

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

GIACOMO VIGGIANI

Il letto di Procuste.  
Appunti per una grammatica  
della discriminazione

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*destinato a GenIUS 2020-2*

# Il letto di Procuste. Appunti per una grammatica della discriminazione

## Sommario

1. Introduzione – 2. Saper discriminare – 3. Dalla scelta del parametro... – 4. ...a quella del fine – 5. La “cattiva” discriminazione – 6. Variazioni sul tema – 7. Conclusioni.

## Abstract

A fronte di un numero sterminato di articoli e saggi che hanno dissezionato il principio di uguaglianza e le sue innumerevoli declinazioni, meno attenzione è stata dedicata all’idea di discriminazione. In questo contributo si intende indagare i significati e le funzioni che il concetto di discriminazione può assumere nel contesto filosofico-giuridico. Dopo aver sgombrato il campo dai fraintendimenti che generalmente ne accompagnano la formulazione e l’interpretazione, si proporranno alcune prime riflessioni in materia al fine di gettare le basi per una futura grammatica della discriminazione.

*While an endless number of articles and essays analysed the principle of equality and its countless variations, less attention was paid to the idea of discrimination. In this contribution we intend to investigate the meanings and functions that the concept of discrimination can assume in the legal philosophy. After clearing the field of the misunderstandings that generally accompany its formulation and interpretation, some initial reflections on the subject will be proposed in order to lay the foundations for a future grammar of discrimination.*

## 1. Introduzione

Chiunque abbia avuto modo di leggere Apollodoro, Diodoro Siculo, o Plutarco<sup>1</sup>, sa che nella mitologia greca c’era un famigerato giaciglio: il letto di Procuste. Quest’ultimo, o più precisamente “Procruste” (lett. lo stiratore), se si segue fedelmente la traslitterazione dal greco *Prokrústes*, era il soprannome di un leggendario brigante greco di nome Damaste (o, secondo una tradizione alternativa, Polipemone), che attirava nella sua capanna, prospettando un riparo per la notte, gli sventurati viandanti che percorrevano la strada tra Atene e Megara. Procuste aveva una fisima: pretendeva che la statura dei pel-

---

\* Ricercatore di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia. Mail: giacomo.viggiani@unibs.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Apollodoro, *Biblioteca*, III, 16.2; Diodoro Siculo, *Libreria Historica*, IV, 59.5; Plutarco, *Vita di Teseo*, 11a.

legrini si adattasse perfettamente al letto che metteva a disposizione. Se questo non avveniva, come era di frequente, provvedeva ad amputare loro i piedi o a sottoporli a una vigorosa trazione a seconda dei casi. Una lucida prefigurazione di quell'uomo ridotto a una sola dimensione, che trova la sua più suggestiva rielaborazione nell'opera del poeta polacco Zbigniew Herbert, il quale riesuma Procuste sotto le mentite spoglie di un medico eugenetista con simpatie lombrosiane<sup>2</sup>. Procuste fu alla fine ucciso dall'eroe Teseo che, per contrappasso, gli fece patire la stessa sorte.

Da allora il "letto di Procuste" è entrato nell'immaginario comune per indicare quello stato di profonda angoscia conseguente a un adattamento forzato e snaturante a un contesto. Del mito si è appropriata anche la psicologia, che con "sindrome di Procuste" descrive il disprezzo che il soggetto avverte per coloro che hanno maggiori capacità e talento e che cerca di sabotare o danneggiare nel tentativo di abbassare al proprio livello. Dal punto di vista politico-giuridico, non è vi però dubbio che il metro procusteano rappresenti un'allegoria della più odiosa ingiustizia, perché viola patentemente il principio ciceroniano<sup>3</sup> e giustiniano<sup>4</sup> dell'*unicuique suum*: non solo il leggendario grassatore pretendeva di "ospitare" tutti i viandanti in un letto *one size*, ma, non riuscendoci, li adattava coattivamente a esso.

Se dovessimo però spiegare perché il brigante greco risulta ingiusto, si dovrebbe concludere che è perché non discrimina a sufficienza tra i diversi esempi di pellegrini che incontra. Un'affermazione che stride col sentire comune, il quale associa, ormai di consueto, il concetto di discriminazione a qualsiasi disparità di trattamento operata fra persone, cose, casi o finanche situazioni. È questo il risultato del progressivo affermarsi sul piano politico non tanto della uguaglianza, quanto di una sua retorica, che, per citare Mathieu<sup>5</sup>, ne ha fatto sempre più un'idea-forza a scapito di un'idea-chiara. La discriminazione, in questo quadro, ha così assunto le vesti della nemesi dell'uguaglianza e dunque un'accezione assolutamente negativa. Come invece opinava lo Stagirita nel IV sec. a.C., «si pensa che il giusto sia l'uguaglianza, e lo è, ma non per tutti, bensì per gli uguali»<sup>6</sup>. Se così non fosse, Procuste sarebbe l'eroe della storia anziché l'antagonista di Teseo. È la parità di trattamento, se non si è uguali, a essere procusteano e dunque ingiusto. Giusto, in questo caso, è chi discrimina.

Quello di discriminazione è dunque un concetto più spesso e profondo di quello che talvolta si pensa e che vale la pena analizzare al netto di quelle sfaccettature di significato che, siccome emotivamente più accese, hanno finito per imporsi come le più gettonate. La storia della parola, per esempio, ci dice che la discriminazione è, prima di tutto, la messa in pratica del discernimento, da intendersi come la capacità di valutare e distinguere fra le parti semplici in cui viene scisso il complesso. Difatti, il termine discende dal latino tardo *discriminatio*, a sua volta da *discrimen*, derivato di *discernere*. Quest'ultimo, poi, è composto da *dis-* (separare) e *cernere* (scegliere). Il fatto di discriminare o di essere discriminato è dunque, in estrema analisi, sì una differenziazione, ma non necessariamente una diversificazione iniqua.

