e C-16/77, *Ruckdeschel and others*; cause C-124/76 e C- 20/77, *SA Moulins Pont à Mousson and Others*.

²⁵⁹ «Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, può stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni». Articolo 12, TCE.

libertà di movimento dei lavoratori, sulla libertà di stabilimento, sulla libera prestazione di servizi e, dunque, era strettamente connesso alle esigenze di funzionamento del mercato. Così, anche la disposizione relativa alla parità di trattamento tra uomo e donna era, inizialmente, riferita soltanto alla retribuzione e, quindi, ancora una volta legata a ragioni economiche piuttosto che a una più ampia eguaglianza di genere²⁶⁰. È certamente merito della Corte il parziale cambio di prospettiva in materia di tutela dei diritti fondamentali, mediante il riconoscimento tra i principi generali della comunità, prima, dell'eguaglianza di fronte alla legge, incarnata nella massima aristotelica del trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso, e successivamente di un generale diritto alla non discriminazione come manifestazione del più ampio programma egualitario. Si è trattato, dunque, di un approccio frammentato che pone il dubbio che all'interno della tutela comunitaria vi sia una gerarchia fra le caratteristiche protette, non fosse altro per la differente tutela accordata loro dalle stesse norme europee e per una giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che non fa chiarezza sullo stato privilegiato o meno che sarebbe da riconoscere ad alcune caratteristiche rispetto ad altre. In effetti, l'ordinamento comunitario sconta il fatto che il principio di eguaglianza si è per primo manifestato tramite l'obbligo in capo agli Stati di garantire la parità di trattamento, prima limitata al genere, poi estesa ad altri fattori tra cui l'origine etnica, la disabilità, la religione e le convinzioni personali, l'età, l'orientamento sessuale.

Certamente, l'introduzione della cittadinanza europea e la sua qualificazione come *status* fondamentale, come per ultimo ricordato

²⁶⁰ Cfr., tra gli altri, M. BELL, *Antidiscrimination Law and the European Union*, Op. cit.

nella sentenza *Grzelczyk*²⁶¹ del 2001, hanno aperto la possibilità di applicare il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità a situazioni non necessariamente connesse alla libera circolazione nel mercato comune. Ha cominciato, cioè, a prendere forma una componente sociale del divieto di discriminazione, che è andata affiancandosi a quella specificatamente mercantile; analogamente, anche in materia di parità retributiva tra uomini e donne, è venuta delineandosi una duplice anima, economica e sociale, del principio di parità di opportunità e di trattamento, che ha innalzato l'eliminazione delle ineguaglianze tra i sessi a uno degli obiettivi trasversali di tutte le politiche comunitarie²⁶². Il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità e per motivi di sesso costituiscono, non a caso, gli assi portanti del nascente diritto antidiscriminatorio europeo, nel quale sono confluiti elementi derivanti dagli ordinamenti nazionali e internazionale²⁶³. Da rilevare come nel quadro europeo, il principio di eguaglianza, un concetto «in movimento»²⁶⁴ che muta in relazione tanto a colui che osserva, quanto a colui che è osservato in base al contesto e al momento storico, abbia trovato «espresso riconoscimento solo al fine di rendere operative le libertà economiche previste e, dunque, in funzione degli obiettivi di integrazione, e non invece come principio e/o diritto fondamentale»²⁶⁵. È solo in un secondo momento, mediante il riconoscimento della tutela giurisdizionale dei diritti da parte della Corte di Giustizia, sia in riferimento agli atti delle istituzioni europee che ai provvedimenti

²⁶¹ Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*.

²⁶² Così affermato agli articoli 2 e 3 del Trattato istitutivo.

²⁶³ Cfr., fra i molti, M. BELL – L. WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003.

²⁶⁴ Così, P. WESTEN, *Speaking of Equality*, Op. cit.

²⁶⁵ G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1999, cit. p.3.

nazionali assunti per dare seguito agli obblighi comunitari, passando per la celebre massima del caso *Defrenne* in cui si afferma chiaramente che «i diritti fondamentali della persona umana fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte deve garantire l'osservanza»²⁶⁶, che il principio antidiscriminatorio viene elevato al rango di diritto fondamentale. Oggi, infatti, appare pacifica l'esistenza di un siffatto principio all'interno dell'Unione²⁶⁷, fondato in origine su due presupposti, quello rappresentato dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati²⁶⁸ e l'altro costituito dalle Carte dei diritti fondamentali di cui sono parte anche gli Stati membri dell'Unione, con una particolare attenzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁶⁹ e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, divenuta giuridicamente vincolante con il Trattato di Lisbona. Per il suo sviluppo è stata fondamentale l'opera della giurisprudenza comunitaria che se ne è servita, a propria volta, tanto a scopi interpretativi che integrativi della normativa. I principi generali dell'ordinamento europeo, infatti, sono

²⁶⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 15 giugno 1978, causa C-149/77, *Defrenne*.

²⁶⁷ In questo senso, si vedano, fra i molti, C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008; C. BARNARD, *The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?*, in *Cambridge Law Journal*, 1998, pp. 352 ss.; A. ADINOLFI, *I principi generali della giurisprudenza comunitaria*, Op. cit.

²⁶⁸ Da ultime, in tal senso, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 7 luglio 2009, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*.

²⁶⁹ L'articolo 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, l'articolo 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e l'articolo 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici sanciscono il principio di eguaglianza e il divieto di disparità di trattamento in relazione al godimento dei singoli diritti in essi enunciati, così come l'art.1.3 della Carta delle Nazioni Unite, che mette tra le finalità dell'Organizzazione la promozione e l'incoraggiamento del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, senza distinzioni di razza, sesso, lingua o religione. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo soltanto di recente ha accolto nella sua interezza il principio di non discriminazione, in virtù dell'entrata in vigore (il 1° giugno 2010) del Protocollo n. 12; ai sensi della sua versione originaria, infatti, il principio era giustiziabile soltanto in collegamento con la violazione di altro diritti o libertà garantiti dalla Convenzione stessa.

stati utilizzati per colmare delle lacune presenti nel diritto²⁷⁰; come strumento di interpretazione per chiarire la portata della legislazione²⁷¹; e, infine, anche come parametro di legalità degli atti di diritto derivato²⁷². È, quindi, alla luce di questo contesto così complesso e dinamico che si collocano i principi di eguaglianza e di non discriminazione, dei quali occorre qui valutare la portata nel circoscritto ambito della politica sociale europea, al fine di coglierne gli sviluppi attuali.

Ai fini dell'analisi critica del paradigma antidiscriminatorio che ci siamo proposti di svolgere sin dall'inizio di questa ricerca, appare necessario inquadrare, seppur succintamente, anche lo sviluppo del modello antidiscriminatorio europeo, almeno nelle sue tappe più significative, così da poter avere una panoramica su tutte le declinazioni del fenomeno antidiscriminatorio. Ciò impone di ricostruire il passaggio dagli specifici divieti di discriminazioni *'market oriented'* all'affermarsi di un generale modello antidiscriminatorio come estrinsecazione del comune principio di eguaglianza, a seguito di quella che è stata efficacemente definita la nuova *'età dell'oro'* della legislazione antidiscriminatoria, inaugurata con l'inserimento dell'articolo 13 del Trattato di Amsterdam: esso travalica, per la prima volta, i limiti delle previsioni precedenti ricomprendendo tra i fattori possibili di discriminazione la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, l'identità di genere e l'orientamento sessuale. Si è assistito a un progressivo ampliamento dell'operatività del divieto di

²⁷⁰ Si ricordino a tal proposito le famose sentenze del 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*; del 13 dicembre 1979, causa C- 44/79, *Hauer*; del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*.

²⁷¹ Così, per esempio, Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P*.

²⁷² Così, per esempio, Corte di Giustizia, sentenza del 10 marzo 1998, causa C-122/95, *Germania C. Consiglio*.

discriminazione per nazionalità (articolo 12 TCE) e per sesso (articolo 141 TCE). Nel primo caso, l'aumento delle competenze dell'Unione, assieme alla loro interpretazione estensiva, ha determinato l'applicazione dell'articolo 12 TCE anche a settori non connessi con il mercato interno, sebbene con una certa ritrosia ad ammetterne l'applicazione generalizzata al di là dei movimenti intracomunitari. In effetti, con la cittadinanza europea, il diritto di ingresso e di soggiorno è stato attribuito anche a categorie economicamente non attive, come gli studenti, ed è stato tracciato un percorso di progressivo riconoscimento dei diritti. Così, per esempio, nel caso *Grzelczyk*, riguardante uno studente francese residente in Belgio, al quale era stato revocato un sussidio economico riconosciuto ai cittadini belgi privi delle risorse minime sufficienti, la Corte di Giustizia ritenne che si trattasse di una discriminazione fondata sulla nazionalità, il cui ambito di applicazione doveva essere letto in combinazione con le altre disposizioni del Trattato.

«Lo status di cittadino è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi si trovi nella situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico [...]. Pertanto, il fatto che un cittadino dell'Unione compia studi universitari in uno Stato membro diverso dal proprio non può di per sé privarlo della possibilità di avvalersi del divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza sancito dall'articolo 12 del Trattato»²⁷³.

La cittadinanza europea, quindi, implica una comunanza di diritti e di obblighi che unisce i cittadini dell'Unione da un vincolo comune che trascende la cittadinanza dello Stato membro e richiede la parificazione

²⁷³ Sentenza *Grzelczyk*, cit. §§ 31 e 36.

di trattamento nel senso dell'estensione della normativa più favorevole, valorizzando sistematicamente i diritti di libera circolazione e soggiorno conferiti dal Trattato agli individui in quanto proprio cittadini europei. Così anche i cittadini di paesi terzi sono stati, talvolta, riconosciuti beneficiari di questa estensione positiva dell'articolo 12, allorché il legame familiare li renda parte della sfera dei diritti del cittadino europeo, dal quale restano dipendenti²⁷⁴. E, ad ogni modo, i cosiddetti *core human rights* devono essere riconosciuti a tutti, cittadini e non cittadini nello stesso modo, senza discriminazione.

Anche con riferimento alla parità di trattamento retributivo tra uomo e donna, la Corte di Giustizia ha progressivamente ampliato la sfera di azione dell'articolo 141 TCE, riconoscendogli efficacia diretta, verticale e orizzontale, e vincolando tanto l'autorità pubblica quanto l'autonomia privata e collettiva. Si giunge, infine, ad affermare che, oltre a rappresentare un principio fondamentale dell'Unione, la parità di retribuzione costituisce un diritto umano fondamentale²⁷⁵. Anche in questo caso, lo specifico divieto di discriminazione è stato interpretato estensivamente, facendo rientrare nel concetto di remunerazione qualsiasi tipo di vantaggio riconosciuto ai lavoratori e giungendo ad applicarsi a tutte le fasi del rapporto di lavoro (dall'accesso al mondo lavorativo, alle condizioni di lavoro e sicurezza, dai lavoratori dipendenti a quelli indipendenti, sino agli agricoltori). Cosicché, a seguito del potenziamento dei poteri attivi delle istituzioni comunitarie in materia di pari opportunità e di parità di trattamento tra uomini e donne dopo le

²⁷⁴ Si vedano, per esempio, i casi *Mary Carpenter and Secretary of State for the Home Department*, C-60/00, 2002; *MRAX*, C-459/99, 2002; *Akrich*, C-109/01, 2003 e *Commissione v. Spagna*, C-503/03, 2006.

²⁷⁵ Così, in particolare, Corte di Giustizia, sentenza del 15 giugno 1978, *Defrenne II*, causa 149/77.

modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam del 1997, si sono moltiplicati gli atti normativi, i programmi d'azione e i documenti politici non vincolanti che hanno accentuato la vocazione extraeconomica dell'articolo 141 TCE. A partire dalla nozione di sesso, la Corte ha inteso precisare sin da subito un'interpretazione neutrale della clausola discriminatoria, potendosi applicare indistintamente a discriminazioni subite sia dal sesso femminile che dal sesso maschile e potendosi ricomprendere anche la condizione della persona transessuale, dopo l'avvenuto cambio chirurgico di sesso. Quest'ultima precisazione non è d'altronde così scontata: nel caso *P.v.C.*²⁷⁶ del 1996, riguardante il licenziamento di un lavoratore transessuale che si era già sottoposto al trattamento chirurgico di riassegnazione del sesso, la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare, da un lato, che il principio di eguaglianza è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario di cui la Corte deve garantire l'osservanza e, dall'altro, che il divieto di discriminazione in base al sesso, tenuto conto della natura dei diritti che mira a proteggere, può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine nel mutamento di sesso del ricorrente.

È interessante sottolineare, sin da ora, uno dei grossi limiti della tecnica antidiscriminatoria, che accomuna sia il modello europeo che

²⁷⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P.v.C.*; così anche nella sentenza *K.B.* del 2004 (causa C-117/01), la Corte ha confermato il medesimo ragionamento. Questo secondo caso riguardava il diniego della pensione di reversibilità a una coppia non sposata perché uno dei due era transessuale e il diritto inglese, all'epoca dei fatti, vietava il matrimonio con una persona transessuale. Si veniva a creare una disparità di trattamento concernente la capacità di contrarre matrimonio che determinava il paradosso che una persona transessuale non potesse sposarsi con una persona di sesso diverso (ma uguale a quello suo biologico) e invece potesse farlo con una persona dello stesso sesso (perché diverso da quello suo biologico). La Corte di Giustizia, richiamandosi anche al famoso caso della Corte europea per i diritti dell'uomo, *C. Goodwin v. Regno Unito* del 2004, qualifica come discriminatoria sulla base del sesso la legge matrimoniale inglese e quindi incompatibile con l'articolo 141 TCE.

quello americano e che è geneticamente inscritto nella sua natura classificatoria: il diritto antidiscriminatorio persegue il valore di eguaglianza mediante l'enumerazione di clausole che pongono un vincolo generale a non differenziare a motivo di fattori vietati – generalmente sesso, razza, nazionalità, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali e, più recentemente, identità di genere, orientamento sessuale, *handicap*, età – e dalle quali discendono presunzioni relative d'illegittimità costituzionale per i trattamenti normativi differenziati fondati proprio su tali fattori. E qui sta il dilemma. Il limite della logica antidiscriminatoria è proprio il suo fondarsi sulla classificazione delle differenze degli individui. È evidente che non è materialmente possibile moltiplicare i *grounds* di protezione all'infinito, senza determinare un corto circuito nella necessaria razionalizzazione dei divieti di discriminazione. Condizioni umane quali il transgenderismo, l'intersessualità, la bisessualità ma anche l'interrazialità fanno emergere, il già menzionato, «dilemma della differenza»²⁷⁷, differenza che viene perpetrata e stigmatizzata sia ignorandola, sia nominandola, pure se a fini di tutela. La condizione di bisessualità, per esempio, viene ignorata sia dalla prospettiva eterosessuale (posto che si presume un'attrazione verso individui di sesso opposto), sia da quella omosessuale (che presuppone l'esclusiva e immutabile condizione di omosessualità quale unica alternativa a quella di eterosessualità). Ciò determina un vuoto giuridico: quali prospettive di tutela ipotizzare per le persone bisessuali, che differenti nella differenza, non rientrano nel dualismo eterosessuale – omosessuale? Questa è una

²⁷⁷ Cfr., M. MINOW, *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1990; *id.*, *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law & Contemporary Problems*, 48, 157, 1985.

domanda a cui il diritto antidiscriminatorio allo stato attuale non è capace di rispondere. Analogo ragionamento può essere svolto per altre ‘condizioni di mezzo’, quali il transgenderismo²⁷⁸ (rispetto all’identità di genere) o l’intersessualità²⁷⁹ (rispetto al sesso biologico). Infatti, come tutelare, e in base a quali modalità, una persona affetta da un disturbo della differenziazione sessuale, che decide di vivere liberamente e consapevolmente la propria condizione di intersessuale (in virtù del suo diritto di autodeterminazione) e che giocoforza resta esclusa dal rigido dimorfismo sessuale (maschile/femminile) su cui si fonda la cultura occidentale? Un ordinamento che impone con nettezza il binarismo sessuale rende di fatto giuridicamente ‘intrattabili’ le persone intersessuali e transgender. Ciò a causa del modello culturale dominante eteronormativo che impone che gli uomini debbano desiderare le donne e viceversa. Ne consegue allora che è fondamentale che non esistano ambiguità nello stabilire chi è uomo e chi è donna. E affinché non ci siano ambiguità, la norma stabilisce che a decidere siano i genitali: naturali o chirurgicamente ricostruiti. Dunque, la formulazione di ‘categorie sensibili’, elaborate per proteggere persone portatrici di specifiche caratteristiche personali e, per questo motivo, potenzialmente soggette a discriminazioni, non può certamente essere considerata come

²⁷⁸ Le persone transgender sono persone che sperimentano e vivono, fin dalla primissima infanzia, una non coincidenza tra il proprio sesso biologico e la propria identità di genere. Esse, in genere, trovano il proprio equilibrio fisico e interiore in una qualsiasi posizione intermedia tra i generi tradizionali (maschile e femminile), senza però giungere ad un intervento chirurgico di cambiamento del sesso. Per questo motivo diventa problematico ricondurre tali persone ad uno dei generi predefiniti, in quanto sostanzialmente non sono né l’uno, né l’altro.

²⁷⁹ Le persone intersessuali sono persone i cui cromosomi sessuali, i genitali e/o i caratteri sessuali secondari non sono definibili esclusivamente come maschili o femminili. Pertanto tali persone possono presentare caratteristiche anatomiche e fisiologiche sia maschili che femminili. Per questi motivi diventa problematico ricondurre tali persone ad uno dei sessi biologici predefiniti, in quanto sostanzialmente non sono né l’uno, né l’altro.

un elemento di valorizzazione delle diversità proprie dei destinatari delle tutele. È questo un limite che si ripercuote anche sull'effettività della tutela giurisdizionale: per esempio, la Corte di Lussemburgo ha costantemente negato l'estensione della tutela dalle discriminazioni sulla base del sesso a quelle derivanti dall'orientamento sessuale²⁸⁰, chiedendo piuttosto la codificazione di uno specifico fattore di discriminazione. Nel caso *Grant v. South-West Trains Ltd.*²⁸¹ del 1998, la Corte si è trovata imbrigliata proprio nelle rigide classificazioni antidiscriminatorie, dovendo negare che si potesse applicare il divieto di discriminazione per ragioni di sesso alle persone omosessuali²⁸², essendo l'orientamento sessuale una categoria diversa e, pertanto, non comparabile.

La Corte di Giustizia ha svolto un ruolo preponderante nell'estensione del divieto di discriminazione anche in base al sesso, riconoscendo, come visto, un effetto diretto orizzontale dell'articolo 141 TCE, derivante dalla necessità di garantire sia l'effetto utile delle norme ad esso connesse, sia l'uniformità di applicazione del diritto comunitario. Pertanto, laddove le norme del Trattato siano espresse in modo generale, esse risulteranno applicabili sia agli atti delle autorità pubbliche sia a quelli di privati. Ciò ha significato l'estensione del paradigma antidiscriminatorio anche alle fonti di autonomia privata e ciò è avvenuto

²⁸⁰ Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant*, in *Racc.*, I-621; sentenze 31 maggio 2001 (cause riunite n. C-122/99 P e n. C-125/99 P) nel caso *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, in *Racc.*, I-2885. Sulle motivazioni di tale posizione, si veda O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2005.

²⁸¹ Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant v. South-West Trains Ltd.*

²⁸² La Corte respinse tutti gli argomenti che volevano la sig.ra Grant discriminata in ragione del sesso: in quell'occasione, la Corte sostenne, infatti, che il termine di comparazione corretto della sig.ra Grant non fosse 'un uomo con una partner donna', ma 'un uomo con un partner del medesimo sesso'. E in una situazione del genere il lavoratore uomo, con un partner dello stesso sesso, avrebbe sicuramente ricevuto lo stesso trattamento della sig.ra Grant e della sua compagna.

molto più agilmente di quanto non sia successo negli Stati Uniti, dove le Corti hanno mostrato sempre una forte riluttanza a interferire con la libertà economica e contrattuale dei privati.

«In quanto enunciati delle libertà fondamentali e costituendo una specifica applicazione del divieto generale di discriminazione, contenuto negli articoli 12 e 141 TCE, [...] essi mirano a garantire [...] un trattamento non discriminatorio nel mercato del lavoro. Si deve quindi considerare che i divieti della discriminazione in base alla cittadinanza e al sesso abbiano tenore generale e si applichino anche ai rapporti giuridici tra privati, in quanto individuano dei valori fondamentali dell'ordinamento comunitario, valori che acquisiscono tale status fondamentale in virtù della duplice valenza, economica e sociale»²⁸³.

L'aver affermato che i divieti di discriminazione, originariamente previsti dal Trattato, sono dotati di efficacia diretta ha dato un impulso decisivo alla nascita di un modello europeo di diritto antidiscriminatorio. Infatti, la Corte ha applicato tali divieti elaborando un vero e proprio giudizio sulla discriminazione che prescinde dai singoli motivi che di volta in volta fondano la presunta violazione e che assume carattere generale, indipendentemente da una specifica normativa derivata. Tale giudizio si articola in tre fasi logicamente successive: la prima concernente la valutazione sulla comparabilità delle fattispecie; la seconda volta a verificare l'esistenza di un effettivo svantaggio determinato proprio dall'atto o dal comportamento segnalato; infine, la terza, finalizzata a escludere l'esistenza di una causa di giustificazione che altrimenti farebbe salvi quell'atto o quel comportamento. È necessario che tutte e tre le fasi abbiano esito positivo affinché la Corte

²⁸³ Corte di Giustizia, sentenza del 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Roman Angonese e Cassa di Risparmio di Bolzano Spa*, cit. § 36.

riconosca l'esistenza di una discriminazione illegittima. Appare evidente come la prima fase di tale giudizio discenda direttamente dalla concezione aristotelica di eguaglianza, secondo la quale l'eguaglianza deve essere intesa come trattamento eguale di situazioni uguali e trattamento diseguale per situazioni disuguali. Le fattispecie, quindi, alle quali viene applicato un diverso trattamento, devono anzitutto essere comparabili e giudicate simili. A quel punto deve essere poi individuato lo svantaggio e la causa di tale trattamento più sfavorevole. Bisogna segnalare, in particolare, l'impostazione 'oggettivistica' della giurisprudenza europea in materia di accertamento della discriminazione: rispetto al modello americano, riluttante nel riconoscere il solo effetto discriminatorio di atti o pratiche apparentemente neutrali, essendo improntato sulla dimostrazione da parte del ricorrente dell'intento discriminatorio del soggetto discriminante, la Corte di Lussemburgo non ha mai avuto difficoltà nel prestare protezione sia contro le discriminazioni dirette che contro le discriminazioni indirette. Per esempio, nel caso *Allué & Coonan*²⁸⁴ del 1989, la Corte ha ritenuto che la normativa italiana che limitava la durata dei contratti dei lettori di lingua straniera nelle università statali costituissero una discriminazione indiretta fondata sulla cittadinanza. Per raggiungere una tale conclusione, i giudici non hanno avuto problemi ad utilizzare dati statistici che provavano come soltanto il 25% dei lettori di lingua straniera avesse nazionalità italiana. Ma non solo: la Corte ha semplificato ulteriormente l'onere probatorio, sostenendo che può essere sufficiente anche solo dimostrare che vi sia il rischio che una misura sia più sfavorevole per

²⁸⁴ Corte di Giustizia, sentenza del 30 maggio 1989, causa C-33/88, *Allué & Coonan*.

determinato gruppo, in questo caso quello dei lavoratori migranti²⁸⁵. Infine, per quanto riguarda le giustificazioni che possono far ritenere ragionevole la differenziazione di trattamento in situazioni simili, la Corte ha chiarito che, qualora si tratti di discriminazioni dirette, sono ammissibili solo le giustificazioni previste espressamente dal Trattato o dalla normativa derivata mentre, qualora si tratti di discriminazioni indirette, oltre alle deroghe espresse, lo Stato o il privato possono dimostrare che la misura contestata sia fondata su considerazioni oggettive e razionali, indipendenti dal fattore protetto, e proporzionate allo scopo perseguito. Viene, quindi, valutata anche la proporzionalità della misura contestata, valutando cioè se lo svantaggio arrecato a quel determinato gruppo non avrebbe potuto essere evitato (o alleggerito) attraverso una misura alternativa²⁸⁶.

L'impostazione comunitaria al tema dell'eguaglianza, già dall'analisi dei primi momenti dello sviluppo del modello antidiscriminatorio di tutela dei diritti fondamentali, assume caratteristiche peculiari e, comunque, si articola in maniera alquanto differente rispetto ai tradizionali approcci costituzionali che si registrano negli Stati membri e, tra questi, anche in Italia. Qui, per esempio, il giudizio di eguaglianza operato dal giudice costituzionale si è espresso per lo più in un controllo volto a verificare la ragionevolezza, in relazione ai principi dell'ordinamento, delle disposizioni di legge che introducevano differenziazioni o uniformazioni 'sospette'²⁸⁷. In ambito

²⁸⁵ Si vedano in tal senso le sentenze del 23 maggio 1996, causa C-273/94, *O'Flynn* e del 12 settembre 1996, causa C-278/94, *Commissione v. Belgio*.

²⁸⁶ Corte di Giustizia, sentenze del 20 febbraio 1973, causa C-39/73, *Rewe-Zentral*; del 17 giugno 1981, causa C-113/80, *Commissione v. Irlanda* e del 16 gennaio 2003, causa C-14/00, *Commissione v. Repubblica Italiana*.

