
IL DIRITTO ITALIANO DELLA FAMIGLIA E MINORILE ALLA PROVA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Europa e Diritto Privato, fasc.4, 2016, pag. 1059

Joëlle Long

Classificazioni: TRATTATI E CONVENZIONI INTERNAZIONALI - Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Sommario: 1. Il « sistema Cedu » come fonte del diritto familiare e minorile. - 2. I capisaldi di Strasburgo. - 3.1. L'impatto sull'ordinamento italiano: premessa. - 3.2. Le unioni civili e le convivenze di fatto. - 3.3. Il cognome di famiglia. - 3.4.1. La continuità degli affetti del minorenne - 3.4.2. Il diritto di visita del genitore non coabitante. - 3.4.3. La continuità degli affetti nell'affidamento familiare e nell'adozione. - 4. Diritti umani e diritto familiare: una lettura in chiaroscuro.

1. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU), così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Cedu), costituisce oggi una delle fonti normative di maggior rilievo per il diritto di famiglia e minorile italiano (1).

È certamente vero che i giudici di Strasburgo hanno un approccio casistico che evita statuizioni di principio e che preferiscono prudentemente attendere un ampio *consensus* tra i Paesi membri del Consiglio d'Europa prima di rilevare una violazione della Convenzione europea (2). Pur tuttavia, in alcuni ambiti del diritto familiare l'Italia ha oggi una posizione progressivamente minoritaria nel panorama europeo, sebbene indubbiamente l'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze") abbia attenuato le differenze rispetto agli altri Paesi dell'Europa occidentale per quanto concerne i diritti delle coppie dello stesso sesso (sul punto cfr. *infra* par. 3). Oltre a ciò, in particolare negli ultimi venti anni, la dottrina delle obbligazioni positive (3), il riconoscimento dell'efficacia della Convenzione europea anche nelle relazioni orizzontali tra individui (4) e un'interpretazione evolutiva del testo convenzionale (5) hanno consentito alla Corte europea di delineare alcuni principi di grande rilievo pratico per il diritto italiano della famiglia e dei minori, anche evidenziando specifici *vulnera* nel nostro ordinamento e prefigurando future condanne del nostro Paese, alcune poi puntualmente avvenute (vd. *infra* nel testo).

In effetti, dal 1999 (6) a oggi, l'Italia ha subito trenta condanne in materia in senso lato « familiare » (7). Venticinque sentenze hanno rilevato la violazione del diritto al rispetto della vita familiare. I temi più ricorrenti sono stati: l'interruzione dei contatti tra minore e genitore non coabitante (sette casi) o nonni (un caso) a seguito della scissione della coppia genitoriale; una frettolosa e superficiale dichiarazione dello stato di adottabilità (otto casi). Tre sentenze hanno censurato la violazione dei diritti processuali dei genitori nel quadro di procedimenti *de potestate*. Le condanne si sono intensificate negli ultimi anni: nel 2015 si sono avute ben sei pronunce. Altre se ne attendono, se il legislatore non interverrà per porre fine alle carenze strutturali evidenziate dalla Corte (cfr. *infra* par. 3).

A influenzare il nostro diritto della famiglia contribuiscono non solo le sentenze di condanna dell'Italia, ma anche le pronunce che sanzionano ordinamenti simili a quello italiano *sub specie materiae*: è il caso della sentenza *B. e L. c. Regno Unito* in cui la Cedu ha condannato lo Stato convenuto per violazione del diritto di contrarre matrimonio di una coppia cui le leggi nazionali impedivano di sposarsi in ragione dell'esistenza tra i partner di un vincolo di affinità, salvo un defatigante procedimento di autorizzazione (8). Infine,

fondamentali elementi di rimeditazione del diritto di origine interna si traggono dalle sentenze che non hanno condannato lo Stato convenuto in ragione della presenza di “correttivi” che invece mancano all'ordinamento italiano. La sentenza *Odièvre c. Francia* (13 febbraio 2003) per esempio ha preannunciato la condanna del nostro Paese nel caso *Godelli c. Italia* (25 settembre 2012), avendo fatto salvo l'ordinamento francese in virtù dell'introduzione per via legislativa nel 2002 di alcuni strumenti di promozione del diritto dell'adottato figlio biologico di una partoriente anonima di conoscere le sue origini familiari e genetiche, primo tra tutti l'interpello della donna sulla volontà di mantenere l'anonimato al momento della richiesta del figlio adulto di conoscere l'identità della stessa. La sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* ha invece reso facilmente prevedibile la condanna *Oliari e al. c. Italia* (21 luglio 2015): lo Stato convenuto aveva infatti evitato la condanna poiché, pur negando l'accesso al matrimonio delle coppie dello stesso sesso, al momento della pronuncia della sentenza era entrata in vigore una riforma legislativa che introduceva la possibilità per le coppie *same sex* di registrare la loro unione e attribuiva a tale registrazione conseguenze quasi equivalenti a quelle della celebrazione del matrimonio. La sentenza *Hämäläinen c. Finlandia* (16 luglio 2014) delinea poi i contenuti fondamentali delle unioni civili per le coppie dello stesso sesso. Altri esempi (che verranno esaminati *infra* par. 3) sono *Harroudj c. Francia* (4 ottobre 2012) che, in parte, anticipa *Zhou c. Italia* (21 gennaio 2014); *Karner c. Austria* (24 ottobre 2003) che, in parte, anticipa *Taddeucci e al. c. Italia* (30 giugno 2016).

L'analisi della giurisprudenza nazionale dimostra che l'efficacia diretta e immediata del « sistema Cedu » è limitata ma crescente. La disapplicazione delle norme interne a opera del giudice di merito è infatti esclusa, salvo il caso in cui la vicenda sia stata già l'oggetto di una pronuncia di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo (9). La Corte costituzionale rifugge l'utilizzo delle norme convenzionali quale parametro di costituzionalità, pur attribuendo loro talvolta un rilievo decisivo *ad interpretandum* (10). Invece, i giudici di merito e di legittimità utilizzano la Convenzione europea per interpretare il diritto interno rinforzando *rationes decidendi* fondate sul diritto domestico (11)e, ma meno frequentemente per sollevare questioni di legittimità costituzionale per violazione (anche) dell'art. 117 cost. (12).

Numerose riforme di diritto sostanziale di recente approvazione si fondano (anche) sull'esigenza di dare esecuzione a principi di diritto posti dalla Corte di Strasburgo (13). Il caso più noto è certamente quello della già citata legge n. 76/2016: l'esperienza recente ci ha mostrato come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e più in generale l'“argomento europeo” siano stati largamente invocati nelle discussioni sull'*an* e sul *quomodo* delle unioni civili (14). Ma vi sono altri esempi. La l. 19-10-2015 n. 173 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare attua i principi posti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Moretti e Benedetti c. Italia* (27 aprile 2010). Il 18 giugno 2015 la Camera dei Deputati ha approvato un testo unificato di alcune proposte di legge, finalizzato ad ampliare la possibilità dell'adottato adulto che alla nascita fosse stato registrato come figlio di ignoti di conoscere le proprie origini biologiche in attuazione delle indicazioni contenute nella sentenza *Godelli c. Italia* e nella susseguente già citata sentenza costituzionale 278 del 2013.

2. I principi fondamentali per il diritto della famiglia e minorile posti dalla Convenzione europea, così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo sono, in ordine di rilevanza: a) il diritto al rispetto della vita familiare; b) il divieto di discriminazioni sulla base del sesso e dell'orientamento sessuale; c) il diritto al rispetto della vita privata nelle scelte procreative e nella costruzione dell'identità personale.

a) L'art. 8 co. 1 CEDU riconosce e garantisce il diritto individuale al “rispetto” della “vita familiare”, oltre al diritto alla vita privata (su cui *infra* nel testo), al domicilio e alla corrispondenza. Il co. 2 precisa che l'esistenza di un'“ingerenza di un'autorità pubblica”

nella vita familiare non comporta tuttavia necessariamente una violazione della summenzionata norma convenzionale: il *vulnus* sussiste solo qualora l'interferenza non sia "prevista dalla legge" (15) o — soprattutto — sia sproporzionata (16) rispetto agli obiettivi di interesse generale ("sicurezza nazionale,... pubblica sicurezza,... benessere economico del paese,... difesa dell'ordine e... prevenzione dei reati,... protezione della salute o della morale") o particolare ("protezione dei diritti e delle libertà altrui") pur legittimi perseguiti. Specificazione dell'art. 8 è poi l'art. 12 CEDU che protegge il diritto a "sposarsi" e "fondare una famiglia".

L'analisi della giurisprudenza della Cedu mostra come la prescrizione di rispetto della vita familiare contenuta nell'art. 8 abbia negli anni esteso la sua protezione a una serie di interessi e situazioni originariamente non immaginati dai redattori del testo e non coperti da altri articoli, facendo della norma una delle disposizioni della Convenzione più rilevanti (17). Di limitata rilevanza appare invece l'art. 12, quantomeno a oggi: il diritto di «fondare» una famiglia presuppone l'esistenza di una famiglia e non ha quindi sostanzialmente rilevanza autonoma rispetto al diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8; per quanto concerne il diritto al matrimonio, la presenza nel testo dell'art. 12 di un espresso rinvio alla competenza statale ha legittimato fino a ora un atteggiamento particolarmente prudente della Corte europea che ha solo in contate occasioni rilevato la violazione dell'art. 12 (18).

Un primo elemento di interesse nelle pronunce della Corte di Strasburgo sugli artt. 8 e 12 è l'individuazione della « famiglia » meritevole di tutela. I giudici europei radicano infatti tale nozione nel dato fattuale, cioè nell'esistenza tra i soggetti di « stretti legami personali » (19) e quindi di condotte che sono comunemente ritenute tipiche delle « famiglie ». Per la relazione di coppia sono ritenuti infatti elementi caratterizzanti la durata della relazione, la coabitazione, la solidarietà materiale (20); per la relazione tra adulti e minori la coabitazione e un accudimento continuato (21). Si ammette poi l'esistenza di un famiglia anche qualora l'instaurazione della condotta « parafamiliare » non abbia potuto nei fatti essere instaurata a causa di un'ingerenza indebita dello Stato (22). Il dato legale (matrimonio, esistenza di un rapporto giuridico di filiazione) acquista invece rilevanza solo se e nella misura in cui sia accompagnato dal dato fattuale. In forza di tale ragionamento, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di una vita familiare tra partner conviventi more uxorio dello stesso sesso (*Schalk e Kopf c. Austria*, cit.), tra coppie stabili che per ragioni socio-economiche avevano ritenuto di non coabitare (*Vallianatos e altri c. Grecia*, cit.) (23), tra gli affidatari e il minore da tempo inserito presso il loro nucleo familiare (*Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010), tra una coppia e il minore accudito come figlio pur essendo privo di legami genetici con i coniugi in quanto avuto all'estero mediante il ricorso alla maternità per surrogazione (*Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015). È stata invece negata l'esistenza di una vita familiare tra la madre biologica che avesse al momento del parto scelto l'anonimato e il figlio adulto adottato da terzi che chiedeva l'accesso alle proprie origini genetiche: l'accesso alle informazioni è infatti funzionale alla costruzione della personalità dell'adottato e non alla costruzione di una vita familiare in quanto l'accesso è senza effetti sullo stato civile dei soggetti coinvolti (*Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2003, par. 28).

Un secondo elemento di interesse è che il dovere dello Stato di "rispetto" non implica solo il divieto per le autorità pubbliche di astenersi direttamente dal porre in atto ingerenze indebite tramite una condotta *commissiva* (pensiamo all'allontanamento ingiustificato di un minore dai genitori (24) o all'introduzione di limiti defatiganti e sproporzionati per contrarre matrimonio (25)). Ugualmente censurabili sono infatti le azioni *omissive*, come il mancato allontanamento di un minore dalla famiglia nucleare nel caso in cui invece sarebbe necessario (26), l'inadeguato coinvolgimento dei genitori nei procedimenti giudiziari *de potestate* (27), la mancata previsione di una modalità di formalizzazione della relazione di

coppia tra partner dello stesso sesso con effetti sostanzialmente corrispondenti a quelli del matrimonio (28). Oltre a ciò, come già accennato, sussiste un dovere dello Stato di adoperarsi per evitare che l'ingerenza avvenga nei rapporti *tra privati*. In applicazione di tale interpretazione, per esempio, l'Italia è stata condannata nei casi *Bove* (30 maggio 2005), *Piazzi* (2 novembre 2010), *Lombardo* (29 gennaio 2013), *Santilli* (17 dicembre 2013), *Bondavalli* (17 novembre 2015), *Cincimino* (28 aprile 2016) e *Strumia* (23 luglio 2016) per non aver adottato le misure atte a promuovere il diritto di visita del genitore non coabitante in casi di scissione della coppia genitoriale.

