

CAPITOLO I

SULL'EGUAGLIANZA E LA DIFFERENZA: DUE VALORI COMPATIBILI

Per quanto la domanda «perché l'eguaglianza?» non debba essere in alcun modo trascurata, non è questo il punto rispetto al quale si differenziano le teorie più comuni, visto che sono tutte egualitarie in termini di qualche variabile focale. La domanda su cui si concentra l'attenzione è inevitabilmente «eguaglianza di che cosa?».

(AMARTYA SEN, 1992)

SOMMARIO: 1. Possiamo fare a meno dell'eguaglianza? – 2. La grammatica dell'eguaglianza: riaffermarne il valore nella complessità e pluralità delle sue formulazioni. – 2.1. Eguaglianza descrittiva, prescrittiva e il concetto di «sameness». – 2.2. L'equivocità delle categorie dell'eguaglianza formale e sostanziale. – 3. Verso eguaglianze sempre meno 'formali'. – 4. La scoperta della differenza nel dibattito sull'eguaglianza. Una dicotomia da superare. – 5. Discriminazione, subordinazione e stigmatizzazione. Qualche precisazione lessicale.

1. Possiamo fare a meno dell'eguaglianza?

L'eguaglianza è un valore a rischio. Tra gli ideali politici è certamente quello più diffuso e teorizzato, fin quasi all'abuso. Nonostante ciò, resta ancora uno dei più enigmatici tanto che per alcuni non rappresenterebbe altro che una retorica senza significato. In effetti, interrogarsi sulla necessità dell'eguaglianza e sulla validità delle numerose teorie costruite attorno a questo concetto significa interrogarsi sulla sostanziale eterogeneità degli esseri umani, sui conflitti interni all'individuo tra spinte individualistiche e richieste sociali, sul ruolo del diritto e della politica. Significa interrogarsi su cosa è, e come vorremmo che fosse, la società umana.

Il principio di eguaglianza, una delle idee più affascinanti e al tempo stesso controverse della nostra epoca, è stato ed è tuttora un tema centrale del pen-

siero giuridico occidentale, quantomeno dalla Rivoluzione francese in poi. Nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, votata dall'Assemblea Nazionale francese il 26 agosto 1789, venivano proclamate la libertà e l'eguaglianza di tutti gli uomini. Ogni governo che avesse violato i principi eterni di eguaglianza, di libertà e di fraternità sarebbe stato nemico dei popoli. Che cosa resta del principio che aveva ispirato la Rivoluzione francese e, prima ancora, quella Inglese alla fine del Seicento e, cento anni dopo, i *Bill of Rights* delle colonie americane? Se l'eguaglianza è un valore, per dimostrare che è un valore non basta invocarla, predicarla e, al limite, nemmeno attuarla. Occorre piuttosto indagare quale sia il suo significato, quale la sua estensione e quali i suoi limiti nella compatibilità con gli altri valori. Ma, soprattutto, è necessario capire quale sia il suo contenuto. Norberto Bobbio, per primo, ci mette in guardia su quanto il concetto di eguaglianza (al pari di quello di libertà) sia un contenitore «generico e vuoto che, se non è specificato o riempito, non significa nulla»¹. Ed infatti, in controtendenza all'opinione maggioritaria, non sono in pochi a ritenere che la sopravvivenza di questo principio sarebbe dovuta proprio al suo essere privo di contenuto. Un'idea vuota insomma, che dovrebbe essere abbandonata o quantomeno ridimensionata. Secondo Peter Westen², per esempio, non solo potremmo fare a meno dell'eguaglianza ma sarebbe anche auspicabile. Nel 1982 esce sulla *Harvard Law Review* un saggio dal titolo provocatorio, «*The Empty Idea of Equality*»³, in cui il professore americano sostiene esattamente questo: la retorica della parità di trattamento, secondo cui «persone uguali devono essere trattate in modo eguale»⁴, genere-

¹ N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo*, in AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando Editore, Roma, 1978, p. 14. Così anche V. MATHIEU che, nel suo saggio «*L'eguaglianza giuridica*» contenuto nella medesima raccolta, sottolinea proprio come l'eguaglianza «per continuare ad essere un'idea-forza si sottragga alla necessità di essere un'idea chiara».

