

ALMA MATER STUDIORUM
Università degli Studi di Bologna

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

**TUTELA DEI DIRITTI UMANI E RAPPORTI
FAMILIARI**

**L'INFLUENZA DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA
SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE
LIBERTÀ FONDAMENTALI
NEL DIRITTO DI FAMIGLIA**

Tesi di Laurea in Diritto di Famiglia

Relatore: *Chiar.mo Prof.*

Presentata da:

MICHELE SESTA

Laureanda: **VERONICA PACINI**

Anno Accademico 2001/2002

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO 1

La “questione” dei diritti umani

1.1 Introduzione	3
1.2 Diritto positivo e diritto naturale. Cenni storici	5
1.3 Diritti umani dopo il 1945.....	9
1.4 Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo.....	11
1.4.1 <i>Storia</i>	11
1.4.2 <i>Struttura</i>	13
1.4.3 <i>Diritti e doveri</i>	19
1.5 Patti posteriori alla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo.....	21
1.6 La tutela dei diritti umani in Europa La Convenzione europea dei diritti umani	25
1.7 Trattato di Nizza.....	31

CAPITOLO 2

Diritto di famiglia internazionale

2.1 Introduzione	35
2.2 La molteplicità dei modelli familiari	38
2.3 Diritto di famiglia e diritti umani	41
2.4 La “famiglia” nella Convenzione europea dei diritti umani. Interrelazione tra art.8 e 12	43
2.5 Obbligazione positiva e negativa dell’art 8.....	47

2.6	La “vita familiare” e la “vita privata” nella giurisprudenza.....	50
2.7	Elementi di connessione nel diritto di famiglia internazionale	55
2.8	La politica sociale europea della famiglia.....	58

CAPITOLO 3

Influenza della Convenzione europea dei diritti umani nell’ordinamento olandese

3.1	Introduzione	61
3.2	Le fonti del diritto di famiglia	62
3.3	Diritto privato internazionale	64
3.4	Convenzione Europea dei diritti umani nell’ordinamento olandese	65
3.5	Matrimonio.....	66
3.6	Registered-partnership	67
3.7	Discriminazione tra matrimonio e registered-partnership?	69
3.8	Filiazione	70
3.8.1	<i>Presunzione di legittimità</i>	71
3.8.2	<i>Riconoscimento</i>	72
3.8.3	<i>Stabilimento giudiziale di paternità</i>	74
3.8.4	<i>Custodia</i>	75
3.8.5	<i>Accesso ed informazione</i>	76
3.9	Fenomeno dell’immigrazione	76

CAPITOLO 4

Influenza della Convenzione europea dei diritti umani nell’ordinamento italiano

4.1	Introduzione	79
4.2	Le fonti del diritto di famiglia	80
4.3	Diritto privato internazionale	81

4.4	Convenzione europea dei diritti umani nell'ordinamento italiano.....	83
4.4.1	<i>Conoscenza della Convenzione europea</i>	
	<i>da parte degli operatori</i>	83
4.4.2	<i>Applicabilità diretta della convenzione</i>	84
4.4.3	<i>Status giuridico della Convenzione europea</i>	
	<i>nell'ordinamento italiano</i>	85
4.4.4	<i>Il caso Medrano</i>	87
4.5	Effetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.	
	Ipotesi di inadempienza amministrativa	89
4.6	Convivenza di fatto	90
4.7	Filiazione	94
4.7.1	<i>Sentenza della Corte Costituzionale n. 532</i>	96
4.7.2	<i>Azione di disconoscimento della paternità</i>	98
4.7.3	<i>Riconoscimento</i>	99
4.7.4	<i>Dichiarazione giudiziale della paternità</i>	101
4.7.5	<i>Potestà dei genitori</i>	103
4.8	Funzione di stimolo della Convenzione.	
	Proposta di legge n. 66 "Nuove norme in materia	
	di separazione dei coniugi e Affidamento condiviso dei figli"	104
4.8.1	<i>Proposta di modifica dell'art.155 del codice civile</i>	106
4.8.2	<i>Disegno di legge 2517/2002</i>	
	<i>"Misure urgenti e delega al governo in materia</i>	
	<i>di diritto di famiglia e dei minori"</i>	109
4.9	Ricorsi contro il governo italiano	110
4.9.1	Ricorso n. 16260/90 contro il governo italiano.....	111
	BIBLIOGRAFIA.....	115

Introduzione

Oggetto della tesi sarà verificare quale influenza abbia esercitato la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali, firmata il 4 novembre del 1950 a Roma, nell'ambito del diritto di famiglia.

Per studiare l'interrelazione esistente tra diritti umani e rapporti familiari propongo una lavoro comparativo.

Andrò ad esaminare l'ordinamento olandese ed italiano, mostrando quali sono stati gli effetti prodotti dalla Convenzione nel diritto di famiglia dell'uno o dell'altro Paese.

In merito all'ordinamento italiano mi soffermerò poi al nuovo disegno di legge 2517/2002 "Misure urgenti e delega al governo in materia di diritto di famiglia" ed alla proposta di legge n.66 "Nuove norme in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli", mostrando come la funzione di stimolo della Convenzione non si sia ancora esaurita.

Capitolo 1

La “questione” dei Diritti Umani

1.1 Introduzione

Antonio Rosmini parlava di “diritti connaturati” sottolineando così, che il concetto stesso di uomo si lega all’indispensabile sussistenza di un nucleo di diritti che è ad esso indefettibile¹. L’ampiezza di tale nucleo e’ variabile dal particolare periodo storico, traendo esso origine dalla società. In ciascun secolo infatti, i diritti dell’uomo hanno avuto un significato storicamente diverso, perché diverso è stato il fondamento addotto: ora filosofico, ora giuridico, ora economico.

Il concetto di “diritti dell’uomo” è con vigore emerso nel diciottesimo secolo, quando i filosofi illuministi giunsero ad elaborare la teoria dei diritti naturali². Da allora la lista dei diritti umani si e’ progressivamente estesa, pur non essendo stato ripudiato alcuno di quelli sanciti in epoca passata. Certo taluno sarà diventato obsoleto, ma nessuno ne ha perso la validità per la coscienza contemporanea.

I sociologi del diritto hanno suddiviso l’evoluzione dei diritti in “generazioni” indicandone, come vedremo, tre. La specifica locuzione “diritti umani” è stata usata per la prima volta, nella dichiarazione delle Nazioni Unite del 1/1/1942. Il problema di una tutela internazionale dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali ha iniziato a porsi in maniera imponente solo dopo il primo conflitto mondiale. E’ comunque con la seconda guerra mondiale che si realizza una vera e propria “internalizzazione” della tutela dei diritti umani, sancita da apposite convenzioni multilaterali³.

Alla conclusione della guerra apparve infatti chiaro, considerata la violenza fatta ai diritti dei singoli e dei popoli interi, quale fosse il potenziale distruttivo presente nell’umanità’.

Tutto ciò, invero, condusse a consacrare nell’art.1 della Carta delle Nazioni Unite la finalità di:

“Promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione”

¹ ROSMINI, *Pensiero giuridico e politico*, a cura di Sciacca, Firenze, 1962, p.53

² GOZZI, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Edizione Laterza, 2001, p.37

³ ARCHIBUGI, BEETHAM, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Edizione Feltrinelli 1998, p.76-89

L' "universalizzazione" dei diritti umani rappresenta certamente un valore ed una conquista e proprio la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 ne rappresenta il punto di partenza.

La Dichiarazione non ha fatto altro che rappresentare l'esito finale di una vicenda millenaria: quella tra individuo ed autorità politica.

Riprendendo Rousseau, la protezione dei diritti umani non rappresenta altro che il contraltare al potere assoluto del sovrano. Lo Stato, nell'accezione di Weber, è un' istituzione caratterizzata dall'uso legittimo della forza, mera trasposizione della figura del sovrano nell'epoca moderna. Un sovrano non troppo "giusto", se si pensa che secondo un rapporto di Amnesty International ancora nel ventesimo secolo lo stato è il colpevole di ben tre quarti delle vittime di conflitti politici e solamente un quarto di esse è morta in conflitti internazionali⁴.

Con questo non si vuole affermare che l'uomo e la collettività siano due termini in antagonismo.

Essi nascono insieme: il concreto individuo e' quello che vive nello stato e lo stato e' legittimo solo quando promuove la dignità dell'individuo; pertanto lo Stato è sia fine, che mezzo di sviluppo dell'individuo persona. La novità è data dal considerare lo stato non come unico referente del cittadino, imponendo i diritti umani nel panorama internazionale.

Determinare poi concretamente in cosa consistono i diritti dell'uomo non e' semplice. Considerando quali sono state le più clamorose violazioni che hanno colpito il genere umano possiamo ricondurli alla:

- tutela dell'esistenza dell'uomo, sotto ogni profilo
- uguaglianza, cioè contro ogni tipo di discriminazione di razza, sesso, religione, lingua
- tutela dei diritti politici, garantendo la partecipazione effettiva al governo del proprio paese; elezioni periodiche che siano libere e segrete.
- sicurezza contro i bisogni, avendo quindi riguardo per il lavoro, libertà sindacali, salario, abitazione.

Da verificare sarà poi la concreta efficacia nel garantire i diritti umani.

E' stata questa la tematica affrontata alla *conferenza di Helsinki*, che ha condotto alla stesura dell'Atto finale del 1975. In tale Atto viene sancito l'impegno alla "cooperazione nel settore umanitario", finalizzato al miglioramento della diffusione, dell'accesso e dello scambio di informazioni.

⁴ *Introduzione ai diritti umani. A cinquanta anni dalla Dichiarazione Universale*, pubblicazione di Amnesty International 1998, p.11.

1.2 Diritto positivo e Diritto naturale. Cenni storici

Acquisita la consapevolezza dell'interrelazione tra mantenimento di pace e rispetto dei diritti dell'uomo, sempre più urgente risulta comprendere quali siano i valori comuni all'umanità intera.

Torna quindi d'attualità la riflessione circa il rapporto esistente tra i singoli diritti positivi, per loro intrinseca struttura particolare e contingente, ed un diritto naturale universale, presente nel cuore di ciascuno al di sopra delle legislazioni del proprio Paese di appartenenza e su cui tutti possano concordare.

Già a partire dal quinto secolo a.C., nel mondo greco era stata elaborata la distinzione tra leggi umane espressamente emanate e leggi non scritte che avrebbero dovuto essere universalmente valide in quanto conformi all'ordine divino nel mondo.

I Sofisti affermavano che il diritto di natura era più elevato delle leggi positive esistenti, ponendo quindi la natura umana come principale punto di riferimento per le idee giuridiche.

Numerose sono state le concezioni del diritto di natura.

Aristotele concepì la legge naturale come un insieme di precetti universali ovunque validi, ispirati da desideri comuni a tutti gli uomini. Il diritto positivo, creato dagli uomini secondo esigenze non puramente razionali era invece, diverso nei singoli ordinamenti.

Cicerone definiva la legge di natura come “vera legge” ed appunto per tale motivo sosteneva che “sarebbe empio mutarla con altra, né sarebbe lecito derogarvi in alcuna sua parte..legge sempiterna ed immutabile vincolerà tutte le genti e in ogni tempo...”.

La Lex Naturae esiste da sempre, è voluta dalla divinità e va a vincolare gli uomini in modo paritario.

Cicerone mostra quindi di condividere il principio di uguaglianza e con le sue considerazioni certamente andò a favorire il sorgere della dottrina giusnaturalistica.⁵

Nell'antichità pagana ancora non possiamo parlare di “diritti dell'uomo”, questo nonostante l'elaborazione di vari postulati riguardanti libertà e uguaglianza.

Nell'età antica non si arrivò alla determinazione dei diritti fondamentali, in quanto l'utilità generale veniva vista come l'unica esigenza.

Estremamente importante in questo senso fu il contributo dato dal cristianesimo con la dottrina dell' “imago Dei” che affermò l'uguaglianza di fronte a Dio. L'individuo è cittadino senza smettere di essere uomo, egli ha diritti essenziali che nessun potere politico potrà annullare.

⁵ BATTAGLIA, *Le Carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francisco)* Edizioni Sansoni, Firenze, 1946, p.10

In ogni modo, l'uguaglianza non appare ancora come diritto universale dell'uomo. E' nel Medioevo che troviamo le prime tracce di una tutela giuridica intesa in senso moderno. Vengono elaborati, facilitati dal frammentarismo giuridico ed dal localismo politico, degli accordi privati di tipo pattizio tra autorità locali e soggetti di diritto.

Oggetto di questi patti sono stati dei diritti essenziali: il diritto all'integrità fisica, il diritto a non essere ucciso, il diritto a formarsi una famiglia, il diritto a non essere privato illegalmente di quelle cose possedute

legittimamente. Nel regno spagnolo già nel primo medioevo, il codice regio affermava che ogni cittadino in possesso dei diritti civili dovesse ritenersi immune dalle minacce che dal re fossero state arrecate alla sua integrità fisica, al suo onore, alla sua proprietà.

Cio' alla luce di quegli obblighi naturali che lo legavano alla corona.

Si parla di "obblighi naturali" poichè l'ordinamento giuridico si basava sul consenso dei fideles e ove il suddito non era tutelato poteva sciogliere il rapporto, delineandosi così un mutuo dovere di fedeltà.

La Magna Charta del 1225 parla di un *diritto di resistenza* quale misura di tutela che legittima il ripudio del vassallaggio qualora si venga meno all'impegno reciproco di protezione e fedeltà'.⁶

Se pur essa si riferisca a "tutti i liberi del regno", per i contenuti ed i mezzi di tutela offerti, essa va a rivolgersi in particolare ad alcuni ceti quali: nobili e prelati. In sostanza si hanno diritti particolari attribuiti a ceti determinati.

D'altronde l'aspetto particolaristico è confermato dalla stessa forma giuridica: si ha un contratto a fondo patrimoniale con cui il sovrano va a rinunciare a delle proprie prerogative a favore dei sudditi.

Non si ha una concessione di diritto pubblico, questo se pur nella tutela dei diritti umani inizi ad emergere il passaggio dal diritto privato a quello pubblico.

Per l'evoluzione pubblicistica occorre attendere la Petition of rights del 1628 e il Bill of rights del 1689.

Con queste carte si vanno a difendere i diritti del Parlamento e lo sviluppo dei diritti del popolo nei confronti del re.

E' con il passare del tempo che si va a focalizzare il bene dell'individuo isolato. L'individuo viene rivalutato nel Rinascimento e lo Stato assume il compito di promuovere la felicità dei singoli, cioè il pieno sviluppo delle loro capacità'.

Bisogna però aspettare la **Declaration des droits de l'homme et du citoyen** del 1789 e i **Bills of rights americani** (soprattutto quelli della Virginia e del Massachusetts) per avere una formulazione generale, così dimostrando come il costituzionalismo non abbia potuto prescindere dalla centralità dei diritti umani.

Nella **Dichiarazione del Massachusetts** del 1780 si enuncia che "l'uomo può godere, in sicurezza e tranquillità, i suoi diritti naturali e le benedizioni della vita".

Nella **Dichiarazione della Virginia** del 1776 si auspica il "perseguimento e il raggiungimento della felicità e della sicurezza".

E' con la **Costituzione di Filadelfia** che si ha una tappa decisiva, con essa i diritti del cittadino vengono inseriti direttamente nel testo costituzionale; si sottolinea così la precettività dei diritti sanciti.

