

ROBERTO VOZA

EGUAGLIANZA E DISCRIMINAZIONI NEL DIRITTO DEL LAVORO. UN PROFILO TEORICO

AIDLASS – XXI Congresso nazionale
Messina, 23-25 maggio 2024

ABSTRACT

È ancora utile risalire alle origini dell'idea di eguaglianza e ripercorrerne il cammino. Come per la libertà, c'è stata un'eguaglianza degli antichi, professata come attributo naturale dell'umano, ma affermata in una comunità di pochi, secondo confini tracciati per includere e – contemporaneamente – per escludere. Nate – con parto gemellare – dal ventre della modernità giuridica, libertà ed eguaglianza hanno conservato una traiettoria comune nel capoverso dell'art. 3 Cost., ove nessuna viene *prima* dell'altra.

Il valore prescrittivo del principio di eguaglianza si è propagato nel sindacato di costituzionalità delle leggi, animato dalla tensione fra discrezionalità legislativa e canone di ragionevolezza, il quale rende necessaria una giustificazione per un diverso trattamento (mentre l'eguaglianza – secondo una nota affermazione – non ha bisogno di ragioni).

Una volta compiuta la formalizzazione giuridica dei rapporti di potere propri del modello produttivo sorto grazie alla rivoluzione industriale, il diritto del lavoro ha contrastato gli effetti della diseguaglianza dei contraenti, innescando un processo di contenimento del potere, attraverso la norma inderogabile e il contropotere collettivo.

Il diritto antidiscriminatorio è sopraggiunto a rinforzare i presidi esistenti e ad accamparsi in quelli mai occupati da quel binomio o rimasti sguarniti dalla sua ritirata. I processi di categorizzazione, che si esprimono nella selezione dei fattori di rischio, hanno incorporato al loro interno un giudizio di disvalore delle diseguaglianze generate dalle differenze sottostanti, contraddicendo l'immagine del soggetto giuridico dis-incarnato dalle sue caratteristiche concrete. In quest'ottica, la selettività delle categorie sensibili concorre a tradurre il principio di eguaglianza nella dimensione interpretata, rendendo sindacabili atti di esercizio del potere datoriale che sarebbero altrimenti inattaccabili.

Lungo il confine sempre mobile del diritto antidiscriminatorio, la progressiva espansione delle categorie sensibili convive con l'unitarietà delle nozioni di discriminazione diretta e indiretta, che – a loro volta – riflettono i due volti dell'eguaglianza (formale e sostanziale), da (ri)leggere secondo un *continuum* evolutivo, non secondo una dicotomia fra opposti. All'interno di un perimetro concettuale unitario, la discriminazione ha conosciuto una pluralità di declinazioni e di manifestazioni, che occorre ricostruire nei loro tratti specifici e differenziali. Né si può trascurare la rilevanza del profilo comparativo, per quanto attenuatosi nel corso del tempo, in ragione della evoluzione concettuale della discriminazione (basti pensare all'inclusione del concetto di molestia).

Il contrasto alla discriminazione è anche preventivo (non solo repressivo): l'obbligo positivo di adottare soluzioni ragionevoli ne è una delle manifestazioni più significative. Si tratta qui di valutare e valorizzare l'intensità dello sforzo richiesto al datore di lavoro, che assume una importanza sistematica nella compressione delle sue prerogative, oltre i confini dell'onere di *repêchage* in materia di licenziamenti.

Strumento di prevenzione della discriminazione è anche quello delle azioni positive, tradizionalmente ascritte alla tecnica della norma promozionale. In questo ambito, che ha subito una torsione 'neutralista' attraverso il riferimento alla sottorappresentazione di genere di cui risentono anche alcune recenti novità normative, si rincorrono le diverse concezioni di eguaglianza (di opportunità o di risultato) ed emerge, ancora una volta, il nesso con la libertà. Le ultime considerazioni sono dedicate proprio alla possibilità di un rilancio *congiunto* di eguaglianza e libertà, declinate nel binomio redistribuzione/riconoscimento.

Roberto Voza

Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico.

SOMMARIO: 1. Alle radici dell'eguaglianza. L'invenzione della Natura e le ragioni della Storia. – 2. I volti e i vuoti dell'eguaglianza. – 3. La discriminazione come filtro: la selezione dei fattori di rischio. – 4. Il campo largo della discriminazione: il perimetro delle nozioni. – 5. Della necessità di comparazione ovvero *Robison Crusoe* può discriminare *Venerdi*? – 6. L'accomodamento ragionevole come tecnica di prevenzione delle discriminazioni. – 7. Il volto *costruens* dell'eguaglianza: le azioni positive.

1. Alle radici dell'eguaglianza. L'invenzione della Natura e le ragioni della Storia.

Trent'anni dopo le giornate di Gubbio la nostra Associazione torna a dedicare il suo appuntamento congressuale all'ampio e complesso tema della discriminazione nel lavoro, da sempre affrontato in connessione con l'ancor più vasto e problematico concetto di eguaglianza. Come ci ha ricordato Riccardo Del Punta in un suo scritto apparso postumo, “il legame tra diritto del lavoro ed eguaglianza è un legame genetico, profondo, che anche l'approccio più revisionista possibile alla materia non potrebbe disconoscere”¹.

Dell'eguaglianza è necessario cogliere le differenti declinazioni, che ne rispecchiano l'evoluzione storica. Fuori dalla Storia l'eguaglianza non è enunciabile come principio giuridico, semplicemente perché il diritto non esiste in natura²: è una costruzione, un imponente *artificium* (nel senso etimologico) del pensiero umano e – come tale – appartiene al regno delle valutazioni e delle decisioni, esposte alla materialità dei legami storici, e non semplicemente ad una impalpabile e astratta sensibilità delle coscienze (di volta in volta, dei legislatori, dei giudici, degli operatori, ecc.).

Del resto, neppure l'eguaglianza esiste in natura. Nel suo significato intrinsecamente relazionale (che presuppone, cioè, la comparazione fra due o più entità), l'eguaglianza può implicare perfetta identità soltanto nel campo della matematica e della logica (ove si esprime attraverso l'apposita simbologia), posto

¹ R. DEL PUNTA, 2023, p. 207.

² Riprendendo l'elegante *incipit* di Paolo GROSSI, 2003, p. 5, possiamo dire che “il diritto non appartiene al mondo dei segni sensibili”. Trovo essenziali pure le parole di N. IRTI, 2013, p. VII: “l'uomo non trova il diritto fra le cose del mondo esterno, non lo accoglie e riceve dal di fuori, ma lo *istituisce con la propria volontà*”. Aggiungerei che le regole del diritto non *descrivono* nessi logici tra fatti esistenti *in rerum natura* (e, per questo, osservabili e sperimentabili), bensì *istituiscono* connessioni tra fatti possibili ed effetti giuridici, non suscettibili di controllo sperimentale, e – quindi – non verificabili né falsificabili, in quanto sgorganti da una decisione umana. Mentre le scienze naturali collegano l'osservazione del fenomeno (oggettivamente esistente) alla determinazione della legge scientifica (che lo comprende e lo illustra), il legame tra fatto concreto e *regula juris* non è mai trovato, ma sempre creato dal diritto. Insomma, si può dire che il diritto serve non a spiegare, ma a orientare i comportamenti umani, conferendo loro un ordine e rendendoli così prevedibili: del resto, nella parola ‘giurisprudenza’, “la *prudencia*, contrazione di *praevidentia*, implica, precisamente una capacità di prevedere” (F. CARNELUTTI, 1965, p. 105). Questa fondamentale differenza si riflette pienamente nelle funzioni e nei caratteri propri del linguaggio, rispettivamente, scientifico e giuridico: il primo consiste nel *descrivere*, allo scopo di far conoscere, mentre il secondo consiste nel *prescrivere*, allo scopo di far fare (N. BOBBIO, 1958, p. 83).

che i numeri non hanno dimensioni. Già come proprietà fisica delle cose, l'eguaglianza non può esistere, se non scontando l'incertezza della misurazione. Riferita agli esseri viventi, meno che mai essa può realizzarsi, visto che neppure l'identità del patrimonio genetico nei gemelli omozigoti (peraltro, non totale, almeno secondo recenti studi) è in grado di impedire la differenziazione dovuta alle componenti sensibili alle variazioni ambientali.

Si può essere egualmente liberi (in assenza di una forza che ponga confini alla libertà di ciascuno, ossia al di fuori di un ordinamento giuridico), ma non si può essere descrittivamente eguali, in ragione della specificità di ciascun gruppo di individui (comunque lo si costruisca: per genere, per età, per caratteri fisici, ecc.) e finanche di ciascun individuo all'interno del proprio gruppo. Insomma, "in natura nulla è uguale a nulla: l'uguaglianza, come principio, è un dover essere, non un essere, come tale è introduttivo della normatività della cultura umana"³.

Eppure, proprio nella tensione fra Natura e Storia si coglie la perenne aspirazione a sancire i confini dell'eguaglianza, professandola come attributo naturale dell'umano.

C'è una traccia che segna l'origine dell'idea di eguaglianza e giace sulle sponde delle colonie della Magna Grecia. A costruire il concetto e a inaugurarne il nome fu – tra il VI e il V secolo a.c. – un medico e filosofo naturalista, Alcmeone di Crotone, la sede principale della scuola pitagorica. La salute – egli diceva – riposa nella "armonica mescolanza delle qualità opposte", che dura finché i vari elementi, umido-secco, caldo-freddo, amaro-dolce, "hanno uguali diritti (*isonomia*)". Viceversa, "le malattie vengono quando uno prevale sull'altro (monarchia)", perché "il prevalere dell'uno sugli altri è causa di distruzione"⁴. La differenza tra salute e malattia servì, dunque, a conferire un volto politico alla natura e un volto naturale alla politica.

La storiografia collega "il primo cristallizzarsi di una riflessione sull'eguaglianza" alla nascita della *polis*⁵, in connessione con quella forma di gestione del potere chiamata democrazia. Nella nota pagina delle *Storie* di Erodoto (III, 80) il governo della "moltitudine" (*πληθος*) è preferibile alla forma monarchica e a quella oligarchica, perché "ha, per prima cosa, il nome più bello di tutti": l'*isonomia*, che noi tradurremmo come l'eguaglianza davanti alla legge. Qualche anno dopo, sarà Euripide nelle *Supplici* ad esaltarne il valore, deprecando la tirannide, nella quale "un uomo sol detiene le leggi, uno il potere; e l'uguaglianza non c'è".

Ma la bellezza di quel nome presupponeva l'esistenza di un corpo civico – il *demos* – che si formava attraverso l'inclusione di pochi e l'esclusione di molti, attraverso, insomma, un processo tutto politico, all'esito del quale i confini della Natura e quelli della *polis* si mostravano tutt'altro che sovrapponibili.

"Di natura siamo tutti assolutamente eguali, sia Greci, sia barbari. Basta osservare le necessità naturali di tutti gli uomini". Nel provocatorio richiamo alla radicale universalità della specie umana, pronunciato dal sofista Antifonte intorno al 430 a.c., quell'antica idea di eguaglianza disvelava la frattura esistente tra *nómos* e *phýsis*.

Vi si opponeva la visione – poi sublimata nel pensiero aristotelico – che rintracciava nella natura, appunto, il fondamento (oggi diremmo la giustificazione ideologica) delle diseguaglianze, sulla base di un argomento di fatto, puramente cognitivo. È l'avvio di una mistificazione ben radicata nella storia del pensiero

³ F. ROMEO, 2013, p. 386, il quale colloca l'eguaglianza in una posizione di snodo, o di raccordo, "tra natura e cultura, tra teorie biologiste e culturaliste".

⁴ Devo la scoperta di questo riferimento a Eligio RESTA, 2008, p. 44 e al suo "omaggio a un piccolo peccato d'orgoglio meridionalista".

⁵ A. SCHIAVONE, 2019, p. 10.

filosofico e politico e assai rilevante per le scelte compiute in ambito giuridico: è “l’*artificio della naturalità*”, vale a dire “il definire come naturale ciò che è conforme all’ordine sociale che si vuole imporre”⁶, o anche solo spiegare, quando – in realtà – l’immagine della natura non è mai indipendente dallo sguardo umano e, per questo, “condivide la storicità dell’atto descrittivo”⁷.

La sottomissione dello schiavo al padrone e della donna all’uomo veniva così naturalizzata e iscritta nell’ordine perenne del cosmo, evocato per trasfigurare in una condizione metafisica la dimensione del potere presente in ogni aggregato umano: “l’anima esercita – sosteneva Aristotele – un’autorità padronale sul corpo”.

In particolare, la discriminazione sessuale comincia con un mito: Pandora, “un male così bello” da renderla un “inganno al quale non si sfugge”, un’alterità incomprensibile agli uomini, da cui discende – racconta Esiodo – “il genere maledetto, la tribù delle donne”⁸.

La condizione di cittadino, quale presupposto per l’esercizio dei diritti civili, era prerogativa di una esigua minoranza: “un privilegio per maschi, liberi, adulti, in grado di portare le armi e con un minimo di censo”⁹. È, dunque, nella identificazione tra cittadino e guerriero che si coglie l’essenza della cittadinanza in epoca classica. Era una cittadinanza fondata sulla disponibilità alla guerra, non certo al lavoro: un’attività – quest’ultima – carica di disvalore, alla quale provvedevano gli schiavi, i sottoposti e, in parte, le donne, così consentendo ai cittadini di coltivare la *σχολή*, l’astensione dalle attività pratiche, presupposto indispensabile per praticare le virtù pubbliche ed esercitare la vita politica.

Siccome essere guerriero implicava la disponibilità dei mezzi per dotarsi dell’armatura, la nozione di cittadino si identificò con quella di possidente, condizione necessaria per potersi armare a proprie spese. Come ci ha spiegato Luciano Canfora, l’estensione del bene prezioso della cittadinanza è connessa ad un evento politico-militare, la nascita dell’impero marittimo. Infatti, con il volgersi di Atene verso il mare e la costituzione di un’apposita flotta, “fu necessaria una ingente manodopera bellica di nuovo tipo: i marinai, un gruppo sociale e, insieme, un corpo militare al quale non si chiedeva di «armarsi da sé», e che invece risultava indispensabile per «spingere i remi e muovere le navi»”¹⁰. Così, i non possidenti (i *teti*) divennero cittadini ed entrarono nella comunità degli eguali, perché avevano braccia per remare, per andare in guerra remando, per far parte – insomma – di una comunità di uomini in armi.

Sia pur all’interno di una gabbia di esclusioni e di vincoli, la *polis* fu comunità di eguali, ma in virtù di un’idea di eguaglianza, che presupponeva – sul piano teorico – l’assorbimento organico dell’individuo nell’unità sociale. Ciò non vuol

⁶ Così L. PANNARALE, 2023, con specifico riferimento alla distinzione tra sessi. Per dirla con A. CAVARERO, 2002, p. 82, la natura è “un concetto che dipende da un processo di normalizzazione operato da coloro che decidono le norme”. Per un’ampia ricostruzione del tema, v. S. POLLO, 2008.

⁷ N. IRTI, 2013, p. 22, il quale richiama W. HEISENBERG, 1953, p. 37: “anche nella scienza della natura oggetto della ricerca non è più la natura in sé, ma la natura esposta al modo umano di porre la questione; per questo l’uomo incontra di nuovo, anche in questo caso, solo se stesso”. Sulla separazione tra natura e cultura come tratto costitutivo, ma – al contempo – come paradosso di una modernità nella quale quella separazione non si è mai veramente realizzata, v. B. LATOUR, 2018.

⁸ E. CANTARELLA, 2023, p. 18. In tutte le rappresentazioni dell’origine delle donne, la nascita della differenza sessuale si rivela il momento in cui, nella storia dell’uomo, si lacera una perfezione originaria. Al di là dei diversi generi letterari, lo schema narrativo è il medesimo: “le donne sono un supplemento, un pezzo inserito in un gruppo sociale che, prima della loro apparizione, era perfetto e felice; esse formano un *gènos*, un genere a parte, come se si riproducessero da sole; non introducono dunque la differenza sessuale in sé – presso Esiodo, il femminile per le dee esiste già – e la riproduzione come se, prima di esse, la generazione fosse stata impossibile, ma inaugurano piuttosto la derelizione e la miseria umana. Il femminile è privazione” (G. SISSA, 1991, p. 76).

⁹ A. SCHIAVONE, 2019, p. 18.

¹⁰ L. CANFORA, 2008, p. 35.

dire che nella *polis* greca – e poi nella *civitas* romana – non esista “l’«individuo», ma solo che l’individuo è un prodotto del gruppo o, in altri termini, l’appartenenza precede l’individuazione”¹¹. Vi era, cioè, nel mondo antico un nesso di integrale subordinazione dell’individuo-ape alla comunità-alveare, in forza del quale “i cittadini vivevano, per così dire, in simbiosi con la loro città, cui erano avvinti da un comune destino di vita e di morte”; conseguentemente, “la libertà non si affermava *opponendosi* allo Stato” (che non esisteva nel senso moderno del termine), bensì prendendo parte all’esercizio del potere¹².

Esprimendosi attraverso la possibilità di esercitare i diritti di parola (ἰσηγορία), di voto e di accesso alle cariche istituzionali (ἰσοτιμία), l’eguaglianza agiva *in politics*, sul piano di quella che oggi chiameremmo sfera pubblica, in cui si manifestava la qualità principale dell’uomo come animale politico (πολιτικὸν ζῷον), portato per natura a unirsi ai propri simili, secondo la celeberrima definizione aristotelica: “l’uomo è un animale che per natura deve vivere in una città”, essendo “l’unico ad avere nozione del bene e del male, del giusto e dell’ingiusto”¹³. Si trattava di un’eguaglianza fondata sul merito e sul grado, non sul sorteggio o sulla rotazione delle cariche: un’eguaglianza, se così si può dire, non egualitaria ma elitaria e agonistica, che – al massimo – eguagliava i punti di partenza, non certo l’esito finale, affidato alla “libertà di essere più bravi” e di “vincere la quotidiana gara della *politeia*”¹⁴.

Anche la *Repubblica* platonica, nella sua organizzazione in classi (i governanti, i guardiani o guerrieri e i lavoratori in generale), era pensata in una dimensione fondamentalmente antiegalitaria, in cui l’eguaglianza agiva solo tra i ‘migliori’, con l’approvazione della massa (τό ἴσον significava ‘eguale’ e, al contempo, ‘giusto’): altrimenti, si sarebbe rivelata come un fatto degenerativo, fonte di anarchia e disordine. Non a caso, democrazia nasce come parola dello scontro, della rottura: “era il termine con cui gli avversari del governo «popolare» definivano tale governo, intendendo metterne in luce proprio il carattere violento (*kràtos* indica per l’appunto la forza nel suo violento esplicitarsi)”¹⁵.

Il passaggio dell’isonomia dalla sfera pubblica a quella privata fu il successivo lascito della civiltà romana, capace di corazzare la vita sociale dei *cives* e l’ordine privato della collettività nelle forme astratte e simboliche (inizialmente, magico-sacrali e religiose) del *ius civile*: “in una comunità cittadina – dirà Cicerone nella arringa in favore di Aulo Cecina – non c’è nulla che si debba custodire tanto gelosamente quanto il diritto civile. E infatti, se lo si mette da parte, viene meno ogni mezzo per accertare cosa sia proprio o altrui, manca ogni misura d’eguaglianza, che possa valere per tutti” (*nihil est quod aequabile inter omnis atque unum omnibus esse possit*).

¹¹ P. BARCELLONA, 1998, p. 99.

¹² G. SARTORI, 1957, rispettivamente pp. 157 e 179.

¹³ La citazione è tratta da S. CATALDI, 2013, pp. 15-16. Di contro, “l’*idiotēs* in greco è il privato, in quanto separato, isolato, non completo; ma è anche lo zotico, il rozzo, colui cui manca qualcosa di essenziale per essere un autentico uomo: la politica” (A. SCHIAVONE, 2019, p. 35). In misura meno accentuata, anche il latino *privatus* “ha un significato negativo, «privativo», inteso a connotare una esistenza incompleta e difettiva rispetto alla comunità” (G. SARTORI, 1957, p. 166, nt. 2).

¹⁴ L. CANFORA, 2018, p. 3, con particolare riferimento alla visione periclea della politica ateniese, riassunta nella nota orazione per i caduti del primo anno della guerra del Peloponneso, pronunciata nel 431-430 a.c. e riportata da Tuciddide circa un ventennio dopo. Sull’eguaglianza degli antichi come “eguaglianza tra gli uguali”, v. G. CAMBIANO, 1990.

¹⁵ L. CANFORA, 2008, pp. 12-13. Come si legge nel *Gorgia* di Platone, “il diritto secondo natura” giustifica che “chi è migliore e più intelligente comandi su chi è inferiore, e abbia più di lui”: “l’eguaglianza, suggerisce Callicle, offrendo a Friedrich Nietzsche un formidabile argomento contro la democrazia, è un valore sociale o artificiale, inculcato in ogni individuo sistematicamente fin dalla nascita affinché si abitui a vivere nel disprezzo dei caratteri più forti e nella repressione della propria genuina unicità”. (N. URBINATI, 2012, pp. 31-32).

Depurati di ogni singolarità concreta e riversati nella fissità degli schemi formali e neutrali elaborati dalla sapienza giuridica, i rapporti privati (familiari, commerciali, ecc.) assumono un volto eguale e simmetrico, una volta nominati e dominati con le parole del *ius civile*. Per esistere, esso “deve isolarsi come una zona distinta dell’esperienza pratica, dove i conflitti si obiettivano e si risolvono (o tendono a risolversi), e gli interessi in gioco trovano il loro riconoscimento e la loro tutela”¹⁶. La sua spinta ordinante e livellatrice depotenzia la carica disgregatrice delle diseguaglianze nella loro concreta dimensione storica, alimentando il mito della “neutralità” del diritto privato, “quasi una matematica sociale posta al riparo dai condizionamenti di ogni potere”¹⁷, che fu la base preistorica della nozione giuridica di ‘individuo’, segno fondativo della modernità. Infatti, sarà proprio il formalismo giuridico – nella sua capacità non di annullare ma di calcolare le diseguaglianze – il punto di maggiore contatto fra diritto romano e ragione moderna.

Evidentemente, le anticipazioni individualistiche della modernità – pur significative – non sovvertirono la fisionomia economico-sociale del mondo antico: “l’individualismo romano resta comunque anchilosato e non nasce ancora a Roma la separazione netta del cittadino dall’uomo, della politica dalla vita civile, del pubblico dal privato, che segna la nascita del mondo moderno”¹⁸.

Per essere precisi, “non bisogna confondere il regime della ineguaglianza, che corrisponde a concreti assetti storici della società, con l’idea che i Romani ebbero del fine del diritto, che è la «giustizia della bilancia», appunto l’*aequitas*”¹⁹: un’endiadi (*aequitas-iustitia*) che accompagna l’intera evoluzione del pensiero giuridico romano, nella ricerca del giusto, dell’imparziale (*aequabilis*), come antidoto al caos del mondo. Nel lessico ciceroniano la parola *aequabilitas* “indicava qualcosa di più dell’*aequalitas*” ovvero “l’imparzialità dell’applicazione della legge, ch’era una dimensione più alta della semplice eguaglianza, e cioè un modo di intendere questa come piena giustizia e come pieno diritto”²⁰.

Al culmine di questa parabola, influenzata dal concetto (etico ed impolitico) di eguaglianza derivato dallo stoicismo, troviamo la separazione ulpiana tra diritto civile e diritto naturale: “per quel che riguarda il diritto civile, gli schiavi non hanno alcun rilievo soggettivo; ma non così per il diritto naturale, poiché per quel che riguarda il diritto naturale, tutti gli uomini sono eguali”. *Omnes homines aequales sunt*: per quanto priva della forza del giusnaturalismo moderno e del tutto impotente di fronte alle “dure esigenze della storia”, si trattava di una prospettiva gravida di futuro, che provava a portare sul terreno dei principi – e non dei rapporti di forza – la sfida dell’eguaglianza²¹. Frattanto, la *Constitutio Antoniniana* (212 d.c.) estendeva la cittadinanza a quasi tutti gli abitanti dell’impero, livellandone la condizione in una sorta di ‘globalizzazione’ della romanità.

Mentre si spegneva il pensiero giuridico romano, si consolidava il contributo giudaico-cristiano alla costruzione teologica del concetto di persona, riflesso della

¹⁶ M. BRETON, 2001, p. 3.

¹⁷ E. STOLFI, 2018, p. 43. Nella sapienza dei giuristi romani Savigny rintracciava “una sicurezza che non si riscontra in nessun altro campo al di fuori della matematica, sicché si può dire, senza tema di esagerare, che essi calcolano con i loro concetti” (citato da A. SCHIAVONE, 1984, p. 71).

¹⁸ U. CERRONI, 1968, p. 77.

¹⁹ F. CASAVOLA, 1988, c. 92. Evidentemente, “le diseguaglianze indotte dai meccanismi sociali ed economici continuavano a esistere, e a produrre i loro effetti; non tutti i compratori si equivalevano; né tutti i venditori, né tutti i proprietari di terra o di schiavi. Ma le differenze, per quanto macroscopiche, restavano fuori dalla valutazione giuridica” (A. SCHIAVONE, 2019, p. 52).

²⁰ C. CURCIO, 1965, p. 515. A Cicerone (*Topica*, XXIII) si deve pure una definizione di analogia (*aequitas quae in paribus causis paria iura desiderat*), che “coincide, sorprendentemente, con la definizione che le Corti offrono dell’eguaglianza giuridica”: lo osserva A. CERRI, 2005, p. 32.

²¹ A. SCHIAVONE, 2018, p. 32. Come è noto, già Seneca, nelle *Epistulae morales ad Lucilium*, aveva preso posizione contro la schiavitù: “*Servi sunt. Immo homines*”.

singularità irripetibile di ciascuna creatura terrena che si ricompone nell'appartenenza alla comunità universale dei figli di Dio, come creature sgorgate dallo stesso Creatore, al cospetto del quale qualsiasi differenza diviene irrilevante. Ne troviamo conferma in un celebre passo della Lettera di Paolo di Tarsio ai Galati (3, 26-28), che investiva ogni divisione su base religiosa, civile e sessuale: “non c'è più giudeo né greco; non c'è più schiavo né libero; non c'è più uomo né donna, poiché tutti voi siete uno in Cristo Gesù”. Sul piano teologico, la dottrina cristiana dell'eguaglianza trovava il suo fondamento trascendente nell'attributo trinitario, nel senso che, se vi è “eguaglianza nella maestà divina delle tre persone, per forza di cose l'uomo, immagine della trinità, nasce uguale per l'unità del genere umano, creato a somiglianza di Dio”²².

L'incontro con il potere, che recepiva e cementava la nuova religione nella dimensione della politica, facendone il culto ufficiale dell'impero, necessariamente attutiva la radicalità del messaggio originario e rimandava al Cielo il tempo del riscatto. Se padroni e schiavi potevano dirsi eguali sul piano spirituale, su quello giuridico la schiavitù fu accettata e considerata, assieme ad ogni altra privazione o sofferenza, come *poena et remedium peccati*, alla stregua dei dolori del parto o del sudore della fronte. Insomma, la sanzione teorica della eguale *dignità* degli uomini – che assumerà gradualmente un valore determinante nei secoli successivi²³ – non era pronta a modificare le strutture sociali e la dimensione giuridica: fu così che la salvezza delle anime continuò a convivere con la sottomissione dei corpi.

Le successive invasioni barbariche produssero uno stato di disordine normativo, a cui corrispose la frantumazione del potere imperiale. La contaminazione era inevitabile e produsse quel fenomeno comunemente identificato nella “volgarizzazione del diritto romano”²⁴, che vide la forza ordinante delle categorie giuridiche romanistiche entrare in attrito e con-fondersi con il diritto degli altri popoli, viventi secondo *iura* e *iudices* differenti. Vi fece fronte il principio della personalità del diritto, che divideva le genti – anche se ubicate nello stesso territorio – in base alle proprie origini. Esattamente, per personalità del diritto si intende che “ogni persona, all'interno dello stesso regime politico, lungi dall'essere soffocata entro un diritto unitario a proiezione territoriale, è portatrice – a seconda delle particolarità del proprio ceppo etnico – di un diritto specifico e differenziato”²⁵.

Dalle rovine dell'impero romano e dal progressivo sgretolamento dell'universalità del suo diritto si determinò una redistribuzione del potere politico e della sfera giuridica in una pluralità di (micro) ordinamenti differenziati (per territorio, ma anche per ciascuna istituzione economica, militare, ecclesiastica, ciascuna con le sue regole, i suoi tribunali, ecc.), che caratterizzò l'Evo medio. Nel campo dei rapporti economici e delle relazioni fra privati un lento percorso di superamento della schiavitù si avviò attraverso la costruzione di forme giuridiche nuove, nelle quali cominciò a incarnarsi il lavoro ‘libero’: un percorso nel quale “la

²² M. NAPOLI, 2014, p. VIII. Infatti, la famosa definizione del concetto di persona (“*naturae rationabilis individua substantia*”) originariamente comparsa nei trattati sulla Trinità di Severino Boezio, sarà successivamente ripresa da San Tommaso e riferita all'essere umano e alla sua dignità. Sul contributo del pensiero giudaico-cristiano in tema di eguaglianza, v. S. COTTA, 1978.

²³ Nel dibattito teorico, il legame irreversibile tra dignità e libertà si affermerà già con la celebre *Oratio de hominis dignitate* di Pico della Mirandola (1486): un legame che “si colloca all'interno di una responsabilità dell'uomo verso Dio per meritare la dignità stessa” (G. PIEPOLI, 2007, p. 17).

²⁴ O. LICANDRO, 2018, p. 282 ss., il quale menziona l'acquisto della piena capacità giuridica, legato – secondo le consuetudini germaniche – alla capacità dell'uso delle armi, ossia ad un “dato rozzo, primitivo, o *incivilis*, [...] spia di una cultura non fondata sulla concezione civile della persona del cittadino bensì su quella arcaica di una società tribale dominata dalla figura del guerriero”.

²⁵ P. GROSSI, 1999, p. 54.

novità più rilevante, di datazione incerta, sta nell'aver sistemato lo schiavo e la sua famiglia su di un pezzetto di terra che egli coltiverà per il suo padrone"²⁶.

Nei secoli che vennero, tra le forme particolari di aggregazione *secundum ordines* le corporazioni espressero un'idea di eguaglianza costruita sulla ferrea appartenenza di ceto quale componente essenziale dell'identità sociale di ogni abitante della città medioevale, estraneo al clero o alla nobiltà: un'appartenenza che generava una rete di protezione e di sostegno/assistenza, estesa oltre la dimensione puramente professionale dell'arte o del mestiere (ove metteva al riparo da ogni pressione competitiva) fino a quella politica. In generale, quella che è stata definita "la proto-eguaglianza medievale" non si imponeva "tra gli individui, ma tra fazioni di individui, ceti, *status* e così via"²⁷.

In conseguenza della "espansione dell'attività manifatturiera nelle campagne sotto il controllo del capitale mercantile", consolidatasi nel corso del Seicento²⁸, il sistema corporativo fu sottoposto ad una progressiva disarticolazione, man mano che emergevano nuovi bisogni sociali ed economici (non confinabili nella dimensione delle strutture chiuse, curtensi), finendo sotto la scure prima degli editti di Turgot (1776) e poi – in epoca rivoluzionaria – della celebre legge *Le Chapelier* (1791).

Ma quello era già il tempo dei moderni.

La dicotomia fra Natura e Storia si riaffacciò all'orizzonte, in termini fortemente polemici, nel momento in cui – aprendosi una stagione nuova – ci si interrogò sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza tra gli uomini. In corrispondenza esatta con quella dicotomia, l'ineguaglianza fu assunta da Jean-Jacques Rousseau in una duplice accezione: l'una naturale, che "consiste nella differenza di età, della salute, delle forze fisiche e delle qualità dello spirito o dell'anima; l'altra, che si può chiamare ineguaglianza morale o politica, perché dipende da una specie di convenzione, ed è stabilita o almeno autorizzata dal consenso degli uomini". Infatti, una volta emersi dallo stato di natura, luogo di primitiva innocenza e di inconsapevole felicità al riparo dalle catene della Storia, sono gli uomini a generare questa seconda forma di ineguaglianza, che consiste "nei diversi privilegi di cui alcuni godono a scapito degli altri, come di essere più ricchi, più onorati, più potenti di loro, o anche di farsi obbedire": *L'homme est né libre, et par tout il est dans les fers*, sarà il celebre *incipit* del suo *Contratto sociale*.

Benché rimandasse idealmente ad una condizione originaria e metastorica, l'eguaglianza si presentava ormai come valore generativo e distintivo di una nuova era della civiltà umana, come "proiezione dell'immagine dell'uomo ingrandita alla misura stessa di tutta l'umanità"²⁹. Era pronta a darsi una dimensione storica, a precipitare dall'empireo dei concetti, delle dispute filosofiche e religiose, al terreno delle convenzioni umane, che la resero una solenne proclamazione giuridica.

²⁶ R. FOSSIER, 2002, p. 25; sul punto, v. le brillanti considerazioni di V. BAVARO, 2024.

²⁷ L. GIACOMELLI, 2018, p. 36. Infatti, "l'individuo non aveva valore se non in funzione dell'appartenenza a gruppi tra loro progressivamente connessi in una sorta di scala gerarchica" (D. ROSSI, 2019, p. 133). Per la verità, si è tentato di rintracciare l'esistenza di un principio di eguaglianza negli ordinamenti medievali (V. COLORNI, 1946) ma, "fin da un sommario esame le garanzie medievali non paiono tanto concernere il principio di eguaglianza come tale, quanto il principio di legalità" (L. PALADIN, 1965a, p. 5). Del resto, nella commistione che presto si ebbe "tra esigenze professionali e potere politico", le corporazioni rivelarono "il loro carattere classista", generando un paradosso: "a divenire strumento d'ineguaglianza, di sottomissione degli uni agli altri e del tipico arbitrio del patriziato e del popolo grasso, furono proprio quelle organizzazioni corporative che tanto s'erano gloriose e si gloriavano d'interessarsi, con i loro provvedimenti restrittivi d'ogni tipo, al mantenimento dell'eguaglianza e della parità" (U. DOTTI, 1997, p. 6).

²⁸ F. CARDINI, 2014.

²⁹ R. FROSINI, 1976, p. 540. "Ogni uomo è un'incarnazione dell'intera umanità e come tale è uguale a ogni altro uomo e libero" (L. DUMONT, 1984, p. 18).

Nella sua primissima accezione, propria della tradizione costituzionale nordamericana, l'enfasi dell'affermazione non impedisce di cogliere il valore del concetto, che si pose a baluardo dei diritti individuali resi 'inalienabili' nei confronti dell'autorità pubblica e, quindi, sottratti alla discrezionalità della scelta politica, nella dialettica fra democrazia costituzionale e democrazia maggioritaria, ossia fra potere costituente e potere costituito.

Dal canto suo, la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino (rimasta sempre al di fuori dei testi costituzionali, benché da questi richiamata) declinò l'eguaglianza in connessione con il principio di legalità, "segno di massima evidenza del fossato di pesante discontinuità separante l'esperienza giuridica moderna da quella medievale"³⁰.

Si trattava, per così dire, del contenuto minimo del principio di eguaglianza: nella sua originaria versione, infatti, l'*égalité devant la loi* assumeva una valenza meramente procedurale e non interferiva con l'esercizio e, quindi, con i contenuti della regolazione legislativa, esposti a controllo solo grazie alla successiva introduzione del sindacato di costituzionalità (ad opera delle costituzioni novecentesche), in grado di aprire la strada "ad un sindacato di ragionevolezza delle distinzioni legislative"³¹, originariamente precluso in nome del mito giacobino dell'onnipotenza della legge.

Era già chiara, però, un'altra declinazione del principio di eguaglianza, che lo rendeva non solo un *contenitore*, ma lo legava ad un *contenuto* (*égalité dans la loi*): in qualcosa bisogna pur essere eguali.

Se si vuole garantire che tutti siano eguali davanti alla legge, bisogna imporre alla legge – in ciò che essa dispone – di essere eguale per tutti, proprio perché si riconosce (descrittivamente) che gli esseri umani sono diversi e si vuole impedire che le loro diversità, ossia le differenze già esistenti nei fatti, si traducano in fattori di diseguaglianza. Pertanto, non è affatto contraddittorio affermare che "siamo eguali tra noi soltanto perché siamo diversi gli uni dagli altri"³².

Questo è l'attributo genetico del moderno principio di eguaglianza, il quale – diversamente dal passato – non esprime più "un'asserzione basata su argomenti di fatto"³³, ma una prescrizione, un valore, una norma: gli uomini nascono (e rimangono) liberi ed uguali non in natura ma *en droits*.

Quando, però, si trattò di menzionare i "diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo", che ogni associazione politica ha il fine di conservare, l'art. 2 della *Déclaration* del 1789 indicò "la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione", confezionando un inventario pensato per le esigenze della società borghese, per il *citoyen-propriétaire*: cittadino – purché maschio, alfabetizzato e possidente – nella sfera pubblica, proprietario e contraente nell'arena del mercato. Nella distribuzione di ogni altro beneficio l'*égalité* si limitò a decorare i gagliardetti della Rivoluzione, ignorando le pretese e i bisogni materiali dell'*homme situé*.

Sull'altra sponda dell'Oceano atlantico, il costituzionalismo statunitense convisse con lo schiavismo, ad onta del carattere *self-evident* del principio di eguaglianza, sbandierato dalla Dichiarazione di Indipendenza del 1776 (*We hold these truths to be self evident, that all men are created equal*). Quando, oltre un secolo dopo, si trattò di valutare l'allora vigente sistema di segregazione razziale alla luce della clausola di eguaglianza contenuta nel XIV emendamento alla

³⁰ P. GROSSI, 2017, p. 4. Per dirla con N. BOBBIO, 1984, il tratto più caratteristico della società moderna è la sostituzione del governo della legge al governo degli uomini.

³¹ F. SORRENTINO, 2017, p. 3. Infatti, "l'inesistenza di un controllo costituzionale delle leggi rendeva possibile mantenere e introdurre importanti eccezioni facendo così scadere il principio costituzionale dell'eguaglianza al livello di un semplice regola generica della legislazione, peggio ancora, di una vaga idea di giustizia" (M. FORTINO, 1981, p. 698).

³² A. TOURAINE, 1997, p. 55.

