



Il diritto antidiscriminatorio oggi False e vere questioni

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 495/2025

© Marzia Barbera 2025
Università di Brescia
marzia.barbera@unibs.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230825 - csdle@lex.unict.it
<https://csdle.lex.unict.it>



Il diritto antidiscriminatorio oggi False e vere questioni^α

**Marzia Barbera
Università di Brescia**

1. L'eguaglianza come paradosso e come metafora	2
2. L'eguaglianza come "smascheramento" del diritto antidiscriminatorio	4
3. Riconoscimento o redistribuzione	8
4. Andare oltre il diritto antidiscriminatorio?	9

^α Il saggio riproduce l'intervento svolto al Convegno nazionale AIDLASS su *Diritto antidiscriminatorio e diritto del lavoro*, tenutosi a Messina il 23-25 giugno 2024, destinato agli Atti di tale Convegno.

1. L'eguaglianza come paradosso e come metafora

Ringrazio l'Aidlass per aver organizzato questo convegno dedicato a un tema che mi sta da sempre a cuore e che è uno dei centri costanti dei miei interessi scientifici e ringrazio anche tutti i colleghi e le colleghe che sono intervenuti in questi due giorni di dibattito, perché hanno sollevato questioni di grande rilevanza teorica e pratica (nel senso di pratica del diritto) e aperto nuovi, problematici scenari. Ne menziono soltanto alcuni, non potendo soffermarmi su tutti, perché mi pare valga la pena affrontare soprattutto alcune delle sfide più difficili poste dalle relazioni. In particolare, vorrei soffermarmi sulla lettura "eretica" del diritto antidiscriminatoria proposta dal prof. Antonio Pileggi e sull'ipotesi, avanzata in termini problematici sia dalla relazione del prof. Roberto Voza sia da quella della prof.ssa Luisa Corazza, che vi possa essere un conflitto fra due delle politiche che sottostanno alla tutela antidiscriminatoria, vale a dire le politiche di riconoscimento e le politiche redistributive.

La lettura "eretica" della materia oggetto di questo Convegno prima menzionata sembrerebbe, a prima vista, risalire a un paradosso enunciato anni fa da Antoine Jeammaud a un Seminario di Pontignano dedicato alle discriminazioni di genere, secondo il quale il diritto del lavoro sarebbe «allergico all'eguaglianza», cosicché non ci sarebbe nulla di che stupirsi se, a quanto ci dice Pileggi, all'avanzata o alla ritirata dell'uno corrisponde la ritirata o l'avanzata dell'altra.

I paradossi, però, vanno capiti e interpretati perché siano davvero uno stimolo per la riflessione. A cosa si riferiva Jeammaud? Anzitutto al fatto che l'eguaglianza assume nella tradizione liberale, che presuppone l'eguaglianza delle parti del rapporto di lavoro: il diritto del lavoro, al contrario, nasce proprio come una critica a questa idea. In secondo luogo, al fatto che l'eguaglianza come parità di trattamento considera tutte le differenze irrilevanti, mentre per il diritto del lavoro le differenze contano: i lavoratori delle piccole imprese non sono eguali a quelli delle grandi imprese, le lavoratrici del settore dei servizi non sono eguali a quelle dei settori tecnologicamente avanzati.

Già allora, al tempo in cui Jeammaud enunciava il suo elegante paradosso, queste contrapposizioni risultavano poco convincenti rispetto all'evoluzione dell'idea di eguaglianza accolta dagli odierni ordinamenti costituzionali. Essi esprimono una concezione valutativa dell'eguaglianza, sensibile alle differenze soggettive e portata a correggere le diseguaglianze di fatto sottostanti all'eguaglianza giuridica formale; una concezione tale da rendere, in realtà, inscindibile eguaglianza e diritto del lavoro, nonostante i tentativi di rifondare su altri valori la nostra materia (penso soprattutto alle posizioni di studiosi come Riccardo Del Punta, secondo

il quale, anche per chi lavora, è la libertà a venire prima di tutto). Per questo, mi parrebbe di poter dire che il paradosso presente nella preposizione di Jeammaud consista nel fatto che la preposizione in sé non è valida. Il medesimo paradosso sembra oggi riproporsi nelle posizioni espresse da Antonio Pileggi nella sua relazione. In questo caso, il diritto del lavoro sarebbe allergico all'eguaglianza perché, come accennavo prima, l'avanzata del diritto antidiscriminatorio (che del principio di eguaglianza è una delle espressioni) segna la ritirata del diritto del lavoro: «l'asino scalcia e ha scalzato il cavallo», scrive l'Autore.

