

CAPITOLO V
IL DIRITTO DISEGUALE.
ANALISI A PARTIRE DALLE DISEGUAGLIANZE DI
SESSO E GENERE

di FRANCESCA POGGI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diseguaglianze giuridiche formali in base al sesso. – 3. Diseguaglianze sostanziali di genere (o sesso). – 4. Diseguaglianze formali indirette di genere. – 5. Diseguaglianze da mancata rappresentazione connessa al genere o al sesso. – 6. Diseguaglianza categoriale di genere. – 7. Conflitti tra eguaglianze e diseguaglianze. – 8. Le giustificazioni delle diseguaglianze. – 9. Spunti per future riflessioni.

1. Introduzione

Nel 1906 la Corte di Cassazione decise che l'art. 24 dello Statuto Albertino, che attribuiva il diritto di voto a tutti «i regnicoli», non si riferiva anche alle donne, mentre, per contro, le altre disposizioni dello Statuto che impiegavano lo stesso termine, come il successivo art. 25 che sanciva il dovere dei regnicoli di contribuire «indistintamente nella proporzione dei loro averi ai carichi dello Stato», si applicavano anche ad esse¹. Nel 1974, nel caso *Geduldig v. Aiello*², la Suprema Corte degli Stati Uniti decise che la mancata assicurazione per malattia in caso di gravidanza non violava la *Equal Protection Clause*, sancita dal XIV emendamento della Costituzione, in quanto «there is no risk from which men are protected and women are not. Likewise, there is no risk from which women are protected and men are not»³. Queste due

* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Università degli Studi di Milano.

¹ Cass. civ. sent. n. 883/1906.

² *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974).

³ Page 417 U. S. 497.

pronunce rappresentano due esempi di diseguaglianze nei confronti delle donne, ma di tipo differente. Nella prima decisione si ritiene giustificata una differenza di trattamento tra uomini e donne, mentre nella seconda si ritiene giustificata una parità di trattamento tra uomini e donne. Eppure entrambe ci appaiono (oggi) come discriminatorie.

Questo saggio è dedicato all'analisi di differenti tipi di diseguaglianze giuridicamente rilevanti a partire dall'esame delle diseguaglianze relative al sesso e al genere. Il riferimento al sesso e al genere deve considerarsi come meramente esemplificativo in quanto credo che l'apparato concettuale in esame possa applicarsi anche ad altri parametri, quali la nazionalità, l'età, l'origine etnica, ecc. Procederò nel seguente modo. Il primo luogo, distinguerò cinque differenti tipi di diseguaglianze giuridicamente rilevanti: si tratta di concetti già presenti in letteratura, anche se tematizzati in maniera più o meno diffusa e più o meno chiara⁴ (§§ 2-6). In secondo luogo, esaminerò il modo in cui i diversi tipi di (dis)eguaglianze possono confliggere tra loro: ossia, come i mezzi giuridici per realizzare un tipo di eguaglianza possono produrre uno o più tipi diversi di diseguaglianza (§ 7). Per iniziare a riflettere sulle possibili soluzioni di tali conflitti, svolgerò alcune osservazioni sulle giustificazioni alla base dei differenti tipi di diseguaglianza (§ 8). Anticipo che non ho una formula magica da proporre: credo che i conflitti tra i diversi tipi di (dis)eguaglianze e, soprattutto, tra le ragioni che li giustificano, siano estremamente complessi e fortemente connotati dal punto di vista ideologico. Questo lavoro non si propone di trovare una soluzione, ma solo di contribuire a una seria riflessione sul tema attraverso gli strumenti dell'analisi concettuale. Prima di iniziare sono necessarie alcune precisazioni terminologiche.

In primo luogo, distinguerò tra diseguaglianze e discriminazioni, riservando il secondo termine alle diseguaglianze non giustificate o non adeguatamente giustificate. Come vedremo, infatti, non ogni diseguaglianza è ingiusta.

In secondo luogo, come spesso sottolineato dalla filosofia del diritto⁵, è opportuno non confondere il concetto di eguaglianza con quello di quello di identità. Due individui sono identici se sono eguali in tutte le loro

⁴Per alcuni riferimenti rinvio a F. POGGI, *Che genere di diritto? Un'analisi concettuale delle diseguaglianze giuridiche di genere*, in O. GIOLO-B. PASTORE (a cura di), *Diritto potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 43-64.

⁵Cfr. P. COMANDUCCI, *'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista*, in *Analisi e diritto*, 1992, pp. 85-96; P. COMANDUCCI, *Uguaglianza*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Italiana*, VI Appendice, Treccani, Roma, 2000, pp. 916-918.

proprietà e, pertanto, sono indiscernibili, ossia sono lo stesso individuo⁶. Per contro, se due individui sono eguali, ma non identici, ciò significa che hanno alcune proprietà in comune, ma non tutte. L'eguaglianza, cioè, è sempre relativa ad alcune proprietà e non ad altre: ciò implica che due individui, che sono eguali rispetto a certe proprietà, sono altresì diversi rispetto a proprietà differenti.

In terzo luogo, un'ulteriore importante distinzione è quella tra giudizi di (dis)eguaglianza descrittivi e giudizi di (dis)eguaglianza prescrittivi⁷. I giudizi descrittivi sono quelli in cui si afferma che due individui sono (o non sono) eguali rispetto a una o più proprietà – ad esempio, “Mario e Maria sono eguali rispetto al fatto di essere bambini di 8 anni” oppure “Mario e Maria sono diversi rispetto al sesso”. I giudizi prescrittivi sono, invece, quelli in cui sostiene che due individui devono essere trattati nello stesso modo o in modo diverso sempre o, più spesso, in un ambito delimitato – ad esempio, “Mario e Maria devono andare a dormire alla stessa ora” oppure “Mario e Maria devono mangiare cose diverse a colazione”. Mentre i giudizi descrittivi sono veri o falsi, i giudizi prescrittivi non sono né veri né falsi ma possono essere giustificati o non giustificati⁸. Dal momento che, come abbiamo

⁶ Si tratta del cd. principio di identità degli indiscernibili: per qualsiasi x e per qualsiasi y , se x e y hanno le stesse proprietà, allora sono identici.

⁷ Cfr. P. COMANDUCCI, *‘Uguaglianza’: una proposta neo-illuminista*, cit.; P. COMANDUCCI, *Uguaglianza*, cit.

⁸ In letteratura, è, invece, diffusa la tesi secondo cui tutti gli usi di “eguaglianza” o, almeno, quelli in contesti etico-politici, non potrebbero mai essere autenticamente descrittivi, ma possiederebbero sempre (almeno a livello implicito) una componente valutativa, normativa: cfr. P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 95.3, 1982, pp. 537-96; G. TARELLO, *Su eguaglianza*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 351-55; P. COMANDUCCI, *‘Uguaglianza’: una proposta neo-illuminista*, cit.; P. WESTEN, *Speaking of Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 41; F. OPPENHEIM, *Egalitarianism as a Descriptive Concept*, in *American Philosophical Quarterly*, 7.2, 1970, pp. 143-152; M. MINOW, *Making All the Difference*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1990; A. SCHIAVELLO, *Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 65-79). Dicendo ‘ x e y sono eguali rispetto a z nel contesto C ’ si esprimerebbe sempre un giudizio di valore relativo all’irrelevanza degli elementi che inevitabilmente distinguono due individui o classi di individui per definizione (eguali e quindi) non identici. Credo che tale tesi non sia fondata e che la sua apparente plausibilità derivi da un difetto di contestualizzazione e/o di determinazione degli enunciati che esprimono i giudizi di eguaglianza nel linguaggio ordinario. Quanto al primo profilo, il giudizio “I giudici uomini sono eguali ai giudici donne” sembra, in effetti, trascurare le inevitabili differenze tra le due classi (e simile trascuratezza potrebbe imputarsi a un giudizio di irrilevanza), ma ciò dipende dal fatto che il giudizio in esame non è contestualizzato, ossia non è precisato rispetto a quale ambito, a quale proprietà, le due classi sono eguali. Per contro, il giudizio “Gli uomini e le donne sono in grado