Ciononostante, a fronte di un numero sterminato di articoli e saggi che hanno dissezionato il principio di uguaglianza e le sue innumerevoli declinazioni<sup>7</sup>, fino addirittura a proporre

2 Il componimento si intitola *Damastes z przydomkiem Prokustes mówi* (lett. Damaste, noto anche come Procuste, si racconta) ed è contenuto nella raccolta *Raport z oblężonego Miasta i inne wiersze* (1983), pubblicata nello stesso anno in Italia da Adelphi col titolo *Rapporto dalla città assediata*.

3 «Iustitia [...] suum cuique distribuit» (Cicerone, *De natura deorum*, III, 15).

4 «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens» (*Institutiones*, I, I, 1).

5 V. Mathieu, *L'eguaglianza giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1977, pp. 18-26.

6 Aristotele, *Politica*, trad. it. a cura di R. Laurenti, III, 9, 1280a.

7 *Ex multis*: R. Guastini, *La grammatica di 'eguaglianza'*, in *Lavoro e Diritto*, 6, 2, 1992, pp. 205-210. A. Pizzorusso, *Che cos'è l'eguaglianza?*, Editori Riuniti, Roma, 1994; N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995; A. Schiavello, *Principio di*

l'abrogazione<sup>8</sup>, meno attenzione è stata dedicata all'idea di discriminazione. In questo contributo si intende indagare i significati e le funzioni che il concetto di discriminazione può assumere nel contesto filosofico-giuridico. Dopo aver sgombrato il campo dai fraintendimenti che generalmente ne accompagnano la formulazione e l'interpretazione, si proporranno alcune prime riflessioni in materia al fine di gettare le basi per una futura grammatica della discriminazione.

## 2. Saper discriminare

Si è appena detto che il letto di Procuste appare ingiusto, perché non rispetta la massima *suum cuique tribuere*, che sta alla base della c.d. giustizia distributiva, e che consiste – aristotelicamente – nel dovere di trattare gli uguali in modo uguale e i diversi in modo diverso. In altre parole, se un'entità A sta rispetto a un'altra B nella proporzione di 2 a 1, una giusta distribuzione farà sì che anche le cose distribuite siano nella stessa proporzione<sup>9</sup>. A dispetto dell'apparente semplicità di questa definizione, la sua applicazione non è per nulla immediata<sup>10</sup>. Anzi, come scriveva Norberto Bobbio, è niente più che un contenitore «generico e vuoto che, se non è specificato o riempito, non significa nulla»<sup>11</sup>.

Per illustrare il punto in modo più chiaro possiamo didascalicamente distinguere tra due accezioni di uguaglianza, l'una forte e l'altra debole.

Nella versione forte, l'uguaglianza è una relazione di equivalenza, ossia riflessiva ( $A = A$ ), simme-

*eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 65-80; R. Dworkin, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002; P. Ferragamo, *Le formule dell'uguaglianza: da Kelsen a Nagel*, Giappichelli, Torino, 2004; T. Mazzarese, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2, 2006, pp. 399-420; G. Zanetti, *Uguaglianza come prassi*, Il Mulino, Bologna, 2015; N. Riva, *Egalitarismi. Concezioni contemporanee della giustizia*, Giappichelli, Torino, 2016; L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari, 2018; F. Mastromartino (a cura di), *Teoria e pratica dell'eguaglianza. Percorsi di analisi critica*, L'Asino d'Oro, Roma, 2018.

<sup>8</sup> P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 95, 3, 1982, pp. 537-96.

<sup>9</sup> Se ne trova un classico esempio nell'episodio biblico della manna, ove i figli di Israele ne raccolsero in proporzione delle proprie necessità: «E, evaporato lo strato di rugiada, apparì sulla superficie del deserto qualcosa di minuto, di granuloso, fine come brina gelata in terra. A tal vista i figli d'Israele si chiesero l'un l'altro: «Che cos'è questo?» perché non sapevano che cosa fosse. E Mosè disse loro: «Questo è il pane che il Signore vi ha dato per cibo. Ecco ciò che ha prescritto in proposito il Signore: ne raccolga ognuno secondo le proprie necessità, un omer a testa, altrettanto ciascuno secondo il numero delle persone coabitanti nella tenda stessa così ne prenderete». Così fecero i figli di Israele e ne raccolsero chi più chi meno. Misurarono poi il recipiente del contenuto di un omer; ora colui che ne aveva molto non ne ebbe in superfluo e colui che ne aveva raccolto in quantità minima non ne ebbe in penuria; ciascuno insomma aveva raccolto in proporzione delle proprie necessità» (*Esodo*, 16.14-18).

<sup>10</sup> Se trattare gli uguali in modo uguale e viceversa incontra un largo consenso unanime, spiegare come si misura l'uguaglianza/differenza è tutt'altro discorso. In verità, anche il consenso è più sul principio di uguaglianza come valore in sé che sulle sue declinazioni. Per una riflessione sul punto, si vedano G. Tarello, *Su "uguaglianza"*, in S. Castignone (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 351-355; A. Sen, *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

<sup>11</sup> N. Bobbio, *Eguaglianza e egualitarismo*, in AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando Editore, Roma, 1978, p. 14. In senso adesivo, si vedano anche P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, cit., p. 547, che definisce l'idea di uguaglianza un «empty vessel», e H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia?*, in Idem, *Democrazia e cultura*, Il Mulino, Bologna, 1955, p. 155, che parla di un principio «troppo vuoto», e A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990, p. 272, il quale dubita che sia «un vero principio».

trica (se  $A = B$  allora  $B=A$ ), nonché transitiva (se  $A = B$  e  $B = C$ , allora  $A = C$ ). È, in altre parole, sinonimo di identità: due entità  $A$  e  $B$  sono uguali (*rectius*: identiche) perché condividono gli stessi predicati (o proprietà), tanto da essere indiscernibili<sup>12</sup>, come le qualificava Leibniz<sup>13</sup>. Sempre quest'ultimo, però, la relegava a quelle che definiva successivamente come verità di ragione. E in effetti si tratta di un modello residuale di uguaglianza, nella misura in cui si realizza soltanto nei sistemi formalizzati delle scienze matematiche e, specificamente, in quella relazione binaria rappresentata con il simbolo “=”.