³³ L. FERRAJOLI, 2018, p. 17.

Costituzione americana, alla Corte Suprema bastò evocare – letteralmente – “the nature of things” per giustificare una normativa che imponeva ai viaggiatori in treno di occupare vagoni separati a seconda che fossero bianchi o neri³⁴. L’ennesimo appello alla natura, partorita dal pensiero umano, suggellava la dottrina del *separate but equal*, un chiaro esempio del paradossale tentativo di “coniugare razzismo e eguaglianza giuridica, senza sovvertire i rapporti di potere tra gruppo dominante e gruppo subordinato”³⁵.

L’età dei moderni è stata l’età del lavoro come “fatto umano totale”³⁶, come terreno di dissoluzione degli antichi legami di *status*, ma anche come terreno di costruzione di nuove relazioni di potere e di conseguenti soggettività sociali, che hanno esteso il contenuto e i destinatari dell’eguaglianza, al di là della identificazione nella mera partecipazione alla comune formazione della volontà politica.

La questione sociale ha incrociato la parabola del soggetto giuridico moderno, demistificandone l’astrazione sottostante, ossia l’idea che gli individui liberi, indipendenti e razionali possano esistere a prescindere dalla loro collocazione materiale nella società.

Sulle gambe del lavoro è cominciata la lunga rincorsa tra le due concezioni di eguaglianza, che si ricomporranno – emblematicamente – nell’art. 3 della nostra Costituzione. Se nella tradizione giuridica liberale l’unico luogo del potere era considerato lo Stato e non il mercato, secondo una rigida separazione tra politica ed economia, sfera pubblica e sfera privata, servì un’altra rottura istituzionale per allargare il ‘cerchio’ dell’eguaglianza e contrastare le diseguaglianze “di fatto”, che l’ordine giuridico della modernità si rifiutava originariamente di riconoscere.

Nelle contraddizioni dell’eguaglianza formale, che avevano prodotto una “democrazia senza *demos*”³⁷, esplose allora una questione di redistribuzione del potere: all’eguaglianza davanti alla legge si chiese di inverarsi nell’eguale partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Attraverso quel nuovo paradigma, pienamente espresso dalla sinonimia tra “cittadini” e “lavoratori” istituita dal capoverso dell’art. 3 Cost. (così poco ‘naturale’, così gravida di Storia), l’eguaglianza ha valicato il confine della cittadinanza politica, ove lo Stato liberale non aveva realizzato neppure l’eguale partecipazione alla manifestazione della volontà generale, se solo si pensa al mancato riconoscimento del suffragio universale, emblema di una “*deformazione della giuntura fra popolo e sovranità*”³⁸. E si è collocata – quale completamento del processo democratico – nello spazio della cittadinanza sociale, lì dove si determinano le condizioni materiali di vita: beni, risorse, opportunità.

Dal vento della Storia non ci si può riparare.

³⁴ Si trattava della celebre *Plessy v. Ferguson* (1896), che confermò la legittimità costituzionale della legislazione della Louisiana. Ci volle oltre mezzo secolo per ribaltare quell’orientamento e dichiarare incostituzionale il sistema di segregazione razziale vigente nelle scuole di molti Stati del Sud, sulla base della considerazione secondo cui “segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children” (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954).

³⁵ L. GIACOMELLI, 2018, p. 61.

³⁶ A. SCHIAVONE, 2019, p. 76. Stando alla efficace sintesi di H. ARENDT, 2005, p. 72, “l’improvvisa e spettacolare ascesa del lavoro, dalla più bassa e disprezzata posizione al rango supremo e alla più stimata tra le attività umane, cominciò quando Locke scoprì che il lavoro è la fonte della proprietà”. Si creano le basi per una svolta epocale: “la condizione servile di chi lavora sotto l’altrui potere” si trasforma “in atto di esercizio della proprietà su se stessi, della libertà di volere” (P. BARCELLONA, 1994, p. 145). Insomma, “il capitalismo ha bisogno di rendere innanzitutto chi lavora proprietario, lockeanamente, del proprio corpo, tramite il quale trasforma la propria capacità lavorativa in forza-lavoro che viene commerciata” (M. BARBIERI, 2019, p. 159).

³⁷ U. ROMAGNOLI, 1974, p. 162.

³⁸ M. PEDRAZZA GORLERO, 2019, p. 319 (il corsivo è nel testo).

2. I volti e i vuoti dell'eguaglianza.

L'immagine del vuoto è ricorrente nello sterminato dibattito teorico sull'eguaglianza, fino a rappresentare l'essenza stessa del concetto, a cui è spesso imputata la mancanza di contenuti specifici³⁹. Provare a colmarla significa rispondere ad un duplice, fondamentale interrogativo: chi è eguale a chi e in che cosa lo è?

L'eguaglianza resta “una pura astrazione e non spiega alcun effetto sulla realtà se non vengono identificati i postulati materiali di valutazione da prendere in considerazione”⁴⁰: insomma, se non sono definiti i profili (o, se si preferisce, i punti di vista) in base ai quali poter distinguere l'eguale dal diseguale. Tale distinzione presuppone la previa determinazione delle caratteristiche assunte come rilevanti ai fini del giudizio di eguaglianza. Solo allora potremo dire che determinate persone sono (giuridicamente) eguali o diverse. E lo diremo solo in rapporto a quelle caratteristiche, per la semplice ragione che “se due individui possono essere detti diversi perché appartenenti a due gruppi diversi, basta modificare il criterio di individuazione del gruppo per poterli dire uguali”⁴¹.

In ragione della portata prescrittiva (e non descrittiva) del principio di eguaglianza, per essere trattati (giuridicamente) *come* tali, gli eguali devono prima essere riconosciuti (giuridicamente) tali: detto in breve, si deve *decidere* che sono eguali, selezionando le caratteristiche comuni alle quali attribuire rilevanza. Insomma, l'eguaglianza non è trovata, ma creata dal diritto.

Ad esempio, il minorenne non è (considerato) eguale al maggiorenne ai fini della capacità di agire (art. 2 c.c.), esattamente come – un tempo – erano considerate incapaci di contrattare le donne maritate (art. 1106 del codice civile previgente), retaggio dell'*infirmitas sexus*. Viceversa, al requisito della maggiore età sono indifferenti altre norme, riferibili alla persona in quanto tale, a partire da quella relativa all'acquisto della capacità giuridica (art. 1 c.c.).

Persino la determinazione del concetto di persona può scivolare sul terreno del decidibile, quando si legifera sulle tecniche di procreazione o sul confine della vita: “le innovazioni scientifiche e tecnologiche, infatti, affidano sempre più alla scelta, e non alla intangibilità dei processi naturali, il nascere, il vivere, il morire”⁴². Anche in quegli ambiti si decide chi è uguale a chi, e in che cosa ossia ai fini di quale trattamento giuridico. Per inciso, alla natura dovremo tornare, senza – però – più farne alcun uso ideologico e strumentale (ma trattandola, per una volta, come fine *in sé*), se vorremo fronteggiare gli incombenti rischi ambientali e scongiurare la profezia di Italo Svevo, che conclude *La coscienza di Zeno*: “ci sarà un'esplosione enorme che nessuno udrà e la terra ritornata alla forma di nebulosa errerà nei cieli priva di parassiti e di malattie”.

³⁹ Di un principio “troppo vuoto per poter determinare l'essenza di un ordinamento giuridico”, parlavano già Hans KELSEN, 1955, p. 155 e, in termini non dissimili, A. ROSS, 1958. Più tardi, N. BOBBIO, 1978, p. 14, descriverà l'eguaglianza come “un concetto generico e vuoto che, se non è specificato o riempito, non significa nulla”. Ma la provocazione più forte è – probabilmente – quella di P. WESTEN, 1982, p. 547, che invita ad abbandonare la retorica dell'eguaglianza, nella convinzione che “equality is an empty vessel with no substantive moral content of its own”, per poi sfumare – però – tale posizione (P. WESTEN, 1990).

⁴⁰ L. VENTURA, 1984, p. 47. Si può anche dire che “è la regola (o il criterio, o il principio) in questione che istituisce l'eguaglianza” (P. COMANDUCCI, 1992, p. 591).

⁴¹ F. ROMEO, 2013, p. 390.

⁴² “Natura e storia tornano così a contrapporsi. Ma questo antico conflitto si manifesta oggi in forme che rivelano piuttosto strumentalizzazioni ideologiche, forzature fondamentaliste, dove l'invocazione della natura è pretesto, non riflessione sull'umano in forme adeguate agli sconvolgimenti che viviamo” (S. RODOTÀ, 2012, pp. 85-86).

Tornando, invece, a noi e all'esempio classico, attribuire la capacità di agire a tutti i maggiorenni significa assegnare il medesimo effetto a situazioni assunte come eguali: quella in cui si trovano tutti coloro che hanno compiuto diciotto anni, a prescindere dalle loro ulteriori, infinite, caratteristiche differenziali. Per far questo, però, occorre aver preliminarmente deciso che è *giusto* assumere la maggiore età come requisito necessario all'acquisto della capacità di agire. E ogni decisione su ciò che è giusto non riposa nella natura delle cose, ma in una scelta di valore ed è, quindi, storicamente condizionata: basti pensare alla *misura* della maggiore età, nozione tutt'altro che indifferente alla evoluzione del contesto politico, sociale e culturale di ogni singolo ordinamento.

Man mano che le regole attributive di trattamenti giuridici hanno perso gli attributi di assoluta generalità e astrattezza predicati dal legalismo illuminista – anche in ragione della dilatazione dei beni della vita potenzialmente oggetto di una *pretesa* all'eguaglianza – quest'ultima si è collocata in ambiti sempre più parziali e settoriali; si è determinata, insomma, “la moltiplicazione delle micro-eguaglianze tra micro-gruppi”⁴³.

Una volta compiuta la scelta sottesa al contenuto del singolo trattamento normativo, che presuppone l'identificazione degli “oggetti di valore”⁴⁴, subentra la regola che impone di trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse, quale espressione dell'ideale di giustizia valutativa di ascendenza aristotelica, che identifica il giusto nell'eguale e – in qualche modo – già adombra “una distinzione fra un'eguaglianza di diritto e una *eguaglianza di fatto*”⁴⁵. Essa può considerarsi – per dirla con Norberto Bobbio – una regola di giustizia, ma di giustizia nell'applicazione, nel senso che “se non fosse stabilito in anticipo come debba essere trattata questa o quella categoria, non avrebbe senso alcuno affermare che gli appartenenti alla categoria debbono essere trattati in modo eguale”⁴⁶.

Nel modo di operare del principio di eguaglianza, la regola di giustizia nell'applicazione è stata declinata in termini di ragionevolezza, a partire dal campo dell'agire pubblico e, in particolare, come limite alla discrezionalità delle scelte legislative, ma – più ampiamente – all'esercizio di pubbliche funzioni, salvo che per gli atti “rigidamente vincolati dalle norme di conferimento del relativo potere”⁴⁷. In questi termini, la ragionevolezza si è riversata nello scrutinio di conformità all'art. 3 Cost., ove ha fatto il suo esordio ma dal quale si è progressivamente emancipata, inserendosi “in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa”⁴⁸, tanto da potersi affermare che l'attuale controllo di costituzionalità “è un controllo di ragionevolezza”⁴⁹. A quest'ultimo spesso è promiscuamente associato il controllo di proporzionalità, tipicamente evocato in caso di bilanciamento tra diritti fondamentali.

Per citare un esempio lavoristico, nella nota pronuncia della Corte cost. 22 giugno 1994, n. 268, la razionalità o la ragionevolezza, in aggiunta al principio di

⁴³ Riprendo un'efficace espressione di L. LAZZERONI, 2011, p. 10.

⁴⁴ Secondo la terminologia di A. SEN, 1994, p. 63.

⁴⁵ U. CERRONI, 1968, p. 83. Il principio dell'eguaglianza come “pari trattamento in pari condizioni e diverso in condizioni diverse” è testualmente sancito nell'*Etica Nicomachea*, III, 20.

⁴⁶ N. BOBBIO, 2020, pp. 13-14.

⁴⁷ L. PALADIN, 1997, p. 899, ripreso da A. MORRONE, 2001, p. 1.

⁴⁸ C. LAVAGNA, 1973, p. 1582. Insomma, “la ragionevolezza non è più soltanto un predicato dell'eguaglianza davanti alla legge, ma un modo di essere complessivo della esperienza giuridica e costituzionale, nella sua evoluzione «testuale» e «culturale»” (A. D'ALOIA, 2002, p. 241).

⁴⁹ F. MODUGNO, 2007, p. 50. Della ragionevolezza la Corte costituzionale ha fatto storicamente un uso differenziato: come razionalità, come eguaglianza e come giustizia, secondo la tripartizione di G. ZAGREBELSKY, 1994. Progressivamente, il giudizio di ragionevolezza si è andato trasformando “in una sorte di *valutazione sull'ingiustizia della legge*” (A. CELOTTO, 2006, p. 83).

non discriminazione *ex art. 15 Stat. lav.*, furono evocate come (autonomo) parametro di giudizio sugli accordi contenenti i criteri di scelta nella procedura di licenziamento collettivo. Poiché la determinazione pattizia di tali criteri svolge “una funzione regolamentare delegata dalla legge”, è la ragionevolezza della legge a doversi riflettere nella ragionevolezza degli accordi, i quali “devono avere i caratteri dell’obiettività e della generalità e devono essere coerenti col fine dell’istituto della mobilità dei lavoratori”.

Sin dai primissimi passi mossi dalla nostra come da altre Corti costituzionali, il canone di ragionevolezza, *medium* e propagatore del principio di eguaglianza, ha avuto come presupposto logico una doppia presunzione, che preme ciascuna in direzione opposta all’altra: quella di legittimità delle scelte operate dall’organo legislativo (espressione della sovranità popolare) e quella di eguaglianza, che rende necessaria “una giustificazione per un diverso trattamento”⁵⁰. La duplicità della presunzione si riflette sulla duplicità del ruolo svolto dal giudice delle leggi, il quale deve custodire la discrezionalità legislativa, posto che “la sentenza costituzionale non è un sostituto funzionale della regola democratica che rimette alle maggioranze parlamentari scelte di differenziazione o, all’opposto, di perequazione dei trattamenti”⁵¹. Al contempo, però, alla Corte costituzionale compete la valutazione della ragionevolezza delle scelte (che attenua la ‘deferenza’ verso la legge), presidiando – quindi – la (sempre più) sottile linea di demarcazione fra i poteri.

L’individuazione di una possibile giustificazione implica una valutazione della rilevanza degli elementi selezionati per confrontare le situazioni da scrutinare, “in relazione ai fini e ai valori in vista dei quali si afferma la somiglianza”⁵². Dunque, è illusorio voler declinare la nozione di ragionevolezza in termini di pura e semplice mancanza di arbitrarietà, attraverso un generico rinvio ai valori correnti della società (considerando automaticamente ragionevole ciò che è socialmente accettato): la giustificazione di una decisione postula il ricorso a quei fini e a quei valori che non si può pensare di lasciare inespressi, di occultare nell’autoreferenzialità dello scrutinio di ragionevolezza.

Il ripristino dell’eguaglianza violata, attraverso lo scrutinio di ragionevolezza, può essere un autonomo vettore di regole, conducendo l’applicazione dei trattamenti normativi, *in primis* i diritti che ne sono oggetto, lì dove non arriverebbero altrimenti.

Per fare un esempio illuminante, quando fu dichiarata incostituzionale una legge lombarda, che riconosceva il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico ai (soli) cittadini invalidi per cause civili (negandolo, quindi, per gli stranieri regolarmente residenti nella Regione), non fu il diritto costituzionale alla salute a fondare tale decisione, posto che si trattava di una prestazione non costituzionalmente necessaria, ma di un regime di favore senz’altro eccedente i limiti della soglia (o nucleo) essenziale dei diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale. Piuttosto, si rivelò determinante l’irragionevolezza del

⁵⁰ M. BARBERA, 1991, p. 23, la quale riporta la nota affermazione di I. BERLIN, 1956, p. 305, secondo cui “l’eguaglianza non ha bisogno di ragioni, è l’ineguaglianza che ne ha”.

⁵¹ U. ROMAGNOLI, 1996, p. 153. Nel senso che il principio di eguaglianza non si risolve “in un vuoto precetto, che il giudice costituzionale possa colmare arbitrariamente ed in vista di un proprio programma politico” (L. PALADIN, 1965b, p. 531); dunque, “quanto più il criterio di giustificazione si avvicina a quello di giustizia, tanto più il ruolo istituzionale della Corte costituzionale entra in frizione con le prerogative del Parlamento circa il merito delle scelte politiche” (P. CHIECO, 1989, p. 489). Del resto, è evidente che, proprio dall’applicazione dell’art. 3 Cost., “risulta confermato l’alto tasso (peraltro ineludibile) di «politicità» nel funzionamento della Consulta” (M. RICCI, 1999, p. 78).

⁵² G. SCACCIA, 2000, p. 51. Si può aggiungere che la valutazione di rilevanza “non può essere formulata sulle fattispecie a prescindere dal precetto: un fatto è rilevante o irrilevante ad un certo fine”. Conseguentemente, “se cambia il fine della valutazione, la valutazione stessa può ben cambiare e, anche se non cambia, deve essere argomentata *ex novo*” (M.G. GAROFALO, 2002, p. 17).

requisito della cittadinanza, in rapporto alla natura della prestazione (collegata allo stato di invalidità totale) e, quindi, alla *ratio* della norma. Infatti, secondo la Corte costituzionale, la circostanza che si trattasse di prestazioni, per così dire, facoltative, non essendo destinate a soddisfare diritti fondamentali, non escludeva affatto che le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari dovessero essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza, posto che al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito “introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una «causa» normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria”.

In estrema sintesi, quella vicenda conferma che, mosso dalla sua connaturata vocazione a indirizzare le decisioni autoritative verso fini di giustizia, “il principio di eguaglianza serve proprio ad attribuire diritti a chi non ne ha, perché ingiustamente escluso per una causa di discriminazione”⁵³.

Analoga sorte è toccata – a marzo di quest’anno – ad una norma regionale (art. 25, 2° comma, lett. a, l.r. Veneto 3 novembre 2017, n. 39), nella parte in cui prevedeva, tra i requisiti per l’accesso all’edilizia residenziale pubblica, quello della residenza anagrafica nel Veneto da almeno cinque anni, anche non consecutivi e calcolati negli ultimi dieci anni (Corte cost. n. 67/2024). Ciò in quanto tale criterio “tradisce il principio di eguaglianza non solo rispetto al primo comma dell’art. 3 Cost., ma anche con riguardo al suo secondo comma”, perché aggiunge “agli ostacoli di fatto costituiti dal disagio economico e sociale un ulteriore e irragionevole ostacolo che allontana vieppiù le persone dal traguardo di conseguire una casa, tradendo l’ontologica destinazione sociale al soddisfacimento paritario del diritto all’abitazione della proprietà pubblica degli immobili ERP”.

In ambito giuslavoristico la tensione fra discrezionalità legislativa e canone di ragionevolezza si è manifesta in tutta evidenza nei recenti giudizi di costituzionalità sulla disciplina dei licenziamenti contenuta nel novellato art. 18 Stat. lav. e nel d.lgs. n. 23/2015, un vero florilegio di differenziazioni di trattamento (sanzionatorio) in base al numero dei dipendenti, al vizio che affligge il licenziamento e alla data di assunzione del lavoratore⁵⁴. Con il bisturi della declaratoria di incostituzionalità la Corte ha reciso quello che ha potuto; per il resto ha inteso rispettare l’apprezzamento del legislatore, pur invitando a rivedere quella stratificazione normativa “in termini complessivi, che investano sia i criteri distintivi tra i regimi applicabili ai diversi datori di lavoro, sia la funzione dissuasiva dei rimedi previsti per le disparate fattispecie” (secondo le parole della sentenza n. 183/2022). Si tratta di un approccio consueto nella storia della giurisprudenza costituzionale, attenta a

⁵³ G. SILVESTRI, 2009, p. 61; trattasi di Corte cost., 28 novembre 2005, n. 432, in riferimento all’art. 8, comma 2, l.r. Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1.

⁵⁴ Quest’ultimo – il più eccentrico fra i criteri selettivi – è stato considerato ragionevole in vista dell’obiettivo del rafforzamento delle opportunità di ingresso nel mondo del lavoro enunciato dalla legge-delega n. 183/2014 con riferimento ai lavoratori ricadenti nel campo di applicazione del *Jobs Act* (sentenze nn. 194/2018 e 7/2024), combinato con l’argomento del “fluire del tempo”, quale presupposto che giustifica – secondo un consolidato orientamento – la differenziazione delle situazioni giuridiche. In chiave critica, si è osservato che “la differenza di disciplina in tempi diversi presuppone comunque una diversità delle situazioni di fatto concretamente regolate, certamente non coincidente con la costituzione del rapporto”, posto che la data di assunzione costituisce “un fattore esclusivamente temporale che non incide minimamente sulla sostanziale omogeneità delle situazioni” (V. SPEZIALE, 2019, p. 5). Ma, ai nostri fini, l’elemento di maggiore interesse si annida nel passaggio in cui la pronuncia del 2018 rinuncia programmaticamente ad “addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito”. Più che il fine legislativo, sembra quasi che basti l’intenzione a giustificare i mezzi, nel momento in cui si evita di “verificare l’adeguatezza strumentale del mezzo legislativamente prescelto rispetto al fine da realizzare” (A. PERULLI, 2019, p. 346). E, dunque, quel passaggio (di una sentenza, per altri versi, assai pregevole) – secondo alcuni – finisce per svalutare, “in nome di un discutibile *self-restraint*, il valore del principio di eguaglianza, che si rattrappisce a misura delle stesse scelte effettuate, «a monte», dal legislatore ordinario” (S. GIUBBONI, 2020, p. 10).

contenere lo scrutinio di eguaglianza/ragionevolezza al di qua dello spazio della discrezionalità legislativa, persino quando ne auspica l'esercizio in senso modificativo del quadro normativo esistente: la mente corre al richiamo alle "valutazioni" di competenza del legislatore operato già nella sentenza n. 45/1965 sull'art. 2118 c.c.

La ricerca di una buona ragione delle differenziazioni e delle parificazioni di trattamento ha dato esiti profondamenti mutevoli nel corso del tempo.

Come è noto, nel nostro ordinamento il punto di partenza, ma anche il banco di prova (non solo quantitativamente) più significativo dell'applicazione del criterio di ragionevolezza, è stato quello delle discriminazioni di sesso, a cominciare da quelle relative all'accesso ai pubblici uffici, alla (dis)parità salariale e alle relazioni familiari, ove l'eguaglianza, pur ribadita dalle corrispondenti previsioni costituzionali, convive con il riferimento – rispettivamente – ai "requisiti stabiliti dalla legge" (art. 51, 1° comma), alla "parità di lavoro" (art. 37, 1° comma) e ai "limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare" (art. 29, 2° comma).

Grazie a questo trittico di incisi, frutto delle mediazioni, a tratti acrobatiche, svoltesi in Assemblea costituente, emerge "la natura compromissoria della normativa in esame", che "può considerarsi la causa originaria del sensibile ritardo nell'effettiva [...] attuazione del principio paritario"⁵⁵.

Infatti, anche approfittando di alcuni passaggi equivoci, se non di vere e proprie pagine buie scritte dai maschi costituenti (come quella sull'ingresso delle donne in magistratura o sull'essenziale funzione familiare⁵⁶), le diverse attitudini biologiche, il minor rendimento lavorativo e l'autorità maritale apparvero argomenti del tutto ragionevoli per consentire una fitta trama di disparità giuridiche, ammantate da un supino rinvio ai valori correnti della società, al comune modo di sentire, antefatto logico di ogni stereotipo⁵⁷.

In particolare, l'unità familiare assunse una portata esplicitamente limitativa dell'eguaglianza e – per questo – operò per porre la concezione tradizionale della famiglia basata sulla *potestas* maritale al riparo dall'eguaglianza. La conciliazione degli opposti (eguaglianza *versus* autorità) passò attraverso una distinzione, evidentemente posticcia: l'eguaglianza fu riferita al piano della dignità/personalità morale dei coniugi, mentre l'autorità a quello della conduzione della famiglia, vista come cellula sociale ontologicamente bisognosa di una volontà direttiva – di un capo, insomma – che la tenesse unita e la facesse funzionare. È come dire, insomma, che "l'eguaglianza inizia quando finisce il doveroso esercizio maritale del ruolo di

⁵⁵ P. MORGERA, 1990, p. 2. Di "ambiguità volute" parla M.V. BALLESTRERO, 1996, p. 467, in riferimento all'art. 37 Cost., il quale – solo grazie alle trasformazioni politico-culturali degli anni '70 – fu reinterpretato "alla luce del riconoscimento del valore sociale della maternità e dell'importanza della condivisione dei ruoli genitoriali" (S. SCARPONI, 2014, p. 66). Più di recente, v. R. PESCATORE, 2019.

⁵⁶ Il noto penalista e deputato democristiano, Giuseppe Bettiol, sostenne che "il problema dell'amministrazione della giustizia è un problema razionale, è un problema logico, che deve essere impostato e risolto in termini di forte emotività, non già di quella commozione puramente superficiale che è propria del genere femminile". Analogamente, discutendo intorno al testo di quello che sarà l'attuale art. 37, il deputato repubblicano Aldo Spallicci si augurava che "la donna, in avvenire, possa essere sottratta allo stabilimento, all'officina e sia riportata nella sua funzione vera di donna. Possa il clima economico, il clima morale e sociale essere così elevato nel nostro Paese da permettere che la casa risuoni ancora di faccende e, magari, del ticchettio della macchina da cucire, cioè che alla donna sia realmente riservato e riconsacrato il suo compito di «angelo della famiglia»".

⁵⁷ Resta emblematico il differente trattamento penale dell'infedeltà coniugale, inizialmente reputato compatibile con il principio di eguaglianza, alla luce della "constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune", idoneo "a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento" (Corte cost., 23 novembre 1961, n. 61).

capo”, o se vogliamo invertire i termini, “l’ineguaglianza sorge con il doveroso esercizio maritale delle prerogative di capo”⁵⁸.

Non può essere un caso che il codice civile del 1942 usasse quella parola due volte, per l’impresa e per la famiglia, i luoghi di un ordine sociale costruito sulla soggezione all’autorità e sulla visione che li reputava organismi portatori di interessi superiori a quelli individuali. E non a caso in dottrina si rimarcava “l’avvicinamento dell’impresa alla famiglia, occasionato dal rilievo dei comuni caratteri che distinguono i rapporti sui quali rispettivamente si fondano”⁵⁹.

In entrambi gli ambiti, sui valori costituzionali dell’eguaglianza e della pari dignità (entrambi espressi dall’art. 3, 1° comma, Cost.) continuò a prevalere l’impostazione autoritaria del codice, finché non si mise in moto quel processo di ‘disgelo’ costituzionale dell’intero diritto privato (dai rapporti economici alle relazioni familiari), che ha accompagnato il consolidamento della democrazia.

La cultura giuridica moderna ha potuto/dovuto accettare il superamento dell’autorità maschile nelle relazioni familiari in nome del principio di eguaglianza, corredato – in senso rafforzativo e integrativo – dai divieti di discriminazione. Ha incontrato sulla sua strada ulteriori differenze, come quelle tra figli legittimi e naturali o tra coniugi e conviventi. Recentemente, la Corte costituzionale ha censurato anche l’ultima scoria della tradizione patriarcale – la regola dell’attribuzione automatica del cognome paterno – bollandola come “sigillo di una diseguaglianza fra i genitori, che si riverbera e si imprime sull’identità del figlio, così determinando la contestuale violazione degli artt. 2 e 3 Cost.”⁶⁰.

In quella come nelle precedenti occasioni, si è sempre trattato, tuttavia, di un *inveramento* in chiave antidiscriminatoria del principio di eguaglianza, originariamente ignorato nella relazione fra sessi, sin da quando il generale disprezzo accolse le parole pronunciate da Olympe de Gouges, in piena Rivoluzione francese ai deputati (tutti maschi, ovviamente) dell’Assemblea nazionale. “Uomo, sei capace di essere giusto? È una donna che te lo chiede. Dimmi: chi ti ha dato il potere sovrano di opprimere il mio sesso?”.

Ovviamente, in ogni formazione sociale e in ogni struttura organizzativa, il precetto dell’eguaglianza chiama in causa il tema del potere e della sua legittimazione.

Nel campo del lavoro, una volta compiuta la formalizzazione giuridica dei rapporti di potere propri del modo di produzione sorto grazie alla rivoluzione industriale, “la subordinazione del lavoratore entra in collisione con l’eguaglianza del cittadino”⁶¹, sollevando una questione di democrazia.

Si spiega così la storia della progressiva regolazione/limitazione del potere privato già legittimato dal contratto di lavoro, attraverso la produzione di norme *diseguali*, come quella che limita la libertà di licenziamento (e non di dimissioni) o

⁵⁸ P. PASSANITI, 2011, p. 556. Parecchi anni dopo l’avvento della Costituzione, ancora si affermava che “la posizione giuridica dell’individuo nella famiglia non può essere che quella di soggezione a un fine che, come superiore ai fini individuali, lega organicamente i soggetti” (A. CICU, 1965, p. 179). Per dirla con Francesco SANTORO-PASSARELLI, 1953, p. 377, “la famiglia, come qualunque altro organismo, e più di ogni altro, per la sua particolare struttura, non vive senza un capo”.

⁵⁹ “Come l’impresa, la famiglia è considerata dal diritto quale entità unitaria il cui interesse ha natura e rilevanza obiettiva; la cura di questo interesse è attribuita ad uno dei suoi componenti che assume la figura di capo della famiglia (art. 144 c.c.) e ha poteri che ne qualificano la funzione privata; la tutela dell’interesse unitario della famiglia (privato) coincide, nell’esercizio di tali poteri con la tutela dell’interesse pubblico concorrente” (R. BALZARINI, 1955, p. 14).

⁶⁰ Corte cost., 27 aprile 2022, n. 131. Qualche anno prima, il giudice delle leggi aveva reputato illegittimo impedire ai coniugi, di comune accordo, la possibilità di trasmettere ai figli, al momento della nascita, *anche* il cognome materno (Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286).

⁶¹ G. DE SIMONE, 2001, p. 29.

quella che deroga alla regola civilistica *casus sentit debitor* in presenza di cause che consentono (solo) al lavoratore di sospendere l'esecuzione della prestazione.

Ne è scaturito un processo di redistribuzione del potere, che ha camminato a lungo sulle gambe della norma inderogabile di fonte legale, figlia del garantismo individuale di stampo costituzionale, e dell'autonomia collettiva, figlia del pluralismo sociale dei corpi intermedi.

Compiuta la fondazione giuridica del potere di comando sul lavoro altrui attraverso la categoria del contratto di lavoro, l'incontro/scontro tra l'eguaglianza e l'autorità privata del datore di lavoro si è tradotto negli innumerevoli correttivi agli esiti del mercato e alla astratta parità contrattuale; si è tradotto – insomma – nella formula del diritto diseguale, nel quale le diseguaglianze sostanziali assurgono a *ratio* delle norme limitative del potere. Ma trattandosi di un potere altrimenti libero, proprio perché originario e istituzionalizzato, ogni limitazione – di natura causale, formale, procedurale, ecc. – non fa che confermarlo e legittimarlo nella sua parte residua.

Insomma, dove si fermano i limiti, (ri)comincia il potere, che si espande come un gas nel vuoto finché non trova un contenimento. Potere e libertà danno vita ad un gioco a somma zero (nel quale ciò che un partecipante vince viene perso dall'altro), semplicemente perché il potere consiste nella “possibilità di ridurre la libertà altrui”: “esercitare potere equivale a convertire la libertà di scelta in obbedienza o dipendenza”⁶².

E i limiti al potere, pur operando nella relazione verticale tra lavoratore e imprenditore, quando impongono il riconoscimento di standard minimi di trattamento, esprimono un comando di parificazione (orizzontale) tra lavoratori (senza impedire, però, la diversificazione in chiave migliorativa, attraverso l'esercizio dell'autonomia privata, collettiva e individuale). Nel *common rule*, che ci riporta alle origini della democrazia industriale, si annidava anche una valenza antidiscriminatoria *ante litteram*, sia pure in chiave anticoncorrenziale: la parificazione dei trattamenti provava a colpire, infatti, quelle che oggi chiameremmo discriminazioni di sesso e per età, perpetrate attraverso la pratica del sotto-salario in danno delle ‘mezze forze’ (donne e fanciulli), emblemi originari del contraente debole nella iconografia del diritto del lavoro ed entrambi destinatari della regola di parità retributiva, poi sancita dall'art. 37, 1° e 3° comma, Cost.

Una volta garantito un trattamento uniforme la norma comune ha esaurito la sua funzione livellatrice, pensata per una collettività di lavoratori dai tratti essenzialmente omogenei. In assenza di una ragione discriminatoria, il singolo lavoratore che subisca un trattamento inferiore allo standard o sia vittima di un atto di esercizio dei poteri datoriali relativo alla variabilità di altri aspetti della prestazione lavorativa (tempo, luogo, mansioni, ecc.), è colpito nei suoi diritti e subisce un *deficit* di libertà nella dimensione verticale del rapporto (al di fuori di una logica comparativa), tanto è vero che l'illecito permarrebbe negli stessi termini, anche qualora tutti i lavoratori, senza distinzioni di sorta, subissero contemporaneamente (o in successione) la stessa determinazione datoriale (tutti illegittimamente sotto-pagati, licenziati, demansionati, trasferiti, ecc.).

Nel celebre caso di Battista Santhià, il *quid pluris* di offensività del suo licenziamento non consisteva nell'assenza di una giustificazione (all'epoca, neppure richiesta dal legislatore, ma solo dall'accordo interconfederale del 18 ottobre 1950), bensì dalla presenza di una motivazione esplicitamente discriminatoria (una sorta di ‘pistola fumante’, nel gergo giuridico nordamericano): “non poteva essere ulteriormente trascurata – diceva la relativa lettera – l'incompatibilità esistente tra la sua posizione di direttore Fiat e i suoi obblighi di

⁶² P. CERI, 2003, p. 6.

alto esponente di un partito di cui è ben noto il costante atteggiamento di ostilità e di lotta a scopo distruttivo nei confronti della Fiat”.

Sull’onda di quella vicenda ci si interrogò sui rapporti tra libertà costituzionali e autonomia dei privati e si cominciò a manifestare il convincimento che “i diritti fondamentali spettanti ai lavoratori, come ad ogni soggetto, non possono dunque subire, all’interno dell’azienda, altre limitazioni al loro esercizio che non siano quelle strettamente indispensabili per il normale espletamento della prestazione lavorativa”⁶³. Il richiamo all’art. 3, 1° comma, Cost. servì, dunque, a sostenere la diretta applicabilità – nelle relazioni interprivate – del divieto di discriminazione, non già della parità di trattamento.

Al di là dell’esistenza di norme inderogabili (di fonte legale o contrattuale) limitative del potere, si è provato ad arginare la discrezionalità del datore di lavoro nell’attribuzione di trattamenti differenziati, invocando uno scrutinio di non arbitrarietà, giustificazione, ragionevolezza, proporzionalità, ecc., in mancanza – come notava già Luciano Ventura – di “una norma generale volta specificamente a rendere operante il principio di eguaglianza, sotto il profilo della parità di trattamento, in tutti i momenti e per tutti gli aspetti dell’attuazione del rapporto di lavoro”⁶⁴.

Viene da chiedersi, insomma, se – nei confronti del potere privato del datore di lavoro – l’eguaglianza possa essere un vettore di tutele ulteriori rispetto a quelle già riconosciute dalle singole norme inderogabili, volte a superare l’eguaglianza formale e a contrastare la diseguaglianza sostanziale. Per non fare il solito esempio delle promozioni, in assenza di un generale diritto alla formazione a favore dei lavoratori, ci si può chiedere quali vincoli incontri la selezione (ossia l’inclusione e l’esclusione) dei partecipanti ad un’iniziativa formativa spontaneamente approntata dal datore di lavoro.

Il percorso sin qui compiuto – a partire dalla seconda metà del secolo scorso – non può essere neppure riassunto in questa sede. Sono state perlustrate tutte le potenzialità insite nell’armamentario civilistico: di questo sforzo è stata evidente manifestazione il ricorso alle clausole di correttezza e buona fede come fonti di integrazione del contratto, alla (“intimamente contraddittoria”⁶⁵) figura dell’abuso di diritto come sintomo di cattivo esercizio del potere e alla tecnica del motivo illecito determinante. Ciascuna costruzione ha condiviso il tentativo di contrastare o almeno contenere l’uso arbitrario e irragionevole del potere datoriale, sottoponendolo a possibili oneri di giustificazione, al di là di quelli imposti dalle singole norme inderogabili. Lo stesso dicasi per i vari richiami alla Costituzione, ai suoi singoli precetti (come il principio di solidarietà nell’intreccio con le regole civilistiche di correttezza e buona fede, ovvero gli artt. 36 e 37) oppure a concetti ancora più generali (come l’ordine pubblico costituzionale) fino – ovviamente – al principio di eguaglianza in quanto tale, come tecnica di controllo delle prerogative private e non solo dell’autonomia legislativa.

⁶³ V. CRISAFULLI, 1954, p. 59. Il ‘caso Santhià’ fu al centro del dibattito (riassunto da M. VAIS, 1964, pp. 31-32) svolto sulle pagine della rivista *Società* nel 1952, intorno alla liceità del licenziamento motivato da ragioni politiche e, più in generale, intorno alla valenza dei diritti di libertà, costituzionalmente riconosciuti, nei confronti dell’autorità privata dell’imprenditore. La riflessione su quei temi si condensò in un convegno nel 1954, tenutosi proprio nella città della Fiat di Vittorio Valletta, intitolato ‘*La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*’ (AA.VV., 1955).

⁶⁴ L. VENTURA, 1984, p. 267; contestualmente, L. ISENBURG, 1984, p. 62, metteva a fuoco i nessi tra principio di eguaglianza, divieti di discriminazione e parità di trattamento”. Qualche anno prima, già L. ANGIELLO, 1979, p. 24, aveva riconosciuto che “la parità di trattamento non può essere ricavata dal principio di eguaglianza”, né “da altre norme costituzionali”.

⁶⁵ P. RESCIGNO, 1998, p. 13.