² Peter Westen è attualmente Frank G. Millard Professor of Law, Emeritus, presso l'University of Michigan Law School.

³ P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 95, 3, 1982, pp. 537-96.

⁴ Vi sono numerose enunciazioni del principio di eguaglianza, e molte di queste in contrasto tra loro. Per esempio, Oppenheim enumera le seguenti formulazioni: «*parti uguali agli uguali*», «*parti uguali a un gruppo relativamente grande*» e alcune versioni dell'eguaglianza proporzionale, tra le quali «*a ciascuno secondo i propri meriti*» o «*distribuzioni diseguali corrispondenti a differenze rilevanti*». F. OPPENHEIM, voce «*Uguaglianza*», in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, U. PASQUINO, *Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 2004, pp. 1007-1009. Si veda anche G. TARELLO, *Su "uguaglianza"*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 355. Non potendo in questa sede procedere all'analisi di ciascuna di esse, la riflessione critica si indirizzerà all'affermazione del principio più famosa, quella che viene fatta risalire ad Aristotele e che, nonostante sia stata da sempre seriamente messa in discussione, sembra contenere un nucleo fondamentale del principio di tradizione

rebbe solo confusione ed errori logici e, pertanto, dovrebbe essere superata.

«L'eguaglianza cesserà di mistificare – e di complicare i discorsi morali e politici – quando le persone cominceranno ad acquisire consapevolezza del fatto che essa è una forma vuota, che non presenta in proprio alcun contenuto sostanziale. Ciò avverrà non appena le persone si renderanno conto del fatto che qualsivoglia argomento morale e giuridico può essere presentato sotto forma di un argomento a favore dell'eguaglianza. A quel punto si ribatterà ad argomenti a favore dell'eguaglianza con contro-argomenti a favore dell'eguaglianza. Ovvero, più semplicemente, si comprenderà che possiamo fare a meno dell'eguaglianza»⁵.

Allorché affermiamo che «persone uguali devono essere trattate in modo eguale», ci scontriamo inevitabilmente con la necessità di determinare quando due persone sono *uguali*, essendo questo il presupposto perché siano trattate in maniera *eguale*. Bisogna allora sapere precisamente qual è il parametro rispetto al quale si misura l'eguaglianza tra due soggetti e come individuarlo. In effetti, mentre nel campo della matematica o della logica quando si dice che due enti sono uguali si intende dire che sono identici⁶, nel linguaggio filosofico e politico, prima che in quello giuridico, l'eguaglianza sta a indicare che due entità distinte fra loro presentano caratteristiche coincidenti per un certo aspetto. In questo secondo caso, ovvero nei sistemi c.d. non formalizzati, l'eguaglianza non individua affatto un'identità tra due enti, bensì definisce «una relazione comparativa tra due o più soggetti od oggetti, che possiedono almeno una caratteristica rilevante in comune»⁷. Già Platone distingueva tra

liberale di eguaglianza. «*Agli eguali vanno riconosciute parti eguali, e ai diseguali parti diseguali*». ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. it. a cura di C. MAZZARELLI, Rusconi, Milano, 1996.

⁵P. WESTEN, *The Empty Idea*, cit., p. 596.

⁶In matematica, *uguaglianza* indica comunemente il fatto di godere delle medesime proprietà; si tratta di una relazione binaria rappresentata con il simbolo di 'uguale' (=) che lega appunto due enti (detti membri dell'uguaglianza). A. DE MORGAN (*On the Symbols of Logic*, 1856) chiama *transitiva* ogni relazione che, essendo presupposta sussistere fra a e b e fra b e c, deve di conseguenza sussistere anche fra a e c. Le relazioni transitive sono più generali di quelle suscettibili di essere considerate come "uguaglianze"; per esempio la relazione 'progenitore di', 'maggiore di' godono della proprietà transitiva, ma non soddisfano l'altra condizione delle relazioni egualiformi che è la proprietà simmetrica: se a = b anche b = a. Invece le proprietà transitiva e simmetrica soddisfano anche la terza proprietà dell'uguaglianza, quella riflessiva (a = a). Invero se sia data, fra certi enti a, b, c ... una relazione che soddisfi alle proprietà indicate, è possibile formare una classe ben definita dalla condizione di contenere, insieme con a, anche tutti gli enti (b, c, ...) che si trovino con a nella relazione indicata, e quindi riesce definito il concetto astratto della classe rispetto alla quale gli enti, legati dalla relazione anzidetta, appaiono come uguali.