In questo caso, all'uso del paradosso si accompagna l'uso di una metafora (con il che siamo al ricorso a due importanti strumenti della retorica). Non di una metafora qualunque, ma di una metafora che ne ricorda un'altra, usata da alcuni giuslavoristi e che io stessa ho evocato in un mio scritto apparso in un volume collettivo di qualche anno fa¹. La ragione della metafora era che il diritto antidiscriminatorio veniva visto come un succedaneo della norma inderogabile e, cioè, come una forma di tutela che riguarda sì gli stessi soggetti e le stesse condizioni di disparità sociale a cui si rivolge il diritto del lavoro, ma che funziona peggio, per via della sua struttura condizionata (dovuta alla necessità dell'esistenza di qualcuno a cui compararsi) e relativa (dovuta alla possibilità che porti a un risultato di parificazione verso il basso), e che si attiva solo per alcuni (indicati tassativamente dalla legge).

L'uso della medesima metafora farebbe pensare che il nostro relatore la pensi allo stesso modo. Se così fosse, non potrei far altro che ricordare brevemente quanto scrissi allora e cioè che, al di là delle semplificazioni, in realtà il rapporto fra diritto antidiscriminatorio e diritto del lavoro è *bidirezionale*. Il diritto antidiscriminatorio è parte, fin dai suoi inizi, del diritto del lavoro perché ne condivide i presupposti costitutivi e valoriali, a cominciare dal porsi come limite a una posizione di potere privato altrimenti libera. Ma il diritto antidiscriminatorio, a sua volta, cambia le coordinate del diritto del lavoro, perché mette in luce le più vistose forme di diseguaglianza orizzontale esistenti nel rapporto di lavoro e perché costringe a riconoscere la necessità di assoggettare a controllo anche i poteri gerarchico-organizzativi discrezionali del datore di lavoro, spesso irriducibili alle situazioni soggettive tipiche prese in considerazione dalla norma inderogabile. Di qui la necessità di leggere i due sistemi di tutela come complementari e non come alternativi.

Tuttavia, ho l'impressione che queste obiezioni non coglierebbero nel

¹ Mi riferisco al saggio *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, p.17 ss., citato anche nella relazione di Pileggi ma con più di qualche *misunderstanding*, ho l'impressione.

segno. Al di là dell'apparente somiglianza degli argomenti, vedo una diversità di fondo fra le due posizioni. Nel primo caso, la metafora mi pare esprima una *sfiducia* nei confronti del diritto antidiscriminatorio, percepito come un sistema di garanzie meno effettivo rispetto alla normativa inderogabile classica, o come una sorta di lusso riconosciuto a pochi e, dunque, nella sostanza superfluo. Nel secondo caso, la metafora mi pare voglia operare uno *smascheramento* del diritto antidiscriminatorio, legittimare un'operazione teorica e pratica (nel senso, prima indicato, di pratica professionale del diritto), per cui si attacca (per così dire, da "sinistra") la ritirata da importanti garanzie fornite dal diritto e dal processo del lavoro, per attaccare in realtà (per così dire, da "destra") - e mi scuso per la banalizzazione dei due aggettivi - la tutela antidiscriminatoria, che spingerebbe (in alcuni casi, costringerebbe) la persona che lavora a indossare una identità *fattoriale* (l'aggettivo, in questo caso, non è mio, ma dell'Autore), affinché i suoi bisogni e interessi vengano presi sul serio dal diritto. In mancanza di *identità fattoriale*, ci si dice, non c'è più protezione. Parrebbe, dunque, che quelli che per lungo tempo sono stati indicati come gli *outsiders* sarebbero oggi i veri *insiders* del diritto del lavoro.