Il punto di arrivo di questa stagione ha coinciso con “l’inizio della fine”⁶⁶. Il riferimento è alla nota sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale, che provò a negare al potere datoriale la facoltà di “esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio”, agganciandolo ad “una causa coerente con i principi fondamentali dell’ordinamento” e – specialmente – ai valori richiamati dal secondo comma dell’art. 41 Cost., letto in una sorta di continuità con l’art. 3 (benché quest’ultimo non fosse richiamato dall’ordinanza di rimessione).

Quasi incidentalmente, si ipotizzava così la possibilità di arginare – rendendole sindacabili – le differenziazioni di trattamento di origine negoziale; fu questo l’aspetto che monopolizzò l’attenzione, offuscando la problematica dei limiti (esterni) all’esercizio dei poteri datoriali, anche in una logica di bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti.

Dopo qualche iniziale conferma nella giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁷, quell’affermazione – che investiva il rapporto tra principio di eguaglianza, autonomia negoziale e libertà di impresa – si tradusse rapidamente in un credo da abiurare. Così, l’inesistenza (nel settore privato, è bene aggiungere) di un obbligo di trattamento eguale verso la generalità dei dipendenti del medesimo datore di lavoro – quale diretta conseguenza dell’art. 3 Cost. – è divenuta il primo respiro con cui il giuslavorista comincia la giornata.

Infatti, proprio mentre l’assunto cominciava a declinare nella giurisprudenza di legittimità, fu osservato che “il punto di caduta” della estensione del principio di parità di trattamento, “inteso come applicazione di un valore positivo e non come mera astensione da comportamenti discriminatori”, si pone sul piano della individuazione dei “canoni giuridici da utilizzare per sottoporre a controllo il comportamento del datore”: secondo questo ragionamento, “il giudizio di *ragionevolezza* si attaglia ad un controllo di natura politica sugli atti del legislatore e mal si presta a verificare la corrispondenza degli atti del datore a *standard* di comportamento ritenuti corretti”⁶⁸.

Di conseguenza, al di fuori di uno specifico vincolo causale, le scelte imprenditoriali – anche quando determinano conseguenze differenziate tra lavoratori collocati in situazioni (quantomeno) simili – si collocano in una sfera intangibile, del resto, rafforzata da disposizioni come quella che sancisce l’insindacabilità nel merito delle “valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro” (art. 30, 1° comma, l. n. 183/2010).

Il disconoscimento della parità di trattamento, intesa come regola generale implicante un eguagliamento *orizzontale* fra i suoi destinatari, ha trascinato con sé nell’oblio anche l’operatività delle tecniche civilistiche di limitazione dell’uso arbitrario del potere privato, essenzialmente agglutinate attorno ai principi di correttezza e buona fede. Lette quali fonti integrative del rapporto obbligatorio, esse avrebbero consentito – secondo una certa opinione – “la proscrizione non tanto

⁶⁶ M. BARBERA, 2004, p. 37. Il dibattito era stato avviato – nel nostro Paese – da P. RESCIGNO, 1959, sulla scia della concezione comunitaria del rapporto di lavoro e “muovendo dalle suggestioni della dottrina tedesca” (D. CARUSI, 1998, p. 224): per una recente ricognizione, v. F. VARI, 2017.

⁶⁷ Ad esempio, Cass., 9 febbraio 1990, n. 947, sostenne “il principio generale, desumibile dall’art. 41 Cost., della parità di trattamento dei lavoratori subordinati che svolgono identiche mansioni, principio al quale è consentito derogare solo in presenza di cause coerenti con la finalità di tutela della dignità del lavoratore subordinato prevista dalla norma citata quale limite all’esercizio dell’attività economica privata”. Così fu per qualche ulteriore pronuncia, finché l’orientamento non fu rovesciato dall’intervento di Cass. S.U., 29 maggio 1993, n. 6031, che negò l’esistenza di un principio di parità di trattamento nei rapporti tra privati (non essendo esso desumibile dagli artt. 3, 36, 37 e 41 Cost., né dagli artt. 1173 e 1375 c.c.). Disatteso nelle ultime sacche di resistenza della giurisprudenza di merito e della sezione lavoro della stessa Cassazione (cfr. M. TREMOLADA, 2007, p. 521), tale indirizzo fu definitivamente confermato da Cass. S.U., 17 maggio 1996, n. 4570.

⁶⁸ O. MAZZOTTA, 1992, p. 488. Le critiche all’orientamento espresso dalla sentenza n. 103/1989 sono state recentemente riepilogate da M. BARBERA, S. BORELLI, 2022, p. 4.

delle discriminazioni caratterizzate da un motivo odioso e tipico quanto delle differenziazioni basate su motivi irragionevoli o incongrui⁶⁹, con conseguente estensione del sindacato giudiziale di congruità causale degli atti del datore di lavoro.

L'appagamento non fu, però, generale e incondizionato. Infatti, qualche anno dopo, pur riconoscendo “l'inesistenza di basi normative sicure su cui fondare, nel nostro ordinamento, l'efficacia di un *principio generale* di parità di trattamento tale da interferire in ogni manifestazione dell'autonomia negoziale”, si ritenne di poter desumere dal parametro di proporzionalità retributiva *ex art. 36 Cost.* un principio di parità di retribuzione a parità di lavoro. La tesi dell'obbligo di parità di trattamento come corollario necessario della regola di proporzionalità, già sostenuta nel 1979 da Tiziano Treu nel Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca, si teneva al riparo dai rischi di funzionalizzazione della libertà di impresa e dell'autonomia negoziale, di cui intendeva rappresentare solo un limite esterno. Essa implicava l'onere datoriale di fornire una giustificazione delle eventuali differenziazioni valutative e retributive, senza invocare “un controllo giudiziario della loro razionalità”, inteso – cioè – come controllo di merito sulla “specifica impostazione gestionale”⁷⁰.

Ma v'è di più. Il recente interesse mostrato verso le potenzialità insite nel principio di ragionevolezza e proporzionalità (o di *reasonableness*, negli ordinamenti di *common law*⁷¹), veicolato nella nostra materia attraverso le teorie civilistiche della giustizia contrattuale, sembra voler fornire strumenti concettuali in grado di occupare il vuoto lasciato dal principio di eguaglianza, ritrattosi dai confini del potere privato dopo la mareggiata causata dalla sentenza n.103/1989. Senza condurre ad un automatico vincolo di parificazione orizzontale, esso prova a riaprire la discussione sui possibili margini di bilanciamento correttivo degli atti di autonomia privata, non direttamente riconducibili alle singole norme inderogabili⁷².

Di certo, la regola di parificazione (che è solo uno dei possibili volti del principio di eguaglianza) sopravvive lì dove sia espressamente posta dal legislatore, in forza di una valutazione di eguaglianza/equivalenza delle situazioni da regolare compiuta *ex ante*. Certo, a tal fine non aiuta il venir meno del riferimento alla parità di trattamento economico-normativo in materia di appalti interni (un tempo prevista dall'art. 3, l. n. 1369/1960), che neppure l'innesto del comma 1-*bis* nell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 (ad opera del d.l. n. 19/2024, convertito in l. n. 56/2024) ha ottenuto di ripristinare.

⁶⁹ A. PERULLI, 1996, p. 174 e, più ampiamente, 2005. Nel dibattito innescato dalla sentenza n. 103/1989, L. MENGONI, 1995, p. 34, richiamò “la clausola generale della buona fede” quale “tramite del controllo di ragionevolezza degli atti di autonomia individuale”. Sull'uso delle clausole generali in funzione limitativa dei poteri imprenditoriali, v. l'ampio contributo di G. LOY, 2015. Per una recente riflessione sul principio di eguaglianza nei rapporti civili, v. A. MALOMO, 2022. Come notava già M. BARBERA, 2014, p. 379, l'odierna ricerca civilistica “indaga proprio il senso che la buona fede assume sul piano della necessaria incompletezza contrattuale, soprattutto nei cosiddetti *long terms-contracts*, non limitandone peraltro la funzione alle sole ipotesi di lacune contrattuali”.

⁷⁰ R. SANTUCCI, 1997, *passim*. Il riferimento nel testo è a T. TREU, 1979, p. 89.

⁷¹ Vedine alcuni riferimenti nel recentissimo scritto di R. DIAMANTI, 2024, pp. 6-7, ove si ricorda che “nel Regno Unito il concetto di «*mutual trust and confidence*» è stato ritenuto da molti autori idoneo a creare obblighi specifici in campo lavoristico, come il divieto di comportamenti vessatori che ledano la dignità del lavoratore, l'obbligo di non usare in modo irragionevole e sproporzionato le prerogative e poteri manageriali e, talvolta, per introdurre obblighi procedurali”.

⁷² Ci riferiamo alla densa riflessione di P. LOI, 2016 (specialmente, cap. V), che travalica i contorni tematici del presente contributo, anche se non affronta – specificamente – il tema della parità di trattamento *fra* lavoratori. Più di recente, A. PERULLI, V. SPEZIALE, 2022, p. 74, richiamano l'esigenza di “un controllo di proporzionalità e di razionalità dei poteri datoriali”, invitando a rileggere la sentenza n. 103/1989.

In generale, sul rapporto fra principio di eguaglianza, divieti di discriminazione e autonomia privata, v. E. NAVARRETTA, 2014.

In ogni caso, l'ambito più esteso e significativo del comando di parificazione resta quello della disciplina del lavoro *non-standard* (destinata alla trattazione nella seconda sessione).

Mi limito a segnalare come il legame fra divieti di discriminazione basati su fattori soggettivi e diversificazione delle forme di impiego miri ad “evitare che la *segmentazione* del mercato dal lavoro si traduca nella *segregazione* dei gruppi sociali più deboli”⁷³ (donne, giovani, extracomunitari, ecc.), a cui tali forme di impiego – generalmente – si rivolgono. Per la verità, l'espansione della precarietà rende meno distinguibile tale connotazione, in una sorta di livellamento al ribasso della qualità del lavoro complessiva, con ripercussioni sulla dimensione sociale (in termini di accesso al credito, all'alloggio, ecc.): basti pensare alla crescente diffusione del lavoro *instabile* negli ultimi anni. In ogni caso, si tratta di un legame solo potenziale, posto che l'operatività della regola di parificazione prescinde dalla sussistenza di specifici e tipizzati fattori soggettivi di rischio, essendo collegata alla particolare posizione contrattuale del lavoratore⁷⁴, che si traduce in una condizione sempre reversibile e sempre reiterabile nel proprio percorso lavorativo.

Nel frattempo, il principio di non discriminazione – l'altro volto dell'eguaglianza — occupato accelerato la propria marcia, andando a rinforzare i presidi esistenti e ad accamparsi in quelli mai occupati o rimasti sguarniti.

3. La discriminazione come filtro: la selezione dei fattori di rischio.

Anche la discriminazione, almeno nel suo significato etimologico, è un'espressione assiologicamente neutra, essendo l'effetto del mero discernere. Anzi, in chiave antropologica essa rappresenta un gesto del tutto *naturale*, posto che l'atto di selezionare non solo è frutto di una manifestazione di volontà, ma è anche una conseguenza inevitabile della finitudine umana, a cui ciascuno è soggetto (*sub-jectum*: messo sotto). Quando scegliamo di fissare un punto, ci risulta visibile soltanto una parte del mondo esterno (che chiamiamo ‘campo visivo’). Osservando qualcosa, inevitabilmente distogliamo lo sguardo da qualcos'altro, riduciamo l'area delle possibilità, c'è un altrove che ignoriamo.

In ambito giuridico, non tutte le differenze di trattamento vengono per nuocere ovvero, per dirla con l'Autrice di un classico della letteratura in materia, “not every distinction is discriminatory”⁷⁵.

Anzi, si può dire che “ogni regola, per definizione, discrimina”⁷⁶ nel momento stesso in cui seleziona i propri destinatari (il debitore dal creditore, il debitore inadempiente da quello adempiente, il colpevole dall'innocente, ecc.), ritagliando il proprio campo di applicazione su situazioni specifiche, attraverso un'operazione di identificazione concettuale. Ciò vale anche per le norme che si rivolgono potenzialmente a tutti, a chiunque (“tutti possono agire in giudizio”, “chiunque

⁷³ A. LO FARO, 1997, p. 553. Il tema è organicamente affrontato da S. BORELLI, 2007, p.179; più di recente, v., pure, C. ALESSI, 2017 e C. ALESSI, S. BORELLI, 2019.

⁷⁴ Insomma, “in queste fattispecie viene in considerazione non la persona del lavoratore bensì la sua qualità «primaria» di contraente di *quel* tipo contrattuale, e tanto basta a innescare divieti di differenziazione nei trattamenti” (P. CHIECO, 2006, p. 559). Anche secondo M. TREMOLADA, 2007, p. 522, “benché sia testualmente ricondotto al fenomeno della tutela contro le discriminazioni, in realtà sembra che il principio in esame sia più prossimo alla tutela della parità di trattamento”.

⁷⁵ “Governments and individuals classify people into groups for a wide variety of reasons and many of them are legitimate” (S. FREDMAN, 2002, p. 7).

⁷⁶ L. GIANFORMAGGIO, 2005, p. 43; “legiferare, infatti, vuol dire classificare, creare disparità tra i soggetti dell'ordinamento” (A.S. AGRÒ, 1974, p. 135), che possono anche definirsi “conseguenze oggettivamente, ma legittimamente, *discriminatorie* fra gruppi e fra individui in relazione alla loro specifica collocazione” (O. MAZZOTTA, 1992, p. 483).

cagiona la morte di un uomo”, ecc.), senza – quindi – determinare specifiche classi o categorie di persone. Il destinatario è indefinibile nei suoi tratti identitari (posto che una siffatta norma è in grado di incrociare il destino di qualsiasi persona) ma è il comportamento da lui tenuto a qualificarlo, riconducendolo nel campo di applicazione della norma.

Sarebbe semplicemente assurdo imporre a tutti gli individui esattamente gli stessi obblighi o attribuire loro esattamente gli stessi diritti. Anzi, proprio l’età dei diritti (i quali non nascono tutti in una volta) è il frutto di un processo sia di estensione dei diritti preesistenti a favore di chi ne era originariamente escluso, sia di moltiplicazione e concretizzazione di nuovi diritti, nel passaggio “dall’uomo generico, dall’uomo in quanto uomo, all’uomo specifico, ovvero nella specificità dei suoi diversi *status* sociali, in base a diversi criteri di differenziazione”⁷⁷. Nelle società contemporanee la pretesa universalità del soggetto astratto subisce un processo di frammentazione, dal quale emergono le articolazioni plurali dell’individualità umana: gli individui sono trattati (anche) in base al contesto sociale di appartenenza e le appartenenze “sono molteplici per ogni individuo e molte di queste sono scelte”⁷⁸.

Anche per questo, l’eguaglianza è un problema complesso: non deve far regredire l’ordinamento al paradigma premoderno della diversificazione giuridica tra *status*, ma non deve neppure sottoporre le differenze ad un processo di omologazione al modello dominante (il maschio, l’adulto, il sano, il normodotato, l’occupato, ecc.), secondo un approccio che le femministe chiamerebbero *assimilazionista*.

La norma giuridica contiene in sé – già etimologicamente – l’idea del ‘normale’: per dirla con Judith Butler, “una regola è ciò che rende regolari” ed è “legata a un processo di normalizzazione”⁷⁹.

A sua volta, la normalità evoca il senso di appartenenza ad un gruppo molto esteso, che ci racchiude e ci circonda da ogni lato, come “un surrogato del ventre materno, un utero accogliente che cancella gli stimoli intrusivi derivanti dal mondo della differenza”⁸⁰. Secondo questa prospettiva, l’idea dell’eguaglianza come *sameness* rischia di indurre le categorie – escluse perché diverse – a rivendicare la propria assimilazione in senso mimetico al ‘normale’. È stato chiamato il dilemma della differenza⁸¹ ed è questa considerazione che ha indotto il femminismo – in alcune sue articolazioni teoriche (dovremmo parlare, infatti, di *femminismi* della differenza) – a superare l’emancipazionismo giuridico a favore di una pratica politico-sociale *sopra la legge*⁸², che non invoca norme ma scava vuoti nel diritto maschile, rintracciando un atteggiamento vittimistico nelle politiche rivendicative. Per quanto utile come strumento analitico, tale approccio mi è sempre parso incompleto (se preso alla lettera), poiché nessun progetto di trasformazione dell’esistente può permettersi di contrapporre tra loro (anziché coniugare) la

⁷⁷ N. BOBBIO, 1990, p. 68. Insomma, “se la divisione per generazioni di diritti, invero, non ha un valore euristico in sé, essa ha, invece, il grande merito di mettere in evidenza, a partire da una prospettiva diacronica, la loro storicità e cioè – evidentemente nel *logos* della teoria generale dei diritti – la loro coesistenzialità alle diverse fasi della storia sociale” (S. LAFORGIA, 2018, p. 16).

⁷⁸ T. PITCH, 1993, p. 33, la quale richiama, sul punto, il noto contributo di G. ALPA, 1993.

⁷⁹ J. BUTLER, 2014, p. 105.

⁸⁰ M.C. NUSSBAUM, 2007a, p. 258.

⁸¹ “Perché le donne devono essere simili agli uomini per essere trattate come cittadine eguali?”, si chiedeva C. MACKINNON, 1987, p. 9. L’espressione ‘dilemma della differenza’ fu usata per la prima volta da M. MINOW, 1984, con riferimento ai portatori di *handicap* (cfr. D. MORONDO TARAMUNDI, 2004, p. 75). Sul femminismo giuridico, v. il recente lavoro di A. SIMONE, I. BOIANO, A. CONDELLO, 2019.

⁸² L. CIGARINI, 1993. Cfr., sul punto, R. VALENZANO, 2002, p. 302.

differenza e l'eguaglianza e di ignorare la dimensione giuridica che può frenare o – viceversa – assecondare i cambiamenti culturali, politici, economici e sociali.

Continua a campeggiare nelle aule di giustizia l'espressione *la legge è uguale per tutti* ("deve essere la stessa per tutti, sia che protegga, sia che punisca", nella versione risalente all'art. 6 della Dichiarazione francese del 1789). La frase rivolge agli organi giurisdizionali il comando di applicare fedelmente la legge, senza introdurre distinzioni ulteriori rispetto alle molteplici distinzioni già da essa previste. In questa accezione l'eguaglianza si rivolge a *Δίκη* per enfatizzarne "la *benda* – e dunque il fatto che essa *non vede* forme e colori, che per lei son dunque tutti *uguali* – anziché la *bilancia* – e dunque il fatto che essa *confronta pesi*, rilevando, tra i pesi, *differenze*"⁸³.

Allora, se l'eguaglianza è oggetto di una regola e le differenze sono circostanze di fatto, il diritto combatte le discriminazioni (ossia, le diseguaglianze antiggiuridiche) in nome delle differenze, neutralizzandone alcune e valorizzandone altre. Il divieto di discriminazioni seleziona le differenze che non possono mai giustificare un trattamento peggiore di chi ne è portatore: "la nozione giuridica di discriminazione è infatti una qualificazione della diseguaglianza: il diritto qualifica come illecita una diseguaglianza nel momento stesso in cui la vieta"⁸⁴.

In tal modo, il diritto antidiscriminatorio – ormai divenuto un corpo normativo autonomo dell'ordinamento, retto da regole proprie – ci fornisce una lente di osservazione della società e dei suoi pregiudizi e ci costringe a dotarci di un modello assiologico al quale orientare le scelte regolative e, più in generale, i comportamenti umani nella loro giuridica rilevanza, inducendoci permanentemente a domandare: "Who is not in this room and why are they not here?"⁸⁵. Infatti, i processi di categorizzazione implicano sempre una decisione, che *recide* (secondo l'etimo latino del verbo *decidere*) altre possibili opzioni e che, quindi, esprime l'esercizio del *potere* (inteso sia come sostantivo che come verbo all'infinito).

Attraverso un'operazione di identificazione concettuale, un fattore differenziale assume una connotazione specifica rispetto ai tanti altri (pressoché infiniti) modi di distinguere il genere umano: grazie a tale operazione, persone altrimenti diverse si ritrovano accomunate in qualcosa, nel *quid* che compone idealmente un gruppo sociale (o – secondo un lessico di teoria generale del diritto – una classe logica), su cui si innesta lo scrutinio del diritto antidiscriminatorio.

Infatti, mentre il principio di eguaglianza – in una dimensione puramente paritaria – assume una portata neutra e potenzialmente universale e sconfinata, portando a sindacare qualunque disparità di trattamento normativo, la nozione di discriminazione incorpora un giudizio di disvalore non di qualsiasi distinzione, ma solo delle diseguaglianze generate alla luce di criteri nominati (chiamati fattori di rischio o motivi di discriminazione), che contraddicono l'immagine del soggetto giuridico dis-incarnato e avulso dalle sue caratteristiche concrete. Per discriminazioni, infatti, si devono intendere le (sole) differenziazioni di trattamento vietate dall'ordinamento, perché produttive di conseguenze sfavorevoli per il soggetto discriminato.

In questa frammentazione dell'idea di eguaglianza ci sono tutte le potenzialità e tutti i limiti della tutela antidiscriminatoria, la quale mostra così la sua matrice intrinsecamente selettiva, perché "protegge da alcune disparità di trattamento, non da tutte; protegge alcuni gruppi, non tutti": una selettività originariamente figlia

⁸³ L. GIANFORMAGGIO, 2005, p. 54 (il corsivo è nel testo).

⁸⁴ M.V. BALLESTRERO, 2005a, p. 19.

⁸⁵ M.J. MATSUDA, 1990, p. 1765. "La «stanza» è metafora dei luoghi in cui vengono adottate le decisioni e nella quale non è sufficiente essere rappresentati da altri soggetti i quali non condividono la stessa esperienza di subordinazione, discriminazione o esclusione" (B.G. BELLO, 2020, p. 111).

dell'idea liberale di eguaglianza, che presuppone l'abolizione non di tutte le differenze, ma solo di "quelle negatrici dell'eguale valore morale delle persone"⁸⁶. È questo profilo a congiungere le due principali giustificazioni filosofiche del diritto antidiscriminatorio: l'una basata sulla libertà e l'altra sull'eguaglianza, ma entrambe riconducibili "al comune fondamento dell'eguale valore morale degli individui, la radice del rispetto di sé, un bene fondamentale su cui si impernia la vita intera delle persone"⁸⁷.

L'eterogeneità dei fattori di rischio, dovuta alla loro propagazione 'diluata' nel corso del tempo, si riflette nella stratificazione di riferimenti normativi oggi disposti in un articolato (e non sempre ben coordinato) intreccio di fonti di rango nazionale e sovranazionale, che testimonia il grado di sensibilità del diritto antidiscriminatorio verso l'osservazione – in chiave evolutiva – delle dinamiche sociali.

L'identificazione dei fattori di discriminazione (un tempo, circoscritti – in ambito comunitario – alla nazionalità e al sesso), che collegano il singolo individuo (o i singoli individui) al gruppo di appartenenza, non risponde ad una logica unitaria, proprio perché è legata ai contesti in cui essa, di volta in volta, è stata compiuta. Ma l'ordine di apparizione di quei fattori e il loro consolidamento non hanno avuto nulla di naturale o immutabile e neppure di 'elitario'. Come detto, la categorizzazione implica una diagnosi sociale e una decisione politica, su cui – ancora una volta – incidono le vicende della Storia, agitate dal dolore delle vittime, dalla coscienza comune, dalla mobilitazione sociale e da quella legale. Sono tutti profili che si congiungono in funzione (potenzialmente) trasformativa dell'esistente: l'eguaglianza, finché non si realizza, ci deve far sentire scomodi.

Appare costante il riferimento alla tutela delle minoranze, innanzitutto quelle etnico-razziali, linguistiche e religiose, affiorate alla luce del processo di formazione degli Stati nazionali e considerate già dai primi Trattati internazionali stipulati a seguito della pace di Versailles. In quegli stessi anni, anzi proprio nel contesto del Trattato di Versailles del 19 giugno 1919 (istitutivo dell'OIL), si affacciava la prima normativa internazionale sulla discriminazione di sesso, originariamente confinata alla parità salariale per finalità di tutela del buon funzionamento del mercato, attraverso il principio del *salaire égal pour un travail de valeur égal*.

Ancor prima, in applicazione dell'*Equal Protection Clause* sancita dal 14° emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, l'appartenenza a un gruppo marginalizzato della popolazione (in quel caso gli afro-americani), quale criterio identificativo dello stesso in termini di categoria sensibile⁸⁸ o *suspect class* (secondo la terminologia anglosassone), può considerarsi la base storica di riferimento del diritto antidiscriminatorio, nato come "baluardo a difesa dei più deboli e delle minoranze dalla prevaricazione del più forte e dall'accordo delle maggioranze – o dei privati – che stringono patti a danno di chi è in posizione minoritaria o di svantaggio"⁸⁹. In quella fase, anche per le caratteristiche proprie dei sistemi giuridici di *common law*, le Corti assumono un ruolo antimaggioritario, compensativo della sistematica esclusione delle minoranze dal processo politico, secondo "un nuovo modello di esercizio della funzione giurisdizionale, nel quale il processo si trasformava da luogo di risoluzione delle controversie tra privati a luogo

⁸⁶ M. BARBERA, 2017, p. 20. L'Autrice ha più volte ricordato come, a seguito della "evoluzione semantica subita dal termine *discriminare* nel contesto della protezione internazionale dei diritti umani", la discriminazione coincida "non con una qualsiasi differenziazione, come vorrebbero le concezioni paritarie dell'eguaglianza, ma con una diversità di trattamento produttiva di effetti sfavorevoli" (M. BARBERA, 2008, p. 5).

⁸⁷ E. CONSIGLIO, 2020, pp. 17-18, citando le tesi di J. RAWLS, 1999, p. 386.

⁸⁸ L'espressione, a mio avviso assai appropriata, risale a L. FABIANO, 2009.

⁸⁹ E. CONSIGLIO, 2020, p. 22.

di realizzazione dei valori costituzionali, attraverso la definizione di progetti di cambiamento sociale”⁹⁰.

Il predominio – si sa – non viene necessariamente dai numeri, ma dai rapporti di forza che condizionano la distribuzione del potere, producendo condizioni di deprivazione sociale: è l’assetto di potere che genera la minoranza. Viene a mente il caso estremo del Sud Africa, ove la politica segregazionista è stata condotta a danno dell’ampia maggioranza della popolazione, composta da neri.

Certamente, la logica minoritaria non è riferibile alle donne, le quali, oltre a non essere numericamente inferiori agli uomini, non sono un gruppo di interesse e sono portatrici di un’identità che chiede di non essere ignorata, ma neanche ricondotta al modello maschile, inteso come parametro neutrale e universale. Per dirla in termini cari al pensiero femminista, la differenza sessuale divide gli esseri umani in donne e uomini, attraversando tutte le altre differenze: diversamente dall’eguaglianza, che è “un principio giuridico”, la differenza *tra* (non *da*) donna e uomo è “un principio esistenziale che riguarda i modi dell’essere umano”, è “la differenza di base dell’umanità”⁹¹. Donne e uomini restano portatrici e portatori di una differenza che esprime una dualità originaria, che non può essere né rimossa né compensata: una differenza che sopravvive ad ogni processo egualitario.

Proprio per sfuggire alla trappola della simmetria o della astratta neutralizzazione, la regola della parità di trattamento in funzione antidiscriminatoria è stata affiancata da quello che Barbara Pezzini chiama il principio antisubordinazione, il quale “consente di pensare alla differenza di genere in modo *originario o costitutivo*”⁹².

Del resto, assieme ad altre componenti, per così dire, ‘costanti’ della sfera personale, come il colore della pelle e l’origine etnico-razziale, la differenza sessuale condivide (ma con la propria innegabile specificità) l’attinenza all’identità personale: una attinenza su cui è andata costruendo la dimensione sociale dell’identità (chiamata) di genere, valorizzata dal pensiero femminista sino al punto di sostenere che il corpo sessuato non è un dato biologico ma una costruzione culturale⁹³.

Indubbiamente, la questione della discriminazione sessuale non ruota più solo attorno all’eguaglianza uomo/donna e all’idea che la sessualità sia “l’emblema di una naturalità immobile e oggettiva”⁹⁴: un’idea che, per secoli, ha descritto e trattato l’omosessualità come *inversione* e vizio abominevole della natura.

Una delle conquiste più significative del diritto antidiscriminatorio di matrice europea (anticipatrice rispetto a molti ordinamenti nazionali) è stata l’emersione dell’orientamento sessuale come specifico fattore di rischio. Prima di allora, il fattore sessuale era riuscito a catalizzare al suo interno il transessualismo (oggi esplicitamente ricondotto nell’ambito del fattore sessuale dalla Direttiva 2023/970/UE)⁹⁵, ma non l’omosessualità, per la quale i giudici di Lussemburgo,

⁹⁰ V. PROTOPAPA, 2021, p. 19.

⁹¹ C. LONZI, 1974, pp. 20-21. In questa prospettiva, la differenza sessuale non può essere intesa come “una differenza che fa *differire* le donne *dagli* uomini” (A. CAVARERO, 2002, p. 82), se non perpetrando l’auto-rappresentazione del maschile come modello universale di riferimento, alla base dell’ordine simbolico patriarcale.

⁹² B. PEZZINI, 2019, p. 12.

⁹³ Il riferimento è, ovviamente, a J. BUTLER, 2013.

⁹⁴ A. D’ALOIA, 2021, p. 31.

⁹⁵ V. il *Considerando* 5, ove si richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dal caso del lavoratore licenziato per aver manifestato l’intenzione di cambiare sesso (C.G.C.E., 30 aprile 1996, C-13/94), Successivamente, v. C.G.U.E., 7 gennaio 2004, C-117/01, 27 aprile 2006, C-423/04, 26 giugno 2018, C-451/16.

con una sentenza evidentemente “interlocutoria”⁹⁶, non si mostrarono disponibili a sostituirsi al legislatore nell’estendere il divieto di discriminazione. Nell’esperienza statunitense il passaggio è avvenuto in sede giudiziaria, riconducendo la discriminazione per orientamento sessuale (e quella per identità di genere) alla discriminazione *because of sex* contemplata nel titolo VII del *Civil Rights Act* (1964)⁹⁷.

La vita non si ferma davanti alle classificazioni giuridiche, pur indispensabili, posto che anche il più piccolo frammento normativo ha bisogno del proprio ambito di applicazione. In un gioco di specchi, ciascuna identità può essere incrinata e complicata da qualcun’altra: basti pensare alla condizione di bisessualità, che sfugge al dualismo eterosessuale/omosessuale, pur costituendo – a sua volta – un orientamento sessuale.

Nel dibattito più recente è emerso il tema dei limiti a cui si espone la categorizzazione sessuale come dato biologico-fisico al cospetto di una dimensione denaturalizzata e intersessuata, nelle sue varie manifestazioni non binarie, *agender* o *genderqueer* collocate lungo un *continuum* fluido, sulla base di teorie che nascono “come reazione all’istituzionalizzazione degli orientamenti sessuali, delle identità sessuate e della sessualità in genere”⁹⁸. Non si tratta di mere costruzioni concettuali (come sostiene chi vorrebbe rimuoverne la questione), ma di persone che *esistono* in carne e ossa e contestano la patologizzazione della loro condizione e, in particolare, l’idea del mutamento di sesso come normalizzazione chirurgica che espelle l’ambiguità o il difetto.

Su un altro fronte, non vi è dubbio che il credo religioso e, soprattutto, le convinzioni politiche o sindacali si collochino in una sfera non oggettiva e immutabile: si tratta di diversità non *biologiche*, ma *ideologiche*, secondo la bipartizione proposta da Paola Bellocchi⁹⁹. Si tratta, infatti, di criteri che raggruppano le persone in categorie sociali per effetto della loro capacità di autodeterminazione, secondo scelte che rimangono pur sempre liberamente modificabili, per quanto di fatto condizionate dalle *origini* di ciascuno (familiari, territoriali, ecc.). Le origini o le tradizioni possono essere considerate – in un certo senso – un ponte tra Natura e Storia, tornando alla terminologia da cui siamo partiti nel primo paragrafo. Si ricevono naturalmente (in conseguenza della nascita) e si tramandano volontariamente, nell’esercizio del libero arbitrio, volendo evocare un’espressione vetusta, ma alla quale siamo affezionati.

Fattori (almeno teoricamente) ‘mutabili’, come le convinzioni personali e il credo religioso (nell’elenco di cui all’art. 1, d.lgs. n. 216/2003, separate solo da una virgola, in “una vicinanza non casuale”¹⁰⁰), sono *divisivi*, generando un conflitto sul fronte della libertà di coscienza: madre illuminata e illuminante (anche un po’ illuminista) di tutte le libertà connesse alla manifestazione del pensiero.

Per ‘convinzioni personali’ non si devono intendere – ovviamente – le opinioni su qualsiasi tema e di qualsiasi contenuto, pur nella ampiezza e vaghezza

⁹⁶ L. CALAFÀ, 2007, p. 186. Successivamente, C.G.C.E., 17 febbraio 1998, C- 249/96 si occupò del rifiuto, da parte di un datore di lavoro, di concedere una riduzione sul prezzo dei trasporti a favore della persona, dello stesso sesso, con cui il lavoratore aveva una relazione stabile, nonostante tale agevolazione fosse concessa a favore del *common law opposite sex spouse* di un lavoratore.

⁹⁷ Punto di approdo di questo percorso è, al momento, la pronuncia della Corte Suprema, 15 giugno 2020, su cui v. l’ottima analisi di G.A. RECCHIA, 2020a.

⁹⁸ M.R. MARELLA, 2021, p. 249; “un punto di partenza teorico comune agli studi d’ispirazione *queer* si può individuare nel rifiuto del binarismo oppositivo che innerva i codici simbolici della realtà sociale. Bersaglio privilegiato della critica decostruttiva della prospettiva *queer* è in particolare il codice dell’eteronormatività”, di cui essa intende “disvelare il carattere non già naturale bensì culturale e sociale” (F. MASTROMARTINO, 2021, p. 234). Per una lettura giuridica del fenomeno, v. i contributi di N. RIVA, 2022 e M. PERUZZI, 2022.

⁹⁹ P. BELLOCCHI, 2003, p. 166.

¹⁰⁰ M. AIMO, 2007, p. 43 ss.; cfr., pure, M. MILITELLO, D. STRAZZARI, 2019, p. 128 ss.

dell'espressione, che occorre circoscrivere nella direzione da tempo tracciata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (a partire dal caso *Arrowsmith* del 1978), al fine di "evitare che ogni labile sentire personale possa rivendicare l'accesso alla protezione del diritto"¹⁰¹. Senza imbarcarsi in faticosi distinguo concettuali, è evidente che non sarà discriminatorio collocare in azienda un mappamondo decorativo, anche qualora ciò dovesse urtare la sensibilità dei lavoratori 'terrapittisti'.

Il fattore religioso (spesso connesso a quello etnico) è quello su cui si sono manifestate con maggiore evidenza le oscillazioni e le cautele, anche eccessive, nel riscontrare la presenza di discriminazioni, offuscate dal *velo* (è il caso di dire) della neutralità, e nel coltivarne la dimensione antimaggioritaria.

La recente casistica giudiziaria ci ha consegnato alcuni interrogativi, sul terreno delle eccezioni/giustificazioni addotte a sostegno di un comportamento denunciato come discriminatorio.

Ad esempio, una politica aziendale volta a preservare un'immagine di neutralità politica, filosofica e religiosa nei confronti del pubblico (nei confronti di qualsiasi religione e della ostentazione dei relativi simboli, magari quelli di una certa evidenza) rende legittimo il divieto – imposto alla lavoratrice – di indossare un simbolo religioso come il velo islamico? Ciò che conta, insomma, è solo che non si faccia alcuna discriminazione (diretta o indiretta) *fra* diverse religioni? Peraltro, si può davvero parlare di neutralità, ove si pensi che non tutte le religioni prescrivono/esortano a indossare un determinato abbigliamento, come segno delle proprie convinzioni¹⁰²? E – per citare un altro noto caso – la differente decisione di rispettare l'istanza religiosa maggioritaria, espressamente manifestata dai terzi (gli alunni), consente di sanzionare il lavoratore (docente) che abbia rimosso il crocifisso dall'aula nel corso delle sue lezioni?

A tal proposito, si chiede Antonio Lo Faro: "se la presenza di alcuni simboli religiosi è considerata manifestazione di libertà religiosa che non solleva alcun problema di discriminazione (crocifisso), perché in altri casi se ne legittima il divieto (velo)?"¹⁰³. E all'interrogativo risponde, dopo aver scartato – come implausibile – la soluzione "differenzialista", dichiarandosi a favore del doppio no (opzione integralmente neutra), perché più coerente "a una prospettiva fondata sulla disciplina antidiscriminatoria"¹⁰³, rispetto al doppio sì (opzione radicalmente multiculturalista).

La sua è una difesa – colta e raffinata – della neutralità e dell'universalismo, di fronte ad un quesito assai impegnativo, che mette a confronto due situazioni non del tutto sovrapponibili: mentre il crocifisso è affisso alla parete, il velo è sulla pelle, marcando più *da vicino* l'identità personale. E, quindi, staccare il crocifisso dalla parete (di un luogo) non è esattamente come togliere il velo dal volto (di una persona).

¹⁰¹ N. FIORITA, 2011, p. 79, il quale ricorda che – secondo la citata giurisprudenza – il termine 'credenza', per quanto ampio, non rimanda ad una qualsiasi opinione ma più precisamente a tutte quelle che siano particolarmente rilevanti per un individuo, tali cioè da condizionarne il sistema di vita o da apparire particolarmente stringenti.

¹⁰² Lo fanno notare in molti, tra cui R. SANLORENZO, 2017, p. 46; V. NUZZO, 2017, p. 440; D. MARINO, 2022, p. 408; V. PROTOPAPA, 2022, p. 572; S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2022, p. 176. Per la giurisprudenza interna, v. App. Milano, 20 maggio 2016. Come ha – opportunamente – osservato V. PINTO, 2021, p. 806, "una restrizione circa l'uso dell'abbigliamento religioso sul luogo di lavoro pone i lavoratori di fronte all'alternativa tra due disobbedienze (al precetto religioso o alla prescrizione aziendale), tra due rinunce (alla pratica del culto ovvero al posto di lavoro) e, in fin dei conti, tra due integrazioni (nella società, per mezzo del lavoro o nella minoranza, con la quale si condivide spesso anche l'origine etnica)".

¹⁰³ A. LO FARO, 2024, p. 31.