visto, l'eguaglianza è sempre relativa ad un insieme di proprietà e che, quindi, se due individui non sono identici, avranno anche delle proprietà diverse, uno dei problemi centrali dell'eguaglianza è quello di stabilire se le proprietà in comune (oggetto dei giudizi descrittivi) possano fondare il dovere di trattare gli individui in questione nello stesso modo (ossia, possano fondare giudizi prescrittivi). È bene, però, precisare che, in forza della legge logica nota come legge di Hume, un giudizio prescrittivo non può essere giustificato esclusivamente sulla base di un giudizio descrittivo. Secondo la legge di Hume, infatti, non sono valide quelle inferenze che traggono una conclusione normativa sulla base di premesse solo descrittive, né, viceversa, sono valide quelle inferenze che traggono una conclusione descrittiva sulla base di premesse solo prescrittive. Così, ad esempio, non si può validamente sostenere che, [Premessa] dal momento che Mario e Maria sono entrambi bambini di 8 anni, allora [Conclusione] devono andare a dormire alla stessa ora. Occorre, invece, aggiungere un'ulteriore premessa normativa, che, ovviamente, dovrà essere a sua volta giustificata. Ad esempio: [Premessa 1] Mario e Maria sono entrambi bambini di 8 anni, [Premessa 2] tutti i bambini di 8 anni devono andare a dormire alla stessa ora, quindi [Conclusione] Mario e Maria devono andare a dormire alla stessa ora.

Infine, per “sesso” intenderò il sesso biologico o, a seconda dei casi, il sesso anagrafico. Mentre il sesso biologico è un concetto non binario, che comprende almeno le categorie “maschio”, “femmina” e “intersessuale” (termine che impiegherò come categoria-ombrello, per includere quelle persone che non possono essere biologicamente considerate né maschi, né femmine), in alcuni stati, come l'Italia, il sesso anagrafico è un concetto binario, in quanto la legislazione prevede esclusivamente la possibilità di registrare un sesso maschile o femminile⁹. In tali stati, quindi, il sesso anagrafico non coincide con il sesso biologico per le persone intersessuali e per le persone che hanno effettuato una transizione. Per “genere”, invece, intenderò un insieme di costruzioni sociali: un insieme di credenze, aspettative, ruoli sociali, tendenze, gusti, atteggiamenti, norme, ecc., socialmente associate al fatto di apparire come maschi, femmine o transgender. Il genere è «a social category imposed on a sexed body»¹⁰, «a complex, multilevel cultural construct

di esercitare la funzione giurisdizionale con eguale bravura, imparzialità ed efficienza” sembra al più indeterminato, perché sono indeterminati i concetti di bravura, imparzialità ed efficienza, ed è esclusivamente la loro determinazione ad essere inevitabilmente valutativa.

⁹ Sui profili di legittimità costituzionale di tale normativa cfr. Corte cost., sent. n. 143/2024.

¹⁰ J.W. SCOTT, *Gender: A Useful Category of Historical Analysis*, in *The American Historical Review*, 91.5, 1986, p. 1056.

that determines the meanings of being female or male in a particular situational context»¹¹.

Nei prossimi paragrafi distinguerò cinque tipi di diseguaglianze giuridicamente rilevanti relative, a seconda dei casi, al sesso biologico, al sesso anagrafico o al genere.

2. *Diseguaglianze giuridiche formali in base al sesso*

Le diseguaglianze giuridiche formali sono diseguaglianze istituite da norme giuridiche (e, quindi, da giudizi prescrittivi), le quali attribuiscono situazioni giuridiche attive (libertà, pretese, poteri, immunità) e/o situazioni giuridiche passive (doveri, soggezioni, incapacità) diverse agli individui a seconda che possiedano o non possiedano una o più proprietà. Le diseguaglianze giuridiche formali sono pervasive e costituiscono l'essenza stessa della legislazione, posto che, con le parole di Guastini, «legiferare è necessariamente distinguere»¹². Così, il diritto tratta in modo diverso le persone a seconda di proprietà come l'età, la capacità di intendere e di volere, il reddito, la cittadinanza, la proprietà di beni immobili, ecc. In particolare, si ha una diseguaglianza formale associata al sesso quando una norma giuridica conferisce pretese, libertà, poteri, immunità, doveri, incapacità e/o soggezioni diverse a seconda del sesso o di una proprietà necessariamente (non contingentemente) associata al sesso (come, ad esempio, l'essere marito o l'essere moglie, l'essere in stato di gravidanza, l'essere affetto da una patologia alla prostata o all'utero, ecc.). Il concetto di "sesso" qui rilevante è quello anagrafico (es., essere marito o moglie) oppure quello biologico nel caso di caratteristiche necessariamente associate alla biologia maschile o femminile (es., essere in stato di gravidanza, l'essere affetto da una patologia alla prostata o all'utero).

Possiamo distinguere due tipi di diseguaglianze formali associate al sesso (anagrafico o biologico).

Da un lato, ci sono casi in cui il diritto attribuisce più pretese, libertà, immunità e/o poteri agli uomini che alle donne, oppure attribuisce alle donne più doveri, incapacità e/o soggezioni, o, comunque, disciplina in un modo che può essere ritenuto più favorevole la situazione degli uomini

¹¹ N. FELIPE RUSSO-A. PIRLOTT, *Gender-based Violence. Concepts, Methods, and Findings*, in *Annals New York Academy of Science*, 1087, 2006, p. 180.

¹² R. GUASTINI, *Distinguendo*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 158.

rispetto a quella delle donne oppure in un modo più sfavorevole quella delle donne rispetto agli uomini. Possiamo chiamarle “diseguaglianze formali al femminile”. Così, ad esempio, l’art. 559 c.p. puniva “la moglie adultera”, mentre il successivo articolo 560 c.p. puniva il marito adultero solo se teneva «una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove»¹³, o, ancora, come già ricordato, fino al 1945 alle donne in Italia era precluso il diritto di voto. Un esempio attuale è rappresentato dall’art. 143^{bis} c.c., ai sensi del quale «La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, finché passi a nuove nozze».

D’altro lato, ci sono casi in cui il diritto attribuisce più pretese, libertà, immunità e/o poteri alle donne invece che agli uomini, oppure attribuisce più doveri, non-pretese, e/o soggezioni agli uomini che alle donne, o, comunque, disciplina in un modo che può essere ritenuto più favorevole la situazione delle donne rispetto a quella degli uomini oppure in un modo più sfavorevole quella degli uomini rispetto alle donne. Possiamo chiamarle “diseguaglianze formali al maschile”. Esempi in tal senso sono rappresentati dai congedi obbligatori di maternità e paternità, che durano, rispettivamente 5 mesi e 10 giorni (art. 16, 20 e 27^{bis} D.lgs. 151/2001), dall’aggravante dell’aver commesso il fatto in danno di persona in stato di gravidanza (art. 61, I comma, n. 11^{quinqies}, c.p.; art. 609^{ter}, n. 5^{ter}, c.p.), o, ancora, dall’art. 47^{ter} della legge sull’ordinamento penitenziario, che prevede, solo per la donna incinta o la madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente, la possibilità di espiare la pena della reclusione non superiore a quattro anni e la pena dell’arresto nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero in case famiglia protette¹⁴. Anche il recente reato di femminicidio costituisce un esempio di diseguaglianza formale di genere¹⁵.

¹³ Le norme sono state dichiarate incostituzionali con la sent. n. 147 del 1969.

¹⁴ A seguito della sen. Corte Cost. n. 211/2018 analoga facoltà è concessa al padre esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, ma solo quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole. Per ulteriori esempi di diseguaglianze formali associate al sesso rinvio a F. POGGI, *Diversi per diritto. Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 15.2, 2015, pp. 9-35.

¹⁵ L’art. 577^{bis} c.p. prevede che “Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna o per reprimere l’esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l’espressione della sua personalità, è punito con l’ergastolo”. Sul punto si veda D. PULITANO, *Femminicidio ed ergastolo*, in *Giurisprudenza penale web*, 3, 2025 (https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2025/03/Pulitano_gp_2025_3.pdf); F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, in

3. Diseguaglianze sostanziali di genere (o sesso)

Le diseguaglianze sostanziali sono diseguaglianze di fatto – ossia sono oggetto di giudizi descrittivi. Si verificano ogni volta in cui, benché le norme giuridiche non discriminino gli individui rispetto ad una data proprietà, P, gli individui che possiedono tale proprietà e quelli che non la possiedono non sono davvero uguali in relazione alla titolarità e/o alla quantità e/o alla possibilità di accesso a, o di esercizio di, date situazioni giuridiche, o dei beni o del benessere ad esse connesso¹⁶.

