

FAMIGLIA LEGITTIMA, FIGLI NATURALI, ADOZIONI E RAPPORTI DI FATTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

*Quaderno predisposto in occasione dell'XI Incontro trilaterale con i
Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo*

a cura di B. Randazzo

I - RIFERIMENTI NORMATIVI

1. Convenzione europea dei diritti dell'Uomo
2. Altre convenzioni stipulate in seno al Consiglio d'Europa
 - 2.1 *Convenzione europea sull'adozione dei minori (1967), ratificata dall'Italia nel 1976 e riveduta nel 2008. La revisione non è stata ancora firmata dall'Italia.*
 - 2.2 *Convenzione europea sullo status giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio (1975), firmata dall'Italia nel 1981, ma non ancora ratificata.*
 - 2.3 *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento dei minori (1980), ratificata dall'Italia nel 1995.*

II - LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

II.1. MATRIMONIO E FAMIGLIA

1. Sulla nozione di matrimonio e di famiglia ai sensi dell'art. 12 CEDU
2. Sulla nozione di "vita familiare" nell'art. 8 CEDU e sulle differenze strutturali rispetto al diritto a contrarre matrimonio *ex art. 12 CEDU.*

II.2 FILIAZIONE

1. Sul diritto a procreare: l'art. 8 CEDU e le pratiche di fecondazione assistita

II.3. AFFIDAMENTO DI MINORI IN CASO DI DIVORZIO

1. In tema di affidamento dei minori in caso di separazione dei genitori e sui diritti del genitore non affidatario.

II. 4. ADOZIONE

1. Sulle condizioni del consenso della madre naturale alla dichiarazione di abbandono del minore
2. Sull'adozione di minore da parte di single omosessuale
3. Sul divieto posto ad una persona single di una certa età di adottare un secondo bambino
4. Sulla revoca dell'adozione per divorzio dei genitori adottivi

II. 5. DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE

1. Sulla portata del divieto di discriminazione tra coppie sposate, coppie di fatto e altre convivenze, tra figli naturali e legittimi (artt. 8 e 14 CEDU)
2. In ordine al divieto di discriminazioni basate sulla nascita

II. 6. RICONGIUNGIMENTI FAMILIARI

1. Su stranieri e ricongiungimenti familiari
2. Su vita familiare ed espulsione di straniero.

I - RIFERIMENTI NORMATIVI

1. Convenzione europea dei diritti dell'Uomo

Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Articolo 12 - Diritto al matrimonio

A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.

Articolo 14 – 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 od ogni altra condizione.

Articolo 5 del Protocollo 7 – Parità tra i coniugi

I coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei figli.

2. Altre convenzioni stipulate in seno al Consiglio d'Europa

2.1 Convenzione europea sull'adozione dei minori (1967), ratificata dall'Italia nel 1976 e riveduta nel 2008. La revisione non è stata ancora firmata dall'Italia.

Riassunto

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.

Le nuove disposizioni introdotte dalla Convenzione sono le seguenti:

- È richiesto in ogni caso il consenso del padre, anche quando il minore è nato fuori dal matrimonio.
- È necessario il consenso del minore, se è in grado di esprimerlo.
- La Convenzione estende la possibilità di adozione a coppie eterosessuali non sposate, se registrate presso un registro delle unioni civili negli Stati che riconoscono tale istituzione. Lascia inoltre agli Stati la libertà di estendere la portata della Convenzione e di consentire l'adozione a coppie omosessuali e dello stesso sesso che vivono insieme nel quadro di una convivenza stabile.
- Il nuovo testo della Convenzione garantisce un miglior equilibrio tra il diritto del minore adottato di conoscere le proprie origini, e quello dei genitori biologici di rimanere anonimi.
- L'età minima per l'adottante deve essere compresa tra i 18 e i 30 anni, la differenza di età tra l'adottante e l'adottato deve essere preferibilmente di almeno 16 anni.

2.2 Convenzione europea sullo status giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio (1975), firmata dall'Italia nel 1981, ma non ancora ratificata.

Riassunto

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.

2.3 Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento dei minori (1980), ratificata dall'Italia nel 1995.

Riassunto

La Convenzione 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. Le autorità centrali sono incaricate in particolare:

- di assistere il richiedente nella sua azione;
- di rintracciare il luogo in cui si trova il minore;
- di evitare, anche attraverso misure provvisorie, che gli interessi del minore o del richiedente siano lesi;
- di assicurare il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni sulla custodia del minore;
- di assicurare la consegna del minore al richiedente quando l'esecuzione della decisione sia accordata.

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 è 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.

II - LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

II.1. MATRIMONIO E FAMIGLIA

1. Sulla nozione di matrimonio e di famiglia ai sensi dell'art. 12 CEDU

Ancora di recente la Corte EDU, constatando la violazione dell'art. 12 CEDU da parte della Polonia, il cui ordinamento non consente di contrarre matrimonio ad un soggetto detenuto in carcere, ha ribadito che la suddetta disposizione convenzionale: i) garantisce il diritto di un uomo e di una donna di sposarsi e di fondare una famiglia; ii) riconosce che spetta al legislatore nazionale disciplinare la materia sia sul piano procedurale che sostanziale, disciplinando ad esempio le condizioni del matrimonio; iii) chiarisce che il margine di apprezzamento degli Stati tuttavia non può estendersi sino al punto di introdurre limitazioni che intacchino il nucleo essenziale del diritto [si cfr. *Jaremowicz c. Polonia* (ricorso n. 24023/03), sentenza del 5 gennaio 2010 §§ 48-50 e di pari data e nello stesso senso: *Frasik c. Polonia* - ricorso 22933/02; si v. altresì *Hirst c. Regno Unito (n.2)* (ricorso n. 74025), sentenza del 6 ottobre 2005 (Grande Camera)].

Il giudice europeo ha precisato inoltre che le leggi nazionali non possono privare una persona o una categoria di persone (legalmente pienamente capaci) del diritto di sposarsi con una persona di loro scelta (§ 49).

A partire dal celebre caso *Goodwin c. Regno Unito* (ricorso n. 28957/05), sentenza dell'11 luglio 2002 (Grande Camera), spec. §§ 98-100, sul matrimonio tra transessuali, la Corte europea si è scostata dall'orientamento inaugurato col *caso Rees* del 1986 affermando che la possibilità di procreare e fondare una famiglia non è condizione del diritto a sposarsi.

Nel *caso Goodwin* la Corte chiarisce altresì che la garanzia del diritto a sposarsi di un uomo e di una donna non implica che il sesso debba essere determinato secondo criteri puramente biologici.

Proprio di recente, nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04), sentenza 22 giugno 2010, la Corte europea si è poi pronunciata sulla portata dell'art. 12 CEDU in riferimento al problema del matrimonio tra omosessuali.

Nella specie i ricorrenti, una coppia di cittadini tedeschi dello stesso sesso, lamentavano innanzi alla Corte di Strasburgo di essere stati discriminati a causa del loro orientamento sessuale (art. 14, in combinato disposto con l'articolo 8) dal momento che le autorità nazionali avevano negato loro il diritto di sposarsi e non avevano altra possibilità di riconoscimento legale del loro rapporto. I ricorrenti avevano chiesto alle autorità nazionali competenti di contrarre matrimonio e la

loro richiesta era stata respinta assumendo che il matrimonio può essere contratto solo tra due persone di sesso opposto. Essi avevano impugnato l'atto di diniego dinanzi al governatore regionale di Vienna e la Corte costituzionale, ma i loro ricorsi venivano respinti: sia il Governatore sia la Corte costituzionale ritenevano oggettivamente giustificata la limitazione della nozione di matrimonio al concetto tradizionale di matrimonio, riservato alle persone di sesso diverso.

Anche la Corte europea esclude che vi sia stata violazione dell'art. 12: pur ammettendo che la possibilità di procreare non è un elemento indispensabile ai fini di contrarre matrimonio civile (cfr. *Goodwin c. Regno Unito*, 2002), la necessità d'interpretare la Convenzione alla luce delle condizioni attuali non consente di giungere alla conclusione che l'art. 12 imponga agli Stati l'obbligo di garantire la possibilità di sposarsi alle coppie dello stesso sesso.

Tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, infatti, non c'è consenso sulla disciplina delle unioni omosessuali. La Corte osserva anche che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel garantire il diritto al matrimonio, pur senza fare riferimenti al sesso dei nubendi, conferisce al diritto dei singoli Stati la decisione sulla disciplina da adottare nei confronti delle coppie dello stesso sesso.

Le autorità nazionali, ribadisce la Corte EDU, si trovano nella posizione più adeguata per rispondere ai bisogni della società in questo settore, dato che il matrimonio è un istituto che ha profonde radici nella società e nella cultura nazionale e che, quindi, può differenziarsi grandemente tra i diversi Paesi.