Ha comunque ragione Lo Faro quando invita a guardare alla neutralità non con il pregiudizio di chi la considera sempre un mero artificio “che nasconde un intento persecutorio”: la neutralità non è, necessariamente, un vettore di repressione delle differenze. Contrariamente a ciò che egli sostiene, però, non sono affatto certo che essa si giustifichi da sola, quasi come se non fosse una scelta come tutte le altre, con le quali è chiamata a confrontarsi. E, soprattutto, il suo ragionamento ha bisogno di postulare la neutralità come qualcosa di più di una mera politica aziendale, protesa a non turbare l'*universo* anonimo e sconfinato dei clienti, che si integrano attraverso il consumo, come nelle pubblicità di Benetton, assoggettandosi – se volessimo usare una categoria pasoliniana – al Potere della tolleranza¹⁰⁴.

Con un salto di non poco conto, la neutralità ‘aziendale’ si atteggia a principio dell’ordinamento (alla stregua della laicità) che si irradia anche nei rapporti interprivati e ha bisogno di nascondere le differenze, per poterle accettare (o tollerare, appunto). Di contro, “la neutralità è pur sempre un principio che riguarda esclusivamente lo Stato, la sfera pubblica”, mentre “nei rapporti interprivati rilevano i diritti individuali dei lavoratori, tra i quali la libertà religiosa, che lo Stato ha il compito di garantire”¹⁰⁵.

Ciò nonostante, l’approccio della neutralità è dilagato nelle decisioni della Corte di Giustizia, la quale “ha fatto molto poco per trasformare la percezione pubblica del velo come minaccia all’identità maggioritaria, aderendo in pieno alla narrazione del conflitto”¹⁰⁶. Una timida apertura ad una sorta di neutralità ‘multiculturale’ traspare in un passaggio di una più recente pronuncia, ove si ritiene giustificato – in posizione simmetrica – tanto il divieto, posto dalla pubblica amministrazione ai propri impiegati, di indossare nel luogo di lavoro simboli religiosi visibili, quanto “un’altra politica di neutralità, quale un’autorizzazione generale e indiscriminata a indossare segni visibili di convinzioni personali, in particolare filosofiche o religiose, anche nei contatti con gli utenti”¹⁰⁷.

Certo è che non possiamo sapere dove le dinamiche sociali ci condurranno e come esse sapranno incidere sull’evoluzione normativa e sull’applicazione giudiziaria, anche se l’espansione del diritto antidiscriminatorio in una dimensione universalistica, che lega sempre più l’eguaglianza alla dignità individuale, ci interroga costantemente sul livello di consolidamento o, viceversa, di esitazione delle sue conquiste.

La selettività resta, comunque, l’elemento che connota la nozione di discriminazione, emancipandola dal suo significato etimologico di cui si diceva: ‘discriminare’ come sinonimo di distinguere/separare e, quindi, alla fin fine, come attributo della normatività in quanto tale. Solo così si spiega perché il termine ‘discriminazione’ abbia assunto – nella comune accezione – un significato negativo, “sostanzialmente come sinonimo di «ingiusto»” o (per essere tecnicamente più precisi) di “ingiustamente differenziato”¹⁰⁸. Si può dire, insomma, che, mentre il principio di eguaglianza di trattamento permette di regolare due rapporti in modo diverso, “ricorrendo a criteri di differenziazione legittimi, alla luce dello stesso concetto di ragionevolezza applicabile al principio costituzionale di

¹⁰⁴ “L’ansia del consumo è un’ansia di obbedienza a un ordine non pronunciato. Ognuno in Italia sente l’ansia, degradante, di essere uguale agli altri nel consumare, nell’essere felice, nell’essere libero: perché questo è l’ordine che egli ha inconsciamente ricevuto, e a cui “deve” obbedire, a patto di sentirsi diverso. Mai la diversità è stata una colpa così spaventosa come in questo periodo di tolleranza. L’uguaglianza non è stata infatti conquistata, ma è una “falsa” uguaglianza ricevuta in regalo” (P.P. PASOLINI, 1974).

¹⁰⁵ S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2022, p. 166.

¹⁰⁶ V. PROTOPAPA, 2022, p. 574; più di recente, v. R. COSIO, 2024.

¹⁰⁷ C.G.U.E., 28 novembre 2023, C-148/22, par. 33, su cui v. S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2023.

¹⁰⁸ R. PANZARANI, 1980, p. 9.

eguaglianza”¹⁰⁹, i divieti di discriminazione impediscono sempre la disparità di trattamento, quando essa dipende da specifici motivi, che la rendono – per così dire – una diseguaglianza ‘qualificata’.

La discriminazione – quindi – costituisce una differenziazione ingiusta, più precisamente “una *modalità esplicativo/rafforzativa* del precetto egualitario alla luce del principio di giustizia”¹¹⁰, sia pure declinato in una dimensione più ristretta (dovuta alla selettività dei fattori di rischio) rispetto alla portata universalistica dell’eguaglianza. Tale connessione si coglie alla luce del nesso genetico dei divieti di discriminazione con l’istanza di protezione di categorie ‘sensibili’ (continuiamo a usare questa convincente espressione), perché concretamente esposte a pratiche di emarginazione ed esclusione sociale.

Si può anche metterla così: la norma antidiscriminatoria si afferma dopo che – e perché – i *semi* e i *segni* della discriminazione si sono già manifestati nella società in relazione a quei motivi poi sussunti nella norma stessa e, quindi, portati dal piano descrittivo a quello prescrittivo. In altri termini, la qualificazione di talune diseguaglianze come discriminazioni presuppone “l’identificazione di gruppi sociali, i cui membri sono suscettibili di essere oggetto di trattamenti diseguali per il solo fatto dell’appartenenza a quei gruppi”¹¹¹.

Nell’ambito del rapporto di lavoro, la selettività distingue il divieto di discriminazione dall’obbligo di garantire la parità di trattamento, la quale “prescinde dalla tipizzazione del bene da tutelarsi giacché la valutazione comparativa non è subordinata al coinvolgimento, nelle posizioni diversamente trattate, di determinati beni ma è destinata ad operare avendo quale oggetto immediato e diretto di tutela il diritto all’eguaglianza e cioè agli eguali corrisponda un eguale trattamento”¹¹².

A prima vista, la selettività dei fattori di discriminazione – in qualunque modo la si intenda e la si sancisca – è contemporaneamente il limite e la forza principale del diritto antidiscriminatorio. Non vi è dubbio, infatti, che ogni selezione *esclude* nello stesso momento in cui *include*, facendo propria una caratteristica generale del ragionamento giuridico, il quale – in quanto “pensiero classificatorio” – procede per selezione, per categorie, ed “è dunque costantemente e prevalentemente occupato nello stabilire confini”¹¹³.

A ben guardare, proprio grazie alla loro specificità, i divieti di discriminazione hanno avuto il fondamentale effetto di tradurre il principio di eguaglianza nella dimensione interprivata, anche di fronte ad atti di esercizio del potere datoriale pienamente liberi (spesso si usa dire ‘discrezionali’, con un’espressione che può generare equivoci, perché nata in altro ambito) e “quindi inattaccabili alla stregua dei normali principi dei rapporti obbligatori”, come notava già Tiziano Treu in riferimento agli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori¹¹⁴. In quel contesto la formula dei patti o atti in grado di recare “altrimenti pregiudizio” al lavoratore battezzava un attributo genetico del nascente diritto antidiscriminatorio, ossia la vocazione alla razionalizzazione dell’esercizio di un potere non sempre riferibile a specifiche posizioni soggettive del lavoratore protette dall’ordinamento, con conseguente dilatazione dello spazio di controllo giudiziale sulle manifestazioni che assume l’esercizio di quel potere.

¹⁰⁹ R. BORTONE, 1990, p. 25.

¹¹⁰ L. LAZZERONI, 2011, p. 100.

¹¹¹ M.V. BALLESTRERO, 2005a, p. 19.

¹¹² “In sostanza, l’eguaglianza, se nella parità di trattamento è all’interno del contenuto precettivo costituendo l’oggetto primario della tutela, nella non discriminazione rimane all’esterno residuando solo quale effetto dell’operare del divieto” (P. CHIECO, 1989, pp. 474-475).

¹¹³ T. PITCH, 1993, p. 21.

¹¹⁴ T. TREU, 1974, p. 54 e 1977, p. 82.

Le recenti modifiche introdotte dalla l. n. 162/2021 alla nozione di discriminazione indiretta dettata dal codice delle pari opportunità (art. 25, 2° comma, d.lgs. n. 198/2006) hanno previsto l'inclusione – tra i comportamenti discriminatori – di “quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro”: si tratta di una precisazione meramente esemplificativa, già ricavabile dalla precedente locuzione, ma che – comunque – “non guasta”¹¹⁵. Piuttosto, non si capisce perché in quella nozione ora il legislatore menzioni fattori – come il sesso e l'età anagrafica – già protetti da altre disposizioni, mescolandoli con le esigenze di cura personale o familiare, lo stato di gravidanza e di maternità o paternità (senza, peraltro, modificare la disposizione contenuta nel d.lgs. n. 151/2001), finendo così per accentuare “lo stacco già esistente tra la definizione della discriminazione di genere propria del diritto interno e la definizione tendenzialmente unitaria e generale di derivazione europea utilizzata per i fattori diversi dal genere”¹¹⁶.

La regola antidiscriminatoria distende i suoi effetti in molti ambiti delle relazioni sociali e, comunque, già prima della instaurazione del rapporto di lavoro: anche su questo punto la legge Gribaudo ha avvertito l'esigenza di operare un esplicito riferimento (benché l'art. 27, d.lgs. 198/2006 già contemplasse il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione), includendo i candidati e le candidate “in fase di selezione” tra le possibili vittime di discriminazioni.

In questa fase, si manifesta in pieno la libertà di scelta dell'altro contraente ed una questione di parità di trattamento non ha alcuna cittadinanza secondo l'attuale sistema di gestione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Insomma, sul terreno dell'accesso al lavoro, la liberalizzazione dell'incontro tra domanda e offerta ha fatto del divieto di discriminazione “uno dei pochissimi «baluardi» normativi residui”¹¹⁷, che comprime una facoltà di scelta non sottoposta ad alcun onere di giustificazione ma solo a vincoli di tipo procedurale (relativi al *come*, non al *chi* assumere). Volendo fare un paragone, anche il comportamento annunciato con la famigerata scritta “vietato affittare ai meridionali” (o ai neri, nel noto caso affrontato dalla Corte Suprema USA) operava nella sfera del mercato (o, addirittura, nella sfera sociale, se il cartello è apposto sull'uscio di un bar) e non del rapporto e, per questo, era attaccabile – in assenza di alcun legame contrattuale – solo attraverso il giudizio di disvalore espresso dal principio di non discriminazione, oggi dotato di un ambito applicativo che include la protezione sociale, l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'istruzione, l'accesso a beni e servizi, ecc. (attingendo, in ordine sparso, all'elenco di cui all'art. 3, d.lgs. n. 215/2003, pur nell'attesa della fantomatica direttiva *orizzontale*).

Tale considerazione vale, a maggior ragione, quando non è neppure in corso alcuna procedura finalizzata alla individuazione di un ipotetico contraente, come nel caso delle dichiarazioni omofobiche pronunciate in una trasmissione radiofonica da un noto avvocato italiano, che rivelò – con espressioni esecrabili – di non voler “assumere” omosessuali nel proprio studio: un caso esemplare di

¹¹⁵ L. CALAFÀ, 2022, p. 2; si tratta, cioè, di “una precisazione che rende più esplicito ciò che poteva comunque già evincersi dalla formulazione iniziale, volutamente ampia e generica” (D. IZZI, 2022, p. 514).

¹¹⁶ M.V. BALLESTRERO, 2022, p. 501. Come è stato osservato, si può “ragionevolmente ritenere che la giurisprudenza, operando un'interpretazione sistematica della normativa antidiscriminatoria, ometterà di dare rilievo a tale modifica e continuerà ad applicare alle discriminazioni in base al sesso i commi 1 e 2 dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006 e alle discriminazioni in base all'età il d.lgs. n. 216/2003” (S. BORELLI, 2022, p. 503). Quanto alle esigenze di cura, tale riferimento è apparso ad alcuni “assai significativo, giacché disvela l'intento di codificare un criterio nuovo per identificare un gruppo sociale, considerato, nell'attuale contesto, bisognoso di protezione” (R. SANTAGATA DE CASTRO, 2022, p. 508).

¹¹⁷ A. LASSANDARI, 2017, p. 204.

discriminazione diretta collettiva (o potenziale, non essendo direttamente individuabile la vittima) totalmente poggiata sul “peso delle parole”¹¹⁸.

In definitiva, quando il comportamento discriminatorio cade in un’area originariamente priva (o successivamente deprivata, nell’evoluzione regolativa) di vincoli sostanziali all’autonomia individuale, la tutela antidiscriminatoria mostra il suo vero volto: essa arriva “anche in aree «vuote di diritti», in quanto forma di controllo di poteri altrimenti discrezionali”¹¹⁹ e – in una logica universalistica – valica i confini del lavoro subordinato, come recentemente ribadito dalla Corte di Giustizia¹²⁰.

Può accadere, quindi, che la discriminazione venga accertata, nonostante sia stata esclusa la sussistenza di violazioni delle norme inderogabili da parte dell’Ispettorato del lavoro e, persino, qualora il comportamento datoriale “abbia trovato l’avallo” delle organizzazioni sindacali. Ci riferiamo al caso deciso da una magistrata bolognese (la stessa dell’algoritmo Frank), che ha dichiarato discriminatoria la fissazione di un determinato orario di lavoro, ben sapendo che “la modifica dell’orario di lavoro e del regime dei turni da parte del datore di lavoro rientra nella libertà d’impresa, riconosciuta dall’articolo 41 della Costituzione, ed ha, in linea di principio, carattere legittimo”. In quella vicenda, la nuova articolazione dell’orario risultava svantaggiosa per i lavoratori e in specie le lavoratrici con figli minori in tenera età rispetto ai dipendenti non genitori, “rendendo estremamente difficoltosa – se non francamente impossibile – la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e la fruizione degli istituti giuridici a ciò preposti, esponendo, altresì, gli stessi figli minori a gravi disagi e ad alterazioni dei ritmi e abitudini di vita, potenzialmente forieri di conseguenze sul loro benessere psico-fisico”¹²¹.

Anche quando un atto datoriale è sottoposto ad una limitazione di natura causale – la regola di giustificazione del licenziamento – è evidente che il sensibile affievolimento del conseguente regime sanzionatorio, esalta la capacità di resistenza della tutela antidiscriminatoria (e ne spiega anche, sul piano pratico, l’accresciuto impiego), non avendo trovato seguito la tesi della “sostanziale identificazione fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato”¹²².

Proprio in quanto tecnica di relazione, il diritto antidiscriminatorio esalta la discrezionalità valutativa del giudice, il cui accertamento – in un certo senso – *costruisce* la discriminazione nel caso concreto, assecondando un modello normativo di tipo pretorio, dissimile da quello tradizionalmente veicolato dalla norma inderogabile, maggiormente ispirata ad una gerarchia assiologica fissa di

¹¹⁸ G.A. RECCHIA, 2020b, a commento di C.G.U.E., 23 aprile 2020, C-507/18. In precedenza, vi erano stati il caso *Feryn* (C.G.U.E., 10 luglio 2008, C- 54/07), in cui il direttore di una società aveva dichiarato la propria indisponibilità ad assumere una persona di una determinata origine etnica, e il caso *Accept* (C.G.U.E., 25 aprile 2013, C-81/82), in cui il *patron* di una società calcistica aveva dichiarato di non intendere ingaggiare un giocatore omosessuale. Al filone delle discriminazioni ‘linguistiche’ si iscrive pure la recente Cass., ord. 9 marzo 2023, n. 7029, in *RIDL*, 2023, II, p. 272 ss., che ha affrontato il caso del dipendente che si era rivolto nei confronti di una collega con apprezzamenti sulla sua sfera sessuale, pronunciati con modalità di scherno e senza curarsi della presenza di terze persone: “tali espressioni, lungi dall’essere solo un comportamento contrario alle regole della buona educazione, costituiscono una vera e propria molestia, la cui gravità deve essere valutata tenendo conto del valore pregnante della tutela della persona del lavoratore, ormai radicato nella coscienza generale ed espressione di principi generali dell’ordinamento, dalla Carta costituzionale alla normativa antidiscriminatoria”.

¹¹⁹ B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, 2020, p. 41.

¹²⁰ C.G.U.E., 12 gennaio 2023, C-356/21, su cui v. le considerazioni di M. RANIERI, 2023; E. ALES, 2023; S. BORELLI, 2023a; G. BRONZINI, 2023, S. VARVA, 2023a; R. COSIO, 2023; S. MAGAGNOLI, 2023.

¹²¹ Trib. Bologna, decreto 31 dicembre 2021, su cui v. le considerazioni di L. CURCIO, 2022.

¹²² M.T. CARINCI, 2013, p. 207.

principi. Nella variabilità dei risultati a cui conduce il sindacato giudiziale in materia antidiscriminatoria non c'è solo un prezzo da pagare (il rischio – paventato da alcuni – di *overdose* nell'interferenza del giudice), ma anche una risorsa su cui investire (se adeguatamente impiegata).

L'attributo della selettività – che non protegge minimamente da differenziazioni estranee all'orbita dei fattori selezionati, ma protegge fortemente da quelle che vi ricadano – sembra appannarsi in conseguenza della *vis expansiva* del diritto antidiscriminatorio e del conseguente ampliamento dei beni da esso tutelati.

A dire il vero, non è il *numero* dei fattori di rischio ad essere determinante, posto che giuridicamente il rapporto regola/eccezione non si misura in termini quantitativi. Ciò che fa la differenza è la *selettività* o meno della loro elencazione. Infatti, un modello *aperto* di elencazione dei fattori discriminatori adotta in pieno la logica dell'eguaglianza, che consente di sindacare qualunque differenziazione di trattamento, ma impone di valutare le ragioni e le giustificazioni dei trattamenti differenziati.

In tale modello – di derivazione nordamericana – l'imprescindibile esigenza di specificare – all'interno del generale canone dell'eguaglianza – l'esistenza di un divieto di discriminare per ragioni *qualificate*, al fine di rafforzarne la protezione, è riemersa nelle forme di una modulazione dell'intensità di scrutinio operato in giudizio, a conferma della differenza tra sindacato di eguaglianza/ragionevolezza e sindacato antidiscriminatorio. Infatti, in relazione alle differenze di trattamento derivanti da taluni fattori, la Corte Suprema statunitense non si limita al comune test di razionalità o ragionevolezza (nella loro comune radice semantica), bensì attiva un più severo *strict scrutiny test* che la conduce a giustificare una differenziazione normativa solo se indispensabile nel perseguimento di un interesse pubblico particolarmente rilevante (*compelling interest*). Anche qui, dunque, affiora il problema della delimitazione dei fattori di discriminazione, ossia l'individuazione di una *suspect class*, ma viene gestito sul terreno giudiziario, osservando le caratteristiche della categoria sensibile.

Per certi versi, il sistema americano di tutela antidiscriminatoria (nella sua logica di neutralizzazione in chiave compensativa delle discriminazioni subite dalle categorie svantaggiate, più che di valorizzazione delle differenze) ha mostrato – negli ultimi anni – un aumento della conflittualità tra i diversi gruppi sociali: una riprova ne è stata la sentenza della Corte Suprema, che ha ravvisato una discriminazione diretta nei confronti dei ricorrenti bianchi, vincitori di un concorso, che era stato annullato per assenza di vincitori neri (nel timore, quindi, di subire un'azione per discriminazione indiretta). Emerge, così, il vero problema del paradigma antidiscriminatorio, che – come è stato detto – non è “un principio matematico, una formula universale capace di individuare i gruppi che meritano di ricevere protezione giuridica”¹²³.

A metà strada tra un modello totalmente aperto e un altro totalmente chiuso, proprio dell'ordinamento dell'Unione europea, si colloca – secondo una nota tripartizione proposta in dottrina – un ulteriore approccio, “which specifies a list of grounds of discrimination, but indicates that the list is not exhaustive”¹²⁴.

Ne è la migliore testimonianza l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ove la non esaustività dei motivi di discriminazione è doppiamente affermata: infatti, il relativo elenco è preceduto dall'inciso “in particolare” (presente anche nel principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti

¹²³ L. GIACOMELLI, 2018, p. 128, citando K. YOSHINO, 2011, p. 748. La pronuncia della Corte Suprema è *Ricci v. De Stefano*, 557 U.S., 557, 2009.

¹²⁴ S. FREDMAN, 2002, p. 68.

fondamentali dell'Unione europea) ed è chiuso dal riferimento ad “ogni altra condizione” (‘altra’, rispetto ai fattori indicati dalla norma).

Del resto, anche il riferimento alle “condizioni personali e sociali”, contenuto nell’art. 3 della nostra Costituzione, per la sua estrema ampiezza si presta ad includere fattori di discriminazione ulteriori rispetto a quelli tipizzati dalla norma (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche).

Secondo la nostra giurisprudenza nazionale, la stessa affermazione vale per il riferimento alle “convinzioni personali” contenuto nell’art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 216/2003 (in attuazione della direttiva 2000/78/CE) e nell’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’U.E., da ritenersi come “formula di chiusura del sistema”, certamente comprensiva delle opinioni sindacali, non assimilabili a quelle di carattere religioso¹²⁵.

È stato proprio un uso strategico del diritto antidiscriminatorio a contribuire in modo determinante al conseguimento di tale risultato nella notissima vicenda FIAT, ove è approdata in giudizio “una nuova narrazione del conflitto sindacale” ed è emerso un nuovo “interesse collettivo di gruppo, diverso dall’interesse sindacale propriamente detto” (quest’ultimo veicolabile in giudizio attraverso il differente strumento processuale dell’art. 28 Stat. lav.)¹²⁶. Benché la riconducibilità delle opinioni sindacali alle convinzioni personali sia stata recentemente smentita dalla Corte di Giustizia, “dati i margini di discrezionalità a disposizione degli Stati membri nella costruzione del proprio diritto antidiscriminatorio”, non vi è ragione – come giustamente sottolineato da Daniela Izzi – per abbandonare la strada imboccata da tempo dalle Corti interne¹²⁷.

4. Il campo largo della discriminazione: il perimetro delle nozioni.

La proliferazione dei fattori di rischio contemplati dal *corpus* di regole, costruite e applicate nella dimensione *multi-level* propria del diritto antidiscriminatorio, unitamente ad una progressiva disgregazione della normativa nazionale tradizionalmente costruita sul ‘metamodello’ del diritto antidiscriminatorio (quello delle discriminazioni di genere), convive con l’unitarietà delle nozioni di discriminazione diretta e indiretta (che attraversano quei fattori e da quei fattori sono attraversate): infatti, “gli elementi costitutivi di una condotta discriminatoria sono identici per ogni specifico divieto di discriminazione, così come identica è la struttura del sindacato antidiscriminatorio”¹²⁸.

Il contenuto delle nozioni di discriminazione è stato oggetto di un costante processo evolutivo e di un affinamento normativo e interpretativo, proteso all’espansione dei margini di repressione del fenomeno discriminatorio. Tale fenomeno è avvenuto per annessione di comportamenti discriminatori nelle nozioni preesistenti: emblematico è il caso delle discriminazioni collettive, che – secondo una diffusa opinione – non costituiscono una ulteriore fattispecie, bensì uno

¹²⁵ Cass., S.U., 21 luglio 2021, n. 20819. “Infatti, se il legislatore comunitario avesse voluto comprendere nelle convinzioni personali solo quelle assimilabili al carattere religioso, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazione per motivi religiosi da quelle per convinzioni per motivi diverse” (Cass., 2 gennaio 2020, n. 1). Sul punto, v. A. PICCININI, 2021.

¹²⁶ M. BARBERA, V. PROTOPAPA, 2014, p. 182, a commento di Cass., 11 marzo 2014, n. 5581, App. Roma, 9 ottobre 2012 e Trib. Roma, 21 giugno 2012. Sul diritto antidiscriminatorio come laboratorio di nuove strategie legali, con particolare riferimento alla interazione tra la dimensione individuale e quella collettiva, v. la monografia di V. PROTOPAPA, 2021, ove sono analizzati gli ulteriori casi *Ryanair* e *Deliveroo*.

¹²⁷ D. IZZI, 2023, pp. 73-174, a commento di C.G.U.E., 13 ottobre 2022, C-344/20, su cui v., pure, O. BONARDI, 2023 e G. BANDELLONI, 2023.

¹²⁸ S. BORELLI, 2023b, pp. 99-100.

strumento concepito per contrastare “gli aspetti *sistemici* della discriminazione, quelli che fanno sì che essa, più che esprimersi in atti isolati, consista in una serie di regole istituzionalizzate, cui è sufficiente che il soggetto attivo si adegui perché l’istituzione discrimini per lui”¹²⁹.

In ciascun ambito in cui è chiamato ad operare, il divieto di discriminazione – da tempo – ha assunto una connotazione oggettiva, capace di considerare l’effetto, l’idoneità del comportamento a determinare il trattamento o l’impatto sfavorevole (oggi il particolare svantaggio), a prescindere dal movente soggettivo. Infatti, l’intenzione di discriminare può tutt’al più costituire un argomento ausiliario nei casi dubbi, “un sussidio ai fini della prova, ma non rappresenta una componente essenziale dell’illecito”, benché “tra l’assumere a base della differenziazione di trattamento la caratteristica che la legge vieta di considerare e l’avere la volontà di discriminare” possa non esservi “molta distanza”¹³⁰.

Nel nostro Paese si tende ad attribuire alla formulazione del concetto di discriminazione, operata dall’art. 4, 1° comma, l. n. 125/1991, il merito di aver dissipato ogni incertezza circa l’irrelevanza dell’elemento soggettivo, separando il giudizio antidiscriminatorio dalla tecnica civilistica del motivo illecito *ex art.* 1345 c.c., a cui soprattutto la giurisprudenza ha continuato ad aggrapparsi con conseguenze particolarmente restrittive, ogni volta che l’intento discriminatorio non fosse esteriorizzato. Al di là delle maggiori difficoltà probatorie, il richiamo al motivo illecito serviva “a ridurre concettualmente la discriminazione a una distorsione irrazionale del processo volitivo, mettendo in ombra il carattere «sistemico» delle forme di discriminazione espressamente menzionate” dal legislatore¹³¹.

Non senza fatica (essendoci voluto oltre mezzo secolo) e non senza possibili ripensamenti, si è recentemente completata in giurisprudenza la parabola della emancipazione del licenziamento discriminatorio¹³² da quello nullo per illiceità del motivo (a cui può ricondursi quello ritorsivo), nella vicenda che ha visto una lavoratrice licenziata per aver manifestato il proposito di assentarsi dal lavoro al fine di sottoporsi ad un ciclo di inseminazione artificiale.

L’elaborazione di un perimetro concettuale unitario per le nozioni di discriminazione è un’ulteriore conquista del diritto antidiscriminatorio, che si è realizzata lungo la scia dei vari interventi normativi. Dapprima solo abbozzate nelle direttive *Gender* della metà degli anni ’70, le nozioni di discriminazione, veicolate dalla ‘creatività’ giurisprudenziale della Corte di giustizia, si sono poi riversate nel trittico delle direttive chiamate di seconda generazione (2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE), fino a convergere in una direzione (tendenzialmente) comune, anche se permangono sovrapposizioni e moltiplicazioni dovute proprio alla genesi del diritto antidiscriminatorio, in cui l’articolazione dei divieti si è progressivamente dipanata attraverso l’emersione dei singoli fattori di rischio.

¹²⁹ È un’affermazione, come al solito brillante, di M. BARBERA, 1994, p. 57.

¹³⁰ D. IZZI, 2005, p. 37.

¹³¹ M. BARBERA, 2014, p. 381. Nella legge n. 125/1991 emerge, dunque, “la volontà di una reazione, d’altronde del tutto opportuna, contro l’orientamento della Corte di Cassazione, ben ferma nel ricomprendere l’elemento soggettivo nella fattispecie costitutiva della discriminazione sessuale” (P. CATALINI, 1992, p. 109). Circa la ‘genesì’ della svolta si vedano pure le attente considerazioni di L. LAZZERONI, 2011, p. 157 ss., la quale risale alle definizioni anteriori alla legge n. 125/1991, attuative di convenzioni internazionali.

¹³² Per riprendere l’espressione di E. PASQUALETTO, 2016, a commento di Cass. 5 aprile 2016, n. 6575 e Trib. Roma, 24 giugno 2016. Dopo il tentennamento mostrato qualche mese dopo (Cass., 15 novembre 2016, n. 23286), la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, è tornata a ribadire tale posizione (Cass., 9 giugno 2017, n. 14456 e Trib. Nola, 18 maggio 2017). Sul tema, v. l’organica riflessione di F. MARINELLI, 2017; sul licenziamento per motivo illecito, v., pure, M. BIASI, 2017.

Sopravvive l'ipotesi di lettura iniziale (per quanto, un po' logorata dall'uso), ossia la convinzione che "le regole antidiscriminatorie trovino la propria base in due principi correlati ma autonomi": la discriminazione diretta nel principio di eguaglianza in senso formale, quella indiretta nel principio di eguaglianza sostanziale¹³³.

Il rapporto tra le due facce della discriminazione (che rappresentano, in entrambi i casi, una violazione dell'eguaglianza) rispecchia un moto evolutivo, ma anche un salto di qualità: Sandra Fredman lo ha sintetizzato nel passaggio dalla *consistency* (che proviamo a tradurre come coerenza logica) alla *substance* (sostanza)¹³⁴.

Il raccordo tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale – è appena il caso di ricordarlo – è stato montato e smontato un'infinità di volte e in un'infinità di modi. L'ampiezza e la rilevanza del tema continua ad attirare su di sé il peso del confronto tra differenti impostazioni culturali.

Alla punta estrema del dibattito si colloca l'idea che l'eguaglianza sostanziale sia l'espressione non di un correttivo (per quanto, radicale), bensì del sovvertimento dell'eguaglianza formale. Sintetizzandola nella formula del "paradosso dell'eguaglianza", Pietro Barcellona teorizzava – trent'anni orsono – una 'ontologica' incompatibilità fra le due nozioni, escludendo qualunque possibilità di predicarle reciprocamente e coniugarle "in una sintesi superiore". Ciò in quanto "non appena si produce *diritto diseguale*, trattamento differenziato di situazioni di fatto, si incrina la purezza delle forme dell'eguaglianza, si fa dipendere la validità della norma (che sanziona la diseguaglianza) dal suo contenuto materiale, si «contamina», si «inquina» il formalismo dell'eguaglianza". In questa prospettiva, l'eguaglianza sostanziale finisce per determinare "la negazione della autoreferenzialità del diritto, e cioè del carattere autofondato delle regole imposte, proprio perché implica il riferimento a criteri di giustizia sostanziale, a elementi metapositivi di carattere sociopolitico", mostrando – così – la genesi contraddittoria della modernità¹³⁵.

Per rimettere le cose a posto, occorre restare convinti che non esistano due idee, fra loro incompatibili, di eguaglianza: ciò che è cambiato, nel corso della storia, è il modo di operare di tale principio. Infatti, se si trattasse di due concetti normativi diversi di eguaglianza, "non sapremmo come comporli", posto che "la prima eguaglianza si realizza facendo astrazione dalle concrete connessioni sociali, la seconda attribuendo rilevanza alle stesse"¹³⁶. Viceversa, l'antinomia si risolve, considerando l'eguaglianza sostanziale come indispensabile "garanzia di inveroamento di quella formale, giacché questa da sola rischierebbe di rimanere una scatola vuota, incapace di impedire le ineguaglianze determinate da ostacoli di

¹³³ M.V. BALLESTRERO, 2005b, p. 136. A proposito della nozione di discriminazione diretta contenuta nell'art. 4, l. n. 125/1991, S. SCARPONI, 1992, p. 57, osservava che "la ricostruzione della fattispecie, secondo le indicazioni teoriche in tema di divieto di atti discriminatori, individua quale fattore tipico la lesione del principio di eguaglianza formale, quando l'effetto dannoso derivi da un esplicito riferimento al sesso oppure quando vi sia una violazione del principio di uniformità di trattamento tra soggetti dotati delle medesime caratteristiche". *Contra*, R. PESSI, 1996, p. 47, secondo cui "la norma offre spazi per operare anche a tutela del principio di eguaglianza sostanziale, consentendo di ritenere pregiudizievoli, altresì, quei comportamenti omissivi che non diano alla donna quelle opportunità (vantaggi) idonee a riequilibrare le situazioni di partenza".

¹³⁴ S. FREDMAN, 2002, p. 108.

¹³⁵ P. BARCELLONA, 1994, pp. 72-73.

¹³⁶ M.G. GAROFALO, 2002, p. 15, il quale – nel condividere la "necessità di una lettura congiunta del primo e del secondo comma dell'art. 3 Cost." – esprime il suo debito nei confronti di L. FERRAJOLI, 1993. Nel pensiero giusfemminista si deve soprattutto a Letizia Gianformaggio il rifiuto di "costruire il rapporto tra eguaglianza formale e sostanziale come un rapporto *regola/eccezione*" (L. GIANFORMAGGIO, 2005, p. 155): in quest'ottica, la valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio.

ordine socio-economico”¹³⁷. Del resto, l’intero processo storico che ha portato alla moltiplicazione e al rafforzamento di garanzie per i lavoratori può leggersi come una battaglia contro le diseguaglianze generate dalla logica dell’eguagliamento contrattuale.

Si tratta, però, di una contraddizione storica, non logica.

È evidente, infatti, che non può esistere alcun essere umano al quale si applichi qualsiasi norma giuridica o al quale non se ne applichi nessuna. Anche il principio di eguaglianza formale, e la sua declinazione in negativo – il divieto di discriminazioni arbitrarie – “consente di tener conto delle differenze fattuali, sia nella fase di costruzione del giudizio di comparazione, che in quello della previsione di deroghe al principio in presenza di un ragionevole motivo di differenziazione”¹³⁸.

Insomma, l’eguaglianza formale non fa astrazione da tutte le differenze, come quando – ad esempio – riconosce solo ai maggiorenni la capacità di agire.

Tra le differenze che l’eguaglianza in senso formale tende a ignorare vi sono quelle di ordine socio-economico, che coincidono esattamente con quelle che l’originaria matrice liberale del principio intendeva celare. A sua volta, il principio di eguaglianza sostanziale non mette in discussione l’esistenza di un nucleo irrinunciabile di prerogative giuridiche della persona in quanto tale: le reputa insufficienti (perché insensibili alle differenze materiali che attraversano la condizione umana), ma le presuppone come necessarie.

V’è di più. L’evoluzione dei sistemi costituzionali, incorporando il parametro della ragionevolezza a fondamento dello scrutinio di costituzionalità, ha creato le basi affinché i significati dell’eguaglianza possano comunicare tra loro e contaminarsi reciprocamente¹³⁹. La ragionevolezza – quando non rimane un giudizio di coerenza solo interna – collega il diritto alla realtà, attraverso un giudizio di merito sulle ragioni di diversità nel trattamento giuridico.

Questa necessità di dialogo con i fatti si è manifestata con impellenza nel diritto del lavoro, nato in polemica con la maestosa eguaglianza della legge che proibisce ai ricchi così come ai poveri di dormire sotto i ponti della Senna, mendicare per le strade e rubare il pane (secondo il noto aforisma di Anatole France).

Per dirla con Alain Supiot, la combinazione tra le due facce del principio di eguaglianza “costituisce l’essenza stessa della razionalità giuridica del diritto del lavoro” e, quindi, la loro scomposizione ne mina le fondamenta¹⁴⁰.

Tale approccio si riflette nitidamente nella evoluzione del concetto di discriminazione, che condusse al test del *disparate impact*, elaborato dalla Corte Suprema statunitense e poi giunto negli ordinamenti europei (prima attraverso le pronunce della Corte di Giustizia, nel suo ruolo di ‘legislatore supplente’¹⁴¹), transitando attraverso la legislazione britannica.

¹³⁷ L. GIACOMELLI, 2018, p. 29. Come è stato scritto, l’eguaglianza sostanziale non deroga agli schemi dell’eguaglianza formale, “ma ne riempie i contenuti” (S. BORELLI, 2007, pp. 40-41). Più netta appare la posizione di L. LAZZERONI, 2011, che risolve il rapporto tra i due commi dell’art. 3 Cost. nell’interazione tra eguaglianza e giustizia, anziché tra due modelli di eguaglianza. Sul necessario raccordo tra i due commi dell’art. 3 Cost., v. le recenti riflessioni di N. LIPARI, 2020.

¹³⁸ M. BARBERA, 2008, p. 3.

¹³⁹ B. CARAVITA, 1984, p. 150, il quale – però – ritiene che non di contaminazione si tratti, “ma di una *rimozione*, poi divenuta *assorbimento recessivo* della problematica del comma 2 nel primo”.

¹⁴⁰ A. SUPIOT, 1992, p. 216.

¹⁴¹ Pietra miliare nel cammino verso l’emersione della nozione di discriminazione indiretta fu C.G.U.E. 9 febbraio 1999, C-167/97, la quale fornì “un contributo determinante (seppure non esaustivo) alla costruzione della nozione di discriminazione indiretta, incidendo su entrambi gli elementi costitutivi della stessa: sul concetto di impatto differenziato (o, se si preferisce, di svantaggio sproporzionato) e sulle sue modalità di rilevazione, da un lato, e sulla giustificazione obiettiva della misura apparentemente neutra ma produttiva di disparità, dall’altro” (D. IZZI, 2000, p. 305).

Accorgersi e proclamare – nel pieno della stagione dei movimenti civili – che, se la volpe e la cicogna vengono abbeverate in un recipiente di forma *eguale*, l’una è di fatto svantaggiata (e, conseguentemente, discriminata) rispetto all’altra, significa riconoscere la *differenza* (tra la bocca dell’una e il becco dell’altra) e, quindi, prendere sul serio il valore dell’eguaglianza¹⁴². Significa, quindi, ammettere che “la neutralità (omessa considerazione dei fattori differenzianti) si risolve nella negazione di «pari opportunità»: e cioè in un effetto di disparità fondato – in via indiretta – su un fattore vietato”¹⁴³.

L’operazione è di estrema importanza, perché ha disvelato una forma di discriminazione originariamente nota come ‘dissimulata’: un’espressione progressivamente superata, anche perché sembra impropriamente alludere – in senso restrittivo – alla finalizzazione (quindi, all’intenzionalità) dei comportamenti.