Le diseguaglianze sostanziali di genere o sesso si verificano quando, benché le norme giuridiche non distinguano in base al sesso o al genere, e, quindi, attribuiscono le stesse pretese, libertà, poteri e/o immunità (o gli stessi doveri, soggezioni e/o incompetenze) a uomini e donne, tuttavia donne e uomini non sono davvero uguali in relazione alla titolarità o alla quantità o alla possibilità di accesso a, o di esercizio delle, situazioni giuridiche in oggetto, o dei beni o del benessere ad esse connesso¹⁷.

Questo, ad esempio, è il caso della rappresentanza politica: uomini e donne hanno gli stessi diritti, poteri e libertà di (eleggere ed) essere eletti, di concorrere per le elezioni e fare carriera politica nei partiti politici, eppure, di fatto, la rappresentanza delle donne è spesso significativamente inferiore a quella degli uomini, e questo perché la diseguaglianza sociale di partenza è troppo forte, le donne sono di fatto troppo svantaggiate. Alla uguale titolarità del diritto all'elettorato passivo (inteso come libertà/pretesa/potere di essere eleggibili) non si accompagna, infatti, un'eguaglianza effettiva di opportunità, sicché tale diritto non si traduce in risultati eguali o simili (la distribuzione del bene associato a tale diritto è profondamente ineguale). Un altro caso è quello relativo all'occupazione lavorativa, alla progressione nella carriera lavorativa e alla retribuzione¹⁸: benché le donne abbiano un diritto

Sistema penale, 2 aprile 2025 (<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/menditto-riflessioni-sul-delitto-di-femminicidio>).

¹⁶ Come osserva P. COMANDUCCI, *'Uguaglianza'*, cit. è possibile distinguere, all'interno delle concezioni dell'eguaglianza che si traducono in criteri di distribuzione, quelle che hanno ad oggetto beni e quelle che hanno ad oggetto il benessere degli individui. Mentre le prime prescindono dalle preferenze dei destinatari, le seconde mirano, attraverso una distribuzione anche disuguale dei beni, al raggiungimento di un'uguale distribuzione, iniziale o finale, di benessere, tenendo in considerazione le preferenze degli individui coinvolti.

¹⁷ In letteratura circolano anche altre definizioni di "eguaglianza sostanziale": cfr., ad esempio, C. PERELMAN, *De la justice*, Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1945; I. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 33-61 e pp. 125-161.

¹⁸ Secondo il Consiglio di Indirizzo e Vigilanza INPS, nel 2023, le donne hanno guadagnato in media oltre il 20% in meno rispetto agli uomini. Appena il 21,1% dei dirigenti è donna, mentre

costituzionale (ex art. 37 Cost.) alla parità di retribuzione per parità di lavoro svolto, di fatto ricevono compensi minori e/o incontrano maggiori ostacoli nell'accesso alle posizioni lavorative, in particolare a quelle più stabili e meglio remunerate.

Le diseguaglianze sostanziali sono connesse, quasi sempre, al genere, nel senso che i pregiudizi e gli stereotipi sociali sono le cause principali delle diseguaglianze di fatto che colpiscono le persone che sono o appaiono come di sesso (biologicamente) femminile. Le diseguaglianze sostanziali sono associate al sesso biologico solo nei casi in cui dipendono da fattori connessi alla biologia maschile o femminile. Ad esempio, le donne potrebbero avere di fatto più difficoltà ad accedere a posizioni lavorative che richiedono una grande forza fisica.

Le diseguaglianze sostanziali non sono diseguaglianze nel diritto, nel senso che non sono prodotte da norme giuridiche, ma sono giuridicamente rilevanti se e in quanto si ritenga che il diritto debba eliminarle. Così, come è noto, l'art. 3, II comma, Cost. attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

In generale, esistono due strategie per rimuovere un'eguaglianza sociale di partenza: garantire un'eguaglianza di opportunità oppure un'eguaglianza di risultati¹⁹. L'eguaglianza di opportunità deve essere, a sua volta, distinta

tra i quadri il sesso femminile rappresenta solo il 32,4%. Nel 2023, il tasso di occupazione femminile in Italia si è attestato al 52,5%, rispetto al 70,4% degli uomini, evidenziando un divario di genere pari a 17,9 punti percentuali. Le assunzioni femminili hanno rappresentato solo il 42,3% del totale. Le lavoratrici con un contratto a tempo parziale sono il 64,4% del totale e anche il part-time involontario è prevalentemente femminile, rappresentando il 15,6% degli occupati, rispetto al 5,1% dei maschi. Cfr., INPS, *Rendiconto di genere 2024: i dati*, (<https://www.inps.it/it/inps-comunica/notizie/dettaglio-news-page.news.2025.02.rendiconto-di-genere-2024-i-dati.html>).

¹⁹ Cfr. J.H. SCHAAR, *Equality of Opportunity, and Beyond*, in J. CHAPMAN-R. PENNOCK R. (a cura di), *Nomos IX: Equality*, Atherton Press, New York, 1967, pp. 228 ss.; J. COLEMAN, *Equality of Opportunity and Equality of Results*, in *Harvard Educational Review*, 43.1, 1973, pp. 129 ss.; P. WESTEN, *The Concept of Equal Opportunity*, in *Ethics*, 95, 1985, pp. 837 ss.; R.J. ARNESON, *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, in *Philosophical Studies*, 56.1, 1989, pp. 77 ss.; P. WESTEN, *Speaking of Equality*, Princeton University Press, Princeton, 1990; A. SCHIAVELLO, *Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 65 ss.; J. JACOBS, *Pursuing Equal Opportunities*, University Press, Cambridge, 2004; P. GOMBERG, *How to Make Opportunity Equal*, Blackwell, Oxford, 2007; N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, Aracne, Roma, 2011; N. RIVA, *Egalitarismi*, Giappichelli, Torino, 2016; K.R. VOLLUM-DIX, *Gender Equality in the Professional Workplace (Women, Economy and Labour Relations)*, Leeds, Emerald Publishing Limited, 2025.

in eguaglianza di chance ed eguaglianza di opzioni. Come osserva Riva, «Due o più persone hanno eguali chance di fare o di ottenere qualcosa, se le probabilità che riescano a farlo o a ottenerlo sono eguali. Invece, due o più persone hanno eguali opzioni di fare o di ottenere qualcosa se esse controllano tutti i fattori da cui dipende il loro fare o ottenere una tal cosa, ossia se, volendolo e facendo tutto ciò che è necessario, esse sono in grado di farla o di ottenerla»²⁰. Così, per riprendere degli esempi di Riva, due persone hanno eguali chance di vincere alla lotteria se possiedono lo stesso numero di biglietti, mentre non è possibile avere le stesse opzioni di vincere alla lotteria in quanto nessuno può controllare tutti i fattori da cui ciò dipende. O, ancora, due persone possono avere uguali opzioni di ottenere un'abilitazione per la quale è necessario superare un esame con un certo punteggio, mentre non possono avere la stessa opzione di ottenere l'unico posto di lavoro disponibile (semmai potranno avere le stesse chance di ottenerlo)²¹. Si ha, invece, un'eguaglianza di risultati quando a due o più persone viene direttamente attribuita la stessa quantità di un dato ente (che può essere una situazione giuridica, un bene o una quantità di benessere). Per fare un esempio, le norme che riservano alle donne un determinato numero di seggi in Parlamento realizzano un'eguaglianza di risultati tra uomini e donne, mentre le norme che attribuiscono alle donne una eguale presenza nelle liste elettorali realizzano un'eguaglianza di opportunità (intesa come eguaglianza di chance di essere elette)²².