Si segnala altresì, da ultimo, il caso *Dadouch c. Malta*, sentenza del 20 luglio 2010 sul rifiuto prolungato di registrazione di matrimonio contratto all'estero. La Corte afferma che, benché l'articolo 8 CEDU non imponga agli Stati un generale obbligo di rispettare la scelta di coppie sposate di risiedere nel loro territorio, il ritardo nell'accogliere la domanda di registrazione di un matrimonio contratto all'estero e l'opposizione di ostacoli burocratici a tale domanda può avere conseguenze che vanno al di là del tema dell'immigrazione e può incidere sulla vita privata e familiare sia dei cittadini che degli stranieri.

2. Sulla nozione di “vita familiare” nell'art. 8 CEDU e sulle differenze strutturali rispetto al diritto a contrarre matrimonio ex art. 12 CEDU.

Fin dalla sentenza *Marckx c. Belgio* (ricorso n. 683/74) del 13 giugno 1979, la Corte ha esteso la nozione di vita familiare di cui all'art. 8 anche alla famiglia non legittima che, nel caso di specie, era costituita da una madre e dalla figlia nata fuori dal matrimonio. E così nel caso *Keegan c. Irlanda*, sentenza del 26 maggio 1994 ha affermato che la nozione di famiglia di cui all'art. 8 non è limitata alle relazioni fondate sul matrimonio e può oltrepassare di fatto i legami familiari quando

le parti convivono fuori dal matrimonio. Nella specie la legge irlandese sull'adozione negava al padre naturale, convivente di fatto con un'altra donna al momento della nascita del figlio, il diritto di prestare il proprio consenso all'affidamento del bambino da parte della madre.

Ancora nel caso *X., Y. e Z. c. Regno Unito*, sentenza del 22 aprile 1997, la Corte europea ribadiva che la nozione di vita familiare non è limitata alle coppie sposate e sottolineava che i criteri rilevanti per la definizione sono *la convivenza della coppia, la lunghezza della relazione, la presenza di figli*. Occorre quindi accertare l'*esistenza di una relazione effettiva*. Nel caso di specie, la Corte riteneva si potesse parlare di "vita familiare" in relazione alla situazione di convivenza tra un transessuale, la compagna e la figlia nata dalla loro unione.

Nel caso *Jaremowicz c. Polonia* (ricorso n. 24023/03), sentenza del 5 gennaio 2010, la Corte dei diritti sottolinea le affinità e le differenze "strutturali" tra il diritto a contrarre matrimonio garantito dall'art. 12 CEDU e il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU; le differenze in particolare si riflettono sull'ampiezza del sindacato che può operare in materia la stessa Corte: nel caso dell'art. 12 CEDU, infatti, il controllo di conformità alla convenzione deve limitarsi alla verifica dell'arbitrarietà e sproporzionalità delle scelte operate dagli Stati in virtù del margine di apprezzamento che la Convenzione riserva loro in materia (§ 50).

Così anche nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia* (ricorso n. 16318/07), sentenza del 27 aprile 2010, la Corte ribadisce che l'art. 8 trova applicazione anche rispetto a legami familiari di fatto, in presenza di vincoli di natura affettiva. I ricorrenti si erano visti rigettare la domanda di adozione di un neonato che, subito dopo la nascita, era stato collocato provvisoriamente presso di loro, in quanto la madre aveva rifiutato di riconoscerlo. La Corte europea osserva che *l'art. 8 è applicabile anche* nei confronti dei ricorrenti, benché essi non abbiano potestà genitoriale sul bambino, perché tale disposizione si applica anche *ai legami familiari di fatto, in presenza di vincoli di natura affettiva*. La Corte, notando che i ricorrenti hanno vissuto con il bambino delle tappe importanti nella vita di quest'ultimo (in particolare, tutti gli stadi di sviluppo nei primi 19 mesi) e che questo appariva ben integrato nella famiglia, ravvisa una violazione dell'art. 8 nel rigetto della domanda di adozione e nel collocamento del minore presso un altro nucleo familiare.

II.2 FILIAZIONE

1. Sul diritto a procreare: l'art. 8 CEDU e le pratiche di fecondazione assistita

Nel caso *Evans c. Regno Unito*, sentenza del 10 aprile 2007 (Grande Camera), la ricorrente lamentava che il diritto del Regno Unito autorizzasse il suo partner a revocare il consenso già dato alla conservazione e all'utilizzazione di embrioni creati congiuntamente da loro due, il che le impediva di avere un figlio geneticamente suo (avendo successivamente subito l'asportazione delle