Nella valutazione del carattere indebito dell'ingerenza assume un ruolo primario il giudizio di pertinenza e sufficienza dei motivi che hanno determinato l'ingerenza e della proporzionalità dell'ingerenza rispetto agli obiettivi pur legittimi perseguiti (29). Nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, per esempio, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali, stante l'assenza obiettiva di un legame genetico tra la coppia italiana "committente" e il minore nato all'estero da maternità surrogata, non avessero adottato una decisione "irragionevole" negando la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'atto di nascita straniero del minore privo di legami genetici con entrambi i genitori "committenti", condannando però l'Italia quanto alla decisione di allontanare il minore dai coniugi poiché non era stata provata in concreto la loro inidoneità genitoriale (30).

b) L'art. 14 CEDU garantisce il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione senza nessuna discriminazione (31). La lettera della norma menziona tra i parametri di possibile discriminazione il sesso e la nascita. Con riferimento al sesso, la questione più dibattuta è quella del cognome della famiglia (cfr. *Burghartz c. Svizzera*, *Ünal Tekeli c. Turchia*, *Cusan e Fazzo c. Italia* su cui diffusamente *infra*) (32). Per quanto concerne le discriminazioni in base alla nascita, la Corte si è ripetutamente occupata di cause riguardanti le differenze di trattamento a sfavore dei figli nati fuori del matrimonio, rilevando numerose violazioni (il *leading case* è stato la sentenza *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979). La Corte europea ha poi progressivamente incluso nella locuzione generica "ogni altra condizione" l'orientamento sessuale (a partire da *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981) e l'identità di genere (cfr. *Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002).

Onde garantire agli Stati contraenti una certa discrezionalità nell'attuazione dei diritti convenzionali, la Corte di Strasburgo afferma che una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se non persegue un fine legittimo o non vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e il fine da realizzare (33). L'esistenza di un trattamento differenziato fondato su sesso, identità di genere, orientamento sessuale o nascita fonda però una presunzione di trattamento discriminatorio: infatti solo ragioni particolarmente convincenti sono in grado di legittimare un trattamento differenziato. Nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia* (7 gennaio 2014), per esempio, la Corte ha ritenuto che la regola della trasmissione del cognome paterno ai figli non è di per sé discriminatoria, ma che lo è invece a causa della sua rigidità, l'impossibilità per la madre di trasmettere il proprio cognome alla prole, pur in presenza del consenso dell'altro genitore (34).

Secondo la Corte, peraltro, il trattamento discriminatorio è integrato non solo nel caso in cui siano trattate in modo ingiustificatamente diverse situazioni simili, ma anche nel caso in cui siano assimilate situazioni diverse. Nel caso *Taddeucci e MC Call c. Italia* (30 giugno 2016), la Corte ha infatti condannato il nostro Paese per avere assimilato nella esclusione dalla nozione di "membro della famiglia" di cui alla normativa sul permesso di soggiorno il partner omosessuale: l'impossibilità per le coppie dello stesso sesso di formalizzare la loro relazione di coppia poneva infatti tali coppie in una situazione diversa da quelle delle coppie conviventi eterosessuali (35).

c) L'art. 8 CEDU, oltre a (e prima di (36)) garantire il diritto individuale al rispetto della vita familiare, protegge la vita privata, cioè — secondo i giudici di Strasburgo — il libero

sviluppo della propria personalità individuale. In negativo viene infatti riconosciuto all'individuo il diritto a essere lasciato solo (*right to be let alone*) e quindi per esempio il diritto all'autodeterminazione nella sfera sanitaria e nella sfera sessuale. In positivo, gli si attribuisce invece il diritto a instaurare relazioni con il prossimo nel rispetto della propria identità personale (*false light privacy*): da qui il riconoscimento del diritto al nome (37), alla corrispondenza degli atti di stato civile all'identità di genere (38), alla vita sessuale (39), a non subire ingerenze nelle scelte procreative (40) e ad accedere alle informazioni sulle proprie origini in senso lato familiari ai fini della costruzione dell'identità personale (41).

3.1. Per valutare l'impatto del « sistema Cedu » sul diritto della famiglia e minorile italiano, occorre analizzare quantitativamente e qualitativamente le possibili frizioni tra la Convenzione, così come interpretata dalla Corte europea, e l'ordinamento interno.

A tal fine, appare anzitutto opportuno distinguere tra le vere e proprie carenze strutturali del nostro sistema e le violazioni derivanti da prassi censurabili.

Nel primo caso la Corte censura un vuoto di tutela che discende effettivamente dalle regole consolidate nell'ordinamento (non importa se di fonte legislativa o giurisprudenziale). Il risultato è pertanto che la condanna va oltre il singolo ricorrente ed è in grado di riconoscere protezione a un'ampia categoria di persone. Nella pratica spesso tali sentenze di condanna nascono da un « contenzioso strategico ». Talvolta — ma a oggi in nessun caso italiano in materia familiare — assumono la forma di « sentenze pilota ». Esempi di condanne dell'Italia per carenze strutturali sono anzitutto i casi già menzionati della mancanza nel nostro ordinamento di modalità di formalizzazione della relazione di coppia di partner omosessuali (*Oliari c. Italia*, cit.) o della regola dell'attribuzione del cognome paterno (*Cusan e Fazzo c. Italia*, cit.) (42), o dell'impossibilità per il figlio adulto di partoriente anonima che sia stato poi adottato da terzi di conoscere le sue origini genetiche (*Godelli c. Italia*, cit.), o — seppur di minor rilievo pratico — della rigidità della disciplina degli impedimenti matrimoniali per affinità (*B e L c. Regno Unito* cit.).

A prassi censurabili paiono invece imputabili una non sufficientemente incisiva tutela del diritto di visita del genitore non coabitante, solitamente il padre (*Bove c. Italia*, *Lombardo c. Italia*, *Santilli c. Italia*, *Bondavalli c. Italia*, *Cincimino c. Italia*, *Strumia c. Italia*), una certa sbrigatività nelle dichiarazioni dello stato di adottabilità di minori con genitori « fragili », ma non maltrattanti (*Todorova c. Italia*, *Zhou c. Italia*, *Akinnibosun c. Italia*, *S. H. c. Italia*), le forti limitazioni ai contatti tra minore in affidamento extrafamiliare e famiglia di origine (*E. P. c. Italia*, *Scozzari e Giunta c. Italia*, *Clemeno e al. c. Italia*, *Roda e Bonfatti c. Italia*), il disconoscimento dei diritti processuali dei genitori nei procedimenti *de potestate*, particolarmente nel caso di allontanamenti di urgenza (*Covezzi e Morselli c. Italia*).

Nel prosieguo approfondirò i temi che, a mio avviso, rivestono oggi una maggior rilevanza pratica.

3.2. Nella sentenza *Oliari e al. c. Italia* la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato il nostro Paese per la violazione del diritto di alcune coppie omosessuali al rispetto della vita familiare in ragione della mancanza di un riconoscimento giuridico e dell'inadeguata tutela delle relazioni di coppia tra partner dello stesso sesso in Italia (43). Secondo i giudici di Strasburgo, i ricorrenti non avevano infatti alcuna possibilità di « accesso a uno specifico quadro giuridico (...) in grado di permettere il riconoscimento del loro status e garantire loro alcuni diritti relativi a una coppia che ha una relazione stabile » (44) e ciò in considerazione da un lato della loro esclusione dal matrimonio e dell'inesistenza in Italia di forme di unione civile o registrata e dall'altro dalla carenza e incertezza della tutela garantita dalla legge e dalla giurisprudenza alle convivenze di fatto (45). La censura è dunque duplice e attiene sia all'esclusione delle coppie *same sex* da qualunque riconoscimento giuridico dello status di coppia, mediante matrimonio o unione civile o registrata, sia all'insufficiente tutela offerta dal diritto vivente alle unioni

omosessuali. L'esito della controversia era del resto del tutto prevedibile alla luce di quanto affermato dalla Corte nelle sentenze *Schalk e Kopf c. Austria, Vallianatos e al. c. Grecia*. Nella prima i giudici europei escludono l'esistenza di una violazione dell'art. 12 e del combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU in ragione dell'entrata in vigore in Austria — successivamente al deposito del ricorso da parte dei ricorrenti — di un'apposita legislazione che introduce le unioni registrate con effetti simili al matrimonio salvo che in relazione alla filiazione (46) e del fatto che la riforma austriaca di colloca in un *consensus* progressivo tra gli Stati europei sul punto (47). Nella seconda si censura la Grecia per violazione degli artt. 14 e 8 in relazione alla scelta legislativa di istituire unioni civili riservate, come il matrimonio, alle coppie di sesso diverso: i giudici europei sottolineano che l'accesso a una modalità di riconoscimento giuridico della relazione di coppia ha per le coppie un « valore intrinseco » in termini di rispetto della vita familiare in quanto conferisce uno status, e dunque un complesso di diritti riconosciuti dallo Stato (48).

La recente legge n. 76 del 2016 ha certamente sanato il *vulnus* individuato dalla sentenza *Oliari* consistente nella mancanza nell'ordinamento italiano di un *riconoscimento giuridico* delle coppie dello stesso sesso, cui il matrimonio continua a essere precluso. La nuova legge istituisce infatti l'« unione civile tra persone dello stesso sesso » (art. 1 co. 1), disciplinando poi in modo organico lo status conseguente alla celebrazione di tale unione (art. 1 co. 10-33) (49).

Occorre tuttavia chiedersi se il grado di *tutela* concretamente garantito ai partner delle unioni civili sia adeguato a quanto richiesto dalla CEDU, nell'interpretazione oggi datane dalla Corte europea. È certamente vero che i giudici di Strasburgo riconoscono agli Stati un certo margine di discrezionalità nel decidere i diritti e gli obblighi delle coppie omosessuali unite da unioni civili (50). Tale margine è tuttavia piuttosto limitato: la sentenza *Hämäläinen c. Finlandia* ha infatti affermato che non sussiste una violazione della CONV. EDU solo se vi sono « *minor differences* » e il grado di protezione assicurato è « *almost identical* » al matrimonio (51). Al contrario, l'insufficienza della tutela può tradursi in una duplice violazione della CEDU: essa determina infatti un *vulnus* al diritto individuale al rispetto della vita familiare (*Schalk e Kopf c. Austria e Hämäläinen c. Finlandia*) e anche una discriminazione tra coppie etero e omosessuali (*Vallianatos e al. c. Grecia*).

Consideriamo dunque la quantità e qualità delle differenze sancite dalla legge n. 76/2016 in merito alla condizione giuridica dei coniugi e a quella dei partner delle unioni civili. Com'è noto, a queste ultime non si estende il diritto-dovere di fedeltà (previsto per i coniugi nell'art. 143 c.c.). Inoltre, si sceglie esplicitamente di escluderle dall'adozione dei minorenni (ex art. 1 co. 20 infatti « le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole « coniuge », « coniugi » (...), ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge (...) si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso » con l'eccezione della « legge 4 maggio 1983, n. 184 ») (52). Un'ulteriore differenza attiene poi alla procedura semplificata di scioglimento delle unioni civili, per le quali non è previsto il tandem separazione-divorzio (cfr. art. 1 commi 22, 23, 24 e 26 legge n. 76/2016).

La prima e la quarta di queste differenze rientrano a mio avviso nelle « *minor differences* » di cui alla giurisprudenza Cedu. Il contenuto del dovere di fedeltà è oggi in gran parte rimesso alla libera determinazione dei partner (53). L'introduzione del divorzio breve, inoltre, ha determinato da un lato la drastica riduzione del periodo di tempo in cui la sanzione dell'addebito è operativa (con la conseguenza che la rilevanza della violazione dei diritti coniugali è in progressiva diminuzione), dall'altra, e più in generale, il declino dell'importanza della separazione.

Il peso delle differenze relative all'adozione dei minorenni non può invece essere negato, essendo uno strumento per la realizzazione del progetto genitoriale, e quindi dell'esercizio del diritto alla vita familiare, delle coppie dello stesso sesso (54).

La scelta del legislatore della legge n. 76 di escludere l'estensione ai partner delle unioni civili della possibilità (55) di adozione dei minorenni è conforme alla CEDU? La risposta deve essere elaborata considerando separatamente le due tipologie di adozione.

