

La circolazione dei modelli giuridici in materia di discriminazioni: l'esperienza inglese e la contaminazione tra Europa e Stati Uniti*

di

Katia Fiorenza *

SOMMARIO: 1. Tutela antidiscriminatoria e circolazione dei modelli giuridici. – 2. L'approccio statunitense alla materia antidiscriminatoria. – 3. *Segue*: il *Civil Rights Act*. – 4. L'esperienza inglese. – 5. Il modello europeo. – 6. Note conclusive.

1. Tutela antidiscriminatoria e circolazione dei modelli giuridici

Il volgere del secondo decennio del XXI secolo induce a formulare alcune riflessioni in ordine all'espansione che il diritto antidiscriminatorio ha avuto, soprattutto negli ultimi anni, sia in termini di produzione degli strumenti di tutela sia in termini di diffusione e circolazione dei modelli su scala globale. Il flusso di circolazione mette in moto non solo modelli normativi immediatamente operativi, ma anche norme generali, principi e metodi di regolazione economica e organizzativi.

Si assiste con sempre maggiore frequenza a reciproche ibridazioni tra ordinamenti, mediante l'elaborazione, grazie alla preziosa opera delle corti supreme, di veri e propri principi di diritto europeo e internazionale¹: «il diritto antidiscriminatorio costituisce [...] uno degli esempi più maturi e sintomatici di una global law che unifica e produce regolazioni plurali, con una intersecazione di piani normativi e di culture giuridiche di diversa origine e provenienza, in cui il

* Il presente contributo riprende, in una versione elaborata, la relazione inviata al Convegno su: "Le norme antidiscriminatorie del lavoro nell'Unione europea" (Benevento 3 settembre 2019 – Università del Sannio).

* Professoressa associata di Diritto privato comparato – Università del Sannio (Benevento).

¹ Per uno studio approfondito sul tema dei flussi e trapianti di regole giuridiche, v. G. AJANI, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2006; M. CARDUCCI, *I "flussi giuridici" tra complessità transdisciplinare e geopolitica*, in *RGDPC*, 2014, 14.

linguaggio unificato in un nuovo diritto sociale antidiscriminatorio è veicolato, in Europa, sia dalle Corti supreme, sia dal legislatore sovranazionale»².

Il diritto antidiscriminatorio prevede specifiche tutele per molteplici situazioni di potenziale discriminazione³ e lo fa con una normativa piuttosto complessa che risulta dalla commistione e sovrapposizione di norme di diritto nazionale, norme di recepimento di direttive europee, norme primarie UE (in particolare, la Carta dei diritti fondamentali), cui si aggiungono le Convenzioni ONU, l'art. 14 della CEDU⁴, nonché la Carta Sociale Europea Riveduta, dotata di una efficacia del tutto peculiare⁵.

Le discriminazioni hanno origine da pregiudizi concernenti una determinata minoranza e possono riguardare l'origine etnica e le caratteristiche razziali, l'orientamento sessuale, l'età e la disabilità. Ogni motivazione alimenta meccanismi

² Così, puntualmente, B. CARUSO, *Il dialogo tra giuslavoristi nel "villaggio globale"*, in (L. MONTUSCHI), *Un diritto in evoluzione*. Studi in onore di Y. Suwa, Milano, 2007, 243.

³ Sul punto, per una trattazione generale cfr. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 408 s.; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007; AA.VV., *Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2012, 211; R. DIAMANTI, *Le molestie sessuali, la discriminazione, l'abuso*, in RIDL, 1, 2017, I, 69; F. DE LUCA, *Discriminazioni di genere sui luoghi di lavoro, problematiche di inquadramento giuridico e prospettive di tutela sostanziale*, in DRI, 1, 2019, 312. Sull'importanza giuridica della distinzione fra discriminazione diretta e indiretta, v. le conclusioni dell'Avv. Generale Juliane Kokott: 31 maggio 2016, *Samira Achbita*, causa C-157/15; 6 maggio 2010, *Andersen*, causa C-499/08; 12 marzo 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, causa C-83/1; v., anche, C. Giust. 12 dicembre 2013, causa *Hay*, C-267/12: «[...] peraltro, trattandosi di discriminazione diretta, essa è giustificata non tanto da una «finalità legittima» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva (2000/78/CE), disposizione che concerne unicamente le discriminazioni indirette, quanto soprattutto da uno dei motivi di cui all'articolo 2, paragrafo 5, della stessa, ovvero sicurezza pubblica, tutela dell'ordine pubblico, prevenzione dei reati nonché tutela della salute, dei diritti e delle libertà altrui».

⁴ L'art. 14 CEDU, intitolato *Divieto di discriminazione*, statuisce: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

⁵ La Carta Sociale Europea Riveduta, entrata in vigore il 1999, occupa una posizione avanzata tra gli strumenti sovranazionali di tutela dei diritti economico-sociali, in termini sia di contenuti sia di meccanismi di controllo. Poco conosciuta dagli operatori giuridici e poco studiata, soprattutto in Italia, da giuristi e teorici del diritto, la Carta ha tuttora scarsa penetrazione proprio in quei settori che potrebbero più di altri garantire la sua vitalità, utilizzandola in chiave rivendicativa contro gli attacchi portati oggi in Europa al mondo del lavoro e allo Stato sociale. Per un maggiore approfondimento v. F. OLIVERI, *La Carta sociale europea come "strumento vivente"*, in JG, 2013, 1, 41 ss.

differenti, talvolta radicalmente diversi l'uno dall'altro, in cui medesimo è il comportamento (l'esclusione, la marginalizzazione, l'aggressione), mentre diverso può essere il costrutto psicologico che ne fonda l'azione.

La discriminazione, dunque, consiste in quella condizione per cui a un individuo è attribuito un disvalore – per vari motivi riconducibili alla presenza di stereotipi e pregiudizi – che si traduce nel mancato riconoscimento della sua pari dignità. Tale condizione comporta altresì, per chi la subisce, l'impossibilità di esprimere pienamente le proprie capacità: in termini sia di conquista del proprio benessere sia di apporto del proprio contributo allo sviluppo della società civile⁶.

Dopo la seconda guerra mondiale, «quelli che fino ad allora erano apparsi storicamente solo come principi propri della cultura politica di alcuni popoli dell'Occidente, alcuni dei quali per di più direttamente implicati [...] nella politica coloniale, si sono tramutati ed estesi fino a rappresentare un patrimonio comune dell'umanità»⁷.

Il principio di non discriminazione, proclamato nell'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, primeggia tra essi. È stata proprio la Dichiarazione del 1948 a cristallizzare il concetto di eguaglianza, riferendolo a tutte le situazioni giuridiche e di fatto nelle quali il principio viene in rilievo. L'art. 1 recita, infatti: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti».

La promozione della tolleranza e del rispetto degli altri è una preoccupazione avvertita dall'Organizzazione delle Nazioni Unite fin dalle sue origini. Gli orrori della seconda guerra mondiale avevano denunciato l'adozione di strumenti internazionali in grado di prevenire e reprimere discriminazioni e intolleranze contro gruppi etnici o religiosi⁸. I principi di eguaglianza e di non discriminazione⁹

⁶ In sostanza, viene in rilievo una duplice dimensione: il danno soggettivo dovuto alla discriminazione (il mancato riconoscimento della dignità di ciascuno e della possibilità di esprimere le proprie potenzialità) e la perdita sociale che essa comporta (la mancata partecipazione di tutti alla costruzione della comunità).

