



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN TUTELA DEI DIRITTI UMANI

- XXIII CICLO -

Dott. FRANCESCO GIOVANNI MARANGIA

LA FAMIGLIA NELLA PROSPETTIVA DELLA
TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

—————
TESI DI DOTTORATO
—————

Il Tutor

Chiar.mo Prof. Attilio L. M. Toscano

Il Coordinatore del Dottorato

Chiar.mo Prof. Salvatore Aleo

INDICE

Introduzione	4
Capitolo I LA FAMIGLIA NELLA COSTITUZIONE ITALIANA.	
1. La “famiglia” nella Costituzione italiana.	6
2. La famiglia e l’art. 29 della Costituzione: alcune riflessioni.	17
Capitolo II IL RUOLO DELLA CEDU E DELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO NEL SISTEMA INTERNO DI TUTELA DEI DIRITTI.	
1. Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). La Corte europea dei diritti dell’uomo.	25
2. Il rapporto fra la CEDU e l’ordinamento interno.	34
3. Gli effetti delle decisioni della Corte di Strasburgo.	43
Capitolo III LA “FAMIGLIA” NELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI.	
1. La “famiglia” nella CEDU: il quadro normativo di riferimento.	54
2. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).	57
3. Il diritto al matrimonio (art. 12 CEDU) e le altre norme della CEDU che tutelano la famiglia.	72
4. La tutela della famiglia nelle fonti diverse dalla CEDU, ma di rilievo nell’interpretazione ed applicazione della CEDU.	79

Capitolo IV
LA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO NEI CONFRONTI
DELLO STATO ITALIANO IN TEMA DI RELAZIONI FAMILIARI.

1. Premessa.	91
2. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 luglio 2000 sui ricorsi n. 39221/98 e n. 41963/98 – Scozzari e Giunta c. Italia.	93
2.1. Il fatto.	94
2.2. La decisione della Corte europea.	98
3. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 settembre 2003 sul ricorso n. 52763/99 – Covezzi e Morselli c. Italia.	106
3.1. Il fatto.	107
3.2. La decisione della Corte europea.	110
4. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 marzo 2007 sul ricorso n. 10427/02 – Roda e Bonfatti c. Italia.	116
4.1. Il fatto.	117
4.2. La decisione della Corte europea.	119
5. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 maggio 2007 sul ricorso n. 38972/06 – Il caso di “Maria”.	125
5.1. Il fatto.	126
5.2. La decisione della Corte europea.	132
 Bibliografia	 141

Introduzione

La famiglia è la prima cellula di una società e la fondamentale comunità in cui, sin dall'infanzia, si forma la personalità degli individui.

Il diritto di famiglia è stato tradizionalmente considerato come pertinente alla legislazione nazionale; su di esso, pertanto, almeno fino a pochi anni fa, non esercitava – e non doveva esercitare – alcuna influenza nessuna organizzazione sovranazionale.

Non a caso, la stessa definizione di “famiglia” varia da Stato a Stato ed assume connotazioni differenti persino all'interno di un medesimo ordinamento giuridico.

La definizione di “famiglia” può essere data in più modi e spesso muta in base alle differenze culturali.

All'interno di uno stesso contesto sociale o nazionale possono coesistere, infatti, una definizione legale, una amministrativa, una fiscale, una religiosa.

In questi ultimi anni molte sono state le trasformazioni socio-economiche e culturali intervenute nel condizionare la “famiglia tradizionale”, fra cui: l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro,

l'industrializzazione, il declino dei valori religiosi, l'esaltazione dell'autonomia individuale, la realizzazione personale in sfere differenti da quella matrimoniale¹.

La tutela offerta dal nostro ordinamento al diritto di famiglia appare ampia e complessa, articolata come è in principi generali, norme di diritto internazionale e codici.

Il presente lavoro - premessi brevi cenni sui principi in materia di famiglia contenuti nella Costituzione italiana - si propone di analizzare il rapporto vigente tra la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed il diritto di famiglia, utilizzando come punto di riferimento principale gli atti e la giurisprudenza di Strasburgo in materia.

¹ FIORAVANTI C., *La protezione internazionale dei minori in Europa*, in *Comunicazione e studi*, 1997, pagg. 384 e ss..

Capitolo I

LA FAMIGLIA NELLA COSTITUZIONE ITALIANA.

1. La “famiglia” nella Costituzione italiana.

La Costituzione italiana riconosce e tutela la famiglia legittima, cioè fondata sul matrimonio, attribuendole la dignità di società naturale, gruppo intermedio tra lo Stato ed il cittadino e formazione sociale ove si sviluppa la personalità dei suoi membri alla quale riconosce pertanto i diritti inviolabili.

Effetto primario che scaturisce dal matrimonio è l’instaurarsi del rapporto di filiazione legittima tra i genitori ed i figli in esso concepiti.

Quello della famiglia è un tema che lo Statuto Albertino non trattava, lasciando la regolamentazione della materia alle norme contenute nel Codice civile.

Il fascismo, poi, contribuì a conservare una concezione gerarchica della famiglia, con il predominio assoluto dell’uomo, conforme al tipo di organizzazione che il fascismo voleva imprimere a tutta la società.

I principi successivamente introdotti dai Costituenti, invece, sono stati molto innovativi per la mentalità del tempo, gicché ispirati, in primo luogo, dall'uguaglianza morale e giuridica fra coniugi.

Anche se con molto ritardo rispetto all'entrata in vigore della Costituzione, nel 1975 sono state cambiate le disposizioni relative a questo tema contenute nel Codice civile.

Il marito non è più il capo famiglia ed i coniugi hanno gli stessi diritti e doveri: in particolare hanno il diritto-dovere di educare-istruire-mantenere i figli.

Uguale tutela per i figli legittimi (cioè nati da genitori sposati fra loro) e quelli naturali.

La famiglia è il nucleo della società e precede la formazione dello Stato², vale a dire che i principi su cui è basata la famiglia sono naturali prima che giuridici: l'assistenza ai figli, la protezione e la cura degli stessi, il rispetto e l'obbedienza dei figli verso i genitori, sono sentimenti spontanei prima ancora che obblighi imposti dalla legge.

Poiché, però, la costituzione della famiglia interessa la società nel suo complesso, la legge ne regola le principali vicende e le relazioni fra i componenti della stessa.

² FIORAVANTI C., *La protezione internazionale cit.*, pagg. 384 e ss..

Quindi la Repubblica, non attribuisce i diritti alla famiglia, ma si limita a riconoscerli e a garantirli, perché preesistenti allo Stato, come avviene per i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.).

La Costituzione considera fondamentale ed insostituibile il compito svolto dalla famiglia e dedica diverse disposizioni alla sua disciplina ed alla sua tutela.

Art. 2 Cost. – *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.*

Art. 3 Cost. – *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica 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”.*

Art. 29 Cost. – *“La Repubblica riconosce i diritti della **famiglia** come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è*

ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”.

Art. 30 Cost. – *“È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della **famiglia** legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità”.*

Art. 31 Cost. – *“La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della **famiglia** e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle **famiglie** numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.*

Art. 34 Cost. – *“La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle **famiglie** ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso”.*

Art. 36 Cost. – *“Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla **famiglia** un'esistenza libera e*

dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi”.

Art. 37 Cost. – *“La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l’adempimento della sua essenziale **funzione familiare** e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato. La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione”.*

L’art. 29 dichiara che il matrimonio si basa sull’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, pertanto, anche nella sfera dei rapporti familiari si applica il principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 della Costituzione.

Al contempo, evidenzia come sia definitivamente venuta meno ogni superiorità giuridica del marito nei confronti della moglie.

Il riconoscimento dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi rappresenta una scelta che produce effetti su ogni aspetto: dai rapporti patrimoniali ai rapporti inerenti alle decisioni familiari, fino a

comprendere tutto ciò che coinvolge il rispetto della personalità e della dignità di ciascuno.

Il valore dell'unità familiare e il principio di eguaglianza fra i coniugi, dunque, si devono integrare tra loro, in modo che si possa realizzare un modello di famiglia governato dal consenso.

L'espressione "diritti della famiglia" ricomprende i diritti di solidarietà familiare, consistenti nelle prestazioni di reciproca assistenza, fedeltà e collaborazione.

I diritti familiari non hanno natura patrimoniale, anche se ad essi possono essere collegate prestazioni economicamente valutabili (ad esempio il diritto agli alimenti, che pur avendo un contenuto economico non ha natura patrimoniale, in quanto rivolto a soddisfare un bisogno di assistenza al soggetto).

Tali diritti sono strettamente personali, perché diretti a tutelare interessi morali o materiali di una persona, e quindi intrasmissibili, irrinunciabili ed imprescrittibili, oltre che non possono in alcun modo formare oggetto di transazione.

Il successivo art. 30, poi, riconosce ad ambedue i genitori il diritto-dovere di mantenere, istruire ed educare i figli.

Non si tratta solo di un dovere, dunque, ma anche di un diritto e cioè della facoltà per i genitori di scegliere liberamente l'indirizzo educativo per i propri figli, rispetto al quale l'intervento dello Stato può essere solo di sostegno.

L'impegno che grava sui genitori non può limitarsi al solo aspetto economico, ma piuttosto esige un contributo di affetto e di esperienza, che coinvolge ciascuno nel processo di formazione della personalità del minore.

La norma non autorizza, però, i genitori ad imporre modelli di comportamento in modo autoritario, ma richiede di misurare ogni scelta con le attitudini e le inclinazioni naturali dei figli, nel rispetto della loro personalità e dei loro fondamentali diritti di libertà, che la Costituzione garantisce loro, anche se minorenni.

Quindi, la potestà dei genitori costituisce una funzione educativa diretta alla promozione delle potenzialità dei figli e va esercitata soprattutto nell'interesse del minore.

È necessario, pertanto, creare un bilanciamento tra il modello di vita che i genitori suggeriscono e consigliano, il carattere del minore, le sue tendenze e potenzialità.

Attraverso l'art. 30 la Costituzione – che pure manifesta un favore per la famiglia fondata sul matrimonio – prende in considerazione anche la famiglia di fatto, in quanto il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, vale anche per i figli nati fuori dal matrimonio.

Il medesimo articolo, impone alla legge di assicurare ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale “*purché compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima*”.

Il principio di responsabilità dei genitori verso la prole, la preminenza delle esigenze di concreta tutela dei singoli sulle astratte istanze di difesa delle istituzioni e la posizione costituzionale di privilegio assicurata alla persona del minore emergono, infatti, con la stessa evidenza dalle disposizioni dell'art. 30 Cost..

Anche l'art. 31 della Costituzione tutela la maternità, l'infanzia e la gioventù e non limita tali garanzie alla famiglia legittima.

Questa disposizione esprime un ampio *favor* sia nei confronti della famiglia che del minore ed individua a livello costituzionale i cardini di un ampio programma di sostegno della famiglia e di protezione dell'infanzia e della gioventù.

Lo Stato è impegnato a realizzare politiche sociali di sostegno e, del resto, il citato art. 31 prevede espressamente che la Repubblica agevoli con misure economiche ed altre provvidenze – come assegni familiari, assegni di studio, agevolazioni fiscali, prestiti agevolati – la formazione della famiglia e l’adempimento dei compiti ad essa relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.

Ne risultano precisati i caratteri di una norma che immediatamente si segnala per il suo valore politico, perché tende a prefigurare un sistema di assistenza proprio di uno Stato democratico, nella più generale prospettiva di un ordinamento che tende verso un regime di sicurezza sociale³.

In questa direzione si è inserita negli ultimi anni la previsione di interventi a sostegno della maternità e della paternità, quali, per esempio, l’attribuzione di un assegno di maternità per ogni nuovo figlio nato e la possibilità di chiedere permessi di assentarsi dal lavoro anche per i padri.

Tutto questo conferma l’attenzione che il legislatore riserva alla famiglia riconoscendone la funzione e il ruolo sociale.

³ BESSONE M., *La famiglia nella Costituzione Art: 29-31*, I edizione, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Bologna, 1977.

Già una valutazione di sintesi degli articoli 29, 30 e 31 consente però di rilevare un formale riconoscimento della superiore dignità del matrimonio e del ruolo istituzionale della famiglia.

Tale politica di intervento pubblico trova ulteriori specificazioni in altri articoli della Costituzione, ad esempio nell'art. 34 con riferimento ai figli capaci e meritevoli nello studio, oppure nell'art. 36 con riferimento alla retribuzione del lavoratore che debba provvedere alla sua famiglia.

Infine, l'art. 37 tutela i soggetti deboli del rapporto di lavoro subordinato: le donne ed i minori.

In ossequio al precetto costituzionale, la legislazione vigente sulle lavoratrici non manca di tener presente l'esigenza di tutela della "essenziale funzione familiare" e dell'infanzia, introducendo speciali garanzie e diritti.

Infatti, allorchè il legislatore si occupa della lavoratrice in quanto madre, ritorna ad essere giustificato ed opportuno l'intervento protettivo ed assistenziale, poiché la tutela della maternità e della funzione familiare della donna acquista una posizione prioritaria nella scala dei principi costituzionali, superiore anche a quella della parità di trattamento tra uomini e donne.

A tal fine si sancisce il divieto di licenziamento della donna a causa di matrimonio e durante il periodo di gravidanza e puerperio, inoltre vengono riconosciuti una serie di diritti (aspettative, riposi ed assenze retribuite), alcuni dei quali sono stati estesi progressivamente anche a soggetti (lavoratore padre) ed a situazioni (figli in assenza di vincolo matrimoniale) originariamente non contemplati.

2. La famiglia e l'art. 29 della Costituzione: alcune riflessioni.

La disposizione centrale dedicata dalla nostra Costituzione alla famiglia è l'art. 29, che negli anni è stata oggetto di numerose interpretazioni.

L'art. 29 della Costituzione sancisce che “*la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*”.

La disposizione sottolinea due profili: che la famiglia è una società naturale; che a questa, in quanto tale, la Repubblica riconosce diritti.

L'evocato articolo, dunque, non impone alla Repubblica di riconoscere come famiglia solo quella definita quale “*società naturale fondata sul matrimonio*”, ma impone di riconoscere i suoi “*diritti*”, in quanto espressione dell'autonomia sociale rispetto al potere dello Stato.

Enrambi gli aspetti risultano imprescindibilmente legati, giacché l'uno e l'altro finiscono per accedere all'idea che la famiglia, secondo

l'attuale ordinamento giuridico, costituisce, comunque, un valore da tutelare⁴.

È stato evidenziato in dottrina⁵ come dall'art. 29 prendano consistenza ben tre diversi punti di vista.

Il primo inerente il gruppo, che inevitabilmente condiziona i diritti del singolo componente e su cui si innestano i cc.dd. obblighi di solidarietà.

Il secondo, relativo ai singoli, i quali devono trovare nella famiglia – quale formazione sociale – adeguato svolgimento della propria personalità.

Infine, il terzo riguardante i limiti posti all'attività normativa statale, che si deve far carico del riconoscimento di tali diritti e del relativo mantenimento.

Altro punto di particolare interesse contenuto nella disposizione costituzionale in commento è il riferimento al matrimonio, quale istituto sul quale si fonda la società naturale "famiglia"⁶.

⁴ ARCIDIACONO L. – CARULLO A. – RIZZA G., *Diritto costituzionale*, I edizione, Cedam, Padova, 2010.

⁵ ARCIDIACONO L. – CARULLO A. – RIZZA G., *Diritto costituzionale cit.*

⁶ ARCIDIACONO L. – CARULLO A. – RIZZA G., *Diritto costituzionale cit.*; BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto Pubblico*, Torino, 2007.

In merito occorre distinguere due problemi - talvolta confusi - e cioè se il citato articolo tuteli unicamente la famiglia fondata sul matrimonio tra persone di sesso diverso e se lo stesso articolo si opponga alla tutela di famiglie fondate su una unione diversa dal matrimonio; ed ancora, se tuteli anche le convivenze *more uxorio*.

Quanto al primo problema, avendo riguardo al puro dato letterale della norma emerge che quest'ultima non limita l'istituto del matrimonio a persone di sesso diverso.

In questo senso, i nostri Costituenti, già nel 1945, si erano comportati in modo diverso dai costituenti di altri paesi affini al nostro – che, invece, avevano indicato espressamente che i coniugi dovessero essere di sesso diverso - non specificando l'esigenza della diversità di sesso, perché per essi era un fatto del tutto naturale che il matrimonio fosse possibile soltanto tra persone di sesso diverso.

Il vero problema, dunque, consiste nel come interpretare una disposizione, in sé neutra, scritta in anni molto diversi dai nostri ed in presenza di un contesto sociale di riferimento che certamente ha poco a che fare con quello dell'Italia di oggi.

La questione interpretativa si concentra soprattutto sull'espressione “naturale” che compare nell'articolo della

Costituzione, dato che tale termine costituisce di fatto l'unico limite che la norma pone al riconoscimento costituzionale della famiglia come società fondata sul matrimonio.

A questo proposito, va da sé che non può essere attribuito al termine “naturale” ciò che viene ritenuto tale da una particolare concezione ideologica, religiosa o altro.

In realtà, tutti sono d'accordo nel ritenere che il termine “naturale” vada inteso come un dato pre-giuridico, che il diritto positivo si limita appunto a riconoscere⁷.

La famiglia è un dato sociologico, che la Costituzione non crea ma si limita a tutelare, ed una società complessa e articolata può presentare diversi modelli di famiglia, come quella eterosessuale o quella omosessuale.

Possono tutti aspirare al riconoscimento di cui all'art. 29?

Evidentemente, il riferimento al concetto di naturale non basta, occorre invece un criterio oggettivo da rinvenirsi all'interno della stessa Costituzione e nei principi che la fondano ed ispirano.

⁷ ARCIDIACONO L. – CARULLO A. – RIZZA G., *Diritto costituzionale cit.*; BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto Pubblico cit.*.

Altro aspetto del problema è se il disposto dell'art. 29 si opponga alla tutela di unioni fondate su vincoli diversi dal matrimonio.

Certo, l'art. 29 riconosce solennemente la famiglia fondata sul matrimonio, ma non vieta certamente di riconoscerne altre.

Non è una norma limitativa.

Dire che la Repubblica riconosce la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio non significa dire che la Repubblica riconosce soltanto questa famiglia, anche se significa certo dire che riconosce quest'ultima con una certa enfasi o in modo particolare.

Al contrario, la nostra Costituzione impone un'ampia tutela delle formazioni sociali; infatti, l'art. 2 afferma che la Repubblica garantisce i diritti dell'uomo sia come singolo *“sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”*.

L'art. 29, per l'appunto, tutela “una delle formazioni sociali” cui il citato art. 2 Cost. si riferisce.

L'art. 2 è pacificamente considerata una c.d. “clausola aperta”, che impone al legislatore un'ampia tutela delle formazioni sociali di volta in volta emergenti nell'evoluzione del contesto sociale.

In questo senso, l'art. 2 Cost. conferma che il *favor matrimonii* delle norme costituzionali non si deve interpretare come una direttiva di astratto favore per l'istituzione⁸.

Ma il primo comma dell'articolo in esame avverte pur sempre che questa disposizione attribuisce alla famiglia legittima una posizione di privilegio, indicando nella unione matrimoniale una forma giuridica della convivenza di coppia oggettivamente insuperabile per le garanzie di certezza, di stabilità dei rapporti e di serietà dell'impegno.

Il vero problema è se la norma costituzionale imponga comunque di privilegiare la famiglia fondata sul matrimonio.

A questo proposito, appare difficile negare che, prevedendo espressamente una norma apposita, il legislatore costituente abbia in effetti inteso riconoscere alla famiglia fondata sul matrimonio un ruolo particolare, per così dire rafforzato.

Ma è stato, altresì, rilevato che il fatto che la Costituzione garantisca in modo particolare i diritti della famiglia fondata sul matrimonio non può in alcun modo avere come effetto il mancato riconoscimento dei diritti delle altre formazioni familiari.

⁸ BESSONE M., *La famiglia nella Costituzione cit.*

A proposito delle quali vanno invece tenuti ben presenti il fondamentale divieto di discriminare sulla base, anche, di “*condizioni personali*”, di cui all’art. 3 della Costituzione, ed il - già richiamato - dovere della Repubblica di riconoscere e garantire “*i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*”, di cui all’art. 2.

Pertanto, i rapporti familiari non fondati sul matrimonio acquistano una rilevanza giuridica sotto vari aspetti: nei rapporti personali fra i conviventi, nei rapporti fra genitori e figli, nei rapporti con i terzi.

Da ultimo, si rileva che l’art. 29, 2° comma, Cost. ha molto innovato rispetto al precedente regime sancito nel Codice civile, equiparando, tanto sul piano morale quanto su quello giuridico, la condizione di un coniuge rispetto a quella dell’altro, così come quella di entrambi nell’ambito del matrimonio e della famiglia.

Nel passaggio dalla famiglia incentrata sulla figura del *pater* a quella caratterizzata dalla esigenza attuativa dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, quale completa realizzazione dell’eguaglianza dei sessi, il tema dei diritti fondamentali nelle relazioni familiari ha subito dei profondi mutamenti qualitativi.

Il principio dell'unità della famiglia costituisce la valvola per realizzare il bilanciamento della eguaglianza giuridica, ma non, tuttavia, di quella morale, la quale non può subire limitazioni⁹.

