

DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO: IL PANORAMA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

SOMMARIO: 1. Uguaglianza e dignità: i valori di fondo della riflessione attorno al divieto di discriminazioni. – 2. Sul concetto di discriminazione a livello sovranazionale e nella legge extra-penale. – 2.1. Discriminazioni dirette. – 2.2. Discriminazioni indirette. – 2.3. Le molestie e gli altri comportamenti illeciti: molestie sessuali, ritorsioni e ordine di discriminare. – 2.4. Le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio. – 3. Il diritto antidiscriminatorio nell'ambito giuslavoristico: origine e paradigma della tutela contro le diseguglianze uomo/donna. – 3.1. Il divieto di discriminazioni di genere: le conquiste al di fuori del settore dell'occupazione. – 4. Il diritto antidiscriminatorio in relazione alla razza, all'origine etnica e alla provenienza geografica. – 4.1. Dalla Convenzione di New York al Testo Unico sull'Immigrazione. – 4.2. I nuovi modelli di tutela offerti dalle Direttive europee: il divieto di discriminazione sulla base della razza e dell'origine etnica e la sua traduzione a livello nazionale. – 5. Discriminazione e disabilità. – 6. Gli altri fattori considerati: cenni su religione, età, orientamento sessuale. – 7. Il diritto antidiscriminatorio *in action*: uno sguardo alla giurisprudenza nazionale. – 8. Sfide e prospettive del diritto antidiscriminatorio.

1. Uguaglianza e dignità: i valori di fondo della riflessione attorno al divieto di discriminazioni

La riflessione attorno al generale divieto di discriminazioni affonda le proprie radici nell'idea di uguaglianza, valore cardine, sin dall'antichità, di numerose concezioni filosofiche, nonché pilastro dello Stato di diritto¹. Consacrato a livello nazionale dall'art. 3 Cost., nella duplice forma di uguaglianza formale e sostanziale², il significato del canone di

¹ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, 9 ss.

² B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984; S. LABRIOLA, *Il principio di eguaglianza materiale (art. 3, comma 2,*

uguaglianza è stato ampiamente approfondito dalla dottrina costituzionalistica³ e dalla stessa giurisprudenza della Consulta⁴, chiamate al compito non semplice di dar forma a tale concetto, essenziale nella trama del disegno costituzionale ma intrinsecamente ambiguo.

La norma – «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» – si sviluppa attorno a diversi nuclei concettuali: alla proclamazione della pari dignità umana, che evidenzia il nesso indissolubile che lega il discorso sull'uguaglianza al valore della dignità del singolo⁵, segue l'affermazione del canone di uguaglianza davanti alla legge ed il divieto di trattamenti differenziati sulla base di determinate caratteristiche soggettive. Sul punto, la dottrina costituzionalista ha ben evidenziato la convivenza, nell'art. 3, comma 1, Cost., di due precetti autonomi: da una parte

Cost.), in ID. (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano, I, Sovranità e democrazia*, Roma-Bari, 2006, 777 ss.; di «una polarità che innesca una relazione dialettica capace di dinamizzare l'intero ordinamento giuridico» parla M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e non discriminazione*, in M. D'AMICO-B. RANDAZZO, *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 415. Uguaglianza formale e sostanziale trovano poi ulteriori specificazioni in numerose disposizioni costituzionali: basti pensare agli artt. 29 e 37 Cost., relativi alla parità di trattamento tra coniugi e tra lavoratori di sesso diverso, all'art. 8 Cost., nella parte in cui sancisce che tutte le religioni sono «ugualmente libere davanti alla legge», o ancora all'art. 117, comma 7, Cost., che attribuisce alle Regioni il compito di rimuovere gli ostacoli alla piena parità tra uomini e donne. Per un'analisi più articolata, si rinvia a F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, 81 ss.

³ Si vedano anche, tra i tanti, C. ROSSANO, *L'uguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; A. CERRI, *L'eguaglianza*, Bari-Roma, 2005; F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011; L. FERRAJOLI, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in M. CARTABIA-T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza (Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi Milano-Bicocca)*, Milano, 2009, 25 ss.

⁴ A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976; G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 89 ss.; ma si veda altresì F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 2001, 179 ss. Sull'evoluzione nella concezione del principio di uguaglianza, anche G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 75 ss., dove si evidenzia il progressivo abbandono della lettura restrittiva, con conseguente riduzione del margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore nelle prime interpretazioni del canone ex art. 3 Cost. e riconoscimento del corollario della ragionevolezza, suscettibile di rendere l'uguaglianza «un imperativo di congruenza e conformità della disciplina alla natura dei rapporti regolati»: G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 42.

⁵ Espressione «curiosa e nuovissima» secondo L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 238.

l'idea di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge – e dunque la prospettiva dell'uguaglianza come canone “neutrale”, che osta a trattamenti differenziati di situazioni uguali e a trattamenti uguali di situazioni differenti – e, dall'altra, il divieto di discriminazioni fondate su uno dei fattori puntualmente elencati dalla norma, rispetto ai quali si ribadisce la proibizione di qualsiasi distinzione⁶.

Il divieto di discriminazioni soggettive, in questo senso, non esaurisce il significato del principio di uguaglianza, come dimostra chiaramente il percorso costituzionale di progressiva valorizzazione dell'art. 3 Cost. quale canone di ragionevolezza delle leggi⁷: una lettura che autorizza la Corte, anche al di là dei singoli divieti di discriminazione puntualmente elencati, a sindacare distinzioni arbitrarie⁸. In materia penale, ciò si è tradotto non solo nella dichiarazione di illegittimità di specifiche discipline in aperto contrasto con il divieto di trattamenti differenziati in virtù dei fattori protetti⁹, ma in un più generale e pregnante

⁶G.U. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana*, in AIC, *Annuario 1998. Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, 1999, 83; ma si veda anche F. GHERA, *op. cit.*, 30.

⁷Ciò a dispetto delle iniziali interpretazioni restrittive, in cui la Corte riduceva il principio di uguaglianza alla «nozione riduttiva di mero imperativo di generalità e astrattezza delle norme»: G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 366. Si veda, ad esempio, Corte cost., 8 aprile 1958, n. 28, dove si legge che «la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti dal primo comma dell'art. 3 Cost., ai sensi del quale le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali validi criteri per l'adozione di una disciplina diversa»; con la conseguenza che «fino a quando tali limiti siano osservati e le norme siano dettate per categorie di destinatari e non *ad personam*, ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate implicherebbe valutazioni di natura politica o quanto meno un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento che alla Corte non spetta esercitare». In dottrina, C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 8, dove lo si intende come ripudio di privilegi e *status*. Già con la sentenza Corte cost., 14 luglio 1958, n. 53, ad ogni modo, la Corte affermava apertamente che «il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso considera e dichiara diverse»; ma si veda ancora Corte cost., 29 marzo 1960, n. 15: «detto principio è violato anche quando la legge, *senza un ragionevole motivo*, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni».