Nella versione debole, l'uguaglianza, per continuare con il linguaggio leibniziano, è una verità di fatto, cioè si basa non sul principio di identità e non contraddizione, quanto piuttosto su quello di ragion sufficiente. Questo significa che nessun rapporto di uguaglianza è stabilito senza che sia possibile, a colui che conosce sufficientemente le cose, dare una ragione del perché è così e non altrimenti. Tale ragione, tuttavia, non è una causa necessitante, quanto un principio di concatenazione, per il quale due entità  $A$  e  $B$  sono sì uguali, senza però formare una catena necessaria<sup>14</sup>. In questa declinazione, l'uguaglianza, che chiameremo d'ora in poi *normativa* per distinguerla dalla *matematica*, è ancora una relazione simmetrica, ma non è più riflessiva né transitiva<sup>15</sup>. Vi sono però due ulteriori elementi che valgono a differenziare l'uguaglianza normativa da quella matematica.

Il primo è il fatto che l'uguaglianza normativa è, per così dire, un'uguaglianza complessa, che può essere scomposta in due uguaglianze “semplici”. La prima, che possiamo chiamare uguaglianza di fatto o di base, consiste nel determinare quando due entità  $A$  e  $B$  sono uguali; la seconda, che possiamo definire come uguaglianza di scopo, impone che, una volta stabilita l'equiparazione precedente,  $A$  e  $B$  siano effettivamente trattati allo stesso modo. Al contrario, non ha senso in matematica affermare che siccome  $2 = 2$ , allora  $2$  deve essere trattato come  $2$ <sup>16</sup>.

Il secondo elemento di differenziazione, che è poi il motivo per cui si tratta di una uguaglianza debole, è che l'uguaglianza di base non può mai essere assoluta, ma dipende sempre da un parametro assunto come rilevante nella comparazione. Solo apparentemente, infatti, l'uguaglianza di base precede l'uguaglianza di scopo. In realtà, la norma che prescrive la parità di trattamento è di solito la stessa che ne individua i destinatari e dunque la “variabile focale”, come la definisce Sen<sup>17</sup>, che dà il diritto al

12 Non è infatti possibile che si diano due entità individuali distinte, ma identiche in tutti gli aspetti. Per un approfondimento, si rimanda a F. Martinello, *L'identità degli indiscernibili: un punto sulla situazione*, in *Rivista di filosofia*, 3, 2005, pp. 457-482; *L'identità degli indiscernibili in Leibniz*, Albo Versorio, Milano, 2006.

13 Per una disamina del pensiero leibniziano in una prospettiva politico-giuridica, si rimanda a C.M. De Iuliis, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2010, pp. 711-748; P.P. Portinaro, *Leibniz, la logica e la giurisprudenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2016, pp. 239-252.

14 Come scrive 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 in particolare p. 89, si tratta di «una relazione comparativa tra due o più soggetti od oggetti, che possiedono almeno una caratteristica rilevante in comune»<sup>14</sup>.

15 Non solo  $A \neq A$ , ma non è neanche detto che se  $A = B$  e  $B = C$ , allora  $A = C$ . Potrebbe accadere, per esempio, che  $A$  abbia una caratteristica in comune con  $B$  e quest'ultima con  $C$ , ma potrebbero essere due caratteristiche diverse. Mentre dunque quando si dice, in matematica, che due enti sono uguali si intende che sono identici, nel campo giuridico l'espressione sta a indicare solamente che presentano uno o più elementi coincidenti. Come spiega anche Giovanni Tarello, «dire 'uguaglianza' [nel diritto] significa da un lato escludere l'identità e dall'altro escludere [...] la rilevanza delle differenze» (G. Tarello, *Su "uguaglianza"*, cit., p. 351).

16 Nei sistemi formalizzati, in altre parole, l'unica uguaglianza possibile è quella di fatto.

17 A. Sen, *Inequality Reexamined*, cit., p. 2

pari trattamento<sup>18</sup>.

Come selezionare delle caratteristiche rilevanti (e, di converso, delle differenze trascurabili) diventa quindi il problema cruciale da risolvere. Ed è qui che la *discriminatio* intesa come capacità di *discernere* dispiega tutta la sua importanza: se due entità A e B non possono essere uguali in tutto e per tutto, e cioè essere identiche, in quali o quanti tratti devono però esserlo? La domanda, come si è già avuto modo di accennare, non è meramente accademica, perché ogni *descrizione* di uguaglianza di base è strumentale a una *prescrizione* di uguaglianza di scopo e cioè, in ultima analisi, l'imposizione di un obbligo, l'allocazione o la distribuzione di una risorsa. Lo si evince bene dal raffronto tra la tecnica interpretativa dell'*argumentum a simili* rispetto all'*argumentum a contrario*, i quali si riducono, in estrema analisi, alla capacità di argomentare in modo convincente intorno alle uguaglianze (*rectius*: somiglianze<sup>19</sup>) e alle differenze tra le classi di fattispecie comparate. Un giudizio di maggiore rilevanza delle prime porterà ad attribuire il medesimo trattamento giuridico alle classi di casi coinvolte, un giudizio di maggiore rilevanza delle seconde, l'opposto.

In base a cosa si è dunque uguali o diversi? Come discriminare un parametro rispetto all'altro? A meno che non si voglia incedere sulla strada, certo non priva di asperità, del cognitivismo interpretativo, bisogna ammettere che stabilire una relazione di uguaglianza normativa implica giocoforza una certa dose di discrezionalità da parte dell'interprete. Non soltanto l'uguaglianza normativa è un'uguaglianza relativa, ma la variabile focale che sta base di questa relatività non può essere scelta aprioristicamente e una volta per tutte. Così, per esempio, l'interprete potrebbe decidere che una risorsa deve essere distribuita ai cittadini in rapporto a una singola caratteristica, pur se in tutto il resto non differissero affatto<sup>20</sup>.