⁹ ARCIDIACONO L. – CARULLO A. – RIZZA G., *Diritto costituzionale cit.*; BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto Pubblico cit.*; BESSONE M., *La famiglia nella Costituzione cit.*.

Capitolo II

IL RUOLO DELLA CEDU E DELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO NEL SISTEMA INTERNO DI TUTELA DEI DIRITTI.

1. Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). La Corte europea dei diritti dell'uomo.

Prima di analizzare le disposizioni della CEDU che concernono la disciplina della famiglia, giova esaminare brevemente le origini della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed l'importante ruolo di controllo svolto dalla Corte europea.

Il Consiglio d'Europa nasce nel 1949, come organizzazione internazionale a portata regionale europea, composta da quarantasei membri¹⁰, che si pone l'obiettivo di realizzare una unione più stretta fra i Paesi europei, incardinata sui valori spirituali e morali che costituiscono il patrimonio comune dei loro popoli e che sono all'origine dei principi di libertà e dei diritti fondamentali dell'uomo¹¹.

¹⁰ Oggi i Paesi membri sono 47.

¹¹ RUSSO C. – QUAINI P. M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo* (Lezioni tenute da Carlo Russo raccolte,

Nell'ambito del Consiglio d'Europa vengono stipulate fra i Paesi membri più Convenzioni, fra cui la «Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Con essa gli Stati firmatari hanno, da un lato, riconosciuto «*ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione*» un ampio catalogo di diritti e di libertà e, dall'altro, istituito la Corte europea dei diritti dell'uomo con la precipua funzione di «*assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti Contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli*»¹².

La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹³ (c.d. CEDU) è stata adottata a Roma il 4 novembre 1950.

In Italia la CEDU è stata resa esecutiva con la legge n. 848 del 1955 ed è entrata in vigore il 26 ottobre 1955¹⁴.

Con la Convenzione si è inteso perseguire gli obiettivi del Consiglio d'Europa per la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – avendo come punto di

rielaborate ed integrate da Quaini Paolo Maria), Milano, 2000, pagg. 3-26; DE SALVIA M., *Ambiente e Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, in "Rivista internazionale dei diritti dell'uomo", 2/1997, pagg. 246 e ss..

¹² RUSSO C. – QUAINI P. M., *La Convenzione cit.*, pag. 8.

¹³ Il documento è stato elaborato in due lingue: francese e inglese, i cui due testi fanno egualmente fede.

¹⁴ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, settima ed., Napoli, 2006, pagg. 292 e ss..

riferimento anche le enunciazioni della Dichiarazione universale dei diritti umani, proclamata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948 – attraverso l'affermazione dei diritti civili e politici e la previsione di un sistema teso a salvaguardare il rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi assunti con la firma della Convenzione¹⁵.

Dalla lettura della Convenzione emerge che essa ha avuto come oggetto la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali intesi, però, in senso tradizionale, vale a dire che formano oggetto di tutela più i diritti e le libertà di stampo liberale che non i diritti pretensivi, propri dello Stato sociale.

La Convenzione, infatti, ha mostrato particolare attenzione per i diritti di libertà, perché, tramite la Corte, essi risultano facilmente giustiziabili per mezzo di una pronuncia giurisdizionale.

Di contro, la tutela dei diritti sociali, invece, necessita di un'attività statale-amministrativa che la Corte non può ordinare, ed anche ove emettesse un tale ordine, esso troverebbe notevoli difficoltà ad essere portato ad esecuzione.

¹⁵ AZARA A., voce «Diritti dell'uomo», in *DI*, Torino, 1993, pag. 764.

Altra caratteristica della Convenzione è la previsione di «limiti»¹⁶ alle libertà e ai diritti in misura superiore ai limiti che, ad esempio, la nostra Costituzione pone agli stessi diritti¹⁷.

Si tratta di limiti a libertà quali: il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione, di riunione e di associazione¹⁸.

Tali limiti sono posti a presidio della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza, del benessere economico del Paese, della difesa, dell'ordine pubblico, per la prevenzione dei reati e per la protezione della salute o della morale.

Il motivo della previsione di numerosi limiti può essere individuata, in primo luogo, nel fatto che tutelando libertà e diritti già regolati in quasi tutti gli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione, la stessa ha cercato di non porsi del tutto al di fuori

¹⁶ BARONE G., *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena. Il percorso della giurisprudenza*, Acireale - Roma, 2008, pagg. 74-76: "Va precisato che le limitazioni, di cui parliamo, possono essere apportate tramite atti legislativi o tramite atti amministrativi (...). Se può ammettersi che il legislatore statale possieda la competenza ad emanare atti limitativi dei diritti fondamentali e questa competenza appartenga anche ai suoi organi, che la esercitano con gli atti di propria spettanza, bisogna dire che questa complessiva attività incontra oggi un limite invalicabile ed è soggetta a un controllo diverso da quello tradizionale delle Corti Costituzionali, rappresentato dalla tutela sopranazionale dei diritti dell'uomo, assicurata nell'area europea soprattutto dalla Corte di Giustizia di Strasburgo, che tende a garantire il rispetto costante e duraturo della CEDU".

¹⁷ CANNIZZARO E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; DONATI F. - MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (a cura di), in "La Corte costituzionale e le Corti d'Europa", Torino, 2003, pagg. 65 e ss..

¹⁸ RUSSO C. - QUAINI P. M., *La Convenzione cit.*, pag. 11.

delle previsioni già contenute nelle varie Costituzioni, nel rispetto anche delle disposizioni restrittive.

La seconda ragione che sembra giustificare la presenza di queste limitazioni è ricondotta, dalla prevalente dottrina, al problema del «bilanciamento dei diritti».

Secondo la teoria del bilanciamento dei diritti, ogni diritto, anche fondamentale, trova un limite nei diritti altrui: questo bilanciamento opera all'interno dei diritti costituzionalmente garantiti ed è opera della giurisprudenza o dello stesso legislatore.

Partendo dalle disposizioni contenute nella CEDU, la giurisprudenza è giunta all'elaborazione di un "diritto interpretato" in materia di diritti fondamentali; si è avuto così, da parte degli Stati, il conferimento alla Commissione ed alla Corte di Strasburgo del compito di procedere all'elaborazione di una sorta di "*jus commune*" dei diritti umani, attraverso l'interpretazione e l'applicazione del testo scritto: gli organi giudiziari del sistema CEDU hanno quindi acquisito il ruolo di centri primari dell'elaborazione giuridica, contribuendo all'effettiva creazione del diritto europeo dell'uomo¹⁹.

¹⁹ CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss..

Il metodo interpretativo sviluppato a Strasburgo si rivela, quindi, caratterizzato da una forte originalità, dovuta in gran parte proprio alla voluta presenza nel testo di norme vaghe ed indeterminate e di numerose lacune²⁰.

La Convenzione ha in pratica istituito un livello di giurisdizione sovranazionale posto a tutela dei diritti e delle libertà dell'individuo, anche e soprattutto nei confronti dello Stato²¹.

L'apparato istituzionale era inizialmente composto da tre organi: la Commissione europea dei diritti dell'uomo, la Corte europea dei diritti dell'uomo²² ed il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, composto dai Ministri degli esteri (o loro rappresentanti) di ognuno degli Stati membri.

Nel corso degli anni, però, l'aumento del numero delle questioni sottoposte agli organi della Convenzione ha reso necessarie alcune modifiche attraverso l'adozione di ben quattordici «Protocolli addizionali».

²⁰ CANNIZZARO E., *Il principio della proporzionalità cit.*

²¹ AZARA A., voce cit., pag. 768; BARONE G., *Diritti fondamentali cit.*, pag. 76, nota 68.

²² Non può dirsi invece che analoga funzione sia svolta dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la cui giurisprudenza investe in maniera più limitata i diritti fondamentali, se si fa eccezione dei diritti fondamentali di natura economica e talvolta il principio di uguaglianza.

Tra le novità introdotte alla Convenzione dai vari Protocolli rilevano: l'aggiunta di ulteriori diritti e libertà, il riconoscimento del diritto, non solo degli Stati, ma anche degli individui, di adire la Corte, nonché la semplificazione del complessivo sistema di decisione dei ricorsi per violazione dei diritti e delle libertà, tramite la completa abolizione di competenze decisorie in capo al Comitato dei Ministri e la riunione delle competenze, distribuite inizialmente tra la Commissione e la Corte, unicamente presso quest'ultimo organo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo è composta da un numero di giudici pari a quello degli Stati firmatari, eletti dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ogni sei anni, senza limiti di appartenenza alla stessa nazionalità, ed ogni giudice esercita le proprie funzioni a titolo individuale, senza vincoli di rappresentanza dello Stato di provenienza²³.

I ricorsi possono essere presentati dagli Stati firmatari o da singoli individui per la violazione, da parte di uno Stato membro, dei diritti tutelati dalla Convenzione²⁴.

²³ RUSSO C. – QUAINI P. M., *La Convenzione cit.*, pagg. 29-50

²⁴ CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss..

Preliminare rispetto al merito è l'esame dei profili di ricevibilità dei ricorsi, salvo casi eccezionali di esame congiunto della ricevibilità e del merito; in linea generale, la procedura è ispirata ai principi del «*contraddittorio*» e della «*pubblicità*».

Nelle sue pronunce la Corte procede all'esame del diritto nazionale che riguarda la fattispecie dedotta in giudizio e valuta, ove riscontra la violazione denunciata in ricorso, la possibilità di un'effettiva riparazione dei pregiudizi conseguentemente subiti.

Ai sensi dell'art. 34, comma 1, della Convenzione - relativo ai ricorsi individuali²⁵ - la Corte non può essere adita prima dell'esaurimento delle vie di ricorso interne ed entro un periodo di sei mesi decorrenti dalla data della decisione interna definitiva.

In sostanza, la Corte ove ravvisi una violazione della Convenzione da parte di uno Stato aderente può emanare una sentenza di condanna all'indirizzo dello stesso, fornendo così al cittadino un livello di tutela extrastatale.

²⁵ Art. 34 CEDU - Ricorsi individuali: *La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto.*

Infatti, nel caso in cui si accerti la violazione dei diritti fondamentali, l'esigenza di tutela di questi ultimi può spingersi sino a richiedere che lo Stato modifichi il proprio ordinamento giuridico, giacché è tenuto, ai sensi dell'art. 46 della CEDU, a conformarsi alle decisioni della Corte ed a trarne le dovute conseguenze²⁶.

Dalle pronunce giurisprudenziali a partire dal 2004 si può rilevare l'orientamento della Corte di procedere verso una tutela sempre più efficace contro le violazioni dei diritti umani, ponendo a carico dello Stato convenuto in giudizio l'obbligo giuridico di adottare misure idonee a garantire nel proprio ordinamento giuridico l'effettività dei diritti tutelati nella Convenzione.

Occorre, infine, ricordare che la Corte, ai sensi degli articoli 47 e 48, ha anche «competenze consultive»²⁷ - attivabili su richiesta del Comitato dei Ministri - su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli.

²⁶ BARONE G., *Diritti fondamentali cit.*, pag. 76.

²⁷ RUSSO C. - QUAINI P. M., *La Convenzione cit.*, pag. 49; CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss..

2. Il rapporto fra la CEDU e l'ordinamento interno.

È discussa e controversa la questione dell'efficacia della Convenzione nel diritto interno e del carattere vincolante o meno della giurisprudenza della Corte europea per i giudici nazionali²⁸.

Il problema del rapporto con gli ordinamenti nazionali non trova disciplina all'interno della Convenzione: non esiste, cioè, alcuna norma che imponga agli Stati membri di includere il testo della Convenzione all'interno dei propri ordinamenti giuridici²⁹.

Peraltro, la Corte, nel corso della sua attività, ha più volte affermato che, in assenza di specifici obblighi convenzionali, ogni Paese è libero di risolvere la questione della collocazione interna della Convenzione nel modo che ritiene più opportuno³⁰.

²⁸ GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in Quaderni costituzionali, 2003, pagg. 38 e ss.; LA PERGOLA A., *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989; RAIMONDI G., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano*, in RIDU, 1990, pagg. 36 e ss.; TEGA D., *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in Cartabia M. (a cura di), "I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee", Bologna, 2007, pagg. 75 e ss.; VILLANI U., *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in "Studi sull'integrazione europea", 2008, pagg. 7-27.

²⁹ Da ultimo, va segnalato che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (Dichiarazione n. 2, nuovo art. 6 TUE), è stata prevista l'adesione dell'Unione europea alla CEDU: "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...). I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

³⁰ RUSSO C. – QUAINI P. M., *La Convenzione cit.*, pagg. 13-16; CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss.; TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in Cartabia M. (a cura di), "I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee", Bologna, 2007, pagg. 145 e ss..

Stante questo regime di piena discrezionalità ogni Stato membro ha assunto una propria posizione³¹.

Si è già detto che in Italia, in base all'impostazione dualista del rapporto fra ordinamento interno e normativa internazionale, l'adattamento del diritto italiano alla CEDU è avvenuto con legge ordinaria, la n. 848 del 1955.

Come è avvenuto per il Trattato istitutivo delle Comunità Europee, il ricorso ad una legge ordinaria ha posto taluni problemi, riguardanti la collocazione della Convenzione all'interno del sistema nazionale delle fonti³².

In particolare, ci si è interrogati sul valore da attribuire alla Convenzione e sulla possibilità o necessità di ancorarla ad una base legale di rango costituzionale, in considerazione della sua autorevolezza e dell'importanza del suo contenuto.

La dottrina ha proposto varie soluzioni, individuando diverse disposizioni della Costituzione italiana capaci di dare accoglienza alla Convenzione³³.

³¹ La CEDU riveste il rango di legge ordinaria in Germania, Italia, Norvegia e San Marino. È posta a un livello intermedio tra la legge ordinaria e la Costituzione, in Svizzera, Belgio, Francia e Germania. In Austria riveste il rango di legge costituzionale ed in Olanda un rango superiore alla stessa Costituzione.

³² AMADEO S., *I trattati costituzionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999, pagg. 44 e ss..

³³ GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

Alcuni autori³⁴ hanno fatto riferimento all'art. 2 Cost., che impronta tutti i diritti tutelati dalla Costituzione ad un principio personalista, di valorizzazione dell'individuo; la maggior parte, invece, si è riportata all'art. 10 Cost., perché molte disposizioni della CEDU coinciderebbero in realtà con norme consuetudinarie internazionali, oggetto di adattamento automatico; infine, altri ancora hanno proposto una soluzione basata sull'art. 11 Cost., soluzione avvalorata per il Trattato CE, da taluni ritenuta applicabile a tutti i trattati, *in primis* a quelli riguardanti la tutela dei diritti fondamentali.

La Corte costituzionale ha, a sua volta, proposto un interessante percorso giurisprudenziale, ispirato a due elementi fondamentali: l'impostazione dualista ed il ritenuto carattere programmatico delle norme della Convenzione, valutate come formulazioni di principio³⁵.

Con la sentenza n. 188 del 1990 si ha conferma dell'attribuzione alla CEDU del valore di legge ordinaria.

³⁴ BARBERA A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in Bilancia P., De Marco E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, pagg. 89 e ss.; LA PERGOLA A., *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989, pagg. 52-54; RAIMONDI G., *La convenzione europea cit.*, pagg. 36 e ss..

³⁵ AMADEO S., *I trattati costituzionali cit.*, pagg. 44 e ss.; PERTICI A., *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (a cura di), in "La Corte costituzionale e le Corti d'Europa", Torino, 2003, pagg. 165 e ss..

In un caso isolato e presto sconfessato, poi, la Consulta, con la sentenza n. 10 del 1993 riconosce la particolare resistenza della legge di adattamento alla CEDU rispetto alle successive disposizioni legislative di pari rango, a parziale mitigazione del principio della successione delle leggi nel tempo.

Con la sentenza n. 388 del 1999, la Corte, anche alla luce dell'esperienza dei paesi nordici e della soluzione già adottata nell'ordinamento tedesco, riconosce il valore interpretativo della CEDU³⁶.

L'interpretazione della normativa interna, dunque, deve essere orientata al rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU³⁷.

La Convenzione presenta alcune peculiarità, nel contenuto (ha contenuto materialmente costituzionale, che pertanto spesso è in assonanza con il testo della Costituzione; tuttavia, l'ordinamento interno non le ha riconosciuto un rilievo particolare, a differenza di quanto fatto, ad esempio, per i Patti Lateranensi o il Trattato CE) e nella struttura (è fornita di un apparato istituzionale e di un sistema di tutela giurisdizionale deputati ad assicurarne il rispetto; la sua portata

³⁶ AMADEO S., *I trattati costituzionali cit.*, pagg. 44 e ss..

³⁷ GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

è arricchita dall'attività della Corte di Strasburgo, che ne interpreta ed applica le disposizioni; vedremo che è previsto un meccanismo di controllo sull'esecuzione delle sentenze)³⁸.

L'attribuzione di un valore interpretativo alla CEDU risolve in parte, nella sostanza, il problema della sua valenza rispetto alle leggi interne successive³⁹.

Permane tuttavia il carattere materialmente costituzionale delle disposizioni CEDU e la necessità di chiarire – nel nostro caso – il suo legame con la Costituzione italiana.

Alcuni elementi sorgono a complicare la situazione, come, ad esempio, la legge costituzionale n. 3 del 2001, di riforma del Titolo V della Costituzione, che, in particolare, nella nuova formulazione dell'art. 117, ora cita espressamente la necessità da parte di Stato e Regione di rispettare gli impegni assunti a livello internazionale.

O, ancora, la legge Pinto, n. 89 del 2001, che impone un serrato confronto da parte del giudice nazionale con la giurisprudenza CEDU per definire i criteri di quantificazione dei risarcimenti per la durata eccessiva dei processi.

³⁸ CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss..

³⁹ DONATI F. – MILAZZO P., *La dottrina cit.*, pagg. 65 e ss..

Infine, in alcune sentenze, la Corte di Cassazione riconosce efficacia diretta a disposizioni CEDU (caso Medrano, 1993) o sentenze della Corte europea (caso Scordino, 2004; caso Dorigo), in cui si assiste a comportamenti di disapplicazione di norme interne o di non esecuzione di sentenze nazionali, per contrasto con disposizioni o giurisprudenza CEDU.

Ogni valutazione non può, peraltro, prescindere dalla collocazione nell'ambito delle fonti di diritto del nostro ordinamento, che la Corte costituzionale ha dato alle disposizioni della "Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" con le note sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007⁴⁰.

Nonostante i segnali di cambiamento, la Corte costituzionale ripropone in parte una visione tradizionale, aggiungendo tuttavia alcuni elementi significativi⁴¹.

In particolare, viene negata l'efficacia diretta a livello interno delle disposizioni della CEDU, cioè, a differenza di quanto avviene per le norme di diritto comunitario, viene negata la possibilità di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con le disposizioni

⁴⁰ GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

⁴¹ AMADEO S., *I trattati costituzionali cit.*, pagg. 44 e ss.; DONATI F. – MILAZZO P., *La dottrina cit.*, pagg. 65 e ss..

CEDU per i giudici interni, i quali possono fare ricorso solo all'interpretazione conforme al testo ed allo spirito della CEDU.

Se, dunque, il giudice interno non riesce a comporre l'antinomia fra norma interna e CEDU per via interpretativa, si pone una questione di costituzionalità della disciplina interna in raffronto al parametro costituzionale dell'art. 117, del quale la CEDU è a tal fine norma interposta.

L'art. 117 Cost. si limita, infatti, ad evocare gli obblighi internazionali, ma non ha un contenuto sostanziale autonomo, in grado di fungere da parametro di valutazione per un giudizio di compatibilità costituzionale⁴².

Nella sentenza n. 129 del 2008 la Corte, invece, ha posto un freno alla diretta applicazione dei principi della Convenzione come elaborati dalla Corte europea⁴³.

L'orientamento del giudice ordinario e, segnatamente, della Corte di Cassazione sull'argomento, è in linea con quanto deciso dalla Corte costituzionale.

⁴² GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

⁴³ AMADEO S., *I trattati costituzionali cit.*, pagg. 44 e ss..

In particolare, nella sentenza 7 gennaio 2008, n. 31, la Suprema Corte ha precisato che l'obbligo di conformazione ai criteri della Corte europea non è assoluto ed incondizionato e deve pur sempre essere subordinato ai principi costituzionali.

Si deve, però, segnalare, che la Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 non ha risolto in via definitiva la problematica dei rapporti fra le norme CEDU e la normativa costituzionale e ordinaria.

In via generale e prioritaria, si consideri che la posizione espressa dalla Corte costituzionale non appare in sintonia con quella nella quale si pone la stessa Corte europea nelle sue sentenze.

In secondo luogo, si valuti che qualora i principi della CEDU, come interpretati dalla Corte europea, non siano coincidenti con i principi della nostra Costituzione e, quindi, la Corte costituzionale non pronunci l'illegittimità della legge - dando, con questo mezzo, attuazione alle decisioni della Corte europea - la norma interna non sarebbe dichiarata incostituzionale e resterebbe valida e cogente, impedendo la piena attuazione della sentenza di condanna della Corte europea che, come è noto, comporta non solo la materiale corresponsione delle somme liquidate, ma l'eliminazione degli

ostacoli giuridici ed amministrativi che hanno provocato il danno e l'adozione delle norme adeguatrici del nostro sistema a quello imposto dalla Corte⁴⁴.