⁸F. GHERA, *op. cit.*, 33 s.

⁹Si pensi a Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126 e Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 147 relative agli artt. 559 e 560 c.p., in tema di adulterio, relazione adulterina e concubinato; a Corte cost., 19 luglio 1968, n. 110, relativa alla contravvenzione di possesso ingiustificato di valori di cui all'art. 708 c.p.; alle sentenze che, in materia di reato contro la religione, hanno

interventismo del giudice delle leggi quale arbitro della ragionevolezza e della proporzionalità delle scelte sanzionatorie¹⁰.

Il divieto di discriminazioni sulla base dei fattori soggettivi, ad ogni modo, viene sovente indicato come “nucleo duro” dell’art. 3 Cost.¹¹, in stretta connessione con l’idea di dignità solennemente enunciata dalla norma medesima: dinnanzi ad una nozione necessariamente relativa, quale è quella di uguaglianza, sarebbe anzitutto il riferimento alla pari dignità a specificare in cosa gli esseri umani non possono che essere trattati da eguali, a prescindere dalle specificità e dalle differenze che inevitabilmente connotano la loro individualità, offrendo così una prima risposta alle celebri domande “uguaglianza tra chi?” e “uguaglianza in cosa?”¹². Proprio nella dignità che accomuna tutti gli esseri umani sarebbe identificabile «la base dell’uguaglianza delle persone, il sommo ‘criterio di giustizia’ rispetto al quale la Costituzione chiede che gli uomini, diversi per natura, siano considerati uguali e trattati come tali dalla legge»¹³.

L’imperativo di uguaglianza tra esseri umani non presuppone, naturalmente, una parificazione assoluta: «non tutte le differenze vanno abolite ma solo quelle negatrici dell’eguale valore morale delle persone»¹⁴. Quella antidiscriminatoria risulta, in questo senso, una tutela selettiva. Da ciò discende l’idea dei divieti di discriminazioni fondate su

unificato la disciplina prevista a favore della religione cattolica e delle altre confessioni, rimuovendo le disparità esistenti in precedenza (così Corte cost. 18 ottobre 1995, n. 440 relativa alla contravvenzione di bestemmia *ex art.* 724 c.p., o Corte cost. 14 novembre 1997, n. 329 in relazione all’art. 404 c.p., nonché Corte cost. 20 novembre 2000, n. 508 sul reato di vilipendio *ex art.* 402 c.p.). Più di recente, si veda naturalmente anche Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, relativa all’aggravante della clandestinità.

¹⁰ Sul tema, *funditus*, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 107 ss.

¹¹ Da ciò la constatazione del maggior rigore posto nello scrutinio costituzionale in ipotesi di violazione del divieto di discriminazioni sulla base dei fattori puntualmente indicati, che lascerebbero ipotizzare una sorta di presunzione di illegittimità: così F. GHERA, *op. cit.*, 42 ss. L’A. sottolinea però che sembrerebbe far eccezione a tale tendenza la caratteristica legata a condizioni personali e sociali dei singoli.

¹² N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, 14; sul punto anche F. GHERA, *op. cit.*, 15 dove si afferma che «il concetto di eguaglianza indica una relazione tra due o più termini rispetto ad un terzo, e che, pertanto, il concetto valutativo di eguaglianza, al pari di quello descrittivo, è vuoto se non si determina *tra chi e rispetto a che cosa* deve esserci eguaglianza».

¹³ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 21; in termini analoghi, G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, 19.

¹⁴ M. BARBERA, *Il cavallo e l’asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, 20.

caratteristiche immutabili del soggetto o scelte personalissime dello stesso: stante la centralità della persona nel disegno costituzionale della Repubblica italiana, si porrebbe in evidente contrasto con il principio di uguaglianza e con la consacrazione della dignità umana il trattamento differenziato che, sulla base di una di tali caratteristiche, pretendesse di collocare ciascun individuo su una scala di minore o maggiore meritevolezza¹⁵; ed è qui che si coglie, evidentemente, anche il nesso profondo che lega la riflessione relativa al valore dell'uguaglianza e della dignità al riconoscimento, su basi paritarie, di diritti e prerogative individuali¹⁶.

Quanto poi alla selezione dei fattori protetti, è stato evidenziato in dottrina che «la positivizzazione nel testo costituzionale dei vari parametri trova la sua ragion d'essere nella constatazione storica della sussistenza di alcune condizioni di svantaggio»¹⁷. È evidente, cioè, l'impatto che l'esperienza storico-culturale del contesto in cui si colloca la tutela contro indebite forme di discriminazione ed emarginazione gioca sullo sviluppo di specifici divieti di trattamenti differenziati. Non è un caso, in questo senso, che gli strumenti di diritto antidiscriminatorio, anche nella forma delle azioni positive, vengano spesso attivati per rispondere a forme diffuse di intolleranza in atto, come reazione a fenomeni sociali radicati in un certo contesto socio-culturale¹⁸: una tutela, dunque, non solo selettiva, ma anche storicamente condizionata.

Non sorprende, pertanto, che uguaglianza e dignità umana siano stati eretti a caposaldi della società proprio all'indomani della Seconda Guerra Mondiale: la centralità ed il riconoscimento, anche a livello po-

¹⁵ «Proibire la discriminazione per etnia, razza, religione, sesso è la traduzione del principio di eguaglianza, adottato da tutti gli Stati occidentali»: così V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2008, 10.

¹⁶ Si rinvia, sul punto, alle preziose riflessioni di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 184 s., dove si parla della dignità umana come «sintesi di libertà e eguaglianza, rafforzate nel loro essere fondamento della democrazia»; ma si veda anche G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 21, nonché, più in generale, F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011.

¹⁷ G. SORRENTI, «Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica». *Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 442.

¹⁸ M. BARBERA, *Il cavallo e l'asino*, cit., 20 s. Sul punto anche M. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Biblioteca "20 Maggio"*, 2010, 1, 158, dove si legge che «in virtù del legame esistente tra la tutela antidiscriminatoria e la connotazione sociale e storica dei divieti si ricava una lettura obbligata per cui i divieti di discriminazione, più che sancire l'irrelevanza di determinate qualità soggettive, sono destinati ad impedire che esse si traducano in distinzioni produttive di diseguaglianze».

sitivo, di tali valori sono stati certamente amplificati dalla drammatica esperienza dei totalitarismi del Novecento e delle atrocità commesse in nome di una asserita superiorità di certi individui rispetto ad altri¹⁹. Basti pensare, in questo senso, alla Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948, che apre proprio con le parole «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»²⁰.

Molti altri testi, d'altronde, individuano nell'uguaglianza un valore cardine della società moderna e ne traggono divieti – più o meno specifici – di discriminazione: a livello eurounitario²¹, ad esempio, il valore dell'uguaglianza tra esseri umani e il corollario del divieto di discriminazioni ingiustificate hanno trovato plurime affermazioni, di principio e di dettaglio, rivestendo un ruolo di primaria importanza tanto nei Trattati²² quanto nel diritto derivato²³.