A dimostrazione dell’attualità del fenomeno, la giurisprudenza nazionale più recente segnala il ritorno di un esempio paradigmatico di discriminazione indiretta, ossia il requisito di statura minima identica per donne e uomini ai fini della selezione ad un posto di lavoro (nel caso di specie, si trattava della figura di capo servizio-treno)¹⁴⁴.

La distinzione tra le due nozioni non ha una valenza meramente classificatoria, ripercuotendosi – invece – sull’ampiezza della tutela accordata. Ma non si tratta di una contrapposizione in chiave dicotomica: se non esiste alcun conflitto tra i due volti dell’eguaglianza, meno che mai esistono due opposti concetti di discriminazione, quanto – piuttosto – un *continuum* evolutivo tra di essi.

Infatti, in materia di lavoro il divieto di discriminazione diretta (*disparate treatment*, nel lessico della giurisprudenza nordamericana) – una delle più significative leve del processo di integrazione europea – non ammette giustificazioni, ma conosce solo *eccezioni* formulate *ex ante* in modalità tendenzialmente tipica. La loro espressione a più ampio spettro è costituita dalla formula dei requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell’attività lavorativa, valutati alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza: tra questi è evidente che un discorso specifico e organico andrebbe svolto (non nel contesto di questo contributo) in relazione al lavoro prestato all’interno delle organizzazioni di tendenza.

In altri termini, al cospetto di un trattamento direttamente discriminatorio, la lesione del divieto è sottratta ad ogni valutazione di opportunità o di congruità, che possa giustificare – *a valle* – la condotta discriminatoria: come è stato detto, “mentre le differenziazioni normative non aventi natura discriminatoria sono assoggettate al sindacato di ragionevolezza in base al principio di eguaglianza formale, quelle fondate sulle anzidette condizioni non ammettono tale sindacato”¹⁴⁵. L’ammissibilità di eccezioni che escludono la discriminazione non sposta i termini della questione: si tratta, infatti, di una valutazione di (proporzionalità e) ragionevolezza qualificata (non paragonabile allo scrutinio di legittimità

¹⁴² Il riferimento è al celeberrimo caso affrontato dalla Corte Suprema USA, *Griggs v. Duke Power co.* 401 U.S. 424 (1971). In verità, ha ragione R. SANTAGATA DE CASTRO, 2019, p. 80, nell’evidenziare che “la volpe, nel servire il cibo alla cicogna in un recipiente piatto e poco profondo” adotta un comportamento che “potrebbe essere ricondotto a una discriminazione diretta se – come accade in alcuni sistemi giuridici – si ritenesse di dover dare rilievo al fatto che la volpe ha agito con intenti maliziosi e irrispettosi al fine di prendere in giro la cicogna”.

¹⁴³ M.V. BALLESTRERO, 1992, p. 584.

¹⁴⁴ Cass., 21 aprile 2020, n. 7982. Qualche anno dopo *Griggs*, la Corte Suprema applicò il test del *disparate impact* anche alla discriminazione sessuale nell’accesso al lavoro, proprio con riferimento al requisito di altezza minima stabilito per l’accesso al posto di guardia penitenziaria: *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977).

¹⁴⁵ M. TREMOLADA, 2000, p. 18.

costituzionale delle leggi), perché circoscritta alla sussistenza di requisiti attinenti all'attività lavorativa, nei termini delineati dalla nozione di discriminazione diretta.

Ne consegue che il richiamo all'efficienza e alla razionalità economica, ossia alle cosiddette 'difese di mercato' (*business necessity*), non è mai in grado di arginare il contrasto alle discriminazioni dirette compiute dal datore di lavoro, il quale non può invocare alcun argomento giustificativo da sopporre al bilanciamento. Fa eccezione il meno 'identitario' dei fattori di discriminazione, quello dell'età¹⁴⁶, per il quale non costituiscono discriminazioni le disparità di trattamento oggettivamente e ragionevolmente giustificate da una finalità legittima (art. 6, Direttiva 2000/78/CE e art. 3, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 216/2003). Si è parlato, al riguardo, di un'anomalia – aggiungiamo – comprensibile, se si pensa alle diversità strutturali che connotano l'età rispetto a tutti gli altri fattori: meno comprensibile, però, il modo in cui è stato condotto il giudizio di proporzionalità, fino a giustificare la promozione di qualsiasi forma di occupazione differenziata per età, compreso il lavoro intermittente (come nel caso *Abercrombie*).

Lo stesso dicasi, ma a rovescio, per le molestie, ivi comprese quelle sessuali, anch'esse qualificate dal legislatore *come* discriminazioni (art. 26, d.lgs. n. 198/2006), ovviamente sottratte ad ogni genere di giustificazione e di eccezione; ciò determina non una mera equiparazione *quoad effectum* alla discriminazione, ma una trasfigurazione delle finalità della tutela antidiscriminatoria, sempre più al servizio dei diritti fondamentali della persona (v. *infra*, § successivo).

Viceversa, nell'ambito delle discriminazioni indirette (che producono un *disparate impact*) una giustificazione, compresa una difesa di mercato, è – teoricamente – ammissibile, anche se il controllo non si esaurisce nella verifica della sussistenza delle giustificazioni addotte e del nesso di causalità con l'atto impugnato, ma giunge a valutarne la necessità/essenzialità e la proporzionalità dei mezzi utilizzati.

L'ammissibilità di una giustificazione esclude la possibilità di leggere la discriminazione indiretta in termini di mero strumento di giustizia compensativa, volta a rimediare ai torti subiti in passato dai gruppi svantaggiati, come se si trattasse – per intenderci – di un'azione positiva.

Resta inteso che non può concettualmente esistere una discriminazione giustificata (o giustificabile), nel senso che la giustificazione non ha la funzione di rendere tollerabile una discriminazione, ma di escluderne la sussistenza. Detto banalmente: a meno che non si torni all'uso neutro, etimologico del termine 'discriminare', discriminazione 'arbitraria' (o ingiustificata) è un'espressione ridondante, mentre discriminazione 'lecita' (o giustificata) è un ossimoro.

Ad una maggiore ampiezza e, conseguentemente, ad una maggiore approssimazione del giudizio antidiscriminatorio conduce pure il superamento della necessità di quantificazione statistica dello svantaggio sproporzionato, realizzato dalle direttive di seconda generazione in relazione alla discriminazione indiretta.

In concreto, la distinzione fra discriminazione diretta e indiretta è meno nitida di quanto si possa comunemente pensare: lo dimostra l'atteggiamento prudente con cui la Corte di Giustizia U.E. nel caso *Chez* si è dichiarata incapace di giungere ad una posizione definitiva, affidando la qualificazione del comportamento discriminatorio all'accertamento del giudice nazionale, non prima di aver affermato che, affinché si abbia discriminazione, è sufficiente che il fattore di rischio (in quel caso l'origine etnica) abbia determinato la decisione di porre in essere un determinato trattamento¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cfr. O. LATEGOLA, 2017.

¹⁴⁷ C.G.U.E., 16 luglio 2015, C-83/14. Concordano nel richiamare tale pronuncia a conferma di quanto sottile possa risultare – nelle fattispecie concrete – il *discrimen* tra le due nozioni di discriminazione, M. BARBERA, 2021, p. 14 e G. DE SIMONE, 2022, p. 136.

Più di recente e senza tener conto delle recenti novità regolative promanate in ambito europeo, con riferimento alle piattaforme digitali e all'intelligenza artificiale (affidate alla trattazione della seconda sessione), le potenzialità discriminatorie insite nella 'opacità' (che la prospettiva gius-femminista traduce in 'mascolinità'¹⁴⁸) delle tecnologie digitali sembrano riverberarsi sulla tradizionale distinzione tra discriminazioni dirette e indirette, con particolare riferimento all'impiego di tratti-*proxy*, "intesi come caratteristiche tipiche di un gruppo, capaci di identificare quel gruppo senza utilizzare, direttamente, il fattore vietato".

Si è detto, infatti, che, se il *proxy* è una caratteristica tipica ed esclusiva dei componenti di un certo gruppo, la condotta è certamente da ricondurre alla discriminazione diretta; viceversa, se il *proxy* è formalmente ma solo apparentemente neutro, risulta inevitabile il richiamo alla discriminazione indiretta¹⁴⁹.

A fronte della necessità di deciptare il tratto decisionale umano che imposta e nutre la scatola nera del processo decisionale algoritmico, si è giunti a vagheggiare una nuova, possibile nozione – quella di *proxy discrimination* – che si distinguerebbe dalla discriminazione indiretta, basandosi su un nesso di correlazione solo probabilistica anziché su un nesso di causalità come nel caso della discriminazione indiretta, trascurando – però – che, a sua volta, "anche il nesso di causalità può basarsi su una correlazione probabilistica, e non su una necessaria certezza, in virtù del carattere induttivo che può assumere la prova del nesso di causalità stesso"¹⁵⁰. Potrà sembrare una semplificazione (del resto, il diritto che cos'è, se non un riduttore di complessità?), ma non mi pare utile alla causa del diritto antidiscriminatorio, sezionare ulteriormente i concetti, introducendo un'ulteriore nozione di discriminazione, poggiata sulla distinzione – a mio avviso giuridicamente impalpabile – tra correlazione e causalità. Semmai, occorre ribadire che il grado di correlazione/causalità proprio del diritto antidiscriminatorio non opera in termini strettamente 'deterministici': recentemente, la Cassazione ha ribadito che può e deve trattarsi di una "correlazione significativa"¹⁵¹.

La labilità del confine tra discriminazione diretta e indiretta è riemersa nel dibattito generato dalla prima pronuncia in Europa in tema di discriminazioni algoritmiche.

A proposito del già celebre caso dell'algoritmo *Frank*, Marzia Barbera ha ipotizzato la possibilità di ricondurre il comportamento denunciato (e qualificato dal Tribunale bolognese in termini di discriminazione indiretta) ad un caso di discriminazione diretta, valorizzando proprio la 'dottrina' *Chez*¹⁵². Ciò in quanto l'apparente 'cecità' o 'incoscienza' verso le differenti ragioni (tra cui la partecipazione ad uno sciopero), per le quali i singoli *riders* cancellavano fuori tempo massimo le proprie sessioni di lavoro, subendo una penalizzazione nel *ranking* reputazionale, è smentita dal fatto che – per dirla con le parole della giudice – "quando vuole la piattaforma può togliersi la benda" (vale a dire in caso di infortunio sul lavoro o di malfunzionamento del sistema operativo). Per di più, non

¹⁴⁸ Alludo al cosiddetto 'tecno-femminismo', proteso ad evidenziare "l'esistenza di uno stretto rapporto tra tecnologia-potere-dominio", consistente nella "associazione tra potere tecnologico (nelle sue specificazioni: potere economico, potere manageriale, potere mediatico) e mascolinità". Si ragiona sulle cause del perdurante predominio maschile nel settore ingegneristico, rintracciandole in buona parte nella "costante associazione simbolica tra mascolinità e tecnologia", con particolare riferimento agli 'artefatti' tecnologici, reputati *gendered*: "dalle loro caratteristiche *hardware*, alle componenti *software*, alla loro pubblicizzazione, tutto quello che è «tech» sembra simbolicamente (e culturalmente) associato al mondo maschile" (S. VANTIN, 2018, pp. 75-76).

¹⁴⁹ G. DE SIMONE, 2022, p. 140.

¹⁵⁰ M. BARBERA, 2021, p. 13, nt. 24, in replica a R. XENIDIS, 2020.

¹⁵¹ Cass., S.U., 21 luglio 2021, n. 20819.

¹⁵² M. BARBERA, 2021, p. 15, a proposito di Trib. Bologna, ord. 31 dicembre 2020.

sembra propriamente accidentale il fatto che la stessa ‘benda’ sia stata prontamente sostituita: Frank, infatti, fu subito rimpiazzato con un altro algoritmo, che eliminava il meccanismo discriminatorio, “evidentemente non strettamente necessario ai fini dell’attività produttiva della piattaforma”¹⁵³ (il che conferma pure – incidentalmente – l’assenza di una ragione di mercato).

Al di là di questo specifico aspetto, l’accertamento compiuto si presta ad essere potenzialmente esteso ad ogni altro fattore: “si pensi alla rinuncia allo *slot* per il sopraggiungere di una malattia del figlio [...] o per malattia legata ad *handicap*, o per la necessità di assistere familiari disabili”¹⁵⁴.

In quest’ultimo caso, il diritto antidiscriminatorio – grazie alla Corte di Giustizia a partire dal noto caso *Coleman* – ha imparato a parlare di *discrimination by association*, che si manifesta in ragione della vicinanza o prossimità con il soggetto portatore di una caratteristica sensibile, al fine di combattere la discriminazione come ‘male sociale’. In quella circostanza si trattava di una madre discriminata sul luogo di lavoro a causa della disabilità del figlio¹⁵⁵ ma il legame può anche essere meno stretto, fino a ridursi ad una mera situazione di fatto, come la circostanza di risiedere in un quartiere prevalentemente abitato da un gruppo identificabile attraverso un carattere protetto, pur senza appartenervi (è il già citato caso *Chez*).

La costruzione della discriminazione per associazione deve presidiare un problema specifico, quello della individuazione dei criteri di collegamento (per mutuare un’espressione dal diritto internazionale privato) tra la vittima materiale della discriminazione e il gruppo protetto: tali criteri “non devono essere così restrittivi da vanificare la costruzione, ma neppure così ampi da estendere a dismisura l’area della tutela, financo a chi abbia avuto con il gruppo protetto un legame del tutto occasionale”¹⁵⁶.

A tal fine, è emersa la figura del *caregiver* familiare, di cui esisteva una definizione legale nel nostro ordinamento (art. 1, 255° comma, l. n. 205/2017), già prima che la figura del “prestatore di assistenza” venisse contemplata dall’art. 3, par. 1, lett. d), Direttiva 2019/1158/UE e, conseguentemente, dal d.lgs. n. 105/2022, il quale – tra l’altro – ha esteso il divieto di discriminazione in relazione alla condizione di disabilità “di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura” (art. 3). Nel frattempo, però, la l. n. 162/2021, modificando la nozione di discriminazione indiretta (per la verità, non più nominata come tale) contenuta nel codice delle pari opportunità, aveva inserito le “esigenze di cura personale o familiare” tra i fattori di rischio ivi contemplati. Si pone, quindi, un problema di coordinamento con la successiva normativa di recepimento della Direttiva: a tal proposito, si è avanzata l’ipotesi che la novellata nozione di discriminazione abbia un campo di applicazione residuale rispetto al perimetro della Direttiva (e, quindi, del d.lgs. n. 105/2022), estendendosi a “tutti i casi in cui il lavoratore portatore di uno dei fattori di rischio ivi enunciati, non può vantare specifici diritti contemplati da specifiche disposizioni”¹⁵⁷.

Per chiudere l’argomento, è bene segnalare che la Cassazione – qualche mese fa – ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla riconducibilità del *caregiver* tra i beneficiari della tutela antidiscriminatoria ai fini della sussistenza dell’obbligo di accomodamenti ragionevoli (v. *infra* § 6), oltre che

¹⁵³ A. PERULLI, 2021, p. 7.

¹⁵⁴ L. LAZZERONI, 2022, p. 101.

¹⁵⁵ C.G.U.E., 17 luglio 2008, C-303/06, a cui si è poi ispirato Trib. Pavia, 19 settembre 2009, riconoscendo come discriminatorio il mancato computo, ai fini dell’anzianità di servizio, del periodo di aspettativa non retribuita ex art. 4, 2° comma, l. n. 53/2000.

¹⁵⁶ A. GUARISO, 2017, p. 418.

¹⁵⁷ C. GAROFALO, 2023, p. 9.

sulla esatta portata della nozione di *caregiver* da assumere per il diritto dell'Unione europea¹⁵⁸.

Un'ulteriore combinazione è quella che vede la vittima subire una discriminazione in relazione a due o più fattori, con accentuazione del grado di lesività della condotta. È la discriminazione multipla, nelle sue varie declinazioni: sequenziale (detta anche 'ordinaria') oppure aggiuntiva, a seconda che l'incidenza dei diversi fattori sia intervenuta in momenti diversi oppure contemporaneamente. Ve ne è una breve traccia nei *Considerando* della Direttiva 2000/43/CE e della Direttiva 2000/78/CE, con riferimento alle "numerose discriminazioni" di cui le donne sono spesso vittime: non se ne dà, però, alcuna definizione, né se ne trae alcuna regola precettiva, ma si indica solo agli Stati membri l'obiettivo di contrastarle, attraverso mere "enunciazioni di intenti"¹⁵⁹. Nel caso della Direttiva 2000/43, il collegamento è solo tra genere e razza/origine etnica: si tratta, quindi, di una discriminazione *doppia*, "versione ridotta della discriminazione multipla"¹⁶⁰.

Il legislatore italiano, in fase di recepimento delle due direttive, ha tradotto quel riferimento nella formula del "diverso impatto" che le discriminazioni possono avere su donne e uomini (artt. 1, d.lgs. n. 215/2003 e 1, d.lgs. n. 216/2003), prendendo così in considerazione "l'effetto incrementale-moltiplicatorio che il sesso di appartenenza tende ad esercitare sui trattamenti pregiudizievoli d'altra natura"¹⁶¹.

In ambito internazionale, l'art. 6 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (ratificata in Italia con l. n. 18/2009) impegna gli Stati a contrastare le discriminazioni multiple (menzionandole espressamente) a cui sono soggetti donne e minori con disabilità.

La discriminazione multipla sequenziale o ordinaria arricchisce, ma non sconvolge il quadro esistente, posto che ogni singolo episodio di discriminazione può essere autonomamente aggredito in base al fattore di riferimento.

La possibile (e tutt'altro che remota) combinazione tra più fattori di discriminazione ha fatto emergere la categoria teorica della intersezionalità, che abbandona qualunque valutazione in termini di prevalenza o di maggiore vulnerabilità di un fattore rispetto all'altro.

L'intersezionalità fu evocata inizialmente con riferimento alle donne nere negli Stati Uniti, un accostamento certamente evocativo, se pensiamo alla figura di Rosa Parks (considerata *The Mother of the Civil Rights Movement*) e alla sua comune appartenenza a gruppi subalterni (donne, neri, proletari).

Proprio l'idea di una differenza *tra* le donne e non solo *delle* donne mette in discussione l'approccio del femminismo della 'seconda ondata', che presupponeva e predicava – come manifesto di lotta di quella generazione – l'unità delle donne e l'irriducibile primato del conflitto sessuale rispetto ad ogni altro conflitto sociale. L'obiettivo era quello di decostruire il falso universalismo del modello

¹⁵⁸ Cass., ord. 17 gennaio 2024, n. 1788. Già il Comitato Onu, che controlla l'attuazione della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, ha "condannato" l'Italia per il mancato riconoscimento di agevolazioni nei confronti dei *caregiver* delle persone disabili (decisione depositata il 3 ottobre 2022), così riconoscendo la nozione di discriminazione per associazione. Nel senso dell'illegittimità del licenziamento di una lavoratrice che si era opposta al trasferimento, in quanto *caregiver*, v. Cass. 3 novembre 2015, n. 22421. L'inclusione del *caregiver* è emersa anche in riferimento al diritto al lavoro agile 'emergenziale' al tempo del Covid-19: v. la giurisprudenza riportata da F. MALZANI, 2020, p. 980. Sul tema, v., di recente, A. AVIO, S. BUOSO, 2023.

¹⁵⁹ E. PASQUALETTO, 2007, p. 501. Per un elenco e una analisi di alcuni documenti di *soft law* del Parlamento e della Commissione europea, che dimostrano "l'attenzione per le discriminazioni multiple e, ultimamente, per le discriminazioni intersezionali", v. B.G. BELLO, 2020, p. 309 ss.

¹⁶⁰ D. GOTTARDI, 2007, p. 25.

¹⁶¹ D. IZZI, 2005, p. 18. Sulle discriminazioni multiple, v. T. LEWIS, 2011 e S. FREDMAN, 2005. Un ambito nel quale la discriminazione multipla tracima in oppressione e sfruttamento è quello della manodopera femminile immigrata in agricoltura: cfr. M. D'ONGHIA, R. CIAVARELLA, 2023.

androcentrico che collocava le donne ai margini di qualunque visione del mondo, anche la più rivoluzionaria.

In quel contesto teorico si *sputava su Hegel*, ma – in definitiva – anche su Marx, agli occhi del quale lo sfruttamento fondato sul genere e sulla razza era apparso un retaggio arcaico della società feudale, e per questo destinato ad essere superato con lo sviluppo dell'industrializzazione, nella perpetuazione della “separazione tra economia e società prodotta dalle rivoluzioni borghesi (in ciò non smentite dai movimenti politici ispirati all'ideologia marxista)”¹⁶². Del resto, nella *vulgata* operaista di ispirazione marxista, i movimenti femministi e quelli per i diritti civili in genere sono stati a lungo bollati come movimenti culturali, al massimo come appendici delle lotte operaie, attorno alle quali si andava costruendo la prospettiva di classe.

Ma anche quel grande moto di rottura nei confronti del pensiero unidimensionale maschile ignorava un proprio limite interno – l'eurocentrismo – ereditato dal femminismo della prima ondata, che era stato un movimento ‘bianco’ e *middle-class* (certamente, lo furono le prime ‘suffragette’). Nella ricerca del soggetto femminile *essenziale*, depurato da qualunque circostanza sociale non rilevante, anche il nocciolo duro del femminismo radicale (nella sua dimensione *woman-centredness*) assumeva una postura indifferente alle singole identità in cui ciascuna donna è incarnata.

Lo condensiamo – per brevità – in una frase di Carla Lonzi: “l'uomo nero è uguale all'uomo bianco, la donna nera è uguale alla donna bianca”¹⁶³. L'affermazione – presa alla lettera – precludeva la possibilità di percepire la qualità specifica della oppressione sottostante all'incrocio tra sessismo e razzismo, denunciata dal *Black Feminism*. Infatti, se si assume che la donna nera è eguale alla donna bianca, nello stesso destino di oppressione, finisce per risultare “invisibile la qualità di nero quando ci si focalizza sulla qualità di donna e la qualità di donna quando ci si focalizza sulla qualità di nero”¹⁶⁴.

Deve piuttosto ammettersi che la differenza di genere, pur costituendo la “prima fondamentale categoria di distinzione tra esseri umani”, non solo attraversa ogni altra distinzione, ma è – a sua volta – “attraversata da varie altre, multiple differenze”¹⁶⁵, ivi comprese le condizioni socio-economiche, che, pur senza essere assunte dal diritto antidiscriminatorio come fattori di rischio, sarebbero i principali ostacoli da rimuovere lungo il cammino verso l'eguaglianza sostanziale.

Una simile obiezione non mette in discussione “l'ovvia *trasversalità* del fattore «genere»”; al contempo, però, riconosce che “il «genere» può *complicare* altri fattori, dando luogo a un fattore multiplo, di discriminazione”¹⁶⁶. Aggiungerei che, oltre a complicare, a sua volta il genere può essere complicato da altri fattori, portatori di una specifica condizione identitaria. Ad esempio, il velo islamico identifica non tutte le donne, ma solo le musulmane; non tutti i musulmani, ma solo le donne; non tutte le donne musulmane, ma solo quelle che indossano il velo.

¹⁶² M.G. GAROFALO, 2002, p. 11. Sul nesso tra femminismo e marxismo, v. le considerazioni di S. FEDERICI, 2020, p. 40.

¹⁶³ C. LONZI, 1974, p. 21. In verità, non solo le donne, ma anche i neri avrebbero dovuto ‘sputare su Hegel’, se si pensa a come egli li descrisse nelle sue *Lezioni di filosofia della storia*: “il negro rappresenta l'uomo nella sua totale barbarie e sfrenatezza: per comprenderlo, dobbiamo abbandonare tutte le nostre intuizioni europee. Nel suo carattere non si può trovar nulla che abbia il tono dell'umano. Appunto per ciò non ci possiamo immedesimare davvero, col sentimento, nella sua natura, come non possiamo immedesimarci in quella di un cane”.

¹⁶⁴ G. MARINI, 2021, p. 69. Storicamente, “fu un fattore di crisi” che le donne nere non aderissero al Women's Liberation Movement nordamericano, “giacché questo apparve più una competizione che non un'alleanza fra gruppi oppressi” (J. MITCHELL, 1974, p. 59).

¹⁶⁵ F. GUARIELLO, 2003, p. 343.

¹⁶⁶ M.V. BALLESTRERO, 2005a, p. 20.

Sul piano giuridico, alla base della teoria della intersezionalità, vi è una critica al diritto antidiscriminatorio, tradizionalmente concepito in termini mono-categoriali e compartimentalizzati e perciò incapace di catturare la marginalità specifica generata dalle affiliazioni multiple delle vittime di discriminazioni, allorquando i diversi fattori interagiscono tra loro in modo da non poter essere più distinti e separati, come se si trattasse di composti chimici¹⁶⁷, ragion per cui l'annessione al fattore ritenuto prevalente (solitamente, quello di genere) può rivelarsi una soluzione solo parziale.

L'intersezionalità descrive la condizione sociale di una persona che viene a trovarsi all'esatto incrocio tra più categorie, "caratterizzando la sua esperienza soggettiva e quotidiana in modi *qualitativamente* diversi rispetto a coloro che si identificano o vengono definiti in una singola categoria"¹⁶⁸. Tale condizione non assorbe tutte le altre categorie (tuttora indispensabili, anche per i teorici dell'intersezionalità), né genera un *super-remedy*¹⁶⁹, ma semmai rappresenta un fenomeno sociale, che la prospettiva intersezionale ambisce a disvelare, al fine di contrastarne gli effetti sinergici, anzi "esponenziali"¹⁷⁰, senza illudersi – però – di trovare risposte ai problemi strutturali della disuguaglianza in una nuova super-nozione di discriminazione, che ipostatizzi la contaminazione tra i fattori di rischio in termini (nuovamente) totalizzanti.

La Corte di Giustizia – storico vettore di incubazione del diritto antidiscriminatorio – ha sin qui mostrato "ritrosia" ad usare la prospettiva intersezionale¹⁷¹: ai suoi occhi "è come se i due fattori, anziché sommarsi, si scompongano in due fattispecie distinte", il che finisce per escludere qualunque rimedio, qualora nessuna di esse integri una discriminazione¹⁷².

Per la discriminazione intersezionale è arrivata, però, la consacrazione normativa con la Direttiva 2023/970/UE sulla parità retributiva uomo/donna, che l'ha inclusa nella nozione di discriminazione, in quanto "fondata su una combinazione di discriminazioni fondate sul sesso e su qualunque altro motivo di cui alla direttiva 2000/43/CE o alla direttiva 2000/78/CE" (art. 3, par. 2, lett. e). L'intersezionalità riaffiora poi nella disciplina relativa al diritto al risarcimento (art. 16), ove si fa riferimento ai "danni causati da altri fattori pertinenti che possono includere la discriminazione intersezionale".

A questo punto, l'intersezionalità non è più solo un approccio teorico. La crescita dei flussi migratori nel Vecchio Continente induce a pronosticare un aumento dei casi in cui la problematica si potrà concretamente manifestare. Fattori discriminatori sin qui poco affrontati nelle aule di giustizia, potranno farsi avanti

¹⁶⁷ La riflessione ha origine nella *Critical Race Theory* e, in particolare, al contributo della giurista e attivista nordamericana, K.W. CRENSHAW, 1989, la quale immagina che le donne di colore, trovandosi al centro di un incrocio in cui le varie strade rappresentano altrettanti assi di oppressione, subiscano urti simultanei provenienti da più direzioni, che si fondono e confondono tra loro, amplificando il danno che deriverebbe da ciascuno di essi, singolarmente considerati.

¹⁶⁸ B.G. BELLO, 2020, p. 64.

¹⁶⁹ Secondo l'espressione utilizzata dalla giurisprudenza americana nel caso *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Div.*, U.S. District Court for the Eastern District of Missouri - 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976) May 4, 1976. In quel caso, un gruppo di donne nere non riuscì a dimostrare la presenza di una discriminazione a loro sfavore, poiché, l'azienda riuscì a provare di non aver compiuto discriminazioni né contro le donne (bianche), né contro i neri (uomini).

¹⁷⁰ D. GOTTARDI, 2003, p. 456.

¹⁷¹ M. MILITELLO, D. STRAZZARI, 2019, p. 159. Per una disamina delle pronunce della Corte di Giustizia, v. B.G. BELLO, 2020, p. 330 ss. Più di recente, nella pronuncia del 13 ottobre 2022, C-344/20, disattendendo, peraltro, le conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte ha lasciato "cadere la questione del peculiare intreccio tra fattori protetti che emerge dalle controversie sull'uso del velo islamico" (D. IZZI, 2023, p. 170).

¹⁷² Così. G.A. RECCHIA, 2020b, p. 732, nt. 11, in riferimento all'interessante caso affrontato da C.G.U.E., 24 novembre 2016, C-443/15.

nella prospettiva intersezionale, in particolare nella combinazione con il fattore di genere.

Certo, bisognerà sempre fare i conti con i caratteri strutturali del giudizio di discriminazione, che si riflettono sul terreno probatorio, ma che sono – ancor prima – elementi interni al profilo concettuale. Alla dimensione comparativa del giudizio antidiscriminatorio, la menzionata direttiva non dedica particolare attenzione, se non quando precisa che “nelle situazioni in cui non esiste un riferimento reale, dovrebbe essere consentito il ricorso a un riferimento ipotetico” (*Considerando* 28). Resta il fatto che le persone discriminate in ragione di una pluralità di fattori non sono comparabili “alle persone discriminate in ragione di un solo fattore”¹⁷³. A chi bisognerà paragonare – ad esempio – la condizione di una disabile rom, che – nel nostro Paese – fosse vittima di una discriminazione sita all’*incrocio* tra sesso, disabilità ed etnia?

5. Della necessità di comparazione ovvero *Robison Crusoe* può discriminare *Venerdi*?

Il grado di rilevanza del profilo comparativo all’interno della nozione di discriminazione ci riporta al dibattito filosofico sul fondamento del diritto antidiscriminatorio e alla dicotomia tra eguaglianza e libertà. Infatti, una visione protesa a valorizzare la dimensione assoluta della libertà e della dignità individuale finisce per mettere in conto che anche *Robison Crusoe* possa discriminare *Venerdi*, pur “se questi è, di fatto, l’unico presente sull’isola e, pertanto, per definizione, non sarebbe possibile comparare il trattamento che Crusoe riserva a Venerdi rispetto a quello che invece il naufrago riserverebbe a un altro soggetto sulla base, ad esempio, del colore della pelle”¹⁷⁴. Si potrebbe anche dire che la discriminazione avviene rispetto alla libertà di autodeterminazione che *Robinson Crusoe* riconosce a sé stesso e, quindi, nella dimensione verticale di potere così nota al diritto del lavoro.

A diversa conclusione si deve giungere, proiettando il divieto di discriminazione nella dimensione orizzontale della relazione fra lavoratori o gruppi, pienamente espressa dalla formula della “parità di trattamento”, impiegata dal legislatore europeo nelle direttive del nuovo millennio, e dai provvedimenti legislativi di recepimento, lì dove è previsto che “per principio di parità di trattamento si intende l’assenza di qualsiasi discriminazione”. In realtà, è evidente “l’ambiguità di questo rapporto di strumentalità tra norme antidiscriminatorie e parità di trattamento”, prospettato in termini tali da “ritenere realizzata la parità quando venga assicurata l’insussistenza di discriminazioni”¹⁷⁵. Non a caso, nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea il principio di non discriminazione è inserito nel titolo III dedicato all’*Uguaglianza*, in una disposizione autonoma – l’art. 21 (susseguente all’art. 20, dedicato all’uguaglianza davanti alla legge) – nella quale manca qualsiasi riferimento al vocabolo ‘parità’.

Infatti, come già più volte osservato, il divieto di discriminazione vieta (solo) le disparità di trattamento riconducibili a fattori qualificati e, in questi termini, è un vettore di eguaglianza, proteggendo l’eguale diritto di ciascuno a non subire un trattamento deteriore, ma sulla base di uno o più tra quei fattori.

¹⁷³ S. BORELLI, A. GUARISO, L. LAZZERONI, 2019, p. 172, citando M. MERCAT-BRUNS, 2016, p. 245. Si occupa della comparazione in riferimento alla discriminazione intersezionale, S. ATREY, 2018.

¹⁷⁴ E. CONSIGLIO, 2020, p. 40, la quale riporta l’esempio di J. GARDNER, 2018, p. 57.

¹⁷⁵ P. CHIECO, 2002, p. 77.

L'ancestrale legame tra i due principi (non discriminazione ed eguaglianza) si riflette sul profilo comparativo del giudizio antidiscriminatorio, nel corso del quale colui o colei che invoca tutela "deve dimostrare l'esistenza di un soggetto (o gruppo), identificato in base ai fattori vietati, che beneficia di condizioni più vantaggiose, pur essendo in posizione comparabile"¹⁷⁶.

La scelta del termine di comparazione è, ovviamente, interna a ciascuno dei fattori, a loro volta, selezionati come rilevanti dall'ordinamento: la differenza è che la selezione dei fattori avviene *ex ante* sul piano normativo, mentre la definizione del *tertium comparationis* si perfeziona nel corso del giudizio antidiscriminatorio.

La comparazione è una tecnica da maneggiare con cura, perché può dare esiti diversi, addirittura opposti, a seconda del modo in cui essa viene impiegata. Basti pensare al peso assegnato all'anzianità di servizio dei lavoratori a tempo parziale ai fini della progressione economica. Se la comparazione avviene soltanto all'interno della cerchia dei *part-timers*, le lavoratrici non risulteranno discriminate; viceversa, se il confronto si estende all'intero organico, si giunge ad accertare una discriminazione indiretta. Ciò in quanto – dopo aver esteso la valutazione all'intero personale – "il miglior metodo di comparazione" consiste nel confrontare tra loro "le proporzioni rispettive di lavoratori che sono e non sono «colpiti» dalla asserita disparità di trattamento all'interno della manodopera di sesso maschile (rientrante nel campo di applicazione della disposizione) e le medesime proporzioni nell'ambito della mano d'opera femminile"¹⁷⁷.

In generale, l'attuale formulazione dei divieti di discriminazione, inaugurata dalle direttive di seconda generazione (frutto dell'impulso fornito dal Trattato di Amsterdam), ha attenuato la portata del giudizio comparativo, come tradizionalmente inteso, configurandolo in una dimensione non contestuale o anche solo passata o ipotetica, "sulla base della comune esperienza o di fatti noti"¹⁷⁸. È quanto si ricava dalla formula contenuta nell'art. 2, d.lgs. n. 216/2003 (che ricalca l'art. 2, 2° comma, lett. a, Direttiva 2000/78/CE, ma poi anche l'art. 2, 1° comma, lett. a, Direttiva 2006/54/CE): "...una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga".

A distanza di oltre vent'anni dall'avvio di quella stagione normativa, si può dire che l'effetto destabilizzante dell'assetto del diritto antidiscriminatorio susseguente al *restyling* normativo operato nel nuovo millennio, che aveva inizialmente suscitato un certo allarme¹⁷⁹, sia stato ormai metabolizzato e ricondotto nel giusto alveo: infatti, "l'allargamento del campo all'interno del quale collocare

¹⁷⁶ S. BORELLI, 2007, p. 82. In dottrina, la configurazione della discriminazione come "concetto necessariamente di relazione", che "denota cioè un trattamento diseguale comparativamente sfavorevole" risale al fondamentale lavoro di M.V. BALLESTRERO, 1979, p. 250. Per un tentativo di prescindere dall'elemento della comparazione come "momento essenziale del giudizio", cfr. M.G. GAROFALO, 1989, p. 98 e P. CHIECO, 1989, p. 474 (ai quali replicò in chiave critica M. BARBERA, 1991, pp. 214-215).

¹⁷⁷ Cass., 29 luglio 2021, n. 21801.

¹⁷⁸ M. BARBERA, 2007a, p. XXXIII. Sin dall'inizio, l'Autrice lesse in questa svolta del diritto comunitario un tributo al pensiero femminista della differenza, "che disincaglia l'eguaglianza dal giudizio di comparazione [...] e che punta sull'eliminazione dell'oppressione di gruppo, più che sull'eliminazione delle differenze" (M. BARBERA, 2003, p. 417).

¹⁷⁹ "Con la generalizzata ammissione di comparazioni puramente ipotetiche o con il completo superamento della logica comparativa, esso rischia di trasformarsi in un'immensa, inquietante voragine" (D. IZZI, 2003, p. 429). Con espressioni più sfumate, altra dottrina segnalava in quegli stessi anni che "dilatare la nozione giuridica di discriminazione oltre i limiti del giudizio comparativo finisce per annegarla nell'indistinto degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali di libertà e dignità" (M.V. BALLESTRERO, 2005b, p. 141), ovvero invitava a mantenere "equilibrio selettivo e rigore metodologico" (D. GOTTARDI, 2005, p. 129). Anche secondo A. LASSANDARI, 2010, p. 63, se prescinde dalla valutazione comparativa, la discriminazione finisce con l'individuare un "universo così lato da risultare, per la stessa tutela promessa, pericolosamente generico".

l'indagine sulla discriminatorietà di un atto" non ha determinato "la totale eliminazione di un confronto"¹⁸⁰.

L'alleggerimento che ne è conseguito ha reso possibile accrescere il tasso di effettività dei divieti di discriminazione, soprattutto quando il giudizio di comparazione si complica per la mancanza o la penuria di soggetti con cui materialmente operare il confronto, come avviene – ad esempio – nei settori ad altissima concentrazione di manodopera femminile.

La questione della comparazione è emersa, in modo significativo nell'applicazione della parità retributiva tra lavoratrici e lavoratori, a partire dall'ormai risalente caso *Danfoss*, scontrandosi con la necessità di trasparenza delle informazioni necessarie ad effettuare la comparazione, da cui si è messa in moto "la regola sull'adattamento dell'onere della prova nei giudizi discriminatori"¹⁸¹. Infatti, "nei settori caratterizzati da una marcata segregazione sessuale di tipo orizzontale, l'individuazione di soggetti del sesso opposto che ricevono, per un lavoro di contenuto o valore analogo, un salario più elevato di quello percepito da chi denuncia la discriminazione può presentare enormi difficoltà o addirittura costituire un ostacolo insormontabile quando l'ambito entro il quale è ammessa la comparazione sia particolarmente circoscritto"¹⁸².