2. L'eguaglianza come "smascheramento" del diritto antidiscriminatorio

Cercherò adesso di spiegare in che cosa consiste, a mio parere, questa operazione di *smascheramento* e perché vi vedo un attacco alle ragioni del diritto antidiscriminatorio. Consiste nel descrivere la tutela antidiscriminatoria non uno strumento di inclusione, come si è sempre pensato che sia, ma come uno strumento di esclusione, e consiste nel suggerire che questo strumento sia usato da minoranze particolarmente protette a danno della maggioranza dei lavoratori (maschi, sembrerebbe, perché le donne apparterrebbero anch'esse a quelle minoranze "*fattoriali*"). Infatti, si legge nella relazione, l'effetto reale dell'affermarsi del diritto antidiscriminatorio e della tutela processuale *speciale* da cui è assistito a discapito del diritto del lavoro tradizionale e della giustizia del lavoro di *tutti*, è stato quello di «scardina(re) l'uniformità della norma inderogabile e, con la complicità degli obblighi di trasparenza e della clausola generale degli accomodamenti ragionevoli, rende(re) sindacabili le disposizioni e le decisioni, anche organizzative, che non tengano conto della situazione o delle esigenze dei lavoratori *fattoriali*». Di qui deriva, a parere dell'Autore, la tendenza espansiva dei fattori protetti (di cui sarebbero espressione sia le molestie che le convinzioni personali, che, in verità, non sono categorie omogenee: le prime sono condotte discriminatorie, le seconde *ground* di discriminazione), tendenza funzionale, a sua volta, alla relativa fruizione della funzione «compensativa» del diritto antidiscriminatorio; ma deriva,

soprattutto, la conseguenza che «(a) farne le spese, in una situazione di perdurante crisi della giustizia del lavoro, è chi è protetto *solo* dal fattore *subordinazione*», cioè, gli originari protagonisti del diritto del lavoro.

Dunque, non soltanto alcune delle persone che lavorano, in ragione della loro particolare identità personale, sarebbero più tutelati di altri (nel caso dei lavoratori disabili, persino "troppo" tutelati) ma questa loro maggiore tutela avverrebbe a detrimento degli altri, di quelli che una volta erano garantiti da norme universali e rivolte a tutti e che ora, potendo vantare solo la condizione di lavoratori subordinati, sono i meno tutelati di tutti, o addirittura non sono tutelati per nulla, perché «(n)el diritto antidiscriminatorio il lavoratore *a-fattoriale* degrada a *tertium comparationis*». L'eguaglianza, di conseguenza, parrebbe che possa essere ricostituita solo se si dismette questa tutela preferenziale e si torna alla parità di trattamento, di tutti con tutti.

Ci vuol poco a capire che questa catena di causa-effetto non regge, né sul piano dei fatti (non sono state le esigenze dei "lavoratori fattoriali" quelle che hanno incalzato il diritto del lavoro ma le esigenze dell'economia) e della successione storica degli eventi (il diritto antidiscriminatorio si è affermato da noi dopo, e non prima, della crisi della norma inderogabile e universale; dopo, e non prima, del tramonto di tutele quali quelle che assistevano il lavoro nel trasferimento d'azienda, per restare all'esempio fornito nella relazione), né su quello della logica o dei valori. Per quale ragione un intervento di riequilibrio di una reale condizione di svantaggio dovrebbe ledere l'eguaglianza e non, piuttosto, realizzarla? E perché dovrebbe necessariamente avvenire a detrimento degli altri, quasi che il diritto fosse costituito da vasi comunicanti?

Ma se il ragionamento non pare reggere su basi fattuali o logiche o valoriali, allora da cosa nasce questo tentativo di smascheramento? A cosa serve avvertire, come fa la relazione, che qualsiasi trattamento diverso accordato a chi lamenta o reclama la propria differenza non può che provocare una perdita per gli altri, per i *normali*?