¹⁹G.M. FLICK, *op. cit.*, 2 ss.

²⁰Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948, art. 1. Si veda A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020, 124 s. Ad essere messe in primo piano, cioè, sono proprio le istanze egualitarie scaturite quale reazione ad un periodo storico tragicamente noto per essere stato teatro di orrori e di palesi violazioni non solo dell'integrità fisica e della vita di centinaia di migliaia di persone, ma anche della loro dignità in quanto esseri umani, sulla base della considerazione della loro origine etnica, della loro nazionalità, della loro religione: tutti fattori che rientrano espressamente tra quelli che, ai sensi dell'art. 2 della Dichiarazione, non possono giustificare una disparità nel godimento dei diritti e nel riconoscimento della dignità umana.

²¹Sul tema, in generale, si veda C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008; D. SCHIEK-L. WADDINGTON-M. BELL (eds), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Oxford, 2007.

²²Oggi, il divieto di discriminazioni trova espressa codificazione agli artt. 2 TUE, 10, 18 e 19 TFUE, nonché all'art. 21 CDFUE, cui il Trattato di Lisbona ha conferito la medesima efficacia giuridica del diritto primario. Significativo, inoltre, che la Carta di Nizza apra, all'art. 1, con la proclamazione dell'inviolabilità della dignità umana. Sulla progressiva estensione dei fattori di differenziazione vietati, in via generale, dalla normativa comunitaria, si veda A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 18.

²³Basti qui ricordare la Direttiva del 2000 contro le discriminazioni etniche, la Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 (c.d. direttiva quadro), in tema di parità di trattamento, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, ma anche la Direttiva 2002/73/CE del 23 settembre 2002, relativamente alla discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazioni professionale, e la Direttiva 2004/113/CE relativa al principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura: su tutte si tornerà nel corso del Capitolo.

Nel contesto del diritto europeo, in particolare, il divieto di discriminazioni ha assunto tinte particolari, dettate dalle specificità delle competenze e delle funzioni di cui la Comunità Europea, prima, e l'Unione Europea, poi, sono state investite. Inizialmente, infatti, la discriminazione è stata affrontata – ed osteggiata – sul piano comunitario solo nella misura in cui si fosse trovata ad interferire con il buon funzionamento del mercato, quale scopo principale che anima la realizzazione dell'unione tra i vari Stati membri e la cessione di parte della sovranità di questi, in ambiti circoscritti di interesse e di azione²⁴. Nonostante la sua origine fortemente limitata, però, il principio di non discriminazione ha conosciuto negli anni uno sviluppo significativo che, grazie anche ad un'opera fondamentale di interpretazione evolutiva da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ha permesso di attribuire ad esso una rilevanza ben più significativa di quella legata ai valori della concorrenza e delle libertà economiche riconosciute dal diritto eurounitario allo scopo della costruzione del mercato comune: esso «ha finito per fungere anche da vettore di integrazione sociale e politica e da mezzo di costruzione di una cittadinanza sovranazionale»²⁵.

In tale contesto, peraltro, l'affermazione dell'uguaglianza come principio fondamentale dell'ordinamento comunitario sarebbe maturata proprio dall'esperienza del diritto antidiscriminatorio, seguendo cioè un percorso logicamente inverso a quello che connota il sistema nazionale: se, a livello costituzionale, «l'uguaglianza nasce e si presenta innanzi tutto come un principio generale, per poi specificarsi in una serie di [...] divieti di discriminazione»²⁶, nel diritto dell'Unione Europea è dalla previsione di specifici divieti nelle materie di competenza che si è progressivamente sviluppata una riflessione sul valore dell'uguaglianza quale principio generale²⁷.

²⁴ F. GHERA, *op. cit.*, 88.

²⁵ M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA-A. GUARISIO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, 25. Ma si veda anche D. MARINO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *Dir. e lav.*, 2021, 2, 402, dove si sottolinea il passaggio da una «visione mercantistica» ad un modello «ancorato alla esigenza di tutelare non solo il mercato, ma anche i diritti fondamentali della persona umana».

²⁶ F. GHERA, *op. cit.*, 223.

²⁷ M. MILITELLO, *op. cit.*, 159. Appare significativo, in questo senso, che la Carta di Nizza riservi all'uguaglianza un intero capo, che si apre con due disposizioni dedicate, rispettivamente, al principio di uguaglianza e al divieto di discriminazioni: mentre all'art. 20 si legge che «tutte le persone sono uguali davanti alla legge» è il successivo art. 21 a cristallizzare il divieto di trattamenti discriminatori: «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in

Ancora differente risulta, sul punto, l'impostazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: come sottolineato dalla dottrina, infatti, la CEDU «non garantisce un autonomo diritto all'uguaglianza, ma vieta le discriminazioni nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione: si tutela non l'uguaglianza in sé, ma l'uguale godimento dei diritti, accogliendo una formulazione che si distacca dal principio generale di uguaglianza enunciato come autonomo diritto dalla maggior parte delle carte costituzionali, tra cui anche quella italiana»²⁸. L'art. 14 CEDU si limita invero a sancire che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza discriminazione alcuna, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione»²⁹.

Si tratta, ad ogni modo, di una disposizione cruciale³⁰, che ha conosciuto un'evoluzione significativa, tanto da passare dall'essere considerata norma “di seconda classe” ad essere ritenuta uno strumento primario per la definizione di specifici obblighi in capo agli Stati membri. La scarsa significatività che, almeno in un primo momento, sembrava

particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi». Si veda nuovamente M. MILITELLO, *op. cit.*, 142 s., dove si evidenzia come, al riconoscimento di un duplice precetto nel primo comma dell'art. 3 Cost. si affiancano, nella prospettiva eurounionale, altrettanti precetti, ma con collocazione autonoma agli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza. A tali norme si aggiungono poi alcune disposizioni che sanciscono il rispetto per la diversità culturale, religiosa, linguistica (art. 22), l'eguaglianza nel trattamento tra uomo e donna in tutti i campi (art. 23), nonché diverse disposizioni dedicate alla protezione dei soggetti deboli, quali bambini, anziani e disabili (artt. 24-26).

²⁸ 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, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, 138 s.

²⁹ Sottolinea la natura solo esemplificativa dell'elencazione di fattori (testimoniata dalla presenza della clausola «ogni altra condizione»), M. MILITELLO, *op. cit.*, 170.