ovaie). La Corte nota che non è impedito alla ricorrente di divenire madre in senso sociale, giuridico e anche fisico, poiché il diritto interno non vieta né di adottare, né di avere un figlio concepito *in vitro* con i gameti di un donatore. Ritiene che la questione più circoscritta posta dalla ricorrente, circa il consenso del partner all'utilizzo di embrioni già creati congiuntamente, e quindi il vantato diritto al rispetto della decisione di divenire genitore genetico, rientra nel campo di applicazione dell'articolo 8. Nel caso si trovavano in conflitto diritti di due individui fondati sull'articolo 8, e l'interesse di ciascuno dei due era totalmente inconciliabile con quello dell'altro. Erano coinvolti altresì interessi di ordine generale come la tutela del principio del consenso e la certezza giuridica. La questione principale è sapere se l'applicazione fatta nella specie del diritto interno ha realizzato un giusto equilibrio fra gli interessi pubblici e privati concorrenti. I problemi sollevati rivestono un carattere eticamente delicato. Non esiste in questo campo un approccio comune da parte degli Stati membri. La Corte ritiene inoltre legittimo e auspicabile che gli Stati si diano un quadro giuridico che tenga conto della possibilità tecnica che, con la fecondazione *in vitro*, intercorra un lasso di tempo fra la creazione dell'embrione e il suo impianto nell'utero; e osserva che la legge britannica è stata adottata dopo un'analisi eccezionalmente minuziosa delle implicazioni sociali, etiche e giuridiche dei progressi in materia di fecondazione ed embriologia umana, e dopo un vasto dibattito. Le norme del diritto interno sul consenso e la sua revoca erano state nella specie osservate. Quanto all'equilibrio fra i diritti in conflitto fra loro, la Grande Camera ritiene che, specialmente in assenza di un consenso europeo sulla questione, non si può dare prevalenza al diritto della ricorrente al rispetto della sua scelta di avere un figlio biologico rispetto al diritto del partner al rispetto della sua volontà di non avere un figlio biologico con la ricorrente. La scelta legislativa di non ammettere eccezioni alla regola del consenso si fonda sulla preoccupazione di far prevalere il rispetto della dignità umana e della libera volontà nonché di realizzare un giusto equilibrio fra i soggetti che partecipano alla pratica della fecondazione *in vitro*. Gli interessi generali perseguiti sono secondo la Corte legittimi e compatibili con l'articolo 8. Essa conclude dunque che non vi è stata violazione dell'articolo 8. Quattro giudici hanno sottoscritto un'opinione dissenziente.

E' nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ricorso n. 57213/00), sentenza del 1° aprile 2010 (I Sezione), che per la prima volta la Corte europea affronta *funditus* il tema della fecondazione assistita.

I ricorrenti erano due coppie sposate: i due componenti della prima erano entrambi affetti da sterilità, e chiedevano di ricorrere alla fecondazione *in vitro* con ricorso allo sperma di un donatore (fecondazione eterologa); la seconda coppia chiedeva di ricorrere alla fecondazione *in vitro* con ricorso ad ovuli di una donatrice. La legge austriaca permette la donazione di sperma solo in casi eccezionali, ma con fecondazione *in vivo* e non *in vitro*, e vieta la donazione di ovuli. I

ricorrenti lamentavano la violazione dell'articolo 8 e dell'articolo 14 CEDU per la disparità di trattamento rispetto ad altre coppie che praticano la fecondazione assistita senza dover ricorrere alla donazione di sperma o di ovuli.

La Corte nota che non c'è un approccio uniforme da parte dei paesi membri sul tema della procreazione assistita, che gli Stati non sono tenuti ad autorizzare: ma, se l'autorizzano, la normativa deve essere coerente e tenere in conto i diversi legittimi interessi. Si chiede dunque se sia giustificata la disparità di trattamento lamentata dai ricorrenti.

Quanto alla prima coppia, la Corte osserva che la richiesta di fecondazione *in vitro* con ricorso allo sperma di un donatore combina due tecniche entrambe consentite dalla legge austriaca, se utilizzate separatamente (la fecondazione *in vitro* omologa, e la fecondazione *in vivo* con donazione di sperma). Essa ritiene non convincenti le ragioni addotte per vietare la combinazione delle due tecniche, e cioè la tesi secondo cui sarebbe difficile controllare l'applicazione della donazione di sperma con fecondazione *in vivo*, e giudica perciò non giustificata la differenza di trattamento lamentata, e dunque violato l'articolo 14 in combinazione con l'articolo 8.