⁴⁴ DONATI F. – MILAZZO P., *La dottrina cit.*, pagg. 65 e ss.; GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

3. Gli effetti delle decisioni della Corte di Strasburgo.

Strettamente correlata alla collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti degli Stati membri è la questione degli effetti delle decisioni della Corte di Strasburgo.

A norma dell'art. 46, comma 1, della CEDU, *“le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie delle quali sono parti”*.

Il comma successivo attribuisce al Comitato dei Ministri un ruolo di vigilanza sulla esecuzione di tali sentenze, purché definitive.

Prima del 1994 il sistema di tutela predisposto dalla CEDU non prevedeva un ricorso diretto alla Corte europea dei diritti dell'uomo: in prima battuta, infatti, le controversie venivano sottoposte alla Commissione europea per i diritti umani, cui spettava vagliare la ricevibilità del ricorso e, in caso positivo, istruire la causa, emanando un parere che veniva poi trasmesso al Consiglio dei Ministri⁴⁵.

Nei successivi tre mesi, e sempre che lo Stato chiamato in causa ne avesse accettato la giurisdizione, la Commissione, lo Stato di cui la

⁴⁵ CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss.; GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

parte lesa era cittadina o lo Stato ricorrente potevano adire la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con il nono Protocollo (approvato a Roma il 6 novembre 1990 ed entrato in vigore il 1° ottobre 1994) tale accesso “mediato” alla Corte europea era stato esteso, mediante una apposita procedura, anche a persone fisiche, organizzazioni internazionali non governative o gruppi di privati.

Ma è solo con l'undicesimo Protocollo (entrato in vigore il 1° novembre 1998) che viene finalmente previsto il ricorso diretto alla Corte di Strasburgo, legittimando altresì gli individui (nell'ampia accezione accolta nel nono Protocollo) a promuovere tale istanza⁴⁶.

Al contempo è stata affermata in capo alla Corte giurisdizione obbligatoria nei confronti di tutti gli Stati membri della CEDU.

L'atto lesivo del diritto fondamentale non viene, però, annullato dalla Corte, la quale ha solo il potere di dichiarare il contrasto con la Convenzione e di condannare lo Stato al risarcimento del danno anche non patrimoniale – che viene quantificato dalla stessa Corte – oltre che alle spese del giudizio ed al pagamento degli interessi⁴⁷.

⁴⁶ NASCIMBENE B., *La “nuova” Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studium iuris*, 1999, 2, pagg. 119 e ss.; CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss.; DONATI F. – MILAZZO P., *La dottrina cit.*, pagg. 65 e ss..

⁴⁷ BARONE G., *Diritti fondamentali cit.*, pag. 77.

Con riferimento agli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo, altra dottrina⁴⁸ ha rilevato come le decisioni della Corte, pur vincolando di per sé soltanto lo Stato contraente che ha commesso la violazione, esplica un effetto di orientamento nei confronti degli altri Stati, poiché l'interpretazione, che con la sentenza viene offerta dalla Corte, possiede, se non un'autorità *erga omnes*, l'autorità nell'interpretazione della Convenzione, prevista dall'art. 1 della stessa⁴⁹.

Particolarmente controversa, poi, è da sempre stata la questione relativa all'efficacia delle pronunce della Corte di Strasburgo all'interno dello Stato italiano.

Le sentenze hanno essenzialmente valore dichiarativo della avvenuta violazione.

Tuttavia, esse pongono in capo allo Stato una serie di obblighi: alla luce dei principi generali del diritto internazionale, lo Stato deve cessare immediatamente la violazione e, nella misura del possibile, eliminarne le conseguenze lesive, adottando *pro futuro* misure di

⁴⁸ RESS G., *Tutela sovranazionale dei diritti dell'uomo e mutamento della statualità*, in Il Filangieri, 2004, fasc. 4, pag. 539.

⁴⁹ Art. 1 CEDU: Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo - *Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione.*

carattere preventivo; poi, se vi è stata dichiarazione della violazione ed il diritto interno non permette – o permette in maniera soltanto parziale – di rimuoverne le conseguenze, l’art. 41 CEDU legittima la Corte ad accordare, se del caso, una equa soddisfazione⁵⁰.

La Corte di solito non indica le misure da adottarsi al fine di rimuovere le conseguenze lesive della violazione, lasciando allo Stato l’individuazione dei mezzi più opportuni⁵¹.

Nondimeno, in alcuni casi, del tutto eccezionali, la Corte ha vincolato lo Stato a specifiche misure⁵².

Lo Stato, dunque, deve provvedere alla *restituito in integrum*, ossia a ricondurre il ricorrente ad una condizione analoga a quella che si trovava a vivere prima della violazione commessa dallo Stato.

Sul punto, si è innescato un acceso dibattito in ordine alla necessità di procedere alla riapertura dei processi interni quale mezzo di garanzia della *restituito in integrum*.

⁵⁰ L’equa soddisfazione si sostanzia spesso nel riconoscimento del risarcimento del danno (morale o patrimoniale) e delle spese legali. In molti casi, inoltre, la Corte sottolinea che la sola dichiarazione della violazione è sufficiente a soddisfare il ricorrente.

⁵¹ GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

⁵² Caso *Papamicalopoulos c. Grecia* (restituzione di un immobile), caso *Assanidze c. Georgia* (rilascio di un detenuto), caso *Sejdovic c. Italia* (riapertura del processo interno).

La Corte di Cassazione - nel caso Dorigo - è arrivata a ritenere di poter non eseguire una condanna formulata in violazione del diritto all'equo processo.

Sotto questo profilo, è intervenuto il Comitato dei Ministri che, con una Raccomandazione, ha affermato che il riesame o la riapertura dei processi nazionali è soluzione praticabile solo in ipotesi limitate ed eccezionali, vale a dire quando il ricorrente soffra ancora le conseguenze della violazione o quando la decisione interna sia palesemente contrastante con la CEDU e frutto di gravissime irregolarità, tali da far ritenere scontato l'esito del procedimento.

Può darsi, inoltre, il caso in cui la violazione della norma CEDU tragga origine da problematiche di sistema interne allo Stato.

Ne è esempio l'inefficienza della giustizia, che porti ad un'eccessiva lunghezza dei procedimenti e, pertanto, alla costante violazione dell'art. 6 CEDU, in tema di diritto all'equo processo⁵³.

In tali ipotesi, la dichiarazione di una violazione in concreto appare scarsamente efficace, in quanto la pronuncia della Corte

⁵³ AMADEO S., *I trattati costituzionali cit.*, pagg. 44 e ss..

affronta il problema legato alla fattispecie concreta, ma non risolve il deficit di sistema⁵⁴.

Per questo, qualora si verificano siffatte situazioni, la Corte ha dato avvio ad una prassi in forza della quale sollecita lo Stato, nell'adempiere alla sentenza, a porre in essere misure di natura generale, capaci di approntare soluzioni efficaci nel lungo periodo.

Inizialmente, la Corte non indicava le misure generali necessarie a porre rimedio alla violazione.

A partire dal caso *Broniowski c. Polonia* (2004), invece, la Corte ha ritenuto di precisare la strada che lo Stato responsabile avrebbe dovuto perseguire.

In questa vicenda, inoltre, la Corte ha inaugurato il fenomeno delle cc.dd. sentenz-pilota, ovvero di quelle pronunce che, intervenendo su casi riguardanti violazioni seriali e ripetitive dei diritti fondamentali, indirizzano lo Stato ad una soluzione di sistema, per evitare un fiorire di ricorsi sulla stessa questione.

Con riferimento all'Italia, occorre precisare che il nostro attuale sistema processuale non prevede specifici meccanismi di adeguamento alle decisioni della Corte Europea.

⁵⁴ GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

L'esecuzione delle sentenze davanti al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa rappresenta un raccordo procedurale tra la Corte europea e gli Stati nazionali.

Le sentenze definitive della Corte europea (art. 44 CEDU) sono trasmesse al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione (art. 46, 2° paragrafo, CEDU)⁵⁵.

Il Comitato dei Ministri è l'organo del Consiglio d'Europa dotato di maggiori poteri ed è composto dai Ministri degli affari esteri, o dai loro delegati, dei Paesi aderenti alla Convenzione.

Le tappe maggiormente significative dell'esecuzione sono segnate dalle Risoluzioni interinali, che testimoniano i progressi compiuti da parte dello Stato nell'adozione delle misure richieste e che, soprattutto, lo incoraggiano a compiere ulteriori sforzi per adempiere interamente alle obbligazioni scaturenti dall'esecuzione.

Le Risoluzioni finali pongono termine alle procedure esecutive, dichiarando l'avvenuto adempimento di tutti gli obblighi a carico dello Stato interessato.

⁵⁵ CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss.; DONATI F. – MILAZZO P., *La dottrina cit.*, pagg. 65 e ss..

Un decisivo passo in avanti si è avuto con l’emanazione della c.d. legge Azzolino, legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante “*Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo*”⁵⁶ e, soprattutto, con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° febbraio 2007⁵⁷, con cui si è cercato di sancire la

⁵⁶ Legge 9 gennaio 2006, n. 12. “Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo” (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 15 del 19 gennaio 2006).

Art. 1.: 1. All’articolo 5, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, dopo la lettera a) è inserita la seguente: (il Presidente del Consiglio dei Ministri) «a-bis) promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell’esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce».

⁵⁷ D.P.C.M. 1 febbraio 2007 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 83 del 10 aprile 2007) “Misure per l’esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante disposizioni in materia di pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo”.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri

Visto l’art. 5 della legge 23 agosto 1988, n. 400;

Vista la legge 9 gennaio 2006, n. 12;

Vista la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, ed i relativi Protocolli addizionali;

Considerata l’opportunità di prevedere le modalità organizzative necessarie per dare esecuzione alle disposizioni di cui alla citata legge n. 12 del 2006;

Di concerto con i Ministri dell’economia e delle finanze, della giustizia, degli affari esteri, dell’interno e per gli affari regionali e le autonomie locali;

Decreta:

Art. 1. - Il presente decreto disciplina l’attività attribuita alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dalla legge 9 gennaio 2006, n. 12, da ora in poi definita “legge”. Gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell’Uomo, da ora in poi definita “Corte”, di cui alla legge, sono curati dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, da ora in poi definito “Dipartimento”. Il Dipartimento, previo raccordo con la Rappresentanza permanente d’Italia presso il Consiglio d’Europa, d’ora in avanti definita “Rappresentanza”, comunica tempestivamente all’Amministrazione interessata, se già non direttamente informata, nonchè al Ministero dell’economia e delle finanze, le sentenze di condanna della Corte per violazioni di norme della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, da ora in poi definita “Convenzione”, a carico dell’Italia, al fine di avviare le procedure di esecuzione degli obblighi derivanti dalle sentenze stesse, ai sensi degli articoli 41 e 46 della Convenzione. Il Dipartimento invita l’Amministrazione competente a conformarsi ai principi convenzionali nonchè alle eventuali statuizioni contenute nelle sentenze, suggerendo, se del caso, l’adozione delle misure individuali o generali ritenute necessarie; coordina e favorisce, altresì, l’individuazione di misure idonee a prevenire ed evitare constatazioni di violazione della Convenzione. Il Dipartimento, tramite raccordo con la Rappresentanza, può favorire od

necessità di dare esecuzione alle pronunce della Corte europea, ivi comprese quelle che indicano obblighi positivi per il legislatore, anche in una prospettiva di verifica del rispetto dei diritti umani in Italia.

Sulla effettiva e corretta esecuzione delle pronunce della Corte europea è, comunque, in corso una intensa attività di monitoraggio, controllo e sollecitazione da parte del Comitato dei Ministri presso il Consiglio d'Europa.

Le funzioni affidate al Presidente del Consiglio dei Ministri dalla citata legge n. 12/2006 hanno trovato centralità nell'attribuzione al Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi della cura di tutti gli adempimenti conseguenti alle pronunce stesse (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° febbraio 2007)⁵⁸.

assumere, nel rispetto delle procedure di legge vigenti e secondo i parametri di equità adottati dalla Corte, ogni opportuna iniziativa in relazione alla definizione delle controversie nelle forme dell'offerta unilaterale finalizzata alla radiazione della causa dal ruolo ai sensi dell'art. 37, paragrafo 1, lettera c), della Convenzione o del regolamento amichevole previsto dagli articoli 38 e 39 della Convenzione. In tale attività può essere sentito il parere dell'Avvocatura generale dello Stato. Tale parere è sempre richiesto per le pratiche di particolare rilevanza.

Art. 2. - Il Dipartimento trasmette mensilmente alle Camere le comunicazioni della Corte indirizzate all'Autorità italiana inerenti al passaggio in giudicato delle pronunce di cui all'art. 1, comma 1, e ne inoltra la notizia dell'avvenuta pubblicazione con il mezzo telematico. Predisponde altresì, entro il 30 giugno di ciascun anno, la relazione al Parlamento prevista dall'art. 5, comma 3, lettera a-bis), della legge 23 agosto 1988, n. 400, sullo stato di esecuzione delle pronunce stesse, con l'indicazione delle eventuali iniziative ritenute efficaci per conformarsi alla giurisprudenza della Corte. Al fine della predisposizione della relazione di cui al comma 1, le amministrazioni interessate trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, entro il 28 febbraio di ciascun anno, una relazione delle attività svolte ai sensi dell'art. 1, commi 3 e 4. Il Ministero dell'economia e delle finanze comunica le eventuali azioni di rivalsa avviate nei confronti di enti o soggetti responsabili.

⁵⁸ CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss.; DONATI F. – MILAZZO P., *La dottrina cit.*, pagg. 65 e ss..

Il quadro normativo così delineato, consolidando l'azione di impulso e di coordinamento voluta dal legislatore, ha agevolato la gestione di interventi più idonei a conformare l'azione del Governo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed ha favorito, sul piano delle iniziative, un'interazione dinamica con la Corte europea – in stretta collaborazione con la Rappresentanza Permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa – finalizzata al conseguimento di risultati più costruttivi e più adeguati allo spirito delle norme convenzionali.

Le iniziative più significative, che hanno caratterizzato la fase relativa all'esecuzione delle disposizioni normative, sono state rivolte, attraverso la formulazione di idonee proposte, alla conclusione di accordi amichevoli, nel tentativo di evitare rischi di esborsi più gravosi a carico del bilancio statale conseguenti a pronunce di accertamento di violazioni, in ordine alle quali la Corte europea aveva riservato a successiva sentenza la quantificazione del danno⁵⁹.

In effetti, il periodo successivo all'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2006 n. 12 ed all'adozione del D.P.C.M. 1° febbraio 2007 è stato caratterizzato da una serie di iniziative volte a verificare la possibilità di una definizione extra-giudiziaria delle controversie, nelle

⁵⁹ GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU cit.*, pagg. 38 e ss..

forme del regolamento amichevole o dell'offerta unilaterale, finalizzate alla riduzione delle cause dal ruolo, ai sensi dell'art. 37, paragrafo 1, lettera c), della Convenzione.

La definizione transattiva della causa è vista con favore dalla Corte di Strasburgo, con particolare riferimento alle c.d. controversie seriali, ove il ricorso al regolamento amichevole (ovvero all'offerta unilaterale) costituisce un efficace strumento di snellimento del carico dei ricorsi pendenti.

Il Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi, per il tramite dell'Ufficio contenzioso e per la consulenza giuridica, ha seguito le procedure di definizione stragiudiziale delle vertenze, mediante la valutazione delle proposte di "regolamento amichevole" formulate dal *Greffier* della Corte di Strasburgo o dalle controparti, ovvero formulando "offerte unilaterali" al fine di chiudere i contenziosi prima di una sentenza di condanna⁶⁰.

⁶⁰ CONFORTI B., *Diritto internazionale cit.*, pagg. 292 e ss..

Capitolo III

LA “FAMIGLIA” NELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI.

1. La “famiglia” nella CEDU: il quadro normativo di riferimento.

Il sistema di garanzia collettiva dei diritti fondamentali creato con la CEDU e con la successiva adozione dei Protocolli integrativi in verità non dedica alla famiglia uno spazio particolarmente significativo⁶¹.

Le disposizioni⁶² che fanno esplicito riferimento ai rapporti familiari sono le seguenti:

Art. 8 CEDU – Diritto al rispetto della vita privata e familiare
– *“Ogni persona ha diritto al rispetto della vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza di un’ autorità pubblica nell’ esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura*

⁶¹ ALPA G., *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, fasc. 2, pagg. 439-450; PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni familiari nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in Carbone S. M. – Queirolo I. (a cura di) *“Diritto di famiglia e unione europea”*, Torino, 2008, pagg. 111-129.

⁶² BONINI BARALDI M., *Commento agli articoli 8 e 12 della CEDU*, in Seata M. (a cura di), *“Codice della famiglia”*, Milano, 2007, pagg. 43-62.

che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui".

Art. 12 CEDU – Diritto al matrimonio – *“Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e formare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”.*

Art. 14 CEDU – Divieto di discriminazione – *“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione”.*

Art. 2 del primo Protocollo CEDU – Diritto all'istruzione – *“Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche”.*

Art. 5 del settimo Protocollo CEDU – Eguaglianza tra i coniugi – *“I coniugi godranno dell'uguaglianza di diritti e di*

responsabilità di carattere civilistico tra loro, nelle loro relazioni con i loro figli, in caso di matrimonio, durante il matrimonio e dopo la fine del matrimonio stesso. Questo articolo non impedirà allo Stato di adottare le misure necessarie per la tutela degli interessi dei figli”.

Appare subito di tutta evidenza che la Convenzione non contiene alcuna esplicita e chiara definizione di “famiglia”: il suo contenuto deve, pertanto, essere ricavato dalla lettura combinata dei menzionati articoli e, principalmente, degli art. 8 e 12⁶³.

⁶³ BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

2. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).

L'art. 8 della CEDU, in particolare, è la norma centrale che va a considerare la famiglia come un'area che si autoregolamenta e la colloca entro una sfera privata⁶⁴.

“*Rispetto per la famiglia e per la vita privata*” significa principalmente che la pubblica autorità si debba astenere dall'intervenire arbitrariamente nella vita degli individui e della famiglia⁶⁵.

La complessità dell'articolo 8 deriva dalla particolarità della tutela che gli Stati sono tenuti ad accordare.

Da un lato, c'è la preoccupazione di controllare l'ingerenza dello Stato nelle relazioni internazionali, come nei rapporti tra genitori e figli; dall'altro, è richiesta un'assistenza attiva dello Stato, anche per la protezione dei danni causati nelle relazioni tra gli stessi privati (si pensi alla protezione dei minori dai danni inflitti dagli stessi genitori).

Il concetto di famiglia è di per sé relativo, variando in relazione alle condizioni sociali, economiche, culturali e geografiche e subendo

⁶⁴ ZENO ZENCOVICH V., *sub Art. 8*, in Bartole S., Conforti B., Raimondi G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pag. 316; FERRANDO G., *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in Nuova giur. Civ. comm., 2005, pagg. 263 e ss.; BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

⁶⁵ ALPA G., *Alcune osservazioni cit.*, pagg. 439-450.

inoltre l'influenza delle diverse concezioni ideologiche, religiose e filosofiche⁶⁶.

L'art. 8 della CEDU afferma il diritto di ogni individuo al rispetto della vita privata e familiare ed esclude, in linea di principio, l'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto.

In pratica, l'ingerenza dello Stato è ammessa solo se: *a)* prevista *ex lege*, *b)* necessaria in una società democratica, *c)* giustificata da esigenze di sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, benessere economico del Paese, difesa dell'ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Malgrado un quadro normativo piuttosto scarno, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Commissione in materia di diritto di famiglia è molto copiosa, a dimostrazione del fatto che è proprio sul terreno dei rapporti familiari che con sempre maggiore frequenza i singoli individui percepiscono il comportamento delle pubbliche autorità come ingiusto.

La Corte e la Commissione hanno progressivamente contribuito a definire i contenuti dei diritti previsti da tale norma, valutando caso

⁶⁶ PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni cit.*, pagg. 111-129.

per caso entro quali limiti l'eventuale ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare degli individui potesse considerarsi tollerabile, operando, al contempo, una distinzione tra relazione familiare e vita familiare, senza però definire pienamente alcuno dei due termini⁶⁷.

Si evince che la nozione di “*vita privata*” comprende, senza dubbio, il diritto alla riservatezza (c.d. *privacy*) a non vedere diffusi dati e notizie relativi alla propria sfera privata, ma non si esaurisce in questo⁶⁸.

La tutela della vita privata si estende alla tutela della vita di relazione, intesa come possibilità per l'individuo di stabilire e sviluppare rapporti con altri individui, anche in ambito lavorativo e di perseguire lo sviluppo ed il completamento della propria personalità⁶⁹.

L'ambito di applicazione dell'evocata norma si estende, altresì, agli aspetti relativi all'identità personale e sessuale.

⁶⁷ ALPA G., *Alcune osservazioni cit*, pagg. 439-450.

⁶⁸ BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62; PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni cit.*, pagg. 111-129.