²⁸⁷ Cfr., fra i molti, F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Politica del*

comunitario, invece, il sindacato di eguaglianza è andato concretizzandosi intorno alla verifica che gli atti normativi non contrastino con gli specifici divieti di discriminazione. Il principio di eguaglianza, quindi, non viene qui inteso come canone che presiede l'attività del legislatore, ma come vero e proprio diritto soggettivo a non essere discriminati. Ciò incide, ovviamente, sul modo in cui si articola il relativo sindacato di legittimità di un atto: allorché inteso come criterio di coerenza e di ragionevolezza dell'operato del legislatore, il giudizio di eguaglianza si articola in due distinte fasi, la prima volta a stabilire la similitudine o meno tra le fattispecie prese in considerazione dall'atto della cui legittimità si dubita in relazione con un'altra disciplina normativa che funge da *tertium comparationis* e la seconda volta a stabilire se la differenziazione o uniformazione di trattamento sia congrua rispetto alla diversità tra le fattispecie considerate; qualora sia inteso, invece, come diritto soggettivo a non essere discriminati, il giudizio di eguaglianza si articola nelle tre fasi descritte pocanzi e si traduce nella constatazione di una ingiustificata disparità di trattamento avvenuta ai danni di una di quelle caratteristiche protette nominate dal Trattato o dalla normativa derivata. Osserva, così, Marzia Barbera:

«La valutazione che [il giudizio di discriminazione] comporta delle situazioni attive e passive regolate si situa fuori dalla struttura tradizionale del giudizio di ragionevolezza. Il parametro di verifica della liceità della condotta dell'autorità pubblica o dell'ente privato è infatti non di tipo formale, ma sostanziale: la

diritto, 2001, F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, T. TRIDIMAS, *The application of the principle of equality to Community measures*, e G. DE BÛRCA, *The role of equality in European Community law*, entrambi in A. DASHWOOD – S. O'LEARY (a cura di), *The principle of equal treatment in European Community law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1997.

violazione della norma consegue non ad una condotta irragionevolmente differenziatrice, ma ad una disparità di trattamento che arreca pregiudizio ai soggetti protetti in ragione delle caratteristiche personali protette»²⁸⁸.

Riconoscere ciò, tuttavia, non significa escludere che anche la Corte di Lussemburgo, quando chiamata a valutare l'eventuale incompatibilità delle legislazioni nazionali rispetto ai divieti di discriminazione comunitari, non si ispiri nelle sue valutazioni a un criterio di ragionevolezza che può essere usato come canone di un giudizio autonomo e concorrente²⁸⁹ nella valutazione della rispondenza dell'azione statale agli obiettivi dell'Unione, senza tuttavia assurgere a criterio generale e sistemico dell'ordinamento comunitario.

Ciò che importa evidenziare è che sia il legislatore comunitario, sia la Corte di Giustizia abbiano progressivamente interpretato e dato attuazione al principio di eguaglianza mediante le singole manifestazioni del paradigma antidiscriminatorio, declinandole come veri e propri diritti fondamentali spettanti all'individuo in quanto cittadino europeo, con ciò contribuendo a rafforzare il significato della nozione di cittadinanza europea e facendo intuire che scopo ultimo dell'Unione è l'integrazione, non più limitatamente ai soli fattori economici, ma anche con riferimento ai fattori sociali e politici. Si può dire che diversamente dagli Stati Uniti, dove il diritto antidiscriminatorio si è sviluppato come strumento risarcitorio della segregazione razziale e della sopraffazione del gruppo dominante sulle categorie sociali svantaggiate, nell'Unione europea il diritto antidiscriminatorio, soprattutto a partire dall'approvazione

²⁸⁸ M. BARBERA, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, cit. p. 205.

²⁸⁹ Cfr., tra gli altri, C. MCCRUDDEN, *The new concept of equality*, ERA-Forum, 4, 2003, pp. 9-29.

dell'articolo 13 del Trattato di Amsterdam (sagacemente definito la «clausola fondante e fondatrice di una vera politica comune dell'eguaglianza»²⁹⁰), si è legato strettamente all'evoluzione giurisprudenziale di un concetto di «cittadinanza sociale europea»²⁹¹ al fine di rendere concreto l'ambizioso progetto politico (più che giuridico) di integrazione europea, economica e sociale.

2.1 La 'nuova' stagione antidiscriminatoria dopo Amsterdam: l'estensione dei divieti e l'affermazione dei principi

È piuttosto evidente che il diritto antidiscriminatorio costituisca oggi uno dei campi più innovativi e produttivi della regolazione giuridica e, insieme, una delle aree più fertili e dinamiche nel panorama giurisprudenziale europeo. Come abbiamo visto, l'opera legislativa di definizione e di codificazione della materia antidiscriminatoria prende avvio grazie ai molteplici interventi dei giudici di Lussemburgo, nell'ambito dei piani di sviluppo in tema di parità di trattamento e delle pari opportunità tra uomini e donne nel mondo del lavoro e dell'occupazione, con l'intento di favorire lo sviluppo e l'applicazione di politiche integrate e coerenti. Ed è proprio sul finire degli anni Novanta che viene segnato l'inizio di una nuova «età dell'oro»²⁹² della

²⁹⁰ E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité CE – La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylan, Bruxelles, 2006, cit. p. 697.

²⁹¹ Sull'elaborazione giurisprudenziale della cittadinanza europea in rapporto allo sviluppo del diritto antidiscriminatorio si veda, tra gli altri, M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale europeo*, Promodis, Brescia, 2000 e C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008.

²⁹² È questa l'espressione per indicare la 'nuova stagione della legislazione antidiscriminatoria' utilizzata da Barbera, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. XIX – XXV.

legislazione antidiscriminatoria, caratterizzata dall'ampliamento e dall'approfondimento degli strumenti di tutela contro le discriminazioni. La spinta a questa nuova stagione della legislazione antidiscriminatoria proviene anzitutto dal processo di integrazione europea: il prodromo imprescindibile del diritto antidiscriminatorio, rinvenibile nel divieto di qualsiasi forma di discriminazione, è stato codificato all'articolo 13 del Trattato di Amsterdam, il quale sancisce, per la prima volta, il divieto di porre in essere condotte discriminatorie in ragione «del sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o l'orientamento sessuale». Questa norma è stata poi ripresa e inserita nell'articolo 21 della Carta di Nizza-Strasburgo sui diritti fondamentali, il quale riprende l'originaria formulazione, ma ne amplia l'ambito di applicazione, vietando «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione, o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli *handicap*, l'età o l'orientamento sessuale». Sempre nell'ambito dello stesso Trattato assume notevole rilievo il riconoscimento del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in ambito lavorativo e, più precisamente, un potenziamento delle pari opportunità, mediante la previsione dell'articolo 141 TCE. In virtù di tale norma e, specificatamente, al paragrafo quattro, si estende in tutto il settore lavorativo ed occupazionale, l'applicazione del principio di eguaglianza di genere.

È, dunque, anche sulla base di queste nuove premesse giuridiche, che nel 2000 l'Unione europea ha adottato nell'arco di poco tempo alcune importanti direttive in materia di discriminazione: la direttiva n.

2000/43/CE che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e poi la direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro e dove troviamo esplicito riferimento anche a fattori 'nuovi', come l'orientamento sessuale. Seguono poi negli anni successivi altre tre direttive²⁹³, di cui vale la pena menzionare l'ultima, la n. 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, che riordina e razionalizza la legislazione vigente in materia, integrandola anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'affermarsi nel diritto comunitario e, di conseguenza, nei diritti nazionali di un principio di non discriminazione sempre più «come fonte autonoma di diritti»²⁹⁴ e il ricorso sempre più frequente al paradigma antidiscriminatorio anche da parte del legislatore nazionale, contribuiscono ad innovare in modo significativo le stesse nozioni di discriminazione, di parità di trattamento, e le tecniche di tutela fin qui sperimentate. L'estensione dei divieti di discriminazione ad ambiti che spaziano dalle differenze ascritte o immutabili (come la razza o l'età) alle differenze frutto di una scelta (come la religione o le convinzioni personali), ma anche la loro diversa formulazione e una disciplina non simmetrica delle diverse categorie di discriminazione, rendono il quadro

²⁹³ Oltre a quelle citate, sono da ricordare la direttiva n. 2002/73/CE relativa alle discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale, e la direttiva n. 2004/113/CE che attua il principio dell'eguaglianza di donne e uomini nell'accesso ai beni e servizi e alla loro fornitura, estendendone per la prima volta la portata a campi diversi dal lavoro e sicurezza sociale.

²⁹⁴ D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in S. FABENI – M.G. TONIOLLO (a cura di), *La discriminazione basata sull'orientamento sessuale. L'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, Roma, 2005, p.119.

normativo molto più articolato di quanto non lo fosse in passato, tanto che alcuni autori²⁹⁵ hanno parlato, con riguardo a questa nuova legislazione, di «direttive di seconda generazione» per sottolineare come esse rappresentino un punto di svolta rispetto al passato, contribuendo a delineare una nozione di discriminazione diversa da quella costruita nel corso del tempo, prevalentemente ad opera della Corte di Giustizia, e come esse si spingano ormai anche in campi diversi da quelli tradizionali del rapporto di lavoro e dell'occupazione (istruzione, alloggi, sanità, accesso a beni e servizi, assistenza sociale). Infine, esse legittimano espressamente lo strumento delle azioni positive, alla luce del principio di eguaglianza sostanziale (si parla, infatti, di «effettiva e completa parità», di «piena parità nella pratica») che trova per la prima volta riconoscimento nell'ordinamento comunitario.

Queste nuove direttive, quindi, hanno alterato, se non addirittura eliminato, alcune condizioni che limitavano l'operato dei giudici in ordine alle questioni relative all'applicazione del principio di non discriminazione e, da una parte, «mostrano la tendenza ad un allargamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria e ad un utilizzo di più concetti di discriminazione, uno dei quali, quello di molestia, che fa coincidere il comportamento vietato con la violazione della dignità umana della persona, ossia con la violazione di un diritto assoluto a non essere intimiditi, degradati, umiliati o offesi per le proprie caratteristiche soggettive» e, dall'altra parte, «attribuiscono

²⁹⁵ D. BORRILLO, *La politica antidiscriminatoria dell'Unione europea*, P. CHIECO, *Azioni positive e omosessualità: dalle aperture della direttiva 2000/78/CE al silenzio del d.lgs. n.215/2003*, entrambi in S. FABENI – M.G. TONIOLO (a cura di), *La discriminazione basata sull'orientamento sessuale*, Op. cit.

esplicitamente diritti di contenuto positivo»²⁹⁶. Tanto che ad alcuni è sembrato come di stare andando verso una nuova definizione del concetto di discriminazione che superi (quanto meno in alcuni ambiti come quello delle molestie) il carattere tradizionale di giudizio di comparazione: secondo questo nuovo approccio, si sarebbe discriminati non solo quando si è trattati peggio degli appartenenti alla razza maggioritaria, o di una coppia eterosessuale, o di una persona priva di *handicap*, ma anche quando si è svantaggiati o offesi per la propria identità soggettiva *tout court*. In altri termini, sarebbe sufficiente che l'individuo venga posto in una posizione di «particolare svantaggio» per poter parlare di discriminazione. In effetti, la «posizione di particolare svantaggio» è andata a sostituirsi, nella definizione di discriminazione indiretta delle direttive del 2000, allo «svantaggio proporzionalmente maggiore», quale metro di valutazione dell'impatto discriminatorio di regole neutre, allargando la valutazione da una misurazione meramente quantitativa a una misurazione anche qualitativa della discriminazione. In passato, l'impianto del diritto antidiscriminatorio si basava sull'imposizione di alcune condizioni: a) i divieti di discriminazione erano limitati alla nazionalità e al sesso; b) il giudizio era di tipo esclusivamente comparativo: infatti i giudici dovevano decidere se i soggetti tutelati erano stati più svantaggiati di altri nella distribuzione di certe risorse o di certi beni, senza pronunciarsi sulla giustizia o sulla congruità, in termini assoluti, delle scelte compiute dai decisori privati o pubblici; c) i diritti in questione erano principalmente di contenuto negativo; d) il concetto di eguaglianza preso a riferimento era di tipo

²⁹⁶ M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 99/100, 2003, pp. 409-411.

formale o procedurale, in quanto l'eguaglianza poteva essere ristabilita sia innalzando il trattamento più basso al livello più alto, sia livellando verso il basso il trattamento più alto.

Le nuove normative in materia di lotta alla discriminazione cambiano, almeno in parte, alcune di queste condizioni: a) mostrano la tendenza a un allargamento della tutela antidiscriminatoria; b) utilizzano più concetti di discriminazione, facendo coincidere, nel caso della molestia, il comportamento vietato con la violazione della dignità della persona, ossia con la violazione di un diritto assoluto a non essere intimiditi, degradati, umiliati o offesi; c) in alcuni casi, attribuiscono esplicitamente diritti di contenuto positivo, come quello a un ragionevole accomodamento del posto di lavoro alla condizione dei disabili; d) si ha uno sbarramento al rimedio del riallineamento verso il basso di trattamenti diversi. Tali considerazioni sono significative perché testimoniano il tentativo di superare i limiti interpretativi incontrati in passato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel trasformare i divieti discriminatori in un più generale principio di non discriminazione cui ricorrere come parametro di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. «Mentre a livello nazionale», ha osservato Federico Ghera riferendosi al caso italiano, «l'eguaglianza si caratterizza come un principio che non si esaurisce nei puntuali divieti di discriminazione eventualmente previsti dalle norme costituzionali ordinarie, e che può quindi applicarsi in via generale per valutare il carattere legittimo [ragionevole] o meno di una certa differenziazione di trattamento, a livello comunitario la Corte di Giustizia – pur non avendo mancato di rimarcare come i singoli divieti di discriminazione eventualmente previsti dalle norme del Trattato siano solo l'espressione specifica del generale principio di eguaglianza, che fa parte dei principi fondamentali

del diritto comunitario – non ha portato tale solenne affermazione di principio alle sue logiche conclusioni, superando un approccio meramente settoriale alle questioni di eguaglianza»²⁹⁷. Le già ricordate sentenze sulla discriminazione delle persone transessuali e, ancor più emblematicamente, sulla discriminazione per orientamento sessuale avevano messo bene in evidenza i limiti della tutela antidiscriminatoria, così imbrigliata nel rigido formalismo dei fattori protetti e della logica comparativa tra fattispecie simili. Per questo l'entrata in vigore dell'articolo 13 TCE, che allarga l'elenco delle caratteristiche protette (ricomprendendovi, per la prima volta, l'orientamento sessuale e l'identità di genere) e che potenzia i poteri delle istituzioni nell'adozione dei provvedimenti necessari all'eliminazione delle diverse forme di discriminazione, nonché l'emanazione di un consistente numero di direttive antidiscriminatorie, che hanno posto vincoli più incisivi alle legislazioni degli Stati membri e hanno smussato, con l'introduzione della nozione di molestia, la logica comparativa del giudizio di discriminazione, potrebbe essere sembrato il modo migliore per superare queste difficoltà interpretative e per dotare la Corte di un appiglio giuridico per un approccio più sostanziale all'eguaglianza. Ulteriore impulso è, infine, derivato dall'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che ha assunto il valore giuridico dei Trattati soltanto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona²⁹⁸. Dopo aver previsto all'articolo 20 l'eguaglianza davanti alla legge (*Tutte le persone sono uguali davanti alla legge*), il testo si sofferma

²⁹⁷ F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Giur. Cost.*, 1999, pp. 3267 e ss., cit. p. 3279.

²⁹⁸ Cfr., R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Unione europea*, 1, 2008, p. 21; B. NASCIBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corriere giur.*, 1, 2008, pp. 137 ss.

specificamente sul principio di non discriminazione agli articoli 21 – 23: il primo che prevede il divieto di qualsiasi forma di discriminazione; il secondo che in termini innovativi affronta la questione della diversità, affermando che l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica; E l'ultimo che è, invece, specificamente dedicato alla questione della parità tra uomini e donne.

Eppure, a ben vedere, questi interventi si muovono in un senso diverso, accentuando, invero, i limiti già emersi del modello antidiscriminatorio: più che muoversi verso la formulazione di un generale principio di non discriminazione, in grado di conferire a ciascun individuo un diritto soggettivo a non essere discriminato, a prescindere da una specifica categorizzazione delle differenze tutelate e motivato dal richiamo a un principio superiore e ulteriore, quale la dignità della persona, come direttamente produttivo di diritti, si riafferma un pensiero classificatorio che procede per selezione ed esclusione degli individui, non si supera la logica aristotelica di giustizia alla base della parità di trattamento, si mantiene l'adesione prevalente a un modello di giustizia individuale, si continua a proporre un modello assimilazionista di eguaglianza, laddove si stigmatizzano le differenze sia nominandole (ovvero inserendole nell'elenco dei fattori protetti), sia ignorandole (ovvero lasciandole prive di protezione) e le si tutela ribadendone, implicitamente, la distanza da uno standard di comparazione che assume, al contempo, la veste di unità di misura e entità misurata.

Ad ogni modo, l'adozione di questo pacchetto legislativo antidiscriminatorio di seconda generazione ha determinato un'accelerazione notevole nel mutamento della tradizionale concezione di eguaglianza e ha rappresentato una svolta nell'elaborazione del modello antidiscriminatorio europeo che si è poi riflettuto nei vari

sistemi nazionali. È interessante qui richiamare quanto espresso dalla Corte in una delle prime sentenze in cui è stata chiamata ad applicare questo ‘nuovo’ pacchetto di norme antidiscriminatorie, il caso *Mangold*²⁹⁹, in cui la Corte di Giustizia ha letto i nuovi divieti specifici di discriminazione come espressione di un principio generale di eguaglianza, da considerare come un principio generale del diritto comunitario, che trova la sua fonte già in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Si tratta, come è evidente, di un’affermazione non inedita;³⁰⁰ inedita è invece la conseguenza che ne trae la Corte, e cioè che:

«Il rispetto del principio generale della parità di trattamento non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni [...]. Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione assicurare, nell’ambito della sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e disapplicando le disposizioni eventualmente

²⁹⁹ Corte di Giustizia, sentenza del 25 novembre 2005 C-144/04, *Mangold*.

³⁰⁰ Corte di Giustizia, sentenza del 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77, *Ruckdeschel*, in *Racc.* e sentenza 19 ottobre 1977, cause riunite 124/76 e 20/77, *Moulins Pont-à-Mousson*, in *Racc.*, entrambe in tema di divieti di discriminazione nel mercato agricolo. Nello stesso senso la Corte si era pronunciata anche in riferimento al divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità nella sentenza 22 giugno 1972, causa 1/72, *Frilli*, in *Racc.* e in riferimento alle discriminazioni di sesso nella sentenza 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne III*, in *Racc.*. Affermazioni più recenti in CGCE 12 dicembre 2002, *Caballero c. Fondo de Garantía Salarial*, causa C-442/00, in *Racc.*; 12 luglio 2001, *Jippes e a. c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, causa C-189/01, in *Racc.*; 23 novembre 1999, *Portogallo c. Consiglio*, causa C-149/96, in *Racc.*; 17 aprile 1997, *Earl de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) e Coopérative du Trieux*, causa C-15/95, in *Racc.*

configgenti della legge nazionale [...] anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto»³⁰¹.

Dunque, sembra dire la Corte, in quanto specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive, i divieti di discriminazione vivono di una vita propria che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri, e prescinde anche dall'assetto presente e futuro delle competenze. Dalla natura precisa e incondizionata di tale principio, discende la conseguenza che anche le specificazioni del principio stesso possono spiegare i propri effetti su tutti i consociati ed essere dunque invocate dai privati verso lo Stato e dai privati verso altri privati. Quello che va osservato è che gli effetti orizzontali sarebbero allora collegabili non alla direttiva in sé, ma all'operare del principio di eguaglianza³⁰². Nel caso *Mangold*, la Corte sembrerebbe invertire il ragionamento usualmente seguito nella sua giurisprudenza in tema di eguaglianza. Mentre in passato essa era partita dai divieti di discriminazione contenuti nel Trattato, per arrivare a riconoscere all'eguaglianza lo *status* di «principio fondamentale dell'ordinamento comunitario», questa volta il cammino è inverso: è il principio di eguaglianza che darebbe fondamento giuridico autonomo alla proibizione di tutte le discriminazioni, a prescindere dalla loro interdizione espressa nel Trattato e nel diritto derivato.

³⁰¹ Corte di Giustizia, sentenza del 25 novembre 2005 C-144/04, *Mangold*.

³⁰² L'altro aspetto importante nell'analisi della Corte è costituito dal riferimento all'obbligo di leale cooperazione e dal dovere che ne discende per lo Stato membro di astenersi dall'emanare disposizioni che possano compromettere seriamente la realizzazione degli scopi della normativa comunitaria, dovere che insorge già dall'entrata in vigore della direttiva (punto 68).

Tuttavia, già nel caso *Chacon Navas*³⁰³ in tema di discriminazioni basate sulla disabilità, la Corte avverte anche i pericoli di un'interpretazione così estensiva della portata del principio di non discriminazione, la quale finirebbe per travalicare i limiti stabiliti dall'articolo 13 TCE all'operatività del principio stesso, limiti che attengono tanto al carattere sussidiario delle clausole di non discriminazione, quanto al rispetto delle rispettive competenze della Comunità e degli Stati membri. Tanto è vero che i giudici chiariscono:

«È ben vero che nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario compare segnatamente il divieto generale di discriminazione [...]. Da ciò non consegue tuttavia che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 debba essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi enunciati in modo esaustivo nell'art. 1 di quest'ultima»³⁰⁴.

La Corte, quindi, fa un passo indietro rispetto all'apertura in senso sostanziale dei principi di eguaglianza e non discriminazione fatta nella sentenza *Mangold*. Viene fatto un prudente rinvio ai fattori di discriminazione enunciati nel Trattato e nelle direttive e viene esclusa l'interpretazione del principio di non discriminazione come clausola aperta che possa limitare l'agire del legislatore e tanto meno interferire con l'autonomia privata. Come era successo nel caso *Grant* in tema di orientamento sessuale, la Corte ha ritenuto non potersi sostituire al legislatore nel sanzionare come illecito un ulteriore fattore di discriminazione, non menzionato espressamente nella legislazione comunitaria, mostrando ancora una volta i limiti della logica

³⁰³ Corte di Giustizia, sentenza del 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Chacon Navas*.

³⁰⁴ *Id.*, cit. § 56.

classificatoria. Non sorprende, dunque, una giurisprudenza oscillante e incerta non solo sui grandi principi e sulla teoria delle fonti (il rapporto fra principi generali e direttive, la portata del primato del diritto comunitario, il superamento o meno della teoria tradizionale dell'effetto diretto), ma anche sulle specifiche questioni che il 'nuovo' diritto antidiscriminatorio pone, e in particolare sul rapporto fra principio generale di eguaglianza e divieti espressi di discriminazione e sulla profondità del controllo giurisdizionale nell'applicazione del primo e dei secondi. Si tratta, per molti aspetti, di questioni discusse animatamente anche a livello degli ordinamenti nazionali. La Corte, in effetti, nelle decisioni che seguono *Mangold* non interviene più direttamente sul punto, così come non si esprime con chiarezza sulla categoria di quelle che, nel contesto americano, chiameremmo 'suspect classifications' e sul tipo di controllo giurisdizionale applicabile in questi casi, sebbene il tema sia presente nelle opinioni di tutti gli avvocati generali, anche in questo caso con marcata diversità di accenti. Le questioni principali sembrano essere divenute altre: da una parte, quella di assicurare l'effettività del diritto comunitario; dall'altra, quella di chiarire i limiti che la stessa Corte incontra nell'esercizio della sua funzione interpretativa o, ed è lo stesso, dei limiti che il diritto comunitario incontra rispetto al diritto nazionale e della portata del primato del diritto comunitario.

3. Eguaglianza e non discriminazione nel sistema della CEDU e la convergenza con il sistema comunitario

Negli ultimi anni si è affermato un vero *mainstreaming* giurisprudenziale di tutela della non discriminazione, il cui effetto è stato

quello di produrre una progressiva convergenza fra il sistema proprio dell'Unione europea e quello del Consiglio d'Europa. In effetti, quando si analizza il modello 'europeo' di tutela antidiscriminatoria non si può prescindere dall'influenza che anche il sistema della Convenzione europea per i diritti dell'uomo ha giocato nel dare significato e attuazione al principio di eguaglianza e nell'elaborazione del diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria. La Convenzione europea, adottata a Roma nel 1950, enuncia all'articolo 14 il divieto di discriminazione. Il limite maggiore che conosce questa norma è la sua portata. Infatti, il divieto vale unicamente in relazione al godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella stessa Convenzione. Ciò implica, quindi, che non gode di autonoma diretta applicazione quale principio generale di non discriminazione e, ne consegue, che situazioni soggettive che non sono connesse a diritti garantiti dalla CEDU, non possono essere conosciute dalla Corte, neanche quando si verifichi da parte dello Stato una violazione manifesta del divieto di non discriminazione. Quindi, l'articolo 14 è ancillare rispetto agli altri articoli, suoi presupposti logici necessari, e svolge una funzione complementare. Inizialmente, quindi, la Corte tendeva a non procedere all'analisi dell'articolo 14, ritenendo questa spesso superflua se prima aveva già ravvisato una violazione del diritto sostanziale. Le possibilità applicative del divieto di non discriminazione erano quindi limitate. Ciò mutò con l'affermarsi di una giurisprudenza espansiva della Corte. È, in particolare, nel caso *Régime linguistique de l'enseignement en Belgique*³⁰⁵ del 1968, che la clausola convenzionale antidiscriminatoria assume per la prima volta un ruolo

³⁰⁵ Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza del 23 luglio 1968, cause n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, *Affaire Relative A Certains Aspects Du Regime Linguistique De L'enseignement En Belgique v. Belgique*.

primario nella decisione della Corte, la quale non perde l'occasione per fissare alcuni punti cardine: in primo luogo, ribadisce che l'articolo 14 non ha un'applicazione indipendente, ma vale solo in relazione ai diritti e alle libertà garantite dalla sezione I della Convenzione; tuttavia aggiunge che un provvedimento, che di per sé non sarebbe in contrasto con gli articoli che tutelano tali diritti e libertà, può violare l'articolo 14 a causa della sua natura discriminatoria; inoltre, tale disposto normativo va letto in un'accezione più precisa, espressa nel testo inglese della Convenzione (*without discrimination*) piuttosto che nella versione meno stringente del testo francese (*sans distinction aucune*); in secondo luogo, afferma anche che le autorità nazionali possono differenziare le soluzioni giuridiche con cui attuano la protezione dei diritti, con lo scopo di correggere, ad esempio, le diseguaglianze di fatto tra le persone. Sempre secondo la Corte, la differenza di trattamento diventa discriminazione, con conseguente violazione dell'articolo 14, quando la distinzione non ha giustificazione obiettiva e ragionevole. Essa, pertanto, sarà giustificata, in presenza di due criteri: (a) dovrà essere ispirata da un fine legittimo e la valutazione degli effetti di un provvedimento emanato dovrà essere effettuata alla luce dei principi che di norma prevalgono nelle società democratiche, e (b) dovrà sussistere una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito. A partire da tale caso, quindi, la Corte assume una diversa prospettiva, riconoscendo espressamente che tale clausola ha una portata autonoma, nel senso che una sua violazione può darsi anche in assenza di violazione della disposizione con cui si combina. Il divieto di discriminazione entra in gioco ogni qualvolta «l'oggetto del contendere costituisca una delle modalità di esercizio di un diritto garantito» o le misure censurate siano

«collegate all'esercizio di un diritto garantito»³⁰⁶. È, dunque, sufficiente che «la materia oggetto di controversia non fuoriesca interamente dall'ambito di operatività *ratione materiae* degli obblighi previsti dalle varie disposizioni sostanziali»³⁰⁷.