Quanto alla seconda coppia, la Corte ritiene non convincenti gli argomenti addotti dal Governo austriaco, secondo cui il divieto assoluto della donazione di ovuli sarebbe l'unico mezzo per evitare i rischi (di sfruttamento delle donne o di utilizzo a fini eugenetici o rischi per la salute della madre) collegati a tale tecnica - rischi che valgono anche per le modalità consentite di fecondazione *in vitro*. Né condivide l'argomento secondo cui la donazione di ovuli creerebbe delle relazioni familiari inusuali, poiché anche con l'adozione si realizza una scissione fra legame di sangue e legame familiare giuridico. Ancora una volta dunque la Corte conclude per la violazione dell'articolo 14 in combinazione con l'articolo 8.

II.3. AFFIDAMENTO DI MINORI IN CASO DI DIVORZIO

1. In tema di affidamento dei minori in caso di separazione dei genitori e sui diritti del genitore non affidatario.

Nel caso *Hokkanen c. Finlandia* (ricorso n. 19823/92), sentenza del 23 settembre 1994, la Corte europea ricorda che l'obbligo per le autorità nazionali di approntare misure per facilitare la riunione tra genitori e figli non è assoluto. Se le autorità nazionali devono fare il massimo sforzo per agevolare il ricongiungimento, è comunque necessario considerare gli interessi, i diritti e le libertà di tutte le persone coinvolte. In particolare, prioritario è l'interesse del minore e, pertanto, quando i contatti con il padre rischierebbero di produrre una lesione dei suoi diritti, spetta alle autorità nazionali trovare un equo bilanciamento delle posizioni coinvolte.

Ciò che è decisivo è che le autorità nazionali compiano ogni tentativo possibile per agevolare il ricongiungimento, tenendo conto delle speciali circostanze di ciascun caso concreto.

Nel caso di specie un padre divorziato era stato privato della possibilità di vedere la figlia, affidata ai genitori della moglie dopo la morte di quest'ultima. I nonni della bambina si rifiutavano di farla incontrare con il padre, nonostante le decisioni dei giudici nazionali. La Corte europea ritiene che tale negazione del diritto di visita del ricorrente costituisca una violazione del suo diritto al rispetto per la vita familiare.

Nel caso *Sahin c. Germania* (ricorso n. 30943/96), sentenza dell' 8 luglio 2003, la Corte europea afferma che il diritto di visita del genitore non può essere disciplinato diversamente a seconda del fatto che i figli siano nati in costanza di matrimonio o al di fuori di esso.

Nel caso di specie, tuttavia, le autorità nazionali avevano negato al padre la possibilità di vedere la figlia in considerazione della situazione altamente conflittuale esistente tra questi e la madre. I giudici tedeschi avevano individuato nella forte ostilità della madre verso il padre i gravi motivi che consentivano la limitazione del diritto di visita.

La Corte europea, invece, ritiene che tale circostanza sia insufficiente a giustificare la discriminazione.

Nel caso *Macready contro Repubblica Ceca* (ricorsi n. 4824/06 e n. 15512/08), sentenza del 22 aprile 2010 (V Sezione), il ricorrente, cittadino americano, è padre di un bambino nato negli Stati Uniti e affidato congiuntamente ai genitori dopo il loro divorzio, ma portato dalla madre, senza il consenso del padre, nella Repubblica ceca, ove questi non era riuscito a ottenerne dai tribunali locali il ritorno negli USA, ma aveva potuto solo fruire di visite al figlio in forza di misure provvisorie. La Corte afferma che il legame fra il ricorrente e il figlio riguarda la vita familiare nel senso dell'articolo 8 CEDU, e condivide la filosofia cui si ispira la convenzione dell'Aia sugli aspetti civili del prelievo (sottrazione) internazionale di bambini. Tuttavia il tempo trascorso rendeva praticamente non realizzabile il ritorno del bambino negli Stati Uniti, che avrebbe potuto danneggiarlo aggravando i suoi disturbi di tipo autistico. Ma la Corte afferma che il ricorrente non aveva potuto ottenere adeguate possibilità di avere relazioni con il figlio, in quanto i tribunali della Repubblica ceca non avevano preso alcuna misura atta a creare *pro futuro* le condizioni necessarie alla realizzazione del diritto di visita del padre. Pertanto la Corte conclude che il diritto del ricorrente al rispetto della vita familiare non era stato protetto in modo effettivo, con violazione dell'articolo 8.