⁶⁹ In questa logica, è da segnalare una particolare applicazione dell'art. 8 CEDU, quale norma per la tutela della salute collettiva, ad esempio contro l'immissione di rumori o contro l'inquinamento atmosferico. Sul punto si può ricordare la sentenza dell'8 luglio 2003 nel caso *Hatton c. Regno Unito* (n. 36022/97), in cui i ricorrenti lamentavano una violazione della propria vita privata, consistente nell'incremento di rumorosità notturna causato dal piano di traffico aereo adottato dall'aeroporto londinese di Heathrow nel 1993.

Infatti, è proprio attraverso il richiamo della nozione di vita privata *ex art. 8* che nella prassi applicativa hanno trovato tutela le ipotesi di transessualismo⁷⁰.

Negli ultimi anni, poi, gli interventi della Corte europea si sono intensificati soprattutto con riferimento alla parte dell'art. 8 CEDU che tutela la vita familiare.

Giova, in proposito osservare che la Convenzione non tutela la famiglia in quanto tale, ma le “*relazioni familiari*”, vale a dire i legami da essa derivanti.

Una relazione familiare, intesa come legame di sangue o di matrimonio riconosciuto dalla legge, non è da sola sufficiente ad attrarre la protezione della Convenzione: sono da provare ulteriormente la natura e la qualità; sarà da verificare se esiste “*una questione di fatto dipendente dalla reale esistenza di legami personali stretti*”⁷¹.

D'altra parte, in merito alla nozione di famiglia, la prassi applicativa della Corte ha chiarito che tale nozione deve essere

⁷⁰ Sul punto si segnalano numerose pronunce della Corte: sentenza del 17 ottobre 1986 nel caso *Rees c. Regno Unito* (n. 9532/81); sentenza del 27 settembre 1990 nel caso *Cossey c. Regno Unito* (n. 10843/84); sentenza del 26 ottobre 1988 nel caso *Norris c. Irlanda* (n. 10581/83); sentenza del 9 gennaio 2003 nel caso *S. L. c. Austria* (n. 45330/99); sentenza dell'11 luglio 2002 nel caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* (n. 28957/95).

⁷¹ ALPA G., *Alcune osservazioni cit.*, pagg. 439-450; PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni cit.*, pagg. 111-129.

interpretata in senso estensivo, nell'ottica di una valorizzazione non solo della famiglia legittima, ma anche della famiglia "naturale" e, comunque, di ampliare il novero dei soggetti che rientrano nella nozione di "familiari", tutelando così, per esempio, anche i rapporti tra nonni e nipoti⁷².

Quello della "vita familiare" è concetto che comprende famiglie *de iure* e *de facto*.

Requisito indispensabile è l'esistenza di una relazione stretta, che crei "effettiva vita familiare"⁷³.

Conseguenza di tale relazione sarà, per esempio, che il genitore avrà il diritto di visitare il figlio, pur non avendone la custodia.

Il piacere reciproco del figlio e del genitore costituisce un fondamentale elemento della vita familiare ed una tale relazione non finisce solo per il fatto che il ragazzo vada a vivere da un'altra parte.

Inoltre, il legame biologico tra genitori e figli, secondo la Corte merita di per sé protezione, anche in assenza di alcuna relazione effettiva⁷⁴.

⁷² Sentenza del 23 giugno 1979 nel caso *Marckx c. Belgio* (n. 6833/74).

⁷³ BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

⁷⁴ Sentenza del 26 febbraio 2004 nel caso *Görgülü c. Germania* (n. 74969/01). Il ricorrente era il padre naturale di un minore, nato da una relazione con una donna che prima del fatto aveva fatto perdere le proprie tracce ed, a seguito della nascita del minore, aveva dato l'assenso per l'adozione. Sulla richiesta del padre di ottenere l'affidamento del minore, i giudici nazionali avevano reso pronunce contraddittorie: in primo grado era stato disposto

La Corte ha, altresì, affermato che il rispetto per la vita familiare ha come presupposto indefettibile l'esistenza di una famiglia, legittima o naturale, e non può essere riconosciuto in presenza di un mero desiderio di fondarne una⁷⁵.

La seconda parte dell'art. 8 CEDU esprime, invece, l'esigenza di bilanciare gli interessi della famiglia o dei suoi membri con quelli statali⁷⁶.

Il difficile bilanciamento fra tutela della vita privata e familiare, da un lato, ed ingerenza dello Stato, dall'altro, viene effettuato dalla Corte sulla base dei criteri indicati nel secondo dell'art. 8 CEDU, attraverso un approccio caso per caso.

Appare indiscusso⁷⁷ che la disposizione contenuta nella seconda parte dell'art. 8 CEDU crei in capo agli Stati, non solo un generale obbligo di non ingerenza, ma anche obblighi positivi, consistenti nel

l'affido al padre ed in secondo grado, invece, alla coppia di genitori affidatari e preadottivi. Tale risultato contraddittorio si basava su una diversa interpretazione della nozione di interesse superiore del minore: in primo grado, si è ritenuto prevalente l'interesse superiore del minore a sviluppare il rapporto con il proprio padre naturale, mentre in secondo grado è stata valorizzata l'importanza, per il minore, del legame con la coppia di genitori preadottivi. La Corte di Strasburgo ha ravvisato nel comportamento delle autorità tedesche una violazione dell'art. 8 CEDU, consistente nel non aver adempiuto all'obbligo positivo di consentire il pieno sviluppo dei rapporti familiari, riunendo padre e figlio naturale. La Corte ha inoltre precisato che il superiore interesse del minore deve essere valutato non nel breve termine e, quindi, in relazione alla traumaticità degli eventi indotti da un provvedimento, quanto piuttosto nel lungo termine, avuto riguardo ai possibili successivi sviluppi ed in proiezione futura.

⁷⁵ Sentenza del 26 febbraio 2002 nel caso *Fretté c. Francia* (n. 36515/97).

⁷⁶ BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

⁷⁷ ALPA G., *Alcune osservazioni cit.*, pagg. 439-450.

porre in essere comportamenti volti a tutelare in concreto la vita privata e familiare delle persone soggette alla propria giurisdizione⁷⁸.

In questa logica, pertanto, la Corte ha ravvisato un contrasto con l'art. 8 CEDU non soltanto nelle fattispecie di comportamenti attivi riferibili allo Stato⁷⁹, ma anche quando uno Stato abbia ommesso di adottare le misure volte a garantire il ricongiungimento familiare⁸⁰ o, violazione ancora più grave, quando abbia ommesso di adottare efficaci misure di tutela per i minori⁸¹.

A questo punto, appare necessario analizzare concretamente diversi ambiti, tutti più o meno condizionati dall'interpretazione dinamica dell'art. 8 CEDU: minori, legislazione sull'immigrazione, relazioni omosessuali.

In materia di minori, in questi anni la Corte europea ha esaminato sempre più casi di esclusione dei genitori dalla custodia dei figli.

Basti pensare a celebri casi, quali *Eriksson c. Svezia*⁸²; *Anderson c. Svezia*, *W., B. e R. c. Inghilterra*; *Olsson v. Svezia*⁸³, *Johansen v.*

⁷⁸ ZENO ZENCOVICH V., *sub Art. 8 cit.*, pag. 316.

⁷⁹ Sul punto si segnalano: sentenza dell'8 luglio 1987 nel caso *W. c. Regno Unito*; sentenza dell'8 luglio 1987 nel caso *B. c. Regno Unito*; sentenza del 24 marzo 1988 nel caso *Olsson c. Svezia*.

⁸⁰ Sul punto si segnalano: sentenza del 22 novembre 2005 nel caso *Reigado c. Portogallo*; sentenza del 13 settembre 2005 nel caso *H. N. c. Polonia*; sentenza del 5 aprile 2005 nel caso *Monory c. Romania e altri*.

⁸¹ Sentenza del 22 ottobre 1996 nel caso *Stubbings e altri c. Regno Unito*.

⁸² Nella pronuncia *Eriksson c. Svezia* la Corte si sofferma sulla illiceità delle modalità di esecuzione di un provvedimento ablativo, preclusive del ripristino della relazione interrotta.

Norvegia⁸⁴ nei quali è stato sancito il principio secondo cui, anche se necessario, l'ordine di custodia non deve mai violare il rispetto per la vita familiare.

Non si possono imporre restrizioni eccessive, magari escludendo i genitori dalle decisioni riguardanti il figlio, né si può impedire che i fratelli mantengano la propria relazione⁸⁵.

Come si legge nella sentenza *W. c. Regno Unito*, l'art. 8 CEDU impone di verificare funzionalmente le circostanze di ciascuna fattispecie e, in particolare, la gravità delle misure da adottare, se i genitori abbiano potuto rivestire nel processo decisionale, considerato complessivamente, un ruolo sufficientemente importante per accordare loro la protezione richiesta⁸⁶.

⁸³ Nella pronuncia *Olsson v. Svezia* la Corte censura gli interventi invasivi che alterano irreversibilmente il rapporto tra genitore e figlio, ledono il legame di fratria e non sono mirati al rientro del minore in seno alla sua famiglia, dopo che la stessa abbia intrapreso un percorso di crescita e realizzato una graduale riappropriazione del ruolo genitoriale.

⁸⁴ Nella pronuncia *Johansen v. Norvegia* la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 8 CEDU non nell'emissione della misura ablativa della potestà genitoriale, ma nella soppressione del diritto di visita della madre. La Commissione, infatti, ha ritenuto che "per un genitore e un figlio, stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare"; che, pertanto, ogni ingerenza è irrispettosa della libertà prevista in questa norma, a meno che sia prevista dalla legge, abbia una finalità legittima, sia necessaria in una società democratica; che le limitazioni alla vita familiare, infine, non debbano essere tali da recidere la relazione, in quanto sono previste come temporanee e devono essere sospese nel momento in cui la situazione che le ha determinate viene a cessare, preordinate come sono alla loro finalità ultima, consistente nel reinserimento del minore nella famiglia biologica.

⁸⁵ ALPA G., *Alcune osservazioni cit*, pagg. 439-450.

⁸⁶ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

In caso contrario vi sarà una violazione del rispetto della loro vita familiare e l'ingerenza conseguente alla decisione non potrà essere considerata "necessaria" ai sensi dell'art. 8 CEDU⁸⁷.

Nel caso *Hokkanen c. Finlandia* il ricorrente contestava alle Autorità finlandesi di non aver facilitato in alcun modo il proprio ricongiungimento con la figlia.

A causa della morte della moglie egli aveva affidato, a suo dire temporaneamente, la cura di sua figlia ai nonni materni e questi ultimi si erano poi rifiutati di riportarla a casa del padre.

In questa situazione il ricorrente lamentava la lesione di due diversi diritti, quello di custodia e quello di visita.

La Corte, nell'evocata decisione, specifica, innanzitutto, come non sia sua intenzione sostituirsi alle Autorità finlandesi nel regolamentare le questioni dell'affidamento e del diritto di visita in Finlandia, quanto piuttosto giudicare le decisioni rese nell'esercizio del loro potere discrezionale nell'ottica della Convenzione⁸⁸.

Nonostante tale margine di discrezionalità, la Corte ritenne che le autorità competenti non avessero adeguatamente tutelato il diritto di

⁸⁷ BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

⁸⁸ PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni cit.*, pagg. 111-129.

visita, profilandosi, così, una lesione del diritto al rispetto della vita familiare.

La Corte non ravvide, invece, alcuna lesione del diritto alla custodia, non avendo motivo di dubitare che il trasferimento di essa fosse stato reso “necessario in una società democratica”⁸⁹.

Occorre citare anche l’importante decisione della Corte sul caso *Scozzari e Giunta c. Italia*⁹⁰.

La ricorrente lamentava, in primo luogo, la decadenza dalla propria potestà parentale, ritenuta poi dalla Corte giustificata ai fini dell’interesse del minore.

In secondo luogo, denunciava la negazione del proprio diritto di visita al figlio.

Proprio in merito a questo secondo aspetto la Corte ha ricordato come: *“l’affidamento di un minore da parte della pubblica autorità non mette fine alle relazioni familiari naturali(..)”* e che: *“Occorre normalmente considerare l’affidamento di un minore come una misura temporanea che deve essere sospesa, non appena la situazione*

⁸⁹ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss.

⁹⁰ Questa pronuncia verrà dettagliatamente analizzata nel proseguo della trattazione.

*lo consenta e (...) ogni atto di esecuzione deve essere finalizzato ad uno scopo ultimo: riunire il genitore naturale e il figlio (...)*⁹¹.

Pertanto, la Corte ha ritenuto che il vietare ogni tipo di contatto tra madre e figlio non si basi su motivazioni sufficientemente fondate e che l'interruzione totale dei contatti può essere giustificata solo in eventualità eccezionali (come la sentenza *B. c. Regno Unito*).

Pasando ad esaminare il controverso tema delle relazioni omosessuali, si segnala che malgrado si faccia riferimento alla "famiglia" come ad un concetto autonomo che tiene conto di differenti percezioni culturali, questa flessibilità sembra essere solo apparente: è ancora fondata sui formali legami del matrimonio e della parentela biologica.

L'unità familiare prevista dagli articoli 8 e 12 CEDU è essenzialmente riferita alla famiglia nucleare⁹².

Uno dei più importanti esempi del progresso dei valori di libertà dell'individuo, scaturito dalla giuridificazione dei diritti inalienabili della persona, è il diritto ad una scelta libera, se di scelta si può parlare, dell'attuazione effettiva delle proprie preferenze sessuali

⁹¹ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss.; ZENO ZENCOVICH V., *sub Art. 8 cit.*, pag. 316.

⁹² BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

senza per questo incorrere in divieti o in conseguenti discriminazioni nei rapporti sociali.

A garantire una serie di pretese giuridicamente azionabili degli omosessuali è solo il “*diritto al rispetto della vita privata*” consacrato dall’art. 8 CEDU e non quello della vita familiare.

Tale insoddisfacente posizione ha però delle implicazioni.

Se una coabitazione consolidata fra omosessuale o transessuale ed il partner, fosse da intendere come relazione familiare, allora ci sarebbe un valido argomento per estendere la tutela dell’art. 12 CEDU anche a tali rapporti.

Ben più facile, invece, è stato far rientrare una coppia *de facto* tra eterosessuali fra le relazioni familiari, poiché data la possibilità di procreazione essa è assimilabile ad una coppia unita in matrimonio.

La preminente figura familiare che emerge dalla Convenzione è quella di una relazione eterosessuale che nasce dal legame legale del matrimonio⁹³.

Nella “vita familiare” non sono state comprese né relazioni omosessuali, come testimonia il caso *X. & Y. c. Inghilterra*⁹⁴, né

⁹³ ALPA G., *Alcune osservazioni cit*, pagg. 439-450.

⁹⁴ NIHOFF M., *European convention on human rights*, 1994, pag. 87.

relazioni che coinvolgano transessuali, come attestano i casi *Van Oosterwijck c. Belgio*⁹⁵, *Rees c. Inghilterra*⁹⁶, *Cossey c. Inghilterra*⁹⁷.

Nel caso di *X. c. Svizzera* tali rapporti non sono stati inclusi neppure nella definizione di “parentela sociale”, ciò non è invece avvenuto nel caso *Eriksson c. Svezia*.

Infine, per quanto concerne la questione relativa all’immigrazione, la giurisprudenza della Corte ha ben rappresentato quanta tensione sussista tra la sovranità dello Stato e gli interessi della “vita familiare”.

Determinare chi possa entrare e rimanere entro i confini nazionali può collidere con gli interessi dei singoli membri ad avere una vita familiare insieme.

La Convenzione non garantisce alcun diritto all’individuo di entrare o rimanere in un paese di cui non abbia la nazionalità, ma nel caso in cui lo Stato ne rifiuti l’entrata si può profilare un’interferenza con la vita familiare⁹⁸.

⁹⁵ EHRR 57 tratto da *European convention cit.*, pag. 87.

⁹⁶ EHRR 56, tratto da *European convention cit.*, pag. 96.

⁹⁷ EHRR 622, tratto da *European convention cit.*, pag. 88.

⁹⁸ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss; PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni cit.*, pagg. 111-129.

La Corte ha ripetutamente sostenuto che non è sua funzione reinterpretare la politica di immigrazione di uno Stato.

In tutti quei casi in cui la Corte ha individuato siffatta interferenza, ciò è avvenuto in seguito ad un bilanciamento di interessi, cioè la decisione contestata appariva sproporzionata rispetto ai reali ed effettivi legami dell'applicante.

Il bilanciamento dovrà essere eseguito tra l'interesse del minore, quello del genitore e quello statale⁹⁹.

Questo principio emerge con chiarezza nella sentenza del 26 settembre 1997 nel caso *El Boujaidi c. Francia*.

Il ricorrente lamentava che il divieto irrevocabile di soggiorno nel territorio francese - in seguito ad una condanna per traffico di stupefacenti - arrecava grave pregiudizio alla sua vita privata e familiare, violando così l'art. 8 della Convenzione.

La Corte sostenne che era suo compito determinare se la misura in contestazione avesse rispettato l'equilibrio tra i vari interessi in gioco ovvero quello del ricorrente al rispetto della sua vita privata e familiare e quello dello Stato volto a tutelare l'ordine pubblico e la prevenzione dei reati.

⁹⁹ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss.

Valutando le circostanze specifiche, la Corte ritenne che il divieto irrevocabile di soggiorno in quel caso fosse stato ben proporzionato agli scopi legittimamente perseguiti, non andando quindi a delinearsi alcuna violazione dell'art. 8 CEDU¹⁰⁰.

¹⁰⁰ BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62; FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

3. Il diritto al matrimonio (art. 12 CEDU) e le altre norme della CEDU che tutelano la famiglia.

L'altra disposizione della CEDU specificamente dedicata alla famiglia è l'art. 12, nel quale si afferma il diritto dell'uomo e della donna di sposarsi e di fondare una famiglia, nel rispetto delle leggi nazionali¹⁰¹.

Sebbene l'art. 8 CEDU non faccia alcun esplicito riferimento al matrimonio, punto focale della vita familiare rimane senza dubbio l'unione coniugale¹⁰²: l'art. 12 CEDU unisce il diritto di fondare una famiglia al diritto di sposarsi.

Presupposto necessario affinché una vita familiare possa esistere è, dunque, il diritto di poter fondare o creare una famiglia previsto dall'art. 12 CEDU¹⁰³ in commento.

La norma contenuta nell'art. 12 CEDU potrebbe essere interpretata come previsione di due separati diritti, ma la Corte, supportata dal modo in cui il diritto di fondare una famiglia è limitato a coloro che hanno età maritabile, ha assunto il binomio matrimonio/famiglia come unico diritto.

¹⁰¹ BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

¹⁰² ZENO ZENCOVICH V., *sub Art. 8 cit.*, pag. 316.

¹⁰³ ALPA G., *Alcune osservazioni cit.*, pagg. 439-450.

L'interpretazione più frequente data dalla Corte è così restrittiva da non poter delineare alcun diritto di fondare una famiglia al di fuori del matrimonio.

A riprova di ciò si segnalano due importanti sentenze, sul caso *B., R. & J. c. Germania federale* e sul caso *X. c. Belgio* in cui la Corte affermò che la piena protezione dell'unità familiare necessitava del matrimonio.

Nel corso degli anni, sebbene la famiglia entro la Convenzione sia stata essenzialmente percepita come nucleare o semplice unità familiare, si è parlato di vita familiare anche in presenza di una stretta relazione, come a testimoniano le sentenze *Marckx c. Belgio*, *Price c. Inghilterra* e *Lawlor c. Inghilterra*.

Nei casi *Kroon e Johnsto e altri c. Irlanda*¹⁰⁴ la Corte ha coraggiosamente affermato che: “*la nozione di famiglia contemplata da tale articolo, non si limita alle sole relazioni basate sul matrimonio, ma include altri legami “familiari” de facto quando individui convivano al di fuori del matrimonio*”.

Interpretazione più dinamica dell'art. 12 CEDU è quella che enuclea il binomio famiglia/procreazione, per cui - come nel caso

¹⁰⁴ del 18 dicembre 1986.

Marckx c. Belgio - la vita familiare viene fatta discendere non dal matrimonio, ma dalla procreazione.

Nella sentenza *Berrhab c. Paesi Bassi*¹⁰⁵ si afferma che un bambino frutto di una relazione “*de facto*” si va ad inserire nel nucleo “familiare” a pieno diritto per il solo fatto di essere nato.

Se pure all’epoca della sua nascita, i genitori già non vivevano più insieme o avevano interrotto la propria relazione, tra il bambino ed i suoi genitori si va comunque ad instaurare un legame costitutivo di vita familiare.

La coabitazione stabile è un requisito necessario ma non sufficiente, giacché anche altri fattori possono servire a dimostrare che una relazione sia idonea a far nascere dei “legami familiari”, così nel caso *Keegan c. Irlanda* del 26 maggio 1994¹⁰⁶.

Nel caso di specie la relazione durò due anni, durante uno dei quali i partners avevano convissuto; il concepimento della bambina era stato il frutto di una scelta volontaria e si era ipotizzato anche un progetto di matrimonio.

¹⁰⁵ del 21 giugno 1988.

¹⁰⁶ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss.; PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni cit.*, pagg. 111-129.

All'epoca la loro relazione era, dunque, una vera e propria "vita familiare" e così come sarebbe accaduto per una coppia legalmente sposata, la tutela offerta dall'art. 8 CEDU è stata riconosciuta anche dopo la rottura del rapporto.