La distinzione tra eguaglianza di opportunità e eguaglianza di risultati è però discussa. Perché due persone possano avere la stessa opportunità di ottenere qualcosa, le loro condizioni di partenza devono essere eguali e ciò significa che le persone in questione devono aver avuto accesso a una stessa quantità delle risorse di partenza necessarie. Così, perché due persone abbiano le stesse opportunità di superare il test di ingresso a un determinato corso di laurea, la loro preparazione di base deve essere eguale, ossia devono aver avuto accesso (e non solo aver avuto l'opportunità di accedere) alla stessa preparazione²³. Insomma, qualsiasi eguaglianza di opportunità presuppone

²⁰ N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, cit., p. 115.

²¹ Come osserva Riva, l'eguaglianza di *chance*, ma non l'eguaglianza di opzioni, è compatibile con meccanismi di tipo competitivo a condizione che tutti gli aspiranti siano ammessi alla competizione ed abbiamo pari probabilità di vincerla: N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, cit., p. 117.

²² Trascuro qui ulteriori complicazioni, quali quelle relative alla posizione nella lista e alla distribuzione delle preferenze non espresse.

²³ Sotto un differente profilo, Riva ritiene, invece, che anche i risultati debbano essere descritti in termini di opportunità (e, in particolare, di opzioni), nel senso che ciò che si vuole eguagliare

che si garantisca anche una certa eguaglianza di risultato: l'eguaglianza in quelle risorse che sono necessarie per avere delle opportunità.

4. *Diseguaglianze formali indirette di genere*

Si ha una diseguaglianza formale indiretta quando, anche se il diritto, nel dettare una certa disciplina, non discrimina rispetto al possesso di una data proprietà P, ma, bensì, rispetto ad una diversa proprietà P1, di fatto anche P è rilevante, perché esiste una connessione contingente, non necessaria, tra il possesso di P e quello di P1. Così, si verifica una diseguaglianza formale indiretta rispetto al genere quando, anche se il linguaggio del diritto è *gender-blind* o, comunque, non distingue tra uomini e donne²⁴, l'eguaglianza formale è solo apparente, perché tutti o la maggior parte dei destinatari di norme che attribuiscono doveri, incompetenze e/o soggezioni (o, al contrario, diritti, libertà, immunità poteri) o, comunque, dispongono un trattamento di svantaggio (o vantaggio) appartengono ad un dato sesso²⁵. Si pensi alle norme sulla prostituzione, attività svolta prevalentemente da donne o *transgender*, o alle agevolazioni fiscali per il lavoro straordinario o notturno (d.lgs. 66/2003),

non è tanto il risultato, quanto le opportunità incondizionate di ottenere un certo risultato (N. RIVA, *Egalitarismi*, cit., p. 64). Per riprendere l'esempio nel testo, non sembra giusto imporre alle persone di avere la stessa preparazione di base, ma, semmai, si dovrebbe offrire alle persone l'opzione di averla (lasciandole libere di esercitarla o meno). La tesi mi sembra teoricamente condivisibile, ma praticamente molto difficile da realizzare. Soprattutto, se è, forse, accettabile in certi ambiti (ad esempio, rispetto all'accesso a un corso di laurea), mi sembra assolutamente inaccettabile in altri (ad esempio, rispetto all'accesso a un reddito sufficiente a curarsi, sia pure da una patologia non letale).

²⁴ Per la verità, come sottolinea Gianformaggio, i concetti di eguaglianza formale rispetto al sesso e di *gender-blind* non sono esattamente equivalenti, in quanto se è vero che ogni norma *gender-blind* realizza un'eguaglianza formale rispetto al sesso, non è vero il contrario: una norma può espressamente prevedere che donne e uomini debbano avere gli stessi diritti (poteri, ecc.), essendo così sensibile al sesso, ma imparziale (cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 229-243).

²⁵ Così, ad esempio, ai sensi dell'art. 25, II comma, del codice delle pari opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, come modificato dalla L. 5 novembre 2021, n. 162), «Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento, compresi quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro, apparentemente neutri mettono o possono mettere i candidati in fase di selezione e i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari ».

attività svolte prevalentemente da uomini. Queste normative discriminano tra attività (prostituzione e altri lavori; lavoro straordinario e notturno e lavoro non straordinario e non notturno) che concettualmente non hanno alcun legame col sesso di chi le esercita, ma, in realtà, presentano una connessione contingente, di fatto, con esso.

Anche la disuguaglianza formale indiretta può essere al maschile o al femminile, a seconda che, di fatto, sia di sesso maschile oppure femminile la maggior parte dei destinatari di una disciplina di sfavore – o, viceversa, sia femminile oppure maschile la maggior parte dei destinatari di una disciplina di favore. Questa disuguaglianza è diversa da quella formale perché la relazione tra la categoria dei destinatari e l'appartenenza ad un dato sesso è meramente contingente, non necessaria, e, quindi, suscettibile di mutare in futuro. Ad esempio, se oggi una disciplina di sfavore del lavoro casalingo a fini pensionistici si traduce in una disuguaglianza formale indiretta al femminile, perché la stragrande maggioranza delle casalinghe sono donne, ciò potrebbe non accadere in futuro. Questo tipo di disuguaglianza è sempre associata al genere, nel senso che la connessione col sesso (biologico o anagrafico) è contingente ed è causata da costrutti e stereotipi sociali. Ad esempio, la ragione per cui la maggior parte delle casalinghe sono donne o la maggior parte dei lavoratori notturni sono uomini va rintracciata negli stereotipi sociali relativi alla divisione dei ruoli domestici, che vogliono la donna *caregiver* e l'uomo *bread giver*.

Le disuguaglianze formali indirette sono prodotte congiuntamente dal diritto e dalla sottostante realtà sociale: sono il frutto di norme (e, quindi, di giudizi prescrittivi) che impongono un determinato trattamento per chi possiede una data proprietà P1, e del fatto che è contingentemente vero che la proprietà in questione è posseduta prevalentemente da soggetti che possiedono (o non possiedono) un'altra proprietà P.

5. Disuguaglianze da mancata rappresentazione connessa al genere o al sesso

Per “disuguaglianza da mancata rappresentazione” intendo quella disuguaglianza che si verifica allorquando c'è un'eguaglianza giuridica formale, che, però, non considera la particolare situazione, le particolari esigenze, aspettative, bisogni, ecc., di un gruppo di soggetti (identificati da una o più proprietà). Così, vi è una disuguaglianza da mancata rappresentazione connessa al genere o al sesso quando una determinata disciplina giuridica, che non distingue in base al sesso dei destinatari, trascura le particolari esigenze,

aspettative, bisogni, ecc., delle donne (o della maggior parte delle donne o di un numero significativo di donne) in quanto assume l'uomo, il maschile, come standard cui le donne devono uniformarsi²⁶. Per fare un esempio, il sopracitato caso *Geduldig v. Aiello* (§1) aveva ad oggetto proprio una diseguaglianza da mancata rappresentazione: trattare uomini e donne nello stesso modo, non prevedendo un'assicurazione per malattia in caso di gravidanza, implica non considerare bisogni esclusivamente femminili ed assumere a parametro il solo modello maschile²⁷.

Altri esempi di diseguaglianza da mancata rappresentazione possono essere rinvenuti, secondo alcuni, nella previsione normativa degli stessi requisiti, per uomini e donne, per ottenere la pensione di vecchiaia, e, in particolare, per quanto riguarda l'Italia, nell'aver compiuto 67 anni d'età, in quanto tale previsione non tiene conto del fatto che la maggior parte delle donne italiane lavora di più rispetto alla maggior parte degli uomini, in quanto si fa carico anche del lavoro casalingo. Ulteriori esempi potrebbero essere ravvisati nel concetto, tipico del diritto penale anglosassone, di "reasonable man", analizzato da Allen²⁸, e nello standard del "buon padre di famiglia" impiegato nel diritto civile italiano, in quanto entrambi imporrebbero un metro di comportamento modellato esclusivamente in base alle caratteristiche (aspettative, capacità, ecc.) maschili. Un altro esempio discusso è rappresentato dai requisiti previsti dalla scriminante della legittima difesa (art. 42 c.p.): così, ad esempio, secondo Pozzolo, tale scriminante, richiedendo una reazione (violenta) e repentina (contro un pericolo attuale), tipizza una modalità di reazione che in realtà è esclusivamente maschile²⁹. Infine, un

²⁶ La nozione di diseguaglianza da mancata rappresentazione è simile a quella che Gianformaggio chiama '(dis)eguaglianza come *sameness*' o '(dis)eguaglianza valutativa (in senso forte)': cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in *Democrazia e diritto*, 36, 1, 1996, pp. 53 ss.; EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 98-99; EAD., *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, in G. BONACCHI, A. GROPPI (a cura di), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Laterza, Roma-Bari, pp. 214-40. Sul punto rinvio a F. POGGI, *Che genere di diritto? Un'analisi concettuale delle diseguaglianze giuridiche di genere*, cit.