⁷P. COMANDUCCI, 'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1992*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 89.

gli eguali e l'eguale in sé, sostenendo che due enti potessero apparire uguali e allo stesso tempo disuguali semplicemente cambiando l'osservatore o il punto di vista.

«– E conosciamo anche ciò che essa [l'eguaglianza] è in sé stessa? – Certo, rispose. – E di dove l'abbiamo avuta questa conoscenza? Non l'abbiamo avuta da quegli uguali di cui si parlava ora, o legni o pietre o altri oggetti qualunque, a vedere che sono uguali? Non siamo stati indotti da questi uguali a pensare a quell'eguale, che è pur diverso da questi? O non ti pare che sia diverso? Considera anche da questo punto. Pietre uguali e legni uguali non accade che talvolta appariscano, anche se gli stessi, a uno eguali e a un altro no? – Sicuramente. – E dimmi, l'eguale in sé si dà mai caso che apparisca disuguale, e insomma l'uguaglianza disuguaglianza? – Impossibile, o Socrate. – Infatti, non sono la stessa cosa, disse Socrate, questi uguali e l'eguale in sé. – Mi par bene, o Socrate»⁸.

L'eguaglianza in sé, ovvero in termini assoluti, non esisterebbe se non nel mondo delle idee. Da un punto di vista giuridico, potremmo sintetizzare questa conclusione con le parole di Giovanni Tarello secondo cui «dire che un ente è 'uguale' ad un altro ente significa assumere un punto di vista per cui i due enti non si diversificano; dire 'uguaglianza' significa da un lato escludere l'identità e dall'altro lato escludere (a titolo provvisorio oppure definitivo) la rilevanza di differenze»⁹. Tarello, così come altri autori¹⁰, sembra quindi insi-

⁸ PLATONE, *Fedone* 73-74, in PLATONE, *Opere complete*, vol. I, trad. it. a cura di M. Gigante-M. Valgimigli, Laterza, Roma-Bari, 1983, p. 124. Il concetto di eguaglianza è ripreso anche da Aristotele, il quale lo collega strettamente al concetto di giustizia: l'uomo ingiusto è colui che vuole avere più di quanto gli spetta, cioè chi è nemico dell'uguaglianza, mentre l'uomo giusto è colui che rispetta l'uguaglianza (l'*adikos* è l'*ánisos*, il *dikaios* è l'*íisos*). Vi è dunque un nesso diretto fra uguaglianza e giustizia, e ciò si riproduce a livello istituzionale: «[...] E l'uguaglianza dovrà essere la stessa, tra le persone come tra le cose: infatti, il rapporto tra le cose deve essere lo stesso che quello tra le persone. Se queste, infatti, non sono uguali, non avranno cose uguali; ma le lotte e le recriminazioni è allora che sorgono: o quando persone uguali hanno o ricevono cose non uguali, o quando persone non uguali hanno o ricevono cose uguali», in *Etica Nicomachea*, V, 3, 1154a 20-1160a 25, cit., p. 195.

⁹ G. TARELLO, *Su "uguaglianza"*, cit., p. 351.

¹⁰ Così anche P. COMANDUCCI, 'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista, cit.; ID., *Su "uguaglianza"*, in *Lavoro e diritto*, anno VI, n. 4, 1992, pp. 589-596; G. FERRARA, *Dell'eguaglianza*, in M. LUCIANI, *La democrazia di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1994; R. DWORKIN, *Eguaglianza*, voce in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, Roma, vol. III, 1993; ID., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000, trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, voce in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXXVI, 1994; L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in L. GIANFORMAGGIO, *Filo-*

stere sulla relazione comparativa rispetto ad un dato parametro che l'eguaglianza instaurerebbe e/o prescriverebbe tra due o più soggetti.