⁷ V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale*, in Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei (Roma, 9-10 gennaio 2008), disponibile su <http://www.astrid-online.it/Dossier--r/Studi--ric/60-anni-de/onida.pdf>, 4.

⁸ Cfr. M. FUMAGALLI MERA VI GLIA, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo tra tolleranza e non discriminazione*, in RIDU, 1999, 1, 168 ss.

erano così enunciati già nella Carta di San Francisco, dove si pose l'accento sul rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione. Tali principi sono stati poi ripresi in numerosi atti elaborati nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite¹⁰.

La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950) costituisce un punto di riferimento nell'evoluzione del diritto internazionale. La sua influenza è stata avvertita non solo in Europa, ma anche nei Paesi degli altri continenti, dove sono stati compiuti notevoli sforzi per garantire una migliore protezione dei diritti dell'uomo¹¹.

Nell'attuale momento storico, si può valutare il fenomeno discriminatorio a livello istituzionale sotto il profilo delle risposte già esistenti *de iure condito* che formano un *corpus* giuridico di grande interesse. Le numerose dichiarazioni succedutesi nel tempo, così come le scelte normative dei diversi ordinamenti giuridici, delineano un quadro giuridico dotato di uno strumentario attuativo del "modello di diritto" in cui il potere è vincolato alla sfera dei diritti fondamentali. Tuttavia, nel momento di attuazione «si assiste all'impiego di *escamotage* procedurali, concettuali, semantici [...] che svuotano il modello da un punto di vista assiologico e rendono il diritto meno certo»¹².

⁹ La sovrapposizione tra principio di eguaglianza e principio di non discriminazione sembra ormai essere entrata nel linguaggio comune di dottrina e giurisprudenza, giustificata anche dal fatto che le due nozioni si fanno reciproco rinvio: l'eguaglianza è intesa come assenza di discriminazione; la discriminazione come violazione dell'eguaglianza: così, G. GUIGLIA, *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, relazione svolta in occasione della presentazione degli *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Como-Varese, 2012.

¹⁰ Ci si riferisce alle numerose Dichiarazioni e Convenzioni elaborate in materia di discriminazione razziale a partire dagli anni Sessanta, alle Convenzioni ILO contro la discriminazione sul lavoro (la prima elaborata nel 1958), a quelle contro le discriminazioni basate sul sesso (risale al 1981 la Convenzione *sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione verso la donna*); senza tralasciare, infine, la Convenzione Unesco contro le discriminazioni nell'educazione e le Convenzioni sulla condizione sociale.

¹¹ Per un approfondimento, cfr. E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *RDC*, 2014, 3, 547; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *RCDP*, 2009, 2, 207; M. SERIO, *Le discriminazioni razziali in prospettiva transnazionale*, *EDP*, 2009, 2, 487; E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, 137 ss.

¹² Così, S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Torino, 2015, 3.

La circolazione dei modelli giuridici e degli strumenti di tutela a livello globale è certamente facilitata in relazione alle discriminazioni¹³. In effetti, i meccanismi di distorsione nella rappresentazione della realtà, che sono il fondamento epistemologico dello stereotipo, del pregiudizio e della discriminazione, possono essere rinvenuti in ogni tipo di raggruppamento umano¹⁴. Procedono di pari passo con l'organizzazione sociale e, se pur con diversa intensità e assumendo configurazioni peculiari a seconda del circuito culturale di riferimento, pongono problemi comuni.

Benché la discriminazione nel mondo contemporaneo assuma differenti connotati a seconda del contesto di riferimento, è possibile individuare alcuni ambiti ricorrenti in cui si manifesta¹⁵ e alcuni criteri generali in base ai quali gli individui sono sottoposti a trattamenti stigmatizzanti¹⁶.

Il paradigma antidiscriminatorio trova la sua origine nel mondo angloamericano, per poi migrare nei sistemi di *civil law* e (forse) anche oltre. Sì che appaiono particolarmente evidenti dinamiche variamente definite in termini di *judicial dialogue*, *cross influence* e *(cross)fertilization*¹⁷. Si tratta di fenomeni che non implicano necessariamente l'importazione di regole giuridiche da parte di un ordinamento, ma piuttosto lo sviluppo organico di un sistema giuridico nazionale a

¹³ A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *DPCE*, 2007, 479 ss.

¹⁴ T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni: tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, 2008, affronta, con approccio interdisciplinare, un'operazione di "mappatura" della discriminazione, a partire dalla quale concretizzare l'impegno all'elaborazione di risposte di tipo culturale e giuridico-istituzionale e all'individuazione di azioni positive che vadano a cogliere il fenomeno e sappiano intervenire radicalmente sull'insieme di stereotipi e pregiudizi che esso fonda e rafforza.

¹⁵ Si pensi alle restrizioni in ambito lavorativo o alle discriminazioni in ambito sociale e familiare.

¹⁶ Esistono evidenti ricorrenze nei criteri ritenuti rilevanti nella discriminazione: sesso, razza, nazionalità, religione, orientamento sessuale, età, ecc.

¹⁷ L'espressione *(cross)fertilization* pare assai più espressiva e, forse, anche più corretta, almeno in molti casi, rispetto a quella assai diffusa che allude a un dialogo, posto che il dialogo presuppone uno scambio reciproco, una interazione bidirezionale che, per lo più, pare non essersi in effetti realizzata tra Corti di sistemi diversi. La *(cross)fertilization* può essere, però, semplicemente una *fertilization* unidirezionale (evento cui sembra alludere quel *cross* posto tra parentesi tonde e che parrebbe tener conto proprio dell'obiezione all'uso del termine dialogo formulata dalla ricordata dottrina), che fa riferimento a qualcosa di profondo e suggestivo, a un'influenza apportatrice di buoni frutti per le decisioni delle Corti.

seguito della partecipazione a un'organizzazione sovranazionale o al nuovo ordine globale¹⁸.

Si assiste a una evoluzione interna che investe l'elemento culturale e di dialogo tra giudici e dottrina, con una progressiva intensificazione di fenomeni di imitazione e convergenza tra i diversi ordinamenti, non per dare esecuzione a principi e norme di diritto internazionale o sovranazionale, ma per l'osmosi tra culture giuridiche la cui vocazione transfrontaliera e multiculturale si è oramai concretizzata¹⁹.

Nelle società occidentali il dibattito sul principio di eguaglianza si è soprattutto incentrato sulle modalità e sugli strumenti più adatti a combattere le discriminazioni, tanto attraverso l'utilizzo di clausole di divieto di discriminazione sempre più "s sofisticate", quanto attraverso il ricorso a disposizioni normative identificate di volta in volta come azioni positive, misure temporanee speciali o discriminazioni positive²⁰.

Nonostante i grandi passi in avanti compiuti per eliminare certe forme di discriminazione, il trattamento svantaggioso a cui sono assoggettati le donne, i neri, gli immigrati, gli omosessuali in diverse società non è venuto meno con il passaggio alla modernità. Le aspettative di un affrancamento dalla discriminazione, che hanno accompagnato, da un lato, il consolidamento del modello economico capitalista-imprenditoriale e, dall'altro lato, l'affermazione del *welfare state*, si sono realizzate soltanto in parte, giacché non solo gli stereotipi e i pregiudizi che alimentano la discriminazione hanno continuato (e continuano) ad agire, ma l'attuale sistema politico e giuridico tende a riprodurre, più o meno consapevolmente e mediante dinamiche ritenute legittime, disparità di trattamento, posizioni di privilegio e di subordinazione.