Esattamente allo scopo di fornire una solida base normativa utile a definire i fondamentali concetti di retribuzione e di lavoro di pari valore, attraverso una fitta trama di regole ispirate al valore cardine della trasparenza, è intervenuta la Direttiva 2023/970/UE: un valore cardine che – da solo – non basta, perché "non è sinonimo di assunzione di responsabilità da parte delle organizzazioni datoriali", ma ne costituisce "una precondizione"¹⁸³.

Del resto, la delimitazione dell'ambito di comparazione – tra chi è affetto (almeno potenzialmente) dallo svantaggio e chi non lo è – non è mai una operazione né meccanica, né oggettiva; essa presuppone la necessaria dose di informazioni a sostegno di una decisione che rimane soggettiva e, per questo, è parte essenziale del percorso motivazionale del giudice.

La divisione dei lavoratori in gruppi o sottogruppi diversi resta un'operazione delicata, che può anche condurre a "casi di clamorosi fallimenti giudiziari", allorquando essi vengano "composti arbitrariamente" e, in questi termini, sottoposti allo scrutinio di chi giudica¹⁸⁴.

L'eccessivo ancoraggio del divieto di discriminazione alla logica paritaria può condurre ad esiti contraddittori, quando si imposta la valutazione comparativa sulla base della "paradossale premessa per cui se tutti sono discriminati allora non lo è nessuno"¹⁸⁵. Lo dimostrano, ad esempio, alcuni passaggi argomentativi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ove la nozione di discriminazione (indiretta) fondata sull'origine etnica è stata ritenuta sussistente "soltanto nel caso in cui la misura ritenuta discriminatoria abbia l'effetto di svantaggiare un'origine etnica in particolare" (e non, invece, gli appartenenti ad altre etnie)¹⁸⁶.

Il ragionamento comparativo – comunque necessario nel modello generale – si arrende all'evidenza, solo quando ... non c'è nulla da comparare, poiché il trattamento svantaggioso è inscindibilmente legato al fattore di rischio, come nel

¹⁸⁰ L. GUAGLIANONE, 2007, p. 264.

¹⁸¹ V. PROTOPAPA, 2021, p. 122. Il caso *Danfoss* è stato affrontato in C.G.U.E., 17 ottobre 1989, C-109/88.

¹⁸² D. IZZI, 2003, p. 428.

¹⁸³ C. LEARDINI, 2022, pp. 759-760.

¹⁸⁴ O. BONARDI, C. MERAVIGLIA, 2017, p. 381, a proposito di C.G.U.E., 31 maggio 1995, C-400/93.

¹⁸⁵ M. BARBERA, S. BORELLI, 2022, p. 69.

¹⁸⁶ C.G.U.E., 15 novembre 2018, C-457/17; negli stessi termini, v. C.G.U.E., 6 aprile 2017, C-668-15. Con riferimento al fattore religioso, v. C.G.U.E., 13 ottobre 2022, C-344/20.

caso della gravidanza della lavoratrice: una condizione *oggettiva* che la stessa Corte di Giustizia – a partire dal caso *Dekker* – ha escluso di dover porre a confronto con altre cause di giustificazione dell'assenza dal lavoro, “non esistendo un corrispondente maschile della donna in stato interessante”¹⁸⁷, se non nella mitologia greca (Dioniso nato dalla coscia di Giove) o nella tradizione biblica (Eva costola di Adamo).

Come è noto, l'emancipazione radicale del modello antidiscriminatorio dalla dimensione comparativa si è realizzata compiutamente nella definizione di molestia-discriminazione (costruita in modo sostanzialmente unitario nelle disposizioni di riferimento). La molestia non assume alcuna portata relazionale, affondando le proprie radici nella tutela della dignità personale come diritto assoluto, senza dover confrontare – neppure idealmente o potenzialmente – la condizione della vittima del comportamento *indesiderato* con quella di altri soggetti in posizione analoga: come è stato scritto, “la tutela della dignità di ciascun dipendente porta a escludere, in sostanza, l'ammissibilità della prova a discolpa, consistente nel fatto che anche altri dipendenti vengono fatti oggetto di atteggiamenti molesti, pur non facendo parte del gruppo protetto, secondo la c.d. *bastard defence*”¹⁸⁸.

Le molestie, nell'ambito delle quali occorre certamente preservare la specificità delle molestie sessuali sul lavoro (perché “fondate sulla considerazione diretta del fattore sesso”¹⁸⁹), mostrano la faccia sporca, insolente e deviata del potere come abuso e vengono repressate attraverso la lingua e la tecnica dei divieti di discriminazione. Si tratta di qualcosa di più di un mero e contingente accostamento sul piano degli effetti, ma qualcosa di meno di un totale ‘appiattimento’. Recentemente, la Cassazione ha parlato di “assimilazione alla fattispecie della discriminazione”¹⁹⁰: a me pare che il rapporto tra discriminazione e molestia si possa configurare in termini di *genus ad speciem*, riassumibile nella formula “sono considerate come discriminazioni anche le molestie”, adoperata sin dalle citate direttive e poi ribadita nel codice delle pari opportunità tra uomo e donna (art. 26, 1° comma, d.lgs. n. 198/2006).

La nozione di molestia e quella, per certi versi contigua, di *mobbing* (caratterizzato – quest'ultimo – dalla reiterazione e sistematicità, ma soprattutto dalla intenzionalità delle condotte¹⁹¹), a volte si prestano – più della discriminazione in senso stretto – a contrastare quell'indefinito campionario di varia e triste umanità, che può manifestarsi nell'ambiente di lavoro: luogo della relazione tra corpi per antonomasia, per vocazione antropologica, direi. Non vi è dubbio che, sul piano definitorio e, quindi, dei margini di tutela, il *mobbing* (proprio per i sopra accennati limiti applicativi) rappresenti una ‘strettoia’ rispetto alla molestia (come pure alla discriminazione); ciò nonostante, in una certa fase si era registrata – non solo in

¹⁸⁷ D. IZZI, 2005, p. 75. Trattasi della sentenza 8 novembre 1990, C-177/88; successivamente, v. C.G.C.E., 14 luglio 1994, C-32/93 e C.G.U.E., 1° luglio 2010, C-194/08. Complessivamente, “si può dire che la Corte di Giustizia è tendenzialmente propensa a non fare ricorso al criterio comparatistico in quelle circostanze nelle quali dall'appartenenza ad un determinato sesso derivino, per un uomo o per una donna, svantaggi o benefici *assolutamente esclusivi*, e sui quali il soggetto di sesso opposto non potrebbe di fatto incappare. In tali casi, quella *esclusività* del pregiudizio nei riguardi di una categoria di soggetti, basterebbe a riconoscere l'esistenza della discriminazione diretta, anche senza la verifica (supportata da elementi di confronto più o meno specifici) che il trattamento riservato a soggetti speculari in situazioni analoghe sarebbe stato tutt'altro” (L. LAZZERONI, 2011, p. 145).

¹⁸⁸ S. SCARPONI, 2005, p. 250.

¹⁸⁹ G. DE SIMONE, 2001, p. 63. Sul tema, v. A. PIZZOFRERATO, 2000.

¹⁹⁰ Cass., ord. 9 marzo 2023, n. 7029, cit.

¹⁹¹ Ha ragione, infatti, L. LAZZERONI, 2007, p. 407, quando ricorda che “il punto che pare di maggiore distacco tra i due istituti” è quello relativo alla “finalizzazione della condotta nel caso della molestia e del *mobbing*”.

giurisprudenza – una sorta di “panmobbismo”¹⁹², ossia la tendenza a “ricondere qualsiasi fenomeno di violenza e molestie sul lavoro a *mobbing* quale «fattispecie ombrello»”¹⁹³.

Altre volte, semplicemente, non ci sono parole. Infatti, la lesione della dignità dei lavoratori (come di chiunque) può passare attraverso comportamenti senza nome o nominati da codici lessicali che il diritto ha – solo da poco – iniziato a frequentare. Si pensi alle svariate forme di bullismo, anche verbale, tra cui l’odioso *body-shaming*, che non sempre assumono connotazioni di gravità tali da rientrare in fattispecie penalmente rilevanti (violenza, *stalking*, diffamazione, ecc.), ma che sono in grado di produrre conseguenze devastanti, alimentando la vergogna di essere sé stessi o, quantomeno, l’emarginazione simbolica. Il conformismo non sempre si limita all’allineamento muto e passivo, potendo anche assecondare atteggiamenti persecutori nei confronti delle diversità. È allora che torna indispensabile il monito di Charles Evans Hughes: “quando perdiamo il diritto di essere differenti, perdiamo il privilegio di essere liberi”.

Il confine sempre mobile del diritto antidiscriminatorio è stato sollecitato dalla possibilità di annettere al suo interno condizioni personali che colpiscono gravemente la percezione di sé, fino a produrre impedimenti oggettivi alla vita di relazione, senza necessariamente incidere sulla capacità professionale del lavoratore.

Il punto è che ciascun fattore *nominato* resta un varco di accesso, che ammette o respinge il passaggio, al momento dell’interpretazione e applicazione della norma.

Ad esempio, per beneficiare della tutela antidiscriminatoria, una condizione come l’obesità deve essere riconducibile alla nozione di disabilità, che la Corte di Giustizia ha comunque collegato alla capacità di svolgere l’attività professionale sia pure nell’intersezione con barriere di altra natura¹⁹⁴, senza – dunque – fare totalmente proprio il modello di disabilità sotteso alla Convenzione ONU del 2006 (v. *infra*, § successivo), il quale “comprende le difficoltà a partecipare alla vita sociale e non soltanto le limitazioni all’esercizio della vita professionale”¹⁹⁵.

Insomma, non tutto passa attraverso il varco del diritto antidiscriminatorio: se così non fosse esso smarrirebbe il suo significato. Non è detto che esso possa prendersi cura anche di Gregor Samsa, “il più lancinante ritratto del sentimento soggettivo della discriminazione”, salvandolo dalla morte di inedia in quello sgabuzzino in cui cerca riparo dal “disgusto di coloro da cui attenderebbe se non amore almeno rispetto”¹⁹⁶.

Oltre il disgusto e la vergogna, c’è l’umanità, direbbe la filosofa Martha Nussbaum.

In una prospettiva animata dal valore assoluto della dignità, inclusiva delle soggettività *irriconecibili* (come quella del protagonista de *La metamorfosi*), c’è da chiedersi se il diritto antidiscriminatorio di prossima generazione saprà accogliere le sfide della complessità dell’umano, pur senza rinunciare alla propria

¹⁹² È un’espressione di L. ANGELINI, 2023, p. 25.

¹⁹³ D. TAMBASCO, 2022, p. 7, nonché – adesivamente – C. ALESSI, 2023, p. 581, la quale invita, opportunamente, a porre maggiore attenzione alla intervenuta ratifica della Convenzione OIL sulla violenza e le molestie sul lavoro (21 giugno 2019), operata dalla l. n. 4/2021.

¹⁹⁴ C.G.U.E., 18 dicembre 2014, C-354/13 e C.G.U.E. 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11.

¹⁹⁵ W. CHIAROMONTE, 2020, p. 920. È ormai acclarato che la Convenzione ONU concorra alla esatta interpretazione ed applicazione della Direttiva 78/2000/CE, come riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia C.G.U.E., 18 gennaio 2024, C-631/22, ma già C.G.U.E., 10 febbraio 2022, C-485/2020 e C.G.U.E., 21 ottobre 2021, C-824/19. In Italia, lo ha ricordato, da ultima, Cass., 17 gennaio 2024, n. 1788. Con specifico riferimento all’obesità quale motivo di licenziamento, v. S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, 2017.

¹⁹⁶ A. GENTILI, 2009, p. 231.

tradizione concettuale, al proprio approccio selettivo, al proprio armamentario proibitivo-repressivo, che fanno della discriminazione – ieri, oggi e domani – un comportamento vietato in nome dell’eguale valore delle differenze, ma solo di quelle messe in sicurezza dall’ordinamento¹⁹⁷.

Il diritto antidiscriminatorio si può sedere dalla parte delle vittime, soltanto dopo averle incontrate e riconosciute: questo spiega la sua forza, ma anche la tensione e i dubbi che lo pervadono.

6. L’accomodamento ragionevole come tecnica di prevenzione delle discriminazioni.

Per quell’universo vitale che la parola ‘disabilità’ prova a racchiudere, il valore dell’eguaglianza assume un significato specifico. Specifico è il fattore di rischio di cui il diritto antidiscriminatorio è chiamato a farsi carico: più che una differenza è una diversità tradizionalmente associata all’idea del difetto, a “tutto quello che il soggetto non può essere per potersi dire tale”¹⁹⁸ e che lo rende un *oggetto* di studio, di censimento, di cura e di carità.

Sia nella sfera pubblica della politica, sia nella sfera privata del mercato, il soggetto neutro e astratto di matrice liberale, figlio del contrattualismo classico, è postulato come autonomo, razionale e capace: autonomia, razionalità e capacità come fattori antropologici di invulnerabilità. Rifiuta l’idea della *dipendenza* dagli altri, con i quali coopera, ma – esclusivamente – in vista di un mutuo vantaggio: dà in quanto (e per quello che) riceve. La sua *normalità* attinge al dualismo cartesiano mente/corpo, in base al quale “l’essere umano è composto da un’anima razionale che governa un corpo perfettamente funzionante, assimilabile ad una macchina”: ogni malfunzionamento del corpo-macchina appare come “una deviazione dalla norma”¹⁹⁹.

Si tratta, come è evidente, di una pura astrazione.

Quando stai male o hai fame, te ne fai poco della libertà, intesa come pura assenza di vincoli, come “spazio libero” (direbbe Giorgio Gaber) e non come impegno sociale (direbbe Amartya Sen): senza almeno distinguere tra la sua dimensione positiva (libertà *di*) e negativa (libertà *da*), “parlare di libertà è spesso un modo per *non* parlare di potere”²⁰⁰. Quella che cerchi è la libertà dal dolore e dal bisogno e la affidi necessariamente alla relazione con gli altri, alla *communitas* nel suo significato etimologico (*cum-munus*). Ciascuno di noi sperimenta – nella propria esistenza – la dimensione dell’impedimento e del limite, che trova ascolto in un’idea di reciprocità, in una rete di relazioni intersoggettive di supporto, in grado di coltivare quella che è stata definita la ‘fragilità del bene’²⁰¹.

Nel dibattito filosofico, politico e giuridico si è affacciata all’orizzonte la nozione di vulnerabilità (che, per i giuristi, rimanda anzitutto al lessico della protezione internazionale dei diritti umani), intesa come aspetto “universal and constant, inherent in the human condition”, utile a disincagliare la persona

¹⁹⁷ Per dirla con Gisella DE SIMONE, 2001, p. 254, “anacronistiche sono le discriminazioni”, non il loro indispensabile divieto.

¹⁹⁸ E.A.G. ARFINI, 2014, p. 102.

¹⁹⁹ M.G. BERNARDINI, 2021, p. 323. Per una ricostruzione storica, v. M. SCHIANCHI, 2019.

²⁰⁰ P. CERI, 2003, p. 76. La distinzione fra i due concetti di libertà, secondo la famosa classificazione di I. BERLIN, 2000, è al centro delle riflessioni di A. SEN, 1999.

²⁰¹ M. NUSSBAUM, 2011. Su questi temi, v., di recente, il saggio di F. RICCI, 2021.

dall'antropologia unidimensionale del soggetto astratto, sovrano del proprio corpo e autonomo nelle proprie scelte²⁰².

Nella normazione alluvionale susseguente alla pandemia da Covid-19 ha trovato posto la categoria della fragilità (di cui il *virus* è stato un potente *marker*), come fattore di aggravamento del rischio e degli effetti del contagio, determinando varie conseguenze giuridiche, tra cui – *in primis* – il diritto alla 'agilità' (in realtà, alla remotizzazione) della prestazione lavorativa. Cessata la fase emergenziale e smontati i relativi presidi, resta da gestire il nesso tra fragilità ed ambiente di lavoro.

Proprio in quanto elemento costitutivo dell'umano, la vulnerabilità, che "il soggetto moderno è stato abituato a negare in se stesso e a proiettare sulla figura del disabile"²⁰³, ha una dimensione multifattoriale e un campo concettuale assai ampio. Si percepiscono gli echi della prospettiva intersezionale di cui si è già detto (*supra*, § 4): infatti, tra le potenziali cause di vulnerabilità (sanitarie, cognitive, sociali, economiche, ecc.), ve ne sono alcune contingenti e situazionali, altre permanenti e strutturali, secondo una tassonomia che può evolvere continuamente. Quando assume una dimensione *di gruppo* (connotando una varietà di persone caratterizzate da qualità comuni), la vulnerabilità rimanda, senza sovrapporsi integralmente, alla discriminazione: "vulnerabilità di gruppo e discriminazione sono fenomeni collegati strettamente, pur se tale nesso non è né necessario, né univoco"²⁰⁴.

Un posto di spicco tra i fattori che concorrono alla vulnerabilità spetta alla disabilità, che ne evoca il nucleo etimologico: il *vulnus* è una ferita, "uno strappo nel corpo"²⁰⁵: una condizione – un tempo – destinata alla segregazione e all'occultamento, assieme alle varie forme di devianza, a cui l'*handicap* era ricondotto, secondo una rigida dicotomia tra corpi normali (da ammettere) e corpi patologici (da scartare).

Il tema della disabilità si iscrive tra i problemi di giustizia sociale rimasti irrisolti nelle culture occidentali²⁰⁶, evocando dinamiche di potere, di oppressione e di esclusione ed invocando misure di riconoscimento e redistribuzione, che il modello di giustizia liberale non era in grado di soddisfare. Traendo origine dall'attivismo dei movimenti organizzati delle persone con disabilità, i *Disability Studies*, pur con varie articolazioni interne, hanno sviluppato un comune approccio critico nei confronti della nozione tradizionale di *handicap* come *deficit* di normalità, e hanno – pertanto – orientato il discorso pubblico sulle barriere esterne, presenti nel contesto sociale, economico, politico, e culturale²⁰⁷.

Tale impostazione culturale può avvalersi del *Capability Approach* di Amartya Sen e Martha Nussbaum, che "abbandona la connotazione medica di menomazione e ragiona sulla specificità dei bisogni (lavoro, istruzione, formazione, spazi di libertà nelle scelte individuali e di partecipazione in quelle collettive)"²⁰⁸.

²⁰² M.A. FINEMAN, 2008, p. 1. Evidentemente, dal punto di vista giuridico la nozione di vulnerabilità sfugge "ad ogni tentativo aprioristico di incasellamento e classificazione". Sempre più spesso, tuttavia, essa è riconosciuta dalle fonti internazionali "come ragione giustificatrice di tutele rafforzate" (C.M. CASCIONE, 2022, p. 154-155): si pensi, ad esempio, all'art. 8 della Dichiarazione sulla bioetica e i diritti umani dell'Unesco (*Rispetto per la vulnerabilità umana e per l'integrità della persona*). Nell'ambito dell'Unione europea, una definizione di vulnerabilità è contenuta nell'art. 2, par. 2, della Direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

²⁰³ B. CASALINI, 2016, p. 96.

²⁰⁴ F. MACIOCE, 2021, p. 103. Secondo O. GIOLO, 2023, p. 37, "l'intersezionalità, anziché interagire con la discriminazione – in relazione alla quale era nata –, sta interagendo con la vulnerabilità".

²⁰⁵ G. MARAGNO, 2018, p. 18.

²⁰⁶ In questa direzione si muovono le riflessioni di M. NUSSBAUM, 2007b.

²⁰⁷ Cfr. M.G. BERNARDINI, 2021 e Aa.Vv., 2018.

²⁰⁸ F. MALZANI, 2020, p. 968. Sul *Capability Approach*, v., da ultimo, B. CARUSO, 2024.

L'approccio paternalistico-assistenziale, che per lungo tempo ha ispirato il trattamento giuridico della disabilità, è stato infranto dal diritto antidiscriminatorio comunitario del nuovo millennio (art. 19 TFUE; art. 21 Carta dei diritti fondamentali; Direttiva 2000/78/CE), seguito dopo qualche anno dall'intervento delle Nazioni Unite (Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006, poi divenuta parte integrante del sistema legale europeo).

La *palingenesi*²⁰⁹ traspare nella evoluzione del concetto di disabilità verso un'accezione non più medica, incentrata su un deficit fisico o psichico (valevole nell'ordinamento interno ai fini dell'accesso alle diverse tutele connesse alla disabilità), ma riconducibile al modello 'biopsicosociale', che lega lo stato di salute agli ostacoli di varia natura esistenti in un dato contesto²¹⁰.

Il fulcro innovativo della tutela antidiscriminatoria della disabilità si sostanzia nella previsione di un obbligo positivo, quello di adottare soluzioni o accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro, previsto dall'art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003 (in attuazione, con colpevole ritardo, dell'art. 5, Direttiva 2000/78/CE), che accompagna "l'intero processo di inserimento del disabile nella struttura organizzativa di assegnazione, dal momento dell'avviamento a quello dell'estinzione del rapporto lavorativo"²¹¹. Anzi, tale obbligo si espande anche al di fuori dell'ambito lavorativo, come strumento volto alla fruibilità dei servizi pubblici da parte dei disabili "su base di eguaglianza con gli altri" (art. 1, d.lgs. n. 222/2023, attuativo della legge-delega n. 227/2021²¹²).

L'ultimo decreto di attuazione (approvato in Consiglio dei Ministri il 15 aprile scorso, ma non ancora pubblicato) definisce la condizione di disabilità in armonia con la Convenzione ONU, sostituendola finalmente alla definizione di *handicap* di cui alla legge n. 104/1992. In quest'ultima, fa ingresso pure lo strumento dell'accomodamento ragionevole, che il disabile ha facoltà di richiedere "alla pubblica amministrazione, ai concessionari di pubblici servizi e ai soggetti privati" (art. 5-bis, l. n. 104/1992, introdotto dall'art. 17 del nuovo decreto), sottoponendosi ad una particolare procedura, senza – però – alcun raccordo con la disciplina giuslavoristica. Questo punto meriterà un'ulteriore riflessione, visto che il progetto di vita (*ex art. 18*) individua, fra l'altro, "gli accomodamenti ragionevoli, volti anche ad eliminare e a prevenire le barriere e ad attivare i supporti necessari per l'inclusione e la partecipazione della persona stessa nei diversi ambiti di vita", compresi quelli "lavorativi".

L'accomodamento ragionevole suggella una visione certamente "più vicina all'eguaglianza sostanziale che all'eguaglianza formale"²¹³: infatti, adottare tale misura altro non significa che rimuovere ostacoli nel senso indicato dall'art. 3, 2° comma, Cost., attraverso l'adozione di strumenti di "giustizia sociale nello spazio pubblico", prima ancora che sul posto di lavoro²¹⁴.

In caso di violazione dell'obbligo di accomodamento ragionevole nell'ambiente di lavoro, alla tutela antidiscriminatoria si può arrivare attraverso strade diverse.

La via più breve è quella imboccata dall'art. 2 della Convenzione ONU, ove "il rifiuto di un accomodamento ragionevole" si configura come autonoma ipotesi

²⁰⁹ L'espressione è di Gianni LOY, 2009, p. 35.

²¹⁰ Si veda CGUE, 18 gennaio 2018, C-270/16, che ha definito la disabilità come "limitazione di capacità, risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori".

²¹¹ A. RICCARDI, 2022, p. 700.

²¹² Su cui v., in termini critici, R. BELLÌ, 2023.

²¹³ M. BARBERA, 2007b, p. 86.

²¹⁴ S. D'ASCOLA, 2022, p. 186.

di discriminazione, rientrando espressamente nella “discriminazione fondata sulla disabilità”.

In alternativa, si può passare – ed è la strada prevalentemente seguita dalla dottrina e giurisprudenza in Italia – attraverso l’interpretazione delle nozioni generali di discriminazione diretta e indiretta, a cui si può ricondurre la mancata adozione di soluzioni ragionevoli. L’attenzione non poteva non concentrarsi sul licenziamento: per un disabile (come per chiunque) dopo aver ottenuto un lavoro, la preoccupazione principale è, ovviamente, quello di tenerlo²¹⁵.

L’obbligo di adottare soluzioni ragionevoli determina l’insorgere di uno specifico e ulteriore limite al potere imprenditoriale, oltre a quelli derivanti dai vincoli di natura causale posti dalle singole norme inderogabili, potendosi integrare – ma non esaurire – “nel sistema prevenzionistico di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”²¹⁶.

L’intensità dello sforzo richiesto infrange il tradizionale “dogma della intangibilità della struttura produttiva disegnata dal datore di lavoro”²¹⁷, ribadito anche in relazione al licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica, per quanto l’onere del *repêchage* sia stato progressivamente ampliato nella più recente giurisprudenza, fino a comprendere le posizioni lavorative che – pur non ancora coperte – si renderanno disponibili in un arco temporale prossimo alla data in cui viene intimato il licenziamento²¹⁸.

Oggi, l’obbligo di accomodamenti ragionevoli va assumendo una importanza sistematica nella valutazione della legittimità dell’esercizio dei poteri datoriali, nella loro dimensione più ampia, riferita all’intera organizzazione, più che al singolo rapporto di lavoro, neutralizzando gli effetti dell’art. 30, l. n. 183/2010 (circa l’insindacabilità nel merito delle “valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro”). La compressione delle prerogative imprenditoriali, determinata dalla previsione degli accomodamenti ragionevoli, può essere letta alla luce dell’art. 41, 2° comma, Cost., a maggior ragione dopo la sua riformulazione, che ha aggiunto al tritico ‘sicurezza, libertà e dignità umana’, l’ulteriore riferimento alla salute e all’ambiente²¹⁹.

Aggiungendosi all’onere del *repêchage* richiesto per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, esso determina un ulteriore restringimento dell’area della impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa²²⁰, fermo restando il

²¹⁵ Il pronunciamento più recente della Corte di Giustizia ribadisce ancora che l’art. 5, Direttiva 2000/78/CE, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali U.E. (artt. 21 e 26) e della Convenzione ONU (artt. 2 e 27) “deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in conformità della quale il datore di lavoro può porre fine al contratto di lavoro a motivo dell’inidoneità permanente del lavoratore a svolgere i compiti a lui incombenti in forza di tale contratto, causata dal sopravvenire, nel corso del rapporto di lavoro, di una disabilità, senza che tale datore di lavoro debba prima prevedere o mantenere soluzioni ragionevoli al fine di consentire al lavoratore di conservare il posto di lavoro, né dimostrare, eventualmente, che siffatte soluzioni costituirebbero un onere sproporzionato” (C.G.U.E., 18 gennaio 2024, C-631/22).

²¹⁶ C. SPINELLI, 2017, pp. 51-52.

²¹⁷ L. CALCATERRA, 2024, p. 11.

²¹⁸ Cass., 8 maggio 2023, n. 12132. Prima della notissima Cass. S.U., 7 agosto 1998, n. 7755, per lungo tempo la giurisprudenza prevalente aveva sottratto il licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica alla regola del *repêchage*, nel frattempo affermata per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La contraddizione era evidente: se in circostanze come la soppressione del posto di lavoro, si esige abitualmente la prova della non utilizzabilità del lavoratore in altre mansioni, “si dovrebbe per coerenza giungere al medesimo risultato interpretativo anche nel caso in cui il lavoratore, per una sopravvenuta incapacità fisica o psichica, sia divenuto inidoneo ad espletare l’abituale attività lavorativa”: non dovrebbe aver rilievo, insomma, che la “sopravvenienza” intervenga “nella sfera della organizzazione oppure in quella del lavoratore” (F. LISO, 1982, pp. 92-93).

²¹⁹ S. PALLADINI, 2024, p. 93. V., pure, su questo collegamento, S. D’ASCOLA, 2022, p. 207.

²²⁰ Così, D. GAROFALO, 2019, p. 1229.

diritto del datore di lavoro ad attendersi una prestazione utile, ricavabile dalle regole comuni e ribadito dal 17° *Considerando* della Direttiva 2000/78²²¹.

Per valutarne l'esatta portata, la partita si gioca non sul sostantivo (accomodamento), ma sull'aggettivo (ragionevole), che evoca il canone della ragionevolezza, quale criterio-guida dello scrutinio di eguaglianza condotto sulle leggi (v. *supra*, § 2). La discussione sul significato di questa espressione si può ridurre, fondamentalmente, a due possibili letture.

La prima è quella avallata dalla nota sentenza della Cassazione n. 6497/2021, che considera la ragionevolezza un limite “dotato di autonoma valenza letterale” rispetto alla sproporzionalità dell'onere finanziario implicato dall'accomodamento (e posto quale limite sia dalla Direttiva 2000/78 che dalla Convenzione ONU), “atteso che se l'unica ragione per esonerare il datore di lavoro dal porre in essere l'adattamento fosse l'onere «sproporzionato», allora non sarebbe stato necessario aggiungere il «ragionevole»”. La Suprema Corte, “in osservanza” al canone civilistico di correttezza e buona fede, individua la limitazione del sacrificio datoriale in tema di accomodamenti ragionevoli nella “tollerabilità considerata accettabile secondo «la comune valutazione sociale»”, pur segnando – meritoriamente – la specificità (ossia, la maggiore intensità) dell'obbligo di accomodamento ragionevole rispetto al generico onere di *repêchage*. Possiamo dire che, mentre quest'ultimo riguarda ciò che è disponibile nell'assetto organizzativo dato, l'accomodamento ragionevole riguarda ciò che *può* esserlo, proprio attraverso una modifica di quell'assetto²²².

Una seconda opzione consiste nell'interpretare l'espressione ‘accomodamento ragionevole’ come un *unicum* (un *single term*), così come emerge dai Commenti generali (*general recommendations*) resi dal Comitato sui diritti delle persone con disabilità (istituito dall'art. 34 della Convenzione ONU). Il Comitato esclude che la ragionevolezza degli accomodamenti costituisca *an exception clause, a distinct qualifier or modifier to the duty*: piuttosto, essa indica semplicemente “l'appropriatezza rispetto all'interesse della persona disabile”, mentre il limite dell'obbligo resta segnato esclusivamente dallo sforzo sproporzionato per l'obbligo²²³. Su quest'ultimo punto, sopravviene l'indicazione fornita dall'art. 5 della Direttiva 2000/78, che riconduce la valutazione della proporzionalità sul piano finanziario, considerando – peraltro – la possibilità che l'onere sia “compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”²²⁴. Conseguentemente, l'ulteriore richiamo operato dalla Cassazione appare estraneo al quadro normativo sovranazionale e assai “più evanescente” rispetto alla sproporzione dei costi e, per questo, più rischioso sul piano dell'applicazione pratica²²⁵.

Allora, il richiamo alla “tollerabilità” operato dalla Cassazione deve essere ricondotto non ad un impalpabile interesse datoriale, in grado di compromettere l'interesse all'inserimento lavorativo del disabile, ma – piuttosto – alla

²²¹ “La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili”. Sulla formazione come strumento di accomodamento ragionevole in favore del lavoratore disabile: v. D. GAROFALO, 2023, p. 677.

²²² “Se nel *repêchage* tradizionale si richiede di assolvere ad un obbligo di ricollocazione ad organizzazione data, nel *repêchage* rafforzato si tratta di modificare l'organizzazione” (A. DELOGU, 2024, p. 13).

²²³ *Comment No. 6 on equality and non-discrimination*, 2018, UN Doc CRPD/C/GC/6.

²²⁴ Al 21° *Considerando* la Direttiva prevede che “per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni”.

²²⁵ È il rilievo mosso da E. TARQUINI, 2021.

considerazione delle possibili ricadute dell'accomodamento ragionevole sulle posizioni lavorative degli altri lavoratori: non a caso, si tratta dell'unico riferimento concreto nella citata sentenza.

Un limite invalicabile all'obbligo di accomodamento è certamente quello della sua 'praticabilità' giuridica, che passa attraverso il necessario rispetto dei diritti soggettivi di ciascuno. Qui, però, non è questione di tollerabilità secondo la comune valutazione sociale: è ovvio, ad esempio, che l'accomodamento ragionevole in favore del disabile non potrà implicare il demansionamento di un altro lavoratore in violazione dell'art. 2103 c.c.

Rientrando nell'area dei comportamenti leciti, sarà, invece, possibile operare una differente "ripartizione di compiti" tra i lavoratori, protesa a realizzare l'accomodamento (così come previsto dal 20° *Considerando* della Direttiva 2000/78). Lo stesso dicasi per il trasferimento del lavoratore all'interno della medesima unità produttiva, che – come sappiamo – non soggiace ad alcun limite di carattere generale.

In definitiva, la posizione degli altri lavoratori non è *a priori* un limite all'adozione degli accomodamenti ragionevoli. Infatti, "delle due l'una: o l'esercizio del potere datoriale nei confronti dei colleghi (ad esempio lo *ius variandi* o il mutamento dell'orario di lavoro) è legittimo in linea generale", in base alla relativa disciplina (e allora esso è a maggior ragione lecito là dove si tratti di salvaguardare la posizione del disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti); oppure l'esercizio di quel potere è illegittimo, in base alla stessa disciplina, e allora esso "non diviene lecito solo perché si tratti di salvaguardare la posizione del collega disabile"²²⁶.

Esiste, però, un'area di provvedimenti e comportamenti datoriali, che sono leciti, solo se sorretti da una giustificazione, come – ad esempio – il trasferimento ad altra unità produttiva: la necessità di adempiere all'obbligo di accomodamento ragionevole può assurgere a comprovata ragione tecnica, organizzativa o produttiva ex art. 2103, 8° comma, c.c.²²⁷. Un altro esempio potrebbe essere quello della adibizione di un collega del disabile a mansioni inferiori per effetto della riconducibilità dell'accomodamento ragionevole ad una "modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore" (art. 2103, 2° comma, c.c.).

La questione si fa delicata e non pare risolvibile attraverso un generico richiamo ai "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" sanciti dall'art. 2 Cost., insufficiente a legittimare – sul terreno del diritto positivo – la lesione di diritti individuali espressamente riconosciuti: è qui che c'è spazio per il richiamo alla tollerabilità secondo la comune valutazione sociale.

Su un terreno di riflessione più ampia (che prescinde dalla ricerca di concrete soluzioni giuridiche) l'imputazione dei costi redistributivi dell'inclusione ci porta lontano, fino alle tesi che chiamano ciascuno alla assunzione di una responsabilità 'innocente' per le ingiustizie presenti nella società²²⁸.

Un altro margine di incertezza ha riguardato il profilo della conoscenza o conoscibilità dello stato di disabilità ai fini della sussistenza dell'obbligo in capo al datore di lavoro, con particolare riferimento allo specifico caso in cui l'accomodamento ragionevole consista in una differenziazione del periodo di comparto (sotto forma di allungamento o di scomputo delle assenze imputabili a

²²⁶ A. DELOGU, 2024, p. 16.

²²⁷ Non mi è chiaro a quale ipotesi faccia riferimento, C. ALESSI, 2021, p. 622, quando sostiene che "il datore di lavoro sia tenuto a valutare la possibilità di organizzare diversamente la propria attività, anche attraverso la modifica del luogo di lavoro di altri lavoratori, qualora ciò non comporti il sacrificio di posizioni soggettive di diritto".

²²⁸ Si pensi, in particolare, a I.M. YOUNG, 2011.

disabilità), alla luce di un orientamento giurisprudenziale animato dalla nota pronuncia *Conejero* della Corte di Giustizia e oggi puntellato da due pronunce della Cassazione dello scorso anno, che hanno considerato come discriminazione indiretta la mancata applicazione di un periodo di comportamento differenziato nei confronti del lavoratore disabile²²⁹.

Tale aspetto non va confuso con l'ormai archiviato presupposto della intenzionalità della condotta discriminatoria: infatti, "la conoscenza della disabilità rappresenta non già una componente soggettiva ma un elemento di natura oggettiva, un presupposto della condotta"²³⁰.

Senza poter riassumere l'intero dibattito²³¹, è comprensibile il timore che l'obbligo di adattamenti ragionevoli possa essere trascinato sul piano rimediale, ogni volta che il datore di lavoro si veda costretto a revocare un licenziamento per superamento di comportamento intimato senza conoscere lo stato di disabilità o la riconducibilità della malattia a tale stato.

D'altro canto, però, si può fondatamente presumere che una malattia di lunga durata sia "già di per sé sintomo rivelatore della sussistenza di una patologia duratura", tale da giustificare, secondo i canoni di correttezza e buona fede, "l'attivazione del datore di lavoro al fine di verificare se sussistano le condizioni in relazione alle quali sorge l'obbligo di accomodamento ragionevole"²³². Si tratta, appunto, solo di una presunzione, posto che non tutti i lavoratori che superano il periodo di comportamento sono disabili. Ma il diritto antidiscriminatorio ci ha abituato a ragionare anche in termini presuntivi o probabilistici ed è bene mantenere viva questa sua inclinazione.

Del resto, il Comitato sui diritti delle persone con disabilità – nel citato commento – ha chiarito che l'obbligo di accomodamento ragionevole "non è necessariamente limitato ad una previa domanda del soggetto interessato, dovendosi applicare anche al caso in cui un (potenziale) destinatario dell'obbligo dovrebbe aver compreso di trovarsi di fronte ad una persona portatrice di una disabilità che potrebbe richiedere tali accomodamenti per superare gli ostacoli nell'esercizio dei diritti"²³³.

Si pone, infine, il problema della possibile estensione dell'obbligo di accomodamento ragionevole oltre i confini della disabilità.

Come è noto, l'obbligo datoriale di *reasonable accommodations* si è sviluppato in alcuni ordinamenti stranieri (innanzitutto, nordamericani) anche in riferimento alle convinzioni religiose dei lavoratori e alle conseguenti situazioni di tensione che possono insorgere nei luoghi di lavoro.

Proprio l'esperienza comparata, unitamente agli auspici formulati in dottrina, ha trovato un esplicito riflesso nella pronuncia delle Sezioni Unite del 9 settembre 2021, n. 24414 (nella già richiamata vicenda del crocifisso).