⁶ GOZZI "Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali", op.cit..Edizione Laterza del 2001

Nei testi precedenti, essendo tali documenti separati rispetto alla costituzione stessa, si poneva il problema del rapporto esistente tra l'elencazione dei principi generali e l'effettività del diritto positivo.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen riprende in molte parti gli articoli americani, pur presentando degli elementi originali. Gli attacchi rivolti allo Stato sono qui caratterizzati dall'astrattezza, laddove nei testi americani la tirannia dell'Inghilterra appare come la destinataria specifica.

L'art. 1 della Dichiarazione francese pone le basi per l'affermazione del principio di universale uguaglianza :

“Gli uomini nascono e restano liberi e uguali nei diritti”

Ed a proposito dei diritti naturali l'art.2 enuncia:

“Il fine di tutta l'associazione politica sta nella conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione”.

Pur ricordando la diversità delle fonti: una costituzionale e l'altra internazionale; e dei contesti: la prima del 1789 e la seconda del 1948, la Dichiarazione francese appare come l' *antesignana* più diretta della Dichiarazione universale del 1948.

Occorre ora analizzare quali siano state le esigenze culturali e i mutamenti sociali che hanno condotto all'elaborazione di un testo così “universale”.

1.3 Diritti umani dopo il 1945

Le atrocità della seconda guerra mondiale aumentarono il bisogno di protezione internazionale dei diritti umani.

Gli orrori e le gravi violazioni perpetrate nel corso del conflitto 1939-45, hanno indotto gli stati costitutori ad includere tra le sfere della cooperazione internazionale, consacrate nell'art.1 della Carta delle nazioni unite, anche la volontà di:

“promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, sesso, di lingua o di religione”.

E' dunque stata questa la reazione della comunita'internazionale a quelle gravi e generalizzate violenze di cui alcuni governi si sono fatte Responsabili nei confronti di interi popoli e stati sovrani

La Carta delle Nazioni Unite manifesta la consapevolezza della connessione tra mantenimento di pace e sicurezza e rispetto dei diritti dell'uomo.

La cooperazione internazionale fu d'altronde resa necessaria dalla constatazione della globale e reciproca dipendenza di tutti i popoli oltrechè dalla crescente minaccia cui tutti soggiacciono per via di sempre nuove tecniche distruttive tra cui non ultima la bomba atomica. E' questo lo scenario in cui si avvertì il desiderio di giungere ad un accordo giuridicamente vincolante che andasse ad assicurare la posizione dell'individuo.

Precedentemente tutto quello che riguardava i diritti umani era di competenza dello Stato sovrano, oggi invero l'uomo è posto al di sopra di esso e così da titolare di diritti umani diviene soggetto di diritto internazionale.

Definire il concetto di diritti umani è difficile e certamente ancora di più lo sarà stato all'epoca dell'emanazione della Carta, nel 1945.

Questo testo riprese il famoso discorso del presidente Franklin D.Roosevelt, in cui egli si premurò di sottolineare le “quattro libertà”: libertà dalla paura; libertà dal bisogno che, come ha notato Cassese, oggi potrebbe essere definita come il complesso dei “diritti economici e sociali”; libertà di espressione e di culto.

La Carta pose tali diritti fondamentali a base di ogni futuro ordine internazionale e lo fece abbinando sia principi di politica interna che rivendicazioni morali.

Il concetto dei diritti umani sarebbe stato chiarito solo più tardi dopo 20 anni di attività svolta dall'ONU, grazie all'esistenza di documenti ed accordi giuridicamente vincolanti.

In quel tempo invece, considerata l'esigua formulazione e la complessità della materia, oltre che la non vincolatività del testo dare un'esatta definizione era un'impresa ben ardua.

Il movimento per la tutela dei diritti umani non ha mai avuto un fondamento unitario: le condizioni socio-culturali, i presupposti giuridico-politici ed i fattori materiali si delineano in differente modo in Asia, Africa, Europa, America.

Dai 51 membri fondatori, l'Onu si è ampliata fino a comprendere quasi 150 stati con situazioni socio-economiche assai diverse e quindi con idee discordanti tanto per le finalità che per i contenuti dei diritti umani.

Se si vuole individuare una comune tendenza, questa è da ritrovare nel tentativo di sottrarsi ai vincoli del diritto internazionale.

E' stata energicamente difesa l'idea di sovranità politica, intesa come simbolo dell'autodeterminazione di uno stato a scapito di ogni qualsiasi intrusione dall'esterno, anche se compiuta facendo perno sui diritti di libertà.

Augusto Barbera definisce il progressivo diffondersi delle Carte Internazionali dei diritti umani come una tendenza "eversiva" nel diritto internazionale: esse permettono di superare il divieto di ingerenza negli affari interni ai singoli stati, grazie al riconoscimento del diritto del popolo all'autodeterminazione.⁷

⁷ BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio dei diritti di libertà*, Giuffrè 1962, p.8, estratto da *Iustitiae* anno xv n-1-2

1.4 Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo

1.4.1 Storia

La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo è stata approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10/12/1948, di pochi mesi preceduta dalla Dichiarazione interamericana dei diritti e doveri dell'uomo, approvata dall'organizzazione degli stati americani.

Essa, come già abbiamo visto, non nasce quale episodio improvviso nella storia del pensiero. Si ricollega infatti ad esigenze culturali da sempre presenti nell'uomo e connettendosi a tradizioni filosofiche di lunga durata pone le basi per la realizzazione del più alto livello della civiltà del diritto.

Il ventesimo secolo si è sì contraddistinto per i totalitarismi, ma anche per le profonde riflessioni riguardanti i diritti umani.

Da segnalare sono due progetti di Dichiarazioni internazionali preparati dall'istituto di diritto internazionale:

- La dichiarazione generale dell'*union juridique internationale*, di cui promotore fu Alvarez.

- La **Declaration des droits internationaux de l'homme** adottata il 12/10/29, nella sessione di New York, dall'istituto di diritto internazionale.

Con essa viene affermato il dovere degli stati di riconoscere a tutti il diritto alla vita, alla libertà individuale, alla sicurezza ed alla proprietà privata, al libero esercizio della propria religione, all'uso della propria lingua, al libero esercizio di attività economico professionali ed industriali, alla libertà di insegnamento senza distinzione di sesso, razza, lingua o religione.

Grande movimento di idee lo abbiamo anche nell'ambito dell'Accademia diplomatica internazionale dell'*International Law Association* e della *Grotius Society*, conferenza interamericana degli avvocati.⁸

Dopo aver ricordato il testo di Lauterpach "A bill of human rights" del 1945, mi soffermo sulla figura di Kelsen che pose, per la prima volta, le basi di un diritto internazionale maggiormente efficace sotto il profilo della sanzione, ma soprattutto più legato ad esigenze umanitarie. Tramite organismi internazionali a carattere permanente egli prospettava, come testimoniano le raccolte *Peace Through Law* e *Law International Relations*, il raggiungimento del bene supremo della pace e della coesistenza tra stati.

Con la **Carta Atlantica** del 14/8/41, fatta poi propria dalla *Dichiarazione Comune* del 15/1/42 da parte delle prime Nazioni Unite, Roosevelt e Churchill enunciarono dei principi “comuni”. Essi dichiararono di “ voler realizzare fra tutte le Nazioni la collaborazione piu’ completa nel dominio dell’economia per garantire a tutte le Nazioni il miglioramento della condizione”.

La **Carta delle Nazioni Unite**, elaborata nell’ambito della Conferenza di San Francisco apertasi il 25/4/45, contiene vari articoli degni di riflessione.

Così l’ art.55 in base al quale le Nazioni Unite si sono impegnate a promuovere “il rispetto e l’osservanza universale dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”; l’art.68 che prevede una commissione all’interno del Consiglio Economico che vada a “promuovere i diritti dell’uomo”; l’art.76 che si propone di “incoraggiare il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”

Come già notato, il desiderio di sancire determinati diritti e di darne valore universali conseguì a quei crimini che segnarono il secondo conflitto mondiale. Le violazioni dei diritti degli individui e delle minoranze etniche compiute durante la guerra avevano rappresentato un motivo di instabilità internazionale e messo continuamente a repentaglio la pace.

I clamori suscitati dai crimini erano stati tali che, durante la seconda guerra mondiale, furono per la prima volta istituiti dei tribunali incaricati di perseguire coloro che se ne erano resi responsabili. A Norimberga ed a Tokio i vincitori si considerarono in diritto di processare e di condannare i vinti, sostenendo che la legittimità di tali processi andava ricercata nel fatto che i crimini compiuti offendevano la coscienza di tutto il genere umano. Gli imputati confortati da autorevoli giuristi, sostenevano che condannare in assenza di una legge pregressa configurava un controsenso giuridico.

Ebbene la Dichiarazione permetteva di ovviare a questa contraddizione andando a sancire un nucleo di diritti individuali da ritenere sempre validi.

La Dichiarazione Universale, elaborata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ebbe 48 voti favorevoli ed 8 astensioni: Unione Sovietica, Polonia, Cecoslovacchia, Jugoslavia, Sud Africa, Arabia Saudita, Honduras, Yemen.

Si ebbe un’approvazione alquanto serena dove tutti collaborarono: le nazioni occidentali accettarono di porre alcuni diritti economici e sociali ed i paesi socialisti si impegnarono nella stesura del testo. L’influenza dello statalismo fu un’ eredità dei paesi socialisti e rappresenta una delle tre fonti ideali della Dichiarazione. Le altre due sono da individuare in:

- La matrice giusnaturalistica classica
- Il principio nazionalistico della sovranità, nello sforzo di frenare lo slancio progressista della Dichiarazione.

1.4.2 *Struttura*

La Dichiarazione riconosce due tipi di diritti:

- Diritti civili e politici
- Diritti economico sociali e culturali

Essi nella codificazione dei diritti umani a partire degli anni '60 vengono, rispettivamente definiti come diritti di “prima” e di “seconda generazione”.

In un tempo successivo, verranno poi distinti anche quelli di “terza” generazione che si pongono come diritti dell’umanità nel suo complesso piu’ che diritti dei singoli, comprendendo il diritto all’autodeterminazione, alla pace ed all’ambiente.

Le due tipologie di diritti , se pur vengano trattate separatamente, sono interdipendenti ed indivisibili. La Dichiarazione è innovativa, perché oltre a riaffermare i diritti civili e politici, già introdotti dalla rivoluzione americana e da quella francese, va a sottolineare l’importanza di alcuni fondamentali diritti economici e sociali.

Si delinea pertanto un compromesso tra le due principali tradizioni politiche: quella liberal-democratica, propria dei paesi occidentali, e quella socialista sostenuta dai Paesi dell’est.

Dei diritti umani si è poi spesso abusato nel cinico teatro della politica internazionale. Durante la guerra fredda gli Stati dell’est si sono eretti a paladini dei diritti economici e sociali, quelli dell’ovest, dei diritti civili e politici.

Denominando la Dichiarazione come “Universale”, si evitava di doverne riconoscere i confini ed i limiti del documento.

In realtà i confini geografici sono dissolti: gli stati membri delle Nazioni Unite sono gradualmente aumentati, tanto da coprire virtualmente tutta la popolazione mondiale. Non esiste governo che, almeno formalmente, vada a prendere posizione contro i diritti enunciati.

Analizzando piu’ dettagliatamente la struttura della Dichiarazione, vediamo che essa è costituita da un Preambolo e trenta articoli.

Il Preambolo individua nel rispetto dei diritti l’unico modo per evitare gli “atti di barbarie che offendono la coscienza dell’umanità”. Il Preambolo riconosce che tutti gli esseri umani sono “dotati di ragione e di coscienza”.

Con le capacità sia morali, che intellettuali egli è in grado di gestire la propria esistenza, pur non essendo autosufficiente in quanto “essere sociale” ha necessità di vivere insieme agli altri.

Gli art. 1-2: pongono come principio fondamentale che “tutti gli esseri umani nascono liberi”.

Gli art. 3-11: enunciano i diritti e le libertà fondamentali .

Gli art. 12-17: enunciano i diritti dell’individuo nei confronti della comunità.

Gli art. 18-21: stabiliscono la libertà di pensiero ed associazione .

Gli art. 22-27: sanciscono i diritti economici, sociali e culturali.

Gli art. 28-29-30: mirano alla realizzazione dei diritti enunciati precedentemente.

In particolare l'art.30 va a sottolineare come l'esercizio di tali diritti non debba essere finalizzato all'instaurazione di un regime liberticida.

La categoria dei diritti sociali ha assunto una sempre maggiore rilevanza tanto da poter parlare di uno "Stato sociale".

Grande importanza hanno il *diritto alla salute* ed all'*assistenza sanitaria* dei quali l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), istituto specializzato delle Nazioni Unite, si occupa.

Gli art.26-27 della Dichiarazione si riferiscono ai diritti culturali. L'UNESCO, organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura si occupa della loro realizzazione non solo per un generico diritto all'alfabetizzazione, ma anche per il diritto all'istruzione superiore, alla formazione professionale e alla partecipazione a pieno titolo alla vita culturale. In periodi più recenti, accanto all'affermazione del classico diritto all'istruzione si è avuta la preoccupazione di individuare le finalità da perseguire nei processi educativi.

La distinzione che caratterizza maggiormente il contenuto della Dichiarazione è quella fra diritti civili e politici, e diritti economico, sociali, culturali.

Diversi sono gli strumenti giuridici internazionali che vanno a riconoscere i diritti appartenenti alle due categorie.

Previsto in origine solamente uno, alla fine si ebbero ben due diversi **Patti Internazionali sui diritti dell'uomo**, dedicati alle diverse categorie di diritti.

Due sono anche i tipi di obblighi che gli stati si sono impegnati a rispettare:

- Per i diritti civili e politici abbiamo degli *obblighi precettivi*.
- Per i diritti economici, sociali, culturali degli *obblighi meramente programmatici*.

Diversi sono poi i *meccanismi di garanzia internazionale* che nel caso dei diritti economici e sociali vengono ad essere particolarmente deboli.

Così come diverse sono le *organizzazioni non governative* impegnate:

- Organizzazione di cooperazione allo sviluppo.
- Organizzazione per i diritti umani in senso classico .

Alcuni giuristi hanno manifestato delle perplessità riguardo la "seconda generazione" di diritti non riconoscendone una struttura simile a quella delle altre due.

Importante è poi ricordare il principio dell'interdipendenza di tutti i diritti umani sancito nell' Atto Finale della Conferenza di Vienna del'93.

La garanzia dei diritti economici, sociali è necessaria per offrire una minima base di parità nell'accesso ai diritti civili e politici.

In particolare osserviamo che nella Dichiarazione Universale gli art.3, 9, 10, 12, 13, 16, 18, 19, 20 sono dedicati ai diritti civili. Gli articoli tra il 3 ed il 20 riguardano la

titolarità dei diritti di “prima generazione” nati come rivendicazione verso lo stato, allora “assoluto” e caratterizzato da una concezione di contrapposizione stato/sudditi. Solo l’art.25 della Dichiarazione Universale e l’art. 25 del “Patto internazionale sui diritti civili e politici” si vanno ad occupare dei diritti politici.

Ogni deroga al riconoscimento di diritti è garantita dalla natura del regime politico. Il Principio della giurisdizione nazionale, cioè il rispetto della non ingerenza negli affari interni di ogni singolo stato e il diritto di decidere autonomamente il proprio regime politico vanno comunque a dar per scontato il regime democratico.