Torniamo, però, a chi considera l'eguaglianza un'idea vuota fine a se stessa, a chi ritiene che l'affermazione – trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso – sia una tautologia priva di efficacia prescrittiva. Secondo Peter Westen, la nota formula dell'eguaglianza formale, che ci perviene dalla tradizione liberale, può essere scomposta in due momenti successivi: il primo che consiste nel determinare quando due soggetti o due situazioni sono 'uguali' (eguaglianza di fatto) e il secondo che consiste nel giudizio morale che ne impone la 'parità di trattamento' (eguaglianza di trattamento). Capire esattamente cosa significa che 'due persone o due situazioni sono uguali' è il vero problema. Affermare che due entità sono uguali non significa né che siano identiche sotto ogni punto di vista, descrittivo o prescrittivo, essendo ciò impossibile, né che siano simili per un aspetto qualsiasi, determinando l'assurdo che tutte sarebbero potenzialmente da trattare allo stesso modo.

In questo senso, si può dire che la storia dell'eguaglianza è la storia dell'esclusione di taluni soggetti dalla qualifica di 'uguali', esclusione che avviene sulla base di parametri descrittivi e/o prescrittivi che individuano le caratteristiche rilevanti ai fini della determinazione di ciò che è uguale e di ciò che non lo è. Il concetto di eguaglianza preso di per se stesso non è in grado di dirci quando un certo trattamento discriminatorio sia accettabile o meno e questo perché necessita di essere 'riempito' di significato, necessita in altre parole di una previa valutazione normativa. C'è bisogno di qualcuno che dica, per esempio, che discriminare un individuo in ragione della sua razza è intollerabile, è 'sbagliato'. La circolarità di tale concetto di eguaglianza, dunque, risiede nel fatto che la norma che prescrive la parità di trattamento è la stessa norma che ne individua i destinatari, cioè quegli 'uguali' che sono il presupposto della parità di trattamento.

«So there it is: equality is entirely '[c]ircular'. It tells us to treat like people alike; but when we ask who 'like people' are, we are told they are 'people who should be treated alike'. Equality is an empty vessel with no substantive moral content of its own. Without moral standards, equality remains meaningless, a formula that can have nothing to say about how we should act. With such standards, equality becomes superfluous, a formula that can do nothing but repeat what we already know»¹¹.

sofia e critica del diritto, Giappichelli, Torino, 1995; G. ZANETTI, *Eguaglianza*, in A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

¹¹P. WESTEN, *The Empty Idea*, cit., p. 547. Tale osservazione perentoria sarà poi rivista e ridimensionata dallo stesso Autore nei suoi lavori più maturi, in particolare si veda *Speaking of*

Prima, quindi, è necessario individuare la caratteristica rilevante che dà il diritto a un certo trattamento, dopodiché si accerta empiricamente chi possiede quella caratteristica. Gli 'uguali' così identificati risulteranno, allora, titolari del diritto alla parità di trattamento ai sensi di quella norma. Pertanto, ogni qualvolta il legislatore intenda prescrivere l'eguale trattamento di una categoria di 'uguali', il giudizio sull'eguaglianza di fatto (cioè la determinazione di una categoria di soggetti o di circostanze uguali) non sarà scindibile dal riconoscimento di quel determinato trattamento (che sarà uguale per tutte le entità riconducibili a quella categoria), presupponendo quest'ultimo, per l'appunto, un'eguaglianza di fatto. Ogni regola sull'eguaglianza di trattamento istituisce, quindi, una certa uguaglianza di fatto sotto un profilo rilevante. Ne consegue che la maggiore critica al concetto generalmente condiviso di eguaglianza formale, consistente nell'idea che bisogna trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso, deriva dalla difficoltà/impossibilità di stabilire in maniera non arbitraria quando due soggetti siano *uguali*. Infatti, non viene fornita alcuna indicazione circa le modalità di determinazione delle caratteristiche rilevanti in base alle quali individuare le classi di 'uguali', nessun criterio adeguato che aiuti, per esempio un legislatore, a definire con certezza e imparzialità le differenze trascurabili e quelle, invece, di cui tenere conto.

