

Eguaglianza e diritto nelle relazioni familiari

di Paola Ronfani

Il diritto¹ della famiglia italiano si allinea con le tendenze evolutive che contraddistinguono le profonde riforme delle legislazioni familiari che, dalla fine degli anni sessanta, sono state introdotte in tutti i paesi dell'Occidente. Queste legislazioni, in particolare, hanno sostanzialmente abolito le regole specificamente correlate al genere. Hanno quindi respinto l'alternativa secondo cui le donne debbono ricevere, rispetto agli uomini, un diseguale trattamento da parte del diritto sulla base delle specifiche capacità o caratteristiche femminili ed hanno invece accolto l'alternativa secondo cui le donne debbono essere trattate come eguali agli uomini ed avere quindi gli stessi diritti e gli stessi doveri.

La prima alternativa postula regole che sono improntate al principio della differenza ed implica disposizioni di discriminazione (positiva) e di tutela se ci si pone nell'ottica del perseguimento di obiettivi di giustizia. La seconda alternativa postula regole che sono improntate al principio della neutralità nei confronti del genere.

Nell'accoglimento della seconda alternativa, il matrimonio è dunque regolato dal diritto sulla base del principio della parità e dell'eguaglianza nei rapporti di coppia e nei rapporti di filia-

* *Presentato dall'Istituto di Sociologia.*

¹ In queste pagine vengono riprese e sviluppate alcune considerazioni e riflessioni già espresse in due miei precedenti lavori: *I sessi del diritto. Paradossi del divorzio egualitario*, «Reti», n. 5, 1989, pp. 12-20; *L'uguaglianza nelle relazioni familiari: cultura giuridica e strategie femministe*, «Democrazia e diritto», n. 2, 1993, pp. 253-267.

zione. In Italia, come è noto, questo principio è stato recepito con la riforma del diritto di famiglia del 1975. È altresì noto che la riforma ha lasciato sussistere anche alcune disposizioni di carattere discriminatorio (la disposizione sul cognome dei figli, e quella che attribuisce al padre la potestà di adottare provvedimenti urgenti qualora vi sia contrasto fra i genitori sulla decisione da adottare).

La convinzione dei promotori della riforma del 1975 era che, proprio nell'eguaglianza fra donna ed uomo nel matrimonio e nei rapporti con i figli, si sarebbero individuati i presupposti per una nuova concezione della famiglia che privilegiasse la relazione affettiva sul momento istituzionale.

Le nuove legislazioni familiari dei paesi occidentali hanno incontrato il favore anche di vasti settori dei movimenti femministi, secondo i quali l'adesione ad una prospettiva neutrale nella regolazione giuridica della famiglia avrebbe consentito di ribaltare gli stereotipi di genere associati con la divisione del lavoro nell'ambito familiare. In particolare, in questa prospettiva, l'eguaglianza nella famiglia sarebbe stata la chiave di volta per aprire l'accesso delle donne nel mercato del lavoro.

Nel contempo, però, si è anche diffusa la consapevolezza che in una realtà sociale connotata da forti elementi di segregazione e di discriminazione del lavoro femminile, il principio dell'eguaglianza nelle relazioni familiari rischia di rimanere un mero valore simbolico. Pertanto, i termini del rapporto sopra ricordato andrebbero piuttosto rovesciati: per realizzare l'eguaglianza sostanziale nelle relazioni familiari (e non solo l'eguaglianza formale prevista dal diritto) sono indispensabili interventi di politica sociale volti a rafforzare la posizione della donna nel lavoro per garantirle condizioni di indipendenza economica.

Si deve, inoltre, sottolineare che le stesse regole dell'eguaglianza, accolte dalla riforma del diritto di famiglia, si prestano in alcuni casi ad interpretazioni contraddittorie. Ad esempio, le disposizioni della riforma del 1975 sulla comunione dei beni quale regime patrimoniale legale fra i coniugi, possono essere lette sia come manifestazione della regola della parità (il lavoro domestico è parificato a quello extra-domestico nei contributi recati alla gestione della vita familiare) sia come manifestazione della regola della tutela nei confronti del coniuge più debole: in condizioni di eguaglianza sostanziale fra i coniugi, infatti, il re-

gime più consono sarebbe piuttosto quello della separazione dei beni. Non va peraltro sottaciuto che anche la regola della tutela ha un'efficacia limitata, giacché la legge prevede che non entrino a far parte della comunione non solo i beni strettamente personali, ma anche quelli che servono all'esercizio della professione.

