

Introduzione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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