Tale interpretazione ha esteso la casistica coperta dalla Convenzione in tema di tutela antidiscriminatoria, rendendo invocabile l'articolo 14 ogni volta che la fattispecie attenga ad un diritto che cade 'sous l'empire' della CEDU, secondo l'espressione usata dai giudici. Un ampliamento che, sebbene effettuato ai soli fini della valutazione circa la natura discriminatoria o meno del trattamento oggetto di contestazione, finisce per produrre effetti di carattere più generale idonei ad incidere in senso estensivo sull'interpretazione delle disposizione medesime³⁰⁸. Si crea così una zona di 'penombra' convenzionale di cui la Corte ha fatto uso per espandere la propria giurisprudenza. Sulla scia di questa giurisprudenza, pare interessante richiamare la decisione resa nel caso

³⁰⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sentenza 27 Ottobre 1975, *Unione nazionale della Polizia Belga c. Belgio*, § 45, Sentenza 6 Febbraio 1976, *Schmidt e Dahlstrom c. Svezia*, § 39, e Sentenza 27 Marzo 1998, *Petrovic c. Austria*, § 28.

³⁰⁷ L. F. POCAR, *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 269.

³⁰⁸ In particolare, da un lato la Corte ha precisato che il divieto di discriminazione si applica anche in rapporto all'esercizio di un diritto che lo Stato parte garantisce nel proprio ordinamento giuridico in maniera più ampia rispetto a quanto previsto dalla CEDU. Dall'altro, essa ha esteso l'operatività di tale divieto all'esercizio di diritti non espressamente garantiti dalla CEDU o dai suoi Protocolli, ma rispetto ai quali ha ritenuto di poter ravvisare un collegamento, ancorché molto labile, con quelli oggetto di espressa previsione: ciò si è verificato soprattutto per quanto riguarda pretese violazioni dell'art. 14 CEDU in combinazione con il diritto al pacifico godimento dei beni (art. 1 del Protocollo n. 1), relativamente a controversie concernenti la regolamentazione di determinate prestazioni assistenziali e previdenziali, e con il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), relativamente a controversie concernenti il matrimonio tra persone dello stesso sesso, l'adozione di minori, la concessione di sussidi finanziari a questi ultimi, nonché l'imposizione di divieti di accesso a determinati impieghi lavorativi. Cfr., per esempio, A. Saccucci, *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 3, 2005, pp. 1 ss.

*Opuz v. Turchia*³⁰⁹ del 2009 in cui la Corte sembra aver impiegato addirittura in maniera autonoma l'articolo 14 CEDU, al fine di accertare la violazione della Convenzione. La vicenda riguardava due donne turche, madre e figlia, vittime di ripetute violenze in famiglia perpetrate sin dal 1995, che si erano a più riprese rivolte all'autorità giudiziaria del proprio Paese, con denunce che andavano dalle lesioni al tentato omicidio. Nel corso degli anni, nonostante la gravità degli episodi di violenza di cui erano state fatte oggetto da parte principalmente del marito della figlia e, nonostante alcuni interventi dell'autorità giudiziaria, le due donne non avevano ricevuto adeguata protezione. La vicenda era sfociata nell'assassinio della madre e nelle ulteriori minacce alla figlia, ricorrente a Strasburgo. L'aspetto più interessante della sentenza riguarda la condanna della Turchia per aver violato, in connessione con gli articoli 2 e 3, l'articolo 14 CEDU. I giudici di Strasburgo, infatti, guardando anche alla prassi internazionale, giungono a un'importante conclusione: la violenza di genere, ossia quella violenza diretta contro una donna solo perché è tale e che si traduce in un impedimento a godere dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute dalle Convenzioni internazionali o dalla stessa Convenzione europea, è inclusa nel concetto di discriminazione. La Corte ritiene di integrare la nozione di discriminazione individuata dalla sua giurisprudenza – e che si sostanzia nel trattare diversamente, senza una giustificazione ragionevole e obiettiva, persone in condizioni simili – con la nozione di discriminazione deducibile dalla prassi internazionale in tema di violenza contro le donne. Nella vicenda in esame, a parere della Corte, il sistema giudiziario turco non avrebbe svolto una sufficiente azione

³⁰⁹ Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza del 9 giugno 2009, causa n. 33401/02, *Opuz v. Turchia*.

deterrente in grado di garantire l'efficace prevenzione degli atti illeciti subiti dalla signora Opuz e da sua madre. Dunque, la violenza ricevuta, intesa come violenza di genere, realizza una forma di discriminazione lesiva del principio stabilito dall'articolo 14.

Questo *trend* si manifesta anche su un binario parallelo a quello giurisprudenziale. Infatti, il Consiglio d'Europa ha promosso un protocollo, il n. 12, che enuncia un generale principio di non discriminazione, come tale scollegato dagli articoli sostanziali della Convenzione e quindi dotato di una portata generale³¹⁰. «La CEDU non garantisce un autonomo diritto all'eguaglianza, ma vieta le discriminazioni nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione: si tutela non l'eguaglianza in sé, ma l'eguale godimento dei diritti, accogliendo una formulazione che si distacca dal principio generale di eguaglianza enunciato come autonomo diritto dalla maggior parte delle carte costituzionali, tra cui anche quella italiana»³¹¹. Il carattere accessorio del diritto di non discriminazione sancito dalla Convenzione ha dunque condizionato anche l'affermazione del principio di eguaglianza ad esso correlato, in misura direttamente proporzionale all'espansione in via interpretativa del contenuto dei diritti sostanziali connessi. In dottrina³¹² c'è chi tiene, anzi, a precisare che nel diritto

³¹⁰ È opportuno, tuttavia, ricordare che il Protocollo n. 12, che vieta le diseguaglianze in via del tutto autonoma, e non soltanto nel godimento degli altri diritti previsti dalla Convenzione, è stato ratificato soltanto da diciotto Stati membri del Consiglio d'Europa, tra i quali non sono compresi, ad esempio, la Francia, la Germania, l'Italia e il Regno Unito. La mancata firma, o ratifica, da parte di un numero assai rilevante di Stati riduce «l'ambito di applicazione territoriale del Protocollo» e ne preclude quindi «l'impatto diretto su diversi e importanti sistemi giuridici nazionali». Pertanto, l'art. 14 CEDU resta pertanto la disposizione fondamentale alla quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto principale riferimento in tema di discriminazioni e di azioni positive.

³¹¹ E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu*, Op. cit., p. 138.

³¹² *Id.*, Op. cit.

europeo dei diritti dell'uomo l'articolo 14 della CEDU ha sinora garantito il diritto soggettivo alla non discriminazione, mentre la Corte di Strasburgo lo sta riducendo ad un principio direttivo di interpretazione della Convenzione e la letteratura giuridica lo sta confondendo con il principio di eguaglianza. Neppure il Protocollo n. 12 introduce espressamente il principio di eguaglianza nell'ambito della Convenzione, anche se ad esso fa espresso riferimento nel suo Preambolo; esso si limita ad ancorare il divieto di discriminazione non più al diritto sostanziale della Convenzione, ma al godimento dei diritti garantiti dal diritto nazionale: il divieto di discriminazione assume cioè una valenza propria e diventa un divieto di discriminazione generale³¹³ nel godimento non più dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, ma di tutti i diritti previsti dalle leggi nazionali, quindi anche dei diritti sociali.

Il Consiglio d'Europa ha, inoltre, affiancato alla CEDU altri strumenti importanti di tutela dei diritti e in essi il principio di non

³¹³ Nella relazione esplicativa del Consiglio d'Europa è, infatti, indicato che il Protocollo si riferisce alla discriminazione: «(i) nel godimento di ogni diritto specificamente riconosciuto a una persona dal diritto nazionale; (ii) nel godimento di ogni diritto derivante da un chiaro obbligo di un'autorità pubblica in forza del diritto nazionale, cioè nel caso in cui, ai sensi del diritto nazionale, tale autorità sia tenuta a comportarsi in un determinato modo; (iii) da parte di un'autorità pubblica nell'esercizio del potere di discrezionalità (per esempio, la concessione di determinati sussidi); (iv) mediante altre azioni od omissioni da parte di un'autorità pubblica (per esempio, il comportamento dei funzionari responsabili dell'applicazione della legge quando intervengono per sedare una sommossa)». È da notare, inoltre, come i motivi di discriminazione elencati nel Protocollo n. 12, al par. 1 dell'art. 1, varino rispetto ad altri strumenti internazionali: in essi convivono, infatti, la religione e l'origine nazionale, così come la razza e il colore, e l'espressione 'fondata in particolare' lascia intendere come questa elencazione non sia esaustiva ma meramente esemplificativa. Sembra, quindi, contemplare anche importanti aree di discriminazione a cui sono potenzialmente più esposte le cosiddette 'nuove minoranze', ossia gruppi numericamente inferiori rispetto al resto della popolazione di uno Stato, i cui membri, che pur essendo cittadini di quello Stato, hanno caratteristiche etniche, religiose o linguistiche diverse da quelle del resto della popolazione, e sono animati dalla volontà di salvaguardare la propria cultura, tradizione, religione o lingua e hanno un insediamento relativamente recente (come nel caso di gruppi di immigrati dopo la prima guerra mondiale).

discriminazione è presente quale manifestazione di un *mainstreaming* oramai consolidato. Uno degli strumenti più importanti per la sua portata generale attiene alla protezione dei diritti sociali. La Carta sociale europea, adottata nel 1961 e riveduta nel 1996, declina il principio di parità di trattamento e di non discriminazione in diverse parti e ne offre un'enunciazione generale nella Parte V. Nonostante la delicatezza politica propria dei diritti sociali, la Carta non è sguarnita di strumenti di monitoraggio e di sindacato sulle violazioni dei diritti in essa affermati da parte degli Stati. Tramite lo strumento del ricorso collettivo è possibile portare casi di violazione all'attenzione di un Comitato *ad hoc*. Si tratta certo di un meccanismo diverso rispetto a quello della Corte europea dei diritti umani, ma che non di meno è capace di sancire una violazione del principio di non discriminazione e portarla all'attenzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa³¹⁴.

Senza spingersi più in profondità, ai fini del nostro ragionamento, è qui sufficiente mettere in evidenza come, sebbene i due sistemi, quello comunitario e quello convenzionale, nascano su un terreno completamente diverso e con finalità e strumenti molto differenti, con riferimento alle questioni dell'eguaglianza e della non discriminazione si profilino importanti elementi che inducono a ritenere che i sistemi tenderanno a convergere sempre di più, posto anche che i formanti, legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, stanno già contribuendo ad avvicinare i due sistemi. A livello istituzionale, si profila l'adesione

³¹⁴ Cfr., sul punto, G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus Rivista di Scienze Giuridiche*, n. 3, 2010, pp. 505-538; *Id.*, *Il diritto all'abitazione nella Carta Sociale Europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in M. D'AMICO – B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1013-1042; *Id.*, *L'eguaglianza tra donne e uomini nella Carta Sociale Europea*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 361-394.

dell'Unione alla CEDU, il che determinerà necessariamente una formalizzazione del rispetto da parte degli organi comunitari, inclusa la Corte di Giustizia, di quanto sancito in tema di non discriminazione dalla Convenzione, in particolare in quanto interpretata dalla Corte europea per i diritti dell'uomo. I giudici di Lussemburgo non avranno più formalmente l'ultima parola in tema di discriminazione, essendo il ricorso a Strasburgo necessariamente successivo all'esperimento di tutti i rimedi interni, fra i quali rientrano anche quelli propri del diritto dell'Unione³¹⁵. L'adesione potrebbe anche determinare influenze inverse. Infatti, la presenza di un giudice di nomina propria consentirebbe all'Unione di instillare più di quanto non accada oggi alcuni approcci teorici nella giurisprudenza della Corte europea. L'intensificarsi del dialogo fra giudici europei, esemplificato a livello istituzionale dagli incontri periodici fra i presidenti delle due corti, opera soprattutto a livello di letture incrociate delle relative decisioni, sempre più frequentemente vertenti sulle medesime vicende o su fattispecie affini. Questo dialogo produrrà frutti soprattutto se la Corte di Giustizia irrobustirà il proprio ruolo di guardiano dei trattati anche per quanto attiene ai diritti umani, magari a fronte di un intervento concorrente della Corte europea. Oltre a queste dinamiche istituzionali e giuridiche, la convergenza dovrebbe essere soprattutto metodologica e, in questo, la comparazione condotta a livello degli ordinamenti statali europei, sovranazionali e internazionali avrà certamente il merito di operare una

³¹⁵ Per un approfondimento si veda AA.VV., *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali*, Atti del Convegno del 19 e 20 giugno 2008, in *Grotius - Rivista di storia, istituzioni e politica internazionale*, n. 5, 2008 e L. DE MICCO, *Adesione Dell'unione Europea Alla Convenzione Europea Dei Diritti Dell'uomo: Attesa Di Un Finale*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3, 2012.

sistematizzazione teorico-giuridica che prima era assente e di facilitare tale convergenza.

Sebbene, infatti, vi siano concrete differenze concettuali e interpretative in tema di eguaglianza e di non discriminazione tra i due ordinamenti – a Strasburgo la distinzione tra non discriminazione ed eguaglianza formale rimane ancora labile; inoltre dalla CEDU (che fin dall’inizio non aveva intenzione di prevedere e non prevede, comunque, nemmeno dopo l’adozione del suo dodicesimo Protocollo addizionale, norme intese a garantire l’eguaglianza sostanziale), la Corte al momento fa discendere soltanto obblighi negativi conseguenti a trattamenti discriminatori, o che rimediano a omissioni o carenze delle autorità nazionali, accertati nel caso concreto, ma sicuramente non obblighi positivi generali, desumibili in astratto; a Lussemburgo, invece, è stato ben presto ricavato un principio generale di eguaglianza simile a quello riconosciuto dalle Costituzioni degli Stati membri e i due termini, eguaglianza e non discriminazione, sono stati impiegati «come un’endiadi, per cui il primo è apparso nella giurisprudenza comunitaria il verso positivo del secondo»³¹⁶; inoltre, a partire dalle direttive di seconda generazione sono state adottate misure per garantire anche le pari

³¹⁶ Cfr., Corte di Giustizia, sentenza 13 Novembre 1984, causa C-283/83, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*; Sentenza 8 Ottobre 1980, causa C-810/79, *Peter Ueberschaer c. Bundesversicherungsanstalt Fuer Angestellte*. Più di recente si vedano le conclusioni del 22 Maggio 2008 dell’Avvocato generale nella causa C-427/06, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH)*, §§ 34, 35, 42, 65. Precisamente al punto 42 si legge: «Il principio di uguaglianza costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità. Le disposizioni sull’uguaglianza di fronte alla legge appartengono alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Inoltre dichiarazioni generali sulla parità di trattamento compaiono in diversi strumenti internazionali. È quindi plausibile considerare il principio generale di uguaglianza come il principio stesso sottostante al divieto delle forme di discriminazione (elencate nell’art. 13 CE), che trova la sua fonte nei considerando della direttiva, in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni comuni agli Stati membri». Così in G. GUIGLIA, *Discriminazione ed eguaglianza*, Op. cit.

opportunità in vari settori di competenza dell'Unione al fine di conseguire l'eguaglianza sostanziale –, vi sono tuttavia segnali di un inevitabile avvicinamento e di una progressiva integrazione, soprattutto in chiave ermeneutica, tra i due sistemi di protezione dei diritti. In effetti, è proprio sul piano della tutela dei diritti fondamentali che si assiste alla graduale condivisione a livello sovranazionale e internazionale di valori e di principi, quali il valore dell'eguaglianza e il principio della non discriminazione, «molti dei quali – a ben vedere – fanno già parte dei caratteri propri dello Stato costituzionale contemporaneo, al punto che ormai si può forse parlare di valori, principi e diritti del diritto costituzionale europeo ed internazionale»³¹⁷.

³¹⁷ G. GUIGLIA, *Discriminazione ed eguaglianza*, Op. cit., p. 19.

SEZIONE SECONDA

I limiti e gli effetti collaterali della tecnica antidiscriminatoria

1. Categorie ‘protette’ e rilevanza giuridica dei concetti linguistici: ‘marcato’ e ‘non marcato’

L'analisi della nascita e dell'affermarsi del paradigma antidiscriminatorio come estrinsecazione di un più vasto, quanto vago, principio di eguaglianza e il confronto critico tra i due diversi modelli di tutela antidiscriminatoria, quella americano da un lato, e quello europeo dall'altro, ci consente, giunti a questo punto, di fare una sintesi e qualche esemplificazione dei limiti e degli effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria. Si tratta di mettere a fuoco alcune criticità, già emerse nei capitoli precedenti con riferimento agli specifici modelli di tutela (funzione risarcitoria *versus* funzione redistributiva, giustizia individuale *versus* giustizia sociale o di gruppo, antidiscriminazione *versus* antisubordinazione, lettura soggettiva *versus* lettura oggettiva di discriminazione, tutela negativa *versus* tutela positiva), ma che qui assumono carattere generale o, per meglio dire, intrinseco alla logica stessa dell'antidiscriminazione, allorché venga intesa come la prevalente, se non addirittura l'unica, positivizzazione del principio di eguaglianza. In particolare, emergono tre ordini di problemi – categorizzazione delle differenze, lettura individuale anziché istituzionale del fenomeno discriminatorio, intersezionalità – che possono essere ricondotti alla fallacia originaria del paradigma antidiscriminatorio, il fatto, cioè, che si fondi e avvalori l'interpretazione del concetto di eguaglianza come *sameness*: categorizzando gli individui in base alle differenze rilevanti, il

diritto antidiscriminatorio finisce per considerare la differenza in termini valutativi. Come ampiamente descritto nel primo capitolo, infatti, l'eguaglianza come *sameness* non rappresenta più una relazione comparativa tra due entità distinte sulla base di una comune unità di misura, ma viene a esprimere la vicinanza o la distanza dell'oggetto misurato dall'unità di misura (che, per l'appunto, coincide con il termine di paragone del giudizio stesso). L'impostazione antidiscriminatoria rifletterebbe, quindi, un'eguaglianza valutativa per cui la non discriminazione sulla base del sesso, della razza, della religione, dell'orientamento sessuale, della disabilità e via dicendo si traduce in un dover essere trattati tutti come i maschi, i bianchi, i cristiani, gli eterosessuali, i soggetti autonomi e via dicendo).

Il primo ordine di critiche sta, dunque, nella classificazione delle persone in base alla loro differenza e nell'implicita attribuzione a tale differenza di una valenza negativa, venendo questa intesa come devianza rispetto alla norma. Il diritto antidiscriminatorio si fonda su un pensiero classificatorio che, inevitabilmente, include ed esclude, non essendo materialmente possibile prevedere tutte le sfaccettature identitarie che rendono unico un individuo e che, al tempo stesso, lo espongono alla discriminazione qualora non rientrante nelle aspettative del gruppo dominante. Il ricorso alla formula antidiscriminatoria comporta l'individuazione dei fattori, delle caratteristiche, delle condizioni (leggasi differenze) rilevanti e, pertanto, meritevoli di tutela. Tralasciando il fatto che ciò presuppone a monte una decisione di natura etico-politica circa quali siano le differenze rilevanti e rispetto alle quali non sono ammesse

disparità di trattamento³¹⁸, più in generale tale pensiero classificatorio configura la discriminazione stessa:

«il nome della differenza e la sua valutazione come vulnerabilità, inferiorità, devianza è prodotto dagli stessi che si propongono di tutelarla, coloro cioè che possiedono il potere per nominare e per trattare se stessi come detta la norma. Malgrado la differenza non risieda in alcuna persona, la comparazione è stata designata per distinguere se stessi dagli altri. Così la persona più alta chiama un'altra piccola, la persona più chiara chiama l'altra più scura, la gente vive e percepisce le cose all'interno delle relazioni sociali e culturali dominanti e usa queste relazioni per costruire ed esprimere sia il potere che il sapere».³¹⁹

In qualunque situazione, anche in ambito giuridico, le aspettative sociali conducono a percepire un certo stato di cose come ovvio, e pertanto non meritevole di essere notato, commentato o messo in discussione, mentre un diverso stato di cose attira inevitabilmente l'attenzione, e magari diviene anche oggetto di commenti, di critiche o bisognoso di protezione proprio in quanto deviante dalla norma. Ciò che ci si aspetta di trovare, e pertanto non viene notato, è il 'non marcato'; ciò che invece viene notato come non corrispondente alle aspettative è il 'marcato'. Questa trama di aspettative è alla base della percezione sociale della 'normalità': la normalità è appunto tutto ciò che non si nota in quanto si è stati abituati ad aspettarcelo³²⁰. Il problema, e il momento

³¹⁸ Si tratta, in effetti, di un problema centrale che andrebbe approfondito separatamente: nell'interpretazione dominante il problema dell'ineguaglianza è ridotto a un problema di classificazione nella legge, mentre il problema dell'eguaglianza è un problema di dominazione e subordinazione. È questa gerarchia che definisce quali differenze importano, e non all'inverso. Cfr., per esempio, C. MACKINNON, *Reflexions on Sex Equality under the Law*, Op. cit., pp. 116-150.

³¹⁹ M. MINOW, *Making all the difference*, Op. cit. p. 111.

³²⁰ Cfr., E. GOFFMAN, *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, Simon & Schuster Inc., 1963, edizione italiana a cura di R. Giammanco, *Stigma. L'identità*

in cui questa distinzione diventa rilevante per il diritto, è che tutta una serie di caratteristiche che gli esseri umani possono possedere vengono percepite come non marcate, mentre tutta un'altra serie di caratteristiche convenzionalmente considerate opposte alle prime vengono percepite come marcate. La conseguenza è che alcune persone attraversano la vita sentendo che il loro modo di essere è giusto, morale e desiderabile, e identificandosi come l'incarnazione della normalità e della norma, mentre altre sono continuamente poste nella condizione di doversi spiegare, giustificare e, spesso, difendere. Inoltre, questa distinzione ha conseguenze notevolissime, ma in molti casi non chiaramente percepite, anche sul godimento di tutta una serie di diritti. La distinzione tra marcato e non marcato non è un concetto giuridico o almeno non dovrebbe esserlo. Alla legge non dovrebbe infatti importare se un individuo è bianco o nero, maschio o femmina, eterosessuale o omosessuale o contemporaneamente albino, ebreo, nero, bisessuale e Asperger. Ciò non dovrebbe tantomeno influenzare coloro che la legge la interpretano e la applicano. Tuttavia, il diritto risente inevitabilmente dei paradigmi culturali e linguistici dominanti e ciò rende enormemente più facile affermare, salvaguardare e difendere i diritti delle persone che presentano caratteristiche considerate non marcate piuttosto che quelle delle persone che presentano caratteristiche considerate marcate.

L'*anti-discrimination principle*, inteso come principio anti-classificatorio e anti-differenzialista, che impone alla legge di non

negata, Ombre Corte, Verona, 2003. Scrive, così, a pagina 5: «*The attitudes we normals have toward a person with a stigma, and the actions we take in regard to him, are well known, since these responses are what benevolent social action is designed to soften and ameliorate. By definition, of course, we believe the person with a stigma is not quite human. On this assumption we exercise varieties of discrimination, through which we effectively, if often unthinkingly, reduce his life chances*».

operare disparità di trattamento tra soggetti in ragione dei diversi fattori ‘protetti’, rinforza implicitamente l’idea che il pieno godimento dei diritti, e in ultima analisi il riconoscimento dello *status* e della dignità di persona, sono in pratica collegati alla possibilità di essere riconosciuti come ‘non marcati’. Di conseguenza il non marcato esercita necessariamente una fortissima e continua pressione normativa sul marcato. Le persone che, per una qualunque caratteristica loro attribuita, vengono a trovarsi dalla parte sbagliata della linea che divide il marcato dal non marcato sono portate a desiderare di oltrepassare questa linea in quanto collegano questo traguardo al riconoscimento di diritti imprescindibili che non avrebbero mai dovuto essere messi in discussione. Il diritto antidiscriminatorio, fondandosi su una lettura dell’eguaglianza come *sameness*, non appare in grado di risolvere completamente il problema della discriminazione e della disegualianza: non viene, infatti, messo in alcun modo in discussione il fondamento del problema, che non è la discriminazione (per quanto evidentemente iniqua e intollerabile) contro questa o quella caratteristica protetta (leggasi marcata), bensì la distinzione stessa tra marcato e non marcato. Fino a quando coloro che vengono discriminati a causa dell’attribuzione di una qualche caratteristica marcata non vedranno altra soluzione ai loro problemi che ‘mimetizzarsi’ nel non marcato, rivendicando la propria ‘normalità’, ci saranno sempre persone più evidentemente marcate che continueranno a subire le conseguenze del proprio stigma. Si tratta di una tutela di tipo assimilazionista che, anziché riconoscere il valore della diversità, persegue l’obiettivo dell’indifferenza, mettendo in atto un meccanismo, talvolta implicito, di omologazione delle differenze alla norma standard.