Nel caso *Zaunegger contro Germania* (ricorso n. 22028/04), sentenza del 3 dicembre 2009 (V Sezione), il ricorrente è padre naturale di una figlia che aveva vissuto, dopo la separazione della

coppia genitoriale, dapprima col padre, quindi con la madre, la quale non consentiva a chiedere l'affidamento congiunto. Il codice civile tedesco non prevede che l'affidamento congiunto di un figlio naturale possa essere disposto senza il consenso di entrambi i genitori, e la relativa norma era stata giudicata non illegittima dalla Corte costituzionale, secondo cui il legislatore aveva potuto legittimamente supporre che l'affidamento congiunto contro la volontà di uno dei genitori presentasse più inconvenienti che vantaggi per i figli. Secondo la Corte europea l'interessato è stato trattato in modo diverso rispetto ai genitori sposati o divorziati, per i quali non è necessario il consenso di entrambi per l'affidamento congiunto, e questa differenza di trattamento può giustificarsi solo con dei motivi particolarmente imperiosi. Essa riconosce che le decisioni dei giudici nazionali perseguivano il fine legittimo di proteggere l'interesse superiore del minore: ma ritiene, a differenza delle autorità interne, che non si può presumere che l'affidamento congiunto senza il consenso della madre sia contrario all'interesse del bambino. Benché sul punto non vi sia consenso comune fra gli Stati membri, l'elemento fondamentale comune alla maggioranza degli Stati è che le decisioni in materia devono fondarsi sull'interesse superiore del minore ed essere sottoposte al controllo del giudice anche in caso di conflitto fra i genitori. Inoltre non appariva dimostrata la ragione per cui i tribunali dovrebbero avere meno poteri rispetto a quelli che esercitano nei riguardi dei padri sposati. Pertanto la Corte ritiene che non vi sia un rapporto di proporzionalità fra il divieto per il giudice di modificare l'originario affidamento alla madre, previsto dalla legge, e lo scopo perseguito di proteggere l'interesse superiore del minore. Vi è stata dunque violazione dell'articolo 8 CEDU.

Sull'esercizio del diritto di visita di un padre non affidatario del figlio nel contesto di lunghi periodi di soggiorno all'estero della madre va ricordato il caso *R.R contro Romania* (ricorso n. 1188/05) sentenza del 10 novembre 2009 (III Sezione). La Corte, nel caso di un padre non affidatario, a cui favore è stato stabilito il diritto di visita del figlio, che la madre affidataria portava con sé per lunghi soggiorni all'estero (negli Stati Uniti), afferma che l'articolo 8 CEDU, interpretato alla luce della convenzione dell'Aia sugli aspetti civili della sottrazione (prelevamento) internazionale di minori, non pone a carico degli Stati una obbligazione positiva tendente al ritorno in patria del minore, ma solo l'obbligo di adottare delle misure per il rientro del minore ai fini dell'esercizio del diritto di visita del padre.

II. 4. ADOZIONE

1. Sulle condizioni del consenso della madre naturale alla dichiarazione di abbandono del minore

Nel caso *Todorova c. Italia* (ricorso n. 33932/06), sentenza del 13 gennaio 2009, la ricorrente aveva dato alla luce due gemelli, senza però riconoscerli immediatamente e anzi chiedendo di rimanere anonima e di poter beneficiare di un periodo di riflessione prima di decidere sul da farsi.

Nel frattempo, i minori erano stati collocati in un centro d'accoglienza ed era stato nominato loro un tutore provvisorio. Dopo alcune settimane, il tribunale italiano ha dichiarato i minori adottabili. La ricorrente aveva chiesto che la procedura di adozione fosse sospesa, ma i giudici hanno rigettato la richiesta.

La Corte europea, ribadendo che in tali situazioni complesse deve essere data preminenza all'interesse del minore, giudica troppo radicale la decisione del tribunale italiano di dichiarare adottabili i due gemelli pochi giorni dopo la nascita e senza chiedere il parere della madre. L'Italia è stata ritenuta responsabile di una violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto non ha adempiuto all'obbligo di verificare che il consenso dato dalla madre all'abbandono dei suoi figli fosse chiaro e inequivocabile.

2. Sull'adozione di minore da parte di single omosessuale

Nel caso *E.B. c. Francia* (ricorso n. 6339/05), sentenza del 10 aprile 2007 (Grande Camera), la ricorrente, celibe e omosessuale, ricorreva contro il rifiuto delle autorità francesi di assentire a una domanda di adozione.

La Corte europea osserva che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la questione dell'attitudine della compagna, con la quale ha stabilito una relazione stabile, a prendersi cura del minore non è senza rilievo, perché attiene alle condizioni nelle quali questo si troverà a vivere.

Tuttavia, nonostante la motivazione del provvedimento di diniego facesse riferimento solo allo stato celibe della ricorrente (si noti che in Francia le persone non sposate possono presentare domanda di adozione), l'istruttoria ha consentito di accertare che, in realtà, le autorità interne hanno respinto la richiesta perché era stata presentata da una persona omosessuale. Per questo la Corte dichiara la violazione degli art. 8 e 14 CEDU.