In relazione alla *step parent adoption* esistono due precedenti specifici nella giurisprudenza di Strasburgo: *Gas e Dubois c. Francia* (15 marzo 2012) e *X e al. c. Austria* (19 febbraio 2013). In entrambe le vicende gli Stati convenuti (dei quali veniva ovviamente esaminato il diritto vigente al momento dell'intervento della Corte) escludevano per il genitore sociale partner del genitore biologico la possibilità di adozione. In Francia la preclusione era frutto della limitazione della *step parent adoption* al coniuge: essendo il matrimonio riservato alle coppie unite in matrimonio, i partner *same sex* ne erano automaticamente esclusi (56). In Austria l'impossibilità di procedere all'adozione concerneva i soli partner omosessuali dell'unione registrata, essendo invece tale adozione concessa sia al matrimonio (per legge solo eterosessuale), sia alle unioni civili tra persone di sesso diverso (57). Nella sentenza *Gas et Dubois* l'ordinamento francese è fatto salvo perché rientra nella discrezionalità dello Stato aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso o prevedere per le stesse una diversa modalità di formalizzazione, riservando alle coppie coniugate un trattamento privilegiato. La sentenza *X e al. c. Austria* condannava invece lo stato convenuto in ragione del trattamento ingiustificatamente differenziato tra unioni registrate etero e omosessuali rispetto all'adozione del figlio del partner.

I principi individuati dalle due summenzionate pronunce paiono tuttavia ad avviso di chi scrive sostanzialmente superati dalla giurisprudenza successiva, che pur non torna a occuparsi specificamente di *step parent adoption* in nuclei omogenitoriali. Anzitutto la Corte enfatizza sempre più la necessità di tutelare i rapporti affettivi tra adulto e minore già esistenti e consolidatisi *de facto*, addirittura in violazione del diritto interno, come è nel caso del cosiddetto «turismo procreativo»: esemplare in questo senso è la già citata sentenza in materia di maternità surrogata *Paradiso e Campanelli c. Italia* (sulla necessità di tutelare la continuità degli affetti cfr. *infra* par. 3.3). In secondo luogo, la già citata pronuncia *Hämäläinen c. Finlandia* impone che, al di là del *nomen iuris*, la sostanza delle differenze fondate sull'orientamento sessuale dei partner sia minima (par.87). Infine, si sta progressivamente delineando tra gli Stati europei una tendenza (pur non potendosi ancora parlare di *consensus*) favorevole all'ammissibilità della *step parent adoption* da parte del partner omosessuale del genitore biologico o adottivo: senza contare l'Italia (caratterizzata sul punto da una dissociazione tra diritto di fonte legislativa e giurisprudenziale: vd *infra* nel testo), sono oggi trentadue i Paesi nel mondo (di cui venti membri del Consiglio d'Europa) che consentono la *step parent adoption* al partner omosessuale del genitore (58).

Tale nuova impostazione porterebbe dunque a dubitare della compatibilità con la CEDU della scelta del legislatore italiano della legge n. 76/2016 di non estendere alle unioni civili l'istituto dell'adozione del figlio del coniuge di cui all'art. 44 lett. *b* legge n. 184/1983. Tuttavia, tale mancato riconoscimento *per via legislativa* non determina di per sé la violazione della Convenzione. L'analisi della più recente giurisprudenza mostra infatti come tale possibilità sia oggi riconosciuta *per via giudiziaria*. La Corte di cassazione ha infatti da pochi mesi avallato, con ampio uso *ad interpretandum* della giurisprudenza europea («l'attenzione prestata dalla Corte costituzionale all'aspetto della continuità affettiva ed educativa (...) anticipa (...) la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani... Il quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è del tutto coerente con le conclusioni raggiunte (...)»), un «intraprendente» (59) orientamento di merito che fa uso dell'adozione in casi particolari per «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (art. 44 lett. *d* legge n. 184/1983) per riconoscere giuridicamente il vincolo sociale di filiazione esistente tra un minore e il convivente *same sex* del genitore biologico (60).

Questione diversa è invece l'esclusione delle unioni civili dall'accesso all'adozione dei minori in stato di abbandono. Sotto questo profilo, malgrado l'indubbia rilevanza sostanziale

della differenza di trattamento, la mancata parificazione parrebbe allo stato dell'arte conforme all'attuale giurisprudenza europea per almeno due ragioni. Anzitutto non si può qui far valere l'interesse di un determinato minore alla continuità degli affetti, non essendo lo stesso ancora individuato al momento della manifestazione della disponibilità all'adozione della coppia *same sex* (61). In secondo luogo, la scelta di aprire tali adozioni anche alle coppie dello stesso sesso appare oggi ancora minoritaria (quattordici sono attualmente i Paesi europei che la consentono (62)). Esiste uno specifico precedente della Corte europea sul punto: la già citata sentenza *Hämäläinen c. Finlandia* considera infatti conformi al sistema CONV. EDU « *minor differences* » tra matrimonio e unioni civili quali l'esclusione dell'unione civile dall'adozione del minore abbandonato e la diversità di disciplina sulla costituzione del rapporto giuridico di filiazione paterna e il cognome di famiglia (63).

Peraltro, proprio la summenzionata esclusione delle unioni civili dall'accesso all'adozione (del solo minore in stato di abbandono, visto l'orientamento del diritto vivente sulla *step parent adoption*), realizzando una sostanziale differenza tra le stesse e il matrimonio (64), parrebbe consentire di respingere l'accusa alla legge n. 76 di indicare con un nome diverso status di coppia che sarebbero invece nella sostanza identici in forza dell'estensione alle unioni civili di quasi tutti i diritti coniugali e della norma di chiusura di cui all'art. 1 co. 20 legge n. 76/2016 (tutte le disposizioni *tranne quelle in materia di adozione* « che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole « coniuge », « coniugi » o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ») (65). Il principio di uguaglianza formale, infatti, impone che il trattamento giuridico sia unitario (o comunque del tutto omogeneo) se le situazioni sono obiettivamente assimilabili.

Da ultimo, occorre considerare le « convivenze di fatto ». Com'è noto, la disciplina a esse relativa è stata integrata e modificata dalla legge n. 76/2016. La nuova legge ha infatti sistematizzato i diritti riconosciuti ai conviventi etero ed omosessuali in una pluralità di testi normativi e ne ha riconosciuti di nuovi, segnatamente il diritto agli alimenti (art. 1 co. 65) e i diritti di partecipazione all'impresa familiare (art. 1 co. 46) (66).

Proprio la contestuale introduzione della disciplina delle unioni civili per le coppie dello stesso sesso consente a mio avviso di superare la generale censura secondo cui il livello di tutela complessivamente offerto ai conviventi dall'ordinamento italiano sarebbe insufficiente (67). Secondo la giurisprudenza della Corte europea, infatti, la limitazione del diritto individuale al rispetto della vita familiare è ammessa se persegue un fine legittimo e se, in concreto, i mezzi impiegati risultano proporzionati rispetto al fine individuato. Nel caso *Karner c. Austria* (24 luglio 2003), per esempio, si rilevava una violazione del combinato disposto dell'articolo 14 (divieto di discriminazione) e dell'art. 8 (diritto al rispetto del proprio domicilio) nel rifiuto di riconoscere a un partner omosessuale il diritto a succedere nel contratto di locazione intestato al compagno defunto: secondo i giudici di Strasburgo, il fatto che il medesimo diritto fosse invece riconosciuto ai conviventi eterosessuali integrava pacificamente un trattamento differenziato fondato sull'orientamento sessuale, con la conseguenza che il margine di apprezzamento dello Stato era limitato e che per rispettare i principi Cedu sarebbe stato necessario che l'Austria dimostrasse la *necessità dell'ablazione del diritto del ricorrente ai fini del rispetto della famiglia "tradizionalmente intesa"*, prova non raggiunta nel caso di specie (68). Con la legge n. 76 il legislatore italiano ha tuttavia riconosciuto alle coppie dello stesso sesso il diritto di formalizzare la loro relazione di coppia accedendo a uno status simile nella sostanza al matrimonio. In quest'ottica, pare potersi ritenere ragionevole una tutela *minima* dei diritti dei conviventi di fatto, indifferentemente etero od omosessuali. Tutti infatti hanno la possibilità di

formalizzare la loro relazione di coppia, tramite il matrimonio o l'unione civile, ove vogliano una tutela più intensa.

Ciò non significa tuttavia che la disciplina delle convivenze di fatto di cui alla legge n. 76 non possa essere utilmente letta alla luce dei principi Cedu. Un'interpretazione «convenzionalmente orientata» potrebbe infatti aiutare a risolvere alcune aporie della nuova normativa. Un esempio è l'introduzione di una definizione stringente di convivenza di fatto che ne esclude le coppie uno dei cui membri sia ancora legato da matrimonio o unione civile con un terzo o sia legato all'altro partner da impedimenti da parentela o affinità o sia minorenne (ex art. 1 co. 36 infatti «si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile»). Tuttavia, un'interpretazione conforme all'art. 8 mi pare imponga di tutelare anche queste coppie, quantomeno riconoscendo loro i diritti che già la legge e la giurisprudenza attribuivano ai conviventi precedentemente all'entrata in vigore della legge. Un secondo caso di aporia è poi la norma che riconosce al convivente il diritto alla nomina del partner quale fiduciario in materia sanitaria (art. 1 c. 40 lett. a) in un sistema come quello italiano in cui tale figura non è prevista, neppure per le coppie coniugate. Il divieto di discriminazioni nel godimento della vita familiare di cui al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU impone di escludere che l'introduzione del mandato in vista di una futura incapacità sia limitata alle coppie conviventi, dovendo invece essere estesa anche ai coniugi e ai partner di unione civile.

3.3. Una ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo censura gli ordinamenti nazionali che individuano automaticamente e rigidamente il cognome familiare in quello del marito o padre. Le pronunce rilevanti sono quattro: *Burghartz c. Svizzera* (22 febbraio 1994); *Ünal Tekeli c. Turchia* (16 settembre 2005); *Losonci Rose e Rose c. Svizzera* (9 novembre 2010); *Cusan e Fazzo c. Italia* (7 gennaio 2014). La prima sentenza riguardava il rifiuto opposto a una richiesta del marito, che voleva far precedere il suo cognome da quello di sua moglie. La seconda concerneva la norma della legge turca secondo la quale una donna sposata non poteva mantenere il suo cognome da nubile dopo il matrimonio, mentre l'uomo sposato manteneva il suo nome da celibe. Nel terzo caso i ricorrenti erano una coppia di coniugi che aveva inutilmente chiesto alle autorità nazionali di assumere entrambi il cognome della moglie dopo il matrimonio. Nel caso *Cusan e Fazzo*, infine, oggetto di esame era la regola italiana della trasmissione automatica del cognome paterno alla prole nata nel matrimonio, senza possibilità di attribuzione del cognome della madre neppure nel caso di richiesta concorde dei genitori (69). In tutti i casi la Corte europea individua una violazione del combinato disposto degli articoli 14 e 8 CEDU. Il passaggio motivazionale fondamentale comune a tutte le pronunce è il seguente: la scelta del cognome dell'uomo come cognome della famiglia non costituisce di per sé una discriminazione, ma lo diventa se è disegnata in modo rigido e assoluto (70). Esempio tipico di rigidità è l'impossibilità di deroga alla regola della scelta del cognome dell'uomo pur in presenza di volontà concorde dei partner di optare per quello della donna (71).

Alla luce dei summenzionati principi, i profili censurabili dell'ordinamento italiano paiono dunque due: a) la previsione dell'aggiunta da parte della donna coniugata del cognome del marito al suo (art. 143 bis c.c.); b) la regola della trasmissione automatica del cognome paterno alla prole nata nel matrimonio (previsione specificamente condannata nella sentenza *Cusan e Fazzo c. Italia*) e fuori del matrimonio (art. 262 c.c.).

a) L'aggiunta del cognome del marito a quello della moglie è, com'è noto, prevista nel codice civile (art. 143 bis c.c.): la giurisprudenza ne ha tuttavia ridimensionato sul piano interpretativo la portata, precisando che, malgrado la lettera della norma indichi un automatismo, l'aggiunta del cognome del marito dopo il matrimonio è una mera facoltà e non un obbligo (72). Tale lettura si rende necessaria per garantire la tutela del diritto

fondamentale della donna alla sua identità personale: ogni persona infatti matura nel tempo una propria identità individuale e sociale di cui il cognome è una manifestazione rilevante; da qui un legittimo affidamento a non vedersi imposto un cambiamento di cognome non voluto.