Peter Westen è tra gli autori che più hanno criticato l'idea di eguaglianza, giungendo a sostenerne persino la dannosità. Stando all'analisi del professore americano, il concetto formale di eguaglianza, così formulato¹², non sarebbe in grado di produrre effetti sostanziali perché privo di un proprio contenuto¹³. Finirebbe paradossalmente per confondere molto più che chiarire e

Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality', in *Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

¹² Il riferimento è alla formulazione classico/liberale dell'eguaglianza formale che, a partire dalla Rivoluzione francese e dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, è divenuta elemento imprescindibile per la stessa configurazione e qualificazione dei moderni ordinamenti democratici. Si tratta, per intendersi, della massima secondo cui 'tutti sono eguali davanti alla legge' e che trova nella formula aristotelica 'trattare in modo eguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse' la prescrizione più condivisa.

¹³ In termini simili si esprime anche MacKinnon riferendosi all'*Equal Protection Clause* del quattordicesimo Emendamento della Costituzione americana, così come analizzata nell'opinione di maggioranza del famoso caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 2003): «*Equal protection examines a statute only for its framing, not for "its substantive validity"; not for what it does, only how. Due process—intrinsically a procedural idea—has a substantive component; a venerable line of cases makes clear, in my view, that its substance is morality. But the equality component of the Constitution cannot address the substance of a statute, only its mechanism. Curiously, it also seems that equal protection invalidation cannot eliminate the stigma of a statute that due*

questo per almeno quattro ordini di motivi: «(1) by masquerading as an independent norm, equality conceals the real nature of the substantive rights it incorporates by reference; (2) by framing a person's entitlements in terms of his equivalence to others, equality misleadingly suggests that one person's rights vis-a-vis another's are identical in all contexts; (3) by encouraging use of monolithic levels of judicial scrutiny undifferentiated by the importance of the underlying right, equality erroneously suggests that all questions of equality are to be scrutinized under a single (or sometimes, a two-tier) standard of justification; and (4) by emphasizing that some issues of equality entail dual remedies, equality erroneously implies that it entails uniquely flexible remedies»¹⁴. Secondo questo ragionamento, dunque, il concetto di eguaglianza deriverebbe il suo significato e il suo contenuto interamente dai diritti sostanziali e dalle libertà fondamentali che intende garantire e tutelare. Nel momento in cui tale natura derivativa non viene colta dall'interprete, si determina una distorsione nel modo di concepire il principio di eguaglianza: da una parte, si cade nell'errore di intendere l'eguaglianza come una *independent norm*, nascondendo il nesso imprescindibile tra trattamento egualitario e previa individuazione dei destinatari di quel trattamento e, dall'altra parte, si perde di vista la specifica questione di merito sottostante, ovvero il diritto sostanziale di cui si discute, venendo questo assorbito dall'argomento a favore dell'eguaglianza, rispetto al quale, sostiene Westen, non si potrà che risponde con un contro-argomento a favore dell'eguaglianza e così via fino a escludere ogni altra possibile alternativa al problema.

La critica alla formula aristotelica dell'eguaglianza formale serve al professore americano per metterci in guardia sulla retorica dell'eguaglianza e sulle conseguenze negative che questa può avere nel dibattito giuridico: generalmente, infatti, si è soliti parlare di «principio di eguaglianza» senza tenere conto dei diversi significati che può assumere, delle numerose formulazioni con cui viene o può essere espresso, delle doverose specificazioni di cui necessita per essere qualcosa di più di un ideale da tutti condiviso. Del resto, come fa notare anche Amartya Sen¹⁵, «il riconoscimento della pluralità degli spazi in cui l'eguaglianza può essere valutata può far sorgere alcuni dubbi sul contenuto dell'idea [stessa] di eguaglianza»¹⁶. Proprio a causa della pervasiva diversità

process scrutiny would permit. At least at the lowest tier of scrutiny, where sexual orientation quite potently resides at the moment, a substantive equality jurisprudence not only does not exist, it is unthinkable», in C.A. MACKINNON, Substantive Equality: A Perspective, in 96 Minn. Law Rev., n. 1, 2011-2012, p. 2.