Laddove, poi, sia provata l'esistenza di un legame familiare con il figlio lo Stato deve agire in modo tale da consentire al legame di svilupparsi e di garantire una protezione giuridica che renda possibile fin dalla nascita l'integrazione del bambino nella famiglia.

Se pure gli artt. 8 e 12 CEDU siano stati in passato ispirati da valori comuni tendenti ad osteggiare il riconoscimento delle famiglie non legittime, l'art. 8 CEDU va ora ad offrire una definizione di famiglia più consona all'evoluzione dei tempi di quanto, invece, faccia l'art. 12 CEDU¹⁰⁷.

A permetterlo sono, probabilmente, i non ben delineati contorni dell'articolo¹⁰⁸.

Differentemente dall'art. 8 CEDU, infatti, l'art. 12 della Convenzione non prevede alcuna obbligazione positiva: esso garantisce un diritto che è esercitabile in accordo alle leggi nazionali e

¹⁰⁷ BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

¹⁰⁸ ALPA G., *Alcune osservazioni cit.*, pagg. 439-450.

va ad attribuire allo Stato una grande discrezionalità, come nel caso *X. & Y. c. Inghilterra*.

Questa sentenza afferma che allo Stato è data facoltà di decidere “se, ed in base a quali condizioni, si debba permettere l’esercizio di tale diritto”¹⁰⁹.

Dall’art. 12 CEDU, infine, non sembra emergere alcuna obbligazione positiva che imponga allo Stato di promuovere la procreazione con metodi alternativi, come ad esempio l’adozione.

La Corte ha escluso che dall’art. 12 CEDU possa evincersi un diritto all’adozione o, comunque, il diritto a vedere integrato nella famiglia un minore che non sia figlio naturale della coppia.

Altro spinoso problema che ha riguardato l’applicazione dell’art. 12 CEDU è stato il matrimonio fra persone dello stesso sesso.

A tal proposito, la giurisprudenza della Corte appare ormai orientata nel senso di riconoscere il diritto di sposarsi soltanto a persone di sesso biologicamente diverso, sottolineando, ancora una volta, lo stretto legame fra procreazione e matrimonio¹¹⁰.

¹⁰⁹ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

¹¹⁰ Cfr. le sentenze del 17 ottobre 1986 nel caso *Rees c. Regno Unito* e del 27 settembre 1990 nel caso *Cossey c. Regno Unito*.

In ossequio a tale orientamento, aderente alla formulazione letterale dell'art. 12 CEDU che espressamente si riferisce all'unione tra un uomo ed una donna, le relazioni tra persone dello stesso sesso possono, pertanto, trovare tutela solo tramite l'art. 8 CEDU che assicura tutela alla vita privata degli individui.

L'art. 12 viene spesso richiamato anche in relazione all'art. 14 CEDU¹¹¹, per affermare il divieto di discriminazione tra uomo e donna rispetto al diritto di sposarsi e di fondare una famiglia¹¹².

L'art. 14 CEDU appresta una tutela accessoria o sussidiaria, nel senso che il principio di non discriminazione vale soltanto in relazione ai diritti ed alle libertà garantite dalla Convenzione; peraltro, se si accerta l'esistenza di una violazione di un diritto sostanziale, il profilo attinente al divieto di discriminazione viene assorbito¹¹³.

Il diritto di eguaglianza tra i coniugi, durante e dopo il matrimonio, invece, trova ora espressa affermazione nell'art. 5 del Protocollo n. 7.

¹¹¹ MARTINEZ – TORRÒN J., *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in "Rivista internazionale dei diritti dell'uomo" n. 6, Milano, 1993, pagg. 335-379.

¹¹² BONINI BARALDI M., *Commento cit.*, pagg. 43-62.

¹¹³ ALPA G., *Alcune osservazioni cit.*, pagg. 439-450; MARTINEZ – TORRÒN J., *La giurisprudenza cit.*, pagg. 335-379; PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni cit.*, pagg. 111-129.

Nell'affermazione di tale diritto, tuttavia, l'art. 5 citato precisa ulteriormente che lo Stato mantiene comunque la facoltà di adottare le misure necessarie per la tutela degli interessi dei figli.

Il novero delle norme della Convenzione che tutelano la famiglia si esaurisce con la disposizione contenuta nell'art. 2 del Protocollo n. 1, in materia di diritto all'istruzione.

Analogamente alla previsione del citato art. 8 CEDU, anche l'art. 2 in commento cerca di realizzare un corretto bilanciamento tra il diritto dei genitori di provvedere ad educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche, da un lato, ed il ruolo dello Stato, nell'esercizio delle funzioni educative e di insegnamento ad esso spettanti, dall'altro.

4. La tutela della famiglia nelle fonti diverse dalla CEDU, ma di rilievo nell'interpretazione ed applicazione della CEDU.

Nonostante un quadro normativo di riferimento in materia di famiglia non molto articolato, la Corte di Strasburgo, ribadendo la natura di “strumento vivente” della Convenzione, ha più volte interpretato ed applicato le norme in essa contenute attraverso il richiamo ad altre fonti¹¹⁴, quali, ad esempio, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, del 1989¹¹⁵.

Questa prassi – oltre ad essere conforme a quanto previsto dall'art. 31 della Convenzione di Vienna¹¹⁶ sull'interpretazione dei

¹¹⁴ PISILLO MAZZESCHI R., *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in RIDU, 1995, pagg. 262 e ss.; RASPADORI F., *I trattati internazionali sui diritti umani*, Milano, 2000, pagg. 219 e ss..

¹¹⁵ La Convenzione sui diritti dell'infanzia rappresenta lo strumento normativo internazionale più importante e completo in materia di promozione e tutela dei diritti dell'infanzia. Contempla l'intera gamma dei diritti e delle libertà attribuiti anche agli adulti (diritti civili, politici, sociali, economici, culturali). Costituisce uno strumento giuridico vincolante per gli Stati che la ratificano, oltre ad offrire un quadro di riferimento organico nel quale collocare tutti gli sforzi compiuti in cinquant'anni a difesa dei diritti dei bambini. Adottata e aperta alla firma dall'Assemblea generale delle Nazioni unite con risoluzione 44/25 del 20 novembre 1989. Entrata in vigore il 2 settembre 1990 in base a quanto previsto all'art. 49. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'11 giugno 1991, n. 135, S.O.. In quanto dotata di valenza obbligatoria e vincolante, la Convenzione del 1989, obbliga gli Stati che l'hanno ratificata a uniformare le norme di diritto interno a quelle della Convenzione e ad attuare tutti i provvedimenti necessari ad assistere i genitori e le istituzioni nell'adempimento dei loro obblighi nei confronti dei minori. Di fondamentale importanza è il meccanismo di monitoraggio previsto dall'art. 44: tutti gli Stati sono infatti sottoposti all'obbligo di presentare al Comitato dei Diritti dell'Infanzia un rapporto periodico (a 2 anni dalla ratifica e, in seguito, ogni 5 anni) sull'attuazione, nel loro rispettivo territorio, dei diritti previsti dalla Convenzione.

¹¹⁶ Art. 31 Convenzione di Vienna – Regola generale di interpretazione: “1. *Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo.* 2. *Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, il preambolo e gli allegati ivi compresi: ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato; ogni strumento posto in essere da una o*

trattati – trova espreso fondamento nell’art. 53 CEDU, dove si afferma che la Convenzione deve essere interpretata in modo da evitare che vengano pregiudicati e/o limitati i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali che *“possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o ad altri Accordi internazionali di cui tale Stato sia parte”*.

L’evocato art. 53 realizza, dunque, una connessione tra la CEDU ed altri strumenti, sia antecedenti che successivi alla CEDU medesima, che prevedano disposizioni più favorevoli a tutela dell’individuo.

D’altro canto è pacifica la dimensione unitaria del sistema creato dalla CEDU, con la conseguenza che le disposizioni della Convenzione vengono interpretate in linea con i contenuti dei Protocolli addizionali.

Parimenti, la questione se sia possibile interpretare in modo sistematico la CEDU e le altre Convenzioni sui diritti umani, non

più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle parti come strumento in connessione col trattato. 3. Si terrà conto, oltre che del contesto: di ogni accordo ulteriore intervenuto fra le parti in materia di interpretazione del trattato o della applicazione delle sue disposizioni; di qualsiasi prassi successivamente seguita nell’applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo; di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti. 4. Un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l’intenzione delle parti”.

dovrebbe porsi con riferimento a quelle Convenzioni che già prevedano autonomamente un coordinamento con la CEDU.

Basti pensare ancora all'art. 24 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che rappresenta lo strumento normativo internazionale più importante e completo in materia di promozione e tutela dei diritti dell'infanzia e che costituisce ormai un punto di riferimento imprescindibile di cui si avvale la Corte europea per la risoluzione delle controversie aventi ad oggetto i diritti dei minori¹¹⁷.

Invero, il ricorso all'interpretazione sistematica potrebbe, in linea di principio, sollevare qualche perplessità rispetto agli altri trattati (diversi dalla Convenzione di New York e che non prevedano clausole di coordinamento con la CEDU e/o altri trattati in materia di diritti umani), precedenti e/o successivi alla Convenzione, che non siano stati stipulati da tutti gli Stati contraenti della CEDU¹¹⁸.

Tuttavia, avuto riguardo al *favor* per l'interpretazione sistematica desumibile dal combinato disposto dell'art. 31 della Convenzione di Vienna e dell'art. 53 CEDU, nonché alla prassi applicativa della

¹¹⁷ Un esempio: nel caso *Costello-Roberts*, dopo aver riconosciuto in capo agli Stati l'obbligo di garantire ai minori l'esercizio del diritto all'istruzione, ai sensi dell'art. 2 Protocollo n. 1 CEDU, la Corte si riferisce espressamente alla Convenzione di New York per individuare i caratteri sostanziali di tale diritto.

¹¹⁸ ALPA G., *Alcune osservazioni cit*, pagg. 439-450.

Commissione e della Corte di Strasburgo, ormai orientata nel senso di richiamare, con funzione integrativa, altri strumenti di diritto internazionale, tale questione pare superata.

In siffatto contesto assumono rilievo gli strumenti di diritto internazionale elaborati ed adottati dal Consiglio d'Europa e, più in particolare, quelli che in qualche modo possano incidere sulla tutela della famiglia.

Nel caso *X. c. Regno Unito* (luglio 1997), ad esempio, è stata richiamata la Convenzione europea di Strasburgo sull'adozione dei minori del 1967¹¹⁹.

Nel caso *Inze*, invece, la Corte europea fece espresso riferimento al principio di equiparazione tra figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio, così come previsto nella Convenzione di Strasburgo del 1975 sulla condizione giuridica dei figli nati fuori dal matrimonio.

Nell'ottica delineata, quindi, particolare considerazione meritano le fonti normative, diverse dalla CEDU, elaborate sotto l'egida del Consiglio d'Europa in materia di famiglia.

¹¹⁹ Ratificata in Italia con legge 22 maggio 1974 n. 357. L'obiettivo della Convenzione è di prendere in considerazione le evoluzioni della società e del diritto, nel rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sottolineando che l'interesse superiore del bambino deve prevalere su qualsiasi altra considerazione. Nel 2008 sono state introdotte nuove disposizioni.

A dimostrazione del progressivo intensificarsi dell'azione in questo specifico settore, il Segretario del Consiglio d'Europa nel 2002 ha pubblicato un documento¹²⁰ che raccoglie fonti di varia natura (convenzioni, risoluzioni, raccomandazioni) – dell'ultimo trentennio – riconducibili al diritto di famiglia.

Nell'ambito di tali strumenti espressamente dedicati alla famiglia ed ai minori, particolare rilievo assumono i numerosi trattati, di seguito elencati¹²¹.

La Carta sociale europea¹²², adottata a Strasburgo il 3 maggio 1996 ed entrata in vigore il 1° luglio 1999, nel perseguire l'obiettivo di promozione del lavoro e delle condizioni lavorative, contiene numerose norme a tutela della famiglia e dei minori.

Tra queste particolarmente significativo è l'art. 7, che prevede specifiche condizioni per l'accesso all'attività lavorativa da parte dei minori e degli adolescenti, evidenziando anche l'importanza dell'istruzione obbligatoria.

¹²⁰ Si tratta del documento DIR/JUR (2002) 9 – Council of Europe “*Family law and the protection of children*”.

¹²¹ PISILLO MAZZESCHI R., *La protezione della famiglia cit.*, pagg. 262 e ss.; RASPADORI F., *I trattati internazionali cit.*, pagg. 219 e ss..

¹²² La Carta sociale europea è destinata a migliorare a livello internazionale i diritti economici e sociali. Essa tiene conto dell'evoluzione della società europea successiva all'elaborazione della Carta nel 1961. La Carta è stata riesaminata ed è un trattato internazionale che riunisce in un solo strumento tutti i diritti garantiti dalla Carta del 1961 e dal suo Protocollo addizionale del 1988.

Il successivo art. 8, invece, disciplina il diritto delle donne lavoratrici alla tutela della maternità, prevedendo in capo agli Stati l'obbligo di assicurare un adeguato compenso ed una adeguata protezione sociale o, ancora, il divieto di consentire il licenziamento per maternità.

Infine, gli articoli 16 e 17 prevedono, rispettivamente, il diritto della famiglia, dei minori e degli adolescenti ad ottenere protezione sociale, giuridica ed economica da parte dello Stato.

La Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967¹²³ si propone di aggiornare ed armonizzare le discipline dei singoli Stati membri in materia di adozione, al fine di evitare conflitti di leggi nelle ipotesi in cui l'adozione internazionale riguardi il trasferimento di un minore da uno Stato ad un altro.

La Convenzione sullo *status* giuridico dei minori nati fuori dal matrimonio¹²⁴, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1975, entrata in

¹²³ Convenzione europea sull'adozione dei minori adottata a Strasburgo il 24 aprile 1967, entrata in vigore il 26 aprile 1968, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 357/1974.

¹²⁴ Le regole previste dalla Convenzione hanno per scopo di assimilare lo status giuridico dei figli nati al di fuori del matrimonio a quello dei figli nati durante il matrimonio ed anche di contribuire all'armonizzazione delle legislazioni delle Parti in questo campo. In ogni caso, nell'ipotesi in cui tale risultato non possa essere raggiunto nell'immediato da tutte le Parti, la Convenzione prevede un sistema di riserve che permettono alle Parti interessate di realizzarlo gradualmente. Infatti, possono essere formulate delle riserve su, al massimo, tre dei nove articoli che prevedono degli obblighi, ma tali riserve hanno efficacia per un periodo non superiore ai cinque anni; successivamente le riserve sono soggette ad un nuovo esame. Le disposizioni più significative della Convenzione riguardano la filiazione paterna e materna, il riconoscimento o la contestazione della paternità, l'attribuzione della patria potestà ed i diritti successori dei minori.

vigore l'11 agosto 1978, che si propone di equiparare la situazione giuridica dei minori nati fuori dal matrimonio a quella dei minori nati in costanza di matrimonio, cercando al contempo di armonizzare la legislazione degli Stati membri in questo settore.

La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori (di anni 16) e sul ristabilimento dell'affidamento dei minori¹²⁵, firmata a Lussemburgo nel 1980 ed entrata in vigore il 1° settembre 1983, che si propone di agevolare il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia di affidamento dei minori, avuto riguardo alle difficoltà che si riscontrano nel caso in cui i genitori di un minore vivano in Paesi diversi¹²⁶.

¹²⁵ La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento dei minori protegge il diritto di custodia e di visita nelle situazioni internazionali e prevede l'assistenza gratuita, sollecita e non burocratica da parte di autorità centrali designate da ciascuna parte per ritrovare e riportare un minore che è stato ingiustamente tolto. Le richieste di ripristino della custodia di un minore possono essere direttamente indirizzate sia ai tribunali sia alle autorità centrali di ogni Parte interessata. La Convenzione contempla diverse situazioni e prevede specifiche soluzioni. Così, se la richiesta è presentata nel termine di sei mesi a decorrere dal momento dall'ingiustificato allontanamento del minore, il ripristino della custodia dovrà essere immediato, senza essere sottoposto a nessun'altra condizione dopo avere verificato: che il minore sia stato allontanato senza diritto, che il minore ed entrambi i genitori abbiano solo la nazionalità dello Stato in cui la decisione sulla custodia è stata resa e che, in aggiunta, il minore abbia la sua abituale residenza in quello Stato, o che il minore non sia stato rimpatriato dopo una visita all'estero in violazione delle condizioni concernenti l'esercizio del diritto di visita. Se le condizioni non sono soddisfatte, ma la richiesta è introdotta nel termine dei sei mesi, il ripristino della custodia è subordinato a delle condizioni più severe. Trascorso invano il termine dei sei mesi, il ripristino della custodia è sottoposto a delle ulteriori condizioni, tenuto conto del fatto che il minore può essere stato già integrato in un altro ambiente.

¹²⁶ PISILLO MAZZESCHI R., *La protezione della famiglia cit.*, pagg. 262 e ss..

La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori¹²⁷, firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, entrata in vigore il 1° luglio 2000 e ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge n. 77/2003, che si propone l'obiettivo di garantire in concreto la tutela del minore attraverso l'adozione di strumenti procedurali e la creazione di un Comitato che si occupi delle questioni insorte relativamente all'applicazione di questa convenzione.

La Convenzione sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli¹²⁸, firmata a Strasburgo il 14 ottobre 2002, firmata dall'Italia il 15 maggio 2003, entrata in vigore il 1° settembre del 2005, si propone di

¹²⁷ Tale Convenzione tende alla protezione degli interessi dei minori. Essa contempla un certo numero di misure procedurali che dovranno consentire ai minori di far valere i loro diritti e prevede la costituzione di un Comitato permanente incaricato di trattare le problematiche poste dalla Convenzione. Il testo prevede delle misure che tendono a promuovere i diritti dei minori, in particolare in occasione di procedure familiari davanti alle autorità giurisdizionali. Il tribunale ed ogni persona nominata per tutelare gli interessi di un minore hanno taluni precisi doveri tesi ad agevolare l'esercizio dei diritti dei minori. I minori possono esercitare i loro diritti (per esempio, essere informati ed esprimere le loro opinioni) sia da soli che per il tramite di altre persone od organi. Tra le procedure familiari che interessano i minori rientrano la custodia, la residenza, il diritto di visita, l'affermazione o la contestazione della paternità, la legittimazione, l'adozione, la tutela, l'amministrazione dei beni dei minori, la perdita o la limitazione della potestà genitoriale, la protezione di minori contro i trattamenti crudeli o degradanti, i trattamenti medici.

¹²⁸ La Convenzione sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli mira a migliorare certi aspetti del diritto di mantenere tali legami a livello nazionale e transfrontaliero e, in particolare, a specificare e rafforzare il diritto fondamentale dei figli e dei genitori di mantenere contatti regolari. Tale diritto può essere esteso, se del caso, ed includere il rapporto tra un fanciullo e altre persone che non sono i genitori, in modo particolare quando esistono legami familiari con le suddette persone. A tal proposito, la Convenzione intende determinare i principi generali da applicare per le ordinanze al riguardo, e stabilire salvaguardie e garanzie appropriate per garantire l'esercizio adeguato di tale diritto e il rimpatrio immediato del bambino alla fine del periodo di visita. Stabilisce la cooperazione tra tutti gli enti ed autorità competenti per il diritto di visita e rafforza l'applicazione dei relativi strumenti internazionali esistenti in materia. La Convenzione è rivolta ugualmente agli Stati non membri del Consiglio d'Europa e sarà di conseguenza aperta anche alla loro adesione.

migliorare l'attuazione di quegli "obblighi positivi" che sorgono in capo agli Stati per la realizzazione del diritto alla vita familiare previsto dall'art. 8 CEDU.

Il documento inserisce nell'ambito delle fonti relative al diritto di famiglia due ulteriori strumenti, che, pur non riguardando direttamente la famiglia ed i minori, incidono profondamente su valori e diritti fondamentali dell'individuo, che assumono necessariamente rilievo anche nelle relazioni familiari, e sono: la Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti umani e della dignità con riferimento all'applicazione di biologia e medicina¹²⁹, firmata ad Oviedo il 4

¹²⁹ La Convenzione di Oviedo è il primo strumento giuridico internazionale obbligatorio che protegge la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso dei progressi della biologia e della medicina. Tale trattato parte dall'idea che l'interesse dell'essere umano debba sempre prevalere sull'interesse della scienza o della società. Questa Convenzione indica una serie di principi e di divieti concernenti la genetica, la ricerca medica, il consenso della persona interessata, il diritto al rispetto della vita privata ed il diritto all'informazione, il trapianto di organi, l'organizzazione di dibattiti pubblici su queste problematiche. La Convenzione vieta ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona in base al suo patrimonio genetico ed autorizza test genetici solo per scopi medici. Essa permette interventi di ingegneria genetica solo per ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e solo quando il suo scopo non sia di modificare il patrimonio genetico di una persona. L'impiego di tecniche di assistenza medica per la procreazione non è ammessa per scegliere il sesso del nascituro, se non per evitare una grave malattia ereditaria. La Convenzione fissa delle regole relative all'esercizio della ricerca medica prevedendo condizioni dettagliate e precise, particolarmente per le persone che non hanno la capacità di dare il proprio consenso alla ricerca. Essa vieta la costituzione di embrioni umani per la ricerca e quei Paesi in cui la ricerca sugli embrioni in vitro è consentita devono assicurare una protezione adeguata dell'embrione. La Convenzione consacra il principio secondo cui la persona interessata deve dare il suo consenso prima di ogni intervento, salvo le situazioni di urgenza, e che egli può in ogni momento ritirare il suo consenso. Un intervento su persone incapaci di dare il proprio consenso, per esempio su un minore o su una persona sofferente di turbe mentali, non deve essere eseguito, salvo che non produca un reale e sicuro vantaggio per la sua salute. La Convenzione statuisce che ogni paziente ha il diritto di conoscere ogni informazione raccolta sulla propria condizione di salute, in particolare i risultati dei test genetici. La Convenzione riconosce anche il diritto del paziente a non essere informato. La Convenzione vieta il prelievo di organi o di

aprile 1997 ed entrata in vigore il 1° dicembre 1999, e la Convenzione europea sulla nazionalità¹³⁰, firmata a Strasburgo il 7 novembre 1997 ed entrata in vigore il 1° marzo 2000.