³⁰ Significativo, ad esempio, che tale norma sia stata invocata, per il tramite dell'art. 117 Cost., per dichiarare l'illegittimità costituzionale di prestazioni assistenziali minime che, in virtù del principio di uguaglianza, non tollerano la distinzione tra cittadini ed extracomunitari: si veda sul punto Corte cost., 28 maggio 2010, n. 187, o ancora Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 329, relativa all'esclusione degli extracomunitari privi di permesso di soggiorno di lungo periodo dal diritto all'indennità di frequenza per minori disabili.

riconosciuta dalla Corte al divieto di discriminazioni derivava dal ruolo ancillare rispetto agli altri diritti della Carta attribuito alla norma: poiché il divieto sancito all'art. 14 CEDU si riferisce, letteralmente, al godimento di diritti e libertà riconosciuti dalla Convenzione, si riteneva che la clausola di non discriminazione non fosse idonea «a individuare un diritto sostanziale di portata generale risultando piuttosto complementare all'intero catalogo dei diritti protetti»³¹. Solo grazie agli sforzi interpretativi della Corte di Strasburgo, si è pervenuti con il tempo a svincolare l'art. 14 CEDU dall'accertamento di una puntuale violazione di uno dei diritti di cui alla Convenzione: pur senza arrivare al punto di affermare la valenza autonoma della disposizione, è stato infatti reputato sufficiente, al fine di contestare la violazione del divieto di trattamenti discriminatori, che i fatti rientrassero nel *general scope* di una delle norme della CEDU³².

Dal 2000, inoltre, all'art. 14 CEDU si affianca anche il Protocollo Addizionale n. 12, che sancisce il divieto di discriminazioni davanti alla legge «nel godimento [...] di *qualsiasi* diritto previsto dall'ordinamento dello Stato volta a volta in questione»³³ e sembra in questo senso idoneo a superare almeno alcuni dei limiti della formulazione precedente. Sebbene manchi anche qui, se non nel Preambolo³⁴, una solenne enunciazione del principio di uguaglianza, il Protocollo ribadisce il divieto di discriminazioni ancorandolo non più ai diritti sanciti dalla Convenzione, ma a tutti i diritti previsti a livello nazionale³⁵.

³¹C. DANISI, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015, 82 ss.

³²Sul punto, in dottrina, M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 20, ma anche M.G. PUTATURO DONATI, *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in *Europeanrights.eu*, 6 maggio 2015.

³³J. SCHOKKENBROEK, *A New European Standard Against Discrimination: Negotiating Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights*, in J. NIESSEN-I. CHOPIN (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Leiden-Boston, 2004, 61 ss.; E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu*, cit., 137 ss.; M.L. PICCHIO FORLATI, *La lotta contro la discriminazione alla luce del diritto internazionale ed europeo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, 8. Alle statuizioni della CEDU e del Protocollo Addizionale n. 12 va aggiunta, infine, la clausola di non discriminazione contenuta nella Carta sociale europea del 1962, adottata per proteggere i c.d. diritti di seconda generazione.

³⁴Nel Preambolo si parla, in effetti, di un «principio fondamentale, secondo il quale tutte le persone sono uguali innanzi alla legge e hanno diritto alla stessa protezione da parte della legge».

³⁵G. GUIGLIA, *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, in Gruppo di Pisa. *Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 14 maggio 2012, 3 s.

Il panorama sovranazionale è arricchito, infine, da numerose altre convenzioni che hanno ad oggetto il divieto di trattamenti differenziati sulla base di specifici fattori personali, diversi a seconda del settore e dell'ambito preso in considerazione dalle istituzioni emananti o dagli Stati firmatari³⁶.

È questo, dunque, il retroterra concettuale e giuridico in cui sono sorti e si sono sviluppati i concetti e gli istituti che compongono, oggi, il diritto antidiscriminatorio: dinnanzi a idee come l'uguaglianza e la dignità, tanto significative quanto evanescenti, simili contributi hanno offerto un apporto straordinario allo sviluppo di definizioni e categorie ormai invalse nella legislazione e nella prassi, essenziali a delineare il concetto stesso di discriminazione e dunque funzionali anche alla ricerca di un significato *penalmente rilevante* di atto discriminatorio.

2. *Sul concetto di discriminazione a livello sovranazionale e nella legge extra-penale*

A valle delle singole proclamazioni di uguaglianza e pari dignità tra esseri umani, presenti in tutte le maggiori carte nazionali e internazionali promulgate all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, il problema dell'individuazione di una nozione di discriminazione rilevante si è via via profilato ad ogni livello e in ciascuno dei diversi settori in cui la tematica ha assunto rilevanza: la nozione di discriminazione vietata ha conosciuto, negli anni, uno sviluppo sorprendente, frutto di una continua evoluzione normativa oltre che giurisprudenziale che ha dato attuazione, in concreto, a concetti altrimenti destinati a rimanere astratti e imprecisi.

Si tratta, come si avrà modo di evidenziare, di un insieme composito

³⁶ Si pensi al Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici e culturali, o alle varie convenzioni dell'O.I.L., organismo che opera nell'ambito del lavoro e a cui si devono diverse convenzioni e dichiarazioni in ambito di lavoro, formazione professionale, sicurezza sociale, tutte espressione del divieto di discriminazione sulla base di fattori plurimi, quali il sesso, la condizione di migrante, l'affiliazione sindacale: M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 15. Nel contesto variegato di fonti e strumenti che hanno ribadito la centralità del divieto di discriminazioni nella costruzione di un diritto equo e rispettoso della dignità di ogni essere umano, uno spazio di rilevanza primaria va riconosciuto, inoltre, alla Convenzione per l'eliminazione di ogni discriminazione razziale, firmata a New York nel 1965: si tratta di un testo di fondamentale importanza nell'analisi delle fattispecie incriminatrici che, a livello nazionale, videro la luce proprio in ottemperanza all'obbligo di incriminazione previsto nel testo della Convenzione.

di previsioni di fonte variegata, tanto sovranazionale quanto interna: la normativa antidiscriminatoria, invero, ha assunto una connotazione realmente *multilevel*, che certamente contribuisce a potenziare la tutela ma finisce altresì per complicare il piano della disciplina. A ben vedere, infatti, le varie definizioni elaborate nel tempo a livello pattizio, eurounitario o interno assumono connotazioni di volta in volta diverse sotto il profilo delle caratteristiche protette, dei comportamenti vietati e dell'ambito oggettivo di applicazione del divieto di trattamenti discriminatori³⁷, rendendo così più complessa l'individuazione di un concetto univoco cui riferirsi³⁸. Si delinea, in altre parole, un mosaico complesso di norme, in parte sovrapponibili, in parte divergenti, rispetto a cui la stessa nozione di "atto di discriminazione" presenta connotati non sempre perfettamente coincidenti.

Prima di soffermarsi sull'ampiezza che il divieto di discriminazioni concretamente assume in relazione a ciascuna delle caratteristiche protette, sembra però opportuno illustrare le categorie generali che si sono via via imposte nella considerazione dei comportamenti che possono costituire una discriminazione rilevante: sono questi contributi a costituire il primissimo punto di partenza di una riflessione destinata a soffermarsi in modo specifico sulla possibile traduzione penalistica di simili concetti. L'elaborazione di tali nozioni si deve soprattutto all'impatto della disciplina europea sul tema e, in particolare, alle Direttive degli anni 2000³⁹, che hanno consentito di approfondire la nozione di discriminazione distinguendo, al suo interno, tra discriminazioni dirette ed indirette, molestie, molestie sessuali, ritorsioni e ordini di discriminare⁴⁰.