¹⁴ P. WESTEN, *The Empty Idea*, cit., pp. 579-580.

¹⁵ Cfr. A.K. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, il Mulino, Bologna, 1994.

¹⁶ *Ivi*, p. 43.

umana, il problema della scelta dello spazio valutativo (ovvero, la selezione delle caratteristiche rilevanti (o delle differenze trascurabili) ai fini dei giudizi sull'eguaglianza di fatto e di trattamento) diventa cruciale, cosicché l'eguaglianza rispetto a un certo standard normativo tenderà a coesistere, di fatto, con la disuguaglianza rispetto a un diverso standard.

In effetti, non si può negare una certa plausibilità alle tesi sulla vacuità del principio di eguaglianza e sugli effetti collaterali che la retorica della parità di trattamento produrrebbe nel dibattito politico e giuridico. Affermazioni assolute del tipo 'tutti gli uomini sono (o nascono) uguali', 'tutti devono essere trattati allo stesso modo' o 'tutti i casi uguali devono essere trattati in modo eguale' appaiono enunciazioni banalmente false, se prese alla lettera. Tanto per Kelsen quanto per Bobbio, Ross e Perelman¹⁷ l'eguaglianza formale si caratterizza, così come la giustizia formale, per il fatto di essere priva di contenuti specifici e, dunque, mai assoluta, presentandosi in formule astratte e generali di volta in volta riempibili con significati diversi. 'Trattare i casi uguali in modo eguale e i casi diversi in modo diverso', come sostiene Peter Westen, è una tautologia che ingarbuglia inutilmente i discorsi morali e politici. L'eguaglianza, infatti, arriva logicamente dopo i diritti sostanziali: soltanto dopo che sia stata posta una regola (una norma) che individua gli aspetti rilevanti per stabilire chi è uguale, sarà possibile dire se due soggetti sono 'uguali' e, dunque, suscettibili del medesimo trattamento. Essendo la relazione di eguaglianza necessariamente comparativa, fintantoché suddetta regola non viene fissata non esiste alcun termine di paragone. Prendiamo, per esempio, il diritto di ciascuna persona a essere trattata con rispetto. Si potrebbe pensare che questa regola sia stata preceduta da un giudizio di eguaglianza di fatto, ovvero che tutte le persone sono uguali. Consideriamo, però, il caso dell'embrione: invocare la massima che tutte le persone sono uguali non ci dice se l'embrione sia titolare o meno del diritto al rispetto, in quanto il vero problema sta nel dover definire previamente se l'embrione sia o meno 'persona' ai sensi di quella regola. E non è sufficiente nemmeno il solo giudizio di eguaglianza di trattamen-

¹⁷ Seppur con le dovute specificazioni e differenziazioni, questi autori sono generalmente ricondotti al decisionismo o soggettivismo, ovvero a quella corrente di pensiero secondo cui i valori, i giudizi etici e/o normativi risultano privi di una loro intrinseca razionalità e di una validità assoluta. Con particolare riferimento alla formulazione del principio di eguaglianza si vedano: N. BOBBIO, *Eguaglianza e equalitarismo*, in AA.VV., *Eguaglianza e equalitarismo*, Armando Editore, Roma, 1978; ID., voce *Eguaglianza*, in *Enciclopedia del Novecento*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana G. Treccani, vol. II, 1977; H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, trad. it., *Che cos'è la giustizia?*, in H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, il Mulino, Bologna, 1955; A. ROSS, *On Law and Justice*, trad. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990; C. PERELMAN, *De la justice*, trad. it., *La giustizia*, prefazione di N. Bobbio, Giappichelli, Torino, 1958.

to perché, ancora una volta, il vero problema è stabilire se l'embrione sia un 'eguale' ai fini del diritto al rispetto. Pertanto, solo se l'embrione possiede quelle caratteristiche rilevanti per essere ritenuto 'persona' ai sensi della regola prestabilita sarà titolare del diritto al medesimo trattamento. Qualora mancasse dei tratti per essere ritenuto 'persona', l'embrione non sarebbe assoggettabile alla stessa disciplina.