In effetti, «la regola antidiscriminatoria agisce l'eguaglianza in un processo ascensionale di inclusione, che apre al soggetto discriminato l'accesso ad uno spazio prima o altrimenti precluso [...]. Tale spazio, tuttavia, pur risultando diversamente abitato, non viene ridefinito dal processo di inclusione, ma è piuttosto il soggetto a doversi ridefinire»³²¹. In altri termini, si garantisce alla categoria esclusa l'accesso al godimento degli stessi diritti e il riconoscimento della stessa dignità sociale affermando l'irrelevanza della sua differenza. Così, per esempio, anche l'invenzione delle quote, delle politiche di pari opportunità, delle politiche di *affirmative action*, che prevedono trattamenti favorevoli per raddrizzare discriminazioni e disuguaglianze storiche riproducono questa logica assimilazionista. Il fatto è che esse continuano ad avere come parametro di riferimento uno standard implicito, sicché si presentano e operano come deroghe, provvisorie, di quello standard, fino a quando i «diversi» non lo avranno raggiunto (cosa che può essere impossibile o indesiderabile o tutte e due le cose, nonché stigmatizzante per i cosiddetti «diversi»). La differenza si ripresenta sempre come patologia, mancanza, *deficit*. Non si vede poi come le politiche cosiddette del rispetto delle identità «diverse», posto che siano possibili e che non producano, come invece fanno, un effetto *boomerang*, siano applicabili a chi, come le donne, per esempio, non sono né una minoranza, né un gruppo etnico.

La necessità di 'nominare' una condizione di diversità, vulnerabilità, o comunque una caratteristica personale che differenzia un individuo dagli altri al fine di garantire tutela a chi ne è portatore finisce

³²¹ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna, come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009, cit. p. 1150.

per perpetuare lo stigma nei suoi confronti. Il processo per cui viene assunta come necessaria l'ascrizione di una caratteristica a una determinata 'categoria' innesca un circolo vizioso che fa perdere di vista la fondamentale constatazione per cui le condizioni personali non possono essere confinate nell'ambito delle rigide definizioni delle normative antidiscriminatorie. Ciò emerge con molta evidenza nel modello europeo di tutela antidiscriminatoria che, al fine di prestare tutela, richiede il bisogno di verificare se la caratteristica per cui si è stati discriminati sia stata codificata dal legislatore: è un'impostazione, peraltro, che sembra andare nella direzione opposta con l'affermata tendenza del diritto antidiscriminatorio verso una protezione universalistica della persona³²², in quanto procede per singoli ambiti di azione e per singole caratteristiche soggettive, richiedendo inevitabilmente un continuo 'aggiornamento' delle condizioni umane che sono (o potrebbero essere) causa di discriminazione, con l'evidente constatazione dell'impossibilità di codificarle esaustivamente una volta per tutte. L'effetto, non trascurabile, che paradossalmente ne deriva è un vuoto di tutela per le condizioni che il diritto europeo non norma ma che sarebbero egualmente bisognose di garanzia (si pensi alla condizione dei cittadini non europei).

1.2 Segue. Il concetto di discriminazione come condotta imputabile individualmente

Abbandonare l'idea di discriminazione come rottura individualizzata del principio aristotelico di giustizia, del trattare i casi

³²² Per esempio, ritiene che il diritto antidiscriminatorio sia in fase di continua e progressiva espansione, M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Op. cit.

uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso, rivolgendo l'attenzione alle relazioni di subordinazione/discriminazione tra i gruppi, di gerarchia di potere, di oppressione e stigmatizzazione porta al secondo ordine di critiche, vale a dire, la necessità di superare un altro presupposto del diritto antidiscriminatorio dominante: il concetto di discriminazione come condotta imputabile individualmente. L'imputazione individuale del trattamento discriminatorio, infatti, è alla base dei concetti di discriminazione diretta e discriminazione indiretta, che strutturano (e sembrano esaurire) il diritto antidiscriminatorio, tanto nel modello americano che in quello europeo. L'individualizzazione della responsabilità ha come effetto, da un lato, di rendere più labile e confuso il binomio discriminazione diretta/discriminazione indiretta e, dall'altro, di non far emergere un terzo tipo di discriminazione, quella istituzionale.

In principio, tra i concetti di discriminazione diretta e indiretta non vi dovrebbe essere confusione o alcun rischio di sovrapposizione, presupponendo, il primo, un comportamento differenziante che faccia esplicito riferimento a una delle caratteristiche definitorie della persona con delle conseguenze negative per quell'individuo (mancata assunzione, minore retribuzione a parità di mansioni, negazione di un diritto); intendendo, invece, il secondo come una condotta indifferenziante con delle conseguenze sproporzionatamente negative per un certo gruppo di individui rispetto ad un altro (misure, quindi, all'apparenza neutrali ma che hanno in concreto effetti discriminatori). Il problema sorge quando, oltre a collegare il concetto di discriminazione esclusivamente al danno subito dall'individuo, si accentua l'elemento dell'intenzionalità della condotta dell'agente, facendo perdere di vista che i meccanismi regolatori dell'agire sociale sono la vera causa della

discriminazione e non tanto il comportamento del singolo. Considerare, inoltre, discriminazione (diretta) sia quella che appare chiaramente (grammaticalmente) nella disposizione attraverso un trattamento differenziante, sia quella risultante dall'interpretazione (e la conseguente applicazione corretta o incorretta) di una disposizione indifferenziante finisce molto più con il confondere anziché con il chiarire. Questa tendenza, particolarmente evidente nell'esperienza americana, ha condotto all'elaborazione della nozione di discriminazione (diretta) come *de jure*, per distinguerla dalla discriminazione indiretta o *de facto*. Ci troviamo così di fronte al fatto che ciò che è stato chiamato discriminazione diretta (*de jure*) diventa un concetto confuso, complesso ed eterogeneo, in ogni caso vincolato alla («prova» della) intenzionalità, ed il cui ambito di applicazione riguarda tanto il testo della legge quanto l'approvazione e l'applicazione di una legge indifferenziante nei suoi termini. Inoltre che possa anche parlarsi di discriminazione diretta o *de jure* nel caso di disposizioni neutre nella loro formulazione farà confondere ulteriormente il confine tra questo tipo di discriminazione e la discriminazione indiretta (*de facto*) che, come si è detto, si produce quando una disposizione neutra nella sua formulazione presenta nella sua applicazione effetti (negativi) sproporzionatamente maggiori su un gruppo socialmente subordinato. Ma non si tratta soltanto di una questione di chiarezza o di confusione. Al contrario, l'oscurità che circonda queste due figure (discriminazione diretta/indiretta o *de jure/de facto*) incentra il dibattito giudiziario su questo presunto binomio, lasciando fuori – anzi, neanche nominata – la discriminazione istituzionale (strutturale, sociale, sistemica, diffusa, ecc.), cioè l'esistenza di realtà sociologicamente verificabili (ad esempio che la prostituzione, la violenza domestica o le molestie sessuali colpiscano

fondamentalmente le donne, che la delinquenza, lo spaccio o la povertà riguardino prevalentemente gli immigrati, che il bullismo, i discorsi d'odio e la mancanza di riconoscimento siano problemi riservati unicamente agli omosessuali e via dicendo), non riconoscendo che questo accade, tra l'altro, come conseguenza della mancanza di discussione (o dell'assunzione interessata, a seconda dei punti di vista) di ciò che è considerato come «disposizione neutra»; o meglio ancora, di confondere una disposizione neutra con una disposizione neutrale³²³.

Ciò determina una dinamica che oltre a ridurre la dimensione «collettiva» della problematica (giacché la individualizza), lascia fuori gran parte di quelle realtà di subordinazione o discriminazione strutturale menzionate, che non possono rientrare nella fattispecie della discriminazione così intesa, perché si presuppone che dipendano dalla scelta o dall'autonomia degli individui di quel gruppo o, in definitiva, perché si fondano su decisioni che appartengono all'ambito privato (cioè come se tutte le donne preferissero i lavori domestici a una carriera professionale, come se tutti gli immigrati scegliessero di delinquere come progetto di vita o come se tutti gli omosessuali decidessero liberamente di vivere nell'ombra, senza tutele e senza la possibilità di esprimersi liberamente). Tutto ciò sfugge al diritto antidiscriminatorio interpretato in chiave di discriminazione soggettiva e intenzionale e votato prevalentemente a una funzione risarcitoria di giustizia individuale. La discriminazione è invece un fenomeno «strutturale», «sociale», «istituzionale», «sistemico», «diffuso», che si mostra e viene

³²³ Nella problematica relativa alla disuguaglianza di genere, per esempio, questo vuol dire che, sotto l'etichetta della neutralità e sotto la forma dell'astrazione si nascondono precetti «maschili» che riproducono la discriminazione strutturale delle donne nella società. Cfr., fra i molti, C. MACKINNON, *Reflexions on Sex Equality under the Law*, Op. cit.

percepito non tanto attraverso i trattamenti (individuali) discriminatori, quanto attraverso gli effetti discriminatori su determinati gruppi. Il cambiamento socio-giuridico in vista di una maggiore giustizia sociale – avverte Maggy Barrère³²⁴ – può essere attivato sia a partire dall’idea di eguaglianza, sia a partire dall’idea di discriminazione. Mentre dalla prima prospettiva si sono mosse, ormai da anni, le critiche all’impostazione liberale e individualista del diritto, principalmente in difesa dei diritti sociali ma, negli ultimi anni, anche intorno ai beni comuni, l’idea di discriminazione ha messo in rilievo quegli aspetti della problematica riconducibili agli assetti di potere, alle relazioni di dominazione/subordinazione, ai fenomeni di oppressione nascosti dietro la pretesa neutralità e universalità del diritto stesso³²⁵. Sintetizza brillantemente MacKinnon, ricavando, dalla teoria femminista, un principio antidiscriminatorio indirizzato alla lotta contro quella che l’autrice definisce «subor-discriminazione», ovvero l’idea che anche la discriminazione «strutturale», «istituzionale», o «sistemica» debba

³²⁴ M.A. BARRÈRE – A. CAMPOS (a cura di), *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, Dykinson, Madrid, 2004. Così anche N. LACEY, *From Individual to Group?*, in B. HEPPLÉ, E. SZYSZCZAK (a cura di), *Discrimination: The Limits of Law*, Mansell, Londra, 1992, pp. 99-124.

³²⁵ Si rimanda alle riflessioni di Letizia Gianformaggio che, nei suoi lavori sul principio di eguaglianza, distingue il concetto di «eguaglianza/differenza valutativa», imputandogli il meccanismo concettuale che permette di tradurre nell’ambito del discorso giuridico e della teoria del diritto le critiche di assimilazionismo che, dalla teoria politica e dai movimenti, il femminismo aveva rivolto all’eguaglianza. In secondo luogo, muovendo dalla critica dell’astrattismo e del formalismo dell’eguaglianza ri-concettualizza la nozione di discriminazione come fenomeno «che finalmente consideri violazione del principio giuridico dell’eguaglianza l’oppressione oltretutto la mera discriminazione, o addirittura l’oppressione anziché la discriminazione». Così in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, Op. cit.; *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995; *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rivalutazione dell’eguaglianza*, Op. cit.; *L’eguaglianza e le norme*, in L. GIANFORMAGGIO – M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 373-406.

essere considerata a tutti gli effetti una discriminazione giuridica, negando che vi possano essere rispetto ad essa comportamenti «innocenti» o del tutto neutrali del diritto. Nel caso della disegualianza di genere, la giurista americana scrive:

«Abbiamo bisogno di una nozione di discriminazione e di azione dello stato più comprensiva. In una serie di esempi, il diniego di accesso all'aborto, l'esclusione dello stupro maritale, la mancata implementazione di leggi contro la violenza domestica, la difesa basata sull'errore circa il consenso nei casi di stupro, e la protezione statale della pornografia, sono tutti atti di governo sessuati (*gendered*). Nella misura in cui non vengono riconosciuti come discriminazione sessuale o azione dello stato, quei concetti perpetuano un pregiudizio di genere [...] Non vedere la mano dello stato in quegli esempi [...] equivale a perdere molto del modo in cui il diritto [...] penetra e struttura le relazioni tra i sessi, istituzionalizzando il dominio maschile».³²⁶

³²⁶ C. MACKINNON, *Reflexions on Sex Equality*, Op. cit., p. 148. In effetti, l'autrice conduce la propria critica agli approcci prevalenti in tema di eguaglianza tra i sessi. Approcci che oscillano tra due estremi. Da un lato, infatti, l'approccio dell'eguaglianza come somiglianza ci chiede l'applicazione di uno standard unico e neutrale che tratti le donne come gli uomini; dall'altro, l'approccio della differenza ci chiede di essere attenti a ciò che è peculiare delle donne, il che implica il ricorso ad un doppio standard e la disponibilità a concedere benefici e protezione speciale in nome del riconoscimento di queste differenze. In entrambi i casi, secondo MacKinnon, ciò che viene dissimulato, nascosto e reso invisibile, è il modo in cui l'uomo è divenuto misura effettiva di tutte le cose: «*sulla base dello standard della somiglianza le donne vengono valutate in base alla corrispondenza con l'uomo, la loro eguaglianza è giudicata in base alla loro prossimità all'unità di misura maschile. Sulla base dello standard della differenza, invece, le donne vengono valutate in base alla mancanza di corrispondenza con l'uomo, il loro essere donne è giudicato in base alla distanza rispetto all'unità di misura maschile*». MacKinnon propone, dunque, un radicale cambiamento di prospettiva che ri-concettualizza il diritto antidiscriminatorio e che è condiviso dalle teorie dell'intersezionalità: nell'approccio del dominio le questioni di eguaglianza devono essere viste come questioni politiche legate alla distribuzione del potere. Abbandonando lo standard maschile come punto di riferimento tacito, le differenze delle donne appaiono ora come disegualianze determinate da un'iniqua distribuzione del potere, e l'azione positiva non come una 'speciale richiesta di protezione', ma come una redistribuzione del potere necessaria alla realizzazione di un'eguaglianza sostanziale.

1.3 Segue. La non considerazione delle discriminazioni multiple. L'intersezionalità

La riflessione critica intorno al diritto antidiscriminatorio e ai suoi limiti conduce a evidenziare un terzo ordine di problematicità. Nelle formule del diritto antidiscriminatorio, come è noto, la discriminazione si produce in associazione a «fattori» isolati o, al massimo, cumulativi (nascita, razza, sesso, etnia, religione, orientamento sessuale, *handicap*, ecc.). La discriminazione, infatti, viene individuata e affrontata come un fenomeno in cui i diversi «fattori» di discriminazione agiscono indipendentemente gli uni dagli altri. Si procede, in altri termini, per compartimenti stagni, tutelando la persona per segmenti soggettivi che vengono di volta in volta in rilievo, a seconda del tipo di discriminazione subita e del motivo che l'ha originata, senza mai situarsi nel contesto in cui quella persona agisce e senza mai approfondire come la differenza sia qualcosa che agisce contemporaneamente su tutti gli attributi che descrivono un soggetto, non essendo possibile parlare di una dimensione della diversità senza chiamare in causa anche le altre. In effetti, l'approccio omogeneo e giustapposto nel trattamento delle diverse forme della discriminazione non prende in considerazione il fenomeno dell'intersezionalità, così come è stato definito dai suoi primi teorizzatori³²⁷, ovvero sia le dinamiche di interazione tra i diversi sistemi

In questo senso, l'approccio del dominio, al contrario dell'approccio della differenza, non si limita a fotografare la realtà, ma punta a cambiarla.

³²⁷ Già nel saggio del 1989, K.W. Crenshaw avvertiva il problema posto dalla intersezionalità come limitativo del potenziale del diritto antidiscriminatorio. Cfr., K.W. CRENSHAW, *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-racist Politics*, in H. LUTZ, M.H. VIVAR, L. SUPIK (a cura di), *Framing Intersectionality*.

di oppressione. Da questa prospettiva, le caratteristiche personali menzionate dal diritto antidiscriminatorio interagiscono tra di loro adottando forme diverse di discriminazione-subordinazione e rimandano a una visione della differenza come relazione basata simultaneamente su punti di somiglianza e punti di differenziazione. In sostanza, l'intersezionalità mette in dubbio la possibilità di parlare di 'genere' senza parlare anche di 'razza', 'religione' o di 'classe'; si interroga sull'interazione di queste caratteristiche, se esista una gerarchia nel rapporto tra le diversità e come il diritto dovrebbe prendersene carico. Centrale per il pensiero intersezionale è la nozione di 'categoria sociale', ossia categorie quali razza, sesso, età, religione, classe, orientamento sessuale, disabilità ecc. che suddividono le persone in gruppi a seconda del contesto sociale in cui vivono. Nira Yuval-Davis offre la seguente definizione della rilevanza e del funzionamento di queste categorie nel determinare la differenza fra persone:

«Le categorie sociali esistono nel modo in cui le persone sperimentano soggettivamente nelle loro vite quotidiane episodi d'inclusione ed esclusione, discriminazione e svantaggio, aspirazioni specifiche e specifiche identità. È importante il fatto che ciò comprenda non solo ciò che esse pensano di se stesse e della propria comunità, ma anche i propri atteggiamenti e pregiudizi verso gli altri. Le categorie sociali, inoltre, esistono anche sul piano delle rappresentazioni dove si

Debates on a Multi-faceted Concept in Gender Studies, Ashgate, Burlington, 2011, pp. 25-42. Ancora più esplicitamente, in un lavoro del 1991 mostrava come i problemi del disegno ad asse singolo fossero applicabili non soltanto al femminismo, ma in generale alla militanza politica basata sull'identità. Cfr., K.W. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Colour*, in *Stanford Law Review*, 43, 6, 1991, pp. 1241-1299. La spinta generale dell'autrice non era l'abbandono di categorie come la razza o il sesso, né il rifiuto della politica dell'identità, ma lo sviluppo di un quadro teorico e politico attento alle intersezioni di subordinazione che cartografano i margini dell'identità.

esprimono nelle immagini e nei simboli, nei testi e nelle ideologie, fra cui quelle relative alla legislazione»³²⁸.

Dal punto di vista intersezionale, quindi, ogni persona ‘appartiene’ a più categorie sociali e queste interagiscono fra loro sia a livello soggettivo, che a livello di gruppi e istituzioni. Per parlare di intersezionalità non basta tuttavia fare un elenco di queste categorie, ma è necessario considerare la relazione che esiste fra loro. L’attenzione si sposta così su quelli che sono stati chiamati «incroci»³²⁹, oppure «intersezioni fra assi di potere»³³⁰, creati, per l’appunto, dalla sovrapposizione di quelle categorie che sono più significative a seconda del contesto.

Il diritto antidiscriminatorio, così come è venuto sviluppandosi (con fattori isolati e giustapposti, con il requisito di comparazione e possibilità di assimilazione), funziona come una grata nel pavimento, da dove coloro che sono in cima possono tentare di entrare (con difficoltà e poggiando sugli altri che sono sotto). Coloro che sono sotto, invece, devono arrangiarsi per riuscire ad arrampicarsi fino alla grata. Quest’immagine descrive bene come si debba intendere l’intersezionalità nel suo rapporto con il diritto antidiscriminatorio. Nonostante sia stata prodotta una copiosa letteratura giuridica (soprattutto anglofona) su questo rapporto, l’utilizzo dell’intersezionalità come criterio o guida nel disegno e nell’applicazione del diritto (o del principio antidiscriminatorio nel diritto) è molto inusuale. Inoltre, laddove è stato

³²⁸ N. YUVAL-DAVIS, *Belonging and the Politics of Belonging*, in *Patterns of Prejudice*, s. XL, n. 3, 2006, pp. 196-213, cit. p. 198.

³²⁹ Così K.W. CRENSHAW, *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-racist Politics*, Op. cit.

³³⁰ N. YUVAL-DAVIS, *Belonging and the Politics of Belonging*, Op. cit.

utilizzata, i risultati non sono né soddisfacenti, né conclusivi in riferimento alle sue potenzialità³³¹. Tuttavia, questo concetto è molto utile per analizzare criticamente l'interpretazione e applicazione degli strumenti antidiscriminatori, denunciandone i limiti e, in certi casi, gli effetti collaterali proprio ai danni di coloro che invece si vorrebbe tutelare. Emblematico è un caso deciso da una Corte d'Appello federale americana, *DeGraffenreid v. General Motors* del 1976, che vedeva cinque operaie nere disoccupate accusare la fabbrica per cui lavoravano di discriminazione di tipo sia razziale che sessuale. La loro linea d'accusa si basava sull'evidenza che prima del 1964, anno di promulgazione del *Civil Rights Act*, la General Motors non aveva mai assunto una donna nera. Quando, dal 1970 in poi, la fabbrica iniziò a ridurre il proprio personale in risposta alla crisi economica, si decise di tutelare chi aveva più anni di anzianità lavorativa. Di conseguenza, le operaie nere furono licenziate, visto che nessuna aveva accumulato abbastanza anni di lavoro. Le donne bianche e gli uomini neri, invece, per la maggior parte assunti prima del 1964, conservarono il loro posto di lavoro. La Corte distrettuale respinse tutte le istanze delle ricorrenti, motivando che all'accusa non sarebbe stato consentito di combinare assieme più *discrimination claims* per creare un nuovo 'superprovvedimento' poiché avrebbe significato pretendere una riparazione che sarebbe andata oltre le intenzioni di coloro che avevano agito. I giudici, quindi, si concentrarono sul decidere se il caso di specie avesse

³³¹ Cfr., in particolare, il saggio di T. WILLIAMS, *Intersectionality analysis in the sentencing of Aboriginal women in Canada: what difference does it make?*, in E. GRABHAM – D. COOPER – J. KRISHNADAS – D. HERMAN (a cura di), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, Routledge, Abington, 2009, pp. 79-104, sull'intersezionalità come meccanismo introdotto nel sistema penale canadese per tentare di aggiustare la sovra-rappresentazione di Aborigeni canadesi tra la popolazione reclusa.

dovuto essere esaminato come una discriminazione di razza o come una discriminazione di sesso, o eventualmente nessuna, ma non come una combinazione delle due. La Corte rispose alle accuse di discriminazione sessuale sostenendo che non era vero che prima del 1964 la General Motors non aveva assunto donne – non considerando che in realtà si trattava solo di donne bianche. Per quanto riguardava la discriminazione a sfondo razziale, la Corte decise di non procedere poiché l'azienda era già imputata per lo stesso reato in un procedimento ancora aperto (il *Moley v. General Motors*), in cui l'accusa era sostenuta da un gruppo di lavoratori neri (maschi). Consigliando le querelanti di unirsi all'accusa del Moley, la Corte dichiarò il caso chiuso. In effetti, questo esempio è la dimostrazione della rigidità con la quale è concepito il diritto antidiscriminatorio, una rigidità che rivela come la nozione di discriminazione sessuale sia concepita in riferimento all'esperienza di donne bianche. Allo stesso modo, la discriminazione razziale ha come oggetto reale di tutela gli uomini neri. Da questo quadro, quindi, le 'donne nere' sono tagliate fuori.

Le istanze antidiscriminatorie procedono individuando la categoria specifica di discriminazione giudicata rilevante e dimostrando successivamente che c'è stata l'intenzione di discriminare rispetto a questa categoria. Con ciò si assume che chi discrimina maltratterebbe, in linea teorica, tutti i soggetti che fanno parte di quella categoria. Eppure, sempre in linea teorica, è sufficiente altresì che una sola persona che ne fa parte non venga maltrattata, per inferire l'assenza di discriminazione verso l'intero gruppo e invalidare il ricorso antidiscriminatorio. C'è, comunque, da dire che il diritto comunitario, ad esempio, ha incominciato a muoversi verso un approccio in termini di discriminazioni multiple. L'articolo 13 del Trattato di Amsterdam ha

aperto alla lotta contro le discriminazioni per ragioni non solo di sesso e nazionalità, ma anche di origine razziale o etnica, di religione o credenza, di inabilità, di età o di orientamento sessuale e identità di genere. Le direttive di seconda generazione e gli strumenti normativi, che esse hanno introdotto, hanno in qualche modo ‘problematizzato’ la prospettiva categoriale: la nozione di molestia, per esempio, fa ricadere nell’ambito della discriminazione anche tutti i comportamenti, le parole o i gesti indesiderati, aventi lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Appare significativo il fatto di focalizzare l’analisi sull’idoneità dell’atto a ledere l’interesse protetto (la dignità della persona), senza la necessità di categorizzare la vittima o di instaurare un confronto comparativo con la situazione di altri soggetti. In questo modo si rende possibile offrire una tutela più piena e inclusiva per tutte quelle situazioni personali e sociali minoritarie e non rientranti negli schemi giuridici classici.

Nonostante questo, però, anche nel modello antidiscriminatorio europeo permangono elementi di criticità dovuti alla sua logica di base: le attuali politiche antidiscriminatorie tendono comunque ad alimentare la competizione politica tra le diseguaglianze, a creare una gerarchia delle discriminazioni³³² e a mantenere il carattere essenzialmente individualizzato delle proposte antidiscriminatorie anche con riferimento alle «discriminazioni multiple». A monte è forse necessario rivedere la relazione tra politiche pubbliche di eguaglianza e diritto antidiscriminatorio. Forse a causa dello stretto vincolo tra l’origine del diritto antidiscriminatorio e la produzione giurisprudenziale, c’è una certa

³³² Cfr., tra gli altri, M. BELL, *Critical Review of Academic Literature Relating to the EU Directives to Combat Discrimination*, European Commission, Bruxelles, 2004.

tendenza a giurisdizionalizzare il paradigma antidiscriminatorio, a vederlo in riferimento quasi esclusivamente al momento applicativo del diritto. Invece c'è la necessità, per rispondere alla potenzialità del concetto rivisto di discriminazione e per rispondere ai quesiti posti dall'intersezionalità, di «costruire un nuovo diritto antidiscriminatorio che parta dal disegno politico-normativo»³³³.