Dobbiamo, inoltre, ricordare che proprio la specificità della capacità riproduttiva del genere femminile, (la gravidanza e la maternità) rappresenta uno dei più importanti ostacoli che impediscono la pari partecipazione della donna al lavoro. Ed infatti, nel vasto movimento verso l'eguaglianza che ha contraddistinto tutte le legislazioni occidentali sulla famiglia, si debbono inserire anche le disposizioni normative (con un'incidenza peraltro assai variabile da un paese all'altro) a tutela della lavoratrice madre. Disposizioni che, almeno per ciò che concerne la gravidanza, non sono certo fondate sul principio della eguaglianza. Del resto, nei confronti di questo problema non possono certo dirsi convincenti i tentativi di adottare il paradigma dell'eguaglianza; tentativi come quelli compiuti, in particolare, da alcuni giudici statunitensi, i quali hanno considerato la gravidanza come una malattia temporanea paragonabile all'indisposizione di carattere transitorio di un uomo.

A grandi linee, possiamo dunque dire che i modelli di regolazione giuridica della famiglia (con riguardo sia alla legislazione civile sia a quella sociale) adottati nei paesi occidentali hanno sì accolto l'eguaglianza come principio-guida, abolendo così le disposizioni specificamente correlate al genere, ma hanno anche recepito, in misura più o meno rilevante, la regola della differenza con l'adozione di misure di tutela finalizzate alla realizzazione dell'eguaglianza sostanziale. Tanto il paradigma della eguaglianza quanto quello della differenza non sono però esenti da effetti paradossali, che bene vengono in evidenza nel momento in cui finisce l'unione coniugale, con la separazione o col divorzio.

Anche la regolazione giuridica degli effetti dello scioglimento del matrimonio o della cessazione della convivenza coniugale è improntata, nelle legislazioni occidentali, al principio dell'eguaglianza e della neutralità di genere sia per ciò che concerne i rapporti patrimoniali che i rapporti di filiazione. Questo medesimo principio è poi adottato in specifiche disposizioni normative, o in loro assenza, negli orientamenti giurisprudenziali

anche per regolare lo scioglimento delle convivenze non matrimoniali nei paesi in cui tale fenomeno è di rilevanti dimensioni sociali².

L'applicazione del principio dell'eguaglianza nella regolazione degli effetti della cessazione del matrimonio o della convivenza mette in chiara luce le discrepanze fra l'eguaglianza formale e l'eguaglianza sostanziale. Ancor più, finisce col produrre diseguaglianze sostanziali nei confronti del coniuge più debole in quanto presuppone che i soggetti in conflitto siano su posizioni di eguaglianza mentre, nella realtà concreta, i coniugi ben raramente sono eguali per ciò che concerne sia la loro situazione economica sia la cura dei figli. Il divorzio egualitario genera pertanto un paradosso: il coniuge più debole – e per l'aspetto economico è difficile negare che si tratti nella grande maggioranza dei casi della moglie – che pure può aver aderito ad un ideale di parità nel matrimonio, nel momento in cui esso viene meno deve avanzare rivendicazioni basate sul ruolo tradizionale di soggetto economicamente dipendente dal marito e dedito in via, se non esclusiva, quanto meno prevalente, alla cura della casa e dei figli.

Vediamo dunque come, nelle sue linee portanti, è stato recepito il principio dell'eguaglianza nella regolazione giuridica della separazione e del divorzio accolta nei paesi occidentali, con specifica attenzione alla nostra legislazione. In primo luogo, va ricordato che, in via esclusiva o accanto ad altri modelli secondo le differenti legislazioni, è stato ovunque recepito il modello del divorzio incolpevole: la colpa non ha rilevanza ai fini della concessione della separazione o del divorzio, ma neppure ai fini della regolazione dei rapporti patrimoniali e della scelta del genitore affidatario, dovendo il giudice decidere alla luce dell'esclusivo interesse del minore. In Italia, invero, la previsione dell'addebitabilità della separazione viene in qualche modo a rendere meno forte il modello incolpevole (il coniuge cui è addebitata la separazione perde il diritto al mantenimento).