³⁷ Sottolinea la «molteplicità di regole, differenziate da caso a caso, corredate di nuovi strumenti antidiscriminatori, di nuove tipologie di divieti di discriminazione e di una lunga lista di eccezioni alla regole prestabilite», tipica dell'approccio delle direttive europee, M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e non discriminazione*, cit., 416; si vedano altresì C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 51; M. BARBERA-S. BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *Biblioteca 20 maggio*, 2022, 2, 1, 99 ss.

³⁸ M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 32 s. Sulla "disomogeneità" della protezione a seconda del fattore considerato, si vedano anche M. MILITELLO-D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in M. BARBERA-A. GUARISIO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, 90, dove si parla di un «patchwork di protezione».

³⁹ GIS. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001; F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in *Lav. e dir.*, 2003, 127 ss.

⁴⁰ Si tratta di concetti, come si dirà, interiorizzati dallo stesso ordinamento italiano, sia a

2.1. *Discriminazioni dirette*

La prima distinzione rilevante – ed ormai pacificamente acquisita nell'ambito del diritto antidiscriminatorio – attiene alla natura diretta o indiretta della discriminazione. La discriminazione diretta viene individuata nelle ipotesi in cui un soggetto, in virtù del fattore considerato, «è trattato meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra [persona] in una situazione analoga»⁴¹. Come sottolineato dalla dottrina che si è occupata della materia, il trattamento differenziato può consistere tanto in un atto quanto in un'omissione, ma anche in un negozio giuridico, una condotta materiale, una dichiarazione pubblica⁴²: si tratta, cioè, di ogni contegno materiale, dichiarativo o negoziale, che taluno ponga in essere in relazione ad una caratteristica protetta del soggetto cui la condotta è rivolta e che si traduca in un trattamento sfavorevole per il suo destinatario.

Quanto alla rilevanza dell'atto amministrativo quale tramite della discriminazione⁴³, sembra assodato che la natura pubblicistica del prov-

livello normativo che giurisprudenziale. Nel recepire ed attuare le direttive europee, invero, la legge nazionale ha accolto anche le definizioni proposte da queste, riprendendo espressamente le definizioni elaborate nel diritto antidiscriminatorio europeo al fine di delimitare l'ambito del divieto di discriminazione: si veda F. FILICE, *Il disegno di legge in materia di omo-lesbo-bi-transfobia e abilismo. L'analisi delle nuove fattispecie incriminatrici. Verso un diritto penale antidiscriminatorio?*, in *Quest. giust.*, 26 novembre 2020, 11.

⁴¹ M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 54.

⁴² M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 67. La rilevanza discriminatoria di certe dichiarazioni è stata oggetto, negli anni, di grande attenzione da parte della Corte di Giustizia. A partire dalle considerazioni relative al caso *Feryn* del 2008 (CGUE, 10 luglio 2008, *Centrum voor Gelijkheid Van Kansen En Voor Racismebestrijding Firma Feryn Nv*, causa C-54/07), i giudici di Lussemburgo hanno ribadito a più riprese la possibilità di ricondurre anche mere manifestazioni di pensiero nell'alveo del c.d. *speech act*, equiparandole all'atto discriminatorio *tout court*. Si vedano, in particolare, CGUE, Sez. III, *Asociația ACCEPT c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 aprile 2013, causa C-81/12, con commento di C. DANISI, *Lavoro, assunzioni e omofobia alla Corte di Giustizia*, in www.articolo29.it, 14 marzo 2013 e CGUE, Grande Camera, *NH c. Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI – Rete Lenford*, 23 aprile 2020, caso C-507/18. Sul tema si rinvia anche a S. BORELLI-A. GUARISIO-L. LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. BARBERA-A. GUARISIO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, 185 s. Si tratta di affermazioni interessanti, che torneranno utili e saranno oggetto di approfondimento specifico quando ci si occuperà del concetto di atto di discriminazione rilevante *ex art.* 604-bis c.p. e si rifletterà a proposito della necessità di escludere o includere, nell'area dell'illecito penale, anche le semplici manifestazioni espressive: sul punto, si veda *infra*, Cap. 3, §§ 3 ss.

⁴³ La giurisprudenza, peraltro, afferma da tempo che «il diritto a non essere discriminati si configura, in considerazione del quadro normativo [...] di riferimento, come un diritto soggettivo assoluto da far valere davanti al giudice ordinario, a nulla rilevando che il dedotto

vedimento non pone particolari problemi rispetto a tale nozione: d'altronde, è la stessa Costituzione a fondare il divieto di trattamenti differenziati attraverso il principio di imparzialità consacrato all'art. 97 Cost.⁴⁴. Nei confronti dei privati, invece, il divieto di discriminazione incontra maggiori ostacoli: in assenza di un principio generale quale quello di imparzialità, cui è invece improntata l'attività amministrativa⁴⁵, risulta particolarmente problematico il binomio formato, da una parte, dall'autonomia privata – e quindi dalla libertà di scelta anche della persona con cui contrattare – e, dall'altra, dal divieto di discriminazioni da cui derivi l'illiceità di quelle scelte negoziali che escludano determinati soggetti dal novero dei possibili contraenti. In questo frangente, la prassi quotidiana delle relazioni sociali testimonia chiaramente la «fragilità della regola antidiscriminatoria nei rapporti interprivati e la sua drammatica estraneità a molti contesti, segno di un difficile radicamento del precetto nel terreno tradizionalmente dominato dalla libertà contrattuale e dallo *ius excludendi alios*»⁴⁶, concepito in modo pressoché assoluto. Il tema, ampiamente discusso nella dottrina civilistica⁴⁷, appare di primario rilievo anche nell'ottica dell'individuazione dell'ambito di rilevanza penale di scelte e distinzioni operate nell'esercizio di autonomia negoziale e nell'ambito di rapporti intersoggettivi privati, e sarà per questo oggetto di più ampia riflessione⁴⁸.

comportamento discriminatorio consista nell'emanazione di un atto amministrativo»: si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 3842. Rileva la frequenza di discriminazioni dirette e indirette in atti e provvedimenti amministrativi A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica*, cit., 27; ma si veda anche A. LORENZETTI, *Discriminazioni razziali ed etniche nelle ordinanze dei Sindaci e negli ordinamenti municipali*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 205 ss. A tal proposito, peraltro, anche la giurisprudenza penale ha recentemente riconosciuto, nell'atto amministrativo adottato in violazione del divieto di discriminazione, il fatto tipico della fattispecie relativa alla commissione di atti discriminatori ex art. 604-bis c.p.: così Cass. pen., Sez. I, 17 marzo 2021, n. 10335 (ud. 4 dicembre 2020), in *Giur. it.*, 2021, 11, 2452 ss., con nota di L. GOISIS, *Provvedimento amministrativo discriminatorio: la necessità della disciplina penale contro gli atti di discriminazione razziale*.