¹⁸ Cfr. M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; G. AJANI, *Diritto comparato e diritto internazionale*, in *DPCE*, 2001, 1590.

¹⁹ Cfr. A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, 2006; G. AJANI, *Trapianto di norme «informato» e globalizzazione: alcune considerazioni*, in *A.A.V.V., Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, 3.

²⁰ Interessanti le riflessioni di A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

2. L'approccio statunitense alla materia antidiscriminatoria

Nell'esperienza americana, la questione dell'eguaglianza è stata al centro di una straordinaria stagione evolutiva nel corso di poco più di due secoli, che ha determinato lo sviluppo di costrutti teorici, istituti giuridici e spunti applicativi, che hanno poi rappresentato un "modello" per molti altri ordinamenti.

Si è trattato di un percorso avviato sulla scorta delle notevoli trasformazioni sociali, culturali, economiche e politiche, delle quali il dato razziale è stato il più significativo motore propulsivo, offrendo all'ordinamento la spinta necessaria ad affrontare il tema dell'eguaglianza; tema che, a dispetto delle altisonanti proclamazioni contenute nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e nelle varie Costituzioni europee post rivoluzione francese, era stato sostanzialmente trascurato²¹.

La Costituzione americana (prima costituzione in senso moderno e prima a introdurre una nuova forma di Stato) non garantiva l'eguaglianza.

Il principio di eguaglianza, infatti, vede la luce negli Stati Uniti soltanto nel XIX secolo con riferimento alla condizione degli ex-schiavi.

Vengono così introdotti nella Costituzione americana i seguenti Emendamenti: a) il XIII che vieta la schiavitù (1865); b) il XIV che proclama il principio di eguaglianza come *equal protection of law* (1868)²²; c) il XV che vieta limitazioni al diritto di voto per ragioni di razza o di precedente condizione servile (1870)²³.

Di lì a poco l'insorgere di istanze in materia di dignità e parità di trattamento da parte di minoranze, di gruppi oppressi e di classi svantaggiate, contribuì alla trasformazione dell'eguaglianza in uno dei temi più delicati della politica

²¹ La proclamazione formale dell'eguaglianza è da rinvenirsi nella Dichiarazione di Indipendenza (1776), nella quale si afferma «all men are created equal», ma tale evidenza non viene affatto presa in considerazione dalla Costituzione americana che, almeno originariamente è intenta a giustificare l'ancora esistente fenomeno della schiavitù dei neri e a disciplinare il rapporto tra federazione e stati.

²² Con il caso *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880), la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America dichiarò l'incostituzionalità della esclusione dei neri dalle giurie, sulla base del XIV emendamento, ma allo stesso tempo ribadì espressamente che tale emendamento vietava tutte le distinzioni basate sulla razza.

²³ Abolita la schiavitù, resta tuttavia da combattere la discriminazione razziale, contro gli ex-schiavi.

legislativa statunitense, con la conseguente e corrispondente espansione dell'intervento giurisprudenziale.

Due i binari principali lungo i quali muoversi per districare il groviglio normativo e giurisprudenziale connesso all'interpretazione e all'applicazione del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione: l'*Equal Protection Clause* del XIV Emendamento e il *Civil Rights Act* del 1964.

Tra il 1865 e il 1870 il Congresso approvò i *Civil War Amendments*, con i quali la responsabilità della tutela dei diritti divenne prerogativa del governo federale. Non a caso la finalità dichiarata del XIV Emendamento era proprio quella di superare quanto stabilito dalla Corte Suprema nella decisione *Barron*²⁴, con la quale era stata negata l'applicabilità del *Bill of Rights* ai singoli Stati. Con la ratifica del XIV Emendamento: «Not State will deny at any person within its jurisdiction the equal protection of the laws» (1868), la Costituzione federale fu arricchita da un'esplicita *Equality Clause* che, unitamente all'interpretazione della *Due Process Clause*, introdotta nel V Emendamento del *Bill of Rights*, rappresentò un momento di svolta nell'evoluzione storica dell'interpretazione costituzionale da parte delle corti americane²⁵.

Questa può essere ricordata come la fase formalista o originalista²⁶, che affonda le sue radici nell'idealismo inglese del '700 e che si rifà a un concetto di Stato neutrale e liberale, equidistante dai conflitti sociali, culturali e religiosi, per il quale il diritto è oggettivo e caratterizzato da categorie astratte e generali. È la fase in cui la giurisprudenza produce i cosiddetti *Slaughter-House Cases*, un astuto modo per conciliare il dettato costituzionale al contesto sociale ancora profondamente

²⁴ Cfr. *Barron v. City of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833).

²⁵ La Corte è riuscita a scrivere pagine fondamentali della storia degli Stati Uniti: il XIV Emendamento ha consentito che «i più importanti principi di libertà riconosciuti in una parte del paese [venissero] rispettati anche in tutte le altre parti», in quanto la Corte Suprema ha dato voce a una clausola di principio che, in caso contrario, sarebbe rimasta muta, edificando un concetto di *liberty* in grado di tener fede alla promessa di libertà che la Costituzione incarna: così, R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale* (trad. it. di C. Bagnoli), Milano, 1994, 83 s.

²⁶ In merito, v. C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ (a cura di), *Quaderni del "Gruppo di Pisa"*, Torino, 2008.

ineguagliario, dando luogo a un'interpretazione restrittiva della clausola di eguaglianza, volta a circoscrivere la portata del XIV Emendamento ai soli *privileges or immunities* già previsti dai singoli Stati, senza riconoscere quel potere di garanzia che il Congresso avrebbe potuto esercitare.

Con il declino del formalismo giuridico e la riluttanza a utilizzare la clausola del XIV Emendamento per tutelare situazioni di differenziazione diverse dalla materia razziale o di regolazione della proprietà e del commercio, si assiste all'affermarsi, tra il 1896 il 1954, della teoria del *Separate but Equal*, fatta propria dalla Corte Suprema nel noto caso *Plessy v. Ferguson*. La ragionevolezza delle differenziazioni si presumeva fino a prova contraria, indipendentemente dal tipo di classificazione legislativa. La differenziazione di trattamento appariva ragionevole poiché la prestazione, benché offerta separatamente, era uguale.

L'abbandono della ragionevolezza nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto, in particolare, il rispetto della *Equal Protection Clause*, della *Due Process Clause* e del I Emendamento, coincide con la *footnote four* del giudice Harlan Stone nel caso *United States v. Carolene Products Co.*¹⁵⁷ del 1938. Per la prima volta un giudice prospetta l'idea che alcuni diritti e libertà richiedano un livello di protezione maggiore che non è sicuramente compatibile con la presunzione di legittimità della legge statale o federale, controlimitata soltanto dalla manifesta irragionevolezza²⁷. È compito del potere giudiziario, secondo il giudice Stone, proteggere i diritti del *Bill of Rights* per assicurare il corretto svolgimento del processo politico, specie con riferimento alle minoranze e a quelle categorie sociali impopolari che, per qualche ragione, non sono in grado di proteggersi autonomamente da leggi o politiche discriminatorie attraverso l'esercizio del voto.