Da notare è il rapporto che intercorre tra democrazia e diritti civili e politici : il diritto dei cittadini di partecipare agli affari pubblici in condizioni paritarie costituisce infatti il fulcro della democrazia. I diritti umani sono pertanto una parte intrinseca e quindi essenziale della democrazia.

In occidente la definizione “diritti umani” è sempre parsa sinonimo di “diritti civili e politici” si sono così obliati i “diritti economici , sociali e culturali”.

Fare una discussione senza considerare questi ultimi è abbastanza inutile anche perchè la relazione tra democrazia e diritti economico, sociali e culturali risulta essere molto complessa. Innanzitutto, premetto che lo sviluppo economico e la salvaguardia dei diritti economici non sono la stessa cosa: gli stati sono vincolati dalla convenzione “indipendentemente dal livello di sviluppo”.

Essere interessati ai diritti economici significa occuparsi della distribuzione della crescita economica, sia nel garantire assicluaglianza, che il minimo vitale a ciascuno.

La disuguaglianza economica non è compatibile con il fondamentale principio democratico della uguale cittadinanza.

L’uguaglianza civile e politica è compromessa potendo i privilegiati ottenere un’influenza politica indebita con tanto di esclusione per i poveri da ogni cittadinanza comune.

La garanzia dei diritti economici e sociali è quindi necessaria alla democrazia così da assicurare una minima base di uguaglianza nell’accesso ai diritti civili e politici.

Qualsiasi tipo di menomazione circa l’accesso ai diritti civili e politici, sortisce non solo un effetto diretto per gli interessati, ma anche un’effetto indiretto sulla qualità della democrazia in generale. La conseguente insicurezza richiederà un inasprimento della repressione e così un’intensificazione delle forme di controllo sociale più autoritarie.

Il fallimento della difesa dei diritti economici e sociali produce quindi, diversi effetti negativi sulla democrazia.

Mina lo status di cittadinanza di coloro i cui diritti non sono salvaguardati e ne inibisce la capacità di esercitare i diritti civili e politici insieme agli altri. L’esclusione sociologica o economica e l’esclusione politica vanno di pari passo.

Si va ad incidere negativamente sulla qualità della vita in senso lato, perdendo la sicurezza sociale ed intensificando la repressione che ne consegue. Si erode la legittimità delle istituzioni democratiche e le si rendono più vulnerabili nei confronti delle forze che intendono sovvertirle. Il problema nelle democrazie in via di sviluppo è che le maggioranze possono non avere il potere di rendere la propria voce effettiva, la maggioranza può colludere nell'obliare i diritti economici, ed è proprio ciò che intende J.K.Galbraith⁹ quando parla della cultura politica dell' "appagamento".

Le insicurezze del mercato capitalista ponevano, nel periodo dello sviluppo dello stato sociale, il bisogno di una protezione statale nella grande maggioranza della popolazione; ora, la maggioranza appartiene alla fila degli "appagati" che vanno a considerare gli indigenti come largamente responsabili della propria condizione ed allo stesso tempo una minaccia al proprio appagamento.

Gli indigenti, inoltre, oltre a costituire una minoranza rappresentano anche una minoranza disorganizzata.

A tal proposito, Galbraith sostiene che:

“ l'attività esecutiva e legislativa, o più relisticamente la loro inattività per quanto avverso ed alienante sia il suo effetto su coloro che sono socialmente esclusi e che si traduce nella mancanza di alloggi, nell'educazione inadeguata, nella tossicodipendenza, nella povertà in generale, avviene con la generale approvazione della democrazia ”

Esamino poi la relazione tra Diritti culturali e democrazia. Abbiamo due diversi tipi di diritti culturali.

I primi sono i diritti degli individui allo sviluppo personale ed all'accesso al sapere scientifico universale. L'educazione è un diritto individuale basilare, in quanto necessario all' effettivo esercizio dei diritti sia economici che politici.

Un secondo tipo di diritto culturale è il diritto dei gruppi a praticare e riprodurre la propria cultura specifica.

Questo diritto delle minoranze è indicato nella Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici solo in termini negativi. Sebbene riconosciuto quale diritto umano "universale" deve essere tutelato esaltandone la particolarità piuttosto che l'universalità. L'esistenza di una significativa distinzione di opinione e di interesse tra settori diversi della popolazione non solo è un dato di fatto, ma è anche un fenomeno desiderabile per la democrazia.

La concezione tradizionale ha considerato i cittadini come portatori indifferenziati di diritti e non anche come membri di particolari comunità, ha presupposto che le minoranze potessero diventare future maggioranze perdendo lo status di seconda classe, ha considerato l'identità nazionale come monopolistica e non come multipla.

⁹ GALBRAITH, *The affluent society*, Hamish Hamilton, 1958, p.28

E' così che la tutela dei diritti culturali nel contesto delle società multiculturali va a richiedere una concezione rivalutata della democrazia: democrazia non solo politica, ma anche sociale aspirante pluralista.

Tra democrazia e diritti civili e politici la relazione vede questi ultimi costituire parte integrante della democrazia.

La mancanza di libertà, di parola, di associazione, di avere un procedimento giudiziario regolare renderebbe impossibile ogni controllo popolare sul governo e la democrazia sarebbe una contraddizione in termini.

I diritti economici e sociali godono di una relazione di reciproca dipendenza rispetto alla democrazia: la loro diffusa assenza compromettono l'uguaglianza civile e politica.

La qualità della vita pubblica e la qualità delle istituzioni democratiche, costituiscono una condizione necessaria, se pur non sufficiente per la tutela di diritti economici e sociali.

1.4.3 Diritti e doveri

L'art.30 della Dichiarazione proibisce oltre che agli stati, anche ai gruppi ed alle persone "di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla soppressione di alcuni dei diritti e delle libertà in essa enunciati".

Il singolo se vuole fare parte di una comunità civile ne deve rispettare le regole.

La correlazione che sussiste tra diritti e doveri si pone tanto per la comunità nel suo insieme che per i suoi componenti, perché lo stesso individuo deve perseguire l'interesse generale per cui il gruppo sociale si è costituito.

La possibilità di vivere "civilmente" cioè nutrirsi adeguatamente, di potersi istruire, essere protetto dalle aggressioni, quindi godere dei diritti sanciti dagli strumenti internazionali è un fine da raggiungere e non un dato naturale. Manca la consapevolezza di fondo che le condizioni di vita dell'umanità sono il frutto di un'evoluzione storica e che pertanto le migliori condizioni di vita non siano garantite da alcuna immutabile condizione di natura e non siano il prodotto di un'azione storica.

In questa ottica bisognerebbe ridefinire il concetto di "dovere", abbandonando la concezione per cui si va ad intendere qualcosa che va contro il nostro interesse e che può essere compiuto solamente con un sacrificio da parte nostra.

Non bisognerebbe percepire la presenza degli interessi altrui come una limitazione del proprio, ma in funzione dei vantaggi che la civile convivenza offre. La vita pacifica è l'interesse comune che si prefigge la comunità e la realizzazione di questo permette poi il conseguimento degli interessi particolari.

Come diceva Tocqueville:

“E’ nell’interesse di ognuno essere onesto e sacrificare spontaneamente, per il bene dello Stato, una parte del proprio tempo e della propria ricchezza”¹⁰

Preso tra l’imperativo del dovere e l’attrazione dell’utile, l’individuo ha spesso scelto quest’ultimo. Sacrificando il dovere l’uomo ha mostrato di non comprendere quanto l’azione umana socializzata fosse capace di incrementare la produzione dei beni e quindi apportare miglioramenti nei livelli di vita.

Solo con la Rivoluzione Industriale lo si comprese in modo evidente.

Sarebbe più corretto parlare di *contributo* anziché di *dovere* sottolineando così l’opportunità che il singolo si attivi per la realizzazione positiva dei fini della convivenza.

Si è parlato di “processo di riappropriazione dello stato” da parte dei cittadini, in quanto l’organizzazione politica rappresenta una condizione funzionale allo svolgimento della vita sociale.

Le leggi, se giuste, dovrebbero infatti agire in modo vantaggioso contemporaneamente sia per l’individuo che per la società comune.

Si parla di “doveri” nella stessa Costituzione italiana.

L’art.2 contemporaneamente sancisce la titolarità dei diritti e dei doveri; l’art.54 quando parla del dovere di “essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi”; così’ poi l’art.52, per la difesa della patria, e l’art.54 a riguardo delle spese pubbliche. Da evidenziare è comunque la felice formula che identifica il compimento del proprio dovere con lo svolgimento di “un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”.

1.5 Patti posteriori alla Dichiarazione Universale dei diritti umani

Con la **Dichiarazione Universale dei diritti umani** non si ebbe l’intenzione di creare un documento vincolante giuridicamente per gli stati membri, bensì una direttiva che indicasse:

“un’ideale comune da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le nazioni” cosicché “ogni individuo ed ogni organo della società, avendo costantemente presente questa Dichiarazione, si sforzino di promuovere, con l’insegnamento e l’educazione il rispetto di questi diritti e libertà”

¹⁰ TOCQUEVILLE, *On social reform*, New York- London, Harper-Row, 1968, p.76

E' stata pertanto una conseguenza naturale che a questa Dichiarazione generale seguisse una serie di Patti vincolanti che andassero a specificare sia i diritti da garantire che i meccanismi da applicare.

Varie sono state le Convenzioni disciplinanti particolari aspetti:

- La Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965.
- La Convenzione contro l'apartheid del 1973.
- La Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 1979.
- La Convenzione contro la tortura e altri trattamenti e punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984.
- La Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989.

I due principali patti globali sono stati firmati nel 1966, dopo 18 anni di discussioni all'interno degli organismi dell'ONU.

Il **Patto sui Diritti Civili e Politici** si apre con un preambolo che recita: "L'ideale dell'essere umano libero, della libertà dalla paura e dal bisogno, può giungere a compimento solo là dove siano create condizioni tali da permettere a ognuno il godimento dei propri diritti economici, sociali e culturali, come anche di quelli civili e politici".

Esso è stato notevolmente influenzato dallo schieramento socialista, nell'andare a riaffermare la sovranità intangibile dello stato e l'autodeterminazione nazionale.

Il Patto enuncia i diritti alla sicurezza ed all'assicurazione sociale, alla tutela e all'aiuto alle famiglie, ad un tenore di vita decoroso, alla salute fisica, mentale ed all'istruzione, al lavoro ed a condizioni lavorative eque e favorevoli ed alla formazione dei sindacati.

Date le promesse su cui si poggiano è anche prevista la possibilità di modifica, in armonia con le possibilità di sviluppo.

Ratificato da circa 130 stati, 84 di essi hanno ratificato anche il suo *primo Protocollo opzionale* sui ricorsi individuali, mentre solo 20 paesi hanno ratificato il *secondo protocollo opzionale*, quello sull'abolizione della pena di morte.

L'art.2 stabilisce che gli stati si devono impegnare a far rispettare e ad assicurare i diritti che sono riconosciuti nel medesimo a qualunque individuo entro il proprio territorio e soggetti alla propria giurisdizione.

Il meccanismo di applicazione si basa su un Comitato sui diritti umani, le cui funzioni sono:

- La valutazione dei rapporti sulla situazione dei diritti umani, che gli stati firmatari sono tenuti a presentare periodicamente.
- La mediazione nelle controversie su questioni attinenti ai diritti umani sorte tra gli stati che hanno deciso di accettare questa procedura (solo trenta).

- L'esame dei ricorsi presentati da individui contro gli stati che hanno aderito al *primo Protocollo opzionale*.

Gli effetti dell'intervento del Comitato che è organo non giudiziario si limita alla pubblicità dei suoi giudizi, differendo questo da quanto normalmente accade sotto la Convenzione europea.

il Comitato si riunisce (soprattutto per la scarsità di risorse disponibili) solo per poche settimane all'anno e considerando che pervengono ogni anno più di 50000 domande di esame, si può facilmente intuire quale problema sorga per l'efficacia del sistema.

Il limite maggiore è comunque dato dal fatto che la situazione è più problematica proprio laddove gli stati non hanno firmato il Protocollo opzionale.

Dal **Patto sui diritti economici sociali e culturali** si deduce chiaramente la tradizione occidentale.

La stesura, costituita da 53 articoli, è molto dettagliata. Fra i più importanti presupposti vi sono l'autodeterminazione e la libertà del popolo di decidere sia la collocazione politica, sia il modello di sviluppo da adottare. I diritti che dovranno essere attuati dalla legislazione statale sono enumerati in 27 articoli ed è solo a condizioni determinate che ne è prevista una limitazione per una fase di emergenza pubblica.

I diritti sanciti sono quelli della libera circolazione interna ed esterna; la libertà di pensiero, di coscienza e di fede, la libertà di associazione e di riunione; oltrechè principi "basilari" quali l'uguaglianza giuridica e l'esistenza di una procedura giudiziaria con garanzie minime rigorose.

Regole sulla tutela della famiglia, dei bambini e delle minoranze sono poi enunciate per orientare le decisioni in materia.

Da notare, infine il mancato riferimento al diritto classico di proprietà.

Rispetto all'altro, il **Patto sui diritti sociali, culturali ed economici** ha dei meccanismi di supervisione più modesti rimanendo pertanto essenzialmente una dichiarazione di intenti comuni.

Questa ottica è da tener presente anche nell'esaminare l'art.2 quando afferma che gli stati membri debbono impegnarsi a realizzare i diritti riconosciuti in tale Patto, sia individualmente che attraverso la assistenza e la cooperazione internazionale, specialmente quella economica e tecnologica; potendo a tal fine utilizzare tutti i mezzi, compresa l'adozione di misure legislative.

La Dichiarazione Universale ha avuto il grande merito di includere i diritti economici, sociali e culturali.

Ed è per dare attuazione a questi diritti che lo stato deve creare le condizioni legali e materiali che permetta a tutti di goderne.

I diritti economici, sociali e culturali rappresentano le tre componenti correlate di un maggiore ambito, quello dei diritti civili e politici.

Il Patto sui diritti economici, sociali, e culturali predispone un meccanismo di monitoraggio caratterizzato dallo scrutinio dei periodici rapporti stilati dagli stati.

L'altro Patto usa la stessa tecnica, ma va ad ammettere anche le lamentele dei singoli individui.

Concludendo, si può dire che dei due patti: uno pare continuare le dichiarazioni e leggi classiche, l'altro ne rappresenta un'evoluzione. In merito a quest'ultimo Gerhard Oestreich parla di un pericolo di "politicizzazione dei diritti umani" cioè un tentativo di adeguare i diritti umani a determinati sistemi di potere ed imporli agli altri.¹¹

I diritti umani non possono risultare conformi a tutti i livelli dell'evoluzione sociale, politico-culturale, economica che si ha nel mondo, ne' avere lo stesso significato in tutti gli stati e per tutti i cittadini. Essi evolvono in relazione ai mutamenti storici ed ai progressi dell'economia, della politica, della società.

Ho fin qui menzionato convenzioni di diritti umani con portata "globale", ora ricordo le varie a livello "regionale":

- La **Convenzione americana dei diritti umani** del 1969, entrata in vigore nel 1978, ha un efficacia limitata, in quanto la giurisdizione della corte è opzionale ed è accettata solo da 16 dei 25 stati che nel 1995 hanno posto ratifica alla Convenzione.
- La **Carta Sociale europea** del 1961.
- La **Carta Africana sui diritti umani e dei popoli**, che si distingue dagli analoghi documenti per l'accento posto sui doveri umani e sull'etica comunitari. Ad esempio l'art.17 auspica:

"La promozione e la protezione della morale e dei valori tradizionali riconosciuti dalla comunità è un dovere dello stato".