²⁷ Con le parole di MacKinnon, «il concetto di 'neutralità rispetto al genere' suggerisce che ci sia discriminazione sessuale allorché viene riconosciuto alle donne ciò di cui hanno bisogno in quanto donne [...] Ma sulla base dello stesso concetto non sarebbe discriminazione sessuale non riconoscere alle donne ciò di cui hanno bisogno in quanto donne, visto che, in tal caso, solo le donne non avrebbero ciò di cui hanno bisogno?» (C. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989, p. 222, traduzione mia).

²⁸ Cfr. H. ALLEN, *Justice Unbalanced*, Open University, London, 1987.

²⁹ S. POZZOLO, *(Una) teoria femminista del diritto. Genere e discorso giuridico*, in T. CASADEI (a

esempio di tale disegualianza si ha anche, a mio giudizio, nella mancata equiparazione dell'IVA sugli assorbenti a quella sui beni essenziali³⁰: tale normativa non tiene conto di bisogni essenziali propri solo della maggioranza delle donne.

La disegualianza da mancata rappresentazione può essere connessa al sesso biologico, quando i bisogni, le esigenze, differenti di cui le donne sono portatrici sono connessi ad aspetti biologici (come nel caso della gravidanza o degli assorbenti), oppure al genere, quando si tratta di bisogni, esigenze, aspettative, connesse a ruoli sociali, come nel caso dell'età pensionabile.

La disegualianza da mancata rappresentazione è creata da una norma giuridica (e, quindi, è oggetto di un giudizio prescrittivo) che assimila situazioni che si assumono di fatto come diverse, e, in questo senso, è simile alla disegualianza sostanziale. Tuttavia i due tipi di disegualianze sono diversi. Nella disegualianza sostanziale il problema è che i soggetti non sono davvero eguali rispetto alla titolarità e/o alla quantità e/o alla possibilità di accesso a, o di esercizio di, date situazioni giuridiche, o dei beni o del benessere ad esse connesso, mentre dovrebbero esserlo: l'eguaglianza formale non è effettiva, mentre si vorrebbe che lo fosse. Così le donne hanno un diritto costituzionale alla parità di salario, a parità di lavoro svolto, ma tale diritto non è effettivo a causa di una serie di meccanismi sociali. Nella disegualianza da mancata rappresentazione, invece, i soggetti sono davvero eguali rispetto alla titolarità e/o alla quantità e/o alla possibilità di accesso a, o di esercizio di, date situazioni giuridiche, o dei beni ad esse connesso, ma tale eguaglianza svantaggia (o svantaggia in misura maggiore) determinate categorie. Così, l'IVA per gli assorbenti è la stessa per uomini e donne e le donne possono pagarla, così come possono pagarla gli uomini, ma questa eguaglianza svantaggia le donne, essendo loro le uniche ad avere bisogno di assorbenti.

Mentre l'eliminazione di una disegualianza sostanziale richiede interventi (spesso temporanei) che instaurino una disegualianza formale per rimuovere la disegualianza di fatto, l'eliminazione di una disegualianza da mancata rappresentazione richiede interventi differenziati stabili che valorizzino o tengano in considerazione le differenze.

cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 17-39.

³⁰ Si noti che, invece, la mancata equiparazione dell'IVA sugli assorbenti a quella sui beni essenziali non costituisce una disegualianza formale indiretta perché la connessione tra aver bisogno di assorbenti ed essere (biologicamente) di sesso femminile non è contingente: anche se non tutte le donne hanno bisogno di assorbenti, solo le donne hanno bisogno di assorbenti.

La disegualianza da mancata rappresentazione è molto simile alla disegualianza formale indiretta in tutti i casi in cui i particolari bisogni, esigenze, aspettative, di cui le donne sono portatrici siano connesse, non a fattori biologici, bensì a ruoli sociali. Tuttavia, vi sono delle differenze. Nella disegualianza formale indiretta, il diritto dispone una disciplina di favore o sfavore per tutti coloro che abbiano una determinata proprietà P1 (ad esempio, svolgere lavoro straordinario), che, però, è contingentemente associata a P (ad esempio, essere uomo), sicché tale disciplina si traduce anche in un favore o uno sfavore anche per chi possieda P. Nella disegualianza da mancata rappresentazione connessa al genere, il diritto detta una disciplina che non distingue in base ad una proprietà P (l'età pensionabile è la stessa per uomini e donne; uomini e donne pagano la stessa IVA sugli assorbenti), ma che, a causa di fattori culturali o biologici, si traduce in uno svantaggio per tutte le persone che possiedono tale proprietà.

6. *Disegualianza categoriale di genere*

Definisco “disegualianza categoriale” i casi in cui il diritto stesso produce, riproduce o rafforza stereotipi sociali. Così, sono casi di disegualianza categoriale quelli in cui il diritto crea, riproduce o rafforza un'idea di “donna”, uno o più stereotipi su che cosa le donne siano o debbano essere, o crea e definisce dei tipi di donna (la prostituta, la donna non sposata, l'immigrata, l'infanticida, e così via). Il diritto, infatti, è esso stesso una tecnologia di genere³¹, un processo per produrre identità di genere fisse³². Alcuni esempi sono rappresentati dal concetto di “bad mother”, analizzato da Smart³³, e dal simmetrico concetto di “buona madre”, sotteso a molta giurisprudenza italiana in tema di affidamento dei figli minori a seguito di separazione e/o cessazione degli effetti civili del matrimonio³⁴. Un'ulteriore

³¹ La locuzione “tecnologia di genere” pare impiegata per la prima volta con questo significato, anche se in un ambito molto diverso, da T. DE LAURETIS, *Technologies of Gender*, Indiana University Press, Bloomington, 1987.

³² Cfr. C. SMART, *The Woman of Legal Discourse*, in *Social & Legal Studies*, 1, 1992, pp. 29-44; M.J. FRUG, *Postmodern Legal Feminism*, Routledge, New York, 1992; P. BOURDIEU, *La domination masculine*, Seuil, Paris, 1998.

³³ C. SMART, *The Woman of Legal Discourse*, cit.

³⁴ L'art. 155 c.c. non prevede alcuna preferenza tra i coniugi in ordine all'affidamento dei figli né una simile preferenza si può desumere dalle massime della giurisprudenza di legittimità o di merito, ma, di fatto, nella quasi totalità dei casi in Italia i minori vengono affidati alla madre, salvo

sequenza di casi è ben analizzata da Simone, allorché esamina le misure legislative anti-stupro succedutesi nel nostro paese e il modo in cui queste si ripercuotono nella creazione di due categorie di donne: le donne perbene (tutte vittime potenziali di stupratori stranieri) e le donne “permale”, che se la sono cercata³⁵. Un ulteriore esempio è offerto, a mio giudizio, dalla legge 194/1978 che convoglia un’immagine della donna che vuole interrompere la gravidanza nel primo trimestre come bisognosa di aiuto e consigli, potenzialmente vittima di avverse condizioni economico-sociali o familiari, non in grado di prendere un’immediata decisione, ma che, al contrario, necessita l’imposizione per legge di una pausa di riflessione³⁶.

Le diseguaglianze categoriali sono associate al genere, nel senso che creano, riproducono o rafforzano stereotipi sociali associati al fatto di essere o apparire come di un certo sesso (o come *transgender*).

7. Conflitti tra eguaglianze e diseguaglianze

I diversi tipi di eguaglianza/diseguaglianza, non solo presentano giustificazioni differenti, ma possono confliggere tra loro, nel senso che la realizzazione di un tipo di eguaglianza può produrre uno o più tipi diversi di diseguaglianza. L’eguaglianza formale, oltre a non essere spesso in grado di sopperire alle diseguaglianze sostanziali, può produrre diseguaglianze da mancata rappresentazione e diseguaglianze formali indirette. Per combattere una diseguaglianza sostanziale o una diseguaglianza da mancata

che il padre non provi che questa eserciti attività giudicate immorali, quali la prostituzione o la pornografia.