² In proposito, mi permetto di rinviare al mio lavoro «Dalla convivenza prematrimoniale al matrimonio informale» in V. Pocar, P. Ronfani, *Coniugi senza matrimonio*, Milano, Raffaello Cortina Editore 1992, pp. 3-47.

L'accoglimento della regola dell'eguaglianza nella disciplina degli effetti patrimoniali della cessazione del matrimonio comporta disposizioni normative in base alle quali i beni acquistati in comunione durante il matrimonio vengono divisi in parti eguali fra gli ex-coniugi. Ciò significa che sono posti sullo stesso piano il lavoro nella sfera domestica e riproduttiva ed il lavoro professionale. Queste disposizioni sono fondate sul principio della parità e della neutralità ma, nel contempo, possono anche essere lette come manifestazioni della regola della tutela (ciò almeno nei confronti del coniuge che sia sprovvisto di redditi autonomi). In ogni caso, un'applicazione rigida del principio dell'eguaglianza nella regolazione degli effetti patrimoniali può condurre a diseguaglianze sostanziali, anche vistose. Non è possibile giungere per questa via ad un'eguaglianza di risultati (ogni coniuge esce dal matrimonio allo stesso livello economico dell'altro) e questo perché non solo non si accorda una stessa porzione di beni a soggetti che hanno bisogni diseguali, ma anche perché questi medesimi soggetti hanno partecipato con meriti diseguali alla gestione della vita familiare. In definitiva, è il concetto medesimo di patrimonio familiare che viene qui richiamato e che dovrebbe essere modificato per comprendervi altri elementi, quali, ad esempio l'indispensabile lavoro di supporto alla carriera del marito svolto da alcune donne senza corrispettivi economici personali³. Non mancano, soprattutto negli Stati Uniti dove il modello del divorzio incolpevole (*no-fault divorce*) è stato applicato con rigore senza l'introduzione di criteri di tutela, gli studi e le ricerche che parlano di veri e propri effetti di impoverimento del divorzio sulle donne e sui loro figli. È stato, ad esempio, scritto che il divorzio svela «la povertà nascosta della donna durante il matrimonio»⁴. Sono note le ricerche realizzate da Lenore Weitzman ed i loro risultati (al centro peraltro anche di contestazioni) secondo cui nel 70% dei casi le donne divorziate con figli hanno subito effetti di impoverimento mentre

³ Sul concetto di patrimonio familiare vedi: M. Barbagli, *Provando e riprovando. Famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali*, Bologna, Il Mulino 1990, cap. IV.

⁴ S. Maidment, *Women and Childcare: The Paradox of Divorce in Gender, Sex and the Law*, a cura di S. Edwards, Croom Helm, Londra 1985, p. 29.

per il 40% dei padri il divorzio avrebbe addirittura prodotto effetti di arricchimento⁵.

Anche a prescindere dalla possibilità di generalizzare tali risultati su vasta scala (non va dimenticato che lo Stato della California nel cui ambito la sociologa Weitzman aveva realizzato le proprie indagini applicava con criteri quanto mai rigorosi ed in modo universalistico la regola della divisione dei beni in parti eguali fra i coniugi), si deve comunque ammettere che il raggiungimento della eguaglianza sostanziale fra gli ex-coniugi presuppone il ricorso alla regola della differenza con riferimento al genere. Vanno introdotte regole di tutela, che possono anche presentarsi sotto le mentite spoglie della neutralità (con il riferimento al "coniuge più debole"), allo scopo innanzitutto di porre gli ex-coniugi in condizioni di pari eguaglianza di opportunità nel mercato del lavoro.

È implicito in questo ragionamento l'assunto che il matrimonio genera diseguaglianze: la donna se non si fosse sposata e non avesse avuto figli avrebbe avuto l'opportunità di lavorare in situazione di pari opportunità con l'uomo. A prescindere dalla verifica della effettiva fondatezza di tale assunto ed anche se pare eccessivo ritenere che il matrimonio rappresenti un luogo di segregazione per la donna (anche perché si deve riconoscere che il matrimonio finché dura può rappresentare una garanzia economica per la donna), è però difficile contestare che il lavoro di cura e di riproduzione rappresenta un problema cruciale per il lavoro femminile.