### 3. Dalla scelta del parametro...

Se il metro di misura dell'uguaglianza non ha un contenuto specifico, ma viene riempito di significato dall'interprete, essa sarà sempre il frutto di decisioni soggettive e quindi discrezionali. Come scrive Gianfrancesco Zanetti,

l'uguaglianza, in questo senso, è in primo luogo una pratica (non una proprietà degli enti): si "prende posizione" nel mondo affermando normativamente che una data differenza non conta, o non

18 Si deve, in altre parole, stabilire a monte un parametro da utilizzare come metro di misura. In senso adesivo, si veda R. Guastini, *La grammatica di 'eguaglianza'*, cit.

19 Come già detto, se due contratti di locazione A e B fossero identici sarebbero lo stesso contratto. Se fossero semplicemente uguali, sarebbero distinguibili, ma non ci sarebbe comunque bisogno di operare alcun ragionamento analogico. La loro sussunzione nella fattispecie dei contratti di locazione sarebbe infatti indisputata. Al contrario, è praticabile l'analogia se si dimostra che A e B, pur essendo diversi, hanno alcuni tratti in comune che li rendono simili. Riassumendo: un contratto di locazione è identico solo a se stesso, due contratti di locazione sono uguali, mentre un contratto di locazione e, per esempio, un contratto di *leasing* potrebbero essere simili (*ante* l. 4 agosto 2017, n. 124). Per un approfondimento, si vedano N. Bobbio, *L'analogia nella logica nel diritto* (1938), ristampa a cura di P. Di Lucia, Giuffrè, Milano, 2006; L. Gianformaggio, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in Idem, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 149-172; D. Canale, G. Tuzet, *The A Simili Argument: An Inferentialist Setting*, in *Ratio Juris*, 22, 4, 2009, pp. 499-509; *On the Contrary: Inferential Analysis and Ontological Assumptions of the A Contrario Argument*, in *Informal Logic*, 28, 2008, pp. 31-43.

20 Platone, *Gorgia*, 490b ss.

dovrebbe contare<sup>21</sup>.

La discrezionalità non deve però essere confusa con la vera e propria arbitrarietà. Se la selezione del parametro fosse non discrezionale, ma arbitraria – cioè incontrollata e incontrollabile – ogni predicato sarebbe commensurabile con un altro e tanto varrebbe scegliere, per esempio, l'altezza, come Erodoto racconta facessero gli antichi etiopi per eleggere il proprio monarca<sup>22</sup>.

Ed è proprio nella differenza tra un parametro arbitrario e uno discrezionale che ancora una volta la discriminazione, come la capacità di saper distinguere e argomentare, dispiega tutta la sua importanza. Ciò che distingue il primo dal secondo è infatti la pertinenza del parametro scelto nel contesto o universo di discorso al cui interno il giudizio di eguaglianza viene espresso<sup>23</sup>. Come insegna lo Stagirita, «tra auleti uguali nell'arte non si devono dare auli superiori a quanti sono più nobili di nascita (perché con ciò non suoneranno affatto meglio) ma a chi eccelle nell'arte bisogna dare anche eccellenza di strumenti»<sup>24</sup>. Altrimenti bisognerebbe che la maggiore nobiltà concorresse all'abilità nell'*aulòs*, ma il punto è proprio che non vi contribuisce affatto.

Vi è forse un solo caso in cui il parametro rilevante è, per così dire, irrilevante e cioè quando non è possibile conoscere la situazione specifica delle due entità confrontate. Si immagini di essere un docente e di assegnare un lavoro di gruppo a tre dei propri studenti. Come talvolta accade, il contributo di uno dei tre sarà maggiore rispetto agli altri due nel determinare il risultato finale. Ora, il principio dell'*unicuique suum* vorrebbe che io assegnassi un voto diversificato a seconda della dedizione di ogni componente del gruppo. E tuttavia accadrà che, come docente, avrò davanti solo il lavoro prodotto dal gruppo nel suo insieme e non la proporzione dell'impegno profuso. Non mi resterà, pertanto, che dare a tutti e tre lo stesso voto per minimizzare il rischio di commettere una ancora più grave ingiustizia.

#### 4. ... a quella del fine

Si è detto poc'anzi che distribuire l'*aulòs* in base alla nobiltà dei destinatari è arbitrario, mentre in funzione dell'abilità è discrezionale, e che quest'ultima è controllabile secondo la pertinenza al contesto in cui avviene la distribuzione. Il contesto, e, di conseguenza, la pertinenza a esso ha tuttavia dei confini sfumati, perché dipende a sua volta dal fine della distribuzione<sup>25</sup>. Per proseguire con l'esempio musicale, si immagini, come fa Sen<sup>26</sup>, di dover dirimere una controversia in cui tre litiganti si contendono un flauto, argomentando come di seguente:

- Il soggetto n. 1 sostiene di essere l'unico a saperlo suonare;
- Il soggetto n. 2 afferma di essere l'unico a non possedere altri strumenti;
- Il soggetto n. 3 dichiara di esserne il proprietario, perché lo ha costruito.

21 G. Zanetti, *Uguaglianza come prassi*, cit., p. 43.

22 Erodoto, *Historiae*, III, 20.

23 In senso adesivo, si veda L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, in Idem, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, Il Mulino, pp. 33-61, e in particolare p. 37.

24 Aristotele, *Politica*, III, 12, 1282b.

25 A questo proposito M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, p. 17, ha definito l'uguaglianza come «un gioco di scatole cinesi».

26 T. Nagel, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, pp. 28-31.

Assumendo come vere le tre affermazioni, è evidente che la soluzione della diatriba dovrà dipendere, almeno in parte, dal fine che l'interprete intende perseguire con la distribuzione e, in ultima analisi, dal suo posizionamento assiologico. Tutte e tre le caratteristiche invocate (abilità, povertà, proprietà) sono infatti parametri potenzialmente pertinenti per differenziare una persona dall'altra, ma il soggetto n. 1 attirerà le simpatie dell'utilitarista, il n. 2 dell'egualitarista e il n. 3 del liberalista. Ciò significa che sarebbe astrattamente possibile, come storicamente di fatto è avvenuto, introdurre leggi segregazioniste, senza per questo trattare casi uguali in modo diverso. È quanto avvenuto nel noto caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896), in cui la Corte Suprema statunitense riconobbe che il principio di uguaglianza veniva rispettato nel momento in cui si garantiva a bianchi e neri lo stesso trattamento, seppur in strutture rigorosamente separate (c.d. *separate-but-equal policy*)<sup>27</sup>. La discussione qui insomma si deve spostare dal piano dell'uguaglianza in senso stretto a quello della ragionevolezza<sup>28</sup>, con tutto ciò che ne concerne in materia di specificità esistenziale del vissuto di discriminazione<sup>29</sup>.