- La **Convenzione Europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà** firmata a Roma il 4 novembre del 1950 ed entrata in vigore solo nel 1953.

Mai il Consiglio di Europa, senza la spinta iniziale della Dichiarazione Universale dei diritti umani, avrebbe potuto stipulare in così breve tempo un patto internazionale. Attingendo in tal modo, anche dalla lunga tradizione di jus commune e del comune patrimonio filosofico e religioso.

La Convenzione ha avuto il merito di aver raggiunto il primo risultato di rilievo in merito ai diritti umani dopo il 1945.

¹¹ OESTREICH, *Problemi di struttura dell'assolutismo europeo*, tratto da "lo Stato moderno" vol. 1, p.173-192

Ad opera di una comunità regionale di stati, la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali è diventata parte integrante dell'ordinamento giuridico internazionale.

I diritti enunciati vanno a coincidere con quelli previsti dagli articoli della Dichiarazione Universale dell'ONU.

E' tale Convenzione è di grande significato sia per la rilevanza storica che la contraddistingue nell'ambito dei diritti umani, sia per quella geografica, essendo europea e quindi a noi più "vicina".

La trattazione successiva sarà incentrata principalmente proprio su tale Convenzione e sull'influenza che essa ha esercitato sia in una prospettiva generale, come quella Europea, sia in una specifica ad alcuni paesi, quali Italia e Olanda.

1.6 La tutela dei diritti umani in Europa. La Convenzione dei diritti umani

Il sistema per la protezione dei diritti umani in Europa stabilito entro la struttura del Concilio d'Europa è uno dei gioielli della democrazia moderna.

Esso si basa su due pilastri.

Il primo è dato dalla **Dichiarazione dei diritti umani** del 1950 che va a tutelare i diritti politici e civili.

Il secondo dalla **Carta sociale europea** del 1961 che garantisce i diritti economici, sociali e culturali. In vigore dal 1965, ha molto contribuito a migliorare il livello di protezione sociale in Europa.

Vista come controparte della Convenzione del 1950, rispetto all'altra si occupa di diritti sociali maggiormente ampi e diritti "positivi".

Non contiene alcuna clausola generale sui rimedi. Se pur nel preambolo si affermi che gli stati membri si impegnino a "migliorare lo standard di vita e di benessere sociale" i rimedi proposti a tal fine sono sempre da intendere in senso ampio. L'art.1 si riferisce ai servizi di libero impiego; l'art.6 al sistema di negoziazioni volontarie, conciliazione e di arbitrato volontario; l'art.9 ha riguardo al servizio volto a risolvere problemi circa la scelta occupazionale ed il progresso; l'art.10 predispone varie attrezzature per l'accesso all'educazione, all'apprendistato ed al tirocinio ed infine l'art.11 prevede attrezzature educative per la promozione della salute.¹²

Il sistema è stato recentemente integrato poi dalla Convenzione Europea contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1987, strumento efficace per prevenire alcune tra le più serie violazioni della Convenzione del 1950.

¹² ALFREDDSON- EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights a common standard of achievement*, edited by Published by Kluwer Law International, 1999, p.35 ss.

Entrata in vigore nel 1989, con l'aspirazione di rafforzare la protezione delle persone private della loro libertà, si propone di osteggiare la tortura ed il trattamento inumano o degradante con un meccanismo non giudiziario e di carattere preventivo, basato sulle visite. Mai prima di allora era stato introdotto a livello internazionale un tale meccanismo.¹³

Fulcro del sistema della tutela dei diritti dell'uomo è la convenzione ratificata a Roma il 4-11-1950 da ventitre stati membri ed entrata in vigore il 3-11-1953. Essa enuncia una serie di diritti individuali, premettendo che compito dei diritti umani è quello di proteggere il cittadino contro lo stato.¹⁴

Gli stati membri aderenti, si sono obbligati a riconoscere la maggior parte dei diritti umani e delle libertà fondamentali elencati nella Dichiarazione delle Nazioni Unite del 1948 a tutti gli individui residenti sul proprio territorio sia che essi siano cittadini che stranieri che apolidi.

Particolare tutela viene quindi data alle libertà personali, ai diritti familiari ed alle garanzie personali penali. L'art.1 enuncia che: "Le Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al tit.I della presente Convenzione".

Diversamente dagli strumenti previsti nell'ambito delle Nazioni Unite, questa convenzione non costituisce un "common standard of achievement". Essa si presenta come il primo trattato che ponga un sistema giudiziario di controllo internazionale circa la conformità dell'azione dei paesi contraenti; predispone un procedimento complesso incentrato su due organi, entrambi istituiti a Strasburgo: la *Commissione europea* e la *Corte europea dei diritti dell'uomo* (art.19).

L'accordo fondamentale sui diritti umani si avvale quindi di propri organi esecutivi, operanti a Strasburgo presso la sede del Consiglio d'Europa.

Organi che sono da considerare "living instruments": non solo garantiscono e sostengono i diritti umani comuni menzionati nella convenzione, ma ne "accellera" l'evoluzione armoniosa. Questo perchè l'interpretazione che ne viene data è alla luce delle concezioni correntemente prevalenti negli Stati democratici¹⁵.

Si va così a realizzare quel "completamento necessario" del diritto statale tramite il "diritto pubblico dell'uomo"¹⁶, ovvero ciò che Kant già auspicava all'indomani della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

¹³ 40 years of human rights protection by the Council of Europe and 40th anniversary of the signing of the european Convention on Human rights, Council of Europe press, 1994, p.5 ss.

¹⁴ BUTLER, *Human Rights for the new millenium*, Published by Kluwer Law International, 2000, p.25

¹⁵ 40 years of human rights protection ..cit., p.15

¹⁶ OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*. Edizione Laterza, 2001, p.54

Il meccanismo di protezione è completo solamente nei confronti degli stati che abbiano reso specifiche dichiarazioni di accettazione delle clausole facoltative contenute negli art.25 e 46.

L'articolo 25 legittima i cittadini di tali paesi a proporre un'azione direttamente davanti agli organi decisori previsti dalla convenzione.

Ogni persona fisica, gruppo di privati ed organizzazione non governativa ha il diritto di ricorso costituendo questa una grandiosa novità per la

comunità internazionale.

L'individuo è tramutato in soggetto di diritto internazionale, si abbandona così la concezione tradizionale per cui il rapporto tra stato e cittadini è di esclusiva pertinenza degli organi interni.

L'articolo 46 contempla il riconoscimento della giurisdizione della corte da parte di uno stato. E' possibile attivare il procedimento giurisdizionale di garanzia dei diritti verso quegli stati che abbiano reso dichiarazione di accettazione di tale clausola facoltativa, sia che esso venga promosso dinanzi alla Corte dalla Commissione o da uno stato parte della convenzione. La sentenza emessa ha un'efficacia vincolante, ed essa potrebbe anche comportare una condanna dello stato violatore (art.50).

La Convenzione Europea sostanzialmente va a riprendere i contenuti della Dichiarazione Universale dell'ONU; prevede anche delle riserve di validità in base alle norme giuridiche vigenti in ogni Stato ed anche una clausola d'emergenza (art.15).

Il capitolo I (art.1-18) riguarda i diritti e le libertà fondamentali in sé.

I capitoli II-IV (art.19-66) delineano l'organizzazione ed i procedimenti interni alle due istituzioni per i diritti umani: la Commissione e la Corte di giustizia. E' esaminando tali articoli che possiamo notare il parallelismo con la Dichiarazione Universale.

L'art.14 della Convenzione, riprendendo l'art.2 della Dichiarazione Universale, va a proibire ogni tipo di discriminazione riguardo ai "diritti e le libertà stabilite in questa Convenzione".

L'art.9 enuncia la libertà di pensiero, coscienza e religione; la formulazione appare quasi identica all'art.18 della Dichiarazione Universale, pur prevedendo al paragrafo 2 anche una clausola di limitazione. L'art.9 non è incluso nella lista dell'art.15 dei diritti non derogabili.

Il *Protocollo* del 1952 include nell'art.2 il diritto dei genitori ad assicurare che l'educazione e l'insegnamento siano conformi alle loro convinzioni religiose e filosofiche.

L'art.10 proclama la libertà di espressione, riprendendo così l'art.19 della Dichiarazione. Tale diritto comprende la libertà di tenere opinioni e di ricevere ed impartire informazioni ed idee senza interferenza alcuna da parte della pubblica autorità.

Restrizioni alla libertà di informazione sono poi previste dall'art.10 rese necessarie dall'interesse di sicurezza nazionale, dall'integrità nazionale, dalla sicurezza pubblica dalla prevenzione del disordine pubblico o crimine, dalla protezione della salute e della morale, dalla protezione della reputazione o dei diritti degli altri, per prevenire la rivelazione di informazioni ricevute in confidenza, o per mantenere l'autorità e l'imparzialità della magistratura.

La libertà di assemblea e di associazione sono previste entrambe dall'art.11 contenute così in un' unica previsione, proprio come avviene nella Dichiarazione.

E' esplicitamente incluso il diritto a formare e partecipare ad un sindacato, mentre non è menzionata la negativa libertà associazione.

La clausola che stabilisce i requisiti di limitazione è poi prevista nel secondo paragrafo.

La libertà di associazione in quanto diritto civile e politico oltre che sociale e culturale viene prevista sia dalla Convenzione Europea, che dalla Carta Sociale Europea.

Il diritto di educazione previsto nel documento delle Nazioni Unite all'art.26 è ripreso dalla Carta Sociale Europea all'art.7 e nel *Primo Protocollo* alla Convenzione Europea adottato nel 1954 che dopo la Dichiarazione Universale è il primo documento internazionalmente vincolante ad includerlo.

Lo stato ne deve garantire il diritto di accesso. Si supera quindi quella definizione negativa per cui "a nessuna persona dovrebbe essere negato il diritto all'educazione" che permetteva di evitare il delinarsi per lo Stato membro di un' obbligazione di organizzare l'educazione richiesta.

L'art. 2 del *Primo Protocollo* garantisce un diritto all'educazione, ma non prevede specifiche obbligazioni e non stabilisce la lingua in cui l'educazione deve essere condotta. Del resto misure adottate nel campo dell'educazione potrebbero incidere nel diritto al rispetto per la vita privata e della famiglia.¹⁷

La Convenzione Europea, nel corso degli anni, è stata integrata da nove protocolli; l'ultimo dei quali permette agli individui di portare i loro casi di fronte alla Corte Europea.

Ognuno diviene così a pieno titolo soggetto di diritto internazionale e può vantare anche nel diritto internazionale dei diritti soggettivi. E' proprio tale diritto di petizione individuale, insieme alla obbligatoria giurisdizione della Corte, ad assicurare il successo continuo di tale meccanismo.

Per comprendere del tutto tale sistema occorre rammentare che della Convenzione non si possa dare un'interpretazione alla luce degli sistemi nazionali: si ribadisce l'indipendenza dei principi della convenzione eccepiti in un senso "europeo".

Si discute poi dello "status" delle previsioni della Convenzione fra le fonti legali, problema questo strettamente connesso alle risposte date a livello costituzionale da ogni stato.

L'applicazione pratica della Convenzione nell'ambito della legge nazionale ha subito spesso un ritardo; la sua preminenza è tuttavia generalmente stabilita, se pur in modi che sono vanno a differire nei vari paesi.

¹⁷ALFREDSSON,EIDE *The Universal Declaration of Human Rights*. Kluwer Law International, 1999, p.27

In Italia la legislazione ordinaria ha incorporato i diritti enunciati nella convenzione nella legislazione nazionale.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, soprattutto per la decisione num. 170 del 1984, ha evidenziato la precedenza delle previsioni della Convenzione rispetto alla successiva legislazione ordinaria.

La Convenzione ha natura sussidiaria: ad assicurare la tutela dei diritti umani sono innanzitutto le corti nazionali.

La Corte ha ben sottolineato come in base alla Convenzione ogni diritto del cittadino comporti un dovere di esecuzione da parte dello stato, un'obbligazione positiva.

Tale principio è stato frequentemente applicato dalla Corte, così per il diritto all'educazione, il diritto ad unirsi ad un sindacato, il diritto ad un giusto processo, il diritto di accesso alla giustizia (il giudizio Airey del 9 ottobre 1979 è fondamentale in tal senso) il diritto dei parenti a vedere rispettate le proprie convinzioni religiose o filosofiche nell'educazione dei figli, il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Mi soffermerò nel prossimo capitolo proprio su questi ultimi aspetti, volendo ben evidenziare quanta influenza abbia avuto la convenzione nell'ambito del diritto di famiglia.

1.7 Trattato di Nizza

Il Trattato di Nizza è stato firmato il 26 febbraio 2001 e secondo le previsioni dal momento della firma il processo di ratifica dovrebbe durare 18 mesi.

In accordo alle conclusioni europee di Helsinki e di Nizza, l'Unione dovrà essere in grado di accogliere, dalla fine del 2002, i nuovi Stati membri che saranno pronti.

Esso va a modificare il trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità Europee ed alcuni atti connessi. In particolare il trattato offre una modifica di quello firmato a Roma il 25/3/1957 e di quello firmato a Maastricht il 7/2/1992.

Il trattato offre una nuova ripartizione dei seggi al Parlamento europeo, una nuova composizione della commissione e una nuova definizione della maggioranza qualificata al consiglio.

Le modifiche apportate alla composizione della Commissione e al modo di valutazione dei voti saranno applicabili solo a partire dal 2005. A tale riguardo il numero massimo dei deputati europei sarà portato da 700 a 732.

Il trattato va a stabilire un'estensione del voto a maggioranza qualificata per molte delle materie prima regolate integralmente o parzialmente dall'unanimità.

Le più importanti disposizioni, delle 27, che passano alla maggioranza qualificata sin dal momento dell'entrata in vigore del trattato di Nizza sono:

- Le misure che agevolano la libera circolazione dei cittadini dell'Unione (art. 18

CE)

- La cooperazione giudiziaria civile (art. 65 CE), salvo per il diritto di famiglia
- Lo statuto dei partiti politici a livello europeo.art.191 CE
- La cooperazione economica, finanziaria e tecnica con paesi terzi art. 181 bis CE)
- La politica industriale (art. 157 CE)

Sottolineo come, mentre il trattato che istituisce la Comunità europea ha avuto il merito di sopprimere la possibilità di opporsi all'instaurazione di una cooperazione rafforzata, il trattato di Nizza ha posto la possibilità di instaurare cooperazioni rafforzate nel settore della politica estera e della sicurezza comune. Tutto per promuovere la realizzazione di un'azione comune o di una posizione comune.

Da specificare come tali cooperazioni non debbano riguardare questioni che abbiano implicazioni militari o sul settore della difesa.

Con particolare riguardo per i diritti fondamentali, vediamo come l'art. 6 del trattato sull'Unione Europea, così come modificato, vada ad enunciare i principi fondamentali su cui si basa l'Unione. Esso prevede che l'Unione rispetti i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea del 1950, ovvero quelli che risultano dalle comuni tradizioni degli stati membri.

L'art.7 del trattato sull'Unione Europea permette al Consiglio di sanzionare uno Stato membro, mediante la sospensione dall'esercizio di taluni diritti derivanti dal trattato, tra cui il diritto di voto, per violazione grave e persistente dei diritti fondamentali.