Il quadro delineato ci consente di affermare che la giurisprudenza americana ha fatto fatica a costruire un modello di tutela che, da un lato, fosse coerente con la teoria dell'eguaglianza e, dall'altro, non incorresse nel pericolo di implodere sotto la richiesta di allargamento illimitato dei motivi di discriminazione. Una delle più

²⁷ Cfr. S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna, 2012.

ricorrenti formulazioni costituzionali del paradigma antidiscriminatorio si ritrova nell'opinione di maggioranza del caso *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985), in cui i giudici sottolineano come certe classificazioni (razza, nazionalità, sesso) non sarebbero del tutto arbitrarie ma rifletterebero pregiudizi sociali e antipatie diffuse che si traducono in prassi discriminatorie dirette o indirette, cosicché le eventuali differenziazioni operate sul piano legislativo saranno necessariamente sottoposte a uno scrutinio di legittimità più severo da parte delle corti, dovendo dimostrare il perseguimento di interessi meritevoli di tutela (c.d. *compelling state interests*).

Ne discende l'esaltazione del ruolo dei giudici, già centrale nei sistemi di *common law*, nonché l'illusione di tentare una rassegna completa dei criteri discriminatori.

3. Segue: il Civil Rights Act

Il cuore della normativa antidiscriminatoria americana è oggi rappresentato dal *Civil Rights Act* del 1964, definito da alcuni come la più importante legge sui diritti civili del secolo scorso, cui si sono aggiunti il *Fair Housing Act* del 1968 (che costituisce il Titolo VIII del *Civil Rights Act*), l'*Age Discrimination in Employment Act* del 1967 e l'*Americans with Disabilities Act* del 1990. Tuttavia, la vera innovazione di questa legislazione è stata il richiamo esplicito a una duplice base costituzionale, la *Commerce Clause* e la sezione quinta del XIV Emendamento, che ha reso possibile, per la prima volta nella storia americana, l'applicazione del divieto di discriminazione anche nei rapporti fra privati.

La Corte Suprema, nella sentenza *Heart of Atlanta Motel*²⁸, conferma la legittimazione del Congresso a interferire con l'autonomia privata in forza della *Commerce Clause*²⁹ per perseguire finalità antidiscriminatorie.

²⁸ *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

²⁹ Per *Commerce Clause* si intende la disposizione prevista all'art. 1, sez. 8, clausola 3 della Costituzione degli Stati Uniti d'America, la quale statuisce: «Il Congresso avrà facoltà [...] di regolare il commercio con le altre nazioni e fra i diversi Stati e le tribù».

Le disposizioni del Titolo VII del *Civil Rights Act* hanno rappresentato il principale strumento normativo per contrastare i fenomeni discriminatori e segregazionisti nel mondo del lavoro, prevedendo, attraverso l'uso di nuovi concetti e teorie, possibili conflitti tra libertà contrattuale dei privati e esigenza di eguaglianza sostanziale³⁰.

Tra i concetti elaborati dalla giurisprudenza, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore di questa legislazione, uno dei più importanti è quello di *Disparate impact*, l'equivalente della discriminazione indiretta degli Stati europei. Anche il diritto antidiscriminatorio americano, infatti, conosce due diverse nozioni di discriminazione che comportano una lesione del principio di parità di trattamento: il *Disparate treatment* (discriminazione diretta) e il *Disparate impact* (discriminazione indiretta).

La nuova normativa antidiscriminatoria inizia così a spingere le corti a riconoscere uno spazio di autonomia anche alla discriminazione indiretta, allontanandosi dall'impostazione fortemente soggettiva, legata alla dimostrazione dell'intento discriminatorio dell'agente³¹.

Si tratta di un modello procedurale completamente opposto a quello europeo, dove, in forza delle numerose direttive, la presentazione da parte del ricorrente di elementi atti a presumere l'avvenuta discriminazione valgono a spostare l'onere della prova in capo al convenuto (che dovrà, dunque, dimostrare di aver agito correttamente). Nel caso statunitense, invece, l'onere di provare il comportamento

³⁰ Il Titolo VII del *Civil Rights Act* proibisce le discriminazioni sul lavoro basate su sesso, razza, colore, origine nazionale o religione; vieta al datore di lavoro di classificare i lavoratori, o coloro che si candidano a divenire tali, in un modo che comporti privazione di opportunità di impiego o condizioni negativamente lo *status* del lavoratore a causa della razza, colore, religione, sesso o nazionalità; si applica sia nel settore pubblico sia in quello privato purché i dipendenti siano in numero pari o superiore a quindici.

³¹ È un atteggiamento costante della giurisprudenza statunitense quello di richiedere in ogni caso la prova dell'esistenza dell'elemento intenzionale da parte del soggetto che discrimina, ammettendo soltanto in via subordinata che l'attore possa ricorrere a elementi presuntivi per assolvere al suo onere probatorio. Quando una legge ha effetti discriminatori deve essere dimostrato il *purpose* discriminatorio dell'autore del provvedimento, ossia che il *decisionmaker* non solo era consapevole dell'impatto discriminatorio di una certa misura, ma la ha adottata, almeno in parte, proprio per ottenere quell'effetto discriminatorio. Cfr. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

intenzionalmente discriminatorio del datore di lavoro rimane unicamente in capo al ricorrente. Le resistenze all'accoglimento della nozione di discriminazione indiretta sono, quindi, riconducibili in gran parte a tale impostazione procedurale.

Soltanto nel caso delle discriminazioni dirette è richiesto di provare l'intento discriminatorio, ossia il motivo per il quale il datore di lavoro ha adottato una condotta vietata (il quale a sua volta dovrà dimostrare il *legitimate non discriminatory reason* per contrastare l'accusa). La linea interpretativa utilizzata dalle Corti, decisamente restrittiva e favorevole a coprire comportamenti discriminatori nei confronti dei lavoratori (limitando così i diritti dei dipendenti che avevano fatto causa ai loro datori di lavoro), è stata una delle ragioni che ha spinto il legislatore a introdurre il *Civil Rights Act 1991*, per modificare alcuni degli aspetti procedurali e sostanziali previsti dalla normativa nei casi di discriminazione sul lavoro.

La disciplina antidiscriminatoria americana è andata poi catalizzandosi sull'ammissibilità delle *affirmative actions*³², strumenti idonei a rimuovere condizioni di disegualianza dovute a pregiudizi e discriminazioni³³. Si tratta di azioni chiamate di "diritto diseguale" perché rivolte a favorire soggetti vittime di discriminazioni a causa dell'appartenenza a un gruppo individuato sulla base di una caratteristica personale, ascritta o acquisita. Tali azioni si caratterizzano, da un lato, per la loro misura di rimedi, dall'altro lato, per la loro temporaneità³⁴.

La legittimazione di tali azioni, fondata sul Titolo VII del *Civil Rights Act*, ha consentito la loro introduzione nella legislazione e nei programmi adottati da soggetti privati per favorire le minoranze nell'accesso a servizi come l'istruzione.

³² È stato opportunamente osservato che «il diritto che muove verso l'eguaglianza non può non essere, in una certa misura, un diritto diseguale»; è diseguale non semplicemente perché si adegua all'eterogeneità delle situazioni fattuali trattando casi diversi in modo diverso, ma proprio in quanto persegue l'eguaglianza sostanziale, come avviene per esempio con le *affirmative actions*, riconoscendo e valorizzando le differenze. A. D'ALOIA, *Discriminazioni, eguaglianza e azioni positive: il "diritto diseguale"*, in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, 2008, 201.

