

## INTRODUZIONE

FABIO SPITALERI

L'eguaglianza è un principio particolarmente "elastico", al quale possono essere ricondotti fenomeni molto diversi tra loro. Il concetto di discriminazione comprende infatti – com'è noto – non solo le ingiustificate disparità di trattamento tra situazioni comparabili (discriminazioni c.d. "formali"), ma anche le indebite equiparazioni di posizioni oggettivamente diverse (spesso denominate discriminazioni "materiali"); e ancora, non solo le distinzioni fondate direttamente su motivi (quali la razza, il sesso, la cittadinanza, la disabilità o altri ancora) espressamente previsti da norme positive, ma anche quelle c.d. "indirette", che risultano da normative o da comportamenti apparentemente neutri ma che, di fatto, pregiudicano maggiormente le categorie di soggetti che l'ordinamento intende tutelare. L'eguaglianza non risulta tuttavia confinata a queste nozioni che, tutto sommato, sono oggi ben note e consolidate. La giurisprudenza e la prassi più recente (nazionale ed europea) hanno infatti arricchito ulteriormente il concetto di discriminazione, estendendolo ben oltre le tradizionali categorie sopra indicate. A tal riguardo, può essere ricordata una recente pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo la quale una discriminazione riconducibile a uno dei motivi elencati dal legislatore può essere sanzionata anche se, a essere colpito, non è il soggetto debole che appartiene a un determinato gruppo, ma altra persona che con quel soggetto intrattiene un rapporto qualificato; ad esempio, le discriminazioni subite in ambito lavorativo dal genitore di un bambino disabile, in ragione dell'handicap del figlio, sono comunque discriminazioni fondate sulla disabilità (c.d. "per associazione"), che devono essere censurate anche se la vittima non è direttamente la persona disabile (per un esempio di discriminazione per associazione v., in ambito UE, Corte giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, in *Racc.*, p. I-5603). A ben vedere, il fenomeno sembra oramai travalicare la concezione stessa di discriminazione, tradizionalmente intesa come irragionevole distinzione tra soggetti che si trovano in posizioni comparabili. In effetti, anche le molestie e l'ordine di discriminare, che poco hanno a che vedere con tale concezione, vengono oramai ricondotte, almeno in ambito europeo, nel concetto più ampio di discriminazione (in tal senso, v. art. 2, par. 4, dir. 2000/43, art. 2, par. 4, dir. 2000/78 e art. 3, par. 4,

dir. 2004/113). L'ampliamento progressivo delle fattispecie riconducibili a tale nozione dimostra l'elasticità del principio di eguaglianza e la sua capacità di assumere nel tempo accezioni nuove.

La flessibilità della regola generale di eguaglianza si può apprezzare anche sotto un diverso profilo, che attiene al giudizio diretto a censurare una presunta discriminazione. In effetti, il sindacato comprende diverse tappe che includono, almeno in via teorica, l'accertamento di una disparità (o di un'indebita equiparazione), il riconoscimento della comparabilità delle situazioni raffrontate, la rilevazione di un obiettivo di interesse generale che giustifichi la distinzione eventualmente rilevata e, infine, la ponderazione della proporzionalità dei mezzi impiegati per raggiungere tale obiettivo. Per quanto il test risulti "incanalato" in un ragionamento logico-giuridico scandito in tappe ben definite, l'esperienza dimostra che esso comporta graduazioni di intensità e bilanciamenti di poste in gioco, condizionati talvolta (sia pure in maniera soltanto implicita) da considerazioni di valore legate ai modelli sociali che, in un dato momento storico, risultano prevalenti. Il giudizio di eguaglianza si presta, quindi, ad "adattamenti" ritagliati sul caso di specie e può condurre a risultati che mutano, nel tempo e nello spazio, a seconda del sistema giuridico considerato.

Per come è stato configurato dall'elaborazione dottrinale, dalla giurisprudenza e dalle rivendicazioni politiche e sociali, il principio di eguaglianza presenta quindi un elevato grado di duttilità, potendo essere modellato – nei diversi sistemi giuridici – in maniera articolata.

Alcuni fenomeni sociali mettono alla prova l'elasticità di tale precetto, nel senso che ne rendono difficile l'applicazione e talvolta perfino dubbia l'applicabilità.

La tensione maggiore è probabilmente causata dal fenomeno che il presente studio ha cercato di esaminare, vale a dire da quelle misure, tradizionalmente denominate "azioni positive", che i legislatori adottano allo scopo di rimuovere gli ostacoli, o di compensare gli svantaggi, che una determinata categoria sociale, ritenuta sfavorita, subisce di fatto nella società.

Già dal punto di vista ideologico misure di questo tipo provocano dibattiti molto accesi.