Posso abbozzare solo qualche impressione, che potrà essere vagliata nel corso del dibattito e smentita dallo stesso Autore.

La prima impressione è che il desiderio di smascheramento nasca da un *disconoscimento* della realtà della discriminazione. Solo così si può spiegare il rovesciamento di posizioni per cui i soggetti a cui, più che ad altri, vengono negate opportunità di lavoro e di vita (stranieri, disabili, omosessuali, vecchi, lavoratori con contratti precari...) diventino i responsabili delle ingiustizie di cui soffrono tutti gli altri. Solo così si può spiegare l'insistenza sui penosi effetti della sparizione del motivo illecito dalla fattispecie discriminatoria, che avrebbe finito per punire anche chi non *intendeva* nuocere, chi viene accusato, "senza colpa", di discriminare.

Solo così si può sostenere che «l'evirazione», prima, e la «sterilizzazione», dopo, dell'art. 18 dipenda dal diffondersi dell'idea che ad essere «imperdonabili» siano solo i licenziamenti discriminatori, tanto che ormai «*reintegrazione* fa rima con discriminazione *et similia*»².

Ora, il diritto antidiscriminatorio può, indubbiamente, produrre anche effetti redistributivi e, dunque portare a conflitti di carattere bipolare: non più solo fra datore di lavoro e lavoratori ma anche fra i lavoratori stessi. Questi conflitti mal si adattano ad essere decisi con la logica dell'aggiudicazione, propria della tutela giurisdizionale. Ma riconoscere l'esistenza di questi conflitti e la difficoltà di risolverli è altra cosa dal dimenticare che l'ingiustizia è, comunque, a monte e dipende da chi occupa una posizione di potere che gli consente di discriminare, e non a valle, quando si include chi prima era rimasto escluso.

Come dicevo all'inizio, l'intento dell'Autore parrebbe quello di restituire la dignità perduta alla norma inderogabile e alla parità di trattamento che questa garantisce per la sua portata universalistica. Intendiamoci, la difesa della norma inderogabile è una posizione del tutto legittima, sia pure, mi verrebbe da dire, alquanto tardiva nelle nostre circostanze. Ma non si comprende perché, per far ciò, si reputi necessario presentare il "vero volto" del diritto discriminatorio, togliergli la maschera, piuttosto che esaminare le ragioni reali del tramonto di questa tecnica di tutela, che certo non dipendono dalla volontà di avvantaggiare i gruppi storicamente svantaggiati, che sono stati, di solito, anche i primi ad essere colpiti dalle spinte deregolative degli ultimi decenni. Così come è legittimo enunciare una preferenza valoriale per l'eguaglianza intesa come parità di trattamento. Ma, allora, oltre ad essere disposti ad ammettere che, in verità, la parità di trattamento fra lavoratori non è mai veramente esistita, come chiunque si occupi di diritto del lavoro sa fin troppo bene, bisognerebbe anche motivare puntualmente questa preferenza in punto di diritto (anche costituzionale) e/o in termini di esiti di maggiore giustizia.

Le obiezioni mosse alle azioni positive da studiosi presenti anche oggi a questo convegno in uno dei primi libri dedicati alla questione³ si fondavano

² Fra i molti esempi offerti dal testo vi è anche quello che l'affermare, in occasione del tentativo di introduzione di limiti all'operatività dell'art. 18, che erano confermati "i divieti attualmente vigenti in materia di licenziamento discriminatorio..., licenziamento della lavoratrice in concomitanza con il suo matrimonio... e licenziamento in caso di malattia o maternità" avrebbe alla base, «la stessa, identica, idea che, dopo dieci anni di incubazione, avrebbe condotto ad evirare, prima, ed a sterilizzare, dopo, l'art. 18». Colpisce che si ricorra, in questo contesto, all'uso di verbi che richiama operazioni di desessualizzazione dell'identità maschile.