3. Sul divieto posto ad una persona single di una certa età di adottare un secondo bambino

Nel caso *Schwizgebel contro Svizzera* (ricorso n. 25762/07), sentenza del 10 giugno 2010 (I Sezione), la Corte ha giudicato che non vi è stata violazione dell'articolo 8 per il fatto che le

autorità svizzere hanno negato ad una donna single di 47 anni e mezzo, che già aveva un figlio adottato otto anni prima, l'autorizzazione ad adottare un secondo figlio, a causa dell'eccessivo divario di età. La Corte ha ritenuto, stante il largo margine di apprezzamento riservato agli Stati in questa materia, che nella specie la determinazione delle autorità interne non sia stata arbitraria ma ispirata all'interesse superiore del minore adottando e dell'altro figlio adottivo della ricorrente. Il criterio della differenza di età fra adottante e adottato non era fissato in maniera rigida dalla legge ma è stato applicato dal Tribunale svizzero in modo elastico e avendo riguardo alle circostanze del caso concreto.

4. Sulla revoca dell'adozione per divorzio dei genitori adottivi

Nel caso *Kurochkin c. Ucraina* (ricorso n. 42276/08), sentenza del 20 maggio 2010, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla revoca dell'adozione. Le autorità ucraine avevano disposto la revoca dell'adozione di un figlio da parte del ricorrente e della di lui moglie successivamente divorziata, su richiesta di questa, a causa dell'atteggiamento aggressivo dell'adottato nei confronti della madre adottiva, non difesa dal padre adottivo. La Corte ha ritenuto che la misura, ancorché prevista dalla legge e diretta ad uno scopo legittimo, e nonostante il margine di apprezzamento riservato allo Stato in materia, non sia stata proporzionata e "necessaria in una società democratica", ritenendo ingiustificata la statuizione secondo cui il padre adottivo non sarebbe stato idoneo a crescere il figlio in un ambiente familiare. Vi è stata dunque violazione dell'articolo 8 CEDU.

II. 5. DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE

1. Sulla portata del divieto di discriminazione tra coppie sposate, coppie di fatto e altre convivenze, tra figli naturali e legittimi (artt. 8 e 14 CEDU)

Nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04), sentenza 22 giugno 2010 (già richiamata sopra), la Corte esclude anche che vi sia stata violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8. Il giudice della Convenzione riconosce che la situazione dei ricorrenti, coppia omosessuale convivente in maniera stabile, ricade nella nozione di "vita familiare", come vi ricadrebbe, in ipotesi, la situazione di una coppia di conviventi eterosessuali.

Tuttavia, la Convenzione deve essere letta in maniera armonica: avendo escluso che l'art. 12 imponga agli Stati di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, si deve altresì respingere la tesi che quest'obbligo possa ricavarsi dall'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8.

Inoltre, la Corte non ritiene costituiscono una discriminazione le differenze di disciplina tra le coppie sposate e quelle meramente registrate presso il Registro delle Unioni civili (Registered

Partnership Act). Il fatto che uno Stato scelga di offrire alle coppie dello stesso sesso una forma di riconoscimento alternativa al matrimonio non gli impone di conferire loro uno status equivalente a quello delle coppie sposate.

Nel caso *Kozak c. Polonia* (ricorso n. 13102/02), sentenza del 2 marzo 2010 (IV Sezione), giunge ancora alla Corte un ricorso avente ad oggetto il diritto di successione nel contratto di locazione di coppie omosessuali, già considerato nel precedente di Grande Camera *Karner c. Austria* (ricorso n. 40016/98).

La Corte dei diritti constata la violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU. Il giudice europeo ribadisce che quando una differenziazione di trattamento tocca la sfera intima e vulnerabile dell'orientamento sessuale devono ricorrere gravi ragioni giustificatrici, considerato lo stretto scrutinio sul margine di apprezzamento che la Corte è tenuta a condurre. E' comunque violata la Convenzione se le ragioni giustificatrici della differenziazione di trattamento sono basate esclusivamente sull'orientamento sessuale del ricorrente. Nella specie le autorità polacche avevano giustificato la disparità di trattamento tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali allo scopo di proteggere la famiglia fondata sull'unione di un uomo e di una donna ai sensi dell'art. 18 della Costituzione. La Corte europea ammette che tale ragione possa giustificare una differenza di trattamento, tuttavia, reputa che a tale scopo siano molteplici le misure che uno Stato può adottare, anche tenendo conto dell'evoluzione della società, conciliando gli opposti punti di vista ed interessi sottesi al bilanciamento tra la protezione della famiglia in senso tradizionale e i diritti delle minoranze sessuali.