In effetti, non sono mancate prese di posizione che bollano di ingiustizia e di illogicità il ricorso a dette misure che, secondo questa opinione, al fine apparente di promuovere l'eguaglianza creerebbero, in realtà, disparità di trattamento ingiustificate (c.d. *reverse discrimination*). Le azioni positive non rafforzerebbero ma, al contrario, provocherebbero un grave pregiudizio all'eguaglianza: la loro attuazione presupporrebbe, infatti, l'accentuazione di criteri, quali l'appartenenza a una minoranza etnica o a un determinato sesso, che in via di principio dovrebbero essere ignorati dalle autorità pubbliche nell'esercizio dei loro poteri. D'altra parte, il riconoscimento di determinati vantaggi a soggetti che si assumono svantaggiati, ad esempio, per l'iscrizione all'università, per l'accesso all'occupazione, per la progressione in carriera o per la partecipazione alle cariche pub-

bliche, potrebbe garantire una precedenza a soggetti meno qualificati, in spregio al rispetto dovuto al lavoro delle singole persone e, in definitiva, al merito individuale. Le azioni positive potrebbero, quindi, alterare valori primari dell'ordinamento, quali l'eguaglianza tra i cittadini e il principio meritocratico.

Ovviamente, tale prospettiva è respinta da chi vede nel sostegno alle categorie svantaggiate un modo efficace e concreto per rendere piena ed effettiva l'eguaglianza tra consociati, nonché uno strumento utile per riorientare la società verso un modello plurale. Secondo questa linea di pensiero, le azioni positive rimuovono, in favore dei soggetti più deboli, ostacoli al progresso economico che sono stati creati da posizioni di privilegio stratificate nel tempo, aprendo a categorie sociali nuove opportunità un tempo riservate a un novero di soggetti più ristretto. Inoltre, la presenza in determinati contesti di persone diverse per etnia, estrazione sociale o sesso, e il confronto che deriva da un ambiente multiculturale, arricchisce i soggetti coinvolti, rendendoli capaci di elaborare – nei rispettivi ambiti di attività – idee e soluzioni più efficaci. In definitiva, le azioni positive non solo riducono le diseguaglianze ma, in quest'ottica, possono incrementare l'efficienza complessiva del sistema.

Le tensioni in campo non si limitano tuttavia a confronti di natura ideologica, ma assumono una connotazione che è anche giuridica. In effetti, l'individuazione del fondamento e dei limiti delle azioni positive è questione assai dibattuta che ha trovato solo in parte risposte condivise.

A dover essere chiarito è anzitutto il dubbio se tali misure debbano essere basate sul principio di eguaglianza (“esteso” e “tirato” in modo da ricomprenderle al suo interno) oppure su una regola diversa, quella delle pari opportunità, alla quale andrebbe riconosciuta una portata distinta e autonoma rispetto al divieto di discriminazioni. La giurisprudenza, nazionale e internazionale, sembra orientata nel senso che il fenomeno vada comunque sindacato alla luce del principio di eguaglianza.

Se così è, un quesito ulteriore si pone. Bisogna stabilire, infatti, quale sia l'accezione dell'eguaglianza che entra in gioco. In effetti, il divieto di discriminazioni potrebbe rilevare nella parte in cui esso proibisce di trattare allo stesso modo situazioni diverse, imponendo così misure diversificate per i soggetti che si trovano in una posizione del tutto specifica. La predisposizione di azioni positive potrebbe essere intesa allora non come una facoltà, ma come un obbligo per il legislatore; quest'ultimo sarebbe tenuto a sostenere con appositi programmi le persone che si trovano in una condizione di disagio, diversa da quella che contraddistingue la generalità dei consociati. La questione può tuttavia essere impostata in termini diversi. Va ricordato infatti che il divieto di discriminazioni può essere derogato in presenza di giustificazioni di carattere generale perseguite dal legislatore con mezzi proporzionati. La promozione delle pari opportunità potrebbe costituire un motivo di interesse generale che autorizza eccezionalmente una compressione di tale divieto. L'adozione di azioni positive non costituirebbe quindi un obbligo, ma una facoltà che il legisla-

tore può eccezionalmente esercitare in deroga alla regola fondamentale della parità di trattamento. Nelle due impostazioni illustrate, la visione delle azioni positive risulta praticamente opposta: nel primo caso di un vincolo, nel secondo di una facoltà, eccezionale peraltro, si dovrebbe più propriamente parlare.

D'altra parte, l'esercizio di tale facoltà andrebbe comunque ristretto entro i confini posti dal principio di proporzionalità, nel senso che – secondo i tradizionali vincoli derivanti da tale principio – le azioni positive devono essere idonee a raggiungere l'obiettivo di promozione delle pari opportunità e non devono andare oltre quanto necessario a raggiungere tale obiettivo. Proprio sull'individuazione di tali limiti la giurisprudenza delle Corti costituzionali e delle Corti Supreme è stata a lungo impegnata, sia nel sistema giuridico degli Stati Uniti d'America che negli ordinamenti (interni e sovranazionali) europei.