Nella maggior parte delle legislazioni occidentali, si è così riconosciuto che, per evitare di produrre diseguaglianze sostanziali, il principio dell'eguaglianza andasse corretto con regole di tutela. Più in generale, si può dire che la regolazione del divorzio (e della separazione) ha accolto il principio della neutralità di genere, che è compatibile con il principio dell'eguaglianza facendo però, di fatto, riferimento al genere per il coniuge sprovvisto di redditi propri. L'accoglimento di regole di tutela volte a realizzare la parità economica sostanziale, non è previsto

⁵ L. Weitzman, *The Divorce Revolution: the Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York, Free Press 1985.

(o comunque quando è previsto lo è in modo assai problematico) nel caso della donna che lavora. Si presume, infatti, che essa non venga a trovarsi a causa del divorzio in stato di bisogno.

Quanto detto sinora è ben esplicitato dagli orientamenti del nostro legislatore. L'assegno di mantenimento aveva, nella legge sul divorzio del 1970, natura composita: assistenziale (nei confronti del coniuge le cui condizioni economiche si fossero deteriorate in seguito al divorzio), remuneratoria (un compenso per i contributi prestati alla conduzione della famiglia ed alla formazione del patrimonio familiare), risarcitoria (con riferimento alle ragioni della decisione di far venir meno il matrimonio). La legge dell'87 non ha adottato un orientamento altrettanto chiaro. Sembrerebbe comunque prevalere, dall'analisi delle disposizioni specifiche, la funzione assistenziale (l'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento è subordinato alla condizione che il beneficiario non abbia mezzi adeguati o non possa procurarseli per ragioni obiettive) e la volontà di negare che dal matrimonio possa derivare alla donna una qualche rendita di posizione. Come è noto, gli orientamenti della giurisprudenza sono stati, però, alquanto discordanti sulla questione della continuazione dello stesso tenore di vita goduto durante il matrimonio da parte della ex-moglie.

Il criterio dello stesso tenore di vita è del resto assai problematico. Se tale criterio è ritenuto applicabile a tempo indeterminato si finisce proprio coll'assimilare il matrimonio ad una rendita di posizione. E si rischia anche col pregiudicare il principio stesso dell'eguaglianza, perché obbligare chi è tenuto alla contribuzione economica a far vivere l'ex-coniuge nello stesso tenore di vita può rivelarsi a lungo andare una fonte di diseguaglianza nei suoi confronti. Ma anche limitare ad un periodo di tempo circoscritto la contribuzione diretta a tale finalità si rivela assai problematico. Innanzitutto, per quanto tempo questo obbligo andrebbe adempiuto? Fino a che l'ex-coniuge non avrà trovato una occupazione stabile? Ma per molte donne, soprattutto quelle non più giovani, le condizioni di diseguaglianza nelle opportunità professionali sono spesso insormontabili. E per quelle più giovani, che però hanno dei figli, le funzioni di accudimento possono pregiudicare l'inserimento nel lavoro ed anche in seguito, quando i figli sono cresciuti, tali funzioni possono sempre essere

invocate come cause che hanno impedito l'accesso al lavoro o comunque la possibilità di accedervi in condizioni non marginali.

Per uscire dai paradossi del divorzio egualitario, alcune giuriste anglosassoni sottolineano l'opportunità di ampliare il potere decisionale del giudice⁶, il quale dovrebbe porsi l'obiettivo di considerare, ai fini della sua decisione, il futuro (le esigenze, i bisogni specifici del dopo divorzio) piuttosto che il passato (i contributi recati da ciascun coniuge alla vita familiare).

Dalla cultura giuridica anglosassone è giunta anche la proposta di non considerare più il problema nei termini della continuazione o meno, a favore della donna, dello stesso tenore di vita goduto durante il matrimonio; il problema è invece quello di "eguagliare" i livelli di vita dei due aggregati familiari che si sono formati dopo lo scioglimento del matrimonio. Ciò vale in particolare per i casi in cui in uno dei due aggregati familiari vivono i figli della ex coppia coniugale. L'interesse dei figli, i loro effettivi bisogni debbono quindi essere assunti a criterio-guida per regolare gli effetti patrimoniali del divorzio. Per inciso, quest'ultimo orientamento sembra trasparire anche dalle scelte dei nostri giudici della separazione o del divorzio, i quali decidono quasi sempre che l'assegno di mantenimento venga disposto a favore del coniuge e dei figli e quasi mai a favore del solo coniuge.