³³ Cfr. D. KENNEDY, *Per l'azione affermativa nelle Law Schools*, in G. ZANETTI e K. THOMAS (a cura di) *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory*, Emilia Romagna, 2005. V., inoltre, l'interessante saggio di N. GLAZER, *Thirty Years with Affirmative Action*, in *DBR*, 1, vol. 2, 2005, 5 ss.

³⁴ M. BARBERA e A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2020.

La legittimità costituzionale doveva essere subordinata all'interesse primario (*compelling interest*) e gli strumenti normativi utilizzati per raggiungere tale interesse dovevano rispondere al criterio di stretta adeguatezza (*narrowly tailored*). Se in una prima fase, subito dopo l'entrata in vigore del *Civil Rights Act* del 1964, le corti si dimostrarono più aperte verso queste misure normative, applicando uno scrutinio di costituzionalità intermedio, sul finire degli anni '80 il giudizio sulle *affirmative actions* mutò radicalmente³⁵.

La giurisprudenza della Corte Suprema sulle azioni positive è sempre stata altalenante³⁶, fino ad arrivare a un orientamento decisamente contrario alle stesse³⁷.

Tuttavia, agli inizi del XXI secolo, i giudici della Corte Suprema sembrano cambiare nuovamente rotta. Con la pronuncia *Grutter v. Bollinger*³⁸, viene riconosciuta legittimità costituzionale alla politica di ammissione alla *Law School* dell'Università del Michigan, che si propone di assicurare la diversità del corpo studentesco, attraverso l'utilizzo di «many possible bases for diversity admissions»³⁹. In considerazione del fatto che l'obiettivo precipuo dell'Università era quello di formare una “critical mass” of minority students e che le distinzioni basate sulla razza sono sempre da valutare in base allo *strict scrutiny* e sono comunque ammissibili solo in presenza di un *compelling state interest* e del principio

³⁵ In *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* del 1989, la Corte Suprema precisò che le azioni positive si dovevano presumere incostituzionali in base al XIV Emendamento e che tale presunzione di illegittimità poteva essere superata solo dimostrando l'esistenza di un prevalente interesse pubblico, quale, per esempio, l'intento di rimediare a specifici e reiterati atti discriminatori subiti da quel gruppo a causa dell'inerzia o della complicità dell'autore dell'azione. Ma è certamente con il caso *Adarand Constructors Inc. v. Peña* del 1995 che si ha una vera e propria inversione di tendenza e una messa in serio dubbio della validità delle *affirmative actions* sul piano costituzionale.

³⁶ Cfr. *University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986). Il primo caso è rimasto a lungo il “precedente” di riferimento in materia di politiche per la promozione della diversità nel settore dell'educazione; il secondo caso è noto per aver sollevato il problema dell'intensità del sindacato delle azioni positive. Sul punto v., ampiamente, F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013.

³⁷ Cfr., fra le tante, *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996).

³⁸ *Grutter v. Bollinger* 39 U.S. 306 (2003).

³⁹ Tra i criteri utilizzabili, si legge nella sentenza della Corte, vi è la «racial and ethnic diversity with special reference to the inclusion of student from groups which have been historically discriminated against, like African-Americans, Hispanics and Native Americans, who without this commitment might not be represented in our student body in meaningful numbers».

di proporzionalità tra mezzi e fine, la Corte, valutata la flessibilità del piano della Law School e la temporaneità della politica delle preferenze razziali, ha dichiarato la costituzionalità della politica di ammissione alla *Law School*.

Il succedersi assolutamente asimmetrico di orientamenti interpretativi, la particolare frammentazione delle sentenze e l'enorme incertezza sulla sorte delle *affirmative actions* nell'ordinamento che, per primo, le ha sperimentate, sono tutti segnali che fanno dubitare, oggi più che mai, della bontà del modello di tutela antidiscriminatoria. Un modello a sostegno di una visione individualistica e *colorblindness* dell'*Equal Protection Clause*, basato sull'individuazione di gruppi e categorie svantaggiati, che risponde a un'esigenza risarcitoria/compensativa di ingiustizie subite nel passato e che configura la discriminazione dal punto di vista soggettivo, dovendosi sempre dimostrare in giudizio l'*animus* discriminatorio di chi adotta l'atto o il comportamento vietato.

4. *L'esperienza inglese*

Per comunanza di lingua e di tradizione giuridica, l'esperienza inglese si è sviluppata a più stretto contatto con quella americana e, al contempo, ha fatto da anello di congiunzione tra il modello statunitense e il modello europeo, agendo da filtro tra il diverso linguaggio giuridico di *common law* e di *civil law*.

Oggi, la legislazione antidiscriminatoria inglese confluisce in maniera organica nell'*Equity Act* del 2010, che rappresenta il punto di arrivo di un percorso normativo avviato negli anni Sessanta (quindi storicamente prima rispetto ad altri Paesi europei) sulla scia del modello statunitense e dell'apporto della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America⁴⁰.

Il primo intervento discriminatorio risale al 1965 allorquando le correnti liberali e progressiste della classe politica inglese iniziarono a preoccuparsi del fenomeno discriminatorio in relazione al fattore "razza": prima di tale momento non era possibile ricavare dai principi di *common law* alcuna regola capace di proibire

⁴⁰ V. il noto caso *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424 (1971).

direttamente la discriminazione in ragione della razza e tale atteggiamento era giustificato dal peculiare attaccamento al principio della libertà contrattuale⁴¹.

Il *Race Relations Act* (1965) mostra un reale interesse al problema della discriminazione razziale: l'obiettivo era favorire l'integrazione delle varie etnie nella società e in ambito lavorativo. Tale documento ebbe una funzione simbolica più che effettiva nel senso che la sua finalità fu quella di compensare le restrizioni introdotte con l'*Immigration Act* del 1962. La nuova legge prevedeva un divieto di discriminazione solo limitatamente all'area dei luoghi pubblici, sanzionava la discriminazione diretta e dal punto di vista dell'azionabilità, introduceva un meccanismo conciliativo tra le parti⁴².

Data l'inefficienza della legge sia sotto il profilo dell'ambito di applicazione sia dell'azionabilità dei rimedi, si giunse alla riforma del 1968. Ancora una volta, però, il risultato fu di scarso rilievo: poche le modifiche relative all'ampliamento dei settori in cui si poteva applicare il divieto di discriminazione (abitazione e lavoro) e immutato il sistema sanzionatorio. Soltanto qualche anno più tardi, con l'ulteriore riforma del 1976, dove evidente fu l'influenza del sistema statunitense, venne introdotta la discriminazione indiretta e la possibilità per gli imprenditori di avviare forme di "azioni positive"⁴³.

Si manifesta, dunque, la volontà politica di attuare una giustizia anche di tipo redistributivo e si istituisce un'apposita commissione, rafforzandone i poteri di vigilanza e controllo⁴⁴.

Il punto di partenza è rappresentato dal divieto di discriminazione razziale che viene introdotto sia con riferimento all'individuo, sia con riferimento ai gruppi

⁴¹ L'ordinamento inglese si è sempre caratterizzato per un'ampia autonomia contrattuale delle parti, per una particolare attenzione alle prerogative imprenditoriali e, soprattutto, per una disciplina liberale del recesso. Cfr. M. FREEDLAND e N. KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, 2011, 207; B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019.