## 5. La “cattiva” discriminazione

Fin qui si è descritta una discriminazione, per così dire, “buona”, cioè necessaria al corretto instaurarsi di un qualsiasi giudizio di uguaglianza. Esiste però certamente anche quella che, per parallelismo, possiamo definire “cattiva” discriminazione, che invece invalida questo stesso giudizio. Essa può assumere varie forme.

La prima e più semplice forma è sicuramente quella che metteva in atto Procuste, che a una diversità descrittiva – i viandanti erano tutti di statura differente – associava un'uguaglianza prescrittiva – il letto *one size*; o che denunciava la profemminista Olympe de Gouges, quando scriveva, nella *Dichiarazione dei Diritti della Donna* (1791), che se la donna può essere fatta salire sul patibolo come l'uomo, deve allora poter salire anche in tribuna con lui, perché entrambi presuppongono la capacità di

27 Tuttavia, in un caso successivo (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)), la Corte dichiarò tale *policy* contraria alla Costituzione, poiché la segregazione, seppur applicata allo stesso modo a bianchi e neri, aveva effetti diseguali sui due gruppi. In una vicenda ancora successiva (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)), i giudici riconobbero che il fine delle politiche segregazioniste era di per se stesso illegittimo, perché funzionale ad alimentare suprematismo bianco. Per un approfondimento, si vedano G. Zanetti, K. Thomas (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005; T. Casadei, L. Re (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Diabasis, Reggio Emilia 2007; G. Zanetti, *Critical Race Theory: temi e problemi degli studi critici sulla “razza”*, in O. Giolo, M.G. Bernardini (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, pp. 35-49.

28 Sul concetto di ragionevolezza, con specifica attenzione al diritto costituzionale, si vedano A. Vacca, La ragionevolezza quale criterio decisorio nel giudizio di costituzionalità, in *Rivista di diritto processuale*, 74, 2, 2019, pp. 416-429; G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 64, 3, 2018, pp. 716-753; M. Stamile, *Ragionevolezza e giustizia costituzionale*, 49, 2, 2015, pp. 70-82; L. Pace, *La Corte costituzionale tra permanenza e superamento delle “meccaniche del giudizio di ragionevolezza”*, in *Giurisprudenza italiana*, 12, 2013, pp. 2471-2474; M. Barberis, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2013, pp. 191-204; G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 50, 3, 2008, pp. 573-598.

29 Per un approfondimento sull'equilibrio complesso tra eguaglianza formale e eguaglianza come assenza di discriminazioni irragionevoli nell'ottica della soggettivizzazione del giudizio di eguaglianza, si veda A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati*, Jovene, 2018.



agire<sup>30</sup>. In questo ultimo caso, vi è “cattiva” discriminazione perché a un’uguaglianza descrittiva viene fatta seguire una diversità prescrittiva.

Una seconda forma più subdola è la modifica surrettizia del contesto del giudizio di uguaglianza/differenza e dei suoi elementi costitutivi. Si tratta di un artificio che ricorre, per esempio, in una pronuncia pregiudiziale resa dalla Corte di giustizia dell’Unione europea a un giudice inglese alla fine degli anni ’90. Nella specie la Corte doveva stabilire se la discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale rientrasse o meno nell’ambito del concetto di *sex discrimination* ai sensi della Direttiva 76/207/CEE<sup>31</sup>. La causa principale, da cui aveva avuto poi impulso la procedura di rinvio pregiudiziale, era stata occasionata un’impiegata omosessuale della South West Trains – Ms Grant – allorché la sua domanda di vedere concesse alcune agevolazioni di viaggio alla propria convivente era stata rigettata, nonostante fossero state concesse alla compagna dell’uomo che in precedenza aveva occupato la stessa posizione. L’azienda aveva motivato il diniego sulla base del fatto che la convivente di Ms Grant fosse del suo stesso sesso, mentre i destinatari delle suddette agevolazioni dovevano intendersi come le coppie eterosessuali.

Orbene, i giudici europei, dando di fatto ragione al convenuto, ritennero che non si fosse trattata di una discriminazione sulla base del sesso (vietata), bensì sull’orientamento sessuale (non vietata<sup>32</sup>). Ciò in ragione del fatto che un ipotetico Mr Grant, in una situazione analoga, sarebbe stato trattato allo stesso modo: come Ms Grant non aveva ricevuto i biglietti omaggio per la sua compagna, così un ipotetico Mr Grant non li avrebbe ricevuti per il suo compagno. In altre parole, la Corte mette a confronto due persone omosessuali di sesso diverso, giungendo alla conclusione che patirebbero un *equal misery*<sup>33</sup>.

Premesso che resta ovviamente opinabile che l’orientamento sessuale sia un parametro convincente per differenziare il trattamento riservato ai dipendenti in materia di agevolazioni di viaggio, ciò

30 Sulla figura storica di Olympe de Gouges si rimanda a S. Mousset, *Olympe de Gouges e i diritti della donna*, Argo, Lecce, 2004.

31 *Grant v South-West Trains Ltd*, C-249/96, 17 febbraio 1998. Per una disamina della Direttiva citata e dei successivi sviluppi, nonché dei principali arresti giurisprudenziali in tema, si vedano *ex multis*: M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1991; Id., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 99-100, 2003, pp. 399-422; M. Bell, L. Waddington, *Diversi seppur eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 99-100, 2003, pp. 373-399; O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario* Giuffrè, Milano, 2005; D. Izzì, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; L. Giacomelli, *Ripensare l’eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 2018. Si vedano anche F. Poggi, *Diversi per diritto. Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 15, 2, 2015, pp. 9-36; G. Sorrenti, *Differenziare in modo irragionevole e discriminare (in base al sesso): la “distinzione” mancata*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1, 2020, pp. 161-172.