Però anche la soluzione di porre in posizione di eguaglianza i nuovi aggregati familiari sorti dopo il divorzio, nella sua applicazione pratica può scontrarsi con problemi di non facile soluzione. Innanzitutto gli aggregati possono essere ben più di due: pensiamo alla complessità che può assumere il reticolo della famiglia ricostituita dove si tratterebbe di porre in posizioni di eguaglianza la condizione di minori i cui rapporti di filiazione possono essere alquanto complicati, così come può essere alquanto intricata la loro situazione di vita presso i differenti aggregati familiari⁷.

⁶ Vedi in tal senso, M.L. Fineman, *Implementing Equality. Ideology, Contradiction and Social Change*, «Wisconsin Law Review», n. 5, 1983, pp. 789-889.

⁷ Su questi problemi, vedi: *Les recompositions familiales aujourd'hui*, a cura di M.T. Meulders-Klein, I. Théry, Parigi, Nathan 1993.

Anche la disciplina giuridica dei rapporti di filiazione nelle legislazioni occidentali è improntata alla regola dell'eguaglianza. La potestà genitoriale è, inoltre, intesa come insieme dei doveri e delle responsabilità dei genitori verso i figli. I diritti inerenti alla potestà sono, come si dice, di natura funzionale. Il superiore interesse del minore è il metro con cui valutare le scelte ed i comportamenti dei genitori verso i loro figli ed è il criterio-guida del giudice. Non è possibile ora addentrarci ad analizzare questo criterio, basti ricordare che esso è quanto mai problematico ed è anche controverso il significato che può assumere nella sua pratica applicazione.

Nella separazione e nel divorzio il principio dell'eguaglianza nel rapporto di filiazione trova la sua piena attuazione nel modello dell'affidamento congiunto, modello che è stato recepito nelle legislazioni di molti paesi occidentali, incontrando ampi favori nella cultura giuridica e trovando altresì estesa applicazione. Peraltro, la legittimazione dell'affidamento congiunto, secondo tali orientamenti culturali, riposerebbe più che sull'esigenza di attuare la regola dell'eguaglianza, sulla credenza che l'interesse del minore può essere al meglio tutelato consentendo anche al figlio di divorziati o di separati di mantenere stabili rapporti con entrambi i genitori. Non deve venir meno con li venir meno del matrimonio dei genitori la "triangolazione" madre-figlio/a-padre, sulla cui fondamentale importanza, ai fini di una crescita equilibrata, si è appuntata negli anni più recenti l'attenzione degli psicologi e degli psicanalisti infantili, soppiantando l'attenzione posta da Bowlby in poi sulla diade madre-figlio.

Come si è detto, l'affidamento congiunto, che si contrappone al tradizionale modello di affidamento al genitore psicologico, o di affidamento alla madre nel quale, peraltro, il primo modello si è, nella pratica, risolto, ha incontrato consensi molto forti nella cultura giuridica. Tutto il vasto movimento della mediazione familiare, che larghi successi ha ormai avuto in molti paesi, si è sviluppato proprio per sostenerlo, così come tale modello di affidamento ha trovato accesi fautori negli aderenti dei vari movimenti dei diritti dei padri, che vedono proprio nella forma dell'affidamento alla madre una violazione dei loro diritti soggettivi. Per la verità, la nostra cultura giuridica è rimasta fon-

damentalmente estranea al dibattito sull'affidamento congiunto e sulla mediazione familiare e non ha elaborato alcuna approfondita riflessione sulla questione. L'argomento ricorrente è che l'affidamento ed entrambi i genitori produce effetti sfavorevoli al minore. Quanto alla mediazione, di tale modello di giustizia deformalizzata hanno parlato sinora soprattutto gli psicologi mostrando, peraltro, non di rado un fraintendimento fra finalità di autoregolazione del conflitto fra i coniugi (finalità che dovrebbe appunto assolvere la mediazione) e finalità di terapia (finalità che sono sostanzialmente estranee alla mediazione e concernono piuttosto interventi di *counselling*).