⁴² Se l'accordo falliva i ricorsi venivano indirizzati al *Race Relations Board* (agenzia amministrativa). Cfr. C. MCCRUDDEN, *Racial Discrimination*, in C. MCCRUDDEN e G. CHAMBERS (a cura di), *Individual's Rights and the Law in Britain*, Oxford, 1970.

⁴³ Cfr. B. HEPPLER, *Race, Job and the Law in Britain*, Londra, 1970.

⁴⁴ Parallelamente, in Europa, la giurisprudenza muoveva i primi passi per definire un generale divieto di discriminazione a partire dai particolari divieti in base alla nazionalità e al sesso contenuti nel Trattato CE.

razziali, così da ricomprendere in un'unica espressione (*racial groups*) anche i motivi di discriminazione legati alla nazionalità, alla cittadinanza e all'etnia, rispondendo in questo modo alle pressioni provenienti dall'ordinamento comunitario⁴⁵.

L'utilizzo di un'espressione tanto ampia quanto ambigua ha imposto alla giurisprudenza inglese di individuare prontamente i parametri per qualificare un gruppo come etnia. Nella sentenza *Mandla*⁴⁶, la *House of Lords* ha elencato una serie di criteri, quali la storia, la tradizione culturale, l'origine geografica, la lingua e il credo religioso, richiedendone la contemporanea presenza al fine di etichettare un certo gruppo come un'etnia e, dunque, ammetterlo a godere di protezione normativa⁴⁷.

Sebbene la legislazione antidiscriminatoria britannica si ispiri dichiaratamente a quella americana, pare sin dall'inizio privilegiare la lettura in senso oggettivo della nozione di discriminazione, ponendo l'accento non tanto sulla volontà di discriminare di chi pone in essere l'atto o il comportamento (elemento, invece, centrale nell'impostazione americana), quanto piuttosto sugli effetti discriminatori che quell'atto o quel comportamento producono nella pratica. Anche la discriminazione diretta, infatti, deve essere valutata mediante una comparazione tra il trattamento ricevuto dal soggetto, che si presume discriminato, e il trattamento ricevuto da un terzo soggetto che funge da comparatore⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. E.U. SAVONA, *Diritto e discriminazione razziale: la legislazione inglese come fattore di mutamento sociale tra gli anni sessanta e gli anni ottanta*, Milano, 1980.

⁴⁶ *Mandla v. Lee*, (1982) UKHL, 7. Si tratta di una valutazione rimessa alla discrezionalità dei giudici che risente inevitabilmente dei mutamenti sociali e culturali.

⁴⁷ Ne è pertanto conseguita una giurisprudenza altalenante che ha riconosciuto come etnia talora una certa minoranza e altre volte lo ha escluso, parlando più genericamente di *separate group*. Cfr. *Dawkins v. Department of the Environment*, IRLR 284, CA (1993), dove la Corte di Appello non riconobbe i Rastafariani come etnia, escludendoli dalla tutela prevista nel *Race Relations Act*.

⁴⁸ L'approccio inglese alla discriminazione, che è poi lo stesso seguito in Europa, è di tipo oggettivo, laddove si dice che la differenza di trattamento fondata sulla razza o sul sesso non si riferisce necessariamente ed esclusivamente alla motivazione per cui l'autorità pubblica o il soggetto privato hanno agito, ma si riferisce, più in particolare, alla valutazione degli effetti discriminatori che quel comportamento ha sortito nella realtà e che non si sarebbero prodotti se non fosse stato per la razza o per il sesso del soggetto discriminato.

In Gran Bretagna non si riscontrano le resistenze e le contraddizioni che negli Stati Uniti hanno fortemente limitato l'uso e l'efficacia della discriminazione indiretta; al contrario, si segnala una progressiva apertura da parte delle corti inglesi al riconoscimento del *Disparate impact*, un effetto sperequato su di un gruppo di lavoratori (individuato dal sesso, dalla razza, dalla lingua o altro) rispetto alla generalità di essi.

L'ordinamento inglese, soprattutto per via giurisprudenziale, ha trovato al suo interno, soluzioni che hanno ispirato la legislazione europea del XXI secolo, si pensi alla prova della discriminazione indiretta, che viene sganciata da qualsiasi elemento statistico, e all'impatto discriminatorio valutato non soltanto se verificatosi in concreto ma anche se potenziale⁴⁹.

Nel 2003 viene recepita la direttiva 2000/43/CE con il *Race Relations Act 1976 (Amendment) Regulations*, modalità di attuazione abbastanza anomala, in quanto se da un lato evidenzia la maturità giuridica e sociale del popolo inglese nel recepire una normativa discriminatoria di tale impatto, dall'altro lato manifesta la difficoltà di seguire le indicazioni europee e di tradurre le nozioni portanti della direttiva. Una delle novità più significative del *Race Relations Act 1976 (Amendment) Regulations 2003* fu l'inserimento di una clausola generale derogatoria alla parità di trattamento in ambito lavorativo sia per la fattispecie di discriminazione diretta sia per quella indiretta, così come previsto all'art. 4 della direttiva UE; la nozione di discriminazione indiretta, diversa da quella introdotta dal legislatore europeo, e l'introduzione della disciplina della c.d. molestia. Con riferimento a quest'ultimo aspetto il *Race Relations Act 1976* non conteneva alcuna disposizione che vietasse le molestie dovute a motivi razziali, ma la giurisprudenza inglese aveva riconosciuto

⁴⁹ V. per tutte *Meade-Hill v. National Union of Civil and Public Servants* del 1995, dove la *Court of Appeal* riteneva indirettamente discriminatoria la clausola di mobilità imposta da un'impresa per le donne, basandosi non su prove statistiche o sugli effetti concreti di tale clausola, ma su dati di esperienza comune che rilevavano la maggiore difficoltà per le lavoratrici donne di soddisfare un tale requisito di mobilità rispetto ai lavoratori uomini a parità di condizioni. Questa impostazione tendenzialmente sfavorevole ai datori di lavoro è, tuttavia, controbilanciata dalla previsione di clausole di giustificazione della misura potenzialmente discriminatoria piuttosto flessibili, purché le finalità perseguite tramite quelle misure siano legittime e i mezzi impiegati siano proporzionati.

tale fattispecie, anticipando il legislatore europeo e ritenendo che la molestia fosse equiparabile a un'ipotesi di discriminazione diretta perseguibile in quanto integrante gli estremi di questa.

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

5. Il modello europeo

Quanto all'attuale configurazione del diritto antidiscriminatorio europeo, molto lo si deve al ruolo propulsivo della Corte di giustizia UE⁵⁰.

Il principio di uguaglianza, che non era esplicitamente enunciato nei Trattati, è stato, man mano, costruito in via interpretativa dalla Corte di giustizia desumendone la portata dai singoli divieti di discriminazione presenti nel diritto primario.

Tale operazione ermeneutica ha consentito alla Corte, soprattutto a partire dagli anni Novanta, di ricavare dalle norme dei Trattati (in particolare, art. 13 TCE – divenuto poi art. 19 TfUE⁵¹ – in materia di azioni positive e art. 141 TCE – ora art.