⁴⁴ M. MILITELLO-D. STRAZZARI, *op. cit.*, 96.

⁴⁵ M. MILITELLO-D. STRAZZARI, *op. cit.*, 96.

⁴⁶ G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017, 2.

⁴⁷ Si vedano, tra gli altri, B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, Torino, 2016; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013; G. DONADIO, *op. cit.*; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; F. VARI, *L'affermazione del principio dell'eguaglianza nei rapporti tra privati*, Torino, 2017.

⁴⁸ Si rinvia, a tal proposito, al Capitolo 3, Sez. I, §§ 4 s.

Quanto invece ai requisiti soggettivi della condotta, preme sottolineare in questa sede che la giurisprudenza è giunta, in tempi più recenti, ad accogliere una nozione oggettiva di discriminazione, tale per cui non sarebbe rilevante l'intento dell'agente ma unicamente l'effetto prodotto dalla sua condotta, materiale o negoziale che sia⁴⁹. Originariamente, invece, si riteneva che i divieti di discriminazione rappresentassero «una tipizzazione del motivo illecito di derivazione civilistica, con la conseguente individuazione dell'intento soggettivo come elemento costitutivo della fattispecie vietata»⁵⁰. Oltre a complicare dal punto di vista probatorio l'accertamento della discriminazione⁵¹, però, la lettura soggettiva appariva inadeguata dinnanzi alla consapevolezza del carattere sistemico di talune disparità di trattamento: anche al di fuori dei casi in cui l'atto discriminatorio sia sorretto da un movente individuale illecito, l'ambito di rilevanza delle disparità di trattamento appare infatti significativo e meritevole di approfondimento.

Sotto questo punto di vista, peraltro, anche l'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta ha giocato un ruolo essenziale, potenziando i mezzi di tutela e ampliando in modo significativo gli orizzonti della riflessione⁵².

2.2. Discriminazioni indirette

A differenza della discriminazione diretta, la figura della discriminazione indiretta si ravvisa ogniqualvolta «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri» contribuiscano a mettere un certo soggetto «in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre per-

⁴⁹ Cass., Sez. Lav., 5 aprile 2016, n. 6576. Si vedano, in dottrina, le considerazioni di R. SANLORENZO, *Il licenziamento discriminatorio e l'evoluzione della giurisprudenza* ed E. TARQUINI, *Il principio di non discriminazione in giudizio: la giurisprudenza nazionale tra tutele di diritto comune e fonti sovranazionali*, entrambe in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del lavoro derogabile*, Roma, 2017, rispettivamente 35 ss. e 49 ss.

⁵⁰ M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 46.

⁵¹ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente". Nozione, giustificazione, prova*, Napoli, 2019, 238: accostando la discriminazione al tema del motivo illecito determinante, ex art. 1345 c.c., «la giurisprudenza finisce, da un lato, per conferire rilievo ai moventi soggettivi, facendo gravare interamente sul lavoratore l'onere di provare l'intento discriminatorio, e dall'altro, per richiedere in ogni caso l'esclusività del motivo discriminatorio».

⁵² Lo rileva, tra gli altri, R. SANTAGATA DE CASTRO, *op. cit.*, 55.

sone». Nata su impulso della giurisprudenza⁵³ e progressivamente accolta a tutti i livelli del diritto antidiscriminatorio⁵⁴, la nozione di discriminazione indiretta ha avuto un impatto significativo sulla materia, consentendo di rimediare al principale limite del giudizio sotteso alla valutazione di illiceità del singolo trattamento differenziato, legato al «fondamento individualistico del divieto di discriminazioni dirette»⁵⁵.

Poiché, invero, la discriminazione diretta dipende dal trattamento sfavorevole riservato a una persona *similarly situated* rispetto ad un'altra, a causa esclusiva della sua appartenenza al gruppo protetto, essa non consentiva di paragonare situazioni in cui la presenza del fattore discriminante – si pensi ad un certo titolo di studio – evidenziasse una disparità pur non rientrando direttamente nel novero delle caratteristiche vietate, quale il sesso del lavoratore: la sola discriminazione diretta non sarebbe infatti mai bastata a contestare, ad esempio, il carattere discriminatorio di una selezione per cui fosse richiesto un titolo di studio, posseduto in netta prevalenza da uomini, senza che lo stesso fosse realmente necessario rispetto alla mansione richiesta o la posizione da ricoprire⁵⁶. In questo senso, peraltro, la categoria della discriminazione

⁵³La nozione di discriminazione indiretta appare ispirata alla giurisprudenza americana e, in particolare, alla pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti *Griggs v. Duke Power Co.* del 1971: si veda M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 45. Tale nozione ha poi fatto ingresso negli ordinamenti europei (in particolare, nella legislazione britannica con il *Sex Discrimination Act* 1975 e il *Race Relations Act* 1976) e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE, 12 febbraio 1974, *Sotgiu*, causa 152/73, oltre che CGCE 13 maggio 1986, *Bilka*, causa 170/84). La stessa nozione, in seguito, è stata accolta anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (13 novembre 2007, *D.H. and others v. Czech Republic*, n. 57325/00).

⁵⁴La distinzione tra discriminazione diretta e indiretta è ben nota anche a livello nazionale, dove il legislatore ha riprodotto pedissequamente le categorie sovranazionali. A ben vedere, un primo riferimento alla discriminazione indiretta era già contenuto nella L. n. 903/1977. Successivamente, con la L. 10 aprile 1991, n. 125, il legislatore ne offrì anche una prima definizione: si veda M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 47.

⁵⁵M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 49.

⁵⁶M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 49. Altro caso classico di discriminazione indiretta è quello del bando di concorso che imponga requisiti fisici che svantaggiano le donne rispetto agli uomini, quali l'indicazione di un'altezza minima: pur trattandosi di un criterio apparentemente neutro, invero, la discriminazione è l'effetto della rilevazione dell'altezza media, statisticamente più elevata nel caso degli uomini. Sul punto, anche la giurisprudenza più recente ritiene necessario che la previsione di una statura minima sia imposta dalle peculiarità del lavoro, che la rendano oggettivamente dovuta in virtù del tipo di mansioni richieste: si veda, ad esempio, Cass., Sez. Lav., 21 aprile 2020, n. 7982. Nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163. Si veda, inoltre, Trib. Trieste, 5 agosto 2011 in cui si è affermato che integra una discriminazione indiretta sulla base della razza e origine etnica la previsione del requisito dell'anzianità di residenza o dell'attività lavorativa decennale sul territorio nazionale quale condizione per beneficiare di un contributo

indiretta ha da tempo manifestato in modo evidente tutta la sua centralità proprio in relazione al contrasto alle discriminazioni sistemiche, frutto di condotte perpetuate nel tempo e di fenomeni strutturali più che di singole disparità di trattamento espressamente riferite alla caratteristica protetta dalla legge⁵⁷.