³ L. Zoppoli, R. Santucci, *Finalità della legge e questioni di costituzionalità*, in L. Gaeta, L. Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale: la legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, p. 25 ss.

sul primato giuridico (ma forse anche morale) dell'eguaglianza formale predicata dal primo comma della dell'art. 3 della nostra Costituzione e sui rischi insiti nel valorizzare eccessivamente il riferimento al sociale. Le contro obiezioni a quelle posizioni si fondavano, oltre che sulla natura relativa dello stesso principio di eguaglianza formale, che ammette trattamenti diversi di situazioni diverse, sulla "sincerità" del secondo comma dello stesso articolo, che riconosce e intende correggere il divario fra eguaglianza formale e diseguaglianze di fatto, e sulla possibilità di una lettura coordinata dei due commi ⁴. I termini della questione non mi sembrano diversi oggi. A una lettura coordinata della due parti della norma costituzionale si richiama, non a caso, anche la relazione di Roberto Voza nell'affermare che le azioni positive «non sono 'discriminazioni alla rovescia'», «non derogano al principio di eguaglianza, ma ne sono l'attuazione».

La "sincerità", ci dice un saggio di Massimo Luciani di qualche anno ⁵, è non solo una qualità umana ma anche un valore e un principio giuridico. Mi pare che questo valga anche per il dibattito scientifico. In mancanza di sincerità, cioè di verità ⁶, lo "smascheramento" del diritto antidiscriminatorio rischia di rivelarsi solo un'operazione ideologica, una delegittimazione dei suoi fondamenti giuridici e morali ⁷. Se la realtà di fatto che è alla base dell'idea giuridica di discriminazione viene disconosciuta, non so su cosa possa fondarsi una sincera discussione scientifica fra chi consente con le ragioni del diritto discriminatorio e chi ne dissente ⁸. E questo sì sarebbe il maggior paradosso di un convegno scientifico che gli è dedicato.

⁴ Per chi voglia tornare alle radici domestiche di quel dibattito suggerisco anche la rilettura del *Commentario sistematico alla legge 10 aprile 1991, n. 125*, a cura di M.V. Ballestrero e T. Treu, in *NLCC*, n. 1, 1994.

⁵ M. L., *Il "principio di sincerità" nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, 2010, p. 575 ss.

⁶ È sempre Luciani a ricordare che in greco antico sincerità sta per *altheia*, verità.

⁷ La relazione si chiude con l'osservazione che «è significativo che molte delle azioni antidiscriminatorie più note siano state promosse, magari contro discriminazioni potenziali, dalle consigliere di parità, da organizzazioni sindacali, da associazioni rappresentative degli interessi lesi o accreditate. Quasi mai da singoli lavoratori, salvo che non intercettino un filone sicuro tracciato da precedenti affidabili e non incrocino studi o associazioni con specifico *know how* che possano rendere appetibile l'indigesto ricorso al giudice grazie ad economie di scala». Con il che anche l'idea di uso strategico del diritto discriminatorio (e anche qui non mancano nella relazione citazioni "alla rovescia") degrada a strumentario dei professionisti della politica e a espediente di navigati professionisti del diritto. Vale appena la pena osservare che, per il diritto antidiscriminatorio, "potenziale" non significa che la discriminazione non sia già in atto, anche se i suoi destinatari non sono immediatamente individuabili.

3. Riconoscimento o redistribuzione

Una discussione scientifica sincera sul diritto antidiscriminatorio richiede anche che se ne riconoscano i limiti. Sia nella relazione della prof.ssa Luisa Corazza che in quella del prof. Roberto Voza, ma anche in alcuni accenni dell'intervento del prof. Andrea Lassandari, ho sentito risuonare l'interrogativo se il contrasto alle discriminazioni non debba integrarsi con un'attenzione più ampia alle questioni redistributive; se sia possibile assegnare valore, nell'ambito del ragionamento antidiscriminatorio, alle disuguaglianze sociali; o, più radicalmente, se, più importante della lotta alle discriminazioni, non sia la lotta alla povertà.