Anche per Kelsen, il concetto di eguaglianza non fornisce alcuna indicazione per l'individuabilità di quali siano le differenze rilevanti o meno ai fini di un trattamento eguale e, pertanto, ancora una volta, la nozione generale di eguaglianza appare «un contenitore completamente vuoto»¹⁸. Senza addentrarsi nel suo ragionamento, Kelsen muove dal presupposto che, poiché in natura non esiste nessun individuo uguale a un altro, non è possibile rivendicare un trattamento eguale per tutti. L'unico senso possibile di questa rivendicazione è che l'ordinamento nella concessione di diritti e imposizione di doveri non tenga conto di certe differenze.

«Ma quali sono le differenze di cui si deve tener conto e quali quelle che si debbono trascurare? Questa è la questione decisiva che il principio dell'uguaglianza non risolve. In effetti, gli ordinamenti giuridici positivi si comportano in modo assai diverso nel decidere tale questione. [...] Questo principio è troppo vuoto per poter determinare l'essenza di un ordinamento giuridico».¹⁹

E, ancora, anche Alf Ross definisce il principio di eguaglianza un concetto in se stesso vuoto, a meno che non si giunga prima a una definizione dei criteri sulla base dei quali individuare persone o situazioni identificabili come 'uguali', così da poter applicare un trattamento eguale. Di qui l'esigenza della preesistenza di una norma che stabilisca tali caratteristiche rilevanti. Ma, allora, se tutto si riduce all'applicazione corretta di una norma generale e astratta a tutti gli appartenenti alla stessa categoria essenziale (da tale norma individuata), quando si può dire che una norma è giusta? Una norma può avere qualunque contenuto e l'esigenza formale di eguaglianza non fornisce alcuna indicazione su come individuare norme giuste.

«Se si dice che l'esigenza di eguaglianza non deve essere presa in senso formale, ma che l'elemento decisivo è dato dal fatto che la restrizione [del campo applicativo di un diritto, per esempio,] abbia luogo secondo caratteri distintivi 'ben fondati', 'ragionevoli' o 'giusti', questo significa che l'idea di eguaglianza svanisce, per

¹⁸ Così in H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, trad. it., *Che cos'è la giustizia?*, in H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, il Mulino, Bologna, 1955.

¹⁹ *Ivi*, pp. 154-155.

essere sostituita dal riferimento a ciò che è considerato 'giusto' secondo un'opinione soggettiva ed emotiva. Un principio del genere non è un vero principio, ma la rinuncia a qualsiasi tentativo di analisi razionale»²⁰.

Conseguentemente, se tale principio non ha un contenuto specifico, ma viene riempito di significato normativamente, tali determinazioni normative saranno sempre il frutto di decisioni soggettive. Ciò significa, per esempio, che la tradizionale formula dell'eguaglianza, nella sua veste formale, potrebbe consentire, come storicamente di fatto ha consentito, la giustificazione di leggi segregazioniste, senza per questo risultare apparentemente violata²¹. Proprio per questo è importante ripensare criticamente il principio di eguaglianza, specie nel suo momento applicativo: il fatto che l'eguaglianza possa parlare con così tante voci rischia di trasformarla in un'idea ambigua e, al contempo, di renderla «una forma vuota priva di un proprio contenuto di merito»²². È la stessa norma che prescrive un certo trattamento a individuarne i destinatari, cioè quegli 'uguali' che sarebbero logicamente il presupposto della parità di trattamento. La retorica della parità di trattamento, celando il fatto che è proprio la considerazione del trattamento da fornire a contenere già i criteri in base al quale giudicare l'eguaglianza di fatto, non risolve il problema di come individuare i profili rilevanti (o, meglio, le differenze rilevanti e quelle che non lo sono o che non lo dovrebbero essere) ai fini della determinazione degli 'uguali' e, implicitamente, rinforza l'idea di eguaglianza come assimilazione delle differenze al modello dominante.