Il numero delle Convenzioni internazionali adottate sotto l'egida del Consiglio d'Europa si è da ultimo ampliato con l'adozione di altre due importanti convenzioni: la Convenzione sulla lotta contro la tratta degli esseri umani¹³¹ (firmata il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il

tessuti non rigenerabili su una persona non avente la capacità di prestare validamente il proprio consenso. La sola eccezione si ha, a certe condizioni, per il prelievo di tessuti rigenerabili tra fratelli e sorelle. La Convenzione riconosce l'importanza dei dibattiti pubblici e delle consultazioni su queste problematiche. Le sole limitazioni sono quelle prescritte dalla legge e che sono necessarie in una società democratica nell'interesse della salute pubblica, per la prevenzione del crimine, per la protezione della salute pubblica o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il Comitato di direzione sulla bioetica (CDBI), o ogni altro comitato indicato dal Comitato dei Ministri, nonché le Parti potranno adire la Corte europea per i diritti dell'uomo per avere un parere consultivo su questioni giuridiche concernenti l'interpretazione della Convenzione *de qua*.

¹³⁰ La Convenzione europea sulla nazionalità, che non modifica la Convenzione del 1963 e non è con quella incompatibile, stabilisce un insieme di principi e di regole che riguardano gli aspetti della nazionalità. Essa tende a facilitare l'acquisizione della nazionalità e la reintegrazione nella nazionalità d'origine. Nello stesso tempo, tende a limitare le possibilità di perdita della nazionalità e ad impedire il ritiro arbitrario della nazionalità. Al riguardo, la Convenzione prevede che ogni Parte garantirà che le richieste legate alla nazionalità potranno essere oggetto di un ricorso amministrativo o giudiziario conformemente alla sua legislazione interna. La Convenzione fissa il quadro giuridico di cooperazione tra le Parti in tale materia. Le sue previsioni si applicano alle persone che rischiano di divenire apolide in seguito alla successione di Stati, alle persone aventi pluralità di nazionalità ed a quelle, fra queste, che sono tenute agli obblighi militari. La Convenzione prevede che ciascuno Stato determini, attraverso la propria legislazione, chi sono i propri cittadini. Al contempo, indica i principi della prevenzione dell'apolidia, della non discriminazione e del rispetto per i diritti dell'uomo delle persone residenti legalmente ed abitualmente sul suo territorio. Per facilitare la cooperazione, le Parti si impegnano a comunicare al Segretario Generale del Consiglio d'Europa le informazioni sul diritto interno in materia di nazionalità e sugli sviluppi intervenuti nell'applicazione della Convenzione.

¹³¹ L'obiettivo della Convenzione sulla lotta contro la tratta degli esseri umani è la prevenzione e la lotta contro la tratta degli esseri umani in tutte le sue forme, a livello nazionale ed internazionale, sia essa legata o meno alla criminalità organizzata. Un primo fondamentale principio delineato con precisione dalla nuova Convenzione è che la protezione e la promozione dei diritti delle vittime deve essere assicurata senza alcuna discriminazione di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche, origine nazionale o sociale, appartenenza ad una minoranza nazionale, proprietà, nascita od altra situazione. Il principale valore aggiunto di questa Convenzione è l'adozione di una

1° febbraio 2008) e la Convenzione per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali¹³² (firmata a Strasburgo il 25 ottobre 2007 e non ancora entrata in vigore).

In aggiunta agli strumenti di diritto internazionale pattizio, particolare rilievo assumono anche gli strumenti di *soft law*, privi di efficacia vincolante, adottati dal Consiglio d'Europa: sono le raccomandazioni¹³³.

prospettiva fondata sui diritti dell'uomo, l'attenzione rivolta alla protezione delle vittime ed il suo meccanismo di controllo indipendente che garantisce il rispetto delle parti della Convenzione.

¹³² Questa Convenzione è il primo strumento giuridico che impone agli Stati di criminalizzare tutte le forme di abuso sessuale nei confronti dei minori, ivi compresi gli abusi commessi entro le mura domestiche o all'interno della famiglia, con l'uso di forza, costrizione o minacce. Le misure preventive enunciate nella Convenzione riguardano il reclutamento, la formazione e la sensibilizzazione delle persone che lavorano a contatto con i bambini, l'educazione dei minori, perché ricevano informazioni sui rischi che possono correre e sui modi per proteggersi, con misure e programmi di intervento per prevenire il rischio di atti di abuso da parte di soggetti che già si siano resi colpevoli di tali reati o che potrebbero commetterli. La Convenzione prevede dei programmi di sostegno alle vittime, invita gli Stati a prendere le misure necessarie per incoraggiare ogni persona che sospetti episodi di abuso o di sfruttamento sessuale a riportarli ai servizi responsabili ed a creare servizi di informazione, quali linee telefoniche speciali di aiuto e siti internet per fornire consigli e assistenza ai minori. Prevede, altresì, che siano perseguite come reati penali certe condotte, quali le attività sessuali con un minore, la prostituzione di minori e la pornografia infantile. La Convenzione penalizza, inoltre, l'utilizzo di nuove tecnologie, in particolare internet, allo scopo di compiere atti di corruzione o abusi sessuali sui minori. Al fine di contrastare il turismo sessuale che coinvolge bambini, la Convenzione stabilisce che gli autori possano essere perseguiti per certi reati, anche se l'atto è stato commesso all'estero.

¹³³ Le risoluzioni (raccomandazioni a partire dal 1979) trovano fondamento normative nell'art. 15.b dello Statuto del Consiglio d'Europa, ai sensi del quale il Comitato dei Ministri rivolge delle raccomandazioni agli Stati membri su questioni per le quali ha adottato una "politica comune". Le raccomandazioni non sono vincolanti per gli Stati membri, sebbene lo Statuto preveda la facoltà per il Comitato dei Ministri di invitare gli Stati membri a "far loro conoscere il seguito da essi dato" alle raccomandazioni.

Le raccomandazioni, utili per comprendere la linea politica del Consiglio, in più occasioni hanno costituito la base di partenza per la successiva adozione di strumenti aventi natura vincolante¹³⁴.

In materia di tutela della famiglia e protezione dei minori si segnala una raccomandazione del 1987 con la quale il Comitato dei ministri sottolineava la necessità di mantenere intatto il legame familiare e di prevedere la collocazione del minore in un istituto solo come *extrema ratio*.

Con una raccomandazione del 2005, il Consiglio d'Europa è di recente tornato sull'argomento, a fronte di un preoccupante ricorso all'istituzionalizzazione, fenomeno diffuso soprattutto in alcuni Paesi dell'est europeo.

Il Consiglio ha invitato gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per garantire il rispetto di una serie di diritti in capo ai minori che vivono in istituto e l'attuazione di misure, finalizzate a rendere la vita dei minori all'interno degli istituti quanto più possibile simile alla vita familiare¹³⁵.

¹³⁴ PISILLO MAZZESCHI R., *La protezione della famiglia cit.*, pagg. 262 e ss..

¹³⁵ PISILLO MAZZESCHI R., *La protezione della famiglia cit.*, pagg. 262 e ss..

Capitolo IV

LA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO NEI CONFRONTI DELLO STATO ITALIANO IN TEMA DI RELAZIONI FAMILIARI.

1. Premessa.

Dopo aver brevemente delineato i tratti caratteristici del sistema CEDU, nella sua particolare forma di strumento di tutela della famiglia e delle relazioni familiari, si intende ora soffermarsi sulle più importanti decisioni della Corte di Strasburgo, che hanno messo in evidenza alcuni significativi limiti del sistema italiano in tema di protezione della famiglia.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, ha offerto, anche con riguardo ai “diritti in materia di famiglia” tutelati dalla CEDU, un contributo giurisprudenziale che, sotto diversi punti di vista, può senz'altro definirsi particolarmente significativo.

L'Italia è caduta sotto la scure di Strasburgo per violazione dell'art. 8 CEDU più di una volta e di seguito verranno esaminate le pronunce ritenute più incisive.

Tutte queste decisioni sviluppano la tematica delle ingerenze del potere pubblico nella vita familiare e scandiscono uno spazio intangibile riservato alla famiglia, talvolta estremamente compresso, ma comunque mai esautorato di tutti i suoi contenuti, fra i quali l'ultimo ed insopprimibile è la partecipazione e l'emotiva condivisione delle decisioni concernenti la prole "espropriata"¹³⁶.

La Corte riconosce che l'obiettivo primario dell'art. 8 CEDU è di proteggere gli individui da azioni arbitrarie delle autorità pubbliche, ha conferma, allo stesso tempo, che lo Stato ha anche obblighi positivi per consentire l'effettiva realizzazione della vita familiare.

¹³⁶ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza, degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, fasc. 3, pagg.1069-1091; FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

2. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 luglio 2000 sui ricorsi n. 39221/98 e n. 41963/98 – Scozzari e Giunta c. Italia.

In questa decisione l'Italia viene condannata dalla Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 8 CEDU, per avere esercitato il potere ablativo della potestà genitoriale, previsto dagli artt. 330-333 c.c. e dalla legge n. 184/1983, in maniera eccessivamente drastica e tale da pregiudicare irreversibilmente i rapporti fra minori e famiglia¹³⁷.

Il caso sottoposto alla Corte europea dei diritti dell'uomo riguarda il provvedimento, emesso dal Tribunale per i Minorenni di Firenze, di allontanamento di figli minori dalla famiglia e di inserimento degli stessi in una comunità, con progressiva limitazione - fino all'interruzione - del diritto di visita del genitore.

Questa sentenza ha sicuramente una portata fortemente innovativa, sia per le tematiche affrontate, sia per la completezza del quadro giuridico trattato, ma non è isolata, in quanto vanta autorevoli precedenti giurisprudenziali, formati nel decennio precedente a margine di rapporti sorti in altri Stati aderenti al Trattato di Roma¹³⁸.

¹³⁷ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

¹³⁸ Sentenza *Johansen c. Norvegia* (7 agosto 1996); sentenza *B. c. Regno Unito* (8 luglio 1987); sentenza *Eriksson c. Svezia* (22 giugno 1989); sentenza *Olsson c. Svezia* (27 novembre 1992). In particolare nella sentenza *B. c. Regno Unito* la Corte ha ravvisato la

2.1. Il fatto.

La prima ricorrente è la sig.ra Dolorata Scozzari, madre di due ragazzi: il più grande di 13 anni ed il più piccolo di 6; mentre la seconda ricorrente è Carmela Giunta, madre della prima ricorrente¹³⁹.

La ricorrente conobbe il padre dei suoi figli in Belgio, mentre questi era in carcere; egli era stato condannato ai lavori forzati a vita in particolare per fatti di furto con violenza e per tentato omicidio.

Mentre l'uomo era ancora in carcere nacque il primo figlio.

I due successivamente si sposarono.

Nel 1993 l'uomo non rientrò nell'istituto penitenziario e, da allora, è ricercato dalle autorità belghe.

Di fatto, i due erano partiti per l'Italia con il primo figlio e nel febbraio del 1994 nacque il secondo.

Tuttavia, la situazione familiare aveva cominciato a deteriorarsi, fino a quando le controversie fra i genitori si intensificarono e sfociarono in episodi di violenza in danno della ricorrente, che, in seguito, sparse denuncia contro suo marito.

lesione del diritto al rispetto della vita familiare nella totale esclusione del genitore dalla vita del figlio, cioè dalle decisioni prese nel suo interesse, da parte degli organi preposti a sostituirsi nel ruolo genitoriale.

¹³⁹ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091; FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

Nel frattempo, un educatore che lavorava per i servizi sociali della provincia di Firenze aveva stabilito delle buone relazioni con la famiglia della prima ricorrente.

Egli si offrì di occuparsi gratuitamente del figlio maggiore durante i fine settimana, tenuto conto del fatto che i due genitori lavoravano e della necessità di occuparsi del nuovo nato, come anche dell'impossibilità di beneficiare di un controllo gratuito da parte dei servizi sociali pubblici durante i fine settimana.

Successivamente, però, si scoprì che questi molestava il figlio primogenito, così la famiglia decise di presentare denuncia.

A questo punto i servizi sociali presero ad occuparsi più da vicino di questo nucleo familiare e constatarono una forte conflittualità tra i genitori ed un progressivo e costante peggioramento della situazione.

In un secondo tempo, la prima ricorrente venne considerata non idonea alla permanenza in centri d'accoglienza ed alla cura dei suoi figli.

Nel 1997, il Tribunale dei Minori di Firenze sospese la potestà genitoriale della prima ricorrente e decise di allontanare definitivamente i due minori dalla famiglia d'origine collocandoli presso una comunità organizzata sotto forma di cooperativa agricola

ed autorizzando i genitori a visitare il secondogenito presso la comunità ed alla presenza degli operatori.

L'anno dopo, il Tribunale dei Minori prima richiese un programma preparatorio per le visite poiché la precedente richiesta non era stata soddisfatta, ma, poco dopo, a seguito di richiesta del P.M. - che aveva iniziato una serie di indagini sul marito della prima ricorrente - decise di sospendere le visite tra la prima ricorrente ed il figlio più piccolo, interrompendo in tal modo ogni relazione tra i figli e la famiglia biologica.

Le signore Scozzari e Giunta decisero a questo punto di adire la Corte di Strasburgo¹⁴⁰.

Entrambe le ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 8 CEDU per i seguenti motivi: sospensione della potestà genitoriale; affidamento dei figli ai servizi sociali; ritardo nella concessione, da parte delle Pubbliche Autorità, delle visite; esiguità delle visite; inserimento dei ragazzi in una comunità poco affidabile (questa comunità alla fine degli anni '70 era stata messa sotto inchiesta penale per atti di pedofilia ed era seguita la condanna di alcuni operatori); riduzione, da parte delle Pubbliche Autorità, della possibilità di

¹⁴⁰ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

accordare alla seconda ricorrente il totale affidamento dei nipoti; infine, ritardo nell'organizzazione delle visite tra la nonna ed i nipoti.

Solo la prima ricorrente, invece, lamentava una violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 2 del Protocollo n. 1 per la mancanza di una scolarizzazione adeguata per i suoi figli all'interno della comunità, nonché dell'art. 6 CEDU per il ritardo nell'esame dei ricorsi e dell'art. 14 CEDU per il trattamento discriminatorio durante le visite¹⁴¹.

¹⁴¹ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

2.2. La decisione della Corte europea.

Preliminarmente, il Giudice internazionale esclude la violazione degli articoli 3, 6 e 14 della CEDU, nonché dell'art. 2 del Protocollo n. 1, mentre ravvisò la sussistenza di una violazione del diritto al rispetto della vita familiare (*ex art. 8 CEDU*) in merito al diritto di visita tra la prima ricorrente ed i suoi figli ed in merito alla decisione di trasferire i ragazzi in quella comunità poco affidabile.

La Corte, nel rivolgere la sua indagine sulla relazione familiare, enuncia e richiama tre principi: 1) per un genitore ed un figlio stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare; 2) la presa in carico di un bambino da parte delle autorità pubbliche non deve precludere la prosecuzione delle relazioni con la famiglia naturale¹⁴²; 3) la presa in carico di un minore è una misura temporanea e, come tale, da sospendere quando la situazione che l'ha determinata viene meno; ogni atto di esecuzione deve essere mirato al rientro del minore in famiglia, e, comunque, deve realizzare un giusto equilibrio per contemperare l'interesse del minore ad un'adeguata sistemazione e l'interesse del genitore a vivere con lui¹⁴³.

¹⁴² Principio già affermato più volte dalla Corte: sentenze *Eriksson c. Svezia* (22 giugno 1989) e *B. c. Regno Unito* (8 luglio 1987).

¹⁴³ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

In definitiva, la Corte ritiene prioritario l'interesse del minore, in ragione della sua natura ed urgenza, su quello del genitore.

Chiaramente, sarebbe illegittimo un intervento pregiudizievole alla salute ed allo sviluppo del minore.

Per la Corte, anche se il minore ha un vissuto segnato da esperienze dolorose e traumatiche ciò non legittima l'adozione di una misura così drastica e radicale come l'interruzione dei rapporti con la famiglia biologica.

In altre parole, se l'intervento ablativo dell'autorità ha la funzione di rimuovere gli elementi di negatività della relazione, deve avere, al contempo, anche il ruolo di preservarne gli elementi positivi, quali l'attaccamento affettivo manifestato dalla madre verso i figli ed il rapporto di fratria.

Non è, quindi, condivisibile – a giudizio della Corte – la scelta di riprendere i rapporti solo con un figlio, per l'incidenza negativa del provvedimento sui rapporti tra i fratelli e sulla ripresa della relazione familiare, cui i provvedimenti ablativi sono finalizzati.

Se, infatti, precisa la Corte, le autorità preposte non intendevano privare definitivamente la madre di tutti i suoi diritti non avrebbero

dovuto attuare un trattamento differenziato nei confronti dei due figli¹⁴⁴.

Pertanto, la Corte conclude ravvisando la violazione dell'art. 8 CEDU per il mancato rispetto dell'interesse dei minori ad essere protetti da una famiglia inadeguata con quello dei membri della famiglia a vivere insieme, dopo il superamento delle difficoltà contingenti che hanno determinato l'intervento limitativo ed ablativo della potestà genitoriale.

Nelle sue conclusioni, la Corte riprende e sviluppa i principi della propria giurisprudenza, ribadendo l'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati membri nei poteri autoritativi di presa in carico dei minori, discrezionalità rapportata alla cultura ed alla condizione sociale dei cittadini, che, tuttavia, non può superarsi fino alla violazione dei diritti fondamentali¹⁴⁵.

Non può negarsi, infatti, che la famiglia biologica - in tutte le culture - rappresenti il grembo radicale della società ed il tramite insostituibile per la realizzazione dei valori umani, per l'acquisizione dell'identità culturale e del senso di continuità storica, per la

¹⁴⁴ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

¹⁴⁵ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

promozione di nuovi ideali di condotta da eleggere a regola comportamentale.

La vicenda esaminata da questa sentenza corrisponde ad un modello purtroppo abbastanza ricorrente, come consuete sono le modalità di intervento dei servizi sociali.

Tuttavia questa decisione ha scolpito i limiti delle competenze inderogabili, ha indicato i parametri per ricreare l'equilibrio tra la tutela del minore ed il rispetto della vita familiare, ha tracciato i confini tra i poteri dell'amministrazione e quelli degli organi giudiziari, ha delineato responsabilità rispettive.

Spesso, infatti, gli interventi ablativi della potestà genitoriale si configurano in pratica come delle deleghe rilasciate in bianco dall'autorità giudiziaria a favore dell'amministrazione.

Nel caso in esame il Tribunale per i Minorenni aveva disposto l'allontanamento del minore dalla famiglia, demandando poi la scelta della collocazione più idonea al Comune affidatario, nella persona dell'assistente sociale competente per territorio, il quale – come spesso accade – sembrava animato da una concezione “proprietaria” del minore e non si poneva alcuno scrupolo a sradicarlo dal nucleo familiare di origine.

Per la Corte, la decisione del Tribunale per i Minorenni oltre ad essere criticabile è stata attuata anche con sei mesi di ritardo, dilazione non giustificata per le gravi ed ovvie implicazioni psicologiche verso gli interessati¹⁴⁶.

Nella fattispecie in esame, poi, il ritardo è stato particolarmente colpevole, in quanto il provvedimento ablativo era gravato sul rapporto familiare e l'assenza di un organico progetto del legame interrotto aveva gravemente pregiudicato il recupero della situazione¹⁴⁷.

Per questo motivo, la Corte ritiene che ci sia bisogno di accrescere la consapevolezza dei Tribunale per i Minorenni per prevenire tali violazioni.

La Corte rileva che questa prassi invalsa nel processo minorile non è ispirata ai principi del giusto processo, costituzionalmente garantito, e viola i diritti fondamentali tutelati dalla legge 4 agosto 1955, n. 484 (legge di ratifica della CEDU in Italia).

Di conseguenza, se questi interventi invasivi da parte dell'amministrazione sono stati ammessi e tollerati in passato,

¹⁴⁶ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

¹⁴⁷ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss...

secondo la logica di un male inteso “interesse” del minore, da questo momento in poi non dovranno più esserlo, anche grazie alla sentenza in commento.

In estrema sintesi, la Corte rileva che: la tutela dei bambini deve essere considerata come un fatto temporaneo, occorre una vigilanza costante dei Tribunali sul lavoro dei servizi sociali e le Autorità preposte devono scegliere accuratamente il tipo di comunità dove destinare i minori.