Si tratta, anche in questo caso, di interrogativi che ci rimandano a discussioni sorte da tempo. Nel dibattito che seguì la famosa decisione della Corte Suprema Usa nel caso *Brown v. Board of Education* (1954), con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità della segregazione razziale vigente nel sistema scolastico statunitense, vi fu chi disse che l'essersi concentrati sulla lotta per i diritti civili avesse distratto da quella, più radicale, per una maggiore giustizia sociale ⁹.

E non sono nuovi neppure gli interrogativi che ricordano uno dei limiti ben conosciuti del diritto antidiscriminatorio: *la sua selettività*. Gli stranieri in quanto stranieri ne sono protetti, gli stranieri in quanto poveri e i poveri in generale no, perché la povertà non è una categoria del diritto antidiscriminatorio.

Qualche anno fa questi temi furono affrontati in una chiave in un'appassionante discussione fra Nancy Fraser e Alex Honneth a proposito del contrasto fra il paradigma del riconoscimento e quello della redistribuzione ¹⁰. In quel confronto, la redistribuzione viene descritta come un paradigma di giustizia sociale che si concentra sulle ingiustizie socio-economiche radicate nella struttura della società e da combattere attraverso l'eliminazione delle differenze di gruppo; il riconoscimento, invece, come un paradigma che combatte le ingiustizie basate sulla diversificazione degli *status* personali, sull'identità della persona, e lotta per l'affermazione delle differenze o specificità di gruppo. Il paradigma della redistribuzione guarda soprattutto a forme di riorganizzazione economica e sociale e a varie forme di redistribuzione del reddito e della ricchezza. Per il paradigma del riconoscimento il rimedio all'ingiustizia

⁹ Parlare dell'eredità di Brown significherebbe aprire una parentesi troppo lunga. Mi si consenta di rinviare a quanto ho scritto in M. Barbera, *Perché non abbiamo avuto un caso Brown. Il ruolo delle cliniche legali nelle strategie di public interest litigation*, in *Quest. Giust.*, 2019, n. 3.

¹⁰ N. Fraser, A. Honneth *Redistribuzione o riconoscimento? Lotte di genere e disuguaglianze economiche*, Milano, 2007.

risiede, piuttosto, nella valutazione in positivo e nella valorizzazione delle differenze soggettive (culturale, dei corpi, delle identità di genere e così via), in termini anzitutto di eguale rispetto e considerazione. Sia Fraser che Honneth concordano nel respingere le concezioni economicistiche che riducono il riconoscimento a mero epifenomeno della redistribuzione. Essi dissentono, invece, rispetto all'intendere il riconoscimento come categoria morale sovraordinata, da cui deriva anche la redistribuzione, come fa Honneth, e il sostenere la necessità di connettere i due tipi di ingiustizia, in una visione bidimensionale che racchiuda le istanze da redistribuzione economica e quelle da riconoscimento dell'identità, come fa Fraser.

Personalmente, propendo per la seconda posizione e ritengo anche che nel diritto antidiscriminatorio ambedue le prospettive siano presenti, sia quella del riconoscimento che quella della redistribuzione. Così come l'eguaglianza ha dimensioni diverse, lo stesso accade con il diritto antidiscriminatorio. Anche il diritto antidiscriminatorio va alla radice delle disuguaglianze sociali, soprattutto quando parla il linguaggio delle discriminazioni indirette e delle azioni positive. Ciò non toglie che il diritto discriminatorio lo faccia in modo limitato, perché, *strutturalmente*, non può fare diversamente. È la sua selettività a determinare il terreno di gioco, afferma Luisa Corazza, e non si potrebbe dire meglio di così.

Tuttavia, per situare la discussione su un terreno più concreto e per mettere insieme le obiezioni prima menzionate, vorrei provare a discutere della necessità di andare *oltre* il diritto antidiscriminatorio, come sostiene l'Autrice, partendo però non dalla disuguaglianza di genere nel lavoro ma dalla questione menzionata poc'anzi e cioè se sia più importante combattere la disuguaglianza o combattere la povertà ¹¹.