32 Diversamente da oggi, dove invece l’orientamento sessuale è ricompreso nell’ambito di applicazione e tutela della Direttiva 2000/78/CE. Per un approfondimento, si vedano M. Bonini Baraldi, *La discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nell’impiego e nell’occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 14, 4, 2004, pp. 775-804; L. Calafà, *Le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale*, M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 171-220; F. Fabeni, M.G., Toniollo, *Discriminazione sul lavoro e orientamento sessuale. La nuova disciplina di legge per la protezione dei diritti delle persone omosessuali*, Ediesse, Milano, 2005; G. Viggiani, *Orientamento sessuale e discriminazione sul luogo di lavoro. Un resoconto sull’utilizzo del D.lgs. 216/2003 in sede giudiziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVII, 1, 2017, pp. 45-66.

33 C. Denys, *Homosexuality: a Non-issue in Community Law?*, in *European Law Review*, 24, 1999, pp. 419-435, in particolare, p. 422.

che qui più rileva è che Mr Grant non si trova, nel raffronto allestito dalla Corte, in una situazione analoga a Ms Grant. È stato infatti alterato un elemento chiave del contesto: il sesso del convivente. Come si è già detto, Ms Grant si era lamentata di essere stata trattata diversamente rispetto al suo predecessore, un uomo eterosessuale convivente con una donna. Anziché compararla a lui, la Corte la mette a confronto di Mr Grant, a cui però si associa un compagno. Il giudizio di eguaglianza/differenza risulta così capzioso. Se, al contrario, manteniamo il contesto invariato – e dunque Mr Grant è anch'esso accompagnato a una donna – la discriminazione sulla base del sesso appare *ictu oculi*: se a Mr Grant è permesso ricevere delle agevolazioni per la compagna, mentre a Ms Grant no, l'unica differenza tra i due, e quindi il fondamento della distinzione è, evidentemente, il loro sesso<sup>34</sup>.

Una terza forma di "cattiva discriminazione" è quella che denunciava Carla Lonzi quando scriveva che «la donna non va definita in rapporto all'uomo»<sup>35</sup>, descrivendo poi l'impostazione teorica dell'uguaglianza tra i sessi come il «mondo della sopraffazione legalizzata, dell'unidimensionale»<sup>36</sup>. Ora, si è detto fin qui che l'uguaglianza non può che avere natura comparativa, poiché presuppone il confronto tra almeno due entità A e B con riferimento a uno standard comune esterno C che specifichi la caratteristica rispetto alla quale viene valutata l'uguaglianza (o la differenza) tra le due. Dunque, diciamo che A è uguale a B, se A e B stanno a C nello stesso modo<sup>37</sup>.

Accade però talvolta che lo standard comune C non sia effettivamente terzo rispetto ad A e B, ma coincida con uno dei due. Posto in maniera più schematica, si afferma che A è uguale a B, se A sta a B come B sta a se stessa. Impiego, insomma, un'entità come se fossero due, cioè la prendo due volte, la prima come uno dei termini di paragone, la seconda come parametro della comparazione. L'entità misurata e l'unità di misura vengono a sovrapporsi e la relazione comparativa si riduce a una misurazione della conformità o meno al modello costituito, che nel nostro esempio, è rappresentato da B. Poiché la relazione di uguaglianza, in questa accezione, non descrive e non prescrive, ma piuttosto valuta, Letizia Gianformaggio la definisce "uguaglianza valutativa" (o *sameness*):

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'uguaglianza, negativa, cioè svalutativa, per la differenza<sup>38</sup>.

Essere uguali non vuol dire insomma altro che essere uguali a B e quindi, in via consequenziale, dover essere trattati come B. Da qui scaturisce la già menzionata denuncia di Carla Lonzi: l'uguaglianza tra i sessi non deve consistere nel trattare le donne *come se* fossero uomini, cioè assimilandole alla norma standard maschile. Inoltre, come evidenzia la stessa Gianformaggio, nell'uguaglianza valutativa essere diverso diventa una proprietà assoluta e non più relativa e compa-

34 L'orientamento sessuale appare un elemento secondario, seppur consequenziale (se Ms Grant convive con una donna sarà omosessuale).

35 C. Lonzi, *Manifesto di Rivolta Femminile*, in Idem, *Sputiamo su Hegel*, Milano, 2010, pp. 53-59, e in particolare p. 55.

36 C. Lonzi, *Manifesto di Rivolta Femminile*, cit., p. 15.

37 Esemplificando ulteriormente, possiamo immaginare di dover valutare se due soggetti sono sovrappeso e che, per non essere così qualificati, la bilancia deve rendere un peso inferiore agli 80 kg. Ipotizziamo adesso che il primo soggetto pesi 70 kg e il secondo 75 kg. Ebbene, diremmo che entrambi non sono sovrappeso e che quindi, rispetto a questo parametro, sono uguali. A onor del vero, si potrebbe obiettare che tra i due c'è comunque una differenza, seppur entrambi al di sotto del parametro. Ciò dipende se si intendono le qualità differenzianti *per gradum* o *per saltum*. Su questo, si veda più ampiamente G. Zanetti, *Uguaglianza come prassi*, cit., pp. 11-19.

38 L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, cit., p. 41.

rativa: «"eguale" significa *degn*, mentre "diverso" significa *inferiore*»<sup>39</sup> rispetto un modello. Si tratta, in altre parole, di un'uguaglianza-inclusione e di una differenza-esclusione.

## 6. Variazioni sul tema

A valle dell'impianto teorico che si è testé tracciato, la discriminazione – quella "cattiva" – è stata qualificata con aggettivi diversi, soprattutto all'interno del diritto antidiscriminatorio di matrice giuslavorista<sup>40</sup>.