³⁵ A. SIMONE, *I corpi del reato*, Mimesis, Milano, 2010, in part. cap. III.

³⁶ Ai sensi dell’art. 5, I comma, «Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito *in ogni caso*, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall’incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna [...] le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto». L’art. 5, u.c., stabilisce poi che «Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell’incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza [...] le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l’avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza [...] presso una delle sedi autorizzate».

rappresentazione può essere opportuno introdurre delle disuguaglianze formali; le disuguaglianze formali, però, possono creare disuguaglianze categoriali ed anche disuguaglianze da mancata rappresentazione. Trattare le donne in modo diverso rispetto agli uomini può contribuire a creare, riprodurre e rafforzare stereotipi di genere. Ad esempio, il recente reato di femminicidio, che, certamente, risponde ad un problema sociale diffuso e avvertito, può contribuire a rafforzare gli stereotipi sociali sulle donne come soggetti deboli, vulnerabili, che necessitano di essere protette e di proteggersi. Inoltre, la norma può anche introdurre stereotipi sull'autore di femminicidio come una persona sessista, che agisce perché mossa da odio verso le donne. Ciò può produrre effetti nocivi, perché rischia di occultare come la violenza maschile sia un problema, prima che individuale, sociale e strutturale³⁷ – che, certamente, non colpisce solo le donne – e come i femminicidi affondino le loro radici – non tanto in un sentimento di odio, quanto nella costruzione sociale dominante della mascolinità e delle relazioni affettive.

Il modo in cui le disuguaglianze formali possono produrre disuguaglianze da mancata rappresentazione è meno evidente, soprattutto perché le disuguaglianze formali possono anche essere un modo per combattere una disuguaglianza da mancata rappresentazione. Consideriamo, ad esempio, gli incentivi per indurre le donne a tornare al lavoro al termine del periodo di astensione obbligatoria per maternità – quali quelli che erano stati previsti dall'articolo 1, comma 137, della legge 30 dicembre 2021, n. 234 (legge di Bilancio 2022). Tali misure normative si possono configurare come dirette a superare una disuguaglianza sostanziale (rispetto all'esercizio del diritto al lavoro) ed anche una disuguaglianza categoriale (lo stereotipo della buona madre, che rinuncia a lavoro e carriera per accudire il suo bebè – e, se non lo fa, è una madre cattiva), ma, oltre a costituire un evidente caso di disuguaglianza formale (al maschile), potrebbero essere accusate di produrre una disuguaglianza da mancata rappresentazione connessa al genere, perché trascurano l'indispensabilità del ruolo materno. Per contro, le misure tese a superare la disuguaglianza da mancata rappresentazione – ad esempio, gli incentivi concessi alle madri che non rientrano al lavoro dopo l'astensione obbligatoria e non mandano i figli al nido (sul modello del *Betreuungsgeldgesetz* tedesco) – oltre a dar luogo ad una disuguaglianza formale, possono creare una disuguaglianza categoriale. Tali misure, infatti, rafforzano lo stereotipo normativo della buona madre, che rinuncia alla

³⁷ Cfr., ad esempio, T. PITCH, *Il malinteso della vittima*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2022; F. POGGI, *Gender-based Violence: A Conceptual Analysis*, in N. LACEY-M.A. JOVANOVIĆ-B. SPAIC-A. ZDRAVKOVIĆ (a cura di), *Reassessing Feminist Legal Theories*, Springer, Cham, 2024, pp. 143 ss.

carriera ed accudisce personalmente i figli. Possiamo osservare come, in questi casi, il conflitto principale riguardi la disegualianza categoriale e la disegualianza da mancata rappresentazione, nel senso che le misure che, per alcuni, sono dirette a contrastare una disegualianza categoriale (un certo stereotipo sulle donne), che causa, quasi sempre, anche una disegualianza sostanziale, per altri, creano una disegualianza da mancata rappresentazione. E, viceversa, una misura che, per alcuni, rappresenta il contrasto ad una disegualianza da mancata rappresentazione – si pensi alla previsione di una diversa età pensionabile per uomini e donne – per altri rafforza o istituisce una disegualianza categoriale -l'idea che le donne si debbano dedicare anche al lavoro domestico³⁸. Lo stesso accade nei dibattiti relativi al congedo obbligatorio di paternità. Parificare il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per i padri e le madri garantirebbe un'eguaglianza formale, un'eguaglianza sostanziale rispetto all'accesso al lavoro e alla progressione in carriera (considerato che oggi, specie nel settore privato, molte donne sono discriminate semplicemente perché madri potenziali), e anche il superamento di una disegualianza categoriale; tuttavia, molte persone accuserebbero una simile riforma di introdurre una disegualianza da mancata rappresentazione, non tenendo conto del bisogno dei neonati di essere accuditi prioritariamente dalla madre (e dell'esigenza delle madri stesse di accudirli)³⁹.

Il conflitto tra disegualianza categoriale e la disegualianza da mancata rappresentazione si verifica nei casi in cui quest'ultima è connessa al genere: il problema è che quello che, per alcuni, è un legittimo ruolo sociale, un elemento identitario, per altri è uno stereotipo etero-imposto.

Non esiste, a mio giudizio, una formula magica per risolvere i conflitti tra

³⁸ Il possibile conflitto tra disegualianza categoriale e disegualianza da mancata rappresentazione riproduce, a mio giudizio, il cd. dilemma della differenza: cfr. M. MINOW, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca/London, 1990, in part. p. 20; D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Aras, Pesaro, 2004; D. MORONDO TARAMUNDI, "...Che finalmente si consideri violazione del principio di eguaglianza...l'oppressione anziché la discriminazione". *Sul contributo di Letizia Gianformaggio alla critica del diritto antidiscriminatorio: un indirizzo e due tasselli*, in O. GIOLO-B. PASTORE (a cura di), *Diritto potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 65-89.

³⁹ L'esempio del congedo obbligatorio di paternità è interessante anche per un'altra ragione: falsifica il luogo comune secondo cui per combattere una disegualianza sostanziale occorre sempre introdurre una disegualianza formale. Con ciò non sostengo che la causa delle disegualianze sostanziali che affliggono le donne in ambito lavorativo sia rappresentata dalla maggior durata dei congedi obbligatori di maternità, ma questo è certamente un fattore che contribuisce. Il punto è che le disegualianze formali possono produrre disegualianze categoriali, che, a loro volta, rafforzano stereotipi connessi a disegualianze sostanziali.

i diversi tipi di dis/eguaglianze, ma un buon punto di partenza può essere riflettere sulle loro giustificazioni, in quanto, come anticipato, non ogni dis/eguaglianza è ingiusta.

8. *Le giustificazioni delle diseguaglianze*

Come anticipato, le diseguaglianze giuridiche non sono necessariamente ingiuste: che lo siano o no dipende dal fatto che vi siano o no ragioni che le giustificano e, nel caso in cui vi siano, da come si valutino tali ragioni, ossia se le si consideri o no buone ragioni, e se le si consideri o no ragioni più forti di quelle con esse eventualmente confliggenti.

Le principali giustificazioni delle diseguaglianze formali sono due⁴⁰. La prima è quella liberale, che sostiene che tali diseguaglianze siano legittime solo se soddisfano due condizioni: (i) essere volte a riparare una passata deviazione ingiustificata dall'eguaglianza e (ii) essere dirette a ricostituire in futuro una situazione di eguaglianza⁴¹. Insomma, in questa prospettiva le diseguaglianze formali sono giustificate se mirano ad eliminare una situazione di diseguaglianza sostanziale, introducendo una eguaglianza di opportunità (come *chances* o come opzioni), oppure un'eguaglianza di risultati. Normalmente, chi sostiene questa prospettiva richiede che le diseguaglianze formali consistano in «misure temporalmente limitate, contingenti e strumentali»⁴²: in breve, una volta ripristinata l'eguaglianza sostanziale, il trattamento differenziale dovrebbe essere abolito.