L'art.7 prevede la possibilità di porre delle sanzioni, ma non ha dispositivo di prevenzione delle violazioni dei diritti fondamentali.

Per tale motivo il trattato di Nizza è andato ad integrare l'art. 7 del trattato sull'Unione Europea con un dispositivo di prevenzione delle violazioni dei diritti dell'uomo.

E' stato stabilito che il Consiglio deliberando a maggioranza dei 4/5 e previo parere conforme del parlamento europeo, può constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte di uno stato membro dei diritti fondamentali.

Durante il Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000 è stata sottoscritta e proclamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

E' stata quindi sollevata la questione dello status giuridicamente vincolante della Carta mediante l'inserimento nel TUE. Essa è stata redatta nell'ottica di tale eventuale inserimento, ma ciò non è poi stato accolto.

Nell'arco del dibattito giustamente la Finlandia aveva posto la questione di creare le basi legali per far sì che gli Stati potessero accedere alla Convenzione europea dei diritti umani, in quanto membri della Comunità europea. Problema del resto solo

formale in quanto tutti gli stati membri sono parti della Convenzione. La conferenza intergovernativa ha deciso di non inserire nei trattati alcun riferimento alla Carta dei diritti fondamentali.

Questa Carta ha il merito di comprendere tutti quei diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei e di tutte quelle persone che vivono nel territorio dell'Unione.

Ad essere riconosciuti sono quei diritti quali: la dignità, la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza, la giustizia.

Come si legge dal preambolo essa mira "a rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici".

Che rappresenti un elemento di continuità con la Convenzione europea del 1950 lo si desume sempre dal preambolo quando afferma che si fonda soprattutto sui "diritti e sulle libertà fondamentali riconosciute dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo..." . E così chiaramente appare dall'art. 7 che esplicitamente riprende l'art. 8 della Convenzione recitando:

«Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni»

Capitolo secondo

Diritto di famiglia “internazionale”

2.1 Introduzione

La definizione di “famiglia” può essere data in più modi, essa muta in base alle differenze culturali ed ai particolari livelli del discorso.

All'interno di uno stesso contesto sociale o nazionale possono coesistere infatti una definizione legale, una amministrativa, una fiscale, una religiosa. Le Nazioni Unite, ad esempio, con la Raccomandazione del 1987 hanno offerto ai fini censuari la seguente:

“la famiglia dovrebbe essere intesa nel senso stretto di un nucleo familiare, cioè le persone di un aggregato domestico che sono tra loro legate come marito e moglie o genitore e figlio...L'espressione coppia sposata dovrebbe includere ove possibile coppie che dichiarano di vivere in unione consensuale e, dove possibile, si dovrebbero dare dati distinti sulle coppie legalmente sposate e quelle consensuali.”

Per quanto tale definizione sia stata adottata dall'EUROSTAT, non tutti gli stati membri l'hanno condivisa, ciò dimostra come pur in uno spazio relativamente limitato dal punto di vista geografico e storico, già emergano delle differenze culturali. Non si tratta di questioni puramente terminologiche, bensì riflettono la varietà dei modelli culturali familiari.

Mi accingo, per il momento, ad esaminare la definizione da un punto di vista prettamente antropologico. Ritengo infatti, che l'antropologia ben possa aiutare il giurista nel comprendere sia la vera essenza del rapporto familiare sia come esso si articoli nelle differenti culture. L'antropologia è lo studio dell'uomo ed in quanto soggetto relazionale: preme esaminare qual è l'azione sociale con manifesta la propria presenza nel mondo. Esigenza dell'uomo è quella di essere riconosciuto come destinatario privilegiato di sentimenti altrui e di essere considerato come soggetto individuale che collettivo. Tutelando la familiarità, si tutela la stessa struttura istituzionale primaria di identificazione dell'io. La struttura familiare permette all'uomo di trovare sé stesso nella duplice dimensione di soggetto che dà e soggetto che riceve.

Ogni tipo di cultura elaborerà un codice proprio in merito alla famiglia e dovrà impegnarsi a garantire che tramite i vincoli di familiarità, l'individuo possa riconoscere sé stesso. Se tale codice simbolico andasse perso, quella cultura non potrebbe più esistere.

La competenza del giurista nasce dalla famiglia in quanto essa va a generare una relazione e la relazione implica appunto diritto.

La famiglia ha una delimitazione sia fisica che relazionale: è quella struttura che unisce, attraverso dei meccanismi biologici, soggetti diversi per età, capacità e ruoli e che mira a garantire l'allevamento della prole e l'acquisizione della propria identità personale.

Due sono state le argomentazioni addotte per consacrare l'“universalità” della famiglia: una di tipo funzionalistico, l'altra di tipo strutturale.

Quest'ultima si riferisce al tipo di vincolo che unisce i membri della convivenza: che siano questi vincoli di affinità, di consanguinità, matrimonio o discendenza.¹⁸

Rileva la modalità con cui le persone si collocano lungo i due assi, verticale o orizzontale.

Malinowski fu, invece, il padre dell'impostazione “funzionalistica”: già nel 1913, metteva in relazione l'universalità della famiglia con il bisogno universale di cura dei figli. Se pur le varie culture organizzino diversamente le “funzioni”, si parla di fenomeno universale poiché in tutte, la famiglia ne garantisce sia il fondamento di ogni ordine sociale che la successione.

Lo stesso antropologo Lèvi Strauss discendeva la varietà di esperienze familiari dal diversa modalità di strutturare il “problema sociale della procreazione”. Sosteneva che: “la saggezza sta senza dubbio nel fare riferimento alla logica interna di ciascuna società e del suo sistema di valori, per creare le strutture familiari che si riveleranno praticabili ed eliminare invece quelle capaci di creare contraddizioni insolubili.”

Si è spesso parlato di “morte della famiglia”¹⁹, quando in realtà ogni critica mossa non ne ha mostrato né la crisi, né la fine, bensì una transizione

E' a conferma di ciò che ricordo le parole del sociologo Emile Durkheim:

“non esiste un modo di essere e vivere che sia il migliore per tutti (..) La famiglia di oggi non è né più né meno perfetta di quella di una volta: è diversa, perché le circostanze sono diverse.”

In questi ultimi anni molte sono state le trasformazioni socio-economiche e culturali intervenute nel condizionare la “famiglia tradizionale” fra cui: l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro, l'industrializzazione il declino dei valori religiosi, l'esaltazione dell'autonomia individuale, la realizzazione personale in sfere differenti da quella matrimoniale.

D'Agostino²⁰ pone la famiglia in una realtà dicotomica, caratterizzata da due diversi modelli contrapposti tra loro: il modello che dà il primato alla famiglia sui singoli componenti e quello che invece lo dà ai componenti.

¹⁸ SARACENO-NALDINI, *Sociologia della famiglia*, Edizioni il Mulino, 2000, p.24,ss.

¹⁹ GREER, *The war over the family. capturing the Middle Ground*, Garden city-New York, 1983, p.37

²⁰ D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè editore, 1999, p.43

Sono entrambi inadeguati, in quanto intrinsecamente parziali: il vincolo giuridico del matrimonio dà garanzia di impegno e durata, ma rischia di degradare nel più vuoto formalismo ove questo non sia accompagnato ad altri valori.

D'altronde, se la famiglia garantisce l'interesse privato di ogni suo componente senza però far riferimento a dei valori "superiori", la comunione familiare sarà assimilabile ad una mera associazione di mutuo soccorso.

Punto focale della discussione è il rapporto esistente tra famiglia e società.

La famiglia è fenomeno primordiale e con essa, sotto la forma di una ampia parentela, va a nascere la società; Lèvi Strauss afferma che non esiste famiglia senza "una pluralità di famiglie" sottolineando come la società debba essere disposta a riconoscere l'esistenza di legami ulteriori a quelli consanguinei.

Inoltre, ricordando le parole dell'antropologo Zimmerman: la famiglia rappresenta la matrice fondamentale del processo di civilizzazione della società.

E' comunque vero che rispetto al passato, la famiglia sembra aver perso il proprio baricentro: la società ha assunto molte delle funzioni tradizionalmente proprie della famiglia relegandola così, ad un ambito ancor più strettamente "privato", ad un'"emarginazione" sociale ed ad una delegittimazione simbolica.

Si denota una discrasia tra realtà giuridica e realtà sociale, discrasia che conduce ad una ghettizzazione ideologica dei valori sentiti come propri della famiglia, etichettati poi come conservatori.

La famiglia va a svolgere le proprie funzioni in un modo frequentemente diverso da quanto la società ritenga ottimale. Tale discrasia è conseguenza del fatto che la cultura è praticamente sempre in movimento ed inevitabile è il prodursi di un apprezzabile scarto tra il modo in cui concepisce se stessa ed il modo in cui vorrebbe essere concepita.

2.2 La molteplicità dei modelli familiari

Dal secondo dopoguerra il numero delle famiglie è divenuto superiore all'aumento della popolazione. Nel contempo, si è registrata una riduzione delle famiglie medesime così come una diversa distribuzione percentuale dei vari tipi di struttura familiare: nucleare, de facto, con un solo genitore.

Le famiglie coniugali nucleari, sono in progressiva diminuzione e ad emergere sono altre tipologie di famiglie. Tuttavia, esse rappresentano ancora quel fenomeno "universale" definito da Lèvi-Strauss²¹ come:

²¹ LEVI STRAUSS, *La famiglia in Razza e storia e altri studi di antropologia*, Einaudi, 1967.

“l’unione più o meno durevole, socialmente approvata, di un uomo ed una donna e i loro figli, fenomeno universale, presente in ogni e qualunque tipo di società.”

Definire la famiglia nucleare come universale non significa dire che sia l’unica forma esistente, né che la si ritrovi necessariamente ovunque.

Significa solamente che essa costituisce una significativa modalità empirica, a prescindere che sia poi il modello preminente.

G.P.Murdock²²dopo aver comparato 250 società differenti in ogni epoca storica, sostenne che nessuna società aveva sinora sviluppato un modello istituzionalizzato da porsi come alternativa alla famiglia nucleare.

Sebbene la famiglia nucleare possa modificarsi, essa tende a rimanere pre-requisito funzionale e istituzionale: va ad assolvere delle funzioni giudicate fondamentali e non surrogabili da altre istituzioni sociali, quasi che senza di essa la società non possa sopravvivere.

La famiglia de facto non è legittimata dal matrimonio, ma dalla scelta di vivere insieme. Adottando la definizione del sociologo Marzio Barbagli, la famiglia di fatto indica “la situazione di due persone (di solito, ma non necessariamente di sesso diverso) che vivono insieme sotto uno stesso tetto come sposi, senza essere uniti dal matrimonio”.

Come fenomeno quello della convivenza non è nuovo, prima degli anni ‘60 esso aveva una diffusione limitata e una minore visibilità sociale: giudicato deviante, tale comportamento non era socialmente accettato. Nato nei Paesi del nord Europa, si è poi diffuso in tutta Europa assumendo le varie connotazioni culturali.

In soli 30 anni, cioè dal 1970 al 2000, la convivenza si è imposta come modalità di inizio della vita di coppia passando dal 10% al 90% delle prime unioni; sono del resto in aumento anche quelle che permangono senza poi arrivare al matrimonio.

In particolare in Italia, secondo i dati ufficiali dell’ISTAT, dal 1993 al 1998 le coppie di fatto sono passate da 246mila a più di 500mila, senza contare poi che gran parte delle convivenze costituiscono un fenomeno sommerso essendo la modalità di rilevazione basata sulla residenza anagrafica.

La *convivenza more uxorio* ha uno statuto culturale e legale controverso in molti Paesi, ma soddisfacenti linee comuni si sono tracciate in merito alla relazione tra genitori e figli. Fra gli anni sessanta e settanta tutti i Paesi europei hanno approvato norme incisive per la posizione giuridica dei figli nati fuori del matrimonio, equiparandola sostanzialmente a quella dei figli legittimi.

Una equiparazione piena non si è invece ottenuta nell’ambito delle relazioni tra coniugi.

²² MURDOCK, *La struttura sociale*, Etas Kompass, 1971 p.34-48

La mancanza di un patto matrimoniale pubblico produce un tipo di unione maggiormente fragile, viene a mancare l'impegno, assunto davanti alla comunità, di reciproci diritti-doveri.

Tale unione non essendo bene relazionale creato con il matrimonio potrà vantare per lo più solamente obbligazioni di carattere privato.

La legislazione della Svezia è stata la prima a questo riguardo a spingersi oltre, tanto da indurre alcuni giuristi a definire l'unione *more uxorio* come un "matrimonio informale", vera e propria istituzione sociale e giuridica, equiparato al matrimonio formale oltre che nell'ambito fiscale e della sicurezza sociale anche in quello dei diritti patrimoniali dei partners.

Sono molti i Paesi europei, tra cui l'Italia, a non avere una organica e "soddisfacente" disciplina della famiglia di fatto.

I diritti connessi alla protezione sociale vengono generalmente attribuiti in base agli specifici bisogni dei singoli individui e non in base all'appartenenza familiare sancita da un legame giuridico.

Ai conviventi si vanno ad attribuire gli stessi diritti sociali e fiscali che spettano ai coniugi, ma una minore tutela di natura patrimoniale.²³

Accenno solo brevemente, in quanto sarà successivamente approfondita, la questione delle convivenze fra omosessuali.

Questo tipo di sessualità viene ad essere considerata antitetica ad ogni idea di famiglia, poichè non potenzialmente generativa. Se in alcuni Paesi l'idea di riconoscere l'unione civile è ancora lontana, ancora di più lo sarà la possibilità di sposarsi già permesso dal 2001 in Olanda ed in Germania.

E' possibile ipotizzare forme alternative al matrimonio, purchè siano fondate da una sorta di mimesi strutturale; è proprio qui che nasce il problema dell'"unione civile" tra omosessuali, poichè non riguardando "coniugi" di sesso diverso, si va a produrre una modalità di mimesi mistificante.²⁴

Famiglie con un solo genitore rappresentano tendenzialmente la diretta conseguenza della crisi dell'istituzione matrimoniale.

Alcuni parlano di esse come "famiglie spezzate" prendendo a riferimento la famiglia coniugale tradizionale, in realtà esse sono famiglie a pieno titolo.

Con tale termine si indicano le famiglie in cui un genitore vive da solo insieme al figlio minore; le cause possono essere la separazione, il divorzio, la nascita di un figlio fuori del matrimonio e sempre meno la vedovanza.

Da ricordare è come, in seguito alla rottura coniugale, siano più del 90% i casi che vedono i figli rimanere con la madre: nei paesi del nord Europa, la Germania, la

²³ ZANATTA, *Le nuove famiglie*. Edizioni Il Mulino, 1997, p.54

²⁴ SARACENO-NALDINI, *Sociologia ...cit.*, p.27

Gran Bretagna tali famiglie vanno a rappresentare circa un quinto di tutti i nuclei con figli minori.

2.3 Diritto di famiglia e diritti umani

Nel Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio del 1992, gli Stati Membri dell'Unione europea hanno concordato di:

“promuovere un progresso economico e sociale equilibrato, che tenga conto dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo quali risultano dalle comuni tradizioni costituzionali degli stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”. Quest'ottica verrà tenuta ben presente nel procedere all'esame della “famiglia europea”²⁵.

L'evoluzione del diritto di famiglia molto deve al Concilio d'Europa.