Le "tensioni" che il fenomeno delle azioni positive ha provocato, e provoca tutt'ora, al principio di eguaglianza si traducono in questioni sociali, giuridiche e anche filosofiche, che hanno trovato risposte non del tutto coincidenti nei diversi ordinamenti giuridici presi in considerazione nel presente volume.

La complessità dell'istituto e le tante sfumature (di carattere non solo giuridico) che esso presenta hanno richiesto il naturale coinvolgimento di esperti di discipline diverse. Il presente volume si compone pertanto di contributi di studiosi di Storia e Istituzioni delle Americhe, di Filosofia Politica, nonché di Diritto del Lavoro, Diritto Privato Comparato, Diritto costituzionale, Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea. L'apertura del progetto a un così ampio novero di materie risponde a un metodo multidisciplinare, la cui utilità è oramai ampiamente condivisa in dottrina, specie quando – come nel caso di specie – si persegue l'obiettivo di far emergere, per quanto possibile, una visione del fenomeno più ampia e completa di quella che un esame limitato a taluni settori potrebbe fornire. Rispetto alle numerose opere che hanno già trattato il tema, il presente lavoro si propone, quindi, di utilizzare più chiavi di lettura, tra loro complementari, del fenomeno – storico, giuridico e sociale – delle azioni positive.

Il lavoro si articola in tre parti. La prima parte è dedicata ai sistemi giuridici nazionali. Agli approfondimenti sulle problematiche emerse nell'ordinamento italiano e in quello federale degli Stati Uniti d'America si affianca una comparazione delle soluzioni adottate da diversi Stati europei e della regione dell'Oceano Pacifico Occidentale in merito alle quote di genere nei *corporate boards*. Dei temi trattati in questa parte del volume, taluni – come quelli relativi all'accesso alle università e alle c.d. quote rosa negli organi politici – sono oggetto di studio e di dibattito politico da diversi decenni; altri, come il tema della presenza femminile negli organi societari, solo di recente sono giunti all'attenzione dei giuristi e della pubblica opinione.

La seconda parte è dedicata alla dimensione europea del problema, ed è quasi completamente incentrata sulle questioni di genere, vale a dire sulle possibili preferenze che possono essere riservate, in diversi settori, al sesso sotto-rappresentato. Il *focus* di questa seconda parte è posto in particolare su temi,

quali l'accesso al lavoro, la maturazione dell'età pensionabile e la conciliazione dei doveri familiari e lavorativi da parte delle donne, che hanno a lungo impegnato (e impegnano tutt'ora) le istituzioni comunitarie e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. A chiusura del volume vi è, infine, un contributo di stampo filosofico che tira le fila del dibattito emerso nelle prime due parti del libro, concentrando l'analisi sul nocciolo stesso del problema, vale a dire sulla definizione dei concetti di eguaglianza e di differenza, in particolare nelle interazioni tra uomo e donna.

Il volume conclude un percorso scientifico che si è aperto nel maggio 2011, in occasione della presentazione della monografia su *Le discriminazioni alla rovescia*, di cui sono autore. Sotto la supervisione scientifica mia e della dott.ssa Lorenza Riccio, la presentazione di quest'opera è stata organizzata e finanziata dal Comitato per le Pari Opportunità (CPO) dell'Università di Trieste. La presentazione del libro ha fornito lo spunto per svolgere una giornata di studio, nella quale molte delle questioni esaminate in queste sede sono state oggetto di un primo dibattito. Allo scambio di idee avvenuto nell'ambito del seminario è seguito un lavoro di ricerca ulteriore, che è poi sfociato nella redazione dei singoli contributi che compongono il presente lavoro, la cui pubblicazione è stata cofinanziata da un secondo contributo del CPO.

Al CPO dell'Università di Trieste, e alla sua Presidente Elisabetta Tiganì Sava, vanno pertanto i miei più sentiti ringraziamenti per l'organizzazione e per il finanziamento della giornata di studio e per il cofinanziamento della pubblicazione. Un sentito grazie va poi al prof. Stefano Amadeo, ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Trieste, per i continui spunti di riflessione forniti nel corso di tutto il progetto. Ringrazio inoltre la dott.ssa Lorenza Riccio, responsabile del Centro di Documentazione Europea dell'Università di Trieste, che ha partecipato all'organizzazione di tutte le fasi della ricerca e riletto i singoli contributi dell'opera. Sono infine particolarmente grato al prof. Luigi Daniele, ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Roma Tor Vergata, per la sua partecipazione all'iniziativa. La disponibilità del prof. Daniele e del prof. Amadeo mi onora molto. Grazie ai loro consigli e ai loro insegnamenti, la ricerca svolta ha centrato il risultato costituito dalla presente pubblicazione.