Questo tipo di giustificazione sembra sottesa, ad esempio, all'art. 56 del codice delle pari (D.lgs. 5/2010 e successive modifiche), che stabiliva che, nelle prime due elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati, o dal Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (D.lgs. 267/2000, come modificato dalla Legge 215/2012), che dispone, per i comuni con popolazione compresa tra i 5.000 e 15.000 abitanti, sia la c.d. quota di lista, in forza della quale nelle liste dei candidati nessuno

⁴⁰ Per approfondimenti e per l'analisi di ulteriori possibili giustificazioni rinvio a F. POGGI, *Diversi per diritto*, cit.

⁴¹ Cfr., ad esempio, A.H. GOLDMAN, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979; R.H. FULLINWIDER, *The Reverse Discrimination Controversy*, Rowman & Littlefield, Totowa (N.J.), 1980; M. ROSENFELD, *Affirmative Actions and Justice*, Yale University Press, New Haven, 1990; P. COMANDUCCI, 'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista, cit.

⁴² P. COMANDUCCI, 'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista, cit., p. 94.

dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore a due terzi, sia la c.d. doppia preferenza di genere, che consente all'elettore di esprimere due preferenze, anziché una, purché riguardanti candidati di sesso diverso⁴³.

La seconda giustificazione delle eguaglianze formali, tipica del pensiero femminista (in particolare del c.d. femminismo della differenza, ma non solo), sostiene che sono giustificate tutte quelle diseguaglianze formali che sono dirette a tener conto delle specificità, delle particolari esigenze, bisogni, capacità, aspettative, valori, ecc., di alcuni gruppi di individui⁴⁴. Una sotto-variante di questa giustificazione, che chiamerò della speciale protezione, sostiene che siano giustificate quelle diseguaglianze formali tese a proteggere soggetti che, per condizioni fisiche, biologiche o sociali, siano particolarmente deboli, vulnerabili, e bisognosi di tutela. Insomma, secondo questo approccio, una diseguaglianza formale è giustificata quando sopperisce ad una diseguaglianza da mancata rappresentazione. In particolare, è giustificata quando risponde all'esigenza di proteggere soggetti particolarmente vulnerabili (come i bambini o gli incapaci).

Un esempio di diseguaglianza formale giustificata dall'esigenza di una speciale protezione è rappresentato dalle disposizioni del codice di procedura penale relative alle vittime particolarmente vulnerabili⁴⁵, come definite dall'art. 90-quater c.p.p., oppure, per quanto riguarda le diseguaglianze formali associate al sesso, dalle disposizioni del D.lgs. n. 151/2001, che dettano misure per la tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici durante il periodo di gravidanza e fino a sette mesi di età del figlio, vietando di adibirle

⁴³ Per un'analisi dettagliata di queste normative ed ulteriori esempi riguardi l'ordinamento giuridico italiano rinvio a F. POGGI, *Diversi per diritto*, cit.

⁴⁴ Si noti, però, che non sempre è necessario introdurre una diseguaglianza formale per combattere una diseguaglianza da mancata rappresentazione. Ad esempio, nel caso dell'IVA sugli assorbenti ciò che si richiede è di equiparare per tutti l'IVA sugli assorbenti a quella sui beni essenziali. È vero che in questo caso potrebbe, comunque, sembrare configurabile una diseguaglianza formale, posto che esiste una connessione necessaria tra l'essere donna ed aver bisogno degli assorbenti, tuttavia, occorre considerare che, per le donne che non vivono da sole, l'acquisto degli assorbenti incide sul budget dell'intera famiglia, inclusi gli eventuali componenti maschi.

⁴⁵ La nozione di vulnerabilità è da tempo al centro di un intenso dibattito internazionale. Si veda, ad esempio, L. BURGORGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris, 2014 pp. 237 ss.; R. CHENAL, "La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali", in *Ars Interpretandi*, 2, 2018, pp. 48-53; M.G. BERNARDINI, *Vulnerabilità e disabilità a Strasburgo: il 'Vulnerable Group approach' in pratica*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2018, pp. 77-93; A. DE GIULI, *Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Diritto Penale e Uomo*, 10 (2020), pp. 88-106; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021.

a lavori pericolosi, faticosi ed insalubri.

Come si è visto (§7), la previsione di trattamenti differenziati diretti a combattere una diseguaglianza da mancata rappresentazione può creare, però, una diseguaglianza categoriale, sicché un punto cruciale è quello di stabilire quando l'esigenza di tenere in considerazione le specificità, le particolari esigenze, bisogni, capacità, aspettative, valori, ecc., di alcuni gruppi costituisca una *buona* ragione a favore di una diseguaglianza formale. Si noti che il problema non si pone solo quando la diseguaglianza formale può dar luogo ad una diseguaglianza categoriale: ci possono essere, infatti, altre ragioni che militano contro l'adozione di un trattamento differenziale, ad esempio ragioni di pubblica sicurezza, tutela della salute o di ordine pubblico⁴⁶.

Limitando il discorso alle diseguaglianze da mancata rappresentazione associate al sesso e al genere, credo che si possa convenire che queste costituiscano una buona ragione a favore di una diversità di trattamento quando sono associate a esigenze, bisogni, biologici e fisici. Il problema riguarda, invece, tutte quelle diseguaglianze da mancata rappresentazione che sono associate al genere, ossia alla rivendicazione di esigenze, bisogni, capacità, aspettative, valori, ecc., connessi a fattori sociali. Quando tali esigenze, bisogni, ecc., pur potendo creare una diseguaglianza categoriale, rappresentano una buona ragione a favore di una diversità di trattamento? Un altro modo di porre la stessa questione consiste nel chiedersi quando una diseguaglianza categoriale sia giustificata. Questo interrogativo, a sua volta, è connesso al vivace dibattito, attualmente in corso, sulla possibilità di impiegare stereotipi descrittivi e normativi nel diritto⁴⁷. Così, ad esempio,

⁴⁶ Si pensi, ad esempio, al caso del *kirpan*, il pugnale rituale costituente uno dei simboli della religione Sikh. La Corte di Cassazione, con la sen. n. 24084/2017, ha confermato che il porto del *kirpan* integra il reato di porto d'armi ex art. 4, comma 2, della legge n. 110/1975. In tal caso le esigenze di tutela dell'ordine pubblico hanno prevalso rispetto al riconoscimento dei valori religiosi di un dato gruppo.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, R. COOK-S. CUSACK, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspective*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010; C. FRANKLIN, *The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law*, in New York University Law Review, 85, 2020, pp. 83-173; F.J. ARENA, *The Pragmatics of Stereotypes in Legal Decision-Making*, in F. POGGI-A. CAPONE (a cura di), *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*, Springer, Dordrecht, 2017, pp. 379-399; F.J. ARENA, *Los estereotipos detrás de las normas*, Toledo, Córdoba, 2022; F.J. ARENA, *Gli stereotipi nel diritto: condizioni e limiti di legittimità*, in *Notizie di Politeia*, 39, 2023, pp. 5-25; F. POGGI, *Contro gli stereotipi nel diritto*, in *Notizie di Politeia*, 39, 2023, pp. 26-31; G. VIGGIANI, *Ragioni e limiti degli stereotipi nel diritto*, in *Notizie di Politeia*, 39, 2023, pp. 32-34; A. DE GIULI, *Gli stereotipi e la tensione tra vulnerabilità ed autonomia*, in *Notizie di Politeia*, 39, 2023, pp. 35-

secondo Arena⁴⁸, la formulazione delle norme giuridiche può legittimamente basarsi su stereotipi descrittivi⁴⁹ qualora sussistano le seguenti condizioni: (i) la generalizzazione alla base della norma sia chiaramente identificata come uno stereotipo; (ii) lo stereotipo abbia una base statistica comprovata; (iii) nel caso in cui lo stereotipo includa un concetto valutativo, questo venga esplicitato e sia fornita un'adeguata teoria normativa a suo sostegno; (iii) lo stereotipo non riguardi gruppi vulnerabili o non limiti i diritti di gruppi vulnerabili. A mio giudizio, questo approccio non risolve il problema, ma in qualche modo lo ripropone, in quanto il punto in questione – nell'alternativa tra diseguaglianza categoriale e diseguaglianza da mancata rappresentazione – è proprio se una determinata norma limiti i diritti dei gruppi vulnerabili o, invece, li aumenti. Così, ad esempio, lo stereotipo secondo cui le donne lavorano più degli uomini perché, oltre al lavoro remunerato, si occupano anche di quello domestico ha base statistica⁵⁰. Se, in forza di questo stereotipo, l'età pensionabile delle donne viene fissata prima di quella degli uomini, ciò aumenta o diminuisce i diritti delle donne? In un certo senso, li aumenta, perché le donne godono di un trattamento più favorevole. D'altro lato, però, sembrerebbe diminuirli, perché questa norma in qualche modo rafforza lo stereotipo normativo secondo cui è giusto che le donne svolgano anche i lavori domestici e questo stereotipo normativo svantaggia le donne, essendo connesso alla loro disuguaglianza sostanziale in ambito lavorativo e domestico. Il punto è che non sempre è facile stabilire

39. Si vedano anche i saggi raccolti in M.G. BERNARDINI-O. GIOLO (a cura di), *Giudizio e pregiudizio*, Giappichelli, Torino, 2024.