1.4 Segue. Qualche caveat sugli strumenti antidiscriminatori: l'effetto boomerang dell'azione positiva

Sono stati gli Stati Uniti i primi ad aver adottato, alla fine degli anni Settanta, una linea di intervento pubblico contro la discriminazione razziale e sessuale ispirata al riconoscimento dei diritti civili e finalizzata a rettificare la posizione dei neri e delle donne nel mondo del lavoro e delle professioni, una linea conosciuta sotto l'espressione *affirmative actions* (azioni positive). L'iniziativa intrapresa a suo tempo dalle istituzioni americane e implementata negli anni successivi, in mezzo a successi e a passi indietro, ha contribuito a contrastare le pratiche discriminatorie, favorendo l'accesso al mondo del lavoro, l'avanzamento di carriera, il raggiungimento di più alti titoli di studio, eliminando gli ostacoli più vistosi nei percorsi lavorativi di tali categorie svantaggiate. La comparsa delle prime *affirmative actions* nel contesto statunitense

³³³ In questo senso si sono espressi numerosi esperti del diritto antidiscriminatorio europeo fra i quali S. FREDMAN, *Double Trouble: multiple discrimination and EU law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, Issue No. 2, 2005, pp. 13-18; S. HANNETT, *Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, in *23 Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, pp. 65-86 e D. SCHIEKAND - V. CHEGE (a cura di), *European Union Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Routledge, Londra, 2008.

venne giustificata – e diversamente non avrebbe potuto essere – con la necessità di rimediare a passate discriminazioni, concretamente realizzatesi, non dunque per attuare un’equa distribuzione delle risorse disponibili. Il Titolo VII del *Civil Rights Act* prevedeva, infatti, che un giudice, accertata la violazione delle norme antidiscriminatorie, potesse imporre, all’autore dell’infrazione, di adottare le misure di favore ritenute necessarie a correggere e risarcire gli effetti delle discriminazioni inflitte. Si trattò inizialmente, dunque, di azioni positive imposte dalle autorità giurisdizionali. Soltanto più tardi si sarebbero manifestati programmi legislativi promozionali, o piani di misure preferenziali adottati volontariamente dai soggetti privati, che in tal modo avrebbero evitato il rischio di azioni giudiziarie. Senza tornare nel merito del dibattito americano in tema di legittimità delle azioni positive, alla luce della lettura *color blindness* della Costituzione americana e dell’interpretazione formale e individualista dell’*Equal Protection Clause*, quello che qui interessa evidenziare riguarda l’efficacia di tali strumenti normativi intesi come misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con un determinato fattore di discriminazione allo scopo di assicurare l’effettiva e completa parità. In America, il dibattito ha condotto a vero e proprio spartiacque tra due concezioni dell’eguaglianza e del principio di non discriminazione: quella risarcitoria (in cui si tratta di dimostrare il comportamento intenzionalmente discriminatorio e ‘punirlo’ con uno strumento di contrasto della discriminazione come l’introduzione di un piano di misure positive) e quella promozionale o redistributiva (in cui le azioni positive assumono una funzione di pareggiamento dello squilibrio di potere tra gruppi e, quindi, di integrazione sociale)³³⁴.

³³⁴ La giurisprudenza della Corte Suprema americana sembra ormai da tempo aver

Negli ordinamenti europei, la questione delle azioni positive giunge più tardi e con modalità differenti: anzitutto, tali misure sono focalizzate non tanto sulla razza (per evidenti ragioni storiche), ma essenzialmente sulle pari opportunità tra uomo e donna, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario; le azioni positive poi si diffondono su altri versanti, come le politiche per la disabilità e le forme di tutela delle minoranze linguistiche; in secondo luogo, l'azione positiva non viene interpretata in termini di «risarcimento di una discriminazione passata», di concessione di «vantaggi» o di «eccezione» al principio generale d'eguaglianza, pur trattandosi di misure che mettono in discussione ciò che comunemente viene considerato «merito», bensì come misura atta a controbilanciare e rimuovere gli effetti dannosi dei pregiudizi radicati nella struttura sociale e culturale nei confronti di alcune categorie di individui. Così, infatti, la Corte di Giustizia ha tendenzialmente ritenuto legittime le azioni positive allorché finalizzate a promuovere una parità di *chances*: nella sentenza *Kalanke*³³⁵, per esempio, la Corte ha manifestato l'adesione rispetto alla distinzione tra azioni positive che perseguono l'eguaglianza di opportunità e quelle che perseguono l'eguaglianza di risultato, riconoscendo solo alle prime la compatibilità con l'ordinamento comunitario. L'azione positiva dovrebbe soltanto rimuovere le barriere che non consentono a tutti di competere ad armi pari, senza mai spingersi, però, ad attribuire una preferenza assoluta e incondizionata a un certo gruppo perché in tal caso si eccederebbero i

bocciato la prospettiva orientata in chiave redistributiva delle *affirmative actions*: nel caso *Adarand* del 1995, la maggioranza dei giudici della Corte boccia un piano di azioni positive nel campo degli appalti pubblici, ribadendo il principio *color-blind* della Costituzione americana e affermando che non esiste e non può esistere una razza creditrice e una razza debitrice di interventi pubblici preferenziali e che le azioni positive non fanno altro che alimentare il pregiudizio razziale.

³³⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*.

limiti della deroga all'eguaglianza formale «sostituendo all'obiettivo della promozione delle pari opportunità, un risultato al quale si potrebbe pervenire solo mediante l'attuazione di tale obiettivo»³³⁶. Successivamente la Corte ha allentato questa posizione e, pur senza discostarsi dallo schema incardinato sulla dualità eguaglianza di opportunità/eguaglianza di risultato, ha ammesso la fondatezza, a certe condizioni, anche di misure positive che garantiscano 'risultati' in tema di parità di trattamento. Pertanto, in casi come *Marshall*³³⁷ e *Badeck*³³⁸, ha affermato la legittimità delle azioni dirette a promuovere la preferenza di candidati di sesso femminile, a parità di qualificazioni rispetto ai concorrenti di sesso maschile e in ambiti in cui le donne sono sottorappresentate, a patto che il meccanismo preferenziale non scatti incondizionatamente ma consenta, comunque, in presenza di certe altre condizioni, di poter preferire anche il candidato di sesso maschile. Si fa strada allora l'idea che il giudizio di legittimità sulle misure positive, a differenza di quanto non avvenga negli Stati Uniti, si debba impostare secondo un parametro di proporzionalità, ammettendosi che, in certe situazioni e a certe condizioni, le azioni positive possano agire sull'inserimento sociale degli appartenenti a gruppi svantaggiati, assicurando loro un'effettiva preferenza nelle assunzioni, nelle promozioni e nelle cariche rappresentative.

Dall'esperienza comunitaria, inoltre, è stato possibile apprendere che lo strumento delle azioni positive, soprattutto quando procede più vivacemente a favorire l'avanzamento di un gruppo a discapito di un altro (come, per esempio, nel caso delle cosiddette 'quote rose' in

³³⁶ *Id.*, cit. §§ 22-23.

³³⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marshall*.

³³⁸ Corte di Giustizia, sentenza del 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck*.

materia di rappresentanza politica femminile), non è agevole da gestire e non è privo di controindicazioni politiche e sociali. In Europa, il divieto di discriminazione ha portato a introdurre una serie di misure e meccanismi che arrivano sino a ‘rovesciare’ la discriminazione a sfavore dello stesso gruppo privilegiato: alcuni autori hanno parlato di tecniche di «diritto diseguale»³³⁹ per descrivere quegli strumenti normativi che, per realizzare l’eguaglianza sostanziale, devono operare un trattamento discriminatorio, rompendo la regola aristotelica della parità di trattamento. Non solo sarebbe un diritto ‘diseguale’ ma anche ‘attivo’ nel senso che prova a cambiare i fatti, prova a incidere sulle strutture sociali, economiche e culturali attraverso le strutture giuridico-formali. Tuttavia tali azioni, se da una parte rappresentano una potente risorsa per il principio di eguaglianza³⁴⁰, dall’altra corrono il rischio di trasformarsi in un *boomerang* contro gli stessi gruppi che intendono favorire. Anzitutto, è necessario non dimenticare il carattere ‘temporale’ di queste misure: essendo di per sé ‘discriminatorie’, necessarie per correggere una disparità sostanziale, il loro impiego deve essere limitato temporalmente, per evitare che esse determinino a loro volta discriminazioni effettive (o discriminazioni al rovescio). Le *affirmative actions* devono poi essere ‘flessibili’, e cioè in grado di adeguarsi alle mutevoli circostanze regolate

³³⁹ A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002. Si veda anche G. DE SIMONE, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in M.V. BALLESTRERO, G.G. BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005 e M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008.

³⁴⁰ La Corte costituzionale italiana, per esempio, ha definito le azioni positive «il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell’autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate». Così nella sentenza n. 109 del 1993, in Giur. cost. 1993, in cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legge che introduceva azioni positive per l’imprenditoria femminile.

e ‘proporzionate’ alla situazione di disuguaglianza che intendono riequilibrare. Altrimenti queste misure finiscono col diventare degli slogan politici meramente formali e privi di un reale impatto sui pregiudizi e gli stereotipi che poi sono alla base delle discriminazioni e delle disuguaglianze.

Ma la vera obiezione che viene mossa alla tecnica delle azioni positive e che fa dubitare della loro efficacia consiste nel loro effetto stigmatizzante nei confronti dei soggetti appartenenti al gruppo che si vuole supportare: ancora una volta si sottolinea la loro ‘devianza’ e ‘inferiorità’ rispetto alla norma, incarnata dal gruppo dominante. Non si scardina la loro subordinazione rispetto al gruppo dominante ma la si rafforza, trattandoli come soggetti ‘non autonomi’ che necessitano, cioè, di interventi normativi per supplire alla loro mancanza. Pertanto, la previsione di misure di favore radicherebbe ancor di più negli appartenenti ai gruppi deboli la consapevolezza della propria inferiorità e subordinazione rispetto agli altri. L’accesso delle donne allo scranno della politica o alla carica dirigenziale, per esempio, non dovrebbe avvenire sulla base di un’imposizione aprioristica, del tutto sconnessa da tutti gli altri fattori che, in concreto, influiscono sulle effettive opportunità di ogni persona alla scalata sociale. L’effetto stigmatizzante ed essenzialista, che certe norme a favore delle donne possono produrre, finirebbe per rinforzare il pregiudizio di fondo, ovvero di tutte le donne come votate esclusivamente alla cura e alla maternità e come ‘*less able workers*’, e si tradurrebbe in altrettanti freni al loro ingresso nel mondo del lavoro, promuovendo una sorta di segregazione di ritorno. Si pensi alla posizione di chi legge tali misure come ‘discriminazioni alla rovescia’ (*reverse discrimination*), come sacrificio dei diritti del singolo appartenente al gruppo forte per esigenze sociali. Se si propongono le

quote per le donne nei consigli di amministrazione o nelle aule parlamentari, si potrebbero anche proporre le quote per i figli di operai o per le persone timide – o per ogni altro gruppo che per qualsiasi ragione possa incontrare qualche ostacolo nel processo di socializzazione. Limitarsi ad agire su un fattore e ignorare gli altri può risultare distorsivo persino rispetto alle stesse finalità di garantire alle persone un’effettiva parità di *chances* – al punto anche da favorire i privilegiati della categoria protetta a scapito degli svantaggiati nella categoria non protetta. Per esempio, in Italia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 422 del 1995, ha affermato che qualsiasi norma in materia elettorale contenente riferimenti al sesso debba ritenersi incostituzionale, in quanto lesiva dell’articolo 3, primo comma, della Costituzione, salvo poi esortare i partiti politici a riequilibrare la presenza degli uomini e delle donne all’interno delle Assemblee elettive: tuttavia questo appello, ripetuto con toni diversi nella decisione n. 49 del 2003, è rimasto quasi inascoltato³⁴¹. In effetti, il tema delle ‘quote rosa’ ha rappresentato un vero e proprio banco di prova per trovare un fondamento costituzionale allo strumento legislativo delle azioni positive³⁴². Nelle istituzioni rappresentative, a ogni livello di governo, le donne continuano a scontrarsi contro una sorta di ‘tetto di cristallo’ che impedisce, di fatto,

³⁴¹ Per un approfondimento si veda E. STENICO, *Eguaglianza di genere e pari opportunità. Nuovi spunti di riflessione offerti dalla sentenza della Corte costituzionale n.49 del 2003*, in RGL, II, 2003.

³⁴² Le azioni positive hanno trovato riconoscimento nell’ordinamento italiano a partire dall’inizio degli anni Novanta. Le prime leggi sono la n. 125 del 1991 (azioni positive per la realizzazione della parità uomo–donna nel lavoro) e la n. 215 del 1992 (azioni positive per l’imprenditoria femminile). Cfr., la sentenza n. 109 del 1993, con note di A. ANZON, *L’additiva «di principio» nei giudizi in via principale*, e M. AINIS, *L’eccezione e la sua regola*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1993. Sulle origini dell’*affirmative action policy* si veda, inoltre, M. AINIS, *Azioni positive e principio d’eguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1992, pp. 585 e ss; A. CERRI, *Azioni positive*, in *Id.*, *L’eguaglianza*, Laterza, Roma–Bari, 2005, pp. 37–48.

una pari possibilità (fra uomini e donne) di competere all'assegnazione di seggi. Per superare queste barriere (formalmente) invisibili, il legislatore ordinario prima, costituzionale e regionale dopo, è intervenuto per assicurare una effettiva parità di accesso per gli uomini e le donne alle cariche elettive. Sulla legittimità di tali previsioni è intervenuta più di una volta la Corte costituzionale che lo ha fatto, da ultimo, nella sentenza n. 4 del 2010 dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione della legge elettorale campana, che stabilisce l'obbligo in capo all'elettore regionale, nel caso in cui questo decida di esprimere due preferenze, di indicarne una riguardante un candidato di genere maschile e l'altra un candidato di genere femminile della stessa lista, pena l'annullamento della seconda preferenza. Se la sentenza del 1995 ha costituito una (apparente) netta chiusura da parte della Consulta al sistema delle misure riequilibratrici della rappresentanza³⁴³, tale chiusura è stata con il tempo superata dalla stessa giurisprudenza. Già nella sentenza n. 49 del 2003 la Corte compieva un passo decisivo nel definire i termini della questione. Il giudice costituzionale – supportato dal mutato quadro costituzionale che esplicita l'obiettivo del riequilibrio di genere rendendo doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni – svolge una duplice azione chiarificatrice: in primo luogo, distingue le disposizioni contestate sulla parità di accesso alle cariche elettive dall'ambito delle azioni positive in senso 'forte', ritenendo che non si tratti di misure legislative che pongono in essere trattamenti direttamente preferenziali

³⁴³ Così, U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle 'quote' nelle liste elettorali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1995. Ampiamente, sul punto, cfr. G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1995.

favorendo un genere a discapito dell'altro; in secondo luogo, considera che le disposizioni contestate non incidono sul contenuto dei diritti all'elettorato attivo e passivo, poiché esse «*stabiliscono un vincolo non già all'esercizio del voto o all'esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste elettorali, precludendo loro (solo) la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso*»³⁴⁴, specificando altresì come tale vincolo operi solo nella fase anteriore alla competizione elettorale e non incida su questa. Il giudice costituzionale, quindi, ritenendo utopistico il verificarsi di un mutamento spontaneo del contesto politico-culturale per garantire l'affermazione dei principi di riequilibrio sul piano dell'effettività, nonostante l'evoluzione costituzionale, avalla l'intervento del legislatore regionale teso ad imporre ai partiti delle misure volte a realizzare l'eguaglianza delle condizioni di partenza (parità di *chances*) senza incidere sui risultati della competizione elettorale (in linea con la distinzione operata dalla Corte di Giustizia tra azioni volte a assicurare l'eguaglianza di opportunità e azioni volte a assicurare l'eguaglianza di risultato). La Corte, dunque, dicotomizza misure di riequilibrio legittime (leggasi 'misure antidiscriminatorie', 'azioni positive in senso debole', 'azioni positive atipiche') e, di contro, illegittime (leggasi 'azioni positive in senso forte', 'azioni positive tipiche')³⁴⁵. Costituzionalmente possibili

³⁴⁴ Corte costituzionale italiana, sentenza n. 49 del 2003, cit. cons. dir. § 3.1.

³⁴⁵ Cfr., sul punto, G. BRUNELLI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino, 2003. Cfr., anche, L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Cedam, Padova, 2002, pp. 1-63, la quale scrive che: «non possono infatti considerarsi come azioni positive le norme che, limitandosi ad assicurare ai cittadini di entrambi i sessi la

sono tutte quelle misure che garantiscono le pari opportunità dei punti di partenza e non quelle che dovessero garantire il risultato elettorale (imposto con legge). Così, nella sentenza del 2010, la Corte costituzionale conferma questa impostazione affermando che la cosiddetta ‘preferenza di genere’ nella legge elettorale campana rientra tra le misure positive legittime. Ciò per due ordini di motivi: il primo è che la doppia preferenza per l’elettore è meramente facoltativa, nel senso che l’obbligo di scegliere un candidato di sesso diverso da quello indicato nella prima preferenza è solo eventuale e discende dalla libera volontà, che rimane in capo all’elettore, di avvalersi della possibilità di esprimere una seconda preferenza. Inoltre, nel caso in cui tale obbligo non fosse rispettato e si scegliesse di attribuire la seconda preferenza a un candidato di sesso uguale a quello su cui era ricaduta la prima scelta, la conseguenza sarebbe l’invalidità soltanto della seconda preferenza e non dell’intero voto. Questa misura fa sì che si debba guardare ad essa come azione promozionale del riequilibrio e non già come azione che lo impone.

L’esempio italiano ci insegna che è sbagliato giudicare le azioni positive come categoria unitaria: la loro valutazione, almeno negli ordinamenti europei, chiama in gioco la necessità di un bilanciamento, di proporzionalità e di giustificazioni casistiche. Nelle azioni positive, la componente sostanziale del principio di eguaglianza trova una formidabile risorsa, ma anche il rischio di una sua pesante contraddizione. Da un lato, ci scontriamo con la pretesa neutralità del diritto e la richiesta dell’eguaglianza formale di non differenziare sulla

possibilità di partecipare alle competizioni elettorali senza attribuire privilegi o favori, hanno solo funzione antidiscriminatoria, ossia mirano a determinare pari condizioni per tutti; né, d’altra parte, attribuiscono direttamente alcun risultato, ma soltanto parità di chances», cit. p. 47.

base di una delle caratteristiche protette; dall'altro lato, emerge la consapevolezza che intervenire solo su specifici contesti discriminatori o solo con misure indirette, se può essere meno problematico sul piano delle reazioni sociali e giuridiche, potrebbe non riuscire a invertire o rimuovere la subordinazione e la sotto rappresentazione delle categorie svantaggiate. Del resto, è importante ricordarlo, è un problema culturale quello che si cerca di risolvere con questo tipo di interventi; a ben vedere, però, il concetto di parità dei gruppi all'interno della rappresentanza politica o in ambito professionale rafforza la concezione della differenza 'naturale', 'congenita' fra i sessi, fra le razze e via dicendo, prestandosi dunque ad un esito più che conservatore. Più che su misure antidiscriminatorie come queste, allora, bisognerebbe agire sui fattori istituzionali e culturali che, muovendo dal basso, si traducano in azioni spontanee a sostegno delle categorie svantaggiate. Tali misure, infatti, sono il frutto di un ragionamento stereotipato e finiscono per alimentare l'antagonismo tra le diverse categorie sociali e il pregiudizio nei confronti dei soggetti del gruppo protetto. Pertanto, la tollerabilità costituzionale di queste misure, comunque sussidiarie e provvisorie, non può che essere analizzata caso per caso, guardando alla gravità e alla persistenza del fenomeno discriminatorio e senza perdere di vista il quadro più ampio di una società in cui il genere femminile è subordinato, in termini di potere e considerazione, a quello maschile, in cui la razza nera è inferiorizzata rispetto a quella bianca, in cui l'orientamento omosessuale è reso innaturale dal paradigma eteronormativo e via dicendo. Deve essere questa la chiave di lettura degli interventi di eguaglianza: da una dimensione che si preoccupa semplicemente della rimozione delle discriminazioni a carico degli individui 'deboli' mediante norme che assicurano la parità di trattamento a prescindere

dalla ‘categoria’ di appartenenza, a una dimensione che riconosca invece l’esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione della razza nera a quella bianca, del genere femminile al maschile, dell’orientamento omosessuale a quello eterosessuale e così via.

2. Gli esempi dell’intersessualità e del transgenderismo: il dilemma della differenza

Il fenomeno dell’intersessualità e le risposte che ne sono state date dal punto di vista giuridico sono tra gli esempi più chiari di crisi del modello antidiscriminatorio come sistema di tutela dell’eguaglianza e di valorizzazione delle differenze. In assenza di previsioni normative specifiche, le persone intersessuali, che sono coloro che nascono con caratteristiche anatomiche ambigue tali per cui non è possibile classificarle in maniera certa né come maschi né come femmine, hanno cercato protezione nelle leggi contro la discriminazione sessuale. Nel corso degli ultimi decenni, le corti hanno iniziato a estendere la nozione di ‘discriminazione sulla base del sesso’, oltre la classica parità di trattamento tra uomini e donne nei diversi ambiti della vita sociale e lavorativa. In America, per esempio, si è posta la questione se le leggi federali e statali che vietano le discriminazioni in ragione del sesso, primo fra tutte il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, potessero essere interpretate estensivamente per tutelare anche coloro che non rientrano in uno dei due sessi biologicamente determinati. In base a quanto affermato da una Corte distrettuale federale, in *Wood v. C.G. Studios*³⁴⁶, la risposta sembrerebbe negativa. Secondo quella Corte, lo

³⁴⁶ *Wood v. C.G. Studios, Inc.*, 660 F. Supp. 176 (E.D. Pa. 1987).

scopo della normativa è quello di assicurare al genere femminile le stesse opportunità del genere maschile. Nel caso di specie, il licenziamento dell'impiegata, dopo la scoperta che si era sottoposta a un intervento chirurgico correttivo del proprio ermafroditismo, non fu considerato una discriminazione fondata sul sesso. Suddetta normativa, secondo quel giudice, non era pensata come rimedio a tutela delle persone sottopostesi a interventi chirurgici di riattribuzione o correzione del genere.

A partire dagli anni Novanta, tuttavia, questa interpretazione restrittiva comincia a dissolversi, in larga misura grazie ai movimenti femministi ed LGBT e alla sempre più cospicua dottrina in materia di *gender studies*³⁴⁷. La nozione di 'sesso', ai fini della normativa antidiscriminatoria, inizia a espandersi già in *Price Waterhouse v. Hopkins*³⁴⁸, deciso dalla Corte Suprema americana nel 1989. Ann Hopkins è un'ottima lavoratrice, affidabile e qualificata. Durante il periodo trascorso alla Price Waterhouse tenta più volte di ottenere la meritata promozione ma senza successo. Intanto, le viene suggerito di «camminare in modo più femminile, di parlare in modo più femminile, di vestire in modo più femminile»³⁴⁹ poiché molti colleghi maschi non si sentono a loro agio a lavorare con lei, così diversa dalle altre donne. Il caso giunge alla Corte Suprema che conferma l'avvenuta discriminazione, una discriminazione fondata sulla 'non-conformità agli

³⁴⁷ Gli studi di genere, o *gender studies* nella terminologia angloamericana, si diffondono tra gli anni Settanta ed Ottanta a partire dal Nord America e si caratterizzano per un approccio multidisciplinare allo studio dei significati socio-culturali della sessualità ed identità di genere. Si sviluppano a partire da un certo filone del pensiero femminista e vengono ripresi e approfonditi dai movimenti di emancipazione femminile, omosessuale e delle minoranze etniche e linguistiche. Si vedano, tra gli altri, autori quali C. Gilligan, G.C. Spivak, E.V. Sedgwick, J. Butler, N. Vassallo, S. Piccone Stella.

³⁴⁸ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

³⁴⁹ *Id.*, cit., p. 235.

stereotipi di genere' della ricorrente. Ed ancora nel caso *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*³⁵⁰, la Corte Suprema afferma che il Titolo VII del *Civil Rights Act* proibisce qualsiasi forma di discriminazione sessuale, anche se non espressamente prevista. L'estensione della nozione di discriminazione sessuale anche alla non-conformità agli stereotipi di sesso e genere apre la possibilità di una tutela per le persone transessuali, transgender e intersessuali, consentendo un'interpretazione del concetto di 'sesso' più ampia e pervasiva del mero riferimento al dato biologico che, come abbiamo visto nel caso degli intersessuali, non necessariamente si esaurisce nel binomio maschio/femmina. Gradualmente le corti americane cominciano a far propria la teoria della 'discriminazione basata sulla non-conformità di genere' riconducendola alla ben nota categoria della discriminazione sessuale: vengono puniti i gesti, le parole e le provocazioni volti a creare un clima ostile e offensivo a causa della difformità agli stereotipi di genere del lavoratore³⁵¹; vengono puniti gli insulti, i soprannomi dispregiativi, le insinuazioni a sfondo sessuale derivanti dall'apparenza effeminata del collega³⁵² e via dicendo. L'adesione a questa teoria non è uniforme e certamente non immediata. Alcune corti, infatti, continuano a restare fedeli ad una interpretazione letterale della nozione di 'sesso' e a non riconoscere questa accezione più ampia. Eppure la breccia sembra

³⁵⁰ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75 (1998).

³⁵¹ *Idem.* Il ragionamento della Corte Suprema è chiaro in tal senso: «[S]tatutory prohibitions often go beyond the principal evil to cover reasonably comparable evils, and it is ultimately the provisions of our laws rather than the principal concerns of our legislators by which we are governed. [...] Our holding that [Title VII prohibits] sexual harassment must extend to sexual harassment of any kind that meets the statutory requirements», cit., pp.79-80.