Il Parlamento Europeo ha elaborato un gran numero di Raccomandazioni con una particolare attenzione ai diritti dei minori.

Nell'ambito della Commissione dei ministri, gli esperti in diritto di famiglia hanno preparato numerosi progetti di documenti internazionali, tra cui la Convenzione Europea dei diritti dei minori.

Il Ministero di Giustizia Europeo è andato per lo più ad affrontare tematiche quali l'interesse preminente del minore, la custodia, l'abbassamento della maggiore età.

La Commissione Europea e La Corte dei diritti umani sono state chiamate per lo più ad intervenire in merito a tali diritti: il diritto di accesso alla corte (art.6), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art.8), il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia (art.12), il diritto a non essere discriminati per sesso, razza o nascita (art.14), il diritto a veder protetti i propri possedimenti (art.1 del primo Protocollo), il diritto dei coniugi ad aver pari diritti e responsabilità (art.5 del protocollo numero7).

Il Protocollo n.11, entrato in vigore il 1 novembre 1998, ha sostituito la Commissione e la Corte attuali con una nuova Corte a carattere permanente, mentre il ruolo del Comitato dei ministri è stato limitato alla sorveglianza sull'esecuzione delle sentenze della Corte.²⁶

Il Consiglio d'Europa ha più volte raccomandato gli stati di conferire alle Corti nazionali sufficienti poteri di emergenza nella tutela dei minori e di utilizzare

²⁵ ROSSI, *I diritti della famiglia europea nell'ordinamento comunitario di sicurezza sociale*, Edizione Franco Angeli, 1999, p.14

²⁶ DRZEMCZEWSKY, *Protocole n.11 à la CED: préparation à l'entrée en vigueur*, „European journal international law, 1997, p.6

procedure semplici che permettano di prendere le decisioni rapidamente, anche laddove le questioni siano di ambito internazionale.²⁷

In seguito alle decisioni della Corte, numerosi sono stati gli emendamenti alle leggi nazionali.

Le decisioni di *R c.Uk* del 1987 e di *Johnston c.Ireland* del 1986, prese in merito alla violazione dell'art.8, hanno portato: nel primo caso, allo Status of Children Act 1987 e nel secondo al Children Act (1989), la maggiore riforma del diritto inglese.

Nei Paesi di common-law, aderenti alla teoria “dualista” del diritto internazionale, le Corti nazionali non vanno ad applicare direttamente la Convenzione, ma impiegano la propria legge nazionale per darne esecuzione.

Nei paesi di civil law che seguono la teoria monista del diritto internazionale, la Convenzione è invece applicabile direttamente e si va spesso a creare una discrepanza tra diritto nazionale e giurisprudenza della Corte²⁸.

A complicare poi la situazione interviene la frequente incoerenza della Corte Europea per cui fare un qualsiasi pronostico circa le decisioni della Corte risulta essere assolutamente improbabile.

2.4 La “famiglia” nella Convenzione europea dei diritti umani.

Interrelazione tra art. 8 e 12

Come ci insegna il caso *Marckx c. Belgio*²⁹ il concetto di famiglia è concetto autonomo da interpretare in modo indipendente da qualsiasi legge nazionale. La Convenzione del resto, non contiene alcuna definizione di “famiglia”: il suo contenuto deve essere desunto dall'art.8 e dall'art.12.

L'art.8 provvede che:

“Ogni persona ha diritto al rispetto della vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati o la protezione della salute o della morale o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”

L'articolo 12 prevede che:

²⁷KILLERBY, *The council of Europe's contribution to family law*. Kluwer academic publishers. 1996, p.50

²⁸O'DONOVAN, *Family definitions and human rights*, edited by Jacek Kurczewski and Mavis Maclean. Onati, 1997, p.47

²⁹ 2 EHRR 330, tratto da *Yearbook of the European Convention on human rights*, European Commission of human rights, Nijhoff, 1960

“Uomini e donne, in età maritabile, hanno il diritto di sposarsi e formare una famiglia in accordo con le leggi nazionali che governano l’esercizio di tale diritto”.

L’art.8 va a considerare la famiglia come un’area che si autoregolamenta e la colloca entro una sfera privata.

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

La seconda parte dell’art.8 esprime dunque l’esigenza di bilanciare gli interessi della famiglia o dei suoi membri con quelli statali.

La Corte e la Commissione hanno operato una distinzione tra relazione familiare e vita familiare sebbene poi non abbiano definito pienamente alcuno dei due termini.

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

Quello della “vita familiare” è concetto che comprende famiglie de jure e de facto. Requisito indispensabile è l’esistenza di una relazione stretta, che crei “effettiva vita familiare”.

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

Il piacere reciproco del figlio e del genitore costituisce un fondamentale elemento della vita familiare e una relazione tale non giunge a termine solo per il fatto che il ragazzo viva da un’altra parte.

Presupposto necessario perché una vita familiare possa esistere è il diritto di poter fondare o creare una famiglia, previsto dall’art.12 della CEDU.

Sebbene l’art.8 non faccia riferimento al matrimonio, punto focale della vita familiare rimane l’unione coniugale: l’art.12 unisce il diritto di fondare una famiglia al diritto di sposarsi.

Le parole dell’art.12 potrebbero essere interpretate come prevedendo due separati diritti, ma la Corte, supportata dal modo in cui il diritto di fondare una famiglia è limitato a coloro che hanno età maritabile, ha assunto il binomio matrimonio/famiglia come unico diritto.

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

A testimonianza ricordo la sentenza del caso *B, R & J c. Germania federale*³⁰ ed il caso *X c. Belgio*³¹ in cui si affermò che la piena protezione dell’unità familiare richiede che le coppie siano legalmente sposate.

³⁰ 9639/82D&R, tratto da *Yearbook of the European...*, cit., p.87

³¹ 2 EHRR 330, tratto da *Yearbook...*, cit, p.76

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

Con particolare riguardo ai casi *Kroon e Johnsto e altri c. Irlanda*³² la Corte ha coraggiosamente affermato che:

“la nozione di famiglia contemplata da tale articolo, non si limita alle sole relazioni basate sul matrimonio, ma include altri legami “familiari” de facto quando individui convivano al di fuori del matrimonio”.

Interpretazione più dinamica dell’art.12 è quella che enuclea il binomio procreazione/famiglia, per cui, come avviene nel caso *Marckx c. Belgio*, la vita familiare viene fatta discendere non dal matrimonio, ma dalla procreazione .

Nella sentenza *Berrhab c. Paesi Bassi* ³³ si afferma che un bambino frutto di una relazione “de facto” si va ad inserire nel nucleo “familiare” a pieno diritto per il solo fatto di essere nato. Se pur all’epoca della sua nascita, i genitori già non vivevano più insieme o avevano interrotto la propria relazione, tra il bambino e i suoi genitori si va comunque a instaurare un legame costitutivo di vita familiare.

La coabitazione stabile è un requisito, ma non sufficiente, altri fattori possono servire a dimostrare che una relazione sia idonea a far nascere dei “legami familiari” de facto..”, così nel caso *Keegan c. Irlanda*³⁴ datata 26 maggio del 1994.³⁵

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

All’epoca la loro relazione era, dunque, una vera e propria “vita familiare” e così come sarebbe accaduto per una coppia legalmente sposata la tutela offerta dall’art.8 è giusto che permanga anche dopo la rottura del rapporto.

Si ribadisce che il bambino è di diritto inserito nel nucleo familiare, per il solo fatto di essere nato. Laddove poi sia provata l’esistenza di un legame familiare con il figlio lo stato deve agire in modo tale da consentire al legame di svilupparsi e garantire una protezione giuridica che fin dalla nascita renda possibile l’integrazione del bambino nella famiglia.

Se pur gli art.8 e 12 siano stati in passato ispirati da comuni valori tendenti ad osteggiare il riconoscimento delle famiglie non legittime, l’art.8 va ora ad offrire, una

³² del 18 dicembre 1986 (sen.112,p.25,par.55) tratto da *The European convention of human rights*, di Jacobs, p.62

³³ del 21 giugno 1988 (serie A n.138,p.14,par.21) tratto da *The European...*, cit., p.60

³⁴ *Rivista internazionale diritti dell’uomo* serie A n.290 Pubblicazione università Cattolica del Sacro Cuore”1995 p.20

definizione di famiglia più consona all'evoluzione dei tempi di quanto faccia l'art.12. A permetterlo sono probabilmente, i non ben delineati contorni dell'articolo.

Differentemente dall'art.8, l'art.12 della Convenzione non prevede alcuna obbligazione positiva: esso garantisce un diritto che è esercitabile in accordo alle leggi nazionali e in merito va ad attribuire allo stato una grande discrezione, come il caso *X&Y c. Inghilterra*³⁶ ci insegna.

La sentenza afferma che allo stato è data facoltà di decidere “se, ed in base a quali condizioni, si debba permettere l'esercizio di tale diritto”.

Dall'art.12, infine, non sembra emergere alcuna obbligazione positiva che imponga allo Stato di promuovere la procreazione con metodi alternativi come ad esempio l'adozione. Nella decisione di *X&Y c. Gran Bretagna*, la Corte conferma come all'interno del matrimonio, non vada a delinearsi alcun diritto di fondare una famiglia che non sia quello della procreazione.

Concludo constatando che appare evidente come l'interpretazione dell'art.8, rispetto a quella dell'art.12, colga maggiormente lo spirito della Convenzione intesa quale “living instrument”.

2.5 Obbligazione positiva e negativa dell'art. 8

L'art.8 può essere interpretato in due diversi modi: può esprimere sia un'obbligazione negativa che positiva.

Nel primo senso, esso va essenzialmente a:

“proteggere l'individuo dall'arbitraria interferenza delle pubbliche autorità nella sua vita privata o familiare”.

Ogni interferenza con la vita familiare deve essere conforme alla legge e rientrare in una delle ipotesi previste all'art.8.2.

Da evidenziare è come lo Stato mantenga un alto margine di discrezione nel decidere se l'intervento sia o meno giustificabile. E' nel caso *Price c. Gran Bretagna*, che la Corte attribuisce esplicitamente allo stato questo ampio margine di discrezione nel valutare cosa sia realmente “necessario” in una società.

La maggior parte delle lamentele in merito all'art.8 riguardano proprio interferenze da parte dello stato nella vita dell'applicante. Rimane a carico dell'applicante sia la prova di una vita familiare già esistente, sia quella di una interferenza avvenuta senza poter essere giustificata in base all'art.8.2.

Spesso poi, tali ipotesi hanno dei margini non troppo chiari, così ad esempio nel caso *McLeod c. Regno Unito* emerge come la nozione di ordine pubblico manchi di

³⁵ VLAARDINGERBROEK. *Introduction to Dutch family law. The influence of human rights upon family*, Kluwer Law International, 1999, p.35, ss

chiarezza e non permetta di stabilire esattamente quando l'azione sia proporzionata allo scopo.

In questo caso la ricorrente lamentava il fatto che dei poliziotti fossero entrati nel suo domicilio e non avessero impedito all'ex marito di penetrarvi.

La Corte con sette voti contro due dichiarò la violazione della Convenzione negando che ciò fosse ammesso in base all'art.8.2. La giustificazione addotta deve infatti risultare seria e incontestabile: si deve valutare l'accesso in relazione alla soglia di rischio esistente al momento in cui la polizia si è introdotta in casa.

Lo Stato convenuto era pertanto venuto meno all'obbligo di tutelare il diritto al rispetto del domicilio da parte di un'ingerenza illegittima di privati cittadini.³⁷

La Convenzione nel prevedere delle ipotesi che giustificano l'interferenza va a bilanciare i vari interessi confliggenti, valutando se questa sia o meno "necessaria in una società democratica". La Convenzione non dà alcuna indicazione nel valutare quale sia una "ragione sufficiente" per giustificare una decisione "necessaria in una società democratica". Tutto quello che si può desumere è che debba esistere un pressante bisogno sociale e che l'azione debba essere proporzionata alla richiesta legittimamente perseguita.

Lo stato deve, ancora di più, essere accorto nel bilanciare gli interessi confliggenti qualora ad esservi coinvolti siano quelli dei minori. Sarà rischioso laddove, con il pretesto della tutela dei minori, lo stato cerchi di giustificare l'intervento nella vita familiare quando realmente miri ad affermare un determinato concetto di famiglia entro la società; principale questione sarà pertanto quanto peso lo stato debba dare all'interesse del minore.

In conformità alla Convenzione delle Nazioni Unite per i diritti dei minori, la Corte ha affermato che :

"dove ci sia un serio conflitto tra gli interessi del minore e di uno dei genitori che possa essere risolto solo a svantaggio di uno di loro, l'interesse del minore deve prevalere."

Molti stati contraenti hanno modificato le proprie leggi domestiche alla luce delle obbligazioni profilate da tale Convenzione.

In *L. c. Svezia* ed in *B.R & J v. Germania Federale*³⁸ la Corte esamina la questione più da vicino, l'interferenza con il diritto dei genitori non può giustificarsi semplicemente sulla base che ciò sia migliore per il minore.

In particolare in *L. c. Svezia*³⁹ la Corte afferma che:

³⁷ *Rivista Internazionale dei diritti dell'uomo*, Pubblicazione universale Cattolica Sacro Cuore.1998, p.37

³⁸ 9639/82 D&R, tratto da *The european...*,cit.,p.30

³⁹ 10141/82 D&R, tratto da *The european...*,cit, p.35

“è necessario in base all’art. 8 che gli stati, nel decidere di prendere un minore in custodia, abbiano sufficienti motivi.”

E’ stato nel caso *Marckx*, precisamente al paragrafo 31 della sentenza, che si delineò un’obbligazione positiva a carico dello Stato: si stabilisce infatti nel promuovere il rispetto della vita familiare si debbano adottare delle adeguate misure.

La Corte ha così evidenziato come, quando nell’art.8 si parla di “rispetto per la famiglia” non si vuole solamente proteggere la famiglia, ma anche imporre allo stato di agire concretamente affinché i legami familiari si possano sviluppare normalmente.

Il diritto belga riteneva che i genitori non sposati neppure acquistassero automaticamente una relazione legale con il minore: la madre doveva decidere se riconoscere o meno suo figlio.

La Corte sostenne allora che:

“qualsiasi cosa la parola “famiglia” significhi essa deve in ogni caso includere la relazione che sorge da un legittimo e genuino matrimonio, anche se non sia stata pienamente stabilita vita familiare. Il figlio nato da tale relazione è ipso jure parte di quella relazione; da quel momento esiste fra lui ed i suoi genitori, anche se non vivono insieme, un legame denominato “vita familiare”.

La nascita del figlio produce quindi di per sé la relazione familiare e lo stato, se effettivamente rispetta la vita familiare, è obbligato a favorire il riconoscimento e la promozione di tali legami.

In merito a tale sentenza, ritengo opportuno fare due considerazioni.

In primo luogo, fino a tale momento la relazione genitori-figli, sotto l’approccio dell’obbligazione positiva, aveva avuto una maggiore protezione se l’unità familiare era basata sul matrimonio.

Le leggi nazionali degli stati contraenti hanno spesso distinto tra genitori non sposati e sposati. L’art.8, ha sempre offerto una protezione paritaria per le famiglie coniugali sotto l’approccio negativo, ma non sotto quello positivo.

In secondo luogo, è da notare come la dinamica progressista della decisione in *Marckx* ha riguardo per una relazione tra madre e figlio, ma non coinvolge la figura del padre non sposato, da sempre meno tutelata.