⁴⁸ Cfr. F.J. ARENA, *Los estereotipos detrás de las normas*, cit.; F.J. ARENA, *Gli stereotipi nel diritto: condizioni e limiti di legittimità*, cit.

⁴⁹ Uno stereotipo è descrittivo quando descrivere un fatto e, pertanto, può essere vero o falso. In particolare, secondo Arena, uno stereotipo è vero quando attribuisce ai membri di un gruppo una proprietà che questi davvero possiedono; uno stereotipo ha una base statistica, è sostenibile, quando ci sono dati statistici che, appunto, confermano che i membri del gruppo possiedono davvero tale proprietà. Per contro, gli stereotipi normativi riguardano il modo in cui i membri di un gruppo devono comportarsi o devono essere (quali proprietà, valori, interessi, ecc. devono possedere).

⁵⁰ Si veda, ad esempio, M. ESPOSITO (a cura di), *Tra produzione e riproduzione: l'onere del lavoro non retribuito sulle disparità di genere*, INAPP, Roma, 2023, (<https://oa.inapp.gov.it/server/api/core/bitstreams/cf48bd2f-9b6e-4eaf-af4c-e7230b478a2d/content>); INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The impact of care responsibilities on women's labour force participation*, 2024, (https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-10/GEDI-STAT%20brief_formatted_28.10.24_final.pdf); ISTAT, *I tempi della vita quotidiana*, Istituto nazionale di statistica, Roma, 2019 (<https://www.istat.it/wp-content/uploads/2019/05/ebook-I-tempi-della-vita-quotidiana.pdf>).

quando il diritto si basi semplicemente su uno stereotipo vero e quando, invece, rafforzi tale stereotipo e lo assuma come normativo (come qualcosa che non solo accade di fatto, ma che è giusto che accada)⁵¹.

Rispetto agli stereotipi normativi, secondo Arena, questi possono essere assunti come base di una norma giuridica a condizione che (i) lo stereotipo sia nominato come tale; (ii) sia uno stereotipo interno (ossia, vi sia una convergenza tra le persone da cui dipende l'esistenza dello stereotipo e lo stereotipo stesso) e (iii) la persona stereotipata si riconosca in quel ruolo, così esercitando la propria autonomia. Anche questo approccio non risolve il problema perché – nell'alternativa tra disuguaglianza categoriale e disuguaglianza da mancata rappresentazione – il punto cruciale è che mentre alcune donne si riconoscono nel ruolo stereotipato, altre lo contestano. Così, mentre alcune donne si riconoscono nel modello della buona madre che antepone la famiglia alla carriera e vogliono godere di lunghi congedi di maternità, altre, invece, considerano lo stereotipo in questione come oppressivo.

Risolvere il problema delle condizioni di ammissibilità degli stereotipi nel diritto – nel nostro caso, degli stereotipi di genere – risulta, quindi, fondamentale per risolvere le tensioni tra disuguaglianza categoriale e disuguaglianza da mancata rappresentazione. Al riguardo, si potrebbe essere tentati di ritenere gli stereotipi inammissibili tutte le volte in cui siano connessi a, ossia rappresentino verosimilmente una delle con-cause di, disuguaglianze sostanziali. Così, ad esempio, lo stereotipo secondo cui le donne svolgono in via prevalente il lavoro domestico o quello secondo cui le donne preferiscono la famiglia alla carriera non dovrebbero mai essere ammissibili, perché, a prescindere dalle preferenze delle dirette interessate, sono con-cause rilevanti della disuguaglianza sostanziale che affligge tutte le donne (conviventi e non, madri e non) in ambito lavorativo. Tuttavia, le cose non sono così semplici. Non solo questo approccio rischia di condurre ad esiti illiberali, ma la sua plausibilità si intreccia con il problema della giustificazione delle disuguaglianze sostanziali. Il tema è molto complesso e in questa sede non posso che accennarne brevemente.

Due sono, a mio giudizio, le principali giustificazioni delle disuguaglianze sostanziali. La prima è quella meritocratica, di cui non mi occuperò in questa sede⁵². La seconda, talvolta parzialmente coincidente con la prima, è quella

⁵¹ Sul punto rinvio a F. POGGI, *Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho*, in *Doxa*, 42, 2019, pp. 285-307; EAD, *Contro gli stereotipi nel diritto*, cit.

⁵² Si tratta di un problema molto discusso: cfr., ad esempio, J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971; J. FEINBERG, *Noncomparative Justice*, in *Philosophical Review*, 83, 1974, p. 297 ss.; N. DANIELS, *Merit and Meritocracy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 7, 3, 1978, p. 206 ss.; F. FELDMAN, *Justice, Desert, and the Repugnant Conclusion*, in

che fa riferimento alle preferenze manifestate dagli interessati. Supponiamo che sia possibile garantire a tutte le persone un'eguale opportunità (intesa come eguaglianza di opzioni) di raggiungere un dato risultato, ad esempio di ottenere una laurea, cui è connessa una maggiore quantità di beni o di benessere. Se alcune persone decidono di non esercitare tale opzione, la disegualianza sostanziale che ne consegue può dirsi giustificata? Rispetto alle disegualianze di sesso e genere la questione si traduce nel domandarsi se le disegualianze sostanziali siano giustificate qualora siano frutto di stereotipi sociali cui le donne hanno liberamente aderito. In breve, se la disegualianza sostanziale che affligge le donne è frutto di una loro libera scelta non è forse giustificata? Se le donne non vogliono dedicarsi alla carriera politica, se non vogliono sacrificare la famiglia per la carriera, la disegualianza sostanziale di risultati è comunque discriminatoria? Ovviamente, la questione è molto complessa e dipende da tutta una serie di fattori tra i quali il grado di libertà della scelta e la quantità di disegualianza sostanziale di risultato⁵³.

9. Spunti per future riflessioni

L'obiettivo principale di questo saggio era quello di esaminare cinque diversi tipi di eguaglianza e disegualianza giuridicamente rilevanti, mostrare i modi in cui possono confliggere e fornire qualche spunto di riflessione sul modo di risolvere i conflitti. La conclusione, provvisoria e certo non soddisfacente, cui si è giunti è che risulta fondamentale stabilire se, e a quali condizioni, siano ammissibili, nel diritto, gli stereotipi (normativi o descrittivi) identitari, quali gli stereotipi connessi genere e non al sesso. Si tratta di una questione complessa che coinvolge questioni filosofiche ed etiche estremamente controverse – tra le quali spicca la relazione identità e rapporti di potere. A mio avviso, però, questo è il nodo principale che la riflessione teorica sull'eguaglianza è chiamata oggi a sciogliere.

Utilitas, 7, 1995, p. 189 ss.; D. MILLER, *Two Cheers for Meritocracy*, in *The Journal of Political Philosophy*, 4, 4, 1996, p. 277 ss.; O. MCLEOD, *Desert*, in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013 (<http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/desert/>); M. GIAVAZZI, *Desert as a criterion of Justice. Against Unfair Equality*, in *Working Paper-LPF*, 2014, (https://www.centroeinaudi.it/images/abook_file/WP-LPF_5_2014_Giavazzi.pdf); M. SANDEL, *The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2020.

⁵³ Questo problema è al centro delle riflessioni di N. RIVA, *Egalitarismi*, cit., cui rinvio per approfondimenti.