Malgrado tale interpretazione costituzionalmente orientata, l'art. 143 *bis* pare comunque non superare il vaglio di conformità ai principi CEDU summenzionati. Il riconoscimento alla donna coniugata della facoltà di aggiungere al suo il cognome del marito viola infatti il divieto di discriminazioni per la sua rigidità in quanto, neppure in presenza di consenso dei coniugi, appare possibile scegliere il cognome della donna come nome di famiglia, con aggiunta dello stesso a quello dell'uomo. E ciò a maggior ragione dopo l'entrata in vigore della legge n. 76/2016 che dimostra come un diverso sistema sia possibile, prevedendo che «... le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile» (art. 1 c. 10).

Per ricondurre il sistema vigente alla conformità alla CEDU le strade percorribili appaiono due. Anzitutto potrebbe esservi un intervento legislativo di abrogazione dell'art. 143 *bis* o di modifica dello stesso nel senso di riconoscere ai coniugi, al momento del matrimonio, il diritto di indicare il cognome di famiglia scelto, così come previsto per le unioni civili. In alternativa, nell'inerzia del legislatore, parrebbe possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 143 *bis* per violazione degli artt. 3, 29 co. 2 e 117 cost. al fine di ottenere una sentenza additiva che ricalchi la formulazione della legge n. 76 dichiarando l'illegittimità dell'art. 143 *bis* nella parte in cui non prevede che «le parti possono stabilire di assumere, per la durata del matrimonio, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi» e che «la parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile» (73).

b) Per quanto concerne i figli nati nel matrimonio, la contrarietà della regola automatica della trasmissione del cognome paterno è stata espressamente accertata dalla Corte europea nel già citato caso *Cusan e Fazzo c. Italia*. La censura appare senz'altro estendibile alla situazione dei figli nati fuori del matrimonio. Il fatto che per questi ultimi la trasmissione del cognome materno sia realizzabile ricorrendo all'*escamotage* del riconoscimento tardivo da parte del padre (poiché ai sensi dell'art. 262 c.c., «il figlio assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto») e se il padre riconosce la prole tardivamente «il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo a quello della madre»), non cambia infatti la situazione. Nella pronuncia *Cusan e Fazzo*, la Corte rilevava la violazione della CONV. EDU malgrado la possibilità per i genitori, successivamente alla formazione dell'atto di nascita, di richiama al Prefetto la modifica del cognome ai sensi del d.p.r. 13 marzo 2012, n. 54. Secondo i giudici europei, la farraginosità del sistema, e più specificamente l'interposizione di ostacoli procedurali (sul punto cfr. *mutatis mutandis* quanto affermato dalla Corte di Strasburgo nella già menzionata pronuncia *B e L c. Regno Unito*) all'esercizio del diritto dei genitori a non essere discriminati in base al sesso nella relazione con la prole, induce a ritenere non idonea la tutela approntata per il diritto stesso.

Nell'individuazione delle modalità da utilizzare per ricondurre a conformità il diritto italiano in materia di cognome della prole, sia la Corte europea sia il Comitato dei ministri in sede di monitoraggio dell'esecuzione della pronuncia *Cusan e Fazzo* lasciano aperta la doppia possibilità della riforma legislativa e della modifica delle prassi domestiche (74). Anche qui, tuttavia, la via maestra parrebbe l'intervento del legislatore in ragione della discrezionalità delle scelte attinenti per esempio all'eventualità di una mancata indicazione da parte dei genitori, alle modalità di trasmissione alla generazione successiva nel caso di

doppio cognome, alla regolazione del cognome nel caso di fratria (75). La nuova legge dovrebbe peraltro affrontare il problema della retroattività della norma rispetto ai genitori/figli adulti che nel passato si siano visti negare l'attribuzione del cognome anche o solo materno.

Quid iuris tuttavia nella perdurante inerzia del legislatore (76)?

Parte della dottrina ritiene “plausibile” che il giudice comune adito dai genitori avverso il diniego dell'ufficiale di stato civile di attribuire il cognome materno, pur in presenza di consenso dei genitori stessi, possa optare per un'interpretazione convenzionalmente (e dunque costituzionalmente) orientata del diritto domestico, accogliendo l'istanza (77). A favore di tale tesi militerebbero in particolare l'assenza nell'ordinamento di una norma specifica che obblighi all'attribuzione del cognome paterno e il dovere dei giudici di garantire ove possibile l'agibilità dei diritti convenzionalmente (e dunque costituzionalmente) garantiti. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, allo stato tale possibilità sarebbe da respingere in ragione della natura manipolativa, e dunque esorbitante dai poteri del giudice, dell'operazione richiesta.

Preferibile sarebbe piuttosto la strada della questione di legittimità costituzionale del complesso di norme implicite ed esplicite che prevedono la trasmissione della regola del cognome paterno, nella parte in cui, seguendo le argomentazioni della Corte di Strasburgo nella sentenza *Cusan e Fazzo c. Italia*, non prevedono l'attribuzione del cognome materno in caso di opinione concorde manifestata dai genitori al momento della formazione dell'atto di nascita del figlio (78). L'esistenza di un precedente di segno contrario (la sentenza n. 61/2006) in cui la Corte rileva la natura manipolativa e dunque esorbitante dai suoi poteri dell'operazione richiesta non è infatti dirimente: come dimostra la già citata sentenza n. 278 del 2013 in materia di parto anonimo e accesso dell'adottato adulto alle proprie origini genetiche, non sarebbe la prima volta che il giudice delle leggi opera grazie alla giurisprudenza europea un sostanziale *revirement*.

Più difficile, per la molteplicità dei possibili esiti e dunque per violazione del principio della discrezionalità del legislatore, la questione di legittimità costituzionale della norma per il caso in cui i genitori intendano concordemente attribuire il doppio cognome. Occorrerebbe infatti come già detto definire quale cognome viene per primo e quale passa alla generazione successiva.

3.4.1. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte ribadito che « il godimento da parte del genitore e del figlio della reciproca compagnia costituisce un elemento fondamentale della vita familiare » (79), riconoscendo l'esistenza di un vero e proprio diritto del figlio minore e del genitore alla reciproca frequentazione, inteso come diritto all'instaurazione, al mantenimento e allo sviluppo di rapporti di fatto, i cosiddetti « contatti » (80).

In concreto, il problema del mantenimento dei contatti tra minore e genitore si pone in tutti i casi in cui vi sia una materiale separazione (un « allontanamento ») tra i due. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, infatti, l'allontanamento del genitore dal figlio minore, pur deciso nell'interesse di quest'ultimo, non comporta l'estinzione della vita familiare meritevole di tutela, imponendo di conseguenza una valutazione rigorosa *nell'interesse del minore* della necessità della limitazione, sospensione o interruzione della frequentazione. I casi più frequenti sono: a) la rottura della relazione di coppia tra i genitori e della conseguente necessità di individuare il genitore presso il quale il minore vivrà, mantenendo al contempo la frequentazione con il genitore non coabitante (salvo il caso in cui sia dimostrato che la stessa sia pregiudizievole al figlio); b) l'allontanamento del figlio minore dall'intero nucleo familiare di origine, ritenuto inidoneo a garantire una crescita armoniosa e serena alla prole (81).

Prima di affrontare nei paragrafi che seguono l'esame delle declinazioni di questo generale diritto del genitore e del figlio minore alla reciproca frequentazione, pare utile rilevare che

in concreto esso è pressoché sempre esaminato dalla Corte europea *dal punto di vista del genitore*. Per ragioni legate al meccanismo di funzionamento della Corte, la stessa affronta infatti quasi sempre i diritti dei minori nel quadro di un'interpretazione dell'interesse degli stessi offerta dai genitori ricorrenti. È tuttavia evidente che un'adeguata tutela dei « diritti » sostanziali e processuali dei genitori, primo tra tutti il diritto alla continuità delle relazioni familiari, è funzionale alla protezione dei migliori interessi (per gli anglofili « *best interests* ») della prole minorenni.

3.4.2. Una nutrita giurisprudenza della Corte di Strasburgo censura l'inadeguata tutela del diritto di visita di genitori, di solito padri (82), non coabitanti nel caso di rottura della relazione di coppia tra i genitori. Con specifico riferimento alla realtà italiana, le ben sette sentenze di condanna del nostro Paese evidenziano in particolare l'inadeguatezza, sotto il profilo della celerità e dell'effettività della risposta giudiziaria, delle misure adottate per mantenere i contatti tra il genitore non coabitante e il figlio (83). Le critiche si appuntano principalmente su quattro aspetti.

1) Una prima censura concerne *l'inerzia e i ritardi* delle autorità giudiziarie domestiche nel garantire l'esecuzione del diritto di visita del genitore non coabitante in casi di elevata conflittualità tra i genitori (84). Una prolungata interruzione dei rapporti rischia infatti di determinare il consolidarsi di una situazione di fatto di separazione (secondo alcuni una vera e propria « alienazione ») tale da rendere poi difficile, e in alcuni casi impossibile, un riavvicinamento con il genitore (85).

2) Nei casi in cui il mancato rispetto del diritto di visita del genitore non affidatario sia imputabile principalmente alla condotta ostruzionistica del genitore prevalente collocatario, di solito la madre, la Corte rileva l' *uso ingiustificatamente limitato* (« in economia ») (86) da parte dei tribunali delle *sanzioni* a carico del genitore coabitante.

3) Una terza censura concerne invece le *deleghe « in bianco » ai servizi socio assistenziali territoriali o a consulenti tecnici* non adeguatamente selezionati. Dalle vicende oggetto di esame da parte della Corte sembra infatti emergere che i servizi talvolta tardano o addirittura sospendono l'esecuzione del calendario nel caso di ritenuta contrarietà all'interesse del minore o per (oggettive ma non per questo scriminanti) difficoltà legate al reperimento di risorse di persone e mezzi per interventi di sostegno alla relazione genitore e figli (pensiamo alla gestione dei cosiddetti « luoghi neutri ») (87). Con riferimento ai consulenti tecnici d'ufficio, poi, la Corte rileva la necessità di una scelta scrupolosa in modo da evitare parzialità degli stessi rispetto a una delle parti coinvolte, per esempio per la presenza di preesistenti rapporti professionali (88).

4) Infine, un'ultima doglianza riguarda la *mancata promozione della cooperazione* tra le parti. Secondo la Corte, le autorità nazionali avrebbero infatti dovuto porre in essere interventi concreti volti a promuovere la cooperazione tra i soggetti coinvolti e la creazione *pro futuro* delle condizioni necessarie all'effettiva implementazione del diritto di visita del padre (89). Tra le misure indicate a titolo esemplificativo: un sostegno psicologico per il minore, una terapia e una mediazione familiare.

Le censure evidenziate con specifico riferimento all'Italia e quelle comunque emergenti dal complesso della giurisprudenza di Strasburgo paiono in effetti superabili attraverso una revisione delle pratiche da parte degli operatori nazionali, anzitutto i giudici di merito (90). In quest'ottica, appare anzitutto opportuno che il tribunale che emette il provvedimento assuma la responsabilità della sua tempestiva esecuzione: occorre infatti evitare che si consolidino situazioni di distacco e disaffezione. Devono inoltre essere scongiurate misure stereotipate (91), favorite dal ricorso a moduli prestampati per la redazione delle sentenze o comunque dalla possibilità di un ampio uso del « taglia e incolla » (92). Nell'esecuzione del proprio provvedimento, appare poi opportuno che il giudice si valga quali ausiliari specializzati dei servizi socioassistenziali territoriali, mantenendo però la responsabilità dell'esecuzione dei provvedimenti stessi e fornendo ai servizi delle indicazioni precise da

seguire e dei tempi per riferire al giudice, anche con relazioni periodiche e ascolto regolare dell'assistente sociale incaricato del caso (93). Infine, in caso di condotta « ostruzionistica » del genitore coabitante con il figlio e/o di rifiuto del figlio capace di discernimento dei contatti, il ricorso alla coercizione è ovviamente da escludere, mentre pare essenziale promuovere la collaborazione tra i genitori e il minore, anche tramite l'offerta di percorsi di sostegno psicologico e la mediazione familiare, che dovrebbe essere garantita anche da servizi pubblici (94). Nei casi più gravi poi può rendersi necessaria la collocazione del minore in una comunità per minori onde sottrarlo all'atmosfera di alienazione alimentata dal genitore prevalente collocatario (95). Nei confronti dei genitori coabitanti che continuano ingiustificatamente a ostacolare i contatti non dovranno poi essere lesinate misure punitive che consentano di esercitare una pressione psicologica per indurli a collaborare, anzitutto tramite gli strumenti *ad hoc* previsti dall'art. 709 *ter* c.p.c., ma anche tramite la limitazione (96) o decadenza dalla responsabilità genitoriale, senza escludere che il loro atteggiamento possa assumere anche una rilevanza penale (nella forma della violazione degli obblighi familiari di cui all'art. 570 c.p. o della non ottemperanza alle disposizioni del giudice di cui all'art. 388 c.p.).