⁵⁰ Cfr. C. Giust. 30 aprile 1996, causa C-13/94, *Cornwall County Council*, in *Racc.* 1996. Per la dottrina cfr. A. LASSANDARI, *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, 201; M. BARBERA, *Licenziamento e diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, 2013, I, 139 ss.

⁵¹ Ai sensi del quale, «il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti

157 TfUE – in materia di non discriminazione) un principio generale di uguaglianza, analogo a quello previsto da molte Costituzioni degli Stati membri.

La situazione è ulteriormente cambiata dopo l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea i cui artt. 20-23 riconoscono rispettivamente in linea generale l'uguaglianza davanti alla legge, il rispetto da parte della UE della diversità culturale, religiosa e linguistica, il principio di non discriminazione, il principio di parità tra uomini e donne e la necessità di adottare azioni positive⁵².

Sulla base della spinta propulsiva della giurisprudenza della Corte di giustizia e della potenzialità innovativa dell'art. 19 TfUE, l'Unione europea ha dunque adottato importanti direttive finalizzate non solo a vietare le discriminazioni, ma anche a garantire la pari opportunità in diversi settori.

Quanto al lavoro, il diritto a non essere discriminati vale sia nell'accesso al lavoro sia nello svolgimento del rapporto di lavoro⁵³. Ne consegue che, in tale ambito, sono vietati trattamenti discriminatori che si traducano anche nei comportamenti del datore di lavoro o di altri soggetti in base ai quali a uno o a più dipendenti determinati sia riservato sul luogo di lavoro un trattamento differente rispetto a quello applicato nei confronti della generalità dei dipendenti e tale trattamento non sia sorretto da una ragione idonea a giustificarlo.

La necessità di fornire un'adeguata e più specifica tutela ha spinto la Commissione europea a rimarcare l'importanza della politica in materia di salute e sicurezza sul lavoro, quale strumento fondamentale al fine di contribuire a combattere la discriminazione e a promuovere le pari opportunità nelle politiche dell'UE, in particolare favorendo l'esatta applicazione delle seguenti direttive:

opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

⁵² M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione*, Torino, 2007.

⁵³ V., fra le altre, la direttiva 2000/78/CE, per la pari dignità di trattamento in materia di condizioni di lavoro; la direttiva 2002/73/CE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro; la direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impegno; infine, la direttiva 2010/41/UE, sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne che esercitano un'attività di lavoro autonomo.

2000/43/CE che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; 2000/78/CE relativa alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro delle persone con disabilità; 2006/54/CE che vieta il trattamento meno favorevole delle donne sul posto di lavoro a causa di gravidanza o maternità⁵⁴.

Si apre dunque la nuova stagione della legislazione antidiscriminatoria europea⁵⁵, caratterizzata da un ulteriore ampliamento e perfezionamento degli strumenti di tutela.

Le direttive c.d. di seconda generazione hanno alterato alcune condizioni che limitavano l'operato dei giudici in ordine alle questioni relative all'applicazione del principio di non discriminazione, mostrando, da un lato, la tendenza a un allargamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria e un utilizzo di nuovi concetti di discriminazione (uno fra tanti, quello di molestia⁵⁶); dall'altro, l'attribuzione esplicita di diritti di contenuto positivo, come quello a un ragionevole adeguamento del posto di lavoro alla condizione dei disabili.

Si è già avuto modo di rimarcare il ruolo centrale della Corte di giustizia nel panorama discriminatorio europeo; tuttavia, v'è anche un altro aspetto che assume un significativo rilievo nell'analisi che si sta svolgendo.

La rassegna della normativa antidiscriminatoria europea evidenzia che quest'ultima, nell'elaborazione di principi e soluzioni, non si è limitata soltanto a un'opera di imitazione o mero recepimento, in via interpretativa, delle disposizioni comuni ai diversi ordinamenti degli Stati membri; al contrario, in alcuni casi, grazie al dialogo tra i formanti giuridici, ha adottato misure tipiche di taluni ordinamenti.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla modifica della ripartizione dell'onere della prova che venne affrontato dalla Corte di giustizia in merito all'applicazione del principio di eguaglianza di trattamento tra uomini e donne nel campo

⁵⁴ COM (2014) 0332 def. *relativa ad un quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro 2014-2020*.

⁵⁵ Cfr. M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit.

⁵⁶ Si fa coincidere il comportamento vietato con la violazione della dignità umana della persona, ossia con la violazione di un diritto assoluto a non essere intimiditi, degradati, umiliati o offesi per le proprie caratteristiche soggettive.

dell'impiego. La Corte, riconoscendo i rilevanti ostacoli che le donne dovevano affrontare nel provare la discriminazione subita rispetto agli uomini, sviluppò una serie di pronunce che introdussero inversioni dell'onere probatorio⁵⁷.

La direttiva 97/80/CE del 15 dicembre 1997 *sull'onere della prova in casi di discriminazione fondata sul sesso* si è ispirata a tale orientamento giurisprudenziale.

La questione, seppure nel campo della discriminazione etnica, era già stata affrontata dalla giurisprudenza inglese, qualche anno prima, seguendo il medesimo percorso. La *Court of Appeal*, nel caso *King*, affermò che «[...] è raro trovare evidenze dirette di una discriminazione razziale. Pochi datori di lavoro saranno pronti ad ammettere anche a loro stessi di avere praticato tali discriminazioni [...] una evidenza di disparità di trattamento unita ad una evidenza di diversità razziale conduce spesso alla possibilità di una discriminazione razziale. In tali circostanze la Corte dovrà chiedere al datore di lavoro di fornire una spiegazione. Se nessuna spiegazione è fornita ovvero se la spiegazione fornita è considerata dal tribunale inadeguata o insoddisfacente, il tribunale legittimamente potrà inferire la sussistenza di una discriminazione su basi razziali»⁵⁸.

Le argomentazioni addotte dalla Corte furono poi seguite anche dalla *House of Lords* nel caso *Glasgow*⁵⁹ e nel 2005 la *Court of Appeal* si pronunciò definitivamente sull'inversione dell'onere della prova⁶⁰. Il risultato di tale fenomeno, meglio noto come “circolazione di regole giuridiche”, è quello del tentativo di una progressiva armonizzazione dei diritti nazionali⁶¹.

⁵⁷ Cfr. C. Giust., 30 giugno 1988, causa 318/86, *Commissione v. Francia*; C. Giust., 17 ottobre 1989, C-109/88, *Danfoss*; C. Giust., 27 ottobre 1993, caso C-127/92, *Enderby v Frenchay Health Authority*; C. Giust., 31 maggio 1995, caso C-400/1993, *Royal Copenhagen*.

⁵⁸ Cfr. *King v. Great Britain Britain-China Centre* (1992) ICR 516, CA.

⁵⁹ Cfr. *Glasgow CC v. Zafar* [1998] ICR 12.

⁶⁰ Nella sentenza *Igen Ltd and others v. Wong* (2005) EWCA Civ 142, la Corte stabilisce che, al fine di beneficiare di detto spostamento, il ricorrente deve stabilire i fatti che possono condurre alla conclusione che il principio di parità di trattamento è stato violato. Sarà onere del convenuto dimostrare che il suo comportamento non è stato discriminatorio.

⁶¹ Interessanti le osservazioni di R. SANTAGATA DE CASTRO e R. SANTUCCI, *Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione europea, Germania e Italia a confronto*, in *DLM*, 2, 2014, 335; ID. *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *ADL*, 2015, 820 ss.