Nel caso *Burden e Burden c. Regno Unito* (ricorso n. 13378/05), sentenza 12 dicembre 2006, la Corte europea, in un passaggio della motivazione, afferma che la diversità di trattamento, per quanto riguarda la pensione di reversibilità, tra una persona non sposata che abbia convissuto a lungo con il defunto e una vedova nella stessa situazione, è giustificata, perché il matrimonio rimane un'istituzione che conferisce un particolare *status* a coloro che vi entrano. La Corte ha deciso nel caso *Shackell* che la promozione del matrimonio mediante la concessione di benefici per il vedovo (o la vedova) non può dirsi eccedente il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati. Nel caso di specie, peraltro, lo Stato aveva reso disponibili questi benefici anche alle coppie omosessuali, ma li negava a persone che, come le ricorrenti, convivevano da tempo senza avere una relazione sentimentale. Secondo la Corte, tale disciplina può ritenersi giustificata.

2. In ordine al divieto di discriminazioni basate sulla nascita

Nel caso *Marckx contro Belgio* (ricorso n. 683/74), sentenza del 13 giugno 1979 (già richiamata sopra), la ricorrente, figlia illegittima, chiedeva una quota dell'eredità materna.

La Corte europea ha ricordato che la giurisprudenza europea sull'art. 8 non distingue la famiglia "legittima" da quella "illegittima", perché tale discriminazione sarebbe incompatibile con i termini "ogni persona" che si trovano nel testo della disposizione. L'interpretazione ampia dell'art. 8 è confortata dal testo dell'art. 14, che vieta discriminazioni basate sulla "nascita".

La Corte ha concluso che la ricorrente era stata vittima di una violazione dell'art. 8, in combinato disposto con l'art. 14, perché la legge limitava la sua possibilità di ereditare beni dalla madre ed escludeva ogni diritto ereditario sulle proprietà della famiglia materna.

II. 6. RICONGIUNGIMENTI FAMILIARI

1. Su stranieri e ricongiungimenti familiari

Nei casi in cui vengono in rilievo la vita familiare e l'immigrazione, l'ampiezza della discrezionalità dello Stato nell'ammettere o meno sul suo territorio i congiunti di persone che già vi risiedono varia a seconda della particolare situazione delle persone coinvolte e dell'interesse generale. I fattori che devono essere presi in considerazione sono: 1) in quale misura vi è effettivamente un ostacolo alla vita familiare; 2) l'estensione dei legami che le persone coinvolte hanno con lo Stato membro interessato; 3) l'esistenza o meno di ostacoli insormontabili a che la famiglia viva nel paese di origine di una delle persone coinvolte; 4) l'esistenza di elementi riguardanti il controllo dell'immigrazione (come precedenti infrazioni alle leggi sull'immigrazione) o di considerazioni di ordine pubblico che depongano a favore di una esclusione. [Si cfr. es. *Solomon c. Paesi Bassi* (ricorso n. 44328/98), decisione del 5 settembre 2000].

Nel caso *Ahmut c. Paesi Bassi* (ricorso n. 73/1995/579/66), sentenza del 28 novembre 1996, la Corte di Strasburgo ha ribadito i principi fissati nella sentenza *Gül*, secondo i quali lo Stato non è obbligato ad autorizzare la scelta dello straniero circa il luogo nel quale sviluppare la propria vita familiare ed ha perciò concluso nel senso che il mancato rilascio di un permesso di soggiorno ad un minore non concretava nella specie una violazione dell'art. 8 CEDU, potendosi svolgere altrove la vita familiare.

2. Su vita familiare ed espulsione di straniero.

Nel caso *Omojudi c. Regno Unito* (ricorso n. 1820/08), sentenza del 24 novembre 2009 (IV Sezione), un cittadino nigeriano, residente da ventisei anni nel Regno Unito, dove vivevano i suoi tre figli, tutti cittadini britannici, uno dei quali padre di una figlia di due anni, era stato colpito da ordine di espulsione giustificato da esigenze di prevenzione del crimine e di protezione della salute e della morale, a seguito di alcune condanne di cui l'ultima – successiva al rilascio di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato – a quindici mesi di reclusione per un lieve fatto di violenza

sessuale. La Corte, stante la solidità dei legami familiari del ricorrente nel Regno Unito, la durata della sua residenza e le difficoltà che i figli avrebbero dovuto affrontare se costretti a tornare in Nigeria, ha ritenuto che l'espulsione non fosse proporzionata al legittimo scopo perseguito, con conseguente violazione dell'articolo 8 CEDU.