3.4.3. Una delle ingerenze pubbliche di più frequente attenzione nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo è l'allontanamento del minore dalla famiglia conseguente a una valutazione dell'inidoneità della stessa a fornire alla prole quell'ambiente adeguato alla crescita cui il figlio avrebbe invece diritto. Le censure concernono, per la maggior parte, la violazione della *continuità degli affetti del minore con i genitori* (97) e riguardano sia l'affidamento familiare sia, e in questo stanno le novità più interessanti per l'ordinamento italiano, l'adozione.

Nell'affidamento familiare, com'è noto, la continuità degli affetti con i genitori è connaturale all'istituto stesso. Poiché l'affidamento familiare presuppone una transitoria inidoneità della famiglia di origine ed è dunque — almeno nelle intenzioni del legislatore — rigorosamente temporaneo (cfr. art. 2 e art. 4 co. 4 legge n. 184/1983), il mantenimento dei contatti tra minore e famiglia di origine appare indispensabile per consentire il ritorno del figlio presso i genitori, nonché per sostenere e monitorare la genitorialità di questi ultimi. In quest'ottica, la legge italiana prevede la necessità che il provvedimento di affidamento indichi le modalità di mantenimento dei rapporti (*ivi*, art. 4 co. 3) e il dovere dei servizi di agevolare i contatti tra il minore allontanato e la famiglia di origine (*ivi*, art. 5 co. 2). Durante l'affidamento inoltre viene di regola mantenuta anche la relazione giuridica con i genitori, che conservano la titolarità e — pur limitato — l'esercizio della responsabilità genitoriale, salvo il caso in cui sia provato che da esse deriverebbero per il minore un grave pregiudizio (valgono i principi generali di cui agli artt. 330 e 333 c.c.).

Nelle sentenze *E P c. Italia* (16 novembre 1999), *Scozzari e Giunta c. Italia* (13 luglio 2000), *Roda e Bonfatti c. Italia* (21 novembre 2006) ed *Errico c. Italia* (24 febbraio 2009) la Corte europea condanna il nostro Paese in ragione dell'ingiustificato arresto dei contatti tra il minore in affidamento e il genitore. Secondo la Corte infatti in quei casi l'interruzione era dovuta non a una scrupolosa valutazione del pregiudizio per il minore della frequentazione, ma a ritardi di carattere organizzativo e burocratico o a valutazioni degli operatori dei servizi divergenti da quelle dell'autorità giudiziaria che tali contatti aveva invece disposto (98). Su questo punto mi pare tuttavia che, a partire dalle condanne della Corte e dalla riforma operata con la legge n. 149/2001, sia i servizi socioassistenziali territoriali sia i giudici minorili abbiano nell'ultimo decennio pienamente maturato la consapevolezza dell'importanza del mantenimento dei rapporti da far ritenere tendenzialmente superate, sebbene gravi, le condanne subite: non mi pare un caso che l'ultima risalga al 2009 e sia relativa a vicende di alcuni anni prima (99).

Diverso è il caso dell'adozione. Il minore è infatti considerato adottabile solo se si accerta l'inidoneità definitiva del nucleo familiare di origine a offrire al minore un ambiente di

crescita adeguato (artt. 8-11 legge n. 184/1983). Da qui, la previsione legislativa della sostituzione della famiglia di accoglienza a quella di origine: «Per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome (...) Con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali» (art. 27 legge n. 184/1983). Per lungo tempo la norma è stata interpretata nel senso che nell'interesse del minore adottato i rapporti giuridici e di fatto con la famiglia di origine debbano venire meno. Negli ultimi anni ha iniziato tuttavia ad affermarsi l'idea che in alcune situazioni possa rispondere all'interesse del minore la conservazione dei contatti con alcune figure affettive significative precedenti all'adozione (per esempio nonni che per ragioni anagrafiche o di salute non possono offrire al minore un ambiente di crescita adeguato e quindi evitarne la dichiarazione di adottabilità, ma che hanno comunque con il minore un rapporto affettivo significativo) (100). In anni ancora più recenti, alcuni tribunali per i minorenni hanno reinterpretato l'istituto dell'adozione in casi particolari per constatata impossibilità di affidamento preadottivo (art. 44 lett. d legge n. 184/1983) in chiave di “adozione mite”, ritenendo che in situazioni di abbandono semipermanente (cioè di grave fragilità genitoriale, pur in presenza di un rapporto affettivo significativo) o a carattere ciclico (com'è nel caso di alcuni figli di genitori tossicodipendenti), possa essere opportuno che il trapianto del minore nella nuova famiglia sia accompagnato dalla permanenza di rapporti di fatto e giuridici con la famiglia di origine (101).

La Corte europea dei diritti dell'uomo non solo avalla ma sollecita il superamento della concezione della discontinuità dei legami con la famiglia di origine come elemento necessario alla protezione di un minore che non possa trovare nella stessa un luogo idoneo alla sua crescita (102). Il principio che emerge dalle sentenze di Strasburgo è infatti quello che la rottura definitiva del rapporto giuridico e di fatto tra il minore e la famiglia di origine debba essere vista come una soluzione residuale. Da qui, alcuni corollari che attengono ai presupposti dell'adozione e agli effetti della stessa e che rivestono particolare interesse per l'ordinamento italiano.

Nelle pronunce *E. P. c. Italia* (16 novembre 1999), *Clemeno e al. c. Italia* (21 ottobre 2008), *Todorova c. Italia* (13 gennaio 2009), *Zhou c. Italia* (21 gennaio 2014), *Paradiso e Campanelli c. Italia* (cit.), *Akinnibosun c. Italia* (16 luglio 2015) e *S. H. c. Italia* (13 ottobre 2015), la Corte europea censura il nostro Paese in ragione della frettolosa e superficiale valutazione dell'inidoneità dei genitori a occuparsi del minore. Nella maggioranza dei casi si tratta di situazioni di fragilità di genitori *single*, spesso migranti. Ad avviso della Corte, la rottura drastica della relazione tra genitore e figlio tramite adozione era in questi casi ingiustificata. I servizi sociali avrebbero infatti dovuto attivare percorsi specifici di sostegno alla genitorialità (*E. P. c. Italia*, cit., par. 68-69; *Zhou c. Italia*, cit., par. 59; *Akinnibosun c. Italia*, cit., par. 83). Le autorità giudiziarie avrebbero dovuto individuare modalità non stereotipate per salvaguardare la relazione familiare, pur in presenza di un'inidoneità non transitoria del genitore a prendersi cura del minore. In quest'ottica, nella pronuncia *Zhou* la Corte europea rileva che le autorità nazionali avrebbero dovuto valutare prioritariamente la possibilità di disporre un'adozione “mite”, con mantenimento dunque dei rapporti di fatto e giuridici con la madre (*Zhou c. Italia*, cit., par. 61) (103).

Questione distinta è poi quella della tutela della relazione affettiva del minore *con gli affidatari*. Nella sentenza *Moretti e Benedetti c. Italia* (27 aprile 2010) infatti la Corte ha sanzionato il nostro Paese perché, nel valutare la soluzione adottiva migliore per una bambina affidata subito dopo la nascita e per alcuni mesi a una coppia i giudici non avevano considerato la domanda di adozione presentata nelle more dell'affidamento dagli affidatari. La sentenza ha costituito uno degli elementi che hanno portato alla riforma operata con la legge n. 173 del 2015 («sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare»), che ha riconosciuto il diritto del minore alla continuità degli affetti con

gli affidatari sia nel caso di ritorno nella famiglia di origine al termine dell'affidamento, sia nel caso di affidamento a un nuova famiglia, sia nel caso in cui nelle more dell'affidamento si ritenga che la difficoltà della famiglia di origine sia divenuta talmente grave da giustificare una pronuncia dello stato di adottabilità del minore.

4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce oggi la via maestra per l'ingresso dei diritti fondamentali nel diritto familiare e minorile italiano. Talvolta una sentenza di condanna dell'Italia da parte dei giudici di Strasburgo costituisce lo stimolo decisivo al nostro legislatore per intervenire a tutela del diritto individuale al rispetto della vita familiare, con una funzione che è dunque anche promozionale: la pronuncia *Oliari* ha sollecitato l'approvazione della legge n.76/2016 e quella *Moretti e Benedetti* la legge n. 173/2015. Più spesso, è l'interpretazione «convenzionalmente» orientata dei giudici comuni a essere lo strumento fondamentale di implementazione dei diritti umani. Tanto più nel diritto familiare, ove è frequente l'uso di clausole generali e di norme «a maglie larghe», il diritto pretorio richiama i principi della Convenzione europea per avallare soluzioni innovative che non sarebbero giustificabili sulla base del solo diritto di origine interna. Un uso decisivo della CEDU è stato fatto dalla Cassazione nelle summenzionate pronunce in materia di *step parent adoption* da parte del partner omosessuale del genitore biologico (sentenza 22 giugno 2016 n. 12962 cit.) e del diritto del figlio adulto di accedere all'informazione sull'identità della madre biologica che avesse al momento del parto optato per l'anonimato qualora risulti che la stessa sia nel frattempo defunta (sentenza 21 luglio 2016 n. 15024, cit.). Altri ambiti di potenziale azione del diritto CONV. EDU sono il cognome familiare e l'adozione (cfr. *supra* par. 3).

Ora, che i diritti fondamentali costituiscano parametri di validità della disciplina delle relazioni familiari pare non solo corretto in punto di diritto (104), ma utile (105). Lo *human rights based approach* garantisce infatti una migliore tutela alla persona e alla sua dignità secondo tre direttrici fondamentali: assicurando una particolare tutela agli individui appartenenti a gruppi minoritari esposti al rischio di discriminazioni; promuovendo un'interpretazione del diritto rispondente alle mutevoli istanze sociali; assicurando un'omogeneizzazione «al rialzo» dei diritti soggettivi percepiti come fondamentali nella maggioranza dei Paesi. Lo strumento tecnico sono le carte internazionali in materia di diritti umani e nuovi *fora* per garantire una tutela più incisiva alla persona: la CONV. EDU infatti pone norme interposte che fungono in forza dell'art. 117 co. 1 cost. da parametri per l'interpretazione e per la valutazione della legittimità del diritto interno; la Corte europea può poi essere adita nel caso in cui siano stati esauriti i rimedi del diritto domestico. Come già illustrato, i principali esempi di tali diritti “globalizzati” sono il diritto delle coppie dello stesso sesso alla protezione della vita familiare e in particolare alla formalizzazione della loro relazione di coppia (*Shalk e Kopf c. Austria, Vallianatos c. Grecia e Oliari e a. c. Italia*), il divieto di discriminazioni nelle relazioni familiari sulla base del sesso (cfr. per tutti *Cusan e Fazzo c. Italia*) e dell'orientamento sessuale (*Shalk e Kopf c. Austria, Vallianatos c. Grecia e Oliari e a. c. Italia*), il diritto a non subire ingiustificate ingerenze in ambito procreativo (cfr. la linea evolutiva da *S H c. Austria*, 3 novembre 2011 a *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.), il diritto del minore alla continuità degli affetti (cfr. la copiosa giurisprudenza citata *supra* par. 3.4.1).

L'ingresso dei diritti umani nel diritto familiare non è tuttavia esente da rischi, come ben dimostra la stessa giurisprudenza di Strasburgo. Per esempio, la più volte citata sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* condanna il nostro Paese per aver allontanato il minore concepito all'estero da una coppia italiana mediante maternità surrogata: il ragionamento della Corte è ancorato alla necessità di perseguire l'interesse del minore nel caso concreto, cioè di evitare allo stesso il trauma inevitabilmente derivantegli dall'allontanamento da un nucleo che dalla nascita lo sta crescendo come figlio. Tale argomentazione è perfettamente in linea con l'approccio casistico della Corte e con il suo focus, nella determinazione della

nozione di famiglia, sulle relazioni fattuali (cfr. *supra* par. 2). Essa rischia tuttavia di legittimare la sistematica violazione delle garanzie sostanziali e processuali stabilite dal diritto domestico a tutela dei minori. Perché mai per esempio rispettare i limiti previsti dal diritto interno in materia di procreazione medicalmente assistita e di adozioni internazionali, se si può realizzare il proprio progetto procreativo all'estero accogliendo il minore nella propria famiglia come figlio e invocando poi davanti ai giudici nazionali il fatto compiuto (106)? Il cosiddetto «turismo procreativo» poi discrimina culturalmente, socialmente ed economicamente gli aspiranti genitori nell'accesso al godimento dei diritti fondamentali (107).