Secondo la Corte, l’attenzione delle Autorità italiane dovrebbe essere volta ad assicurarsi che gli operatori sociali abbiano le qualifiche morali e professionali richieste per prevenire situazioni simili a quelle sanzionate dalla Corte.

In definitiva, il Giudice internazionale - in questa decisione - ha espresso tutto il suo disfavore sulle ingerenze invasive e demolitorie del legame biologico spesso perpetrate dai servizi sociali, specialmente quando riguardano i minori in tenera età e vengono protratti per un lasso di tempo così prolungato, da pregiudicare irreversibilmente la successiva ripresa delle relazioni con i familiari¹⁴⁸.

¹⁴⁸ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

Le censure mosse dalla Corte contro l'operato dei servizi sociali, qualificato inaccettabile e reso possibile dall'inerzia del Tribunale per i Minorenni, segnano il limite delle legittime ingerenze dell'organo amministrativo, quale è il servizio sociale, nel dare esecuzione ai provvedimenti del giudice minorile, limite che deve essere mantenuto negli stretti termini del mandato.

Questo significa che, nel caso *de quo*, i servizi sociali non avrebbero avuto diritto a modificare la portata delle decisioni del Tribunale per i Minorenni, mentre, quest'ultimo avrebbe dovuto vigilare sull'operato dell'ente affidatario e sollecitare la tempestiva esecuzione delle sue decisioni, senza concedere margini di discrezionalità necessariamente assenti nella deroga al diritto fondamentale¹⁴⁹.

Per tutte queste ragioni, l'Italia è stata condannata in questa vertenza ad un risarcimento del danno determinato in L. 100.000.000 a favore della madre ricorrente ed a L. 50.000.000 per ciascun figlio, ma, contestualmente, è stata diffidata dal reiterare un comportamento

¹⁴⁹ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091; FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

lesivo ed irrispettoso di un impegno assunto attraverso la sottoscrizione del relativo trattato.

3. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 settembre 2003 sul ricorso n. 52763/99 – Covezzi e Morselli c. Italia.

Altra importante decisione contro l'Italia sulle problematiche connesse ai provvedimenti ablativi e/o limitativi della potestà genitoriale è stata la sentenza Covezzi e Morselli c. Italia, ove la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 CEDU per il mancato coinvolgimento dei genitori nel processo decisionale che ha condotto all'allontanamento dei loro figli, pur giustificato dal sospetto di abusi sessuali.

3.1. Il fatto.

I ricorrenti, Delfino Covezzi e la moglie Maria Lorena Morselli, genitori di cinque figli, si rivolsero alla Corte europea - anche nell'interesse e per conto dei quattro figli più grandi - assumendo la violazione del diritto al rispetto della vita familiare a causa dell'allontanamento dei figli e della loro collocazione separata da parte dell'assistenza pubblica.

I ricorrenti lamentavano, altresì, di non aver avuto da parte del Tribunale per i Minorenni una decisione definitiva sull'affidamento dei minori e di non aver goduto pertanto di un ricorso effettivo.

I minori erano stati allontanati con provvedimento cautelare, emesso in assenza di contraddittorio, e collocati in quattro destinazioni diverse, a seguito dell'apertura di procedimenti penali per sospetti abusi a carico di membri della famiglia ricorrente.

Nel giugno del 1998 la nipote dei ricorrenti, allora di 12 anni, dichiarò che lei, il fratello ed i quattro figli più grandi dei ricorrenti erano stati soggetti ad abusi sessuali da taluni membri della famiglia.

Nel novembre del 1998, senza ascoltare i ricorrenti, il Tribunale dei Minorenni dichiarò che essi erano venuti meno al loro dovere parentale, non essendosi resi conto che i propri figli erano stati

soggetti a ripetuti abusi sessuali ed ordinò l'allontanamento dei figli dai genitori.

I figli furono quindi posti in quattro abitazioni differenti e tutti i contatti tra loro ed i ricorrenti vennero sospesi.

Furono presentati referti medici discordanti sulla questione se i quattro figli avessero subito violenze sessuali.

I ricorrenti chiesero invano al Tribunale dei Minorenni di revocare l'ordinanza e, per di più, il diritto italiano non consentiva loro di fare appello ad un altro Tribunale, perché quello dei minorenni aveva utilizzato la procedura d'urgenza.

I ricorrenti chiesero, parimenti senza successo, che i propri figli fossero affidati ad un'altra autorità locale, riuniti nella stessa abitazione e che fossero consentite delle visite con loro.

Nel frattempo, uno dei figli dei ricorrenti disse di essere stato soggetto ad abuso sessuale da parte di suo padre con la collusione di sua madre e precisò che anche i suoi fratelli erano stati soggetti ad abuso.

Di conseguenza, furono avviate procedure penali contro i ricorrenti.

Il 24 settembre 2002, il Tribunale di Modena, deliberando in prima istanza, condannò i ricorrenti alla reclusione di 12 anni e dichiarò la decadenza della loro patria potestà.

I sig.ri Covezzi e Morselli, invocando la lesione degli articoli 6, 8 e 13 della Convenzione, decisero, quindi, di promuovere azione davanti al Giudice internazionale, in proprio e per conto dei quattro figli, in quanto la famiglia era stata divisa ed i propri figli posti in istituti separati con assenza di contatti tra loro¹⁵⁰.

Denunciarono, ancora, l'impossibilità di poter proporre appello avverso la decisione del Tribunale dei Minorenni assunta con la procedura d'urgenza e contro le modalità di esecuzione del provvedimento.

¹⁵⁰ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

3.2. La decisione della Corte europea.

La Corte, nella decisione *de qua*, esamina separatamente i vari motivi di ricorso, confermando, ancora una volta, la propria giurisprudenza sull'argomento.

Non vi è dubbio che le ingerenze oggetto di censura siano previste dalla legge e si collochino in un contesto di urgenza.

Parimenti i provvedimenti ablativi trovano motivazione nella protezione dei minori.

Secondo la Corte le ingerenze nel diritto dei ricorrenti al rispetto della propria vita familiare - previste dagli articoli 330, 333 e 336 del Codice civile e dalla Legge n° 184 del 1983 - perseguivano un fine legittimo (“*la protezione della salute o della morale*” e la “*protezione dei diritti e delle libertà degli altri*”) nei limiti in cui miravano al benessere dei bambini¹⁵¹.

La Corte ha, altresì, asserito che la misura dell'allontanamento dei figli era stata basata su ragioni pertinenti e sufficienti, cioè le forti presunzioni che i figli avessero subito abusi sessuali da parte di membri della famiglia.

¹⁵¹ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

La Corte, inoltre, ha ritenuto che le Autorità avessero accuratamente valutato la portata delle accuse della nipote dei ricorrenti prima di procedere all'allontanamento dei figli.

In tali condizioni, la Corte, ritenendo che la misura dell'allontanamento d'urgenza era stata proporzionata e necessaria al caso in esame, concludeva per la non violazione dell'art. 8 CEDU riguardo al citato motivo¹⁵².

Ancora, circa l'assenza di contraddittorio, la Corte ritiene che in generale il coinvolgimento dei genitori nella progettualità che riguarda i figli sia la situazione preferibile, ma che in certi casi sia da evitare, perché potrebbe essere di ostacolo alla messa in esecuzione del provvedimento di allontanamento.

In considerazione della complessità e della gravità del sospettato abuso, suffragato da dichiarazioni valutate degne di fede, secondo la Corte non vi era stata violazione della Convenzione neppure su questo punto.

Parimenti non appare configurabile per la Corte violazione dell'art. 8 della Convenzione circa la presunta brutalità nell'esecuzione dell'allontanamento.

¹⁵² DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

Sull'interruzione dei rapporti la Corte rileva che la ragione data per aver sospeso i contatti tra i ricorrenti ed i figli era stata l'incapacità dei ricorrenti di proteggere i figli e la necessità di portare i bambini in un luogo più sicuro.

Un ristabilimento dei rapporti era legato in particolare all'esito dell'investigazione condotta dalle autorità sulle parti, con l'intento di valutare lo stato psicologico dei bambini e le relazioni all'interno della famiglia.

La Corte ha anche notato la complessità del caso ed il desiderio dei bambini di non ritornare a vivere con la famiglia naturale¹⁵³.

Essa ha ritenuto che le autorità avessero raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi dei bambini e i diritti dei ricorrenti ed ha concluso che sul punto non vi fosse stata violazione dell'art. 8 della Convenzione¹⁵⁴.

Anche sulla collocazione separata dei bambini, la Corte non ha ritenuto sussistere alcuna violazione alla CEDU, giacché il mantenimento della sistemazione dei bambini in abitazioni separate era stato giustificato dallo stato delle loro reciproche relazioni e dal

¹⁵³ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

¹⁵⁴ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

loro stato psicologico; per cui la misura adottata era da considerarsi “necessaria” ai sensi della Convenzione e “proporzionata” al legittimo scopo perseguito.

La Corte ribadisce anche qui l’interesse primario di tutela di ciascun minore ed a questo proposito osserva che, nelle decisioni del Tribunale è stato preso in considerazione, in primo luogo, lo stato psicologico ed i bisogni esplicitati del minore, cercando di assecondarlo il più possibile.

La Corte ha, invece, concluso per una violazione dell’art. 8 CEDU circa la procedura davanti al Tribunale per i Minorenni.

I ricorrenti avevano contestato anche la mancanza di controllo da parte del Tribunale nei confronti del ruolo predominante assunto dai servizi sociali nella vicenda *de qua*, ma la Corte, non potendo entrare nel merito e rilevando che, comunque, era stata data ai ricorrenti l’opportunità di informare l’Autorità giudiziaria dei propri dubbi circa la competenza e la buona fede dei servizi sociali interessati, decide che non può accogliere su questo punto la richiesta dei ricorrenti.

Tuttavia, la Corte è autorizzata ad esaminare, sul terreno dell'art. 8 CEDU, la durata del processo decisionale, il cui ritardo può inficiare il giudizio e le relazioni familiari¹⁵⁵.

La Corte ha osservato che nel caso presentato di fronte ad essa i ricorrenti non erano stati in grado di avere alcun ruolo nella procedura per oltre quattro mesi, poiché non avevano avuto alcun diritto ad impugnare la necessità dell'ordinanza di affidamento o ad esprimere la propria opinione; essi erano stati ascoltati per la prima volta solo il 31 marzo 1999.

La Corte rileva ancora che il Tribunale per i Minori aveva ingiustificatamente impiegato un tempo eccessivamente lungo - di ben 20 mesi - per decidere sulla questione dei diritti parentali dei ricorrenti.

Queste inutili lungaggini erano poi state aggravate dal fatto che i ricorrenti non disponevano di una via di ricorso durante quel periodo contro l'ordine provvisorio del Tribunale, ma avevano presentato sette istanze, senza successo, tra gennaio e novembre del 1999, con l'intento di impugnare l'allontanamento.

¹⁵⁵ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

Pertanto, la Corte, alla luce delle superiori considerazioni, ha ritenuto sussistere una violazione dell'art. 8 della Convenzione, dal momento che i ricorrenti non erano stati sufficientemente coinvolti nel processo decisionale e nelle procedure concernenti i loro diritti parentali¹⁵⁶.

¹⁵⁶ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

4. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 marzo 2007 sul ricorso n. 10427/02 – Roda e Bonfatti c. Italia.

Ulteriore rilevante decisione contro l'Italia in materia di provvedimenti di allontanamento di minore dal nucleo familiare a tutela del minore stesso è stata la sentenza *Roda e Bonfatti c. Italia*, nella quale la Corte ha constatato la violazione dell'articolo 8 CEDU, relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare¹⁵⁷.

Il caso è giunto alla Corte Europea dei diritti dell'uomo perché alla madre della bambina in questione era stato impedito di vedere la figlia per i quattro anni successivi al presunto abuso messo in atto dal padre (assolto in secondo grado) e nessuno (giudici, servizi sociali,...) aveva operato con l'intento di creare una buona relazione madre-figlia.

¹⁵⁷ PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni cit.*, pagg. 111-129.

4.1. Il fatto.

La signora Roda ed il figlio Bonfatti decisero di ricorrere alla Corte contro il provvedimento ablativo emesso a protezione della minore, rispettivamente figlia e sorella, allontanata per presunti abusi sessuali subiti nel contesto familiare.

Il ricorso venne presentato per violazione degli articoli 3 e 8 CEDU.

Ai primi ricorrenti si aggiunse successivamente anche il padre.

Il ricorso trae origine da una vicenda giudiziaria relativa (ancora una volta) ad abusi sessuali su minori, tra i quali era risultata anche la minore in questione.

Nella vicenda erano indagati i parenti della minore stessa, tra i quali il padre, al quale, pur risultando non colpevole all'esito del procedimento giudiziario, era stata tolta la patria potestà.

Il fratello, secondo ricorrente, aveva vissuto in famiglia e con sua sorella fino alla separazione dei genitori, quando aveva deciso di andare a vivere con il padre.

A tutela della minore era stato disposto l'affidamento ai servizi sociali e, successivamente, l'inserimento in una famiglia d'accoglienza.

Dalla presa in carico della minore da parte dei servizi sociali non vi era stato più nessun rapporto tra i fratelli: ma questa circostanza non risultava dal suo solo comportamento, in quanto le dilazioni dei servizi sociali vi avevano considerevolmente contribuito.

Inoltre, dopo un periodo di sospensione di ogni rapporto della minore con i componenti del proprio nucleo familiare, era stata disposta la ripresa dei rapporti con la madre, secondo precise modalità di incontro.

Dal 1998, anno di inizio dell'intera vicenda, al 2006, il percorso seguito dalle competenti autorità nazionali, attraverso le misure adottate a tutela della minore, non aveva condotto quest'ultima a manifestare la volontà di ricongiungersi con il proprio nucleo familiare¹⁵⁸.

¹⁵⁸ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

4.2. La decisione della Corte europea.

La Corte – che ammette il ricorso anche nella parte in cui era stato presentato nell’interesse della minore, nella prospettiva di una tutela effettiva dei diritti stabiliti dalla Convenzione – circoscrive l’esame del ricorso alle doglianze riferite all’art. 8 CEDU.

La Corte inizia rammentando che la nozione di vita familiare comprende tutti i rapporti tra parenti prossimi che possano esercitare un ruolo considerevole, per esempio tra nonni e nipoti, e che, pertanto, il legame tra il secondo ricorrente (il fratello) e la minore rientra nella nozione di vita familiare.

Di seguito la Corte chiarisce la portata dell’art. 8 CEDU, affermando che esso non solo tutela la persona dalle ingerenze dei pubblici poteri, ma crea anche obblighi positivi a carico dei medesimi aventi ad oggetto il rispetto concreto ed effettivo della vita familiare.

Perciò ogni ingerenza nella vita familiare comporta una violazione dell’art. 8 CEDU, salvo che sia prevista dalla legge, sia diretta a perseguire una o più finalità legittime o sia necessaria in una società democratica¹⁵⁹.

¹⁵⁹ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

Per la qual cosa, tale articolo tutela il diritto del genitore ad ottenere misure idonee affinché possa riunirsi con il proprio figlio, nonché l'obbligo per le autorità nazionali di adottare tali misure.

Quest'obbligo, tuttavia, afferma la Corte, non è assoluto, ma deve essere posto sempre in relazione al caso specifico; d'altro canto, la comprensione e la collaborazione delle persone coinvolte costituiscono sempre un importante fattore che le autorità nazionali hanno una limitata possibilità di ottenere con la coercizione, poiché occorre tener conto degli interessi, dei diritti e delle libertà delle stesse persone, con particolare riferimento ai minori.

Nel caso in cui i contatti con i genitori possano compromettere i suddetti diritti, spetta alle autorità nazionali assicurare un giusto equilibrio tra le posizioni soggettive coinvolte.

Il confine tra obblighi positivi e negativi dello Stato non si presta ad una precisa definizione, ma sia per gli uni che per gli altri lo Stato stesso gode di un certo margine di discrezionalità e, comunque, occorre perseguire un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco¹⁶⁰.

¹⁶⁰ FERRANDO G., *Il contributo della Corte cit.*, pagg. 263 e ss..

La Corte verifica, quindi, se, nella fattispecie, le autorità nazionali avessero adottato tutte le misure che ragionevolmente da esse si potevano esigere.

Quanto alle misure di allontanamento della minore e di affidamento ai servizi sociali la Corte rileva che tali provvedimenti rientrano tra gli strumenti di cui le autorità nazionali hanno il diritto di disporre in materia di abusi sessuali; infatti, minori e incapaci hanno diritto, nei confronti dello Stato, di ottenere protezione attraverso un'efficace prevenzione contro gravi forme di ingerenza in aspetti essenziali della vita privata.

Perciò, dato il contesto delittuoso particolarmente complesso, i cui protagonisti risultavano proprio i membri dell'*entourage* familiare, le autorità nazionali potevano ragionevolmente ritenere pregiudizievole il mantenimento della minore nella casa della madre.

Quindi, ad avviso della Corte, poiché entrambe le misure (allontanamento della minore ed affidamento ai servizi sociali) potevano considerarsi proporzionate e necessarie in una società democratica per la protezione della salute e dei diritti del bambino,

non vi era stata, sotto questo profilo, alcuna violazione dell'art. 8 CEDU¹⁶¹.

Quanto alla mancanza di contatti tra i primi due ricorrenti e la minore, nonché all'organizzazione degli incontri tra le medesime persone, la Corte preliminarmente rileva che l'affidamento del minore va considerato una misura temporanea e, come tale, finalizzata a consentire la successiva riunione tra il minore ed i genitori.

Un'interruzione prolungata di contatti tra l'uno e gli altri oppure incontri troppo distanziati nel tempo rischierebbero, infatti, di compromettere ogni seria opportunità di aiuto al superamento delle difficoltà della vita familiare.

Esaminate le decisioni adottate dalle autorità giudiziarie, pur rilevando che queste erano state prese dopo adeguata riflessione ed approfondite verifiche di esperti e dei servizi sociali, la Corte rileva che lo scorrere del tempo, a partire dalla ripresa dei contatti tra madre e figlia, non aveva favorito il riavvicinamento tra le due: la figlia, infatti, non aveva accettato le decisioni giudiziarie che prevedevano contatti frequenti e meno rigidi con la madre e, successivamente, era stato nuovamente stabilito, da parte del competente organo

¹⁶¹ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

giudiziario, il principio più restrittivo di incontri mensili in un luogo protetto.

Vista l'evoluzione non positiva della situazione, la Corte conclude che le misure adottate per consentire un giusto equilibrio tra gli interessi della minore e quelli dei primi due ricorrenti non erano state sufficienti.

Perciò, constatata la violazione dell'art. 8 CEDU in conseguenza dell'interruzione prolungata dei rapporti e della difettosa organizzazione degli incontri tra i primi due ricorrenti e la minore.

La lesione del diritto al rispetto della vita familiare si manifesta attraverso un allontanamento non correttamente giustificato, ulteriori restrizioni di visita o tempistiche eccessivamente dilatate che votano all'insuccesso il reinserimento del minore nel suo nucleo biologico: tutto ciò deve indurre a riflettere sull'adeguatezza del sistema e sulla opportunità di garantire una così ampia autonomia all'amministrazione, in una materia tanto delicata quanto quella dei rapporti personali e familiari.

La Corte, altresì, concede ad ogni ricorrente € 3.000,00 a titolo di danno morale e € 6.000,00 congiuntamente ai primi due ricorrenti per spese giudiziarie.

Non ha, invece, riconosciuto la sussistenza di un nesso causale tra i danni materiali pretesi dai ricorrenti e la violazione constatata¹⁶².

¹⁶² DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

5. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 maggio 2007 sul ricorso n. 38972/06 – Il caso di “Maria”¹⁶³.

Una recente decisione della Corte di Strasburgo, che ha messo in evidenza alcuni significativi limiti al sistema di tutela della famiglia e delle relazioni familiari apprestato dalla CEDU, riguarda il caso di “Maria”, una bimba Bielorussa che si trova al centro di una complessa controversia internazionale.

¹⁶³ CARPANETO L., *La tutela della famiglia nell'ambito della CEDU. Il caso di “Maria”*, in Carbone S. M. – Queirolo I. (a cura di) “Diritto di famiglia e unione europea”, Torino, 2008, pagg. 131-165; FRANCHI M., *Strasburgo non accoglie il ricorso sul rimpatrio di «Maria» in Bielorussia*, in “Famiglia e minori”, n. 8, 2007, pagg. 105-106.

5.1. Il fatto¹⁶⁴.

Maria (Vika) è una bambina di nazionalità bielorusa, senza genitori: la madre, infatti, dopo essere stata dichiarata priva di potestà genitoriale, è deceduta ed il padre risulta ignoto sin dalla nascita della minore¹⁶⁵.

Alla luce di tali circostanze, Maria viene dichiarate in stato di adattabilità ed inserita in un istituto per bambini orfani a Vileika.

La minore era giunta in Italia per la prima volta nell'estate del 2003, attraverso un progetto sanitario di accoglienza internazionale avviato circa vent'anni prima, dopo che la centrale nucleare di Chernobyl aveva reso i due terzi della Bielorussia radioattivi.