Nella decisione di *B, R & J c. Germania Federale* la Corte ha esplicitamente affermato che:

“il marito non sposato ha una posizione legalmente più debole di quello sposato e questa è principalmente una conseguenza della scelta dei genitori di non sposarsi.”

Sembra che la Corte pretenda una interferenza specifica fra quelle previste nell’art. 8.2 della Convenzione, ma sia meno disposta a ritenere che una politica di stato che non promuove la relazione figlio-genitore non coniugato, e questo con riguardo

particolare per il padre, certamente non va a promuovere l'effettivo rispetto per la "vita familiare".

La Corte ha ritenuto che l'obbligazione positiva era stata sufficientemente adempiuta in quanto lo stato garantiva il riconoscimento della paternità.

Si evidenzia quindi il problema posto dall'approccio dell'obbligazione positiva: non si sa esattamente quando essa sorga, né quali iniziative debbano essere prese dallo stato, che oltretutto gode di un generoso margine di discrezione.⁴⁰

Alla luce di quanto detto appare ovvio che, privilegiando l'approccio dell'obbligazione negativa, la famiglia venga ancora percepita restrittivamente, questo se pur la Convenzione debba essere interpretata alla luce delle condizioni attuali.

2.6 La "vita familiare" e la "vita privata" nella giurisprudenza

Mia intenzione, in questo paragrafo, sarà quella di analizzare concretamente diversi ambiti, tutti più o meno condizionati dall'interpretazione dinamica dell'art.8: minori, legislazione sull'immigrazione, relazioni omosessuali.

• Minorenni

In questi anni la Corte Europea dei diritti umani ha esaminato sempre più casi di esclusione dei genitori dalla custodia dei figli. Come ci insegnano celebri casi quali: *Eriksson c. Svezia*; *Anderson c. Svezia*, *W, B e R c. Inghilterra*; *Olsson v. Svezia*, *Johansen v. Norvegia*⁴¹ se pur necessario, l'ordine di custodia non deve violare il rispetto per la vita familiare.

Non si possono imporre restrizioni eccessive, magari escludendo i genitori dalle decisioni riguardanti il figlio né si può impedire che i fratelli mantengano la propria relazione. Come leggiamo nella sentenza *W.c Regno Unito*⁴²:

"l'art.8 impone di verificare funzionalmente alle circostanze di ciascuna fattispecie e, in particolare, alla gravità delle misure da adottare, se i genitori abbiano potuto rivestire nel processo decisionale, considerato complessivamente, un ruolo sufficientemente importante per accordare loro la protezione richiesta dei propri interessi. In caso contrario vi sarà una violazione del rispetto della loro vita familiare e l'ingerenza conseguente alla decisione non potrà essere considerata "necessaria" ai sensi dell'art.8."

⁴⁰ O'DONNELL, *Parent-child relationships within the European Convention* edito da Nigel Lowe e Gillian Douglas, 1996, p.60

⁴¹ KILLERBY, *Family law in Europe*, Edito da Liber Amicorum, 1999, p.78

⁴² sent. dell'8 luglio 1987, serie A n.121 A, par.6 tratta da *Digest of cases-law relating to the European convention of human rights*, Council of Europe Directorate of human rights, 1970, p.27

Nel caso *Hokkanen c. Finlandia*⁴³ il ricorrente contesta alle autorità finlandesi di non aver facilitato in alcun modo il proprio ricongiungimento con la figlia.

A causa della morte della moglie egli aveva affidato, a suo dire temporaneamente, la cura di sua figlia ai nonni materni. Questi ultimi si rifiutavano ora di ricondurla.

In tale situazione il ricorrente lamenta la lesione di due diversi diritti quello di custodia e quello di visita.

La Corte specifica innanzitutto come non intenda sostituirsi alle autorità finlandesi nel regolamentare le questioni di affidamento e di diritto di visita in Finlandia, quanto giudicare le decisioni rese nell'esercizio del loro potere discrezionale nell'ottica della Convenzione.

Nonostante tale margine di discrezionalità, la Corte ritenne che le autorità competenti non avevano tutelato il diritto di visita, profilandosi così una lesione del diritto al rispetto della vita familiare.

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

In merito al caso *Scozzari e giunta c. Italia*⁴⁴ è stata emanata un'importante sentenza. La ricorrente lamenta in primo luogo la decadenza dalla propria potestà parentale, ritenuta poi dalla Corte giustificata ai fini dell'interesse del minore.

In secondo luogo lamenta la negazione del proprio diritto di visita al figlio ed è proprio in merito a tale aspetto che la Corte ha ricordato come:

" l'affidamento di un minore da parte della pubblica autorità non mette fine alle relazioni familiari naturali(..)" e che: "occorre normalmente considerare l'affidamento di un minore come una misura temporanea che deve essere sospesa non appena la situazione lo consenta e (..) ogni atto di esecuzione deve essere finalizzato ad uno scopo ultimo: riunire il genitore naturale e il figlio (..)".

Pertanto, la Corte ha ritenuto che il vietare ogni tipo di contatto tra madre e figlio non si fonda su motivazioni sufficientemente fondate, del resto l'interruzione totale dei contatti può essere giustificata solo in eventualità eccezionali come la sentenza *B c. Regno Unito*⁴⁵ ci insegna.

• Relazioni omosessuali

Malgrado si faccia riferimento alla "famiglia" come ad un concetto autonomo che tiene conto di differenti percezioni culturali, questa flessibilità sembra essere solo apparente: è ancora fondata sui formali legami del matrimonio e della parentela

⁴⁴ *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Pubblicazione Università Cattolica del Sacro Cuore, 2000, p.46

⁴⁵ *Rivista...*, cit., sent. dell'8 luglio 1987, serie A, p.79, par.77

biologica. L'unità familiare prevista dall'art.8 e 12 è essenzialmente la famiglia nucleare.⁴⁶

Uno dei più importanti esempi del progresso dei valori di libertà dell'individuo scaturito dalla giuridificazione dei diritti inalienabili della persona è il diritto ad una scelta libera, se di scelta si può parlare, dell'attuazione effettiva delle proprie preferenze sessuali, senza per questo incorrere in divieti o in conseguenti discriminazioni nei rapporti sociali.⁴⁷

A garantire una serie di pretese giuridicamente azionabili degli omosessuali è solo il "diritto al rispetto della vita privata" consacrato dall'art.8 Cedu, e non quello della vita familiare. Tale insoddisfacente posizione ha delle implicazioni.

Se una coabitazione consolidata fra omosessuali o transessuali ed il suo partner fosse da intendere come relazione familiare allora ci sarebbe un argomento per estendere la tutela dell'art.12 a tali rapporti. Ben più facile è stato accettare la coppia de facto tra eterosessuali come relazione familiare, data la possibilità di procreazione essa è assimilabile al matrimonio .

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

Nella "vita familiare" non sono state comprese nè relazioni omosessuali, come testimonia il caso *X&Y c. Inghilterra*⁴⁸ nè relazioni che coinvolgano transessuali, come attestano i casi *Van Oosterwijck c.Belgio*⁴⁹, *Rees c.Inghilterra*⁵⁰ *Cossey c.Inghilterra*⁵¹. Nel caso di *X c. Svizzera*⁵² tali rapporti non sono stati inclusi neppure nella definizione di "parentela sociale" cio'non è invece avvenuto in *Eriksson c.Svezia*⁵³.

• Immigrazione

La giurisprudenza in merito all'immigrazione ben rappresenta quanta tensione vi sia tra sovranità dello stato e interessi della "vita familiare".

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

⁴⁶ VAN DIJK, VAN HOOFF, *Theory and practice of the european convention on human rights* , 1991, p.35-67

⁴⁷ *Rivista internazionale diritti dell'uomo* Pubblicazione universale Cattolica Sacro Cuore, 2000, p.26-33

⁴⁸ 9369/81D&R tratto da *European convention on human rights*, Martinus Nijhoff, 1994, p.87

⁴⁹ 3 EHRR 557 tratto da *European convention...*,cit., p.87

⁵⁰ 9 EHRR 56, tratto da *European convention...*,cit., p.96

⁵¹ 13 EHRR 622, tratto da *European convention...*, cit,p.88

⁵² 8257/78, tratto da *Law of the European Convention on human rights*, Council of Europe, Nijhoff, 1995, p.42

⁵³ 12 EHRR 183, tratto da *Law...*, cit., p.52

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

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

Nei casi in cui la Corte abbia individuato un' interferenza ciò è avvenuto in seguito ad un bilanciamento di interessi per cui la decisione appariva ben sproporzionata rispetto ai reali ed effettivi legami dell'applicante.

Paradossalmente per il genitore si profila una migliore situazione dopo la separazione: se l'unità familiare fosse intatta, si potrebbe richiedere agli altri membri familiari di seguire l'individuo in questione e non ci sarebbe interferenza con la loro vita familiare.

Invero, se i parenti sono separati o divorziati, tale ipotesi si va a profilare ben difficilmente e le conseguenze della decisione saranno più drastiche sia per i genitori che per i figli. Il bilanciamento dovrà quindi essere eseguito tra l' interesse del minore, quello del genitore e quello statale.

Riporto qui l'esempio offerto dalla sentenza del 26 settembre 1997 nel caso *El Boujaïdi c. Francia*.

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

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

Valutando le circostanze specifiche, la Corte ritiene che il divieto irrevocabile di soggiorno sia in questo caso ben proporzionato agli scopi legittimamente perseguiti, non andando così a delinearsi alcuna violazione dell'art.8.⁵⁴

⁵⁴ *Rivista internazionale dei diritti dell' uomo*, Pubblicazione univ.Cattolica del Sacro Cuore.1998, p.17

2.7 Elementi di connessione nel diritto di famiglia internazionale

Quando una relazione coinvolge più Paesi, scegliere la legge del Paese da applicare è già difficile, ma ancora di più lo sarà nell'ambito del diritto di famiglia.

Le norme che regolano il matrimonio e le relazioni tra genitori e figli sono niente meno che il riflesso della moralità, della religione e dei fondamentali principi di vita prevalenti in quel determinato Paese. Il matrimonio rappresenta del resto la prima istituzione di controllo sociale e costituisce parte della realtà normativa statale.

Molteplici possono essere i fattori che nella stessa vicenda rimandano alla legislazione di un Paese straniero. Faccio l'esempio di una coppia di sposi di nazionalità spagnola ed italiana, sposati in Francia e quindi vissuti in Portogallo.

Tali elementi di connessione risultano essenziali nel determinare la legge applicabile, senza però correre il rischio di dividere un matrimonio in segmenti troppo piccoli, ma andare a prenderne solo uno come decisivo.

Aderendo ad una delle più vecchie teorie del diritto internazionale privato, poichè il diritto di famiglia è la principale delle relazioni personali da considerare sarà la legge personale.

Alcuni paesi considerano quale legge personale la legge del domicilio, altri la legge della cittadinanza o della nazionalità, ogni modo nessuno di essi vede tale principio come assoluto, ammettendo delle eccezioni.

Come elemento di connessione alternativo ai principi di nazionalità e domicilio è stato poi introdotto il concetto di residenza abituale.

Il criterio della cittadinanza è il meno problematico, difatti la cittadinanza si può acquisire solo in due modi: tramite nascita o atto dello stato. Questo è il criterio che offre maggiori certezze, un cambiamento di cittadinanza potrà sempre accertarsi con documenti ufficiali.

Il criterio di residenza abituale è un fattore di connessione relativamente nuovo del diritto privato internazionale, esso viene menzionato per la prima volta nella Convenzione dell'Aja del 1902.

L'elemento dell'intenzione lo differenzia dal criterio del domicilio; richiedendo la sola presenza fisica regolare risulta più facile da applicare.

Il criterio del domicilio, ha un contenuto che varia da uno stato all'altro generando così maggiori perplessità nella scelta della legge.

In base alla definizione classica, due sono i fattori necessari: quello della *residenza* e quello dell'*intenzione*. Alcuni autori aggiungono addirittura l'elemento della capacità legale.

Per acquisire il domicilio un soggetto deve risiedere o essere fisicamente presente nel Paese con l'intenzione di rimanervi permanentemente o a tempo illimitato.

L'“animus remanendi” implica ovviamente l'abbandono permanente del domicilio precedente.

Tale criterio, dipendendo in larga parte dall'intenzione, è il più difficile da determinare. Discostandosi della nazionalità, il domicilio può essere cambiato facilmente ed è per tale motivo che è stato denominato “individualista”.

Permette alla persona di mutare la propria legge personale con un atto privato, semplicemente cambiando il domicilio.

Sembrano quindi da condividere le riflessioni di Pasquale Stanislao Mancini, padre della scuola di diritto internazionale privato, che riteneva il criterio della nazionalità come quello che maggiormente rispecchia l'origine culturale della persona.

Tale criterio non muterà rapidamente, difatti la legge personale può cambiare solo con un atto statale, andando così a vincolare indissolubilmente la persona al proprio Stato.

Non sembra quindi opportuno applicare tale criterio nell'ambito del diritto di famiglia, questo soprattutto se si rammentano le riflessioni di Werner Goldschmidt che definiva il diritto internazionale privato come “diritto della tolleranza”⁵⁵, cioè un corpus di leggi orientato al rispetto degli stranieri e delle loro norme.⁵⁶

Ritengo che i criteri del domicilio o della residenza abituale dovrebbero si dovrebbero applicare solo con riguardo alle questioni patrimoniali del diritto di famiglia in quanto la situazione economica e sociale è molto condizionata dal Paese in cui si vive.

Particolare attenzione merita la questione del riconoscimento del matrimonio. “Matrimonio” è il termine legale usato per intendere l'insieme dei differenti diritti, doveri, privilegi che ne conseguono e che variano a seconda del particolare sistema legale.

Le regole di riconoscimento del matrimonio generalmente stabiliscono una unitaria presunzione di validità matrimoniale.⁵⁷

Mancando degli standards internazionali che vadano a regolare il riconoscimento del matrimonio si utilizzano dei principi generali di diritto internazionale.

Due sono i sistemi di legge che vengono usati: il primo, impiega la regola della *lex loci celebrationis*, il secondo quella della *legge personale* che si struttura in *lex patriae* e in *lex domicili*.

La legge personale è prospettiva: il diritto straniero è subito rilevante, si evita la formazione di quelle unioni che non saranno poi riconosciute valide.

⁵⁵ DEPALMA, *Derecho internacional privado. Derecho della tolerancia*, Buenos Aires, 1985, p.75

⁵⁶ THUE, *Connetcting factors in international family law*, Edited by Nigel Lowe Gillian Douglas, 1996, p.34

⁵⁷ WARDLE, *International marriage recognition: a world dilemma*, edited by Nigel Lowe and Gillian Douglas, 1996, p.108

La lex loci celebrationis è invece retrospettiva, al tempo della celebrazione il diritto straniero rileva solo se il precedente matrimonio era valido nel foro.

Distinzione viene fatta tra requisiti formali e sostanziali del matrimonio: la *lex loci celebrationis* è la più antica e più diffusa regola usata nel valutare la validità formale del matrimonio. Se tale legge andasse anche a regolare i requisiti sostanziali sarebbe facile trasgredire le politiche restrittive dello stato, si potrebbe semplicemente attraversare la frontiera e celebrare il matrimonio all'estero.

Per tale motivo gli stati che si affidano a questo criterio vanno a prevedere delle eccezioni.