4. Andare oltre il diritto antidiscriminatorio?

Vorrei cominciare proprio dalla selettività del diritto antidiscriminatorio osservando che la tutela antidiscriminatoria nasce come tutela selettiva perché risponde a specifici fenomeni storici di disuguaglianza, percepiti come ingiusti dal diritto, che talvolta anticipa, talvolta segue la presa di coscienza sociale di tali fenomeni. In sostanza, il diritto fa sempre una *diagnosi sociale* quando etichetta una classificazione come discriminazione. L'elenco dei fattori vietati rinvia immediatamente all'esistenza di fenomeni di stigmatizzazione e pregiudizio; a strutture politiche e sociali diseguali; a una disparità di potere, di capacità di mobilitazione, di rappresentazione

¹¹ Per farlo mi avvalgo di alcune riflessioni suscitate dal Rapporto *Istituzioni: uguaglianza, diritti sociali, immigrazione*, che conclude Progetto di ricerca L.A.W. - Leverage the Access to Welfare, curato da ASGI e dal Centro studi Medi di Genova, che si possono leggere in <https://test.labourlawcommunity.org/ricerca/immigrazione-diseguaglianze-poverta-la-prospettiva-del-diritto/>

degli interessi di gruppo in quanto interessi di minoranza; a situazioni radicate di svantaggio e vulnerabilità sociale. La storicità e contingenza di tale processo di specificazione dei fattori di discriminazione vietati ne spiega anche la variabilità.

I poveri, tuttavia, sono difficilmente riconducibili alle idee cardine del diritto antidiscriminatorio, in particolare all'idea di "gruppi di minoranza": i poveri non rappresentano una minoranza distinguibile e stabile, anzi è proprio il loro essere diffusi e variabili nel numero e nella composizione che ne rende difficile la mobilitazione e li rende deboli nel sistema di rappresentanza politica. Le categorie proprie del diritto antidiscriminatorio si adattano poco, dunque, a combattere fenomeni pervasivi di povertà.

Un secondo limite nasce dalla portata limitata dell'affermazione del principio di non discriminazione da parte di una pronuncia giudiziale. Ad esempio, le azioni giudiziarie in materia di assegni al nucleo familiare negati ai migranti non lungo soggiornanti, per parecchi anni, hanno dato come risultato che unicamente chi promuoveva una causa riusciva ad ottenere la prestazione. Solo con il varo dell'assegno unico universale e la riforma dell'art. 41 TU immigrazione è stata finalmente superata questa esclusione. In sostanza, sembrerebbe che solo la volontà politica possa effettivamente superare una condizione di diseguaglianza. Fino a che non interviene una decisione politica, il diritto antidiscriminatorio sembra garantire solo un'eguaglianza "frattale", un'eguaglianza frastagliata, discontinua, sempre eguale a se stessa.

Da ciò deriva un terzo limite che riguarda l'efficacia del diritto antidiscriminatorio come tecnica di controllo della discrezionalità politica e che pertiene alla reazione politica a tale controllo. Una delle condizioni di sistema nel funzionamento della tecnica antidiscriminatoria è la presenza o meno di un atteggiamento di resistenza alle decisioni giudiziali da parte del sistema politico ¹², a cui interessa di più assicurare la propria *constituency* portatrice di interessi contrastanti con le pronunce dei giudici. In sostanza, pur agendo come tecnica antimaggioritaria, il diritto antidiscriminatorio può avere scarsa capacità di modificare effettivamente gli indirizzi politici della maggioranza.

Vorrei ora discutere di questi tre limiti e ragionare sul fatto se davvero essi richiedano di andare *oltre* il diritto antidiscriminatorio.

In realtà, vi dovrebbero essere pochi dubbi sul fatto la lotta alla povertà dovrebbe essere condotta con rimedi universalistici, che guardino al bisogno (a sua volta definibile in termini più o meno ampi). È ciò che è

¹² Si veda, su questo, V. Protopapa, *From Legal Mobilization to Effective Migrants' Rights: The Italian Case*, in *Eur. Pub. Law*, 2020, n. 2, p. 477 ss.

avvenuto, dopo anni di discussione, con l'introduzione, nel 2019, del reddito di cittadinanza, una misura di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale di tipo universalistico, prontamente e malauguratamente cancellata dal governo in carica.