I rischi dell'ingresso dei diritti umani nel diritto familiare e minorile sono insomma quelli, ben noti, che vengono mossi alle teorie dell'interpretazione giuridica fondate sul richiamo ai principi come criteri guida nell'interpretazione dei testi subcostituzionali (108). Operare la selezione della regola per la soluzione del caso di specie alla luce dei principi fondamentali valorizza la «giustizia del caso concreto», ma può legittimare la sistematica violazione di norme formulate in termini generali e astratti dal diritto domestico a garanzia di tutti. Evidente è poi il rischio per questa via di alimentare l'arbitrio dei giudici pregiudicando la certezza del diritto. Un «dono avvelenato» (109) dunque, il cui antidoto risiede però proprio nella consapevolezza delle possibili distorsioni.

Abstract

Family law and ECtHR

The case-law of the European Court of Human Rights is now one of the most important sources of Italian Family Law and Children's Rights. Both local courts and the court of cassation increasingly invoke the European Convention on Human Rights, as interpreted by the Strasbourg Court, to strengthen decisions based on domestic law and, at times, to raise questions of constitutionality alleging violation of art. 117 Const. In addition to that, numerous legislative reforms recently approved by the Italian Parliament are (also) grounded on the obligation to implement the principles set down by the Court in Strasbourg. To assess the impact of the ECHR system on Italian Family Law and Children's rights an in depth quantitative and qualitative analysis of the potential conflicts with the domestic legal system needs to be carried out. Some of the most interesting points seem: the compliance of the new legislation on civil unions and unregistered cohabitation with the ECHR system; the choice of the surname of the family in the light of the principle of non-discrimination on grounds of sex; the mutual enjoyment by the non custodial parent and the child of each other's company after parental separation or divorce; the paramount need to preserve, in so far as possible, the family ties between parents and children during foster care and even after adoption. Finally, the analysis of relevant case law by the European Court of Human Rights gives an opportunity to reflect on the human rights based approach to Family Law: indeed, this line of action certainly provides better protection for individuals and their dignity, but it is not without risks.

Note:

(1) In tema cfr. G. Ferrando, Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Fam. e dir.*, 2009, 1049 s.; Id., Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno, *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa (Napoli 2006), 131 s.; Id., Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia, *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 263; J. Long, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto italiano della famiglia, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Paolo Zatti, vol. VII (Milano 2005), 1 s.; F. Pesce, La tutela dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi, *Dir. umani e dir. int.*, 2016, 5 s.; S. Praduroux, L'attualità del contributo della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'evoluzione del diritto privato italiano e francese,

Riv. crit. dir. priv., 2003, 705 s.; P. Rescigno, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro), Riv. dir. civ., 2002, I, 325 s.; L. Tomasi, Famiglia e standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla CONV. EDU, Dir. pubbl. e comp., 2010, n. 2, 427 s.; F. Uccella, La filiazione nel diritto italiano e internazionale (Padova 2001); Id., La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna, Giur. it., 1997, IV, 125 s.

(2) Nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* (24-6-2010. Cfr. diffusamente infra par. 3), per esempio, è stata soprattutto la comparazione degli ordinamenti dei diversi Paesi membri del Consiglio d'Europa a consentire alla Corte europea di innovare il proprio consolidato orientamento affermando l'esistenza di una vita "familiare" meritevole di tutela per le coppie dello stesso sesso. Per una teorizzazione del metodo comparatistico come strumento interpretativo della CEDU cfr. da ultimo K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Cambridge 2015).

(3) Secondo la Corte, la Convenzione non costringe solo lo Stato ad astenersi dalle ingerenze nei diritti da essa riconosciuti, ma pone a carico del medesimo anche obblighi positivi funzionali a un effettivo rispetto della vita familiare. Tali obbligazioni comprendono l'adozione di provvedimenti destinati ad assicurare il rispetto del diritto nei rapporti interpersonali, nonché la predisposizione di un sistema giudiziale che consenta all'individuo di ottenere protezione per i propri diritti, anche mediante la previsione di meccanismi efficaci per l'implementazione delle decisioni giudiziarie. Una delle norme della Convenzione che pone obbligazioni positive più incisive verso lo Stato è l'art. 8: cfr. per esempio *Gaskin c. Regno Unito* (7-7-1989) secondo cui all'adulto che sia stato durante la minore età in carico ai servizi sociali deve essere garantito l'accesso a tale fascicolo essendo funzionale alla sua integrità fisica e psichica; *Mikulić c. Croazia* (7-2-2002) secondo cui lo Stato deve promuovere il diritto del minore alla ricerca della paternità anche nel caso in cui il supposto padre rifiuti di sottoporsi al test del DNA; assicurare l'esecuzione di una sentenza riguardante il diritto di visita del genitore non affidatario (cfr. da ultimo *Cincimino c. Italia*, 28-4-2016) e l'ordine di ritorno in caso di sottrazione internazionale (*Ignaccolo-Zenide c. Romania*, 25-1-2000; *Maire c. Portogallo*, 26-6-2003).

(4) In forza di tale interpretazione i diritti fondamentali hanno effetti anche nei confronti dei privati (*Drittwirkung*) e costituiscono dunque parametri di validità di situazioni private. Cfr. con riferimento al diritto al rispetto della vita privata e familiare la sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*, 26-3-1985, par. 23.

(5) L'interpretazione evolutiva consente di mantenere il testo convenzionale vivo ed efficiente nella tutela dei diritti fondamentali, malgrado il suo carattere ormai datato e la formulazione stringata e generica (the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day così, per la prima volta, la Corte europea nel caso *Tyrer c. Regno Unito* del 25-4-1978). Per un esempio in materia familiare cfr. *Schalk and Kopf c. Austria* cit., par. 32 e par. 61).

(6) La ragione della svolta è da identificare nella ratifica del protocollo n. 11 del 1994 (ratif. 1997, entrato in vigore 1-11-1998), che ha ammesso il ricorso diretto alla corte da parte dei privati contro gli stati.

(7) Non sono comprese nell'elenco le sentenze di condanna dell'Italia per violazione dell'art. 6 CEDU sotto il profilo della durata del procedimento. Il loro numero infatti è così alto che oscurerebbe le questioni di diritto sostanziale che sono oggetto precipuo di questo contributo.

(8) Secondo i giudici europei, l'impedimento matrimoniale da affinità, così come normato nell'ordinamento inglese, deve ritenersi irragionevole e illogico: manca una corrispondenza tra l'impedimento matrimoniale da affinità e la sanzione penale di incesto, con la conseguenza che la costituzione di relazioni di fatto tra soggetti che pure non possono

contrarre matrimonio tra loro non è penalmente sanzionata; la procedura autorizzatoria, così come strutturata, si rivela costosa e macchinosa; nessuna norma inoltre stabilisce quali siano gli accertamenti da compiere in vista dell'autorizzazione (l'eventuale previsione di apposite indagini nella vita privata degli aspiranti nubendi dovrebbe peraltro essere vista con sospetto in quanto potenzialmente lesiva della libertà matrimoniale); l'analisi della prassi dimostra che in casi analoghi a quello dei ricorrenti l'autorizzazione è sempre stata concessa. A mio giudizio tali doglianze ben possono essere mosse anche all'ordinamento italiano che com'è noto prevede un impedimento da affinità in linea retta derogabile con autorizzazione del tribunale ordinario. Anche nell'ordinamento italiano, inoltre, manca una corrispondenza rispetto alla normativa sull'incesto perché agli affini di secondo grado è precluso il matrimonio pur essendo gli eventuali frutti della loro unione non considerati incestuosi.

(9) A partire dalle due sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 22-10-2007, la giurisprudenza costituzionale ha identificato nell'articolo 117, comma 1°, cost. (nel testo introdotto con legge cost. n. 3/2001) la disciplina del rapporto tra ordinamento interno e CEDU. In conseguenza di ciò, le norme della Convenzione assumono rango di “norme interposte”, trovando quindi la loro collocazione nella gerarchia delle fonti a livello superlegislativo e subcostituzionale, al di sopra delle norme di rango ordinario e al di sotto delle norme costituzionali. In conseguenza di ciò, il giudice che non riesca a comporre un contrasto tra il diritto di origine interna e la CEDU mediante un'interpretazione convenzionalmente orientata, non può procedere direttamente alla disapplicazione del diritto interno, ma deve invece — al ricorrere delle condizioni previste dalla legge (rilevanza della questione e non manifesta infondatezza della stessa) sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrarietà all'art. 117 co. 1 cost.

(10) Cfr. per esempio la sentenza n. 278/2013 che pronunciandosi sulla medesima questione già affrontata con la sentenza n. 425/2005 arriva a conclusioni diametralmente opposte. La ragione del revirement è da individuare nel sopraggiungere della sentenza di condanna Godelli c. Italia cit., sebbene la Corte, pur richiamando la pronuncia nella sua motivazione, rifiuti di utilizzare quale parametro di costituzionalità anche l'art. 117 cost.

(11) Cfr. da ultimo: Cass. 21-7-2016 n. 15024 che analizza diffusamente l'interpretazione dell'art. 8 CEDU nelle sentenze Odièvre c. Francia e Godelli c. Italia per cassare la sentenza di appello che, conformemente alla pronuncia di primo grado, aveva negato l'accesso all'informazione sull'identità della madre biologica a una donna adulta adottata da bambina che era risultata dalle indagini del tribunale per i minorenni figlia di partoriente anonima defunta al momento dell'istanza della figlia di accesso alle informazioni sulle sue origini; Cass. 22-6-2016 n. 12962 che avalla l'interpretazione di merito favorevole all'uso dell'art. 44 lett. d per dare riconoscimento giuridico alla genitorialità sociale tra una donna e la figlia biologica della compagna concepita nell'ambito di un progetto procreativo comune.

(12) Per alcuni esempi cfr. Trib. min. Catanzaro 13-12-2012, Fam. e dir., 2013, 817 s. (sul diritto dell'adottato adulto figlio di partoriente anonima di conoscere le sue origini genetiche) e Trib. min. Bologna 10-11-2014, www.articolo29.it (sulla trascrivibilità in Italia di un'adozione pronunciata all'estero a favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico) e Trib. Genova 26-11-2013, GU 1a Serie Speciale — Corte cost. 19-3-2014, n. 13 (sulla trasmissione del cognome paterno al figlio nato nel matrimonio anche nel caso di richiesta concorde dei genitori di attribuire il cognome materno).

(13) L'esistenza di una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo di scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali che prevengano violazioni della Convenzione nei confronti di altre persone che si trovino nella stessa situazione dei ricorrenti della causa decisa con una sentenza di condanna.

(14) Cfr. dal dossier relativo all'iter del DDL S. 2081 (poi divenuto legge 76/2016) si evince che, nella sola discussione in aula al Senato (durata per sedici sedute), la sentenza Oliari è

stata richiamata ben sei volte.

(15) Una delle situazioni in cui tipicamente i ricorrenti argomentano nel senso della mancanza di una previsione normativa è la presa in carico da parte dei servizi sociali: l'ordinamento giuridico interno è infatti spesso accusato di eccessiva vaghezza nell'individuazione dell'ambito di applicazione e dei poteri attribuiti ai servizi sociali nella valutazione dei presupposti dell'allontanamento e nella gestione dei rapporti tra minore e famiglia di origine durante il collocamento extrafamiliare.

(16) Questa è l'interpretazione data dalla Corte alla locuzione “costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria...”. Come già illustrato, infatti, secondo la Corte, agli Stati membri deve essere garantito un ragionevole margine di apprezzamento nell'attuazione dei diritti convenzionali.

(17) In questo senso vd. anche I. Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights* (Strasburgo 2012), 9. In tema cfr. anche Pesce, *La tutela dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, ss.

(18) Si tratta a oggi di 54 casi (nessuno riguardante l'Italia) contro gli 8423 di violazione dell'art. 8. Le pronunce di maggiore interesse per l'operatore italiano mi paiono oggi: V.K. v. Croazia 27-11-2012 (eccessiva durata del procedimento di divorzio); B. e L. c. Regno Unito 13-9-2005 cit. (sull'impedimento da affinità).

(19) Cfr. da ultimo Paradiso e Campanelli c. Italia cit., par 67.

(20) Cfr. da ultimo Vallianatos e al. c. Grecia 7-11-2013, par. 73.

(21) Cfr. Paradiso e Campanelli c. Italia, cit., par. 69; Moretti e Benedetti c. Italia 27-4-2010, parr. 50-52.