Fu allora che un governo giovane, appena uscito dal suo secondo disastro e cioè la caduta dell'U.R.S.S. che bene o male garantiva a quel popolo un'economia dignitosa, iniziò un programma sistematico di risanamento facendo uscire dai suoi confini tutti i bambini dai 6 ai 14 anni per due volte l'anno in modo tale che l'alimentazione e l'aria estera li aiutasse a far calare il tasso di cesio radioattivo nel sangue ed evitasse loro il triste destino del cancro.

¹⁶⁴ FRANCHI M., *Strasburgo cit.*, pagg. 105-106.

¹⁶⁵ CARPANETO L., *La tutela della famiglia cit.*, pagg. 131-165.

Si è assistito al contemporaneo aumento delle associazioni finalizzate a tale attività umanitaria.

Le associazioni che portano avanti i “progetti Chernobyl” normalmente fanno dei brevi corsi di formazione alle famiglie e chiariscono perfettamente quali sono i termini dell’ospitalità, dicendo che non si tratta di un progetto di adozione o di affido, ma di accoglienza.

La piccola Maria viene collocata presso i coniugi Alessandro Giusto e Chiara Bonacin, residenti nella cittadina di Cogoleto.

A partire dall’estate del 2003, Maria trascorre presso i coniugi Giusto tre mesi durante il periodo estivo e due durante quello invernale.

Peraltro, nei periodi in cui Maria non era in Italia, i coniugi Giusto spesso si recavano in Bielorussia a farle visita presso l’Istituto.

Stante lo stretto rapporto di affetto instauratosi con la minore, dichiarata in stato di adattabilità nel proprio Paese, i coniugi Giusto decidono di intraprendere un procedimento di adozione internazionale e, nell’agosto del 2004, ottengono dal Tribunale per i minorenni di Genova il provvedimento attestante la loro idoneità.

Tale procedimento, però, viene interrotto nell'ottobre del 2004 a causa della decisione del governo bielorusso di sospendere immediatamente tutte le procedure di adozione internazionale¹⁶⁶.

In data 12 dicembre 2005, Italia e Bielorussia stipulano un protocollo con il quale quest'ultimo Stato si impegnava a portare a termine, entro il 1° marzo 2006 centocinquanta procedimenti per l'adozione di minori provenienti da Minsk e, tra essi, quello relativo all'adozione di Maria.

Però, nel mese di giugno del 2006, i coniugi Giusto, stante il mancato rispetto degli impegni assunti dal governo bielorusso con la sottoscrizione del citato protocollo, avendo già ottenuto l'idoneità all'adozione, decisero di presentare presso il Tribunale dei minorenni di Genova un'istanza volta ad ottenere l'adozione di Maria.

Nello stesso periodo, il Tribunale dei minorenni di Torino si stava occupando di un caso relativo ad un minore bielorusso che proveniva dal medesimo istituto in cui stava Maria, pertanto era scattata la segnalazione al Tribunale dei minorenni di Genova, che aveva

¹⁶⁶ CARPANETO L., *La tutela della famiglia cit.*, pagg. 131-165; FRANCHI M., *Strasburgo cit.*, pagg. 105-106.

incardinato un procedimento di accertamento del tutto autonomo ed indipendente rispetto a quello di adozione già pendente.

Il Tribunale dei minorenni di Genova, dopo aver accertato l'esistenza di una situazione problematica, sollecitava il Comune di Cogoleto a predisporre interventi di sostegno per la minore, per il tramite dei servizi sociali e con successivo provvedimento del 16 agosto 2006, disponeva l'affidamento di Maria al Comune di Cogoleto ordinando che restasse collocata presso i coniugi Giusto.

Nel frattempo, il procedimento di adozione instaurato dai coniugi Giusto volgeva al termine; infatti, nell'agosto del 2006, il Tribunale dei minorenni di Genova, con ordinanza, respingeva l'istanza di adozione, precisando che l'adozione internazionale era subordinata all'esistenza di una pronuncia da parte delle autorità bielorusse.

Qualche giorno dopo anche il procedimento instaurato d'ufficio dal Tribunale dei minorenni per accertare la situazione di Maria e per verificare l'opportunità di adottare misure di protezione, si concludeva con l'adozione di un'ordinanza con la quale il Tribunale dei minorenni di Genova, sottolineando ancora una volta la natura provvisoria del regime instaurato nelle more della decisione finale, disponeva il rientro di Maria in patria, accompagnata dai coniugi Giusto.

Avverso quest'ultima ordinanza i coniugi Giusto proponevano reclamo innanzi alla Corte di Appello, adducendo a sostegno una serie di motivi, tra cui: erronea applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961, ingiustizia sostanziale e contrarietà ai principi sanciti dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989¹⁶⁷.

Per tali motivi, i coniugi Giusto chidevano l'immediata revoca del provvedimento e l'affido di Maria, o, in subordine, l'affido al Comune di Cogoleto con collocazione presso di loro e predisposizione di un programma di sostegno di almeno un anno.

La Corte di Appello, però, respingeva la censura relativa al difetto di giurisdizione, ribadendo che unica norma applicabile nel caso di specie era l'art. 9 della Convenzione dell'Aja, che consentiva l'adozione di provvedimenti solo nelle ipotesi di urgenza.

Il Giudice di 2° grado, inoltre, pur rilevando le peculiarità dell'istituto dell'affido per i soggiorni terapeutici, conclude per l'assenza di legittimazione processuale e sostanziale in capo ai coniugi Giusto per proporre reclamo nel caso *de quo*.

Premesse queste considerazioni, la Corte di Appello precisava che, comunque, rimaneva ancora una residua parte di competenza in

¹⁶⁷ FRANCHI M., *Strasburgo cit.*, pagg. 105-106.

capo alle autorità italiane, relativamente ai profili di emergenza, che autorizzava a consentire il ritorno di Maria in patria in modo non traumatico e che, pertanto, Maria poteva essere accompagnata dai coniugi Giusto.

Invero, pochi giorni prima della pubblicazione dell'evocata decisione, i coniugi Giusto avevano allontanato la piccola Maria dal paese di Cogoleto, affidandola a parenti, con la conseguenza che al momento della pronuncia le autorità non avevano rinvenuto la minore.

Pertanto, a seguito di indagini la minore veniva ritrovata e trasferita in Bielorussia, mentre per i coniugi scattava l'accusa di sequestro di persona¹⁶⁸.

¹⁶⁸ CARPANETO L., *La tutela della famiglia cit.*, pagg. 131-165; FRANCHI M., *Strasburgo cit.*, pagg. 105-106.

5.2. La decisione della Corte europea.

Esaurite tutte le vie di ricorso interne, i coniugi Giusto, in data 29 settembre 2006, presentarono ricorso nei confronti del governo italiano innanzi alla Corte di Strasburgo, per proprio conto e nell'interesse di Maria, adducendo, per prima cosa, che il rimpatrio di Maria in Bielorussia sottoponeva la bambina ad un trattamento inumano e degradante, contrario a quanto previsto nell'art. 3 CEDU.

Invocavano, altresì, l'art. 8 CEDU, sostenendo la lesione del proprio diritto e del diritto di Maria ad avere una vita familiare e l'art. 6 CEDU, norma che tutela il principio del giusto processo, sostenendo che tale norma era stata violata sotto molteplici profili: in primo luogo, nella misura in cui era stato loro inibito il diritto ad avere accesso ad un tribunale; in secondo luogo, in quanto il Tribunale dei minorenni, anche a causa delle forti pressioni diplomatiche, non poteva considerarsi un giudice indipendente ed imparziale; infine, in quanto era stato violato il diritto di Maria ad essere ascoltata.

In ultimo, lamentavano anche la violazione degli articoli 13 e 34 CEDU, per non aver avuto la possibilità di esercitare il proprio diritto di ricorso innanzi alle autorità giurisdizionali italiane e di essere stati

ostacolati nella presentazione del ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo¹⁶⁹.

I coniugi Giusto, inoltre, lamentavano l'ingiustizia della decisione della Corte di Appello di respingere il reclamo per difetto di legittimazione attiva, sottolineando che il diritto di rappresentare in giudizio gli interessi di Maria derivava in primo luogo dall'esistenza di un legame di fatto, intenso e consolidato, con la minore assimilabile ad un legame di tipo familiare e, secondariamente, dal fatto che essi erano stati riconosciuti dal Tribunale dei minorenni di Genova, nelle more del procedimento, quali "collocatari" della minore.

Sotto questo profilo, inoltre, i coniugi Giusto invocavano quanto affermato dalla Corte nel caso *Scozzari e Giunta c. Italia*, ossia il principio secondo cui un individuo non legittimato ad agire davanti ai giudici nazionali, può essere, tuttavia, legittimato ad agire innanzi alla Corte quando il soggetto che abbia la custodia del minore stesso si trovi in conflitto di interessi¹⁷⁰.

¹⁶⁹ FRANCHI M., *Strasburgo cit.*, pagg. 105-106.

¹⁷⁰ CARPANETO L., *La tutela della famiglia cit.*, pagg. 131-165.

Questo - in sintesi - il contenuto del ricorso.

Da parte sua, la Corte ribadisce il principio secondo cui occorre evitare di adottare un approccio restrittivo o puramente tecnico per quanto riguarda la rappresentanza dei minori innanzi agli organi della Convenzione e sottolinea la necessità di dare adeguata considerazione ai legami esistenti tra il minore considerato ed i suoi “rappresentanti”, all’oggetto e allo scopo della domanda piuttosto che all’esistenza di un conflitto di interessi¹⁷¹.

Ciò premesso la Corte, rilevando prima di tutto che i ricorrenti sono privi di autorità parentale nei confronti della minore, afferma che non è comunque necessario esaminare se i ricorrenti possiedano le qualità necessarie per introdurre una richiesta nell’interesse di Maria, poiché anche laddove le avessero, i motivi di ricorso sono da ritenersi in ogni caso irricevibili.

Il principio fissato dalla Corte può sintetizzarsi come segue: non integra alcuna violazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo il rimpatrio di una bambina bielorusa che, nel corso di un breve soggiorno in Italia nell’ambito di un programma diretto a far trascorrere un periodo di vacanze nel nostro paese a bambini dell’est

¹⁷¹ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

europeo, dia adito a sospetti di essere stata in passato vittima di abusi sessuali nell'orfanotrofio situato nel paese d'origine.

Tale vicenda, dal forte impatto mediatico, è stata dalla Corte europea risolta nel predetto modo sulla base di alcune importanti considerazioni.

In primo luogo, la Corte esclude qualsiasi ipotesi di trattamento disumano e/o crudele ai danni della bambina, sia per l'aver fatto precedere il rimpatrio della piccola da un congruo periodo nel corso del quale la stessa è stata seguita da medici e psicologi, sia per l'aver acquisito assicurazioni dalle autorità bielorusse sull'orfanotrofio incriminato e sulla necessità continuare, anche in Bielorussia, il programma di assistenza medica e psicologica.

Inoltre, i soggiorni in famiglie italiane, organizzati per far trascorrere un periodo di vacanze a bambini stranieri, non integrano il concetto di vita familiare protetto dall'art. 8 CEDU, che, invece, tutela un legame biologico o giuridico, non il semplice desiderio di fondare una famiglia.

È innegabile, infatti, che i soggiorni terapeutici, proprio per la loro frequenza e regolarità, creino legami significativi tra la famiglia ospitante ed il minore; ciò nonostante, tali legami non sono tali da

poter far sorgere in capo alla famiglia ospitante un interesse qualificato per agire a tutela dei minori ospitati¹⁷².

Il legame esistente tra i coniugi Giusto e Maria è oggetto di specifica attenzione con riferimento al motivo di ricorso fondato sulla violazione dell'art. 8 CEDU.

I ricorrenti sostengono di aver subito una violazione del proprio diritto ad una vita familiare sotto un duplice profilo: da un lato, a causa dell'allontanamento forzato della minore e la conseguente rottura della relazione instaurata tra la minore ed i ricorrenti medesimi e, dall'altro, a causa della disciplina che regola questa materia, che consente di instaurare relazioni senza alcuna prospettiva reale di un inserimento stabile all'interno della famiglia di accoglienza.

I ricorrenti sostengono, infatti, che proprio per il legame venutosi a creare tra le parti, anche a ragione del lungo periodo di tempo trascorso insieme, la relazione instauratasi con la minore è equiparabile ad un legame di tipo familiare.

La Corte non è d'accordo: afferma che il diritto al rispetto di una vita familiare tutelato dall'art. 8 CEDU presupponga necessariamente

¹⁷² CARPANETO L., *La tutela della famiglia cit.*, pagg. 131-165.

l'esistenza di una famiglia e che non protegga in alcun modo il "mero desiderio di creare una famiglia"¹⁷³.

In assenza di un legame biologico e/o di parentela, pertanto, la Corte esclude che si possa riconoscere al rapporto instaurato tra i ricorrenti e la minore la qualifica di rapporto familiare ai sensi del citato art. 8 CEDU¹⁷⁴.

Oltre alla mancanza di un legame biologico, la Corte sottolinea, altresì, che, stante l'esito negativo dei procedimenti di adozione, non è nemmeno possibile garantire ai coniugi Giusto la tutela che la CEDU normalmente assicura ai rapporti tra adottante ed adottato e conclude affermando che, se è vero che la minore ha trascorso un significativo periodo di tempo presso i coniugi Giusto, tale legame di fatto non è sufficientemente forte per integrare la nozione di vita familiare prevista dall'art. 8 CEDU, in quanto il programma di soggiorno terapeutico non è finalizzato a creare una nuova famiglia per questi minori, quanto piuttosto e più semplicemente a permettere loro di trascorrere un periodo di vacanza in Italia.

¹⁷³ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

¹⁷⁴ CARPANETO L., *La tutela della famiglia cit.*, pagg. 131-165.

Di conseguenza, non appaiono irragionevoli od arbitrarie e, dunque, non ledono il principio del giusto processo (art. 6 CEDU), le conclusioni cui era giunto il Tribunale dei minori, il quale aveva negato la legittimazione attiva ai due affidatari provvisori della minore, privi di qualsiasi tutela legale della stessa, e che aveva deciso, nell'ambito del consentito margine di apprezzamento, di non ascoltare la minore stessa, peraltro, già ampiamente esaminata da esperti; ed, ancora, non incide sull'imparzialità ed indipendenza di un Tribunale la circostanza di fornire allo stesso, da parte delle autorità governative, informazioni pertinenti alla relativa procedura in corso, allorquando non risulti provato l'intento di influenzare l'esito della decisione.

Infine, non sussiste violazione del diritto ad un ricorso (art. 13 CEDU), quando le relative doglianze non abbiano un reale fondamento e non siano dunque "difendibili", così come non è ravvisabile alcun intralcio all'esercizio effettivo di un ricorso alla Corte europea (artt. 34 CEDU e 39 del Regolamento della Corte) nel comportamento delle autorità italiane che, in assenza di qualsiasi misura provvisoria di sospensione disposta dalla Corte, avevano

deciso di procedere al rimpatrio di un soggetto straniero all'improvviso, senza alcun preavviso e nel fine settimana¹⁷⁵.

In definitiva, la Corte di Strasburgo con la decisione in commento ha dato ragione alla linea Melchiorre, ritenendo che non fu compiuta nessuna violazione dei diritti umani dalle autorità italiane nella trattazione della vicenda *de qua*¹⁷⁶.

La decisione appena commentata è stata oggetto di numerose critiche.

In particolare, è stato segnalato¹⁷⁷ che il rigoroso approccio formale seguito dalla Corte nel caso di Maria si pone in netto contrasto con la pregressa giurisprudenza della medesima Corte.

Stupisce anche l'omesso richiamo alla tutela della vita privata, prevista dall'art. 8 CEDU: la nozione di vita privata, anche alla luce delle recenti applicazioni, appare senza dubbio flessibile e, quindi, idonea ad accordare protezione a situazioni non riconducibili alla nozione di vita familiare, che prescinde dall'esistenza di un legame

¹⁷⁵ DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare cit.*, pagg.1069-1091.

¹⁷⁶ CARPANETO L., *La tutela della famiglia cit.*, pagg. 131-165.

¹⁷⁷ Emblematica in tal senso è la pronuncia del 22 settembre 2004, nel caso *Pini e altri c. Romania*, nella quale la Corte, malgrado l'esistenza di due provvedimenti di adozione emanati dalle autorità giudiziarie rumene, ha escluso che si potesse accordare la tutela prevista dall'art. 8 CEDU in assenza di un legame sostanziale tra i genitori adottivi ricorrenti e le figlie adottate.

biologico tra le persone che ne lamentano la violazione innanzi agli organi di Strasburgo¹⁷⁸.

¹⁷⁸ FRANCHI M., *Strasburgo cit.*, pagg. 105-106; RUO M. G., *Riflessioni a margine della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e procedimenti di famiglia*, in "Diritto di Famiglia", 2006, pagg. 1483 e ss.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- ALPA G., *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, fasc. 2.
- AMADEO S., *I trattati costituzionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999.
- ARCIDIACONO L. – CARULLO A. – RIZZA G., *Diritto costituzionale*, I edizione, Cedam, Padova, 2010.
- AZARA A., voce «Diritti dell'uomo», in *DI*, Torino, 1993.
- BALDASSARRE, voce “Diritti sociali”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI, Roma.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1948.
- BARONE G., *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena. Il percorso della giurisprudenza*, Acireale - Roma, 2008.
- BESSONE M., *La famiglia nella Costituzione Art: 29-31*, I edizione, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Bologna, 1977.
- BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto Pubblico*, Torino, 2007.

- BONINI BARALDI M., *Commento agli articoli 8 e 12 della CEDU*, in Seata M. (a cura di), “Codice della famiglia”, Milano, 2007.
- CANNIZZARO E., *Il principio della proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, Milano, 2000.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005.
- CARPANETO L., *La tutela della famiglia nell’ambito della CEDU. Il caso di “Maria”*, in Carbone S. M. – Queirolo I. (a cura di) “Diritto di famiglia e unione europea”, Torino, 2008.
- CASSESE S., *Casi e materiali di diritto amministrativo*, Bologna, 1990.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1999.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, settima ed., Napoli, 2006.
- DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza, degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, fasc. 3.
- DE SALVIA M., *Ambiente e Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo*, in “Rivista internazionale dei diritti dell’uomo”, 2/1997.
- DEL GIUDICE F., *Compendio di Diritto Costituzionale*, XIV edizione, Napoli, 2010.

- DONATI F. – MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (a cura di), in "La Corte costituzionale e le Corti d'Europa", Torino, 2003.
- FERRANDO G., *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in Nuova giur. Civ. comm., 2005.
- FIORAVANTI C., *La protezione internazionale dei minori in Europa*, in Comunicazione e studi, 1997.
- FRANCHI M., *Strasburgo non accoglie il ricorso sul rimpatrio di «Maria» in Bielorussia*, in "Famiglia e minori", n. 8, 2007.
- GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, quarta ed., Padova, 2004.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in Quaderni costituzionali, 2003.
- LA PERGOLA A., *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale, Padova, 1989.

- LAMARQUE E., *I diritti dei figli*, in Cartabia M. (a cura di), “I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee”, Bologna, 2007.
- MARTINEZ – TORRÒN J., *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in “Rivista internazionale dei diritti dell’uomo” n. 6, Milano, 1993.
- MONTANARI L., *I diritti dell’uomo nell’area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002.
- NASCIMBENE B., *La “nuova” Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Studium iuris*, 1999, 2.
- NIJHOFF M., *European convention on human rights*, 1994.
- PASCHETTI N., *La tutela delle relazioni familiari nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in Carbone S. M. – Queirolo I. (a cura di) “Diritto di famiglia e unione europea”, Torino, 2008.
- PEDRAZZI M., *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in Pineschi L. (a cura di), “La tutela internazionale dei diritti umani”, Milano, 2006.
- PERTICI A., *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (a cura di), in “La Corte costituzionale e le Corti d’Europa”, Torino, 2003.
- PISILLO MAZZESCHI R., *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell’uomo*, in RIDU.

- PUSTORINO P., *L'interpretazione della CEDU nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998.
- QUEIROLO I., *Comunità europea e diritto di famiglia: i primi interventi diretti in tema di separazione e divorzio*, in *Famiglia* 2002, fasc. 2.
- RAIMONDI G., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano*, in *RIDU*, 1990.
- RASPADORI F., *I trattati internazionali sui diritti umani*, Milano, 2000.
- RESS G., *Tutela sovranazionale dei diritti dell'uomo e mutamento della statualità*, in *Il Filangieri*, 2004.
- RUO M. G., *Riflessioni a margine della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e procedimenti di famiglia*, in "Diritto di Famiglia", 2006.
- RUSSO C. – QUAINI P. M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SORRENTINO F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", 2002.
- STARACE V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992.

- TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in Cartabia M. (a cura di), “I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee”, Bologna, 2007.
- TEGA D., *La Cedu e l’ordinamento italiano*, in Cartabia M. (a cura di), “I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee”, Bologna, 2007.
- VAN DIJK P., *Theory and practice of the european convention human right the Hauge, London Law International*, 1998.
- VILLANI U., *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, in “Studi sull’integrazione europea”, 2008.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, atti e ricorsi*, Milano, 1995.
- ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in www.consultaonline.com.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1964.
- ZENO ZENCOVICH V., *sub Art. 8*, in Bartole S., Conforti B., Raimondi G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

Giurisprudenza

- Banche dati giuridiche “De Jure”.
- www.coe.int.
- www.consultaonline.com.