Al di là delle soluzioni concretamente ipotizzate, l'attuazione del bilanciamento tra diritti fondamentali, ossia tra "libertà religiosa positiva e negativa" (rispettivamente, degli alunni e del docente), viene affidata allo strumento

²²⁹ Cass., ord. 21 dicembre 2023, n. 35747 e Cass., 31 marzo 2023, n. 9095. La sentenza *Conejero* è C.G.U.E., 18 gennaio 2018, C-270/16. Recentemente, Trib. Ravenna, ord. 19 dicembre 2023, ha sollevato questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo – tra l'altro – di stabilire "se la direttiva 2000/78 sia di ostacolo ad una normativa nazionale che, prevedendo il diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di malattia per 180 giorni retribuiti [...], non preveda una disciplina differente tra lavoratori qualificabili come disabili e lavoratori che non lo sono".

²³⁰ F. NARDELLI, 2023, p. 1065.

²³¹ Tra i contributi più recenti, v. M. GRECO, 2024; S. VARVA, 2023b; C. CRISTOFOLINI, 2022.

²³² O. BONARDI, 2023, p. 4; S. VARVA, 2023b, p. 553, formula l'auspicio che venga introdotto "in via convenzionale il diritto del disabile ad essere informato dell'imminente spirare del periodo di comportamento".

²³³ Lo ricorda R. NUNIN, 2020, p. 891.

dell'accomodamento ragionevole, a prescindere dalla sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta (ipotizzata dalla Sezione lavoro) ed esplicitamente negata dalle Sezioni unite, in ragione della qualificazione del crocifisso in termini di simbolo meramente *passivo*, non di propaganda (come già sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Lautsi*).

Pertanto, la mancata adozione dell'accomodamento determina solo l'illegittimità della sanzione disciplinare irrogata al docente che aveva rimosso il crocifisso dall'aula, contravvenendo alla circolare del preside, a sua volta motivata sulla base della volontà espressa dagli studenti. I giudici di legittimità chiedono (formulando anche alcune possibili soluzioni pratiche) che si tenga conto della volontà della minoranza (in questo caso, il docente contrario al crocifisso), attraverso un confronto laico e pluralista, alla ricerca di “una soluzione mite, intermedia, capace di soddisfare le diverse posizioni nella misura concretamente possibile, in cui tutti concedono qualcosa facendo, ciascuno, un passo in direzione dell'altro”.

In questo modo, il mezzo (ossia, l'accomodamento ragionevole) viene slegato “dal fine a cui esso è strumentale (la tutela del diritto a non subire discriminazioni)”, riducendosi ad “un mero obbligo procedurale”, volto alla “ricerca di un «equo temperamento» tra la pluralità di interessi e dei valori in gioco”²³⁴.

Anche a voler rinforzare il ragionamento attraverso l'immane richiamo alle clausole generali di correttezza e buona fede, al fine di ricavarne l'obbligo per il datore di lavoro di “predisporre accomodamenti ragionevoli ben oltre l'ambito della disabilità”²³⁵, l'esito non cambia: se l'accomodamento ragionevole fosse obbligatorio, occorrerebbe prevedere una conseguenza in caso di inottemperanza. In fondo, in quella vicenda il docente sanzionato (al di là delle espressioni ingiuriose di cui pure era accusato), si è ‘auto-accomodato’, adottando da solo una delle possibili soluzioni ragionevoli ipotizzate dalla Cassazione, ossia togliendo temporaneamente il crocifisso e rimettendolo al termine della sua ora di lezione.

Il ragionamento della Suprema Corte serve a invalidare la circolare del preside (che aveva imposto l'affissione del crocifisso senza la consultazione procedurale della ‘minoranza’ dissenziente) e – conseguentemente – la sanzione disciplinare inflitta. Ma non spiega cosa sarebbe accaduto se il docente non avesse rimosso il crocifisso e, quindi, non avesse subito alcuna sanzione. Come far valere, a quel punto, la mancata consultazione procedurale?

Al momento, l'unico margine certo di ‘spendibilità’ dell'accomodamento ragionevole in termini generali, ossia al cospetto di qualsiasi fattore di rischio, è percepibile sul piano della discriminazione indiretta.

Infatti, a seguito dell'adozione di una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri, che possono mettere in una posizione di particolare svantaggio gli appartenenti ad una categoria sensibile, il datore di lavoro può adottare un accomodamento ragionevole per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi, così come previsto dall'art. 5, par. 2, lett. b) ii), della Direttiva 2000/78, sia pure con esclusivo riferimento alle “persone portatrici di un particolare *handicap*”.

In altri termini, quella che è una giustificazione specifica per il fattore-disabilità può essere fatta valere come giustificazione generale per gli altri fattori. Riprendendo l'esempio fatto da Olivia Bonardi al convegno di Ferrara dello scorso novembre, in presenza di un orario di lavoro eguale per tutti (criterio neutro), ma che non consente agli appartenenti ad una fede religiosa di pregare all'ora prestabilita, si può rispondere in vari modi: con una pausa individualizzata per il

²³⁴ S. BORELLI, 2021, p. 7.

²³⁵ F. MARINELLI F., L. DOLAZZA, 2022, p. 400. Per un'attenta ricostruzione in tema di accomodamenti ragionevoli rispetto al fattore religioso, v. S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2022.

singolo lavoratore che professa quella fede, con una pausa generalizzata, con soluzioni intermedie, ecc. In questo caso, l'accomodamento ragionevole non è – in sé – un obbligo: tuttavia, se non viene adottato e non vi sono altre giustificazioni, sussiste una discriminazione indiretta.

7. Il volto *costruens* dell'eguaglianza: le azioni positive.

È consueto mettere in relazione l'avanzata del diritto antidiscriminatorio con la ritirata della norma inderogabile. Quest'ultima espressione andrebbe, però, meglio specificata: a *ritirarsi* sono state le norme inderogabili (o meglio, alcune di esse), molto più che l'inderogabilità delle norme, per quanto quest'ultima sia stata anch'essa coinvolta nel processo di parziale smantellamento delle tutele giuslavoristiche sviluppatosi nel trentennio che ci separa dal Congresso di Gubbio (ma, per certi versi, si potrebbe risalire al decennio precedente a quella data).

Del resto, proprio a Gubbio, Pietro Ichino consolidava la sua operazione culturale (già avviata nel corso del precedente Congresso di Udine nel 1991), fondata sulla demistificazione del valore protettivo della tutela inderogabile a contenuto antidiscriminatorio, accusata di penalizzare “il lavoratore più debole impedendogli di rendersi competitivo con quello più forte”: perché – domandavano gli economisti interpellati da Ichino – “chiamate tutela antidiscriminatoria a favore di un gruppo debole quella che in realtà è una tutela del gruppo più forte contro la concorrenza del gruppo debole?”²³⁶. La teoria *insiders/outsiders* istituiva così un nesso di causalità fra norme inderogabili e disoccupazione, predicando un rilancio della dimensione orizzontale (in termini di eguali *chances* di ingresso nel mercato del lavoro), a detrimento – però – della dimensione verticale dell'eguaglianza (in termini di protezione nel rapporto di lavoro).

Pensando a ciò che è accaduto negli anni successivi sul finire del XX secolo, verrebbe da dire che lo sventurato (diritto del lavoro) rispose – come la monaca di Monza – alla tentazione del “*mainstream* tecno-economico”, che “ha identificato nel diritto del lavoro il principale responsabile sia della crisi occupazionale [...] sia della segmentazione dei mercati del lavoro europei e delle relative disparità di trattamento (tra *insider* e *outsider*, garantiti e precari, subordinati e «atipici», ecc.)”²³⁷.

Tendenzialmente, la flessibilizzazione/riduzione delle tutele, sacrificate sul doppio altare della occupabilità dei lavoratori e della competitività delle imprese, si è realizzata attraverso la ri-regolazione, ossia la sostituzione di regole con altre regole (ad esempio, la tutela monetaria al posto di quella restitutoria in caso di licenziamenti), più di rado attraverso la de-regolazione secca di vincoli (come nel caso del collocamento o del regime di causalità per il contratto a termine fino a 12 mesi) ovvero mediante la devoluzione normativa (a volte chiamata ‘deregolamentazione’) in favore dell'autonomia collettiva (che ha reso la legge, come – a volte – si suole dire, semi-imperativa). Molto meno frequente è che sia stato rimosso direttamente il *congegno* della inderogabilità, a beneficio della valorizzazione dell'autonomia privata. Un esempio è quello della abilitazione del patto modificativo, anche in senso peggiorativo, delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, a seguito della riscrittura dell'art. 2103 c.c., operata dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015. Se poi per autonomia privata si intende quella collettiva, viene in mente, per tutti, l'art. 8, d.l. n. 138/2011 e la dirompente figura del contratto collettivo di prossimità.

²³⁶ P. ICHINO, 1996, p. 316.

²³⁷ A. PERULLI, V. SPEZIALE, 2022, p. 10.

Ritirandosi o perdendo forza, le norme inderogabili lasciano maggiore spazio di manovra al potere datoriale (al gas che si espande, secondo la metafora adoperata *supra*, § 2). Questo scenario alimenta la percezione che nell'era del diritto del lavoro derogabile (con le precisazioni appena fatte) non resti che chiamare in soccorso i soldati di Salamina, vale a dire i divieti di discriminazione, in qualità di difensori ultimi dei diritti assoluti della persona²³⁸.

In ogni caso, l'alternativa fra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio (a volte, erroneamente percepito come una sorta di corpo estraneo al diritto del lavoro) non si pone sul piano del rapporto tra eteronomia ed autonomia: infatti, i divieti di discriminazione sono espressione della massima compressione della volontà negoziale, sulla quale essi esercitano un comando proibitivo-repressivo a cui quest'ultima non può sottrarsi. Accade pure che la proibizione, ossia l'obbligo di astenersi da comportamenti discriminatori, si accompagni all'imposizione – nel caso degli accomodamenti ragionevoli – di un obbligo di contenuto positivo, la cui violazione costituisce un'ipotesi di discriminazione.

A ben guardare, nulla impone di accedere ad una logica “oppositiva, e non integrazionista”: si tratta di “strumenti complementari e non autoescludenti, che, pur mantenendosi differenziati quanto a logiche e a strumenti anche processuali, si giustappongono in una logica unitariamente rimediale”²³⁹.

Piuttosto, il diritto antidiscriminatorio non si esaurisce nella imposizione di divieti o comandi, ma attinge ad una specifica tecnica di regolazione contraddistinta “dalla incentivazione dei comportamenti conformi alla norma” (ossia al precetto finalizzato alla rimozione della discriminazione), “nonché dalla predisposizione di regole procedurali e premiali finalizzate a indirizzare l'attività dei privati”²⁴⁰.

Indubbiamente, benché si pongano in continuità e non certo in contrasto con i divieti di discriminazione, le azioni positive “comportano consapevolezze e problemi differenti”, perché “mirano dichiaratamente a *promuovere una società in qualche modo diversa*” e, per questo, sottopongono a tensione la realtà²⁴¹.

Senza ripercorrere l'itinerario che trova la sua origine nelle *affirmative actions* di derivazione nordamericana (a partire dal kennedyano *Executive order* del 1961), passa attraverso l'ordinamento dell'Unione europea (Raccomandazioni, Direttive e Trattati) e giunge al nostro codice delle pari opportunità, le azioni positive possono ritenersi complementari alla disciplina antidiscriminatoria (anche se non attraversano egualmente la generalità dei fattori di rischio), caratterizzandosi come rimedio preventivo e temporaneo (perché giustificato finché permane la situazione di disuguaglianza e sotto-rappresentazione del gruppo considerato) alle discriminazioni di natura collettiva (che colpiscono, almeno potenzialmente, tutti gli o le appartenenti ad un determinato gruppo). Nella loro multiforme articolazione, esse condividono la finalità di promuovere attivamente l'eguaglianza (o la giustizia, se preferisce la ricostruzione di Lara Lazzeroni²⁴²) sostanziale, brandendo la spada (per esigere un intervento riequilibratore) e non solo impugnando lo scudo (per bloccare un attacco dannoso), secondo la metafora delle corti anglosassoni ripresa da Luciano Ventura e resa famosa da Marzia Barbera.

²³⁸ M. BARBERA, 2013, p. 143.

²³⁹ B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, 2020, pp. 41-42.

²⁴⁰ E. GHERA, 1995, p. 15.

²⁴¹ A. ZOPPOLI, 2011, p. 116. È sempre attuale la formula del diritto diseguale, che ebbe successo grazie al volume di L. GAETA, L. ZOPPOLI, 1992.

²⁴² La quale, in linea con l'impostazione complessiva della sua riflessione, precisa che “le politiche di pari opportunità non hanno di mira l'ottenimento delle condizioni giuridiche *soggettive* in relazione a determinati beni [...] quanto piuttosto di intervenire nei confronti delle *pre-condizioni oggettive* limitative, in maniera «ingiusta» appunto, per il contesto preso a riferimento, dell'acquisizione di quelle posizioni giuridiche soggettive da parte di *talune* categorie di individui” (L. LAZZERONI, 2011, p. 253).

Esse si iscrivono nell'ambito di quel meccanismo di controllo e di organizzazione sociale che Norberto Bobbio aveva definito *tecnica dell'incoraggiamento*, volta a indurre – attraverso l'attribuzione di un vantaggio (nel nostro caso, al datore di lavoro) – l'adozione di un comportamento *superconforme*²⁴³, piuttosto che l'apposizione di limiti esterni all'autonomia contrattuale.

La norma premiale, in costante espansione nella nostra materia, non è spiegabile attraverso la tradizionale “*metafora della cornice*”, con la quale si esprimeva “l'auspicio di un diritto composto soltanto di *norme proibitive*, mentre lo spazio residuo cadrebbe nella piena libertà dei singoli”²⁴⁴: la tecnica dell'incentivazione/disincentivazione contraddice tale immagine, perché non si propone di costituire alcun vincolo all'autonomia privata, ma di agire proprio in quello spazio residuo, affinché i privati indirizzino i propri comportamenti verso i fini prescelti dalla norma promozionale.

Le finalità possono essere comuni, consistendo nella correzione dei risultati della libertà contrattuale e quindi – più in generale – degli esiti spontanei del mercato. Nel caso delle azioni positive, le finalità di tali misure sono riassumibili nella rimozione degli ostacoli alla realizzazione dell'eguaglianza sostanziale, che concorrono ad affermare, assieme alle altre due aree normative finalizzate a tale obiettivo, ossia la discriminazione indiretta e gli accomodamenti ragionevoli.

Sul piano dei risultati perseguiti, vi è – però – un'importante differenza: mentre la norma inderogabile può valutarsi in termini di *effettività*, misurandone il grado di obbedienza da parte di coloro ai quali si rivolge, per la norma promozionale, il giudizio dovrà spostarsi sul piano della *efficacia*, intesa come idoneità a raggiungere il fine desiderato. Una disposizione che distribuisca premi, facilitazioni o vantaggi, infatti, non potrà mai dirsi obbedita o disobbedita, violata o rispettata; di essa si potrà soltanto misurare la capacità di condizionare realmente il comportamento dei privati, i quali – nel caso non assumano la condotta incentivata – non subiranno nessun'altra conseguenza, se non la mancata fruizione del premio loro offerto. Nella logica del diritto promozionale, il comportamento, che non si orienti al fine perseguito dall'ordinamento, non si pone *contra legem*, ma si limita a disattendere gli auspici riposti nell'incentivo, i risultati sperati ma non imposti.

Un esempio lampante è quello della “premialità di parità” di cui all'art. 5, l. n. 162/2021, che si articola in un esonero contributivo (fino a 50.000 euro per ciascuna azienda) e in un punteggio premiale per la valutazione, da parte di autorità titolari di fondi europei nazionali e regionali, di proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti. Qui il comportamento *superconforme* è rappresentato dalla certificazione della parità di genere (prevista dall'art. 46-*bis*, d.lgs. n. 198/2006), che fonda una sorta di responsabilità sociale *gender-sensitive*, attraverso una “moderna forma di *soft law* a grimaldello culturale”, nella speranza di “accrescere i livelli di maturità organizzativa aziendale in materia di parità”²⁴⁵.

Il novero delle disposizioni incentivanti (*genus* di cui le azioni positive sono *species*) è amplissimo: solo per limitarsi agli ambiti ricompresi tra i fattori di discriminazione, si possono citare le misure a vantaggio dei lavoratori stranieri e dei lavoratori disabili.

La coerenza con il diritto antidiscriminatorio non è sempre attestabile: anzi, quando si prevede uno svantaggio per il soggetto beneficiario (al fine di renderne più ‘appetibile’ l'assunzione), siamo di fronte a una misura ‘ablativa’ erroneamente

²⁴³ N. BOBBIO, 1977, p. 29.

²⁴⁴ N. IRTI, 1998, p. 37.

²⁴⁵ L. ZAPPALÀ, 2022, p. 14.

spacciata per azione positiva, che sacrifica la parità di trattamento in nome dell'occupabilità delle categorie svantaggiate²⁴⁶.

Su un altro fronte, non possono ricondursi alla figura delle azioni positive le disposizioni che tutelano minoranze portatrici di differenze identitarie da logiche di assimilazionismo: ad esempio, l'attribuzione ai lavoratori di religione ebraica del diritto di godere del riposo sabbatico come riposo settimanale (*ex art. 4, l. n. 101/1989*), non costituisce un'azione positiva “ma il riconoscimento della loro differenza e la sua valorizzazione giuridica attraverso la previsione di una disciplina differente da quella degli altri lavoratori”²⁴⁷.

La dimensione puramente ‘volontaristica’ dell'adesione al contenuto dell'azione positiva è circoscritta al settore privato, stante l'obbligatorietà dell'adozione di alcune misure di tale natura da parte della pubblica amministrazione (per quanto tenue sia la loro effettività). Non volontarie devono dirsi pure quelle misure che scaturiscono dall'ordine giudiziale di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate *ex art. 37, d.lgs. n. 198/2006*.

Fisiologicamente, man mano che si espande la consistenza del vantaggio promesso, l'accesso al beneficio smette di essere semplicemente un premio, per così dire, ‘aggiuntivo’, ma finisce per rappresentare un momento significativo dell'agire imprenditoriale, come avviene nel contesto delle misure generate dal Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Infatti, secondo la nuova normativa, la partecipazione a bandi di gara, avvisi e inviti nell'ambito delle procedure afferenti agli investimenti pubblici coperti dai finanziamenti pubblici del PNRR, è subordinata anche all'assunzione dell'obbligo di “assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile” (*art. 47, 4° comma, d.l. n. 77/2021*). È pur vero che le stazioni appaltanti possono sottrarsi all'obbligo di inserire tale previsione, oppure stabilire una quota inferiore al 30%, “dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche” (*art. 47, 7° comma*). La condizionalità rappresenta un meccanismo volontaristico ‘impuro’, con il quale si intende perseguire il raggiungimento di un determinato risultato normativo: nella nostra materia, l'ambito più noto è rappresentato dall'applicazione del contratto collettivo negli appalti pubblici (*art. 11, d.lgs. n. 36/2023*). Rispetto all'accesso alla gara, essa produce un *aut/aut*, diversamente dalla successiva previsione che contempla una ulteriore premialità (operante non ai fini dell'accesso, ma in termini di punteggio aggiuntivo), per i comportamenti indicati nell'*art. 47, 5° comma, d.l. n. 77/2021*, distribuiti tra il passato e il futuro.

In ogni caso, le azioni positive completano e non contraddicono il diritto antidiscriminatorio (non sono, cioè, discriminazioni “alla rovescia”), per la stessa ragione per cui esse non derogano al principio di eguaglianza, ma ne sono

²⁴⁶ L. CALAFÀ, 2005, p. 289, la quale – correttamente – spiega che le azioni positive “devono presentare una propria e palese capacità migliorativa di una data situazione (di impresa, di mercato, socio-culturale) impedendo il riallineamento del trattamento verso il basso”. Giunge a considerare il diritto diseguale ‘ablatoivo’ “in aperto contrasto con il principio di eguaglianza”, G. DE SIMONE, 2005, p. 50. Sul tema, v. pure M. NOVELLA, 2004.

²⁴⁷ M.G. GAROFALO, 2002, p. 13, nt. 7. Inoltre, “la finalità delle azioni positive non può dirsi pienamente garantita fino a quando il gruppo non abbia, nel suo complesso, recuperato lo svantaggio”; al contrario, “la tutela del singolo nel caso delle norme speciali è diretta ed immediata; tant'è che solo indirettamente, e raramente, si prefigurano anche come una modalità di difesa degli interessi di gruppo piuttosto che di quello del singolo” (L. LAZZERONI, 2011, pp. 268-269).

l'attuazione. Ciò vale non solo nell'ordinamento interno, ove una lettura coordinata dei due commi dell'art. 3 Cost. esclude contraddizioni interne al principio nelle sue manifestazioni positive (v. *supra*, § 4), ma anche sul piano eurounitario, ove l'art. 23 della Carta di Nizza supera "d'un balzo tutti i legittimi dubbi in merito alla compatibilità delle azioni positive con una nozione di eguaglianza formale apparentemente così rigida come quella disegnata dal Trattato"²⁴⁸. Secondo quella disposizione, il principio di parità (con cui il lessico comunitario intende l'eguaglianza) non impedisce il mantenimento o l'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato. Ancor prima, il nuovo art. 119 TCE (ora art. 157 TFUE) indicava – come fine da raggiungere – quello della "effettiva e completa" parità uomo/donna nella vita lavorativa e, per questo, ammettendo il mantenimento o l'adozione di misure contenenti "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".

Il riferimento al sesso sottorappresentato (frutto dell'influenza esercitata dalla sentenza *Kalanke*) ha aperto una breccia, nella quale si è infilata una prospettiva *gender-neutral* o, quantomeno un indebolimento della "colorazione di genere" delle azioni positive, peraltro ricavabile anche dalla generalizzazione dello strumento, presente nelle direttive di seconda generazione (art. 5, Direttiva 2000/43/CE e art. 7, par. 1, Direttiva 2000/78/CE)²⁴⁹. Il nostro codice delle pari opportunità tra uomo e donna, dopo aver reso omaggio nella disposizione di apertura (art. 1, 3° comma, d.lgs. n. 198/2006) alla declinazione eurounitaria del principio di parità, dismette subito l'approccio simmetrico sia nella norma generale sulle azioni positive (art. 42), sia in quella dedicata alle azioni positive nelle pubbliche amministrazioni (art. 48).

Eppure, il fantasma della 'vittima innocente', apparso in sogno – per la prima volta – alla giurisprudenza nordamericana²⁵⁰, continua a mostrarsi in qualche notte di luna piena e resta il punto nevralgico del bilanciamento assiologico insito nella questione del diritto diseguale, nonostante le correzioni apportate dalla Corte di Giustizia nel trittico dei casi *Marshall*, *Badeck* e *Abramsson*. Da questi ultimi emerge la legittimità dei trattamenti preferenziali, purché non realizzino meccanismi di "preferenza assoluta e incondizionata" a vantaggio di un sesso rispetto all'altro e purché riservino la possibilità di un controllo giudiziale sulla congruità del trattamento adottato.

L'azione positiva resta, infatti, uno strumento da maneggiare con cura, "come dimostra il serrato «confronto» giurisprudenziale e dottrinale che si è sviluppato sulle azioni positive realizzate mediante riserva di quote e di preferenze: vero e proprio banco di prova delle caratteristiche e dei limiti ordinamentali dei *preferential treatment*"²⁵¹, di cui non bisogna trascurare l'eterogeneità dei possibili contenuti.

Non vi è dubbio che un'integrale assimilazione di "sporadiche situazioni di sottorappresentazione maschile, riguardanti per lo più attività lavorative scarsamente remunerate (come l'insegnamento nelle scuole di grado inferiore), alle diffuse e radicate condizioni di penalizzazione femminile", produrrebbe uno stravolgimento della logica del diritto diseguale, su cui si fondano le azioni

²⁴⁸ L. CALAFÀ, 2002, p. 332. Si supera così la contrapposizione, presente in dottrina, tra azioni positive come "programma" e azioni positive come "discriminazioni alla rovescia", perché – sia pure eccezionalmente – attributive di risultati (cfr. F. BORGOGELLI, 1992).

²⁴⁹ M. BARBERA, 2008, p. 12.

²⁵⁰ Cfr. M.V. BALLESTRERO, 1988.

²⁵¹ P. CHIECO, 2005, p. 420. Per una ricostruzione del dibattito, v. C. ALESSI, 2019.

positive²⁵²: infatti, la sottorappresentazione maschile in quelle attività non è frutto di una gerarchizzazione sociale.

Le recenti novità normative in materia concorsuale risentono della pulsione ‘neutralista’, in controtendenza con il processo da cui traggono impulso. Secondo il PNRR, l’obiettivo trasversale della mobilitazione delle energie femminili giustifica l’adozione di nuovi meccanismi di reclutamento e di progressione di carriera nella P.A.

La sua traduzione normativa lascia perplessi, a partire dall’art. 5, d.l. n. 36/2022, ove si prevede l’adozione di misure che attribuiscono vantaggi specifici ovvero evitino o compensino svantaggi nelle carriere “al genere meno rappresentato”. Conseguentemente, il d.p.r. n. 82/2023 declina “l’equilibrio di genere nelle pubbliche amministrazioni” in termini puramente statistico-attuariali, guardando alla “percentuale di rappresentatività dei generi nell’amministrazione che lo bandisce” (calcolata alla data del 31 gennaio dell’anno precedente). Qualora si determini un differenziale tra i generi superiore al 30%, si applica – a parità di qualificazione – la preferenza a favore del genere sottorappresentato. Peraltro, stando al dato letterale della norma, il calcolo della percentuale è effettuato sull’intero organico dell’amministrazione e non sulla qualifica o profilo di riferimento, mostrandosi *unconscious* nei confronti della singola posizione lavorativa²⁵³.

Oltre venti anni fa Gianni Garofalo segnalava la inconsistenza logica, prima che giuridica, della distinzione tra azioni positive attributive di un risultato e quelle attributive di pari opportunità di realizzarlo, non foss’altro perché “ogni risultato può essere letto come strumento per realizzare qualche altra cosa e ogni strumento, sotto qualche profilo, potrebbe essere considerato un fine in sé”²⁵⁴.

Alla fine, se non si riconosce a tale questione “un rilievo superindividuale”²⁵⁵, ci si ritrova al punto di partenza: l’obiezione ‘meritocratica’ funziona sempre come il pupazzo a molla che esce dalla scatola. Ciascuno rivendicherà – legittimamente, dal proprio punto di vista – “il diritto ad essere giudicato come un individuo e non come membro di un gruppo”²⁵⁶.

E infatti, “nell’ideologia del merito l’uguaglianza delle opportunità è inquadrata in un’ottica meramente individuale” e, per questo, sta diventando – come ha ricordato Papa Francesco – “una legittimazione etica della disuguaglianza”, se non addirittura della discriminazione, come accade quando un prestigioso liceo classico arriva a vantarsi, nel proprio Rapporto di autovalutazione, che “*la percentuale di alunni svantaggiati per condizione familiare è pressoché inesistente*” e “*tutto ciò favorisce il processo di apprendimento*” ovvero rappresenta (come si legge nel Rapporto di un altro liceo, ove si cita espressamente la categoria

²⁵² D. IZZI, 2005, pp. 254-255.

²⁵³ Capita così che – alla fine dello scorso anno – un Comune pubblici un bando nel quale, a parità di titoli e meriti, si cerca un ingegnere maschio, per compensare l’eccessiva presenza femminile in quella amministrazione: sembra la nemesi di un altro aspirante ingegnere (in quel caso, paesaggista), il celebre signor *Kalanke*. La stessa preferenza, qualora il differenziale tra i generi sia superiore al 30%, è comparsa – nel medesimo periodo e sempre in applicazione del d.p.r. n. 82/2023 – nel bando ministeriale per dirigente scolastico pubblicato lo scorso 19 dicembre.

²⁵⁴ M.G. GAROFALO, 2002, p. 20; insomma, anche la redistribuzione di opportunità “consiste, in un momento dato, nella redistribuzione di un risultato, poiché ciò che si toglie ad uno si dà ad un altro” (M. BARBERA, 2008, p. 7). Come ha scritto M. AINIS, 1999, p. 364, anche “la più blanda delle azioni positive [...] lascia sul campo ... almeno qualche vittima, perché giocoforza altera le condizioni in cui altrimenti si sarebbe svolta la partita”.

²⁵⁵ T. TREU, 1988, p. 76. Nello strumento delle azioni positive, all’epoca coniato dalla l. n. 125/1991, M. D’ANTONA, 1992, p. 603, riscontrava “la tendenza a *sacrificare l’uguaglianza formale tra gli individui a favore dell’uguaglianza sostanziale tra i gruppi*”.

²⁵⁶ D. MORONDO TARAMUNDI, 2002, p. 313.

dei “nomadi”) “*un background favorevole alla collaborazione ed al dialogo fra scuola e famiglia*”²⁵⁷.

Seguendo questa china, si torna inevitabilmente alle radici individualistiche del pensiero moderno, che reclamano di trattare ciascuno e ciascuna esclusivamente per quello che vale, facendo astrazione da ogni altro elemento. Con questo, non si vuole affatto escludere che le azioni positive debbano preoccuparsi di misurare il proprio impatto sulla realtà, ma si vuole richiamare la necessità di affinare il metro della misurazione. In altri termini, “l’espressione «eguaglianza di opportunità» è spesso vaga proprio perché non vengono esplicitati «tutti gli elementi che la compongono»”²⁵⁸ e che alterano – fino a truccare – la competizione nei luoghi delle relazioni sociali.

Non si può non fare i conti con il canone meritocratico (nella sua lontana ascendenza illuministica, volta ad abbattere i privilegi di *status*), allorquando si tratti di una misura protesa all’aggiudicazione di posti di lavoro vacanti (soprattutto ove ciò avvenga sotto l’egida dell’art. 97 Cost.), ma bisogna essere pronti a reagire ad una certa tirannia del merito, che ci costringe a vivere in una società di vincitori e di perdenti, senza spiegarci l’inganno sottostante: in assenza di pari opportunità, vincerà sempre chi ha più mezzi e chi perde crederà di dover incolpare solo sé stesso²⁵⁹.

Rileggendo in una prospettiva di genere il tema dell’eguaglianza di opportunità attraverso la teoria delle capacità di Amartya Sen e Martha Nussbaum, si è suggerito di determinare la legittimità dell’intervento promozionale, dando rilievo centrale alla “affermazione delle dignità”, piuttosto che alla “distinzione fra opportunità e risultati”. Della dignità si farebbe portatrice – in quest’ottica – la libertà sostanziale, intesa come libertà di autodeterminazione, da garantire attraverso “i trattamenti differenziati necessari per assegnare capacità”, al fine di “rimuovere gli ostacoli presenti nella struttura sociale, altrimenti insensibili all’azione del diritto, che limitano la libertà delle donne di autodeterminarsi violandone la dignità”²⁶⁰.

Non si tratta di autodeterminazione individuale in senso liberale (ossia non interferenza dell’autorità pubblica), bensì di libertà dal dominio, che il diritto del lavoro già persegue attraverso le proprie tecniche regolative (distribuite fra norme cogenti e norme promozionali), “nella sua funzione di riduttore/regolatore dell’insicurezza e dell’assoggettamento del lavoratore al potere dell’impresa”²⁶¹.

In questa dimensione, la libertà consente di contrastare il dominio e, quindi, di non subire le scelte altrui, fornendo a tutti i suoi destinatari la medesima protezione. Essa scava “uno spazio vuoto, che occorre riempire di scelte” (per tornare allo scritto di Riccardo Del Punta con il quale ho aperto il cammino)²⁶². Si mobilita, a questo punto, quella che già Massimo D’Antona chiamava *la sfida delle differenze*: differenze di “genere, di razza, di età, di programma di vita, di status, di forme di organizzazione e di identità collettiva, che chiedono la libertà di esprimersi e di essere riconosciute, ma che non possono esserlo senza un costante controllo dell’uguaglianza delle condizioni di partenza”²⁶³.

²⁵⁷ M. BOARELLI, 2019, *passim* (il corsivo è nel testo).

²⁵⁸ G. DE SIMONE, 2001, p. 243, citando A. SCHIAVELLO, 2000, p. 79.

²⁵⁹ Si veda, in proposito, M.J. SANDEL, 2021. C’è da aggiungere, però, che “il concetto di eguaglianza di opportunità ha confini molto elastici, che lo rendono utilizzabile al servizio di concezioni molto diverse dell’eguaglianza” (M. BARBERA, 1996, p. 215).

²⁶⁰ M.L. VALLAURI, 2023, p. 41. Per una lettura congiunta delle tesi di Sen e Nussbaum, v. S.F. MAGNI, 2003.

²⁶¹ A. PERULLI, 2022, p. 103; per la tesi della libertà come non dominio, v. P. PETTIT, 2000.

²⁶² R. DEL PUNTA, 2023, p. 221.

²⁶³ M. D’ANTONA, 1994, p. 40. La discussione era stata già avviata da S. SIMITIS, 1990, p. 105, secondo cui “l’autodeterminazione del singolo lavoratore è la sua realizzazione come persona”.

Per riempire lo spazio vuoto, preservato dal dominio, si cercano formule concettuali adeguate, tra le quali raccoglie consensi l'idea della *soggettivazione regolativa*, in cui trovano forma “gli aspetti di *agency* della persona, intesa come realizzazione di obiettivi e valori che essa ha motivo di perseguire, nonché la libertà di *well-being*, intesa come libertà di acquisire capacità”²⁶⁴.

Questa tesi radica il cammino del diritto del lavoro lungo il sentiero della libertà sociale, che si identifica con le relazioni di *riconoscimento*: una categoria filosofico-politica di derivazione hegeliana, che ha avuto fortuna in contrapposizione a quella di *redistribuzione*²⁶⁵. Continuo a pensare che abbia ragione Nancy Fraser, quando la descrive come una falsa antitesi, aderendo ad una concezione bidimensionale (o bifocale) delle differenze sociali e, conseguentemente, della giustizia: il genere e la razza, ad esempio, producono una ingiustizia percepibile sia in termini di maldistribuzione che in termini di misconoscimento.

Solo una visione bifocale è in grado di percepire che la lotta per le risorse materiali non può essere ridotta in una dimensione puramente economicistica, esattamente come la sfida delle differenze non può essere ridotta in una dimensione puramente culturalista.

Solo un approccio non monista, ma dialogico tra i due poli, che non stabilisca priorità, è in grado di affrontare la complessità del nostro tempo. Per di più, non bisogna trascurare che né il riconoscimento né la redistribuzione si ricevono in regalo, ma camminano sulle gambe della Storia e delle soggettività sociali che la animano.

Del resto, non bisogna mai dimenticare che – anche nella loro accezione sostanziale, predicata dal capoverso dell'art. 3 Cost. – libertà ed eguaglianza (nate – con parto gemellare – dal ventre della modernità giuridica) conservano una traiettoria comune: almeno lì, nessuna viene *prima* dell'altra.

Dunque, nessuna abdicazione all'approccio tradizionale fondato sul binomio norma inderogabile/contropotere collettivo e al suo fondamentale compito redistributivo, senza il quale vi sarebbero solo regressione ed erosione degli spazi di libertà e di riconoscimento sin qui conquistati.

Nessun cedimento alla ideologia di un diritto del lavoro ‘maggiorenne’, pronto ad emanciparsi dal ‘paternalismo’ dell'eguaglianza e a consegnarsi “a quel centaurico giusnaturalismo artificiale” rappresentato dalle leggi di mercato²⁶⁶.

Si tratta, semmai, di riempire lo spazio liberato dal dominio con ulteriori opportunità, con nuovi dispositivi capacitanti (sul terreno della formazione, dei

Vengono in mente, pure, le considerazioni di B. TRENTIN, 1998, p. 228: “la libertà e l'autorealizzazione della persona, in tutte le forme di lavoro e attività in cui viene messo alla prova un progetto personale, il quale definisce l'identità di un individuo che vive in collettività, appaiono così, oggi più di ieri, il solo cemento possibile di un nuovo contratto sociale”.

²⁶⁴ A. PERULLI, 2018, p. 42. A questa prospettiva ha aderito, di recente, S. CIUCCIOVINO, 2022, p. 93 proponendo (a proposito di formule) una bipartizione tra “inderogabilità *emancipatrice*” e “inderogabilità *standardizzatrice*”: “la prima risponde ad un bisogno di tutela del contraente debole e di protezione della dignità e della persona umana a riequilibrio della disparità di potere che vede il lavoratore (subordinato) svantaggiato dal punto di vista contrattuale, di mercato ed economico-sociale nei rapporti di produzione”, la seconda “risponde principalmente ad un ideale di uguaglianza e livellamento dei trattamenti, che a sua volta è strettamente connesso alla netta prevalenza della dimensione *collettiva* e omologante del tradizionale sistema protezionistico del diritto del lavoro”.

Il discorso si può allargare fino a considerare “l'idea di uno sviluppo incentrata sulla persona in una logica di autodeterminazione e di autorealizzazione al di là delle garanzie individuali e collettive costruite intorno al lavoro dipendente”: un'idea che “si può scorgere nel successo crescente di teorie che si possono considerare collaterali al giuslavorismo quanto a sfera di incidenza” (A. VIMERCATI, 2016, p. 752).

²⁶⁵ N. FRASER, A. HONNETH, 2020.

²⁶⁶ M. CACCIARI, 2013, p. 123.

saperi, della liberazione del tempo, del benessere non solo materiale, ecc.), qualificabili come trattamenti migliorativi nella logica della norma inderogabile, oppure consistenti in diritti potestativi specifici: comunque protesi verso un progetto di realizzazione esistenziale della persona, prima, durante e oltre il lavoro (del quale – però – non si perda di vista la centralità).

È in quel punto che il diritto del lavoro può svolgere la sua funzione di testimone della staffetta, certificando l'avvenuto contatto tra eguaglianza e libertà e la continuità della corsa.

Forse, allora, (ri)scopriremmo che l'eguaglianza serve a realizzare le condizioni per esercitare la libertà come "garanzia di espansione sociale" (secondo le parole, sempre attuali, di Piero Calamandrei²⁶⁷): insomma, la libertà non di restare appollaiati su un albero, ma di partecipare paritariamente, ciascuno con le proprie differenze e i propri bisogni.

È l'eguaglianza che rende liberi di essere diversi.

²⁶⁷ "I diritti di libertà non devono [...] concepirsi, in regime democratico, come il recinto di filo spinato entro cui il singolo cerca scampo contro gli assalti della comunità ostile, ma piuttosto come la porta che gli consente di uscirs dal suo piccolo giardino sulla strada, e di portare di lì il suo contributo al lavoro comune: libertà, non garanzia di isolamento egoistico, ma garanzia di espansione sociale" (P. CALAMANDREI, 1946, p. XVI).