La prima di queste qualificazioni è quella che distingue la discriminazione *diretta* da quella *indiretta*. Sussiste una discriminazione diretta quando un lavoratore è trattato meno favorevolmente di quanto sia, sia stato o sarebbe trattato un altro in una situazione analoga sulla base di uno dei fattori protetti<sup>41</sup>. Sussiste, invece, una discriminazione indiretta quando una disposizione, una prassi o un comportamento apparentemente neutro in realtà possono mettere in una posizione di particolare svantaggio<sup>42</sup> categorie di lavoratori portatrici delle caratteristiche protette<sup>43</sup>. In entrambi i casi l'accertamento del trattamento deteriore, si fonda su un giudizio di comparazione tra il soggetto che si dichiara discriminato e un altro soggetto privo del tratto su cui si è sarebbe basata la disparità di trattamento.

Una seconda qualificazione è quella che viene definita come discriminazione *per associazione*. È ritenuto infatti irrilevante che il soggetto discriminato sia realmente portatore del fattore protetto, es-

<sup>39</sup> L. Gianformaggio, *Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'uguaglianza*, in Idem, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Il Mulino, Bologna, pp. 201-221. In senso adesivo, si veda anche T. Pitch, *Un diritto per due*, Il Saggiatore, Milano, 1998; *Tess e io*, in *Ragion Pratica*, 2, 2004, pp. 339-362. Per un contributo straniero in materia, si veda invece C.A. MacKinnon, *Difference and Dominance: on Sex Discrimination*, in Idem, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 987.

<sup>40</sup> Per una panoramica articolata, si vedano M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1991; M. Barbera e A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Milano, Giappichelli, 2020; A. Lassandri, *Le discriminazioni nel lavoro*, Cedam, Milano, 2010; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; M. Bell, L. Waddington, *Diversi seppur eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, cit.; L. Calafà, D. Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009; M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 63, 1, 2012, pp. 165-210.

<sup>41</sup> Di solito sesso/genere, razza, etnia, età, disabilità ed orientamento sessuale.

<sup>42</sup> Con particolare svantaggio non si intende casi *particolarmente* gravi o evidenti, ma, al contrario, che sono le persone di un determinato gruppo *in particolare* che si trovano svantaggiate a causa della disposizione apparentemente neutra (Corte di Giustizia, C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 luglio 2015, par. 109). Per un approfondimento, si veda C. McCrudden., *The new architecture of eu equality law after chez: did the court of justice reconceptualise direct and indirect discrimination*, *Queen's University Belfast School of Law: Research Paper*, 10, 2016, pp. 1-17.

<sup>43</sup> La normativa prevede altresì cause di esclusione, per la discriminazione diretta, e cause di giustificazione, per quella indiretta. Senza entrare nei dettagli, basti qui dire che «mentre le prime costituiscono deroghe (tendenzialmente tipiche), delimitazioni poste *ex ante*, all'operare del principio di non discriminazione, le giustificazioni (tendenzialmente atipiche) possono valutarsi solo *ex post*, nell'apprezzamento in concreto dell'atto o del comportamento che si sospetta integri una discriminazione indiretta» (M. Barbera, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., pp. 5-84, e in particolare p. 59).

sendo sufficiente che lo creda colui che brandisce la frusta della discriminazione<sup>44</sup>.

Una terza qualificazione è detta discriminazione *ipotetica/potenziale*, che è volta a designare l'astrazione dalla comparabilità con una vicenda concreta e una persona reale<sup>45</sup> tramite la *fictio* – appunto – di una discriminazione ipotetica e potenziale, fino a ad ammettere l'assenza di una vittima specifica della discriminazione, laddove, per esempio, le mere dichiarazioni di un datore di lavoro siano sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione discriminatoria<sup>46</sup>.

Infine, una quarta e ultima qualificazione è detta discriminazione *multipla*<sup>47</sup>, con cui però si indicano situazioni diverse. In una prima accezione la discriminazione occorre in relazione a due (o più) fattori tra quelli protetti, per cui sarà possibile dimostrare che la il trattamento sfavorevole è avvenuto per ognuno dei due separatamente, allo stesso tempo (c.d. discriminazione sequenziale) o in tempi diversi (c.d. discriminazione aggiuntiva). Si tratterà, quindi, semplicemente di valutare su quale dei fattori coinvolti conviene di più impostare l'azione giudiziale. In una seconda variante, la discriminazione *multipla* sta invece a indicare la discriminazione c.d. intersezionale. In tale variante, la discriminazione è il risultato della combinazione di due fattori discriminazione. La difficoltà, fino a ora non superata in modo soddisfacente dalla giurisprudenza, sta nel doppio parametro che regola il giudizio di uguaglianza e, dunque nell'individuare il corretto soggetto comparatore<sup>48</sup>.