³⁵² *Doe v. City of Belleville*, 119 F.3d 563 (1997), «[A] man who is harassed because his voice is soft, his physique is slight, his hair is long, or because in some other respect he exhibits his masculinity in a way that does not meet his coworkers' idea of how men are to appear and behave, is harassed 'because of' his sex», cit., p. 581.

ormai aperta: nei casi *Smith v. City of Salem*³⁵³ e *Schroer v. Billington*³⁵⁴, entrambi riguardanti ricorrenti transessuali, si riconosce espressamente la discriminazione sulla base del sesso in quanto il transessualismo «stem[s] from real variations in [...] the different components of biological sexuality-chromosomal, gonadal, hormonal, and neurological»³⁵⁵.

Nonostante queste evoluzioni interpretative, permangono molte perplessità. La giurisprudenza americana sembra dividersi tra chi riconduce al Titolo VII del *Civil Rights Act* le discriminazioni a danno delle persone intersessuali e transgender e chi lo esclude. Ma andando oltre, si pone un'ulteriore questione: a quale tipo di tutela possono aspirare le persone intersessuali. Muovendosi per analogia rispetto a quanto affermato nella sentenza *Price Waterhouse*, citata poc'anzi, se la discriminazione sessuale ricomprende la discriminazione basata sulla 'non-conformità di genere', allora dovrebbe ricomprendere anche la discriminazione basata sulla 'non-conformità del sesso anatomico', nel momento in cui il sesso anatomico di una persona non rientra in quello che la società si aspetta per quel genere. L'attenzione, infatti, va posta sul modo di definire che cosa è uomo e che cosa è donna. Restando fermi a una definizione meramente biologica, si rischia di perdere la complessità della prospettiva; così come rifiutare un'interpretazione evolutiva della legge, escludendo ciò che è «*untraditional and unusual*»³⁵⁶, sarebbe contrario allo scopo di una legge antidiscriminatoria, ovvero quello di proteggere le minoranze. Per esempio, una lettura restrittiva del fattore razza avrebbe dovuto portare a

³⁵³ *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004).

³⁵⁴ *Schroer v. Billington*, 424 F. Supp. 2d 203 (D.D.C. 2006).

³⁵⁵ *Id.*, cit., pp. 212-13.

³⁵⁶ *Wood v. C.G. Studios*, cit. p. 178.

ignorare le discriminazioni contro le persone interrazziali o meticce, in quanto non previste originariamente dal legislatore. E se consideriamo che nel 1964, anno dell'adozione del *Civil Rights Act*, il matrimonio interrazziale era ancora vietato e criminalizzato nella maggior parte degli Stati americani, l'esempio diventa ancora più calzante³⁵⁷. Discorso analogo può essere fatto per gli altri *grounds* di discriminazione³⁵⁸. Sesso e genere non sono dati naturali e immutabili, bensì prodotti in larga parte sociali e come tali espressione di una cultura dominante. In questo senso, la discriminazione andrebbe valutata rispetto al sesso concreto del singolo individuo e non a quello condiviso dalla maggioranza. Il problema sembra allora essere più ampio e sta nella difficoltà o impossibilità del legislatore nel dar voce a quelle minoranze troppo piccole o troppo poco visibili. Per questo molto spesso tocca ai giudici proteggere gli interessi dei gruppi oppressi e stigmatizzati, altrimenti inascoltati dal potere rappresentativo maggioritario.

Il problema si è posto anche a livello europeo, allorché il divieto di discriminazione sulla base del sesso è stato invocato da lavoratori e lavoratrici transessuali. Si è posto anche qui il problema di stabilire se il divieto di discriminazione e il principio della parità di trattamento nelle condizioni di lavoro si estendesse sino a coprire anche le discriminazioni nei confronti delle persone transessuali. A dare una risposta è intervenuta

³⁵⁷ Il *Civil Rights Act* entra in vigore tre anni prima della famosa sentenza *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 6 (1967), in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò costituzionalmente illegittime le leggi degli allora sedici Stati che ancora criminalizzavano i matrimoni interrazziali.

³⁵⁸ Il tema religioso è una materia molto calda negli Stati Uniti. Qui, la lettura restrittiva della categoria 'religione', quale fattore antidiscriminatorio, ha sollevato numerose contestazioni, soprattutto da parte di quei gruppi religiosi minoritari, poco conosciuti o decentralizzati (per esempio i gruppi neopagani o Wiccani) e tali da essere ritenuti '*untraditional*' o '*unusual*'.

la Corte di Giustizia: in primo caso, *P.v.S.*³⁵⁹ del 1996, la Corte ha risposto affermativamente, ritenendo di dover dare un'interpretazione più sostanziale al divieto di discriminazione, quale espressione del più generale principio di eguaglianza, uno dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. In particolare, il governo britannico (e così anche la Commissione) sostenevano che il licenziamento di una persona a causa della sua condizione di transessuale non rientrasse nella categoria delle discriminazione fondata sul sesso, da intendere come sesso meramente biologico. Inoltre, applicando strettamente la logica dell'eguaglianza aristotelica, veniva a mancare anche l'elemento della discriminazione in quanto il transessuale uomo non sarebbe stato trattato diversamente dalla transessuale donna. La Corte contraddice, tuttavia, la difesa del governo, sottolineando come la mancanza di una specifica disposizione che preveda il divieto di discriminazione in base all'identità di genere non dovrebbe costituire un ostacolo per il giudice a offrire una tutela effettiva e a impedire che *«un cavilloso formalismo ermeneutico finisca col tradire la sostanza vera di quel valore fondamentale e irrinunciabile che è l'eguaglianza»*³⁶⁰. Viene, così, data una lettura in senso sostanziale della normativa antidiscriminatoria che, tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, non può rischiare di rimanere imbrigliata nelle sue stesse formali categorizzazioni che frammentano la tutela e impediscono di accedere a una visione olistica della persona, la cui identità non può essere sempre ricondotta entro gli schemi che la cultura maggioritaria concepisce. Che il fattore 'sesso' possa essere interpretato estensivamente sino a ricomprendere

³⁵⁹ Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P.v.S. e Cornwall County Council*.

³⁶⁰ L. CALAFÀ, *La sentenza P.: una nuova frontiera dell'eguaglianza?*, in *Lav. e Dir.*, n.3, 1996, cit. p.583.

anche le discriminazioni che hanno origine nel mutamento (chirurgico) di sesso, viene confermato anche in un altro famoso caso, *K.B.*³⁶¹. Il problema, come si è già avuto modo di analizzare, riguardava il diniego della pensione di reversibilità a una coppia non sposata perché uno dei due era un transessuale e il diritto inglese vietava il matrimonio con persone transessuali. Anche qui la Corte ritiene di dover interpretare il fattore ‘sesso’ in maniera estensiva e di dover colmare le lacune derivanti da un quadro normativo antidiscriminatorio inadeguato alle mutevoli esigenze della realtà. Le corti, quindi, «sono chiamate a compiere un apprezzamento e una valutazione della realtà sociale, con un’attività che diventa essenzialmente di produzione del diritto piuttosto che di interpretazione»³⁶². Eppure anche questo non è sufficiente a superare i limiti di una tutela che si muove per compartimenti stagni e che tutela gli individui categorizzandoli entri binari alternativi, determinati sulla base di una particolare concezione della realtà, quella del gruppo dominante, e che non tiene conto delle interazioni identitarie che fanno di ciascuno individuo una persona unica. Ed infatti, per esempio, questo approccio estensivo non è stato seguito nel caso delle discriminazioni per motivi di orientamento sessuale. Si ricordi, a tal fine, il caso *Grant*: tale nozione, a differenza di quella di identità di genere, non è stata ricondotta nell’ambito della discriminazione sessuale ed è toccato attendere l’intervento *ad hoc* del legislatore comunitario affinché fosse possibile applicare la protezione antidiscriminatoria anche alle persone omosessuali.

³⁶¹ Corte di Giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pension Agency*.

³⁶² L. VIOLINI, *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di Giustizia*, in Quad. cost., n. 2, 2004, cit. p. 416.

Il dibattito sulla tutela delle persone omosessuali, transessuali e intersessuali conduce a una riflessione ben più ampia rispetto alla mera individuazione di strumenti giuridici *ad hoc* per salvaguardare i loro diritti fondamentali e porre fine alle pratiche discriminatorie perpetrate nei loro riguardi. Perché se è vero che il potere legislativo è spesso refrattario a prendere posizione su questioni definite ‘eticamente sensibili’, è altrettanto vero che il problema pare situarsi più in profondità e risiedere nell’incapacità stessa del diritto a svolgere il proprio ruolo di regolazione e tutela. L’ordinamento giuridico non riesce a trattare i corpi intersessuali e transgender senza rischiare il crollo della cosmologia di valori su cui si regge. In questo senso, appare molto interessante la riflessione femminista secondo cui il diritto non solo sarebbe sessuato³⁶³ ma porrebbe anche in essere strategie di sessuazione, ovvero meccanismi di riproduzione di quella differenziazione e gerarchizzazione di sesso e genere (e un analogo ragionamento potrebbe essere svolto con riguardo alle differenze razziali, religiose, linguistiche e via dicendo). I paradigmi culturali, radicati nella società, non risparmiano neppure il diritto, nonostante la sua pretesa universalità, neutralità e astrattezza. In effetti, nel pensiero liberale classico il diritto è supposto essere razionale, oggettivo, astratto e orientato a principi; si tratta di caratteristiche dicotomiche che nelle società occidentali sono state da sempre pensate e associate al maschile e, pertanto, sovraordinate rispetto agli opposti. Da questo assunto si sono mosse molte pensatrici femministe con l’obiettivo di criticare un diritto strutturato in modo maschile e patriarcale che rifletterebbe non solo «una società in cui gli

³⁶³ Così, C. SMART, *The woman of legal discourse*, in *Social and Legal Studies*, vol.1, n.1, 1992.

uomini dominano le donne, ma [governata anche] in modo maschile»³⁶⁴. Carol Smart³⁶⁵ individua tre fasi nelle posizioni femministe sul diritto, riassunte efficacemente in tre slogan: il diritto è sessista³⁶⁶, il diritto è maschile³⁶⁷, il diritto è sessuato. Nell'ottica del nostro ragionamento, è soprattutto la terza fase ad interessarci. Infatti, consente di fare una riflessione più trasversale che, a partire dalla differenza sessuale, attraversi tutte le altre. Non più la ricerca di come il diritto possa trascendere il genere, ma l'analisi di come il genere opera sul diritto e di come a sua volta il diritto contribuisca a riprodurre il genere. E quindi un'analisi di come quel diritto si scontri con una realtà ben più complessa e articolata di quanto il costruttivismo sociale vorrebbe far apparire e risulti incapace di farla propria, stigmatizzando al contrario ciò che fuoriesce dalla 'norma'.

Così il principio di eguaglianza, per come si è venuto sviluppando nelle società occidentali, finirebbe per riaffermare la superiorità del modello di riferimento ('uguale' descrive un valore solo in relazione a qualcosa: uguale a chi? uguale a che cosa?), rivelandosi così molto poco efficace a valorizzare le differenze nella sfera sociale, al massimo proponendo loro una omologazione allo standard. In particolare, si intersecano due questioni al riguardo: da una parte, la già analizzata

³⁶⁴ C.A. MACKINNON, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, in *Signs*, 1983, cit., p. 645.

³⁶⁵ C. SMART, *The woman of legal discourse*, Op. cit.

³⁶⁶ L'accusa al diritto di essere sessista si fonda sulla considerazione che il diritto, nel distribuire le risorse tra uomini e donne, discrimina quest'ultime negando loro pari opportunità e agendo così in modo non oggettivo. Cfr., C. SMART, *The woman of legal discourse*, Op. cit.

³⁶⁷ L'idea che il diritto sia maschile non si riferisce tanto al fatto che il diritto operi attraverso criteri non obiettivi nell'allocazione delle risorse, quanto al fatto che tali criteri siano maschili e che rappresentino l'istituzionalizzazione di un certo assetto di potere. Cfr., C. SMART, *The woman of legal discourse*, Op. cit. C.A. MACKINNON, *Feminism, Marxism, Method and the State*, Op. cit.

dicotomia eguaglianza/differenza e, dall'altra, la (pretesa) neutralità ed astrattezza del soggetto dei diritti, che interviene nel giudizio di eguaglianza sia come *tertium comparationis* che come unità di misura. Quanto al primo aspetto, l'emergere di differenze che chiedono riconoscimento e protezione si scontra con un diritto e un linguaggio dei diritti incapaci di interpretarle e includerle nell'ambito sociale. E il principio giuridico di eguaglianza sembra, in effetti, non essere all'altezza delle aspettative. Si pone quello che Martha Minow chiama «dilemma della differenza» che emerge nelle società «la cui vita politica si vuole ispirata ai principi di eguaglianza (e da questi legittimata), e in cui tuttavia la differenza, intesa come disuguaglianza, inferiorità, stigma, patologia, anormalità, viene prodotta e riprodotta precisamente dalle politiche adottate per combatterla»³⁶⁸. Ciò è quanto sembra profilarsi, per esempio, analizzando il modello antidiscriminatorio dominante che, contraddittoriamente, tutela le minoranze (per una qualunque delle categorie protette), ribadendo però nei fatti la loro distanza dallo standard, dalla 'normalità': una tutela introdotta attraverso la formulazione di divieti di comportamenti, atti, prassi declinati sulla base di diversi *grounds* di discriminazione, che pur ponendosi l'obiettivo di tutelarne le specificità, finisce per stigmatizzarli, marcandoli con un segno di disvalore. E qui entra in causa il secondo aspetto critico, ovvero la norma, lo standard di riferimento rispetto al quale la 'differenza' viene misurata come scarto, devianza. Sempre secondo Minow,

«questo standard è di per sé escludente, laddove sia assunto come oggettivo, autoevidente, imparziale, non situato. Esso assolutizza e rende invisibili punti di vista, esperienze, interessi concreti e di parte e contemporaneamente relega

³⁶⁸ M. MINOW, *Making all the difference*, cit., p. 21.

all'anormalità – esclude, non importa quanto inclusivi siano i criteri di costruzione dello standard stesso (i punti di vista, le esperienze, gli interessi di cui è costruito) – ogni altro punto di vista, esperienza, interesse. Se lo standard non viene decostruito, la(le) differenza(e) vengono necessariamente riprodotte come inferiorità, patologia, disuguaglianza»³⁶⁹.

Questo sembra essere uno dei principali e più evidenti limiti del principio di eguaglianza, soprattutto se inteso nella declinazione di diritto antidiscriminatorio. Nei paesi di tradizione giuridica occidentale, come abbiamo visto, le soluzioni proposte (filtrate dalle scelte legislative e/o scremate dalla giurisprudenza) adeguate allo scopo di preservare, anche nelle situazioni minoritarie o sfavorite, il diritto all'eguaglianza si sono per lo più riversate in un concetto di eguaglianza inteso appunto come divieto di discriminazione. Nonostante l'ampliamento della sfera oggettiva in cui il divieto di discriminazione oggi opera e il ricorso anche a strumenti di giustizia redistributiva possano essere interpretati come volontà di rafforzare ulteriormente la tutela dell'individuo, estendendone la protezione ai diversi ambiti della vita sociale, e quindi rappresentino certamente un passo in avanti nella tutela delle minoranze, emergono anche delle controindicazioni da questo modello di tutela che rischiano di avvilire il disegno dell'eguaglianza. Un forte limite che caratterizza la logica di fondo della tutela antidiscriminatoria è proprio il suo costruirsi sulla classificazione degli individui in categorie 'protette' con riferimento a quelle differenze che si intende proteggere. Ne consegue che coloro che si situano al di fuori delle categorie ivi individuate, così come, allo stesso modo, coloro che sono portatori di identità in cui i

³⁶⁹ *Id.*, cit., p. 78.

diversi fattori di discriminazione si intersecano, agendo in modo interdipendente gli uni con gli altri, rimangono sguarniti di tutela.

Il punto di partenza è la constatazione che il ragionamento giuridico procede per categorie ed è, dunque, costantemente e prevalentemente occupato nello stabilire dei confini, i quali inevitabilmente per includere qualcosa o qualcuno, escludono qualcos'altro o qualcun altro. Il principio di eguaglianza, nella sua declinazione meramente antidiscriminatoria, riproduce esattamente tale pensiero classificatorio. Ed è qui, più che altrove, che l'influenza della cultura dominante si fa sentire: se la cultura, e nello specifico le costruzioni sociali di razza o di genere, operano sulle classificazioni e categorie giuridiche, condizionandole più o meno esplicitamente, il risultato sarà la (ri)produzione di discriminazione, disuguaglianza ed esclusione. Pertanto, anche il ragionamento e il vocabolario giuridici risulteranno incapaci di comprendere le differenze che non rientrano nei rigidi schemi classificatori e continueranno stigmatizzarle come in un circolo vizioso.

«Vi sono cinque assunti impliciti che governano e riproducono il dilemma della differenza, e pongono l'eguaglianza nei termini dell'assimilazione. Il primo è che la "differenza" sia qualcosa di intrinseco a qualcosa e qualcuno, piuttosto che l'esisto di paragoni tra persone sulla base di tratti particolari. Il secondo, che il riferimento adottato per stabilire la differenza sia neutro, oggettivo e universale, oltre che implicito e perciò stesso invisibile. Il terzo, che chi giudica sia privo di prospettiva, non situato. Il quarto, che la prospettiva di chi viene giudicato sia irrilevante. E infine, naturalmente, che l'esistente sia naturale, neutrale, inevitabile»³⁷⁰.

³⁷⁰ M. MINOW, *Making all the difference*, così come citata in T. PITCH, *I diritti fondamentali*, Op. cit., p. 81.

Tutto il diritto, dalla legge alle decisioni giurisprudenziali, ed anche lo stesso linguaggio dei diritti sono contaminati dalle costruzioni sociali e culturali dominanti che si nascondono sotto la maschera della norma, dello standard neutrale, astratto e universale. La decostruzione di questo standard, della norma implicita di comparazione nel giudizio di eguaglianza dovrebbe avere lo scopo di colpire i meccanismi che riproducono e perpetuano le gerarchie di potere e i rapporti di subordinazione e stigmatizzazione. Ma c'è un altro aspetto su cui è necessario prestare attenzione. Le prassi giuridiche, così come il linguaggio del diritto e dei diritti, risultano intrisi anche di emozioni³⁷¹: gli individui conoscono, pensano e agiscono secondo paradigmi iscritti culturalmente ed emotivamente in loro e, dunque, l'atteggiamento di avversione verso la diversità inevitabilmente penetra l'intero sistema di organizzazione sociale e, in alcuni casi, anche politica e istituzionale, divenendo al contempo sia il criterio di promozione/tutela/inclusione delle teorie e modelli conformi a tali paradigmi sia di rifiuto/disprezzo/esclusione di quelli diversi. Riconosce per primo John Stuart Mill che:

«le opinioni degli uomini su ciò che è degno di lode oppure di biasimo sono soggette a tutte le varie cause che influenzano i loro sentimenti nei confronti della condotta degli altri [...]. Ad influenzare gli uomini a volte è la ragione, altre volte sono i loro pregiudizi o le loro superstizioni, spesso i loro sentimenti»³⁷².

³⁷¹ Cfr., in particolare, M.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2005.

³⁷² J.S. MILL, *Sulla libertà*, a cura di G. Mollica, Bompiani, Milano, 2000, cit., p. 45.

E se risulta complesso capire e interpretare le prassi quotidiane degli uomini senza prendere in considerazione le loro emozioni, parimenti queste non possono essere ignorate, o, peggio, sottovalutate nell'analisi delle prassi giuridiche, perché spesso ne rivelano il paradigma di fondo. La filosofa statunitense Martha Nussbaum individua nel disgusto e nella vergogna le emozioni primarie che agitano il dibattito su questioni sociali quali il matrimonio tra persone dello stesso sesso, l'aborto, la pornografia, l'osceno, finanche alla ricerca sulle cellule staminali e alla gestione clinica dell'intersessualità. Emozioni che costituiscono una naturale reazione di fronte all'animalità dell'uomo, alla sua debolezza e alla sua mortalità ma che, se poste a fondamento delle scelte politiche e giuridiche, finiscono per essere proiettate su gruppi particolari di persone (donne, omosessuali, ebrei, disabili, transessuali), in modo del tutto incompatibile con una società che aspiri a definirsi democratica e liberale. Nussbaum analizza con mirabile lucidità nel suo «*Hiding from humanity*»³⁷³, come il ricorso al disgusto e alla vergogna, quali sentimenti legittimi per chiedere giustizia, possa elevare l'impressionabilità dell'uomo-legislatore a fattore determinante nella produzione normativa. Tale disgusto irrazionale, che trae origine da informazioni sbagliate o perché si basa su stereotipi e pregiudizi, costituisce un cattivo criterio di ragionevolezza perché, prima di tutto, non sempre coincide con l'individuazione di un pericolo reale e, secondo, è soggetto a manipolazioni sociali e a superstizioni. La legge dovrebbe stabilire cosa debba intendersi per fenomeno rilevante o danno importante, o quali valori siano realmente importanti per il progresso e le buone relazioni sociali e, nel fare questo, dovrebbe esprimersi sulla base di un giudizio condiviso di ragionevolezza. Invece Nussbaum evidenzia

³⁷³ M.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità*. Op. cit.

come molto spesso sia il disgusto a svolgere un ruolo importante nel diritto e nella sua interpretazione, come giustificazione per sancire l'illegalità di certi atti (come, ad esempio, nelle soluzioni giuridiche che regolano l'oscenità, la pornografia, i crimini efferati); questa contaminazione emotiva nel diritto, secondo Nussbaum, non andrebbe sottovalutata: in quanto criterio di orientamento limitato, esso non è degno di guidare l'azione pubblica. Scrive ancora Nussbaum:

«attraverso il disgusto e la vergogna la società individua determinati gruppi di individui costringendoli a vergognarsi, etichettandoli come anormali a causa delle loro caratteristiche, identità o condizioni personali»³⁷⁴.

Ogni membro della società guarda al mondo attraverso il paradigma dello standard socialmente stabilito per la 'normalità' ed il fatto che le persone transgender o intersessuali, per esempio, incarnino una corporeità non conforme alla norma le rende 'colpevoli', destinatarie di un qualche tipo di stigma. Il 'normale' è la cosa giusta e desiderabile e chiunque non si comporti o non sia come la maggioranza delle persone è visto con vergogna e disgusto e percepito come un danno o una minaccia. Ma il punto è: perché in quasi tutte le società la nozione di normalità ha assunto una funzione normativo/paradigmatica, aprendo la strada alla stigmatizzazione delle differenze? Nussbaum ritiene che:

«l'uso della categoria della 'normalità' allo scopo di stigmatizzare il comportamento deviante potrebbe essere considerato come una conseguenza della vergogna primitiva che, in qualche misura, ci riguarda tutti; [...] coloro che si definiscono 'normali' trovano questa sicurezza nell'idea di un gruppo molto esteso, che li circonda da ogni lato ed è al tempo stesso buono, un'entità a cui nulla manca.

³⁷⁴ *Idem*, cit., p. 103.

Definendo completo e buono un certo tipo di persona, e circondandosi di queste persone, gli individui ‘normali’ ricavano il conforto e l’illusione della sicurezza. L’idea di “normalità” è simile ad un surrogato del ventre materno, un utero accogliente che cancella gli stimoli intrusivi derivanti dal mondo della differenza»³⁷⁵.

L’intersessualità mette bene in evidenza la problematica sin qui tratteggiata. Da una parte, la non neutralità, astrattezza e universalità del diritto su cui operano le costruzioni socio-culturali che determinano la perpetuazione delle gerarchizzazioni e disuguaglianze; dall’altra, l’influenza della componente ‘emozionale’ sui formanti del diritto, laddove sentimenti come il disgusto e la vergogna assurgono a criteri di ragionevolezza nella sua produzione e interpretazione delle norme. Lo riconosce anche Minow che, nel criticare la norma di riferimento, individua cinque assunti che determinano e riproducono il dilemma della differenza che mette in crisi l’eguaglianza. L’intersessualità e la sua gestione medico-legale ci consentono di metterli alla prova. In primo luogo, la ‘differenza’ delle persone intersessuali sta nella loro non conformità ai due sessi biologici e/o anatomici standard. Tale differenza è assunta come dato intrinseco del soggetto che necessariamente lo rende anormale, patologico, diseguale. Il problema quindi è dentro al soggetto. Viene invece completamente ignorato il modo in cui quella differenza sia stata rilevata, ovverosia come devianza rispetto ai due sessi ‘normali’. In secondo luogo, la norma standard di comparazione fondata sul netto binarismo sessuale, che richiede due sessi strutturalmente distinti e non ambigui, è presa come parametro indiscusso (e implicito) di naturalità, di normalità. Eppure, dagli studi femministi e di genere ci giunge la lezione che tale standard è frutto di una costruzione socio-

³⁷⁵ *Idem*, cit., pp. 257-258.

culturale e, come tale, risulta parziale, non situato e, pertanto, escludente. Il corpo intersessuale non rientrando nel rigido dimorfismo sessuale rappresenta un soggetto intrattabile dall'ordinamento giuridico. In terzo luogo, viene completamente ignorato il punto di vista dei soggetti coinvolti nella gestione medico-legale del soggetto intersessuale (medici, psicologi, giudici). Questi soggetti spiegano, gestiscono, risolvono e vivono la condizione della persona interessata sulla base delle loro condizioni personali e convinzioni culturali e sociali che mutano nello spazio e nel tempo. Non è possibile, quindi, ignorare il vissuto, la cultura e i sentimenti di tali individui e non è possibile credere che tutto questo non influenzi il loro punto di vista, basti pensare al giudice cui viene chiesta l'autorizzazione al trattamento ormonale o chirurgico da parte del minore transessuale. In quarto luogo, nel caso specifico dell'intersessualità, problema che generalmente si presenta durante lo sviluppo della persona minorenni, si presume che la 'normalizzazione' chirurgica dei genitali ambigui sia ciò che anche il soggetto desidera in quanto lo riconurrà negli schemi predeterminati. Infine, in quinto luogo, si considera l'esistente come naturale e inevitabile, catalogando tutto il resto come anormale, patologico, difettoso. Un difetto che deve essere aggiustato. L'ambiguità dell'anatomia sessuale viene allora corretta in modo che si conformi ad una dicotomia naturale, cioè culturalmente e socialmente indiscutibile, inevitabile. Gli eventi quotidiani, dunque, vengono trattati sulla base di ciò che ci si aspetta in qualità di membri della società e lo stesso vale per le questioni attinenti al sesso e al genere: in questo senso, i medici (ed anche i giudici) hanno a lungo ritenuto (e tuttora in molti ritengono) che la 'normalizzazione chirurgica' degli intersessuali fosse un fatto 'naturale' e indiscutibilmente 'giusto'. La concettualizzazione del 'naturale' è fuorviante perché nasconde la

costruzione socio-culturale che ne sta alle spalle, soprattutto quando si ragiona di sessualità. Il fatto stesso di pensare come ‘naturale’ la (ri)costruzione del sesso e, di conseguenza, del genere di un individuo dovrebbe essere la spia che il genere è sempre costruito. Fintantoché lo standard normativo non viene decostruito e il pensiero giuridico epurato da paradigmi culturali e classificazioni escludenti; fintantoché gli orizzonti ufficiali del sistema non diventano comprensivi verso ogni differenza, pronti a valorizzare la persona per quello che in effetti è, e vuole realmente; fintantoché non si lavora seriamente al passaggio dalla politica del disgusto alla politica dell’umanità, per usare le parole di Nussbaum³⁷⁶; persino l’invocazione dell’eguaglianza e il ricorso al diritto e, quindi, al giudice quale garante della sua effettività rischia di rivelarsi deludente e poco proficuo.