La tesi dell'eguaglianza come idea vuota e circolare, in parte ridimensionata anche dallo stesso Westen nei suoi scritti successivi²³, è chiaramente una provocazione e come tale viene qui considerata. Tuttavia, l'idea di aprire questo lavoro sul principio di eguaglianza domandandosi se 'possiamo farne a

²⁰ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 272.

²¹ La sentenza della Corte Suprema americana sul caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) ne offre uno degli esempi più famosi: il principio formale di eguaglianza veniva rispettato nel momento in cui si garantiva a bianchi e neri lo stesso trattamento, seppur in strutture rigorosamente separate. Inaugurando la dottrina del 'separate but equal' si sanciva così la legittimità istituzionale della segregazione razziale. Tale principio è sopravvissuto fino al 1954, quando fu deciso il caso *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, decisione che segna una vera e propria *landmark opinion* per il dibattito su eguaglianza razziale e diritto.

²² P. WESTEN, *The Empty Idea*, cit., p. 596.

²³ Si vedano, in particolare, P. WESTEN, *To Lure the Tarantula from Its Hole: A Response*, in *Columbia Law Review*, vol. 83, No. 5, 1983, pp. 1186-1208; ID., *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1990.

meno' non vuole essere soltanto una provocazione. Il problema di capire cosa significhi e quale contenuto abbia il principio di eguaglianza non può essere in alcun modo sottovalutato, soprattutto quando ci si appresta a studiare il momento della sua concretizzazione sul piano giuridico e sociale. A ben vedere, il concetto di eguaglianza è tutt'altro che inutile. È necessario da un punto di vista morale (il concetto di eguaglianza impone di giustificare razionalmente il modo con cui una persona viene trattata rispetto ad un'altra), analitico/giuridico (il principio di eguaglianza impone il punto di vista imparziale nel diritto e obbliga a giustificare le classificazioni legislative) e, anche, simbolico (il valore dell'eguaglianza ha un'innegabile forza persuasiva e emotiva che non può essere ignorata, soprattutto in un'ottica politica). C'è bisogno, quindi, di ripensare criticamente l'eguaglianza come concetto, come valore e come fine non solo nella sua veste formale ma, anche e soprattutto, nella sua veste sostanziale e in quella che oggi è divenuta la sua declinazione prevalente, quella antidiscriminatoria. Se, infatti, nella pluralità di forme e di modi in cui l'eguaglianza agisce, la risposta alle domande «Eguaglianza tra chi?» e «Eguaglianza in che cosa?» non può essere elusa, il vero quesito sembra piuttosto essere «Eguaglianza grazie all'adozione di quali criteri, di quali strumenti?»²⁴. Delle tante modalità per dare contenuto e, di conseguenza, attuazione al principio di eguaglianza è necessario individuare quale tra queste rappresenti la 'best fit'²⁵ per raggiungere quest'obiettivo. Avendo dunque ben chiare la complessità e l'ampiezza del principio in parola, occorrerà concentrarsi proprio sugli strumenti normativi che si sono sviluppati, soprattutto negli ultimi anni, per renderlo operante ed effettivo, chiedendosi se rappresentino realmente la soluzione più soddisfacente.

Quindi no, non possiamo fare a meno dell'eguaglianza ma, anzi, è fondamentale che la si prenda sul serio. Restringendo l'attenzione sul profilo strettamente giuridico-politico della questione, il rispetto dell'eguaglianza appare, anzitutto, come un requisito basilare di ogni ordinamento democratico, nonché dell'agire istituzionale.

«Possiamo rifiutare l'uguaglianza? Nessun governo è legittimo se non mostra uguale considerazione per la sorte di tutti quei cittadini sui quali pretende di esercitare la sovranità e dai quali pretende fedeltà. L'uguale considerazione è la virtù sovrana della comunità politica. Se manca, il governo è solo tirannia»²⁶.

²⁴ Cfr., in particolare, N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999.

²⁵ Così R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, cit.

²⁶ *Ivi*, p. VII.