- <sup>44</sup> Come chiarito dalla Corte di Giustizia nel procedimento C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, 17 luglio 2008. Per un commento al caso Coleman, si veda L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione della Direttiva 2000/78*, in *D&L - Rivista critica di diritto del lavoro*, 4, 2008, p. 1168 ss. Per una controversia simile in territorio italiano, si veda invece V. Protopapa, *La discriminazione per associazione e le conseguenze del comportamento discriminatorio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 63, 3, 2012, pp. 555-565.
- <sup>45</sup> Fino a considerare lo stesso soggetto sia come vittima che come termine di paragone. È quanto avvenuto in *P v. S and Cornwall County Council*, C-13/94, 30 aprile 1996, in un caso relativo al licenziamento di una persona transessuale poi ricondotto a una discriminazione sulla base del sesso. Esso non va tuttavia scambiato per una forma di uguaglianza valutativa, poiché un termine di paragone viene sì usato due volte, ma non come unità misura del giudizio di uguaglianza.
- <sup>46</sup> Si tratta del cosiddetto "svantaggio da scoraggiamento". La Corte di Giustizia ha affrontato la tematica in tre vicende topiche: *Feryn* (C 54/07, 10 luglio 2008), *FC Steaua Bucarest* (C- 81/82, 25 aprile 2013) e *Taormina* (C-507/18, 23 aprile 2020). Per un commento e un approfondimento, si rimanda a D. Izzi, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 59, 4, 2008, pp. 765 ss.; L. Fabiano, *Le parole come pietre nel diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, X, 4, 2008, pp. 2054 ss.; F. Savino, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 28, 1, 2009, pp. 243 ss.; L. Calafà, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 33, 1, 2014, pp. 133 ss.; F. Rizzi, *Soffia il vento del cambiamento: sapremo costruire i mulini?*, in questa *Rivista*, 3, 2, 2016, p. 212 ss.; L. Tomasi, *L'unico caso italiano di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di lavoro? Nota a Tribunale di Bergamo, 6 agosto 2014 – Corte d'appello di Brescia*, in questa *Rivista*, 2, 1, 2015, pp. 221 ss.
- <sup>47</sup> Per un approfondimento, si vedano M. Militello, D. Strazzari, *I fattori discriminazione*, in M. Barbera e A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, cit., pp. 85-164, e in particolare pp. 156-160; S. Burri, D. Schiek, (a cura di), *Multiple discrimination in EU Law – Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?*, European Commission, Bruxelles, 2009; D. Schiek, A. Lawson (a cura di), *EU Non-discrimination Law and Intersectionality*, Ashgate, Farham, 2011; S. Fredman, *Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, 2, 2005, pp. 13-21; S. Vasiljević, *Intersectional Discrimination: Difficulties in the Implementation of a European Norm*, in E. Prügl, M. Thiel, *Diversity in the European Union*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, pp. 169-182.
- <sup>48</sup> È questa, in parte, la conseguenza dell'impostazione del paradigma antidiscriminatorio di matrice eurounitaria, architettata su alcuni fattori esplicitamente nominati, anziché su un più generale divieto di disparità di trattamento irragionevole.

## 7. Conclusioni

In chiusura di contributo, resta da spendere qualche parola su quella che viene definita discriminazione “alla rovescia” (o inversa). Con tale espressione si suole designare la disparità di trattamento, attuata tramite misure di diritto diseguale, contro i membri di un gruppo dominante o di maggioranza, a favore di membri di una minoranza o gruppo storicamente svantaggiato<sup>49</sup>.

La questione si inserisce nel punto di intersezione tra due diversi modi di concepire l’uguaglianza di opportunità. Per prima cosa vi è il principio della *carrière ouverte aux talents* o eguaglianza formale di opportunità, da intendersi come assenza di barriere formali nell’accesso a impieghi e incarichi o a percorsi educativi e con l’unica discriminazione del “merito”. Sebbene vi sia un consenso unanime nei paesi democratici circa la necessità di assicurare a tutti questa eguaglianza formale di opportunità, vi è il problema che, come si evince dalla sua stessa denominazione, essa ha una dimensione solo formale. Tutti hanno eguali opportunità di partecipare, ma non tutti hanno eguali possibilità di vincere. Detto altrimenti, la lettura *blind*, base e ragione dell’eguaglianza formale di opportunità, ha come tutte le armi un doppio filo: garantisce l’assegnazione di una risorsa sulla base del merito, ma finisce per penalizzare coloro che nella competizione partono svantaggiati. La discriminazione “alla rovescia” consiste allora in una situazione in cui l’uguaglianza prescrittiva cerca di realizzare un’uguaglianza descrittiva sulla base di un parametro ritenuto rilevante e per un fine che si ritiene legittimo (es. parità delle opportunità)<sup>50</sup>.

Sebbene non vi sia alcun dubbio che il confine tra trattamento preferenziale e privilegio arbitrario possa essere labile e che l’introduzione di politiche siffatte debba essere pertanto attentamente monitorata, è corretto chiamarle discriminazioni “alla rovescia”? Orbene, se con discriminazione si intende la capacità di valutare e distinguere fra le parti semplici in cui viene scisso il complesso, la locuzione allora non ha alcun senso. In questa variante, la discriminazione non ha infatti né un dritto né un rovescio, significa semplicemente distinguere.

Se la discriminazione al rovescio è una discriminazione, può esserlo allora soltanto in una delle altre accezioni che si è discusso e, in particolare, nella forma dell’uguaglianza valutativa. Ma se è il rovescio, e cioè il contrario, di quella, allora non è più una discriminazione, ma una corretta applicazione del giudizio di uguaglianza. Perché definirla allora una discriminazione al rovescio? La ragione è – forse – che colpisce quel termine di paragone che è anche l’unità di misura e che dunque incarna lo standard di normalità, talché ogni azione contro di esso appare appunto il rovescio della realtà. Eppure, è l’uguaglianza valutativa a essere l’inverso dell’uguaglianza, più che i trattamenti preferenziali volti a ripianare vecchie e – queste sì – vere discriminazioni.

<sup>49</sup> In dottrina sono più note col nome di “azioni positive”. Per un approfondimento, si vedano F. Spitalieri, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 4, 2007, pp. 917-939; M. Ainis, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1999, pp. 359-372; M. Barbera, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate al caso nordamericano*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1, 1984, pp. 273-285; M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene Editore, Napoli, 2008; T. Casadei, *Reverse Discriminations o discriminations reversed? Il corpo a corpo sull’affirmative action e l’egemonia dei valori negli Stati Uniti*, in T. Casadei, L. Re (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Reggio Emilia, in *Diabasis*, 2007, pp. 91-115; G. Viggiani, *Le azioni positive alla prova delle teorie della giustizia. Dal libertarianismo di Nozick al liberalismo di Rawls*, in *Ragion Pratica*, 53, 2019, pp. 589-610.

<sup>50</sup> Conforta in questo senso la stessa Costituzione italiana, la quale, dopo aver sancito il principio di eguaglianza formale (art. 3, comma 1°), prevede altresì che, qualora i cittadini si trovino in presenza di ostacoli di carattere economico e sociale, interviene per rimuoverli, così garantendo l’effettivo godimento dei diritti e delle libertà (art. 3, comma 2°, Cost.).