Pertanto, la questione della declinazione dell’eguaglianza, quale principio fondamentale nell’attuazione della pari dignità e rispetto di ciascun individuo e di riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali, passa anche attraverso la critica alla presunta neutralità del diritto e dello standard normativo, una riflessione che deve muoversi nella direzione di una decostruzione di tale standard implicito, ossia del cosiddetto «uomo normale», il soggetto neutro, astratto e universale, protagonista delle politiche dei diritti. Tuttavia, tale decostruzione deve assumere il significato di costruzione alternativa: lo scheletro normativo tradizionale deve essere scomposto e ripensato per costruirne uno nuovo. Fenomeni come quello dell’intersessualità o del transgenderismo sono utili come espedienti per mettere in luce i limiti del diritto antidiscriminatorio che, trascurando la dimensione relazionale, «tratta

³⁷⁶ M.C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L’orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano, 2011.

come marginali, inferiori e diversi tutti coloro che non corrispondono al modello normale dell'individuo autonomo e competente», che non riconosce «la dipendenza reciproca di tutti [accentuando invece] la dipendenza delle persone che sono diverse» e che avvalorava un modello assimilazionista delle differenze che, anziché valorizzarle, le opprime chiedendone la 'normalizzazione'. L'attuazione del principio di eguaglianza non deve procedere per assimilazione, operando attraverso norme antidiscriminatorie tali da richiedere che il *diverso* 'diventi' e 'si comporti' come il *normale*, se davvero vuole accedere al medesimo *status* e agli stessi diritti. Queste esemplificazioni ci consentono di tornare a riflettere sul principio di eguaglianza, sul suo significato e sulle modalità della sua realizzazione. Tutto sommato il paradigma antidiscriminatorio potrebbe anche essere superato in favore di una lettura in chiave di antisubordinazione³⁷⁷ del principio di eguaglianza, non più legata alla categorizzazione delle differenze ma fondata sulla nozione più inclusiva di dignità umana da valutarsi in concreto, configurandosi come «l'eguale diritto di tutti all'affermazione e tutela della propria identità, [anche e proprio] in forza del pari valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascuno individuo una persona come tutte le altre»³⁷⁸.

³⁷⁷ Cfr., B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna, come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; *Id.*, *L'uguaglianza e le norme*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Scritti per Umberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997.

³⁷⁸ L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, 33, n. 2, 1993, pp. 49-73, p. 53. Si veda anche l'impostazione di autori come L. GIANFORMAGGIO, in *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, e T. MAZZARESE, in *Principio d'eguaglianza e diritti fondamentali*.

3. Verso una universalizzazione delle tutele antidiscriminatorie: il valore della dignità

Nella consapevolezza, chiara sin dall'inizio di questa ricerca, della complessità e pluralità della nozione di eguaglianza (giuridica) e della dimensione assiologica e valenza ideologica sia dei diversi modi di intendere e configurare il principio d'eguaglianza nel diritto sia degli argomenti volti a contestarne o, secondo i casi, a rivendicarne l'attuazione, si è cercato di costruire un ragionamento critico che diffidasse tanto delle posizioni critiche più estreme, che addirittura propongono un abbandono di tale principio, tanto delle posizioni più ottimistiche, che invece leggono nell'affermarsi del diritto antidiscriminatorio l'esauriente realizzazione dell'eguaglianza. Affrontare questo tema con diffidenza ha significato adottare un approccio che problematizza il tradizionale binomio eguaglianza formale/eguaglianza sostanziale, che muove dal presupposto della complessità e non univocità del significato e della funzione di tali nozioni, che, più che al «cosa» o al «tra chi» dell'eguaglianza, concentra lo sguardo sul «modo concreto» di interpretare e di dare attuazione a tale valore giuridico. È, quindi, entro e lungo queste coordinate che ci si è mossi per definire i concetti di eguaglianza, differenza e discriminazione ed è, a partire da questi, che si è ricostruito la genesi e lo sviluppo del paradigma antidiscriminatorio come pressoché unica, e sicuramente prevalente, declinazione del principio di eguaglianza nelle società giuridiche occidentali. Un paradigma che, dalla storia di schiavitù e

Una (ri)lettura dell'art. 3 della Costituzione, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006.

segregazione razziale del continente americano, è migrato attecchendo con successo anche nei Paesi europei, reduci dalle esperienze totalitaristiche e *post* belliche, e divenendo ben presto uno dei motori principali del processo di integrazione economica, politica e sociale della ‘nuova’ Europa. Ciò ha reso possibile la comparazione tra i due principali modelli, quello americano e quello europeo, ricostruendo i momenti fondamentali della loro elaborazione, individuando i concetti chiave delle normative antidiscriminatorie e testimoniando la proficua, e reciproca, contaminazione tra le diverse esperienze giuridiche. Ciò ha consentito, quindi, di avere una visione d’insieme del fenomeno antidiscriminatorio, alla luce della quale poter svolgere una riflessione critica sulla struttura e sulla logica di fondo del diritto antidiscriminatorio, delle sue nozioni e dei suoi strumenti. Le tensioni all’interno del principio di eguaglianza si traducono naturalmente in una diversa concezione delle politiche antidiscriminatorie, ora declinate in termini più soggettivi, ora in termini più oggettivi; in un diverso atteggiamento dei giudici nel momento interpretativo e applicativo dei divieti di discriminazione e degli standard di comparazione; nell’attribuzione di una funzione risarcitoria e individuale, piuttosto che di una redistributiva e di gruppo, all’azione di tutela antidiscriminatoria. Categorizzazione delle differenze, prevalenza della concezione risarcitoria/individuale, approccio omogeneo e giustapposto nel trattamento delle diverse forme della discriminazione, effetto stigmatizzante di ritorno delle azioni positive sono stati individuati essere tra i principali limiti ed effetti collaterali della tecnica antidiscriminatoria quale criterio di estrinsecazione del principio di eguaglianza.

In effetti, i profili critici analizzati nei paragrafi precedenti costituiscono i motivi per cui, da tempo, molti degli studi in tema di principio di eguaglianza e di diritto antidiscriminatorio sostengono l'opportunità di una traduzione in termini più universalistici delle tutele accordate ai vari gruppi e categorie sociali svantaggi e oppressi. Tra queste tendenze, un terreno particolarmente significativo è rappresentato dall'insieme di proposte volte a considerare discriminazione giuridica tutti quegli atti, comportamenti, gesti o parole la cui natura sia quella di offesa alla dignità o alla salute, cioè a beni di cui ogni essere umano, in quanto tale, è titolare³⁷⁹. La già incontrata tensione tra principio di eguaglianza e valorizzazione giuridica della differenza impone l'individuazione di tecniche e strumenti normativi che coniughino questi due valori, rigettando qualsiasi forma di tutela assimilazionista che neghi la seconda in nome della prima. Il modello di tutela che, più di altri, sembra corrispondere a questa intenzione è quello che predilige la dimensione sostanziale di eguaglianza e che Letizia Gianformaggio appare essere incarnato dal riconoscimento dell'universalità dei diritti fondamentali. Un riconoscimento che «il diritto prescrive di perseguire» dal momento che, afferma l'autrice,

«l'eguaglianza si configura come l'uguale diritto di tutti all'affermazione e alla tutela della propria identità, in forza del pari valore associato a tutte le differenze

³⁷⁹ Secondo il legislatore europeo, le molestie sono da considerarsi discriminazioni e, pertanto, sono vietate quando si sostanziano in un comportamento indesiderato ed avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In effetti l'attenzione è centrata sull'idoneità dell'atto a ledere il bene protetto, senza la necessità di instaurare un confronto con la situazione vissuta da altri soggetti. Cfr. L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA, *Il Nuovo diritto antidiscriminatorio*, Op. cit., pp. 379 ss.

che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascuno individuo una persona come tutte le altre»³⁸⁰.

Dunque, la valorizzazione giuridica delle differenze (di razza, di genere, di religione, di cultura, di orientamento sessuale e via discorrendo) può, e deve, trovare risposta nell'interpretazione e attuazione del principio di eguaglianza. Un'interpretazione, tuttavia, che deve allontanarsi dalla modalità antidiscriminatoria dominante che, per i motivi già elencati, risulta non idonea a tale compito, in quanto il valore della differenza può essere apprezzato solo abbandonando una tutela che si modella a partire da uno standard di normalità di per sé assolutizzante ed escludente e che legge la differenza come devianza da quello standard.

Da questo punto di vista, la svolta 'universalizzante' delle tutele di tipo antidiscriminatorio comporta la rielaborazione e la modificazione della *ratio* che ne costituisce il cuore, introducendo (o accentuando) un argomento che vuole sottolineare che ad essere protetti dal diritto non sono solo certi gruppi o categorie sociali in quanto portatori di una storia di particolare svantaggio, ma tutti, in quanto persone³⁸¹. Per esempio, il modello europeo delle 'molestie' (cui guardano le norme americane contro il bullismo), incentrato sull'offesa al connotato universale della dignità, anziché al sesso, alla razza, alla disabilità, all'età, all'orientamento sessuale ecc. (tutti *grounds* protetti in modo diverso nel diritto americano rispetto a quello europeo, e, poi, nei singoli diritti nazionali), ha in questo quadro una notevole potenzialità espansiva. L'offesa alla dignità può, infatti, offrire un minimo comun denominatore

³⁸⁰ L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza e le norme*, Op. cit., p. 141.

³⁸¹ Cfr., per esempio, S.R. BAGENSTOS, *The Structural Turn and the Limits of Antidiscrimination Law*, in *California Law Review*, n. 94, 2006.

al quale ricondurre le diverse e diversamente graduate tutele antidiscriminatorie previste dai diritti nazionali. Le tendenze universalistiche del diritto antidiscriminatorio si legano, inoltre, a un generale orientamento del diritto ad affrontare le discriminazioni nell'ottica della cooperazione e integrazione sociale, del riequilibrio delle gerarchie di potere, dell'arricchimento culturale e della buona gestione delle risorse umane, anziché in quella della attribuzione di diritti di azione individuale contro le discriminazioni, intese come rottura della regola aristotelica di giustizia che le rappresenta come atto di malvagità di un perpetratore contro una vittima. Un'ottica, quest'ultima, che non riesce a cogliere quell'*unconscious bias*, quel pregiudizio diffuso che informa il senso comune e travalica i comportamenti individuali, potendo rendere 'molesto' un certo ambiente sociale anche indipendentemente dall'azione specifica di un determinato individuo³⁸² e potendo rendere discriminatorio un certo ordinamento giuridico anche solo per l'atteggiamento omissivo delle sue istituzioni³⁸³. Si pensi, per

³⁸² Per esempio, una riprova della responsabilità collettiva dei fenomeni discriminatori e del limite dell'imputazione individuale della discriminazione si è avuta nel caso che ha dato origine alla sentenza *Feryn* della Corte di Giustizia (causa C-54/07, 2008), che riguardava il problema se un imprenditore, che non assume marocchini perché non incontrano i gusti della clientela, sia responsabile di discriminazione oppure no. In argomento offre utili ragguagli D. IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in Riv. Giur. Lav., 2008, la quale ricorda il persistente «tentativo dei datori di lavoro (nordamericani, in primo luogo, ma anche europei) di spingere a interpretazioni largheggianti delle clausole legislative in tema di *bona fide occupational qualification*, cioè dei requisiti necessari allo svolgimento dell'attività lavorativa, in presenza dei quali il divieto di discriminazioni subisce una ragionevole deroga, in modo da ricomprendere nell'area d'immunità anche le preferenze manifestate dalla clientela verso i lavoratori di un certo sesso o di una certa razza». Similmente anche i casi di esercizi commerciali che hanno negato il servizio a clienti omosessuali o di colore.

³⁸³ Emblematiche sono le ripetute omissioni del legislatore italiano in tema di riconoscimento della vita di coppia delle persone dello stesso sesso e di lotta contro l'omofobia e transfobia: in questo influisce il fatto che tali minoranze, diversamente da quelle religiose, etniche o razziali, non sono state riconosciute in passato come un

esempio, ai casi di bullismo omofobico nelle scuole o di violenza domestica contro le donne o alla mancata approvazione di norme che diano riconoscimento giuridico alle unioni tra persone dello stesso sesso. La sottolineatura di come le discriminazioni siano spesso dovute a un *'unconscious bias'* anziché all'intento discriminatorio di una personalità persecutoria e di come tale imputazione individuale del trattamento discriminatorio – alla base dei concetti di discriminazione diretta e discriminazione indiretta, che strutturano il diritto antidiscriminatorio dominante –, perda di vista il fatto che la discriminazione è invece un fenomeno «strutturale», «istituzionale», «sistemico», rileva i limiti della legislazione antidiscriminatoria dominante, grammaticalmente irrigidita dalla necessità di nominare le differenze 'che contano', nonché l'inadeguatezza della giurisdizione nel campo della lotta alle discriminazioni, posto che il giudice non è in grado di intervenire costruttivamente per evitare o ridurre l'impatto discriminatorio di atti o omissioni nella società, tanto più quando le discriminazioni si manifestano per vie collettive e istituzionali.

L'emergente invocazione della 'dignità' come bene protetto dalle norme antidiscriminatorie, nelle quali la protezione degli individui per

gruppo pienamente legittimato; hanno sofferto di un'invisibilità, rafforzata anche dal silenzio dei legislatori nazionali, che ha permesso prassi discriminatorie, talvolta violente, nei confronti delle persone omosessuali, continuando a celare e a negare l'umanità sottostante. Tale forma di cancellazione dell'omosessualità e delle persone omosessuali ha avuto come risultato quello di imporre, o di corroborare, nella cultura dominante ciò che è stato definito come la 'tirannia del silenzio', i cui echi ancora non si sono del tutto sopiti ed anzi continuano a propagarsi tutt'oggi. Non deve sorprendere allora che il processo di riconoscimento della tutela giuridica della categoria che oggi definiamo 'orientamento sessuale' abbia avuto, più in generale, spiccata natura giudiziaria e ciò soprattutto a causa della riluttanza o inerzia del legislatore ad intervenire al riguardo. Nell'ordinamento italiano, infatti, bisogna attendere il 2003 per leggere, all'interno di un atto normativo, le parole 'orientamento sessuale' e 'identità di genere' e comunque in risposta all'attuazione di un obbligo comunitario.

segmenti soggettivi e giustapposti di identità cede il passo alla protezione della persona nelle caratteristiche e nei bisogni comuni a tutti o comunque trasversali ai sessi, alle razze, alle religioni, alle età e ad ogni altra possibile classificazione – la salute, l'autodeterminazione, la capacità di amare, la condizione di lavoratore, la dignitosa esistenza – configurerebbe quel modello di «eguale valorizzazione giuridica delle differenze»³⁸⁴ che conduce a considerare «violazione del principio giuridico dell'eguaglianza l'oppressione oltreché la mera discriminazione, o addirittura l'oppressione anziché la discriminazione»³⁸⁵. Autori come Ferrajoli e Gianformaggio, abbracciando tale modello di configurazione dell'eguaglianza, individuano nel paradigma giuridico dello Stato costituzionale di diritto, fondato sul principio giuridico di eguaglianza nei diritti fondamentali, una soluzione che consente di non negare quanto piuttosto di valorizzare le differenze. A loro avviso, infatti, l'universalismo di alcuni valori, come la dignità umana, e dei diritti fondamentali non soltanto è compatibile con il rispetto delle differenze ma ne rappresenta anche una forte garanzia, essendo proprio «i valori e i diritti fondamentali, e specificamente i diritti di libertà, a garantire [...] l'eguale valore di tutte le differenze personali, anche di quelle culturali, che fanno di ciascuna

³⁸⁴ Cfr., L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, Op. cit., p. 50. In particolare, Ferrajoli elenca, oltre a questo, altri tre modelli: «indifferenza giuridica per le differenze» in cui al diritto si chiede di essere cieco di fronte a certe differenze (impostazione antidiscriminatoria americana); «differenziazione giuridica delle differenze» in cui si esprime una valorizzazione di talune identità, venendo a creare una gerarchizzazione delle differenze; e, infine, «pari trattamento delle differenze» in cui le differenze vengono tutelate in nome di un'astratta affermazione di eguaglianza richiedendo una loro generale omologazione ai fini dell'integrazione sociale. Per certi aspetti, l'impostazione antidiscriminatoria dominante avalla quest'ultimo modello.

³⁸⁵ L. GIANFORMAGGIO, *Identity, Equality, Similarity and Law*, Op. cit., versione italiana, 1995, p. 143.

persona un individuo differente da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona uguale a tutte le altre»³⁸⁶. Un tale modello di eguaglianza non comporterebbe alcuna omologazione, indistinta e generalizzata, ad un predeterminato sistema valoriale, unico e imm modificabile nella sua declinazione, quanto piuttosto la garanzia del riconoscimento della pari dignità umana di ciascun individuo perché, e in quanto, persona. Il nucleo primigenio, costante e imprescindibile del fenomeno discriminatorio, sia che venga inteso come disparità di trattamento giuridico o come oppressione e marginalizzazione o come subordinazione e squilibrio di potere, sarebbe dunque rappresentato dalla lesione (leggasi negazione) del «principio supremo»³⁸⁷ o, altrimenti definito, «valore superfondamentale»³⁸⁸ della dignità umana. La lesione della dignità può rintracciarsi non solo nel comportamento discriminatorio o nel mancato riconoscimento di certi diritti, ma anche nel momento in cui si tenta di porre rimedio a tale discriminazione. Cosicché la costruzione di un modello di diritto antidiscriminatorio fondato su un'immagine di 'normalità', individuata a partire dalle caratteristiche del gruppo dominante e che diventa la parametrizzazione dei

³⁸⁶ L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 2: Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, cit. pp. 58-59.

³⁸⁷ Cfr., fra i molti, P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n.2, 2014, pp. 315-356. Si veda anche M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale: appunti per una lezione*, in *Revista Juridica de los Derechos Sociales*, vol.3, n.2, 2013; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Morcellania, Brescia, 2009; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Esi, Napoli, 2008.

³⁸⁸ Cfr., tra gli altri, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it secondo cui sarebbe riduttivo limitarsi a considerarla solo la fonte della tutela dei diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni positive; A. RUGGERI, *Dignità versus vita?* (2011), in *Id.*, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XV ed., Torino 2012, p. 127 ss.; *Id.*, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo secondo diritto costituzionale*, in *Riv. Ass. It. Cost.*, n.1, 2011, pp. 1-16; A. PIROZZOLLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Aracne, Roma, 2007.

criteri di accesso ai diritti e alle utilità, ignorando intenzionalmente o meno i profili identitari diversi da quello dell'uomo 'normale', costituisce parimenti una lesione della dignità³⁸⁹.

Non è questa la sede per approfondire la natura polisemica, per certi versi contingente e spesso mutevole, della nozione di dignità quale concetto interpretativo, da un lato, e quale valore morale e giuridico fondamentale, dall'altro. La poliedricità del concetto risulta, in sostanza, irriducibile, quand'anche ci si concentri sulla sua valenza giuridica, trascurando anche altre possibili valenze. In una prospettiva che potremmo definire soggettivistica³⁹⁰, la dignità coincide sostanzialmente con l'attributo primo ed irrinunciabile della «persona». Così intesa, la dignità umana è un concetto che discende da – ma che in buona parte riassume – quel principio personalista che informa lo Stato costituzionale

³⁸⁹ Bisogna, tuttavia, segnalare le preoccupazioni di alcuni autori (si veda, per esempio, I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1996; G.S. FRIEDMAN, J.Q. WHITMAN, *The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity*, in Yale Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n. 37, 2008; e J.A. CLARKE, *Beyond Equality? Against the Universal Turn in Workplace Protections*, in 86 Ind. L. J., 1219, n. 11, 2011) che guardano con diffidenza anche all'emergente invocazione della 'dignità' come bene protetto dalle norme antidiscriminatorie: in particolare, denunciano che tale mutamento di paradigma non mette al riparo dal rischio che anche la 'dignità', proprio per la sua vaghezza e ambiguità, diventi un contenitore per ciò che la maggioranza considera giusto, buono e valido. Viene, pertanto, percepito come un paradigma altamente suscettibile di incorporare '*traditional patriarchal interpretations*'; come un canone '*depoliticizzante*', perché stempera le ragioni di conflitto, di razza e di genere, che sarebbero alla radice del diritto antidiscriminatorio; o addirittura come un criterio 'frivolo' che può indebolire il supporto dell'opinione pubblica alle rivendicazioni antidiscriminatorie, andando a proteggere pretese che, confrontate con quelle dense e pesanti nascenti dalla reazione alla subordinazione razziale o sessuale, appaiono inconsistenti. Universalizzare le molestie come offesa alla dignità o alla salute, anziché considerarle come atto discriminatorio nei confronti di una particolare categoria di individui, significa offuscare il tratto di disuguaglianza che, a giudizio di questi autori, segna il rapporto tra donne e uomini nel lavoro nella chiave della subordinazione, e sottrarre al diritto antidiscriminatorio la funzione di lottare contro di essa.

³⁹⁰ Cfr., U. VINCENTI, *Discorso sulla dignità umana*, in I diritti dell'uomo, n.3, 2010, pp. 10-14.

di diritto per come si è venuto sviluppando negli ordinamenti europei dal secondo dopo guerra in poi. In quanto principio fondamentalmente etico, la dignità si configura essenzialmente come un presupposto del riconoscimento del valore della persona in quanto tale. Altrimenti detto, la dignità umana, più che apprezzarsi in termini di diritto positivo, assume i connotati di un valore cui è improntato uno dei principi fondativi del patto costituzionale, quale è appunto il principio personalista. Letta in questa luce, ciò che in Germania trova veste giuridica nel richiamo esplicito alla «dignità», in Italia si traduce nella constatazione della centralità dell'essere umano. La dignità come valore trova così la propria implicita affermazione nel riconoscimento del principio contenuto nell'articolo 2 della Costituzione italiana, laddove si stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Del resto, in perfetta assonanza concettuale – e certo non casuale – con il disposto dell'articolo 1, paragrafo secondo, della Legge fondamentale tedesca, in cui, dopo aver affermato l'intangibilità della dignità umana, si precisa che proprio da essa discende il riconoscimento degli «inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo». In una prospettiva oggettivistica o sociale³⁹¹, invece, la dignità si riferisce non soltanto all'essere umano in quanto tale, ma anche all'essere umano nella sua vita di relazione e, più in generale, all'essere umano come soggetto della società in cui vive. Si tratta di una dimensione che supera la tutela dell'individuo, per cogliere quest'ultimo nei suoi rapporti con gli altri. E nemmeno questo è un caso se, per esempio, nel primo comma

³⁹¹ Cfr., M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale: appunti per una lezione*, in *Revista Juridica de los Derechos Sociales*, vol.3, n.2, 2013 e L. STIZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011.

dell'articolo 3 della Costituzione italiana, si parla di «pari dignità sociale», in collegamento al principio di eguaglianza formale. Tale richiamo è stato letto come la proiezione del valore paritario della dignità umana su tutti i rapporti riferibili ai cittadini. Pertanto, il concetto di dignità deve essere letto, non soltanto in chiave di eguaglianza formale (evocata dall'aggettivo «pari»), ma anche in chiave di eguaglianza sostanziale, nel senso che l'affermazione in ambito sociale della dignità umana implica che i pubblici poteri si adoperino per garantire il pieno rispetto ed il pieno sviluppo della persona, proprio in quanto portatrice di dignità.

Sarà qui sufficiente evidenziare il duplice ruolo, di bussola interpretativa e di bene protetto, che essa può assumere allorché utilizzata per universalizzare la tutela dell'eguaglianza e, nello specifico, della tecnica antidiscriminatoria. La dignità è, in effetti, una tra le risposte più convincenti alle seguenti domande: su cosa dobbiamo fondare il dovere di non discriminare, su quale fondamento dobbiamo costruire un modello di eguaglianza, in forza di quale valore/principio deriva il dovere di trattare tutte le persone da eguali. Esiste un qualcosa in virtù del quale le persone sono uguali, indipendentemente dalle differenze personali, culturali, empiriche e contingenti che le contraddistinguono. Tutti gli esseri umani sono uguali in quanto persone dotate della stessa dignità e dunque degne di eguale rispetto. Che è poi quello che intende anche Ronald Dworkin distinguendo tra il diritto delle persone a un *equal treatment* (cioè che a tutti sia assegnata indistintamente la stessa quota di risorse, opportunità e oneri) e il diritto di ognuno di essere trattato *as an equal* (cioè che a tutti siano accordati uguali considerazione e rispetto). Tra questi due tipi di eguaglianza solo il secondo costituisce l'oggetto di un vero e proprio diritto fondamentale,

e anzi in nome di esso si possono porre limitazioni al primo³⁹². Questa rilettura appare irrinunciabile per tentare di rispondere alle sfide sempre più complesse di realtà sociali composite, nella commistione di tradizioni culturali e religiose differenti, e laddove gli individui sempre più raramente hanno identità univocamente determinate, distinte e separate, caratterizzandosi al contrario per la coesistenza di una pluralità di tratti culturali e personali vari ed eterogenei. Un'impostazione giuridica che proceda per compartimenti stagni, per categorie di soggetti con identità definite in modo alternativo appare allora semplicemente inadeguata a far fronte alle sfide della complessità umana.