Apparentemente lineare ed intuitiva, la differenza tra discriminazione indiretta e diretta non è sempre di facile individuazione⁵⁸. Non si tratta, però, di una questione meramente teorica; al contrario, la distinzione assume un'importanza cruciale sul piano delle conseguenze pratiche, in particolare sul versante dell'applicabilità di deroghe al divieto di trattamenti differenziati. A differenza che nel caso delle discriminazioni dirette, dove l'ambito delle deviazioni rispetto alla regola è limitato a singole ipotesi tassative previste in via eccezionale⁵⁹, la possibilità di derogare al divieto di trattamenti differenziati è ammessa in modo più esteso per la discriminazione indiretta⁶⁰.

a sostegno delle locazioni: A. GUARISIO (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, 2^a ed., in *Quaderni di APN* – 2, 2012, 213 ss. Più di recente, anche Trib. Trento, 29 settembre 2020. La residenza di lungo periodo, quale condizione per l'accesso a prestazioni assistenziali, è stata censurata in più occasioni dalla stessa Corte costituzionale: si veda ad esempio Corte cost., 25 luglio 2011 n. 245. Sul tema anche Corte cost., 11 giugno 2014, n. 168; Corte cost., 25 maggio 2018, n. 107; Corte cost., 20 luglio 2018, n. 166; Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44.

⁵⁷ F. GHERA, *op. cit.*, 216, rileva che «la discriminazione indiretta [...] è il risultato della combinazione tra una determinata disparità sostanziale ed una determinata differenziazione normativa, e cioè dall'assunzione da parte di una norma, quale criterio di selezione dei destinatari della situazione soggettiva che essa prevede, di un requisito che, di fatto, è soddisfatto quasi interamente dagli appartenenti ad una soltanto delle due categorie soggettive rispetto alle quali sussiste un divieto di discriminazione».

⁵⁸ R. SANTAGATA DE CASTRO, *op. cit.*, 246 ss.

⁵⁹ Quanto alle discriminazioni dirette, le deroghe al divieto, tipiche ed eccezionali, sono tendenzialmente legate alla natura essenziale o determinante del fattore considerato per lo svolgimento dell'attività; sulla ammissibilità di c.d. difese di mercato, si veda M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 60 ss. Per le discriminazioni fondate sull'età, invece, la possibilità di uno spazio più ampio di deroga al divieto di trattamenti discriminatori viene ricondotto alla necessità di perseguire «obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale»: così il considerando 25 della Direttiva 2000/78/CE, che dedica al tema delle giustificazioni di trattamento fondate sull'età un intero articolo – l'art. 6 – dove si specifica che «gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscono discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima [...] e i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari». Sul tema, M. MILITELLO-D. STRAZZARI, *op. cit.*, 140 ss.; si veda *infra*, § 6.

⁶⁰ Si noti come, anche a livello terminologico, sussista una differenza tra eccezioni – da concepirsi come deroghe tipiche previste *ex ante* dalla legge – e giustificazioni – tendenzial-

La ragione della differenza appare evidente: per quelle discriminazioni connotate dal fatto di potersi realizzare a dispetto della neutralità del fattore considerato, la rigidità delle conseguenze viene attenuata attraverso la debita considerazione delle possibili ragioni, diverse dall'attuazione di trattamenti ingiustificatamente discriminatori, che possano sorreggere una determinata scelta, sempre che siano accertate la necessità o essenzialità delle esigenze addotte e la proporzionalità dei mezzi approntati rispetto al fine perseguito⁶¹.

Emblematica, in questo senso, la casistica della Corte di Giustizia relativa al divieto di indossare il velo islamico sul posto di lavoro: in alcune recenti pronunce⁶², la Corte si è interrogata sulla possibilità di qualificare il comportamento del datore di lavoro come discriminazione diretta o indiretta, sul presupposto che questi avesse introdotto nel regolamento aziendale un divieto generalizzato e neutrale, valido per tutti i dipendenti a contatto con il pubblico, di esporre simboli di carattere religioso, politico, filosofico o correlati a una qualsiasi ideologia. Al di là delle possibili critiche alla ricostruzione della Corte di tale criterio come neutrale⁶³, merita di essere qui sottolineato come, dall'una o l'altra soluzione classificatoria, discendano conseguenze significative nella pratica: la qualificazione in termini di trattamento solo indirettamente discriminatorio apre infatti alla possibilità di un bilanciamento con esigenze contrapposte – quali le ragioni aziendali e le politiche di neutralità perseguite dall'impresa – che la contestazione di una discriminazione diretta avrebbe invece consentito in misura molto più ristretta⁶⁴.

mente atipiche e da valutarsi *ex post*: le prime rilevano in tema di discriminazioni dirette, le seconde relativamente a quelle indirette: M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, 59. Sottolinea inoltre come, dalla qualificazione come discriminazione diretta e indiretta dipenda anche un diverso regime probatorio, R. SANTAGATA DE CASTRO, *op. cit.*, 7 s. e 128 s.

⁶¹ Così, in giurisprudenza, CGUE, 13 maggio 1986, *Bilka*, causa 170/84; CGUE, 7 febbraio 1991, *Nimz*, causa 184/89; più di recente, anche CGUE, 17 luglio 2014, *Leone*, causa C-173/13. Si veda altresì M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 61-62, dove si sottolinea l'operazione di delicato bilanciamento che è sottesa alla valutazione giudiziale di adeguatezza e proporzionalità del comportamento.

⁶² CGUE, 14 marzo 2017, *Achbita*, C-157/15; CGUE, 14 marzo 2017, *Bouagnaoui*, C-188/15; CGUE, 15 luglio 2021, *WABE e MH Müller Handel*, C 804/18 e C 341/19; da ultimo si veda anche CGUE, 13 ottobre 2022, C-344/20, con nota di D. IZZI, *Il velo islamico al lavoro e le discriminazioni per «religione o convinzioni personali» secondo la Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, 2, 165 ss.

⁶³ Si vedano, ad esempio, le osservazioni di R. SANLORENZO, *op. cit.*, 44 ss.

⁶⁴ 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, 198 s.

Ecco, allora, che la distinzione tra discriminazioni dirette e indirette si fa centrale, impegnando gli interpreti nel difficile compito di individuare parametri certi e razionali.

2.3. Le molestie e gli altri comportamenti illeciti: molestie sessuali, ritorsioni e ordine di discriminare

Pur centrale nella materia in esame, la dicotomia tra discriminazione diretta e indiretta non esaurisce il novero di comportamenti classificati, a livello sovranazionale e interno, come discriminatori. A seconda del settore considerato, invero, a tali concetti possono aggiungersi, per espressa equiparazione normativa, anche quello di molestie, molestie sessuali, di ritorsione e di ordine di discriminare.