Ma proprio la vicenda del reddito di cittadinanza mostra che ci sono sempre dei problemi con i rimedi universalistici: qualcuno può restarne fuori se, per qualche motivo, non viene considerato parte, a pieno titolo, della comunità. Erano due i requisiti che hanno fortemente ostacolato l'accesso delle persone straniere al reddito di cittadinanza, e cioè la richiesta del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo e la residenza da almeno 10 anni (di cui gli ultimi 2 continuativi) sul territorio italiano.

È in questi casi che risalta in modo particolare la funzione del diritto antidiscriminatorio, è cioè il suo essere uno strumento diagnostico *dei nodi strutturali* delle disuguaglianze sociali, e risalta anche il ruolo cruciale giocato dal lavoro di *advocacy* e dal contezioso strategico antidiscriminatorio.

Parlavo poco fa del carattere "frattale" della tutela antidiscriminatoria e dei suoi limiti. Qui vorrei invece evidenziare un'altra sua caratteristica. Il motivo per cui si usano i frattali è che essi permettono di affrontare problemi di fronte ai quali la matematica o la geometria tradizionali si dovevano arrestare: permettono, ad esempio, di misurare la lunghezza delle coste della Norvegia, nonostante esse siano molto frastagliate; permettono di capire come è distribuita geometricamente la materia planetaria nello spazio universale.

Lo stesso accade con il diritto antidiscriminatorio. Permette di descrivere un'architettura sociale complessa e piena di fratture. Non tutti i poveri si trovano a dover affrontare, oltre alla condizione di povertà, gli altri ostacoli che incontrano gli stranieri nel nostro paese. Nei casi in cui associazioni e individui hanno sfidato in tribunale gli autori di diversi casi di discriminazione istituzionale contro i migranti, lo svantaggio subito da questi ultimi nasceva certamente da diversi fattori strutturali (inclusa la povertà o la scarsità di mezzi), ma ciò che risultava decisivo come fattore di svantaggio era proprio il fatto di non essere cittadini, di avere una razza o origine etnica diversa, di appartenere perciò a una minoranza non rappresentata nel processo politico, i cui interessi potevano più facilmente essere annullati dal prevalere di interessi (o anche dalla rappresentazione simbolica di tali interessi) più forti.

Il diritto antidiscriminatorio può fare molto, ma non può fare tutto. A partire da questa consapevolezza è saggio adottare l'ottica proposta dalla relazione di Luisa Corazza che guarda anche alle politiche e alle pratiche sociali coerenti con l'ideale egualitario. Il diritto antidiscriminatorio può offrire una difesa dalle forme più arbitrarie di esercizio della discrezionalità

del potere pubblico ma non può garantire la partecipazione a pieno titolo e su un piano di eguaglianza alla comunità, perché non risolve il problema di fondo che è per l'appunto l'esistenza di questo dualismo loro/noi, «in un rapporto immutato di dominanza», in cui l'attore politico ha solo da guadagnare e niente da perdere sul piano della rappresentanza, perché, nella maggior parte dei casi, non paga alcun prezzo per il fatto di svantaggiare sistematicamente una parte della popolazione, dato che questa ha poca o nessuna voce nell'arena politica.

Per questa strada, tuttavia, la povertà degli stranieri, dei poveri più poveri, può diventare una questione evidente, una questione politica. E questo apre la strada sia a strategie di lotta per il riconoscimento che a lotte per la redistribuzione. Per quanto, come è fin troppo ovvio, i termini della questione siano profondamente diversi se si parla di *differenze* di genere, considerazioni simili mi pare potrebbero essere fatte anche in questo campo, perlomeno se ci si riferisce alle *diseguaglianze* di genere. È per questo che non mi sembra necessario andare *oltre* il diritto antidiscriminatorio. Il diritto antidiscriminatorio presuppone già quell'*oltre*, se si vogliono realizzare i suoi obiettivi finali.