³⁹² Cfr., R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* [1977], edizione italiana a cura di N. Muffato, Il Mulino, Bologna, 2010, e P. BARKER, A.B. ATKINSON, R. DWORKIN, A.O. HIRSCHMAN, E.J. HOBBSAWM, A. SEN, D. WEDDERBURN, *Living as Equals*, Oxford University Press, Oxford, 1996. Si veda anche J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* [1971], edizione italiana a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano, 1982.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN B.A., *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 98, n. 4, 1985
- ADINOLFI A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 1994, pp. 521-578
- AINIS M., *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1992, pp. 585 e ss.
- AINIS M., *L'eccezione e la sua regola*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1993
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. it. a cura di C. MAZZARELLI, Rusconi, Milano, 1996
- BAGENSTOS S.R., *The Structural Turn and the Limits of Antidiscrimination Law*, in *California Law Review*, n. 94, 2006
- BALIBAR È., *Il ritorno al futuro della razza: tra società e istituzioni*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione. Analisi delle politiche pubbliche e istituzionali*, n. 4, 2007
- BALKIN J.M. – SIEGEL R.B. (a cura di), *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, Oxford, 2009
- BALLESTRERO M.V., BALANDI G.G. (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005
- BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Unione europea*, 1, 2008
- BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007

- BARBERA M., *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991
- BARBERA M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale europeo*, Promodis, Brescia, 2000
- BARBERA M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007
- BARBERA M., *La sfida dell'uguaglianza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2, 2000, pp. 245-269
- BARBERA M., *Not the same? The judicial role in the new Community anti-discrimination law context*, in *Harvard International Law Journal*, 2002
- BARKER P., ATKINSON A.B., DWORKIN R., HIRSCHMAN A.O., HOBSBAWM E.J., SEN A.K., WEDDERBURN D., *Living as Equals*, Oxford University Press, Oxford, 1996
- BARNARD C., *The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?*, in *Cambridge Law Journal*, 1998, pp. 352 ss.
- BARRÈRE M. – CAMPOS A. (a cura di), *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, Dykinson, Madrid, 2004
- BARRÈRE M., *La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2010
- BARSOTTI V. - VARANO V. (a cura di), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, vol.1, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2012
- BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Morcellania, Brescia, 2009

- BELL M. – WADDINGTON L., *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003
- BELL M., *Antidiscrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- BELL M., *Critical Review of Academic Literature Relating to the EU Directives to Combat Discrimination*, European Commission, Bruxelles, 2004
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino, 2003
- BOBBIO N., *Eguaglianza e egualitarismo*, in AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando Editore, Roma, 1978
- BOCCIA M.L., *La differenza politica*, Il Saggiatore, Milano, 2002
- BORRILLO D. (a cura di), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, Parigi, 2003
- BOTTI C., *Il femminismo tra uguaglianza e differenza*, in *Ragion Pratica*, n.8, 1997
- BRAIDOTTI R., *Nomadic subjects. Embodiment and sexual difference in contemporary feminist theory*, Columbia University Press, New York, 1994
- BRUNELLI G., *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1995
- BUTLER J., *Gender trouble: Feminism and the subversion of identity*, Routledge, Londra, 1990
- BUTLER J., *La disfatta del genere*, Meltemi, Milano, 2006

- CAIELLI M., *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008
- CALABRESI S., *Textualism and the Countermajoritarian Difficulty*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 1373, 1998 FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N.Y.U. L. Rev. 333, 1998
- CALAFÀ L., *La sentenza P.: una nuova frontiera dell'eguaglianza?*, in Lav. e Dir., n.3, 1996
- CALVIERI C. (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006
- CANIVET G., *Trans-Judicial Dialogue in a Global World*, in S. MULLER – S. RICHARDS (a cura di), *Highest Courts and Globalization*, Hague Academy Press, The Hague, 2010
- CARLASSARE L., DI BLASI A., GIAMPIERETTI M. (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Cedam, Padova, 2002
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007
- CARTABIA M. – GENNUSA M., *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2011
- CARTABIA M. – VETTOR T. (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, Giuffrè, Milano, 2009

- CARTER I., *Il rispetto e le basi dell'eguaglianza*, in I. CARTER, A.E. GALEOTTI, V. OTTONELLI (a cura di), *Eguale rispetto*, Mondadori, Milano, 2008
- CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli Editore, Roma, 2009
- CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Esi, Napoli, 2008
- CERRI A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1976
- CERRI A., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, voce in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, vol. XXXVI, 1994
- CLARKE J.A., *Beyond Equality? Against the Universal Turn in Workplace Protections*, in 86 *Ind. L. J.*, 1219, n. 11, 2011
- COMANDUCCI P., *'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista*, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1992*, Giappichelli, Torino, 1992
- COMANDUCCI P., *Su "uguaglianza"*, in *Lavoro e Diritto*, anno VI, n. 4, 1992, pp. 589-96
- CRENSHAW K.W., *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-racist Politics*, in H. LUTZ, M.H. VIVAR, L. SUPIK (a cura di), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-faceted Concept in Gender Studies*, Ashgate, Burlington, 2011, pp. 25-42
- CRENSHAW K.W., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Colour*, in *Stanford Law Review*, 43, 6, 1991, pp. 1241-1299
- CRIVELLI E., *Il Protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'ELIA,

- G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012
- D'ALOIA A., *Discriminazioni, eguaglianza e azioni positive: il "diritto diseguale"*, in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Edizioni Diabasis, Reggio Emilia, 2008
 - D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002
 - D'AMICO M. – RANDAZZO B. (a cura di), *Alle frontiere del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011
 - D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005
 - DASHWOOD A. – O'LEARY S. (a cura di), *The principle of equal treatment in European Community law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1997
 - DE MICCO L., *Adesione Dell'unione Europea Alla Convenzione Europea Dei Diritti Dell'uomo: Attesa Di Un Finale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, n. 3, 2012
 - DE SIERVO U., *La mano pesante della Corte sulle 'quote' nelle liste elettorali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1995
 - DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, Utet, Torino, 1968
 - DEFLORIAN L.A., *Affirmative Action in the US: The Legal Dimension*, in E. APPELT – M. JAROSCH (a cura di), *Combating Racial Discrimination: Affirmative Action as a Model for Europe*, Berg Publishers, Londra, 2000

- DELGADO R., STEFANIC J., *Critical Race Theory: An Introduction*, New York University Press, New York, 2001
- DORF M.C., *A partial defence of an anti-discrimination principle*, in *Issue in Legal Scholarship*, Berkeley Electronic Press, 2002
- DOUGLAS SCOTT S., *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006
- DWORKIN R., *Eguaglianza*, voce in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, Roma, vol. III, 1993
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio* [1977], edizione italiana a cura di N. Muffato, Il Mulino, Bologna, 2010
- DWORKIN R., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000, trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002
- E.G. VALDÉS, in *Some Reflections on the Concept of Equality*, in *Aa.Vv., Principio d'eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Cedam, Padova, 1999
- ELLIS E., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005
- FABENI S. – TONIOLLO M.G. (a cura di), *La discriminazione basata sull'orientamento sessuale. L'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, Roma, 2005
- FAVILLI C., *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008
- FERRAJOLI L., *Eguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in A. GALASSO (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella*

Costituzione europea: diritti fondamentali e rispetto della diversità,
Franco Angeli, Milano, 2007

- FERRAJOLI L., *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Democrazia e Diritto*, n. 2-3, 1994, pp. 49-73
- FERRAJOLI L., *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, 33, n. 2, 1993, pp. 49-73
- FERRAJOLI L., *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 2: Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007
- FIORAVANTI M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- FIORAVANTI M., *Il principio d'eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in *Contemporanea*, n. 4, 1999
- FISS O.M., *Groups and the Equal Protection Clause*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, 1976
- FREDMAN S., *A Critical Review of the Concept of Equality in UK Anti-Discrimination Law*, Cambridge Centre for Public Law & Judge Institute of Management Studies, Cambridge, 1999
- FREDMAN S., *Double Trouble: multiple discrimination and EU law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, Issue No. 2, 2005
- FREEDMAN A.D., *Legitimising racial discrimination through anti-discrimination law: a critical review of Supreme Court doctrine*, in *62 Minnesota Law Review* 1049, 1978
- FRIEDMAN B., *The Birth Of An Academic Obsession: The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 *Yale L.J.* 153, 2002
- FRIEDMAN B., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 333, 1998

- FRIEDMAN J.S., WHITMAN J.Q., *The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity*, in Yale Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n. 37, 2008
- G. ZANETTI, *Eguaglianza*, in A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2003
- GHERA F., *Il principio di eguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999
- GHERA F., *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003
- GIANFORMAGGIO L., *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422/1995 della Corte costituzionale)*, in A. FACCHI – C. FARALLI – T. PITCH (a cura di), *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005
- GIANFORMAGGIO L., *Eguaglianza, e differenza: sono veramente incompatibili?*, in A. FACCHI – C. FARALLI – T. PITCH (a cura di), *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005
- GIANFORMAGGIO L., *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995
- GIANFORMAGGIO L., *L'eguaglianza e le norme*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Scritti per Umberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997
- GIANFORMAGGIO L., *La tutela delle minoranze come problema etico*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996
- GOFFMAN E., *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, Simon & Schuster Inc., 1963, edizione italiana a cura di R. Giammanco, *Stigma. L'identità negata*, Ombre Corte, Verona, 2003

- GOLDONI M., *Costituzionalismo americano e razza. La lezione della Critical Race Theory*, in *Politica del diritto*, n.3, 2007
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010
- GUASTINI R., *La grammatica di 'eguaglianza'*, in *Lavoro e Diritto*, 6, n.2, 1992
- GUIGLIA G., *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus Rivista di Scienze Giuridiche*, n. 3, 2010, pp. 505-538
- HANNETT S., *Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, in *23 Oxford Journal of Legal Studies*, 2004
- HILLS R.M., JR., *You Say You Want a Revolution? The Case Against the Transformation of Culture Through Antidiscrimination Laws*, 95 *Mich. L. Rev.* 1588, 1997
- IZZI D., *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008
- KATZNELSON I., *When affirmative action was white: An untold history of racial inequality in Twentieth-Century America*, Norton and Company, New York, 2006
- KELSEN H., *Was ist Gerechtigkeit?*, trad. it., *Che cos'è la giustizia?*, in H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, Il Mulino, Bologna, 1955
- KOPPELMAN A., *Antidiscrimination Law And Social Equality*, Yale University Press, New Haven, 1996
- LACEY N., *From Individual to Group?*, in B. HEPPLER, E. SZYSZCZAK (a cura di), *Discrimination: The Limits of Law*, Mansell, Londra, 1992, pp. 99-124
- LATRAVERSE S., *Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, in *European network of legal experts in the non-discrimination field*, 2012, consultabile su:

<http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination>

- LAZZERONI L., *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA, *Il Nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007
- LEVINE L.C., *Justice Kennedy's 'Gay Agenda': Romer, Lawrence and the Struggle for Marriage Equality*, in *McGeorge Law Review*, n.44, 2013
- LYON D., *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*, Cambridge Polity Press, Malden, 1994
- MACKINNON C.A., *Difference and Dominance: on Sex Discrimination*, in *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987
- MACKINNON C.A., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987
- MACKINNON C.A., *Reflections on Sex Equality under the Law*, in *Yale Law Journal*, 1991, pp. 1281-1328
- MACKINNON C.A., *Substantive Equality: A Perspective*, in 96 *Minn. Law Rev.*, n.1, 2011-2012
- MACKINNON C.A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989
- MAZZARESE T., *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello Stato costituzionale di diritto*, in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008
- MAZZARESE T., in *Principio d'eguaglianza e diritti fondamentali. Una (ri)lettura dell'art. 3 della Costituzione*, in G. MANIACI (a cura

- di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006
- MCCRUDDEN C. – CHAMBERS G. (a cura di), *Individual's rights and the Law in Britain*, Oxford University Press, Oxford, 1994
 - MCCRUDDEN C., *Institutional Discrimination*, in 2 Oxford Journal of Legal Studies 303, 1982
 - MCCRUDDEN C., *The new concept of equality*, ERA-Forum, 4, 2003
 - MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 2009
 - MILL J.S., *Sulla servitù delle donne*, Rizzoli, Milano, 2010
 - MILLER D. – WALZER M. (a cura di), *Pluralism, justice and equality*, Oxford University Press, Oxford, 1995
 - MILLS C. – PATEMAN C., *Contact and Domination*, Polity Press, New York, 2007
 - MINOW M., *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law & Contemporary Problems*, 48, 157, 1985
 - MINOW M., *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1990
 - MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007
 - NASCIMBENE B., LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corriere giur.*, 1, 2008, pp. 137 ss.
 - NICHOLSON L. (a cura di), *Feminism/Postmodernism*, Routledge, New York, 1990
 - NUSSBAUM M.C., *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano, 2011

- NUSSBAUM M.C., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2005
- O'CONNELL R., *The Role of Dignity in Equality Law: Lessons from Canada and South Africa*, in *Int. 'l Const. L.*, n.6, 2008
- OPPENHEIM F., voce “Uguaglianza”, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, U. PASQUINO, *Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 2004
- PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1984*, in *Giur. Cost.*, 1984
- PALERMO F. – WOELK J., *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2008
- PALOMBELLA G., *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006
- PERELMAN C., *De la justice*, trad. it, *La giustizia*, prefazione di N. Bobbio, Giappichelli, Torino, 1958
- PEZZINI B., *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La società naturale e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010
- PEZZINI B., *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III – *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009
- PIROZZOLLI A., *Il valore costituzionale della dignità*, Aracne, Roma, 2007
- PITCH T., *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004

- PITCH T., *Tess e io. Differenze e disuguaglianze nella differenza*, in *Ragion Pratica*, n. 2, 2004
- PIZZORUSSO A., *Che cos'è l'eguaglianza?*, Editori Riuniti, Roma, 1994
- PIZZORUSSO A., *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993
- PLATONE, *Fedone 73-74*, in PLATONE, *Opere complete*, vol. I, trad. it. a cura di M. GIGANTE – M. VALGIMIGLI, Laterza, Roma-Bari, 1983
- POCAR L.F., *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009
- POLLICINO O., *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2005
- POST R.C. – SIEGEL R., *Equal Protection by Law: Federal anti-discrimination legislation after Morrison and Kimel*, in 110 *Yale Law Journal* 441, 2000
- POST R.C., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, in R.C. POST, K.A. APPHIA, J. BUTLER, T.C. GREY, R.B. SIEGEL, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham-Londra, 2001
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia* [1971], edizione italiana a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano, 1982
- RESTAINO F. – CAVARERO A., *Le filosofie femministe*, Paravia, Torino, 1999
- RHODE D.L., *Speaking of Sex: The Denial of Gender Inequality*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1997
- ROSS A., *On Law and Justice*, trad. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990

- RUGGERI A., *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo secondo diritto costituzionale*, in Riv. Ass. It. Cost., n.1, 2011
- RUGGERI A., *Dignità versus vita?* (2011), in Id., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XV ed., Torino 2012
- RUGGIU I., *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale della diversità*, in *Polemos*, I, 2009
- RUOTOLO M., *Eguaglianza e pari dignità sociale: appunti per una lezione*, in *Revista Juridica de los Derechos Sociales*, vol.3, n.2, 2013
- SARACENO C., *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull'identità femminile*, Franco Angeli, Milano, 1987
- SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000
- SCHIAVELLO A., *Il principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica*, n. 14, 2000, pp. 65-80
- SCHIEKAND D. – CHEGE V. (a cura di), *European Union Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Routledge, Londra, 2008
- SCOFFONI G., *Uguaglianza costituzionale e antidiscriminazione in Francia*, in T. BONAZZI, M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Il Mulino, Bologna, 1994
- SCOTT J.W., *Deconstructing Equality-versus-Difference: or, the Uses of Poststructuralist Theory of Feminism*, in F. OLSEN (a cura di), *Feminist Legal Theory*, Dartmouth, Aldershot, 1995
- SEN A.K., *Identity and violence. The illusion of destiny*, W.W. Norton & Company, New York – Londra, 2006, trad.it. *Identità e violenza*, Laterza, Roma – Bari, 2008

- SEN A.K., *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1994
- SIEGEL R.B., *Why Equal Protection no longer protects*, 49 Stan. Law Rev. 1111, 1997
- SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- SILVESTRI G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in Quaderni costituzionali, n.1, 2006
- SMART C., *The woman of legal discourse*, in *Social and Legal Studies*, vol.1, 1992
- SORRENTINO F., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Politica del diritto*, 2001
- STIZIA L., *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011
- STRAZZARI D., *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008
- TARELLO G., *Su "uguaglianza"*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989
- TESAURO G., *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1999
- THOMAS K., ZANETTI G. (a cura di), *Legge, Razza e Diritto. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005
- TONG R., *Feminist Thoughts. A comprehensive Introduction*, Westview Press, Londra, 1992
- TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1978

- TRIBE L.H., *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, in Harvard Law Review, 2003
- TUSSMAN J. – TENBROEK J., *The Equal Protection of the Laws*, 37 California Law Review 341, 1949
- VERLOO M., *Multiple inequalities, intersectionality and the European Union*, in European Journal of Women's Studies, vol. 13, n. 3, 2006
- VERONESI P., *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in Quaderni costituzionali, n.2, 2014
- VILLANO P., *Pregiudizi e stereotipi*, Carocci, Roma, 2013
- VINCENTI U., *Discorso sulla dignità umana*, in I diritti dell'uomo, n.3, 2010
- VIOLINI L., *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di Giustizia*, in Quad. cost., n. 2, 2004
- WESTEN P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality'*, in *Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990
- WESTEN P., *The Empty Idea of Equality*, in Harvard Law Review, 95, 3, 1982, pp. 537-96
- WILLIAMS T., *Intersectionality analysis in the sentencing of Aboriginal women in Canada: what difference does it make?*, in E. GRABHAM – D. COOPER – J. KRISHNADAS – D. HERMAN (a cura di), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, Routledge, Abington, 2009, pp. 79-104
- YOSHINO K., *The New Equal Protection*, 124 Harvard Law Review 747, 2011
- YOUNG I.M., *Le politiche della differenza*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1996

- YUVAL-DAVIS N., *Belonging and the Politics of Belonging*, in *Patterns of Prejudice*, s. XL, n. 3, 2006, pp. 196-213
- ZAGREBELSKY G., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006

SENTENZE CITATE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di Giustizia, sentenza del 12 novembre 1969, causa C-29/69, *Stauder*

Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*

Corte di Giustizia, sentenza del 22 giugno 1972, causa C-1/72, *Frilli*

Corte di Giustizia, sentenza del 20 febbraio 1973, causa C-39/73, *Rewe-Zentral*

Corte di Giustizia, sentenze del 19 Ottobre 1977, cause C-117/76 e C-16/77, *Ruckdeschel*

Corte di Giustizia, sentenze del 19 Ottobre 1977, cause C-124/76 e C-20/77, *SA Moulins Pont à Mousson and Others*

Corte di Giustizia, sentenza del 19 ottobre 1977, cause riunite C-117/76 e C-16/77, *Ruckdeschel*

Corte di Giustizia, sentenza del 19 ottobre 1977, cause riunite C-124/76 e C-20/77, *Moulins Pont-à-Mousson*

Corte di Giustizia, sentenza del 15 giugno 1978, causa C-149/77, *Defrenne I*

Corte di Giustizia, sentenza del 15 giugno 1978, causa C-149/77, *Defrenne II*

Corte di Giustizia, sentenza del 15 giugno 1978, causa C-149/77, *Defrenne III*

Corte di Giustizia, sentenza del 13 dicembre 1979, causa C- 44/79, *Hauer*

Corte di Giustizia, sentenza del 8 Ottobre 1980, causa C-810/79, *Peter Ueberschaer v. Bundesversicherungsanstalt Fuer Angestellte*

Corte di Giustizia, sentenza del 17 giugno 1981, causa C-113/80, *Commissione v. Irlanda*

Corte di Giustizia, sentenza del 13 Novembre 1984, causa C-283/83, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*

Corte di Giustizia, sentenza del 30 maggio 1989, causa C-33/88, *Allué & Coonan*

Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*

Corte di Giustizia, sentenza del 23 maggio 1996, causa C-273/94, *O'Flynn*

Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P.v.S. & Cornwall County Council*

Corte di Giustizia, sentenza del 12 settembre 1996, causa C-278/94, *Commissione v. Belgio*

Corte di Giustizia, sentenza del 17 aprile 1997, causa C-15/95, *Earl de Kerlast v. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) & Coopérative du Trieux*

Corte di Giustizia, sentenza del 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marshall*

Corte di Giustizia, sentenza del 10 marzo 1998, causa C-122/95, *Germania v. Consiglio*

Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant v. South-West Trains Ltd*

Corte di Giustizia, sentenza del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo v. Consiglio*

Corte di Giustizia, sentenza del 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck*

Corte di Giustizia, sentenza del 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Roman Angonese e Cassa di Risparmio di Bolzano Spa*

Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*

Corte di Giustizia, sentenze del 31 maggio 2001, cause C-122/99 e C-125/99, *D. & Regno di Svezia v. Consiglio*

Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 2001, causa C-189/01, *Jippes v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*

Corte di Giustizia, sentenza del 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Caballero v. Fondo de Garantía Salarial*

Corte di Giustizia, sentenza del 16 gennaio 2003, causa C-14/00, *Commissione v. Repubblica Italiana*

Corte di Giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pension Agency*

Corte di Giustizia, sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*

Corte di Giustizia, sentenza del 25 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*

Corte di Giustizia, sentenza del 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Chacon Navas*

Corte di Giustizia, sentenza del 22 maggio 2008, causa C-427/06, *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH)*

Corte di Giustizia, sentenza del 7 luglio 2009, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*

CORTE EUROPEA PER I DIRITTI DELL'UOMO

Affaire Relative A Certains Aspects Du Regime Linguistique De L'enseignement En Belgique v. Belgique, 1968

Unione nazionale della Polizia Belga v. Belgio, 1975

Schmidt e Dahlstrom v. Svezia, 1976

Petrovic v. Austria, 1988

C. Goodwin v. Regno Unito, 2004

Opuz v. Turchia, 2009

STATI UNITI

Barron v. Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243, 1833

Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36, 1872

Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303, 1880

Civil Rights Cases, 109 U.S. 835, 1883

Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356, 1886

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 1896
Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 1927
United States v. Carolene Products Co., 304 U.S., 1938
Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81, 1943
Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 1944
Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1, 1948
Brown v. Board of Education of Topeka, 347 US 483, 1954
Brown v. Board of Education (II), 349 U.S. 294, 1955
Heart of Atlanta Motel v. United States, 379 U.S. 241, 1964
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 1967
Sprogis v. United Air Lines, Inc., 444 F.2d 1194, 1198, 7th Cir., 1971
Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 1971
Moose Lodge No. 107 v. Irvis, 407 U.S. 163, 1972
Aros v. McDonnell Douglas Corp., 348 F. Supp. 661, C.D. Cal., 1972
De Funis v. Odegaard, 416 U.S. 312, 1974
Albermarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405, 1975
Washington v. Davis, 426 U.S. 229, 1976
Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321, 1977
Fesel v. Masonic Home of Delaware, Inc., 447 F.Supp. 1346, D. Del.,
1978
City of Los Angeles Dep't of Water & Power v. Manhart, 435 U.S. 702,
707, 1978
Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 1978
Greene v. Union Pac. R.R., 548 F.Supp. 3, 5 (W.D. Wash.), 1981
Wilson v. Southwest Airlines, 517 F. Supp. 292, N.D. Tex., 1981
County of Washington v. Gunther, 452 U.S. 161, 180, 1981
Philadelphia Elec. Co. v. Commonwealth, 448 A.2d 701, 707, 1982

Griffin v. Michigan Department of Correction, 654 F.Supp. 690, E.D. Mich.,1982

People v. Liberta, 64 N.Y.2d 152, 485 N.Y.S. 207, 1984

Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473 U.S. 432, 1985

Craft v. Metromedia, Inc., 766 F.2d 1205, 8th Cir., 1985

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 1986

McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279, 1987

Wood v. C.G. Studios, Inc., 660 F. Supp. 176, E.D. Pa., 1987

Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642, 1989

Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 1989

City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469, 1989

Cassista v. Community Foods, Inc., 5 Cal. 4th 1050, 1063-65, 1993

United States v. Clary, 846 F. Supp. 768, 1994

Adarand Constructors Inc. v. Peña, 515 U.S. 200, 1995

Bush v. Vera, 517 U.S. 952, 1996

Doe v. City of Belleville, 119 F.3d 563, 1997

Oncale v. Sundowner Offshore Services., Inc., 523 U.S. 75, 1998

Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 2003

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 2003

Smith v. City of Salem, 378 F.3d 566, 6th Cir., 2004

Schroer v. Billington, 424 F. Supp. 2d 203, D.D.C., 2006

Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 551 U.S. 701, 2007

Ricci v. De Stefano, 557 U.S. 557, 2009

REGNO UNITO

Mandla v. Dowell-Lee, UKHL7, 1982

Tariq v. Young, n. 247738, 1988

R. v. Birmingham City Council ex p. E.O.C., IRLR 430, CA, 1988

James v. Eastleigh Borough Council, IRLR 208, HL, 1990

Dawkins v. Department of the Environment, IRLR 284, CA, 1993

Meade-Hill v. National Union of Civil and Public Servants, IRLR 478, CA, 1995

ITALIA

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 422 del 1995

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 49 del 2003

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 306 del 2008

CANADA

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229

Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513

Miron v. Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497

SUDAFRICA

Corte costituzionale sudafricana, 9 ottobre 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Other*, CCT 11/1998