6. Note conclusive

Di certo una delle principali caratteristiche che connota l'evoluzione giuridica americana rispetto a quella inglese risiede nel ruolo conferito allo studio accademico del diritto nella formazione del giurista. Il maggiore sviluppo della dottrina, più idonea a essere esportata e a divenire fattore di transnazionalizzazione, ha contribuito alla circolazione delle idee e delle soluzioni antidiscriminatorie statunitensi nei diversi ordinamenti giuridici.

Nondimeno, occorre evidenziare l'importanza assunta dal diritto inglese, il quale, appresa la lezione americana, ne ha restituito una versione parzialmente difforme, più oggettiva e orientata in senso redistributivo, dopodiché l'ha esportata negli altri Paesi europei per il tramite dell'ordinamento comunitario; quest'ultimo, a propria volta, ha assimilato quanto sperimentato dalla *common law* inglese, lo ha rielaborato e, attraverso il diritto derivato, lo ha trasferito agli Stati membri⁶².

Ne consegue che il diritto antidiscriminatorio nella cultura giuridica occidentale riveste ormai un ruolo centrale nella lotta contro il razzismo, il sessismo, il fanatismo religioso, il pregiudizio omofobico e via dicendo. Sebbene i modelli di tutela circolino a più livelli e si influenzino vicendevolmente, i principi giuridici e morali, come l'eguaglianza e la non discriminazione, mantengono un significato proprio e in parte diverso, in relazione alle storie nazionali, alle varie correnti giuridico-filosofiche e ai peculiari contesti sociali.

La comparazione tra Stati Uniti ed Europa è in questo senso emblematica: da un lato, le leggi americane sui diritti civili sono state elaborate nel contesto della lotta alla schiavitù e alle politiche segregazioniste; dall'altro lato, in gran parte d'Europa, le leggi di contrasto alla discriminazione hanno rappresentato una risposta alle atrocità antisemite della seconda guerra mondiale, un modo per dare contenuto giuridico al valore dell'eguaglianza.

In conclusione, dall'analisi comparatistica emerge un dato singolare, che accomuna la tradizione nordamericana a quella europea: il divieto di discriminare

⁶² Cfr. R. NUNIN, *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in LG, 2003, 905.

nei rapporti interprivati trova, negli Stati Uniti, la sua iniziale giustificazione nella logica mercantilista della *Commerce Clause*; analogamente, in Europa, tale divieto è apparso inizialmente come un prodotto della politica delle libertà e della costruzione del mercato unico, nel quale le discriminazioni costituivano barriere inammissibili⁶³; un modello quello europeo che mira all'integrazione sociale, muovendo dal presupposto che la discriminazione nuoce all'economia e alla società nel suo insieme e mina la fiducia e il sostegno verso i fondamentali valori comuni di eguaglianza, dignità e democrazia.

⁶³ Cfr. G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017.

Bibliografia

- AA.VV., *Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2012.
- AJANI G., *Diritto comparato e diritto internazionale*, DPCE, 2001, 1590.
- AJANI G., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2006.
- AJANI G., *Trapianto di norme «informato» e globalizzazione: alcune considerazioni*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011.
- BARBERA M. e GUARISO A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2020.
- BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.
- BARBERA M., *Licenziamento e diritto antidiscriminatorio*, RGL, 2013, I, 139 ss.
- CARDUCCI M., *I “flussi giuridici” tra complessità transdisciplinare e geopolitica*, in RGDP, 2014, 14.
- CARTABIA M., *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione*, Torino, 2007.
- CARUSO B., *Il dialogo tra giuslavoristi nel “villaggio globale”*, in (L. MONTUSCHI), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Y. Suwa*, Milano, 2007, 243.
- CASADEI T. (a cura di), *Lessico delle discriminazioni: tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, 2008.
- CHECCHINI B., *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019.
- CRIVELLI E., *Il Protocollo n. 12 Cedu: un’occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D’ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, 137 ss.
- D’ALOIA A., *Discriminazioni, eguaglianza e azioni positive: il “diritto diseguale”*, in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, 2008, 201.
- D’ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.
- DWORKIN R., *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale* (trad. it. di C. Bagnoli), Milano, 1994, 83 s.
- DE LUCA F., *Discriminazioni di genere sui luoghi di lavoro, problematiche di inquadramento giuridico e prospettive di tutela sostanziale*, in DRI, 1, 2019, 312.
- DIAMANTI R., *Le molestie sessuali, la discriminazione, l’abuso*, in RIDL, 1, 2017, 69.
- DONADIO G., *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017.
- FERRARESE M.R., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012.
- FREEDLAND M. e KOUNTOURIS N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, 2011, 207.
- FUMAGALLI M., *La tutela internazionale dei diritti dell’uomo tra tolleranza e non discriminazione*, in RIDU, 1999, 1, 168 ss.
- GENTILI A., *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in RCDP, 2009, 2, 207.
- GLAZER N., *Thirty Years with Affirmative Action*, in DBR, 1, vol. 2, 2005, 5 ss.
- GUIGLIA G., *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, relazione svolta in occasione della presentazione degli *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Como-Varese, 2012.
- HEPPLE B., *Race, Job and the Law in Britain*, Londra, 1970.
- KENNEDY D., *Per l’azione affermativa nelle Law Schools*, in G. ZANETTI e K. THOMAS (a cura di) *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory*, Emilia Romagna, 2005.
- LASSANDARI A., *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, 201.
- LOLLINI A., *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in DPCE, 2007, 479 ss.
- MCCRUDDEN C., *Racial Discrimination*, in C. MCCRUDDEN e G. CHAMBERS (a cura di), *Individual’s Rights and the Law in Britain*, Oxford, 1970.

NAVARRETTA E., *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in RDC, 2014, 3, 547.

NUNIN R., *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in LG, 2003, 905.

OLIVERI F., *La Carta sociale europea come "strumento vivente"*, in JG, 2013, 1, 41 ss.

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

PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna, 2012.

SALARDI S., *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Torino, 2015, 3.

SANTAGATA DE CASTRO R. e SANTUCCI R., *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in ADL, 2015, 820 ss.

SANTAGATA DE CASTRO e SANTUCCI R., *Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione europea, Germania e Italia a confronto*, in DLM, 2, 2014, 335.

SAVONA E.U., *Diritto e discriminazione razziale: la legislazione inglese come fattore di mutamento sociale tra gli anni sessanta e gli anni ottanta*, Milano, 1980.

SERIO M., *Le discriminazioni razziali in prospettiva transnazionale*, in EDP, 2009, 2, 487.

TRIPODINA C., *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ (a cura di), *Quaderni del "Gruppo di Pisa"*, Torino, 2008.

WATSON A., *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, 2006.

ADL, *Argomenti di diritto del lavoro*

DBR, *Do Bois Review*

DLM, *Diritti Lavori e Mercati*

DPCE, *Diritto pubblico comparato ed europeo*

DRI, *Diritto delle relazioni industriali*

EDP, *Europa e diritto privato*

JG, *Jura Gentium*

LG, *Il lavoro nella giurisprudenza*

RCDP, *Rivista critica del diritto privato*

RDC, *Rivista di diritto civile*

RGDPC, *Revista General de Derecho Público Comparado*

RGL, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*

RIDL, *Rivista italiano di diritto del lavoro*

RIDU, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*