Non mancano tuttavia le critiche all'affidamento congiunto, in particolare nei paesi in cui tale modello ha trovato ampia diffusione, tendenti a provare come, anche in questo caso, l'applicazione di un principio di eguaglianza formale finisca col produrre diseguaglianze sostanziali. La maggior parte di queste critiche proviene (come prevedibile) da giuriste di orientamento femminista. Secondo tali critiche, l'affidamento congiunto, nella sua effettiva applicazione, diviene uno strumento che di fatto aggrava il disagio economico e psicologico della donna divorziata⁸. Va ricordato, infatti, che nelle pronunce di affidamento ad entrambi i genitori, il giudice dispone, nella grande maggioranza dei casi, che i figli risiedano presso la madre, la quale, per effetto di tale convivenza necessariamente viene ad avere maggiori oneri economici quotidiani rispetto al padre, pure anch'egli affidatario e quindi contitolare dell'esercizio della potestà, oltre a vedersi precludere opportunità di lavoro non compatibili con le esigenze quotidiane di accudimento. Il padre verrebbe, pertanto, a ricevere un trattamento preferenziale perché, da parte sua, la condivisione delle responsabilità genitoriali sarebbe solo di natura formale. Sulla base di tali argomentazioni, l'effetto perverso più vistoso dell'affidamento congiunto sarebbe quindi quello di generare diseguaglianza economica. Inoltre, esso consentirebbe al padre di mantenere il controllo, tramite l'esercizio

⁸ Cfr. J. Brophy, *Child care and the growth of power: the status of mothers in child custody disputes* in *Women-in-Law. Exploration in law, family and sexuality*, a cura di J. Brophy, C. Smart, Routledge & Kegan Paul, Londra 1985, pp. 97-116.

della potestà genitoriale, anche nei confronti delle decisioni e dei comportamenti della ex-moglie.

Tali orientamenti critici sottolineano anche come nel matrimonio la condivisione della responsabilità genitoriale, sulla base del principio della parità nel rapporto di filiazione, sia solo formale (è la madre che svolge in via primaria le funzioni di accudimento dei figli). Pertanto, con il venir meno dell'unione coniugale (o della convivenza) si attribuisce al padre un diritto che, di fatto, non aveva mai esercitato (o comunque non lo aveva esercitato in posizione di parità, ma solo in modo sussidiario), mentre si nega alla madre il riconoscimento del ruolo di genitore primario che, malgrado la regola formale dell'eguaglianza, aveva in realtà svolto. In altri termini, vengono valutati come eguali comportamenti anche profondamente diseguali ricollegando ai medesimi eguali conseguenze.

È stato proposto, per superare gli effetti perversi generati dall'applicazione della regola dell'eguaglianza in materia di affidamento dei figli, di ritornare al tradizionale modello dell'affidamento alla madre. È facile obiettare alle rivendicazioni in tal senso avanzate soprattutto da studiose di matrice femminista, che tale modello è stato usato ed abusato proprio per sostenere la segregazione domestica delle donne. È stato allora avanzato un nuovo criterio che si vuole realmente ispirato alla neutralità di genere, il criterio del *primary care-taker*⁹. In applicazione di tale criterio, il giudice è chiamato a stabilire quale dei due genitori abbia effettivamente svolto durante il matrimonio la funzione di accudimento in via primaria; qualora, dalle sue indagini e dal riscontro con alcuni elementi oggettivi atti a provare l'esercizio della funzione genitoriale (ad esempio, chi prepara i pasti per i bambini, tiene i rapporti con gli insegnanti, li segue nelle attività del tempo libero, controlla lo svolgimento dei compiti, li accompagna dal medico e così via), dovesse risultare che entrambi i genitori, su un piano di parità, si sono occupati dei figli, verrà disposto l'affidamento congiunto. Altrimenti affidatario sarà il genitore che ha svolto appunto la funzione di *pri-*

⁹ Fra le sostenitrici di tale criterio, S. Sevenhuijsen, *Fatherhood and the Political Theory of Rights: Theoretical Perspectives of Feminism*, «International Journal of the Sociology of Law», n. 14, 1986, pp. 329-340.

mary care-taker (è quasi superfluo precisare che risulterà essere la madre nella larga maggioranza dei casi).