Riferimenti bibliografici

- AA.VV., (1955), *La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- AA.VV. (2018), *Disability studies e inclusione. Per una lettura critica delle politiche e pratiche educative*, Erickson, Trento.
- AIMO M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, p. 43 ss.
- AINIS M. (1999), *Cinque regole per le azioni positive*, in *QC*, p. 359 ss.
- ALES E. (2023), *La Corte di Giustizia torna sul lavoro autonomo: un'occasione persa*, in *DLM*, II, p. 313 ss.
- ALESSI C. (2017), *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Futura, Roma, p. 99 ss.
- ALESSI C. (2019), *Le azioni positive*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, p. 501 ss.
- ALESSI C. (2021), *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *RIDL*, IV, p. 613 ss.
- ALESSI C. (2023), *La Convenzione Ilo sulla violenza e le molestie sul lavoro*, in *LD*, p. 577 ss.
- ALESSI C., BORELLI S. (2019), in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, p. 271 ss.
- ANGELINI L. (2023), *La configurazione dello straining nei più recenti approdi della Suprema Corte in tema di danno alla salute da costrittività organizzativa*, in *RIDL*, II, p. 21 ss.
- ANGIELLO L. (1979), *La parità di trattamento nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- AGRÒ A.S. (1974), *Art. 3. Il principio di eguaglianza formale*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione a cura di Principi fondamentali Art. 1-12*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, p. 123 ss.
- ALPA G. (1993), *Status e capacità*, Laterza, Bari.
- ARENDT H. (2005), *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano.
- ARFINI E.A.G. (2014), *La ricercatrice vulnerabile. Percorsi narrativi di co-costruzione di genere, sessualità e dis/abilità*, in G. Giuliani, M. Galletto, C. Martucci (a cura di), *L'amore al tempo dello tsunami. Affetti, sessualità, modelli di genere in mutamento*, ombre corte, Verona, p. 86 ss.
- ATREY S. (2018), *Comparison in Intersectional Discrimination*, in *Legal Studies*, n. 3, p. 379 ss.
- AVIO A., BUOSO S. (2023), *Caregivers e disabili nel labirinto della stratificazione regolativa*, in S. Renga (a cura di), *Lungo la strada della conciliazione: spunti per il dibattito*, Giappichelli, Torino, p. 39 ss.
- BALLESTRERO M.V. (1979), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, il Mulino, Bologna.
- BALLESTRERO M.V. (1988), *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti. Un breve resoconto della sentenza*, in *LD*, p. 53 ss.
- BALLESTRERO M.V. (1992), *A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro*, in *LD*, p. 577 ss.
- BALLESTRERO M.V. (1996), *La protezione concessa e l'eguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in A. Groppi (a cura di), *Il lavoro delle donne*, Laterza, Bari-Roma, p. 445 ss.
- BALLESTRERO M.V. (2005a), *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Italia all'Europa e viceversa*, in C. Smuraglia (a cura di), *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Europa all'Italia*, Ediesse, Roma.
- BALLESTRERO M.V. (2005b), *Riflessioni in tema di eguaglianza e discriminazioni*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, I, p. 127 ss.
- BALLESTRERO M.V. (2022), *Il posto delle donne nel diritto del lavoro*, in *LD*, p. 497 ss.
- BALZARINI R. (1955), *Relazione*, in *La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Atti del Convegno di Torino, 20-21 novembre 1954, Giuffrè, Milano, p. 4 ss.

- BANDELLONI G. (2023), *Tutti discriminati, nessuno discriminato: l'indebolimento del divieto di discriminazione per religione e convinzioni personali a opera della Corte di Giustizia*, in *RGL*, II, p. 215 ss.
- BARBERA M. (1991), *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- BARBERA M. (1994), *La nozione di discriminazione*, in M.V. Ballestrero, T. Treu (a cura di), *Commentario alla legge 10 aprile 1991, n. 125 in NLCC*, p. 46 ss.
- BARBERA M. (1996), *Intervento*, in Aa.Vv., *Lavoro e discriminazione*, Giuffrè, Milano, p. 207 ss.
- BARBERA M. (2003), *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, p. 399 ss.
- BARBERA M. (2004), *L'eguaglianza come spada e l'eguaglianza come scudo*, in P. Chieco (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, p. 29 ss.
- BARBERA M. (2007a), *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, p. XIX ss.
- BARBERA M. (2007b), *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, p. 77 ss.
- BARBERA M. (2008), *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII.
- BARBERA M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, I, p. 139 ss.
- BARBERA M. (2014), *Discriminazione e pari opportunità (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir. Annali VII*, p. 377 ss.
- BARBERA M. (2017), *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, p. 17 ss.
- BARBERA M. (2021), *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazioni*, in *LLI*, vol. 7, n. 1.
- BARBERA M. PROTOPAPA V. (2014), *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, II, p. 163 ss.
- BARBERA M., BORELLI, S. (2022), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 451/2022.
- BARBIERI M. (2019), *Il concetto di lavoro in Marx e il diritto del lavoro*, in *DD*, p. 147 ss.
- BARCELLONA P. (1994), *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*, Bollati Boringhieri, Torino.
- BARCELLONA P. (1998), *La parabola del soggetto giuridico moderno*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. I, Giuffrè, Milano, p. 89 ss.
- BAVARO V. (2024), *Su lavoro e libertà (Appunti per una critica del diritto su quattro preposizioni)*, in W. Chiaromonte, M.L. Vallauri (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, Firenze University Press, in corso di pubblicazione.
- BELLI R. (2023), *Alcune note sulla Legge delega n. 227 del 2021 che discrimina le persone disabili*, in *Giustizia Insieme*, 23 e 24 novembre.
- BELLO B.G. (2020), *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, FrancoAngeli, Milano.
- BELLOCCHI P. (2003), *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *ADL*, p. 157 ss.
- BERLIN I. (1956), *Equality*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, p. 301 ss.
- BERLIN I. (2000), *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, Milano.
- BERNARDINI M.G. (2021), *Dalla crisi del soggetto alle soggettività possibili: elementi per una teoria critica disabile del diritto*, in M.G. Bernardini, O. Giolo, a cura di, *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, p. 317 ss.
- BIASI M. (2017), *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano.
- BOARELLI M. (2019), *Contro l'ideologia del merito*, Laterza, Roma-Bari.
- BOBBIO N. (1958), *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO N. (1977), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano.

- BOBBIO N. (1984), *In difesa delle regole del gioco*, in N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino.
- BOBBIO N. (1990), *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- BOBBIO N. (2020), *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino.
- BONARDI O. (2023), *La discriminazione per motivi sindacali dopo la sentenza L.F. della Corte di Giustizia UE*, in www.italianequalitynetwork.it.
- BONARDI O., MERAVIGLIA C. (2017), *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Futura, Roma, p. 351 ss.
- BORELLI S. (2007), *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- BORELLI S. (2021), *Le Sezioni Unite sul crocifisso: tra principio di laicità, accomodamenti ragionevoli, sindacato antidiscriminatorio e tanti dubbi*, in *LDE*, n. 4.
- BORELLI S. (2022), *Sguardi sul diritto antidiscriminatorio e sulle recenti politiche di genere*, in *LD*, p. 502 ss.
- BORELLI S. (2023a), *Il diritto antidiscriminatorio si applica anche al lavoro autonomo*, in www.italianequalitynetwork.it.
- BORELLI S. (2023b), *I divieti di discriminazione e i divieti di ritorsione. Un puzzle da ricomporre*, in S. Renga (a cura di), *Lungo la strada della conciliazione: spunti per il dibattito*, Giappichelli, Torino, p. 99 ss.
- BORELLI S., GUARISO A., LAZZERONI L. (2019), *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di) *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, p.165 ss.
- BORGOGELLI F. (1992), *La tipologia delle azioni positive*, in L. Gaeta e L. Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale: la legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, p. 80 ss.
- BORTONE R. (1990), *Discriminazione (divieto di)*, in *Digesto*, V, p. 17 ss.
- BRETONE M. (2001), *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Laterza, Roma-Bari.
- BRONZINI G. (2023), *La sentenza della Corte di Giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi*, in www.italianequalitynetwork.it.
- BUTLER J. (2013), *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Laterza, Roma-Bari.
- BUTLER J. (2014), *Fare e disfare il genere*, Mimesis, Milano.
- CACCIARI M. (2013), *Il potere che frena*, Adelphi, Milano.
- CALAFÀ L. (2002), *Azioni positive nel diritto comunitario*, in M.G. Garofalo (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Cacucci, Bari, p. 321 ss.
- CALAFÀ L. (2005), *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza*, in *LD*, p. 273 ss.
- CALAFÀ L. (2007), *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, p. 171 ss.
- CALAFÀ L. (2022), *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in www.italianequalitynetwork.it.
- CALAMANDREI P. (1946), *L'avvenire dei diritti di libertà*, introduzione a F. Ruffini, *Diritti di libertà* (1975), La Nuova Italia, Firenze, p. VII ss.
- CALCATERRA L. (2024), *L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c. come accomodamento ragionevole*, in *LDE*, n. 1, p. 1 ss.
- CAMBIANO G. (1990), *Aristotele 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, p. 25 ss.
- CANFORA L. (2008), *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Laterza, Roma-Bari.
- CANFORA L. (2018), *Isonomia, isegoria, demokratia*, in G. Lucchetti (a cura di), *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, "L'ERMA" di BRETSCHNEIDER, Roma, 2018, p. 1 ss.
- CANTARELLA E. (2023), *Gli inganni di Pandora. L'origine delle discriminazioni di genere nella Grecia antica*, Feltrinelli, Milano.
- CARAVITA B. (1984), *Oltre l'eguaglianza formale*, Cedam, Padova.
- CARDINI F. (2014), *Corporazioni e plebi urbane*, in U. Eco (a cura di), *Storia della civiltà europea*, EncycloMedia Publisher.

- CARINCI M.T. (2013), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, Milano, p. 155 ss.
- CARNELUTTI F. (1965), *Meditazioni intorno al problema della scienza del diritto*, in *Scritti in onore di Paolo Greco*, Cedam, Padova, vol. I, p. 99 ss.
- CARUSI D. (1998), *Principio di eguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milano, p. 227 ss.
- CARUSO B. (2024), *Capability e diritto del lavoro: non solo teoria. Dialogando con Riccardo del Punta*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 479/2024.
- CARUSO B., DEL PUNTA R., TREU T. (2020), *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Università di Catania.
- CASALINI B. (2016), *Governo neoliberale dei corpi disabili e immaginari di resistenza*, in F. Zappino (a cura di), *Il genere tra neoliberismo e neofondamentalismo*, ombre corte, Verona, p. 86 ss.
- CASAVOLA F., *Tra eguaglianza e giustizia (Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale italiana: riflessioni tra storia e diritto)*, in *FI*, 1988, V, c. 91 ss.
- CASCIONE C.M. (2022), *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino.
- CATALDI S. (2013), *La polis in Aristotele*, in *La città. Frammenti di storia dall’antichità all’età contemporanea*, a cura di M. INTRIERI e P. SINISCALCO, Aracne, Roma, p. 15 ss.
- CATALINI P. (1992), *Eguaglianza di opportunità e lavoro femminile*, Jovene, Napoli.
- CAVARERO A. (2002), *Il pensiero femminista. Un approccio teoretico*, in A. Cavarero, F. Restaino, *Le filosofie femministe. Due secoli di battaglie teoriche e pratiche*, Mondadori, Milano, p. 78 ss.
- CELOTTO A. (2006), *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, p. 65 ss.
- CERI P. (2003), *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Laterza, Roma-Bari.
- CERRI A. (2005), *L’eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari.
- CERRONI U. (1968), *La libertà dei moderni*, De Donato, Bari.
- CHIAROMONTE W. (2020), *L’inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell’Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *VTDL*, p. 897 ss.
- CHIECO P. (1989), *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi nella giurisprudenza*, in *RGL*, I, p. 447 ss.
- CHIECO P. (2002), *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, I, p. 75 ss.
- CHIECO P. (2005), *Azioni positive e omosessualità: dalle aperture della direttiva 2000/78/CEE al silenzio del d.lgs. n. 215/2003*, in S. Fabeni, M.G. Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, Ediesse, Roma, p. 417 ss.
- CHIECO R. (2006), *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *RGL*, I, p. 599 ss.
- CICU A. (1965) *Il diritto di famiglia nello Stato fascista (1940)*, in *Scritti minori*, Giuffrè, Milano.
- CIGARINI L. (1993), *Libertà femminile e norma*, in *DD*, p. 95 ss.
- CIUCCIOVINO S. (2022), *Autodeterminazione dell’individuo e de standardizzazione controllata della regolazione lavoristica*, in *DRI*, p. 89 ss.
- COLORNI V. (1946), *L’eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Giuffrè, Milano.
- COMANDUCCI P. (1992), *Su “uguaglianza”*, in *LD*, p. 589 ss.
- CONSIGLIO E. (2020), *Che cosa è la discriminazione? Un’introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Giappichelli, Torino.
- COSIO R. (2023), *La tutela contro le discriminazioni nell’ambito di un’attività autonoma: verso un cambio di paradigma*, in *LG*, p. 257 ss.
- COSIO R. (2024), *Il divieto del velo islamico nei luoghi pubblici. La sentenza della Grande Sezione*, in GIUFFRÈFL.it.
- COTTA S. (1978), *Né giudeo, né greco, ovvero della possibilità dell’eguaglianza*, in Aa.Vv., *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando Editore, Roma, p. 27 ss.

- CRENSHAW K.W. (1989), *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago Legal Forum*, p. 139 ss.
- CRISAFULLI V. (1954), *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *RGL*, I, p. 67 ss.
- CRISTOFOLINI C. (2022), *Licenziamento per superamento del periodo di comporta e divieto di discriminazione per disabilità*, in *LG*, p. 1125 ss.
- CURCIO C. (1965), *Eguaglianza (dottrine generali)*, in *ED*, XIV, p. 510 ss.
- CURCIO L. (2022), *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne...*, in *QG*.
- D'ALOIA A. (2002), *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova.
- D'ALOIA A. (2021), *Eguaglianza, paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista AIC*, n. 4, p. 17 ss.
- D'ANTONA M. (1992), *Uguaglianze difficili*, in *LD*, p. 597 ss.
- D'ANTONA M. (1994), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti dell'X Congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè, Milano, p. 31 ss.
- D'ASCOLA S. (2022), *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale in VTDL*, p. 179 ss.
- DELOGU A. (2024), *"Adeguare il lavoro all'uomo": l'adattamento dell'ambiente di lavoro alle esigenze della persona disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti*, in www.ambientediritto.it.
- DEL PUNTA R. (2023), *Contratto di lavoro (teorie filosofiche)*, in *Enc. dir. I tematici*, VI, p. 204 ss.
- DE SIMONE G. (2001), *Dai principi alle regole: eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- DE SIMONE G. (2005), *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, p. 43 ss.
- DE SIMONE G. (2022), *Discriminazione*, in M. Novella, P. Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, p. 127 ss.
- DIAMANTI R. (2024), *La libertà come non dominio. Il contrasto all'uso arbitrario del potere attraverso la ragionevolezza, le clausole generali e l'abuso del diritto*, in *LDE*, n. 2.
- D'ONGHIA M., CIAVARELLA R. (2023), *Donne migranti in agricoltura*, in I. Canfora, V. Leccese (a cura di), *Le donne in agricoltura. Imprese femminili e lavoratrici nel quadro normativo italiano ed europeo*, Giappichelli, Torino, p. 64 ss.
- DOTTI U. (1997), *Storia degli intellettuali in Italia. I. Idee, mentalità e conflitti da Dante alla crisi dell'umanesimo*, Editori Riuniti, Roma.
- DUMONT L. (1984), *Homo aequalis. I. Genesi e trionfo dell'ideologia economica*, Adelphi, Milano.
- FABIANO L. (2009), *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Giappichelli, Torino.
- FEDERICI S. (2020), *Genere e Capitale. Per una lettura femminista di Marx*, DeriveApprodi, Roma.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ S. (2017), *Obesità e licenziamento: quali sfide alla luce della giurisprudenza comunitaria?*, in S. Fernández Martínez, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro e malattie croniche*, Adapt Labour Studies e-Book series, Modena, n. 64.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ S. (2022), *Libertà religiosa e lavoro*, Giappichelli, Torino.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ S. (2023), *La neutralità religiosa nella pubblica amministrazione, secondo la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 28 novembre 2023 (C-148/22)*, in www.labourlawcommunity.
- FERRAJOLI L. (1993), *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in *DD*, p. 49 ss.
- FERRAJOLI L. (2018), *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari.
- FINEMAN M.A. (2008), *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, n. 1, p. 1 ss.
- FIORITA N. (2011), in G. De Marzo, M. Capponi (a cura di), *Contrastare le discriminazioni*, Consiglio regionale della Toscana, Firenze.

- FORTINO M. (1981), *Parità dei sessi*, in *Enc. dir.*, XXXI, p. 696 ss.
- FOSSIER R. (2002), *Il lavoro nel Medioevo*, Einaudi, Torino.
- FRASER N., HONNETH A. (2020), *Redistribuzione o riconoscimento? Lotte di genere e disuguaglianze economiche*, Meltemi, Milano.
- FREDMAN S. (2002), *Discrimination Law*, OUP, Oxford.
- FREDMAN S. (2005), *Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 2, p. 13 ss.
- FROSINI R. (1976), *Paradosso dell'uguaglianza*, in *RIFD*, p. 540 ss.
- GAETA L., ZOPPOLI L. (1992), a cura di, *Il diritto diseguale: la legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino.
- GARDNER J. (2018), *Discrimination: The Good, the Bad, and the Wrongful*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, p. 55 ss.
- GAROFALO C. (2023), *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, p. 2 ss.
- GAROFALO D. (2019), *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, p. 1211 ss.
- GAROFALO D. (2023), *Formazione nel contratto di lavoro*, in *Enc. dir.*, I Tematici. VI. Contratto di lavoro, p. 670 ss.
- GAROFALO M.G. (1989), *Strumenti di effettività e legislazione sulla parità uomo-donna*, in M.L. De Cristofaro (a cura di), *Lavoro femminile e pari opportunità*, Cacucci, Bari, p. 95 ss.
- GAROFALO M.G. (2002), *Introduzione*, in M.G. Garofalo (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Cacucci, Bari, p. 11 ss.
- GENTILI A. (2009), *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *RCDP*, p. 207 ss.
- GHERRA E. (1995), *Azioni positive e pari opportunità*, in *DLRI*, p. 1 ss.
- GIACOMELLI L. (2018), *Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino.
- GIANFORMAGGIO L. (2005), *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, Bologna.
- GIOLO O. (2023), *Vulnerabilità, discriminazione e intersezionalità. Una relazione problematica*, in V. Lorubbio, M.G. Bernardini (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Erickson, Trento, p. 29 ss.
- GIUBBONI S. (2020), *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, Torino.
- GOTTARDI D. (2003), *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *DLRI*, p. 447 ss.
- GOTTARDI D. (2005), *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in S. Fabeni, M.G. Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Ediesse, Roma, p. 117 ss.
- GOTTARDI D. (2007), *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, p. 1 ss.
- GRECO M. (2024), *Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento del lavoratore disabile*, in *VTDL*, p. 69 ss.
- GROSSI P. (1999), *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari.
- GROSSI P. (2003), *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- GROSSI P. (2017), *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- GUAGLIANONE L. (2007), *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, p. 247 ss.
- GUARISO A. (2017), *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*, Futura, Roma, p. 399 ss.
- GUARRIELLO F. (2003), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *DLRI*, p. 339 ss.
- HEISENBERG W. (1953), *L'immagine della natura nella fisica contemporanea*, in Aa.Vv., *Le arti nell'età della tecnica*, Mimesis, Milano, 2001, p. 29 ss.
- ICHINO P. (1996), *Spunti critici sui costi della tutela antidiscriminatoria*, in *Lavoro e discriminazione*, Atti dell'XI Congresso nazionale di diritto del lavoro, Gubbio, 3-5 giugno 1994, Giuffrè, Milano, p. 315 ss.

- IRTI N. (1998), *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari.
- IRTI N. (2013), *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari.
- ISENBURG L. (1984), *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- IZZI D. (2000), *Discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo Seymour Smith*, in *LD*, p. 305 ss.
- IZZI D. (2003), *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie "di seconda generazione"*, in *DLRI*, p. 423 ss.
- IZZI D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli.
- IZZI D. (2022), *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, in *LD*, p. 512 ss.
- IZZI D. (2023), *Il velo islamico al lavoro e le discriminazioni per "religione o convinzioni personali" secondo la Corte di Giustizia*, in *RIDL*, II, p. 165 ss.
- KELSEN H. (1955), *Che cos'è la giustizia*, il Mulino, Bologna.
- LAFORGIA S. (2018), *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- LASSANDARI A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Cedam, Padova.
- LASSANDARI A. (2017), *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Futura, Roma, p. 189 ss.
- LATEGOLA O. (2017), *Il divieto di discriminazioni per età nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- LATOUR B. (2018), *Non siamo mai stati moderni*, elèuthera, Milano.
- LAVAGNA C. (1973), *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Cedam, Padova, p. 1573 ss.
- LAZZERONI L. (2007), *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, p. 379 ss.
- LAZZERONI L. (2011), *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, Giappichelli, Torino.
- LAZZERONI L. (2022), *Discriminazioni digitali*, in Aa.Vv., *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, p. 99 ss.
- LEARDINI C. (2022), *Trasparenza e rendicontazione in ottica di genere*, in *LD*, p. 759 ss.
- LEWIS T. (2011), *Multiple Discrimination – A Guide to Law and Evidence*, Central London Law Centre, London.
- LICANDRO O. (2018), *L'irruzione del legislatore romano-germanico*, in G. Luchetti (a cura di), *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, "L'ERMA" di BRETSCHNEIDER, Roma p. 251 ss.
- LIPARI N. (2020), *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *QG*, n. 1, p. 15 ss.
- LISO F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, F. Angeli, Milano.
- LO FARO A. (1997), *Immigrazione, lavoro, cittadinanza*, in *DLRI*, p. 535 ss.
- LO FARO (2024), *Identità religiose, lavoro e diritto: in difesa della neutralità*, in *LD*, p. 25 ss.
- LOI P. (2016), *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- LOY G. (2009), *La disabilità nelle fonti internazionali*, in C. Lamacchia (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, Roma, p. 33 ss.
- LOY G. (2015), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *Clausole generali e diritto del lavoro*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Roma, 29-30 maggio 2014, Giuffrè, Milano, p. 5 ss.
- LONZI C. (1974), *Sputiamo su Hegel*, Scritti di Rivolta Femminile, Milano.
- MACIOCE F. (2021), *La vulnerabilità di gruppo. Funzione e limiti di un concetto controverso*, Giappichelli, Torino.
- MACKINNON C. (1987), *Feminism Unmodified. Discourses on life and law*, Harward University Press, Cambridge.
- MAGAGNOLI S. (2023), *Divieti di discriminazione e lavoro autonomo: un primo passo nella ridefinizione dei confini del diritto del lavoro*, in *DLM*, p. 489 ss.

- MAGNI S.F. (2003), *Capacità, libertà e diritti: Armatya Sen e Martha Nussbaum*, in *Filosofia politica*, p. 497 ss.
- MALOMO A. (2022), *Principio di eguaglianza e rapporti civili*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- MALZANI F. (2020), *Benessere e sicurezza dei lavoratori: oltre la disabilità*, in *VTDL*, p. 967 ss.
- MARAGNO G. (2018), *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, p. 13 ss.
- MARELLA M.R. (2021), *Queen Eye for the Straight Guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in M.G. Bernardini, O. Giolo, a cura di, *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, p. 249 ss.
- MARINELLI F. (2017), *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio delle fattispecie*, Giuffrè, Milano.
- MARINELLI F., DOLAZZA L. (2022), *Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni per motivi religiosi sul luogo di lavoro*, in *DLRI*, p. 377 ss.
- MARINI G. (2021), *Il colore nel diritto: costruire la soggettività nell'esperienza della Critical Race Theory*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, p. 51 ss.
- MARINO D. (2021), *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *LD*, p. 399 ss.
- MASTROMARTINO F. (2021), *Contro l'eteronormatività. La soggettività queer di fronte al dilemma del riconoscimento giuridico*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, p. 231 ss.
- MATSUDA M.J. (1990), *Pragmatism Modified and the False Consciousness Problem*, in *Southern California Law review*, p. 1763 ss.
- MAZZOTTA O. (1992), *Eguaglianza, parità, pari opportunità*, in *LD*, p. 481 ss.
- MENGONI L. (1995), *Intervento*, in *Parità di trattamento e rapporto di lavoro subordinato*, Supplemento al Notiziario di giurisprudenza del lavoro, Roma, p. 32 ss.
- MERCAT-BRUNS M. (2016), *Discrimination at work. Comparing European, French and American Law*, University of California Press, Oakland.
- MILITELLO M., STRAZZARI D. (2019), *I fattori di discriminazione*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti. Strumenti. Interpreti*, Giappichelli, Torino, p. 85 ss.
- MINOW M. (1984), *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, 48, 2.
- MITCHELL J. (1974), *La condizione della donna. Il nuovo femminismo*, Einaudi, Torino
- MODUGNO F. (2007), *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- MORGERA P. (1990), *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. I) Profili sostanziali*, in *Enc. giur. Treccani*.
- MORONDO TARAMUNDI D. (2002), *Appunti sul "maschio, vittima innocente" nel diritto comunitario*, in *DLRI*, p. 309 ss.
- MORONDO TARAMUNDI D. (2004), *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, ES, Pesaro.
- MORRONE A. (2001), *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano.
- NAPOLI M. (2014), *Prefazione*, in A. Occhino (a cura di), *L'eguaglianza*, Vita e Pensiero, Milano.
- NARDELLI F. (2023), *Il difficile bilanciamento della disabilità e della privacy*, in *VTDL*, p. 1051 ss.
- NAVARRETTA E. (2014), *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *RDC*, p. 547 ss.
- NOVELLA M. (2004), *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in *LD*, p. 557 ss.
- NUNIN R. (2020), *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *VTDL*, p. 879 ss.
- NUSSBAUM M.C. (2007a), *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma.

- NUSSBAUM M.C. (2007b), *Le nuove frontiere della giustizia*, il Mulino, Bologna.
- NUSSBAUM M.C. (2011), *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, il Mulino, Bologna.
- NUZZO V. (2017), *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, in *RIDL*, II, p. 436 ss.
- PALADIN L. (1965a), *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano.
- PALADIN L. (1965b), *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIV, p. 519 ss.
- PALADIN L. (1997), *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, I, p. 899 ss.
- PALLADINI S. (2024), *Licenziamento, inidoneità sopravvenuta e ragionevole accomodamento*, in *VTDL*, p. 83 ss.
- PANNARALE L. (2023), *Il principio di eguaglianza e il diritto alla differenza*, in *Dir. Soc.*, in corso di pubblicazione.
- PANZARANI R. (1980), *Gli atti discriminatori nel rapporto di lavoro*, I, p. 8 ss.
- PASOLINI P.P. (1974), *Ampliamento del "bozzetto" sulla rivoluzione antropologica in Italia*, in *Il Mondo*, 11 luglio.
- PASQUALETTO E. (2007), *I divieti di discriminazione*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, p. 482 ss.
- PASQUALETTO E. (2016), *La Cassazione completa la parabola dell'emancipazione del licenziamento discriminatorio dal licenziamento nullo per illiceità dei motivi*, in *ADL*, p. 1221 ss.
- PASSANITI P. (2011), *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Giuffrè, Milano.
- PEDRAZZA GORLERO M. (2019), *Eguaglianza dei generi e sovranità nella Costituzione repubblicana*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, p. 315 ss.
- PERULLI A. (1996), *Intervento*, in Aa.Vv., *Lavoro e discriminazione*, Giuffrè, Milano, p. 173 ss.
- PERULLI A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 21 ss.
- PERULLI A. (2018), *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018.
- PERULLI A. (2019), *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, p. 341 ss.
- PERULLI A. (2021), *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 1, p. 7 ss.
- PERULLI A. (2022), *Il diritto del lavoro tra libertà, riconoscimento e non-dominio*, in R. Del Punta (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, Firenze, p. 101 ss.
- PERULLI A., SPEZIALE V. (2022), a cura di, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, Bologna.
- PERUZZI M. (2022), *Ragionando di sesso, genere, non-binarismo e neutro nel diritto antidiscriminatorio*, in *LD*, p. 754 ss.
- PESCATORE R. (2019), *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, p. 265 ss.
- PESSI R. (1996), *Lavoro e discriminazione femminile*, in *Lavoro e discriminazione*, Atti dell'XI Congresso nazionale di diritto del lavoro, Gubbio, 3-5 giugno 1994, Giuffrè, Milano, p. 3 ss.
- PETTIT P. (2000), *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Feltrinelli, Milano.
- PEZZINI B. (2019), *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, p. 1 ss.
- PICCININI A. (2021), *Discriminazioni per ragioni politiche e sindacali*, in *Corso di diritto antidiscriminatorio. Materiali per la formazione*, Centro Stampa Regione Emilia Romagna, p. 185 ss.
- PIEPOLI G. (2007), *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *RCDP*, p. 7 ss.

- PINTO V. (2021), *Corte di giustizia e velo islamico. Il punto su discriminazione e politiche aziendali di neutralità religiosa*, in RIDL, II, p. ss.
- PITCH T. (1993), *Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista*, in DDir., p. 3 ss.
- PIZZOFERRATO A. (2000), *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Cedam, Padova.
- POLLO S. (2008), *La morale della natura*, Laterza, Roma-Bari.
- PROTOPAPA V. (2021), *Uso strategico del diritto e azione sindacale*, il Mulino, Bologna.
- PROTOPAPA V. (2022), *Poteri, neutralità e tecnica di tutela*, in LD, p. 561 ss.
- RANIERI M. (2023), *La Corte di giustizia su diritto antidiscriminatorio e lavoratori autonomi*, in DLM, II, p. 331 ss.
- RECCHIA G.A. (2020a), *La discriminazione per orientamento sessuale e identità di genere come "fondata sul sesso": la Corte Suprema degli Stati Uniti rilegge il diritto del lavoro federale*, in Labor, p. 73 ss.
- RECCHIA G.A. (2020b), *Il peso delle parole: le dichiarazioni pubbliche omofobiche nell'accesso al lavoro al vaglio della Corte di Giustizia*, in LG, p. 729 ss.
- RESCIGNO P. (1959), *Il principio di eguaglianza in diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in RTDPC, p. 1522 ss.
- RESCIGNO P. (1998), *L'abuso del diritto*, il Mulino, Bologna.
- RESTA E. (2008), *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari.
- RICCARDI A. (2022), *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale. L'evoluzione dei modelli di tutela*, in ADL, p. 682 ss.
- RICCI F. (2021), *Ripensare la vulnerabilità per una politica ri-sorgente*, in A. Di Giandomenico, C. Diodati, F. Ricci, *Vulnerabilità come risorsa e valorizzazione della differenza nelle democrazie contemporanee*, Mimesis, Milano, p. 83 ss.
- RICCI M. (1999), *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari.
- RIVA N. (2022), *Sesso, genere e oppressione di genere*, in LD, p. 749 ss.
- RODOTÀ S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari.
- ROMAGNOLI U. (1974), *Art. 3. Il principio d'uguaglianza sostanziale*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione a cura di Principi fondamentali Art. 1-12*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, p. 162 ss.
- ROMAGNOLI U. (1996), *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in *Lavoro e discriminazione*, Atti dell'XI Congresso nazionale di diritto del lavoro, Gubbio, 3-5 giugno 1994, Giuffrè, Milano, p. 149 ss.
- ROMEO F. (2013), *Il principio di uguaglianza come fondamento della relazione giuridica: un'ipotesi evoluzionista sull'origine del diritto*, in *www.i-lex.it.*, n. 19.
- ROSS A. (1958), *On Law and justice*, Stevens & Sons Ltd, Londra.
- ROSSI D. (2019), *Dal pluralismo medievale all'uguaglianza dei moderni: dissimmetrie tra storia e diritto*, in G.P. Dolso (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, EUT Edizioni, Trieste, p. 127 ss.
- SANDEL M. J. (2021), *La tirannia del merito*, Feltrinelli, Milano.
- SANLORENZO R. (2017), *Il licenziamento discriminatorio e l'evoluzione della giurisprudenza*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Futura, Roma, p. 35 ss.
- SANTAGATA DE CASTRO R. (2019), *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente". Nozione, giustificazione, prova*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- SANTAGATA DE CASTRO R. (2022), *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare?*, in LD, p. 507 ss.
- SANTORO PASSARELLI F. (1953), *Il governo della famiglia*, in *Iustitia*, V.
- SANTUCCI R. (1997), *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzativa*, Giappichelli, Torino.
- SARTORI G. (1957), *Democrazia e definizioni*, il Mulino, Bologna.
- SCACCIA G. (2000), *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- SCARPONI S. (1992), *Le nozioni di discriminazione*, in L. Gaeta, L. Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, p. 43 ss.
- SCARPONI S. (2005), *La nozione di molestia secondo il decreto di trasposizione delle direttive antidiscriminatorie. Affinità e differenze rispetto all'elaborazione in materia di mobbing*, in

- S. Fabeni, M.G. Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Ediesse, Roma, p. 233 ss.
- SCARPONI S. (2014), *Il principio di eguaglianza uomo/donna fra divieti di discriminazione e promozione delle pari opportunità*, in S. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova, p. 63 ss.
- SCHIANCHI M. (2019) *Il debito simbolico. Una storia sociale della disabilità in Italia tra Otto e Novecento*, Carocci, Roma.
- SCHIAVELLO A. (2000), *Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *RP*, n. 14, p. 65 ss.
- SCHIAVONE A. (1984), *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Laterza, Roma-Bari.
- SCHIAVONE A. (2018), *L'eguaglianza degli antichi fra politica e diritto*, in G. Luchetti (a cura di), *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, "L'ERMA" di BRETSCHNEIDER, Roma, p. 9 ss.
- SCHIAVONE A. (2019), *Eguaglianza*, Einaudi, Torino.
- SEN A. (1994), *La diseguaglianza. Un riesame critico*, il Mulino, Bologna.
- SEN A. (1999), *La libertà individuale come impegno sociale*, Laterza, Roma-Bari.
- SILVESTRI G. (2009), *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari.
- SIMITIS S. (1990), *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, p. 87 ss.
- SIMONE A., BOIANO I., CONDELLO A. (2019), *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori, Milano.
- SISSA G. (1991), *Filosofie del genere: Platone, Aristotele e la differenza dei sessi*, in *Storia delle donne in Occidente. L'antichità*, Laterza, Roma-Bari, p. 58 ss.
- SORRENTINO F. (2017), *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3.
- SPEZIALE V. (2019), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, II, p. 3 ss.
- SPINELLI C. (2017), *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, p. 39 ss.
- STOLFI E. (2018), *La legge e i due volti dell'antico*, in G. Luchetti (a cura di), *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, "L'ERMA" di BRETSCHNEIDER, Roma, p. 33 ss.
- SUPIOT A. (1992), *Principi di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica*, in *LD*, p. 211 ss.
- TAMBASCO D. (2021), *Violenza e molestie nel mondo del lavoro. Un'analisi della giurisprudenza italiana*, Organizzazione Internazionale del Lavoro, Roma.
- TARQUINI E. (2021), *Gli accomodamenti ex art. 3 co. 3 bis d.lgs. 216/2003: quale ragionevolezza?*, in www.italianequalitynetwork.it.
- TOURAINE A. (1997), *Eguaglianza e diversità. I nuovi compiti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- TREMOLADA M. (2000), *Autonomia privata e parità di trattamento fra lavoratori*, Cedam, Padova.
- TREMOLADA M. (2007), *La parità di trattamento fra lavoratori*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, p. 519 ss.
- TRENTIN B. (1998), *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Feltrinelli, Milano.
- TREU T. (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, Milano.
- TREU T. (1977), *Lavoro femminile e uguaglianza*, De Donato, Bari.
- TREU T. (1979), *sub art. 36*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, p. 72 ss.
- TREU T. (1988), *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti. Commento alla sentenza*, in *LD*, p. 65 ss.
- URBINATI N. (2012), *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Laterza, Roma-Bari.
- VAIS M. (1964), *Lo Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *RGL*, I, p. 27 ss.
- VALENZANO R. (2002), *La nozione di azione positiva nel dibattito italiano*, in M.G. Garofalo (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Cacucci, Bari, p. 253 ss.
- VALLAURI M.L. (2023), *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *LD*, p. 34 ss.

- VANTIN S. (2018), *L'eguaglianza di genere tra mutamenti sociali e nuove tecnologie. Percorsi di diritto antidiscriminatorio*, Pacini, Pisa.
- VARI F. (2017), *L'affermazione del principio dell'eguaglianza nei rapporti tra privati. Profili costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- VARVA S. (2023a), *Recesso del committente dal rapporto di lavoro autonomo e discriminazione per orientamento sessuale: la vis expansiva della nozione europea di lavoratore*, in www.giustiziacivile.com.
- VARVA S. (2023b), *Discriminazione per handicap e comportamento adeguato ai lavoratori con disabilità: questioni emergenti dalla recente giurisprudenza*, in *RIDL*, I, p. 531 ss.
- VENTURA L. (1984), *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- VIMERCATI A. (2016), *Diritto del lavoro, culture organizzative, politiche proattive*, in *LD*, p. 749 ss.
- ZAPPALÀ L. (2022), *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *LDE*, n. 3.
- ZOPPOLI A. (2011), *Azioni positive e Corte di Giustizia: dal genere alle nuove identità nella prospettiva multiculturale*, in *Diritto del lavoro e società multiculturale*. Scritti raccolti da A. Viscomi, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 111 ss.
- WESTEN P. (1982), *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, vol. 95, n. 3, p. 537 ss.
- WESTEN P. (1990), *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality'*, in *Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton.
- YOSHINO K. (2011), *The New Equal Protection*, in 124 *Harvard Law Review*, p. 747 ss.
- YOUNG I.M. (2011), *Responsibility for Justice*, Oxford University Press, New York.
- ZAGREBELSKY G. (1994), *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta 13-14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, p. 179 ss.
- XENIDIS R. (2020), *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27, p. 736 ss.