(22) Così per esempio il caso Todorova c. Italia, in cui la Corte ha riconosciuto l'esistenza di una vita familiare tra due gemellini dichiarati in stato di adottabilità e poi dati in adozione e la madre biologica che aveva esercitato al momento del parto il suo diritto all'anonimato, chiedendo però dopo pochi giorni del tempo per riflettere su un eventuale riconoscimento della prole.

(23) Vallianatos e al. c. Grecia cit., par. 73: risultava che, malgrado l'assenza di coabitazione, uno dei partner provvedeva regolarmente al pagamento dei contributi previdenziali per l'altro.

(24) Si tratta del caso più frequente in cui l'art. 8 è invocato in materia minorile. Cfr. da ultimo Paradiso e Campanelli c. Italia, cit.

(25) B. and L. c. Regno Unito 13-9-2005, par. 34 e F. c. Svizzera 18-12-1987, par. 32.

(26) Per un raro esempio cfr. Z. e al. c. Regno Unito 10-5-2001.

(27) Todorova c. Italia; Covezzi e Morselli c. Italia; Cincimino c. Italia. E' significativo notare che la Corte include tali garanzie processuali nella copertura dell'art. 8, ritenendo invece non necessario affrontarle ai sensi dell'art. 6 CEDU.

(28) La sentenza Schalk e Kopf c. Austria respinge la doglianza della coppia same sex di violazione dell'art. 8 per aver l'Austria introdotto nelle more del procedimento la possibilità di registrazione delle convivenze dello stesso sesso con effetti sostanzialmente corrispondenti a quelli del matrimonio. Per maggiori dettagli vd. infra par. 3.

(29) Così la Cedu interpreta la locuzione « misura che, in una società democratica, è necessaria... » contenuta nell'art. 8 co. 2 CEDU.

(30) Paradiso e Campanelli c. Italia cit., parr. 77 e 84.

(31) La norma dunque non ha un'esistenza autonoma: per la sua applicabilità occorre che venga invocata la violazione di un diritto sostanziale posto da un'altra disposizione. Nel caso Schalk e Kopf c. Austria, per esempio, i ricorrenti lamentavano la violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 sotto il profilo della diversità di trattamento tra coppie etero e omosessuali nell'accesso al matrimonio. Il Protocollo n. 12, ancora non ratificato dall'Italia, elimina tale restrizione e garantisce che nessuno possa subire discriminazioni per nessuna ragione da parte di nessuna autorità pubblica. Con riferimento all'art. 14, la Corte

ha integrato i parametri di discriminazione elencati a titolo esemplificativo nella norma con, tra l'altro, l'identità di genere e l'orientamento sessuale ritenuti aspetti così fondamentali della persona umana da richiedere ragioni particolarmente convincenti per la giustificazione dell'ingerenza: cfr. *Goodwin c. Regno Unito*, secondo cui « nel XX secolo il diritto dei transessuali allo sviluppo personale e alla sicurezza fisica e morale nel senso più pieno del termine, così come riconosciuti agli altri individui della società, non può essere considerato come una questione di controversia che richiede che passi del tempo per fare luce sulle questioni interessate » e *Karner c. Austria* (24 luglio 2003) secondo cui il Governo austriaco non aveva addotto ragioni attendibili e convincenti per giustificare l'esclusione dei conviventi dello stesso sesso dalla successione nel contratto di locazione intestato al partner.

(32) Un altro esempio è quello della violenza domestica. Cfr. per esempio la sentenza *Opuz c. Turchia* (9-6-2009) in cui la Corte accerta una violazione dell'art. 14, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, a causa dell'inefficienza delle autorità turche nel proteggere una donna dalle reiterate violenze da parte dell'ex partner.

(33) *Shalk e Kopf c. Austria cit.*, par. 96.

(34) *Cusan c. Fazzo*, 7-1-2014, par. 67.

(35) *Taddeucci e Mc Call c. Italia cit.*, parr. 95-96. La pronuncia concerne, com'è evidente, la situazione italiana precedente l'entrata in vigore della legge n. 76/2016.

(36) Secondo l'interpretazione maggioritaria, la vita familiare è un aspetto fondamentale della vita privata.

(37) Il nome è infatti mezzo di identificazione personale: cfr. *Guillot c. Francia*, 24-10-1996 (i nomi rientrano nella sfera della « vita privata » — non sussiste una violazione di fatto); *Ünal Tekeli c. Turchia*, 16-11-2004 (cognomi — obbligo per le donne coniugate di prendere il cognome del marito, non compatibile con la CEDU); *Goodwin c. Regno Unito*, cit. (cambiamento del nome e dei documenti ufficiali in caso di cambiamento di sesso: il diritto dei transessuali).

(38) Cfr. *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

(39) *Dudgeon c. Regno Unito (cit.)* sui rapporti omosessuali consenzienti tra uomini adulti in privato.

(40) Esempio è la sentenza *Costa e Pavan c. Italia* (28-8-2012) in cui la Corte ha condannato l'Italia in ragione dell'incoerenza della legislazione nazionale laddove appunto essa vieta la diagnosi preimpianto come nel caso dei ricorrenti *Costa e Pavan*: tale incoerenza deriva dal fatto che da una lato si autorizza l'aborto e dall'altro si vieta la scelta e l'impianto di embrioni sani. Nella stessa logica si inserisce la sentenza *Dickson c. Regno Unito* del 4-12-2007, secondo cui costituisce violazione dell'articolo 8 l'impossibilità per un detenuto e la sua compagna (non detenuta) di ricorrere alla fecondazione artificiale, in un sistema penitenziario che non autorizza le visite coniugali.

(41) Secondo la Corte, infatti, il figlio ha un interesse « vitale » a ottenere le informazioni indispensabili per la ricerca legale della paternità, che è un aspetto importante dell'identità personale (*Mikulić c. Croazia*, cit.), così come, una volta adulto, il proprio fascicolo formato e conservato presso i servizi sociali e relativo alla propria infanzia trascorsa per la gran parte in carico ai servizi (*Gaskin c. Regno*, cit.) o ancora nel caso di adottato adulto partorito da una donna che avesse optato al momento della nascita per l'anonimato di conoscere ogni informazione possibile sulle proprie origini familiari e genetiche, con il limite del rispetto della volontà materna di conservare l'anonimato (*Odièvre c. Francia* e *Godelli c. Italia*, cit.).

(42) La sentenza esorta infatti lo Stato italiano ad adottare « riforme nella legislazione e/o nella prassi italiane al fine di rendere tale legislazione e tale prassi compatibili con le conclusioni alle quali è giunta nella presente sentenza e di garantire che siano rispettate le esigenze degli articoli 8 e 14 della Convenzione » (*Cusan e Fazzo cit.*, par. 81). L'8 novembre 2016 l'Ufficio Stampa della Corte costituzionale ha comunicato che nella medesima data la Corte ha « dichiarato l'illegittimità della norma che prevede l'automatica attribuzione del

cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa volontà dei genitori». Il testo della pronuncia non è ancora disponibile.

(43) La pronuncia è commentata da L. Lenti, Prime note in margine al caso Oliari c. Italia, Nuova giur. civ. comm., 2015, II, 575; L. Paladini, L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili, Dir. pubbl. comp. ed europeo on line, 2015; D. Rudan, L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia, Riv. dir. int., 2016, pp. 190-198; L. Scaffidi Runchella, Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia, www.articolo29.it, 2015; M. Winkler, Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso Oliari e altri c. Italia, <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1529>.

(44) Oliari c. Italia, cit., par. 167.

(45) Ivi, parr. 172, 174.

(46) Shalk e Kopf c. Austria, cit., parr. 102-103.

(47) Ivi, par. 106.

(48) Vallianatos e al. c. Grecia, cit., par. 81.

(49) Per una prima analisi cfr. M. Sesta, La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare, Fam. e dir., 2016, 881 s.; G. Ferrando, La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri, ivi, 889 s.

(50) Schalk e Kopf c. Austria, sopra citata, par. 108; Oliari c. Italia, cit., 177.

(51) Hämäläinen c. Finlandia cit., par. 87. La ricorrente era una persona coniugata che risultava maschio dall'atto di nascita e aveva intrapreso un percorso di riassegnazione del sesso da maschile a femminile, ma non aveva potuto portarlo a compimento in mancanza del consenso della moglie, consenso secondo la legge finlandese era necessario per ottenere la rettificazione degli atti dello stato civile ma che avrebbe automaticamente determinato la conversione del matrimonio in un'unione civile, conversione appunto rifiutata dal coniuge.

(52) La scelta di escludere le unioni civili dall'adozione dei minorenni è esplicita: la legge n. 76 del 2016 esclude all'art. 1 co. 20 espressamente l'estensione alle unioni civili dell'accesso all'adozione.

(53) La giurisprudenza è costante infatti nel ritenere che il tradimento non configuri necessariamente violazione del dovere di fedeltà né causa di intollerabilità della convivenza. Cfr. da ultimo Cass. 15-7-2014, n. 16172.

(54) L'alternativa all'adozione è l'indicazione della coppia dello stesso sesso come genitori direttamente nell'atto di nascita. In Italia la possibilità della trascrizione di atti di nascita stranieri che indichino la coppia dello stesso sesso come coppia genitoriale è stata recentissimamente ammessa da Cass. 30-9-2016, n. 19599, www.articolo29.it.

(55) Non si tratta di un diritto in quanto l'adozione del figlio del partner è subordinata all'accertamento da parte del tribunale per i minorenni della sua conformità all'interesse del minorenne ex art. 57 legge n. 184/1983.

(56) Più precisamente, il Code civil consente la condivisione della responsabilità genitoriale unicamente nel caso in cui ad adottare con adozione simple sia il coniuge del genitore. Da qui l'impraticabilità dell'adozione simple per il riconoscimento della genitorialità sociale in coppie non coniugate.

(57) Si tratta di una conseguenza della previsione contenuta nell'art. 182 del c.c. che a seguito dell'adozione il legame col genitore biologico dello stesso sesso del genitore-adozzante è risolto.

(58) Fonte: ILGA, luglio 2016.

(59) L'aggettivo è di A. Ruggieri, Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate?, Consulta OnLine, 2016, II, 251 s.

(60) Cass., 22-6-2016, n. 12962 che avalla App. Roma 23-12-2015 che aveva a sua volta confermato Trib. min. Roma 30-7-2014. A favore dell'utilizzo dell'art. 44 lett. d si sono espresse anche Trib. min. Roma, 22-10-2015 e Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015 e App.

Torino, 27-5-2016. Tutte le pronunce possono essere lette in www.articolo29.it.

(61) Nel caso dell'adozione del minore abbandonato, diversamente da quanto avviene nel caso dell'adozione del figlio del partner, la disponibilità all'adozione è manifestata in astratto.

(62) Fonte: ILGA, luglio 2016.

(63) *Hämäläinen c. Finlandia* cit., par. 83.

(64) Le altre differenze attengono alla mancanza per le unioni civili del dovere di fedeltà e alla proConv. edura semplificata (rispetto alla separazione e al divorzio) per lo scioglimento dell'unione.

(65) Sul tema cfr. A. Ruggieri, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate?* cit., 256 s., che si chiede appunto se la disciplina delle unioni civili risulti viziata "per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri della famiglia e delle relazioni tra i coniugi".

(66) Per un primo commento cfr. L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione, cessazione*, Fam. e dir., 2016, 919 s., e L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, ivi, 931 s.

(67) Per l'illustrazione di tale censura vd. diffusamente J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali* (Milano 2006), 247 s.

(68) *Karner c. Austria*, 27-7-2003, parr. 40-42.

(69) In Italia la pronuncia è stata commentata da M. Alcuri, *L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo*, Dir. fam. e pers., 2014, 537 s.; F. Buffa, *Nel nome della madre. Prime riflessioni sulla sentenza CEDU, II sez., 7 gennaio 2014*, Cusan e Fazzo c. Italia, *Questione Giustizia*, 2014; V. Carbone, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio*, Fam. e dir., 2014, 212 s.; V. Corzani, *L'attribuzione del cognome materno di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giur. it., 2014, 2670 s.; G. Dolso, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea*, Giur. cost., 2014, 738 s.; E. Malfatti, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, 2014, www.giurcost.org; L. Mura, *Il ritardo italiano nell'adattamento alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 sulla trasmissione del cognome materno*, Ordine int. e dir. umani, 2015, 650 s.; S. Niccolai, *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, Quad. cost., 2014, n. 2, 453 s.; G. Paravizzini, *Il cognome materno alla luce della recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Ordine int. e dir. umani, 2016, 640; E. Pazè, *La trasmissione del cognome paterno ai figli: ultimo vestigio del padre capofamiglia*, Minorigiustizia, 2014, n. 3, 193 s.; C. Pitea, *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza "Cusan e Fazzo c. Italia" e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento italiano*, Dir. umani e dir. int., 2014, 225 s.; S. Stefanelli, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*, Fam. e dir., 2014, 221 s.; S. Winkler, *Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Nuova giur. civ. comm., 2014, I, 520 s.; V. Tinto, *L'attribuzione del cognome ai figli e le conseguenze giuridiche derivanti dalla sentenza Cusan e Fazzo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2014, <http://www.cde.unict.it>.