Anche questo criterio si presta, però, ad alcuni rilievi critici. In primo luogo, porta necessariamente a formulare decisioni che si basano solo su criteri retrospettivi, criteri non sempre sufficienti quando si debbono stabilire soluzioni che, necessariamente, vengono ad incidere sulle dinamiche psicologiche e relazionali afferenti al processo di crescita di un minore. Inoltre, questo criterio si presenta come un'arma a doppio taglio per le sue stesse sostenitrici: il giudice, qualora facesse riferimento ad ancora diffusi stereotipi sulla ripartizione dei ruoli familiari, potrebbe essere portato a sottovalutare le funzioni di accudimento svolte da una donna che, lavorando fuori casa, affida i propri figli per periodi più o meno lunghi del giorno, ad una *baby sitter*, ad esempio, e, per converso, a sopravvalutare le funzioni di accudimento del padre che magari svolge i compiti di minore *routine*, ma per ciò stesso più appariscenti.

In realtà, bisogna ammettere che, così come le rivendicazioni avanzate nei confronti del diritto in termini di eguaglianza (e di neutralità di genere), possono produrre diseguaglianze sostanziali, le rivendicazioni avanzate sulla base del riconoscimento delle differenze si prestano a legittimare decisioni di stampo tradizionalistico che possono andare a detrimento degli interessi sostanziali della donna. Non è privo di significato che, per alcune argomentazioni sostenute in materia di filiazione (in particolare per la contestazione in merito all'uso che i giudici avrebbero fatto del principio del prevalente interesse del minore per riaffermare i diritti dei padri), il movimento femminista sia stato visto da taluni come una *lobby* che cerca di rivendicare i propri diritti senza, nel contempo, assumere le connesse responsabilità, non curandosi delle possibili conseguenze di determinate rivendicazioni nei confronti dei figli¹⁰.

A questo proposito, non si deve però dimenticare che alcune studiosi, anch'esse di orientamento femminista, hanno sottolineato la necessità di superare la visione della potestà genitoriale che mostra due soggetti, i genitori, ognuno con specifici diritti

¹⁰ Cfr. C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, Routledge, Londra 1989, p. 139.

(e correlati doveri) nei confronti dei figli, che sono in competizione fra di loro ed avanzano, quindi, rivendicazioni e controrivendicazioni in merito all'esercizio della potestà. Tale visione si esprime, ad esempio, nella rivendicazione di certe donne le quali sostengono che, poiché esse hanno sopportato i disagi della gravidanza e il peso dell'accudimento dei figli, a loro favore debba essere stabilito l'affidamento. Il pericolo di questo ragionamento è evidente: i figli sembrano essere concepiti come beni in proprietà, da assegnare ad uno dei contendenti in un procedimento di spartizione. Secondo queste studiose, nei confronti dei figli, madri e padri dovrebbero, invece, porre in essere relazioni reciproche fondate solo sulla responsabilità e non sull'affermazione di diritti individuali intesi a rafforzare posizioni soggettive di potere¹¹.

In ultima analisi, è necessario riflettere se non sia forse opportuno, in materia di relazioni familiari, non insistere oltre nella rivendicazione di ulteriori interventi regolativi siano essi nella direzione dell'eguaglianza o, al contrario, della differenza. La rinuncia a ulteriori rivendicazioni consentirebbe la definizione nel privato di nuovi modelli relazionali, che potrebbero consentire la negoziazione di regole più egualitarie fra i *partners*, nell'affermazione della priorità delle libertà e delle autonomie individuali di fronte alle scelte istituzionali. Del resto, le tendenze evolutive delle legislazioni sulla famiglia dell'Occidente sembrano già andare proprio verso un ampliamento dell'autonomia decisionale dei singoli in un contesto di deistituzionalizzazione e di privatizzazione delle relazioni familiari. Beninteso, non si vuole nascondere quanto difficile possa essere (anche e soprattutto per le donne) avviare e realizzare processi di negoziazione in tal senso, così come non va sottaciuto che in tale ottica regolativa, debbono necessariamente trovare spazio anche rivendicazioni in termini di politiche sociali volte ad attenuare le diseguaglianze sostanziali che impediscono di negoziare, in termini di libertà e di autonomia, le relazioni di coppia e di filiazione in modo più egualitario.

¹¹ Vedi in tal senso, K.T. Bartlett, *Re-Expressing Parenthood*, «The Yale Law Journal», vol. 98, n. 2, 1988, pp. 293-340.