Le molestie, anzitutto, vengono definite come comportamenti indesiderati, adottati per uno dei motivi vietati e aventi «lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo»⁶⁵. Si tratta di una nozione dirompenza, che ha segnato un vero e proprio «punto di rottura con il passato»⁶⁶, superando i principali limiti del giudizio relazionale e focalizzando l'attenzione sull'idoneità della condotta a creare un clima ostile e umiliante per il soggetto che presenti certe caratteristiche, protette per legge. In relazione a questa categoria, in particolare, è stato rilevato che il connotato tradizionale della discriminazione, consistente nella sussistenza di una disparità di trattamento rispetto ad altri, è stato sostituito con un'attenzione diretta al trattamento in sé considerato.

Lo stesso vale per la figura delle molestie sessuali⁶⁷, consistente in

⁶⁵ L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 379 ss.

⁶⁶ G. DODARO, *La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti nei delitti contro l'eguaglianza. Una riflessione a partire dal d.d.l. Zan e altri in materia di misure di prevenzione e contrasto delle discriminazioni omo-transfobiche*, in *L'omofobia diventa reato: la Camera dà il via libera*, in www.gustiziasinsieme.it, 10 novembre 2020, 12.

⁶⁷ I primissimi riferimenti al concetto di molestie sessuali si rinvengono, a ben vedere, nella Risoluzione del Parlamento europeo sulla violenza contro le donne del 11 giugno 1986, e ancora, pochi anni dopo, nella Risoluzione del Consiglio CEE del 29 maggio 1990 sulla tutela della dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro e nella Raccomandazione 92/131/CEE del 27 novembre 1991 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini

una *species* delle molestie in generale, la cui peculiarità consiste nella connotazione sessuale del comportamento indesiderato, che per il resto può indifferentemente manifestarsi in forma verbale, non verbale o fisica⁶⁸. Per le molestie, in particolare, non è previsto alcun margine di giustificazione o eccezione: a differenza delle discriminazioni indirette, per cui vige un ambito di giustificazione di carattere aperto, e di quelle dirette, dove residua pur sempre la possibilità di limitate eccezioni, nel caso delle molestie queste non sono mai ammesse⁶⁹.

Alle molestie, sessuali o semplici, si affiancano poi le ritorsioni, definite dalle Direttive come la «reazione ad un reclamo o a un'azione legale volta a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento»⁷⁰: stante la descrizione in termini di illecita rappresaglia a fronte di segnalazioni funzionali a far rilevare una discriminazione in atto, appare evidente che possa essere destinatario di specifiche ritorsioni non solo il soggetto appartenente al gruppo svantaggiato, ma anche qualunque altro individuo che, coinvolto in una vertenza antidiscriminatoria a favore di terzi, si veda riservare un trattamento ritorsivo⁷¹.

Assume infine rilievo, accanto alle nozioni predette, anche il concetto di ordine di discriminare, sovente equiparato dalla disciplina sovranazionale e nazionale ad una discriminazione vera e propria. In questa

sul lavoro: per tutti P.F. POLI, *Molestie sul lavoro e Convenzione OIL n. 190/2019: davvero necessario un intervento del legislatore in ambito penale?*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 2022, 4, 146 s. Sul concetto di molestie sessuali in ambito antidiscriminatorio, si veda M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 55 s. Le molestie sessuali sono espressamente equiparate alle molestie, quali forme di discriminazione, dalla Direttiva 2006/54/CE, dove si legge che «le molestie e le molestie sessuali sono contrarie al principio della parità di trattamento fra uomini e donne e costituiscono forme di discriminazione fondate sul sesso ai fini della presente direttiva. Queste forme di discriminazione non si producono soltanto sul posto di lavoro, ma anche nel quadro dell'accesso al lavoro, alla formazione professionale nonché alla promozione professionale. Queste forme di discriminazione dovrebbero pertanto essere vietate e soggette a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» (art. 6). Si veda altresì L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali*, cit., 379 ss.

⁶⁸ M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 55, dove si fa l'esempio di «insinuazioni e commenti equivoci sull'aspetto esteriore, osservazioni che riguardano le caratteristiche, il comportamento e l'orientamento sessuale di donne e uomini, affissione di materiale pornografico nei luoghi di lavoro, contatti fisici indesiderati, avances sessuali, ricatti sessuali con promesse di vantaggi o minacce di svantaggi».

⁶⁹ M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 55.

⁷⁰ Esse «consistono nel sottoporre la persona a trattamenti pregiudizievoli o sfavorevoli proprio in reazione a una sua istanza (interna o, a maggior ragione, veicolata a livello sindacale o legale) volta a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento»: così F. FILICE, *op. cit.*, 11.

⁷¹ M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 56.

assimilazione concettuale, a ben vedere, è ravvisabile una particolare attenzione al rapporto gerarchico-organizzativo che connota certi ambienti – *in primis* quello lavorativo – e alla conseguente possibilità che il comportamento discriminatorio trovi origine nell'ordine di un soggetto in posizione sovraordinata⁷².

2.4. *Le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio*

Come si evince dalla sintetica panoramica offerta, la nozione attuale di discriminazione rappresenta il momento finale di un'evoluzione che ha inciso fortemente sulla stessa consistenza del fenomeno e del suo accertamento: accanto al progressivo abbandono di una visione della discriminazione impregnata di componenti soggettive, anche sul fronte della natura comparativa del concetto si è assistito ad un notevole cambiamento nella prassi e nella stessa legislazione antidiscriminatoria⁷³. Mentre inizialmente il concetto di discriminazione richiedeva necessariamente la presenza di un paragone tra il trattamento subito da un certo soggetto e quello riservato ad altri, non appartenenti al gruppo discriminato⁷⁴, la connotazione relazionale del concetto è andata via via sfumando, fino a pervenire alla considerazione di circostanze avulse da ogni riferimento ad una situazione paragonabile e fondate invece sulla mera idoneità lesiva della condotta in sé⁷⁵.

È ciò che avviene, tipicamente, quando ci si occupa di molestie o molestie sessuali: il fulcro del disvalore, nel caso di simili comportamenti, consiste nella natura indesiderata degli stessi e nella produzione di un ambiente o di un clima ostili, in ragione della caratteristica della persona presa in considerazione dalla normativa antidiscriminatoria. In questi casi, cioè, dello schema relazionale resta ben poco, potendosi ravvisare un'analogia con le categorie della discriminazione diretta ed indiretta solamente nel collegamento oggettivo della molestia con il fat-

⁷² M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., 56.

⁷³ Di entrambi i profili si dà conto in R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2022, 636.

⁷⁴ Così anche E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano, 2015, 19, dove si segnala che «il *proprium* di questa tecnica di protezione dei diritti (o almeno la sua ricostruzione prevalente) è rappresentato dalla comparazione tra diversi soggetti sulla base del fattore di protezione, individuato tra quelli specificamente previsti, rispetto ad un *tertium comparationis*».

⁷⁵ D. MARINO, *op. cit.*, 403.