(70) *Cusan e Fazzo c. Italia*, par. 67.

(71) Cfr. *Burghartz c. Svizzera*, cit. e *Cusan e Fazzo c. Italia* cit.

(72) Così Cass. 13-7-1961, n. 1692 e Cass. 14-4-1970, n. 1020.

(73) In senso contrario a una questione di legittimità costituzionale volta a ottenere una sentenza additiva di accoglimento vedi i riferimenti supra sui margini di discrezionalità.

(74) « La Cour estime que des réformes dans la législation et/ou la pratique italiennes devraient être adoptées afin de rendre cette législation et cette pratique compatibles avec les conclusions auxquelles elle est parvenue dans le présent arrêt, et d'assurer le respect des exigences des articles 8 et 14 de la Convention » (*Cusan e Fazzo*, cit., par. 81). Nello stesso

senso il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che, in sede di monitoraggio dell'esecuzione della pronuncia, lascia aperta la doppia possibilità « reforms to the Italian legislation and/or practice».

(75) Nel senso della necessità dell'intervento del legislatore L. Mura, Il ritardo italiano nell'adattamento alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 sulla trasmissione del cognome materno, cit., 675 (che ritiene utilizzabile anche un atto dell'Esecutivo); G. Paravizzini, Il cognome materno alla luce della recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo cit., 645, 647.

(76) Nel momento in cui scrivo diversi disegni di legge in materia sono in discussione in Commissione Giustizia al Senato.

(77) Così E. Malfatti, Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari? cit., 10. In senso sostanzialmente conforme V. Tinto, L'attribuzione del cognome ai figli e le conseguenze giuridiche derivanti dalla sentenza Cusan e Fazzo della Corte europea dei diritti dell'uomo, 2014 cit., 7 e, seppure in termini dubitativi, Buffa, Nel nome della madre. Prime riflessioni sulla sentenza CONV. EDU cit.

(78) Come già ricordato, la sentenza Cusan e Fazzo lamenta appunto la mancanza di «possibilit  de dérogation même en cas de consensus entre les  poux en faveur du nom de la mère» (Cusan e Fazzo c. Italia, cit., par. 81).

(79) Olsson (I) c. Svezia, 24 marzo 1988, par. 59. Cfr. anche Johansen c. Norvegia, 7 agosto 1996, par. 52; McMichael c. Regno Unito, 24 febbraio 1995, par. 86; P. C. e S. c. Regno Unito, 16 luglio 2002, par. 113.

(80) Cfr. Clemeno c. Italia, cit. par. 41.

(81) Cfr. rispettivamente artt. 2 e ss. e art. 10 co. 3 legge 184/1983.

(82) Uno dei rari esempi concernenti una madre   Cincimino c. Italia, 28-4-2016.

(83) Cfr. Bove c. Italia, Piazzini c. Italia, Lombardo c. Italia, Santilli c. Italia, Bondavalli c. Italia, Cincimino c. Italia e Strumia c. Italia.

(84) Si tratta di un censura presente in tutte le summenzionate pronunce di condanna dell'Italia.

(85) Cfr. Santilli c. Italia, cit., par. 69; Lombardo c. Italia, cit., par. 81; Bondavalli c. Italia, cit., par. 80; Cincimino c. Italia cit., par. 122.

(86) Rileva un uso "in economia" delle sanzioni previste dalla legge Santilli c. Italia, cit. par. 72.

(87) Sull'opportunità di incaricare dell'esecuzione servizi che non abbiano rapporti professionali con uno dei genitori o un loro familiare cfr. Piazzini c. Italia e Bondavalli c. Italia, par. 81.

(88) Piazzini c. Italia, par. 61; Bondavalli c. Italia, par. 80.

(89) Lombardo c. Italia, par. 93; Santilli c. Italia, cit., par. 73; Piazzini c. Italia, par. 61; Bondavalli c. Italia, cit., 81.

(90) Alcune interessanti indicazioni vengono dai protocolli, dalle linee guida e da altri documenti quali la Carta di Civitanova predisposta nel 2012 da un gruppo di lavoro interdisciplinare

(91) Nell'economia del presente discorso, mi limito a due esempi: la prassi standardizzata di limitare gli incontri tra il genitore non coabitante (di solito il padre) e il figlio a un pomeriggio la settimana e un weekend a settimane alterne; la previsione che nel caso di elevatissima conflittualit  tra i genitori gli incontri con il genitore non coabitante si svolgano nei cosiddetti «incontri in luogo neutro» che, malgrado la promessa insita nella loro denominazione, spesso non riesce a favorire n  a sostenere la continuit  della relazione tra il bambino e i suoi genitori ed anzi paradossalmente rischia di alienare i genitori agli occhi della prole, oltre a fornire un contesto falsato per l'osservazione della relazione a fini di valutazione della «sufficienza» delle capacit  genitoriali.

(92) In questo senso cfr. Trib. Milano, ordinanza 16 aprile 2013, che dispone incontri via

skype tra una madre e le figlie minori nel quadro di un percorso di riavvicinamento che si rendeva necessario per il rifiuto netto della prole di incontrare di persona la donna nell'ambito degli incontri in luogo neutro disposti dall'autorità giudiziaria. Nella pronuncia in esame, i giudici richiamano espressamente la sentenza Lombardo c. Italia e la necessità, secondo la giurisprudenza della Corte europea, di mettere a disposizione del genitore non coabitante i mezzi per attuare il suo diritto alla frequentazione con la prole.

(93) La necessità di rivalutare periodicamente la situazione è sottolineata in Cincimmino c. Italia, cit. parr. 73-74.

(94) Sull'importanza della mediazione familiare nella risoluzione delle controversie familiari relative a minori cfr. anche l'art. 13 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli.

(95) Strumia c. Italia, cit. par. 119.

(96) Parte della giurisprudenza sostiene l'utilità in tali situazioni di un affidamento al servizio sociale locale. Cfr. per esempio Trib. Varese, 3-2-2011, in Le leggi d'Italia professionale 2016, secondo cui « L'art. 8 della CEDU imponendo il rispetto della vita familiare, obbliga le autorità nazionali a tutelare i rapporti tra i membri della famiglia e, in caso di disgregazione del nucleo familiare, a garantire il diritto di visita del genitore non collocatario... la mancanza di collaborazione dei parenti separati non dispensa le autorità competenti dall'adottare tutte le misure possibili per mantenere i legami familiari, misure che devono essere tali da assicurare al genitore di poter effettivamente godere del suo diritto di visita. Perciò, dove non sia altrimenti possibile raggiungere tale obiettivo, il minore va affidato ad un Ente terzo e non anche al genitore che neghi al figlio di coltivare il suo rapporto con l'altro genitore ».

(97) La Corte riconosce l'esistenza di un legame affettivo meritevole di tutela ai sensi dell'art. 8 CEDU anche qualora in concreto il rapporto non esista per cause estranee alla volontà del genitore che anzi si sia adoperato prima e/o dopo la nascita del figlio per costruire una relazione con lo stesso: è il caso della madre che al momento del parto aveva optato per il cosiddetto "parto anonimo", ma poi, già quattro giorni dopo il parto, aveva chiesto del tempo per riflettere sul riconoscimento nonché la possibilità di vedere i due figli gemelli e di essere ascoltata dal giudice avanti al quale pendeva il procedimento per la loro dichiarazione dello stato di adottabilità (Todorova c. Italia cit.).

(98) Cfr. Scozzari e Giunta c. Italia (sentenza 13-7-2000, in trad. it. Minorigiustizia, 2000, n. 3, 149, con nota di A. Sonaglioni).

(99) In giurisprudenza cfr. App. Roma, sez. min., decreto 27-6-2005 (erroneamente indicato come App. Torino, sez. min.), Dir. fam. pers., 2006, 1084 e App. Caltanissetta, sez. min., decreto 4-10-2001, Minorigiustizia, 2001, n. 3-4, 236 (che invoca ad interpretandum proprio la sentenza Scozzari e Giunta c. Italia). Nello stesso senso si esprimono oggi anche le linee di indirizzo per l'affidamento familiare a cura del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (Roma, 2013): secondo la Raccomandazione 211.4 occorre "garantire al bambino il mantenimento dei legami con la propria famiglia e del sentimento della piena appartenenza ad essa soprattutto durante il periodo in cui è allontanato"; secondo la Raccomandazione 222.2 occorre porre specifica attenzione a "a prevedere rientri o incontri periodici con la propria famiglia". Tutte le linee guida regionali accolgono tali indicazioni.

(100) Cfr. Trib. min. Bologna decreto 9-9-2000, Fam. e dir., 2001, n. 1, 79; Trib. min. Roma decreto 16-1-1999, Dir. fam. e pers., 2000, 144; Trib. min. Roma decreto 5-7-1988, Dir. fam. e pers., 1990, 105.

(101) L'ideologo della cosiddetta adozione mite è stato il giudice minorile F. Occhiogrosso, già Presidente del Tribunale per i minorenni di Bari: cfr. Trib. min. Bari, 7-5-2008, Fam. e dir., 2009, 393. Per una puntuale illustrazione dell'istituto e della sua genesi cfr. F. Occhiogrosso, Manifesto per una giustizia mite (Milano 2009).

(102) In tema cfr. anche L. Lenti, Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir.

uomo, S.H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015, Nuova giur. civ. comm., 2015, II, 785.

(103) In quest'ottica, all'adozione di cui agli artt. 44 ss. legge n. 184/1983, pur essendo configurata dalla legge come adozione residuale occorrerebbe riconoscere la stessa dignità morale e giuridica dell'adozione piena di cui agli artt. 8 s. legge n. 184, anzi l'interesse del minore alla continuità degli affetti imporrebbe di considerarla come scelta prioritaria.

(104) Cfr. supra par. 1 sull'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali con particolare riguardo alla CEDU, nonché sull'interpretazione del nostro giudice delle leggi dell'art. 117 cost.

(105) Tra gli studiosi che si sono specificamente occupati della relazione tra diritti umani e diritto familiare cfr. S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law* (Oxford 2011); H. Swindells, *Crossing the Rubicon - Family Law Post the Human Rights Act 1998*, *Family Law: Essays for the New Millennium* edited by S. Cretney (Bristol 2000) 66.

(106) Il rischio che la sentenza Paradiso e Campanelli favorisca "l'usucapione dei bambini" è sottolineato anche da L. Lenti, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, *Quad. cost.*, 2015, 472. Con riferimento all'adozione internazionale è ben noto il caso "Serena Cruz", scelto da G. Zagrebelsky (*Il diritto mite*, Torino, 1992) proprio per illustrare la necessità di un approccio idoneo a garantire un'interpretazione del diritto positivo che valorizzi la giustizia del caso concreto.

(107) Cfr. Trib. Milano, ord. 8-4-2013 che solleva questione di legittimità costituzionale in relazione al divieto di fecondazione eterologa di cui alla legge n. 40/2004 anche poiché la disciplina discriminerebbe le coppie in base alla situazione patrimoniale poiché « quelle abbienti possono, infatti, praticare la fecondazione eterologa all'estero, ricorrendo ad una sorta di « turismo procreativo » che vanificherebbe il divieto censurato, nel quadro di una regolamentazione viziata da incoerenza, poiché, da un canto, stabilisce il divieto di tale tecnica terapeutica, dall'altro, prevede la non punibilità di coloro che vi fanno ricorso e disciplina compiutamente la situazione del nato ».

(108) I riferimenti sono in Italia anzitutto Zagrebelsky e Ferrajoli. Cfr. Zagrebelsky, *Diritto mite cit.*, e L. Ferrajoli e E. Vitale, *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (Roma-Bari 2015).

(109) L'espressione è stata usata con riferimento al ruolo del giudice comune nell'implementazione dei diritti fondamentali e in particolare della CEDU da B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della Conv. edu*, *Rivista online dell'AIC*, n. 2/2015, spec. 17 s.

Utente: univd64 UNIV.DI PALERMO - www.iusexplorer.it - 15.02.2017