In passato quando le parti erano di nazionalità o domicili differenti, la Corte preferiva seguire la legge del marito in quanto capofamiglia, ora alla luce dell'uguaglianza dei sessi ciò non è più condiviso.

Regola prevalente nel determinare la validità del matrimonio è applicare la legge personale di ciascuna parte, così ogni parte si ritrova a dover soddisfare i requisiti bilateralmente.

Così il matrimonio evasivo non costituisce problema, la coppia celebrerà un matrimonio valido per il luogo, ma non per la propria legge personale.

Concludendo, è da evidenziare come tendenza comune a tutti gli stati sia quella del *favor validitatis*.

2.8 La politica sociale europea della famiglia

Nell'Unione Europea la coscienza di una nuova soggettività familiare non solo economica è giunta con un notevole ritardo: solo nel 1989 è stato costituito l'Osservatorio europeo sulle politiche familiari nazionali e solo nel 1994 è stato proclamato il primo anno della struttura relazionale internazionale della famiglia.

La famiglia è divenuta interesse politico primario della comunità, in teoria costituisce titolo per poter accedere a determinati beni e servizi, anche se poi il principio della soggettività familiare proclamato in molti disegni di legge, si traduca il più delle volte in un'offerta di servizi impersonali.

I governi nazionali, regionali e la stessa Unione Europea hanno delle difficoltà a riconoscere il ruolo centrale della famiglia.

I vari documenti ed interventi testimoniano che l'Unione Europea attua una "politica sociale della famiglia" improntata ad un'ideologia neo-welfarista.

La famiglia è trattata come una realtà bisognosa di assistenza costante per la presenza in essa di membri più deboli dal punto di vista sociale.

Seguendo tale impostazione, la politica familiare conferisce al nucleo familiare dei diritti relazionali propri, ulteriori e non lesivi dei diritti individuali.

La famiglia, intesa come bene relazionale, ha dei diritti ulteriori rispetto ai singoli membri. In ciò si attua il dettato sia delle Carte internazionali che nazionali che vanno a riconoscere i diritti della famiglia come tale.

La famiglia intesa come aggregato di individui che convivono insieme è un bene comune, da promuovere non solo indirettamente attraverso misure rivolte ai singoli destinatari. La famiglia si pone come una “relazione comunitaria di intermediazione fra individuo e società” che esprime una precisa sfera dei diritti di cittadinanza.⁵⁸

La politica sociale europea si sta da poco tempo aprendo ad una diversità culturale ed a un pluralismo di valori anche nell’area della famiglia, come accade già in altre.

In una società multiculturale, eterogenea l’asserire che ci sono “ valori familiari tradizionali ”che permangono immutabili si è rivelato pericoloso.

Il diritto dovrebbe sostenere una varietà di modelli familiari siano o meno rispecchianti differenze razzali, culturali, di religione.

Finora la politica sociale europea ha cercato solamente in teoria di accettare differenze culturali e pluralismo di valori sebbene poi in concreto abbia sostenuto un unico modello di famiglia conseguenza inevitabile: una forte tensione sociale.

Per la prima volta la politica sociale dell’Unione Europea, interpretando la Convenzione del’50 come “living instrument”, cioè in un’ottica dinamica, si apre in concreto ad una società multiculturale.

Nel contesto della famiglia il pluralismo implica un riconoscimento paritario dei differenti tipi di modelli familiari distaccandosi da una gerarchia di valori.

Purtroppo ancora la famiglia nucleare centrata sul matrimonio rimane un ideale rispetto al quale ogni altro tipo di famiglia costituisce devianza.

Tutte le famiglie, sono in principio degne di pari rispetto ed ugualmente bisognose di pubblico supporto. I diversi tipi di “lifestyle” familiari sono tutti da tutelare, perché se pur i valori non sono comuni, in ogni modo lo saranno le funzioni (luogo ove i figli crescono e socializzano) e le esigenze.

La politica sociale non dovrebbe essere orientata alla “omologazione” delle famiglie, andando a ricondurle ad un modello “base”, bensì promuovere tali funzioni e soddisfare esigenze primarie quali la garanzia di un lavoro, di un reddito dignitoso e di un’assistenza medica adeguata. I governi dovrebbero impegnarsi a garantire questo a tutte le “tipologie” di famiglie e non, in base a gerarchie predefinite, ritenerle delle concessioni.

Pochi sono finora stati i Paesi europei che hanno sviluppato un’ “esplicita” politica familiare, ovvero un insieme di programmi di politica sociale intenzionalmente destinati al benessere familiare. Gli altri hanno preso in considerazione le politiche sociali solo “implicitamente”.

⁵⁸ DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, Editori Laterza, 1998, p.98

Fra questi l'Italia che, come tutti i Paesi del sud dell'Europa, si è distinta per la particolare frammentarietà della politica sociale e per la politica del non intervento.

Capitolo terzo

Influenza della Convenzione europea dei diritti umani nell'ordinamento olandese

3.1 Introduzione

L'Olanda se pur paese di estensione limitata, 41.548 km quadri, ha una popolazione composta da più di 15 milioni di persone; rappresenta uno dei più densamente popolati con le ben oltre 350 persone per chilometro quadrato.

Nel 1999 si sono registrati più di 82982 matrimoni e di 46182 divorzi. Solitamente il numero dei divorzi ammonta a 28000 per anno.

Per dare alcuni esempi: nel 1997 sono nati 205611 ragazzi di cui ben 27899 fuori dal matrimonio; più di un milione sono le famiglie con un solo genitore e molte le coppie non sposate di cui più di 20000 omosessuali.

Il termine di “ famiglia” non è limitato a concetti tradizionali.

Oltre alla famiglia intesa come quella di un uomo ed una donna sposati e dei loro figli, si comprendono altre realtà la cui principale “funzione” è quella della cura e dell'educazione dei figli.

La giurisprudenza olandese evita di discriminare i “living arrangements” non tradizionali, in armonia con l'art.8 della Convenzione Europea: frequentemente le conseguenze legali del divorzio o matrimonio sono state applicate alle relazioni non maritali.

Interessante è vedere come il diritto di famiglia sia stato codificato in una società che, come quella olandese, si caratterizza per un misto di tolleranza e conservatorismo e per le differenti culture e fedi: protestanti al nord, cattolici al sud. E' dall'inizio del 17 secolo che l'Olanda è stato luogo di pace sicura per rifugiati di diversi gruppi etnici: molti furono gli ebrei che qui trovarono sicurezza dalle persecuzioni. Le due decadi passate hanno testimoniato un alto numero di immigrazione, principalmente dalle prime colonie olandesi del Suriname e delle Antille, dalla Turchia e Marocco così come dallo Zambia, Ruanda e dalla ex Jugoslavia; rammento poi che all'inizio del secolo il paese fu meta di molti italiani.⁵⁹

3.2 Le fonti del diritto di famiglia

⁵⁹ VLAADINGERBROEK, *Introduction to dutch family law...*, cit., p.95

Il diritto di famiglia olandese è contenuto essenzialmente nel libro primo del codice civile. Al tempo della prima codificazione del diritto civile, il diritto di famiglia olandese era piuttosto influenzato dal rigido Codice civile francese del 1804.

Malgrado la legislazione miri alla codificazione, la giurisprudenza ha un ruolo molto importante. Il sistema delle corti ha la sua base legale nell'Atto sull'organizzazione giudiziale ("wet op de Rechterlijke Organisatie") del 1827 che le distingue in: 19 corti distrettuali, 5 corti di appello e Corte Suprema tutte attinenti a questioni sia civili che penali.

L'uniformità delle decisioni è salvaguardata dalla Corte Suprema. In conformità al sistema francese di "cassazione", la giurisdizione della Corte Suprema è limitata alle violazioni di legge da parte delle corti inferiori.

In particolare, in merito al diritto di famiglia non abbiamo una corte a ciò deputata, ma in ognuna almeno uno dei giudici è nominato come giudice per i casi dei minori.

In questione di diritto di famiglia la procedura è inquisitoria, il giudice può porre questioni sia ai genitori che ai figli se maggiori di 12 anni e può richiedere rapporti al alla polizia o al Concilio per la protezione dei minori("Raad voor de kinderbescherming").⁶⁰

Tale Consiglio con circa 40 unità di lavoro è un ottimo centro rapporto di lamentele riguardo i minori a rischio. Suo compito è di essere informato su tutti i casi in cui le legali misure sono state adottate per proteggere i figli ed avvisare le autorità circa la possibile azione da prendere.

I locali "Borough Councils and Registrars" forniscono informazione libera e copie dei documenti che necessitano.

Il libro primo è diviso in 20 capitoli, chiamati titoli:

Capitolo 1: previsioni generali (art.1:1-3)

Capitolo 2: diritto al nome (art.1:4-9)

Capitolo 3: residenza (art.1:10-15)

Capitolo 4: registrazione civile (art.1:16-29)

Capitolo 5: matrimonio (art.1:30-80)

Capitolo 6: diritti ed obbligazioni degli sposi (art.1:81-92)

Capitolo 7: comunione legale di proprietà (art.1:93-113)

Capitolo 8: accordi matrimoniali (art.1:114-148)

Capitolo 9: scioglimento di matrimonio (art.1:149-166;167 abrogato)

Capitolo 10: separazione legale (art.1:168-183;184-196 abrogato)

Capitolo 11: paternità ed affiliazione (art.1:197-226)

⁶⁰ HAMILTON, *Family law in europe*, Reed Elsevier(Uk) ltd 1995

Capitolo 12:adozione (art.1:227-232)

Capitolo 13:minori (art 1:233-241)

Capitolo 14:autorità riguardo i minori (art.1-245-377)

Capitolo 15:diritto di accesso,informazioni e consultazioni (art.1-377a-377b)

Capitolo 16:tutela (art.1:378-391)

Capitolo 17:alimenti (art.1:392-408)

Capitolo 18:assenza e persone scomparse (art.1:431-449)

Capitolo 19:tutela di adulti (art.1:450-462)

Capitolo 20:protezione di interessi immateriali di adulti (art.1:450-462)

Procedo ora con l'evidenziare l'influenza esercitata dalla Convenzione Europea, con particolare riguardo per l'interpretazione estensiva dell'art.8, nella nuova legislazione del diritto di famiglia.

Nel fare questo occorre tener presente l'art.94 della Costituzione per cui le previsioni delle Convenzioni internazionali non hanno bisogno di implementazione; le previsioni della Convenzione europea saranno direttamente applicate così come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

3.3 Diritto Privato internazionale

Fino al 1980 la legislatura olandese si è generalmente astenuta dal decretare regole di diritto privato internazionale. Questo è il motivo per cui molte sono state le lacune colmate dalle decisioni giudiziarie, in particolare quelle della Corte Suprema. Oltre alle decisioni giudiziarie, l'altra principale fonte del diritto privato internazionale è data dai trattati che hanno precedenza sulle regole di diritto domestico dal momento della stessa promulgazione.

La scelta della legge è stata oggetto di un grande dibattito in Olanda, particolarmente nel 1960-1970. Tradizionalmente il principio dominante in materia di diritto di famiglia era quello della nazionalità: la cittadinanza della persona ne determina la legge applicabile, questo anche vi potrebbe non essere più una "reale connessione sociale".

Per ovviare a ciò, dal 1960 alcune corti hanno sostituito, inizialmente per il divorzio e poi in altre aree del diritto di famiglia tra cui le successioni, il criterio del domicilio a quello della nazionalità accolto dalla legislatura olandese. Da vedere è come il concetto di domicilio olandese si possa ben paragonare a quello della residenza abituale offerto dalla Convenzione dell'Aja in diritto privato internazionale.⁶¹

In Olanda, in merito al riconoscimento ed all'esecuzione dei provvedimenti stranieri, non esiste una generale procedura che autorizzi l'esecuzione delle decisioni

⁶¹ WENDELS, *the new dutch private international law legislation*, Frede Sijthoff 1989

straniere; occorre una convenzione o una regola di legge interna che vada a prevederla espressamente.

Le decisioni che creano o alterano lo status personale (come il decreto di divorzio o l'ordine di adozione) sono per natura sensibili solo al riconoscimento e non necessitano dell'esecuzione.

3.4 La Convenzione Europea dei diritti umani nell'ordinamento olandese

Se pur la costituzione olandese (art.93-94) preveda la diretta applicabilità delle previsioni della convenzione, così come la preminenza di queste rispetto alle leggi domestiche, fino al 1980 la Convenzione non ebbe un grande effetto sullo sviluppo del diritto sostanziale olandese.

Le corti olandesi iniziarono lentamente ad applicarle, questo soprattutto perché ben pochi erano gli individui che a conoscenza della Convenzione.

Fu con la decisione di Marckx che l'impatto sostanziale della convenzione divenne più famoso, essa estese il concetto di "vita familiare" dell'art.8 giungendo così a delineare positive obbligazioni a carico dello stato.

E' seguendo una tale interpretazione che la Suprema Corte Olandese e la legislatura hanno profondamente cambiato il diritto di famiglia olandese.

Molti casi (Markx c. Belgio; Tyrer c. UK, 1978; Inze c. Austria, 1988; Burghartz c. Svizzera, 1994) ci mostrano come l'interpretazione della convenzione debba avvenire alla luce delle attuali condizioni di vita.

"Matrimonio" e "filiazione" non sono più i fondamentali concetti del diritto di famiglia, principio basilare è divenuta "la vita familiare" abbandonando un approccio moralistico per uno sociale e funzionale.

Lo sviluppo di vari tipi di "vite familiari" ha fatto sì che da un sistema di diritto di famiglia chiuso e formale si sia passati ad uno più aperto, capace di colmare il vuoto tra diritto e società.

Aspetto negativo dell'influenza della Convenzione è la legale incertezza che essa crea.

Un esempio è offerto dalle decisioni della Corte Suprema sui diritti di visita: in un primo momento la corte decise che, in base all'art.8, per garantire i diritti di visita fosse sufficiente un legame biologico con il figlio, mentre in una successiva decisione richiese circostanze ulteriori nel provare la "vita familiare".

La nozione della vita familiare non è concetto omogeneo, non sempre è chiaro cosa esattamente costituisca vita familiare né quali conseguenze essa abbia.

In realtà la questione se esista "vita familiare" entro il significato dell'art.8 dipende dall'oggetto della richiesta (custodia, diritti familiari, diritti d'informazione), a tal proposito nel 1993 la Corte Suprema sottolineò come: "i requisiti necessari per affermare l'esistenza dell'art.8 devono essere determinati caso per caso prendendo in considerazione il contesto in cui la protezione viene invocata".

Fu nel 1988 che la Corte specificò, nella decisione di Berrehab c. olanda, come la vita familiare possa cessare anche in seguito a "successivi eventi".

Altro aspetto negativo della Convenzione Europea è la crescente discrepanza esistente tra le decisioni prese dalle corti e quello che è il diritto previsto dal codice. La legislatura dovrebbe essere più attiva in questo, così come del resto ha fatto negli ultimi anni.

Si è riesaminata la disciplina in merito al nome, il Bill introdotto al parlamento nel 1991 permette ai genitori di fare una scelta fra uno dei loro nomi familiari. Nell'ipotesi che non si adotti una scelta, qualora i genitori siano sposati si darà il nome del padre; se invece, qualora i genitori siano non sposati, e la scelta non sia fatta nell'arco dei 3 mesi dalla nascita; si adotterà quello della madre.

Da ricordare è il Bill riguardo la comune autorità parentale e la comune custodia, introdotto in parlamento nel 1994. Esso permette un'autorità congiunta tra un genitore ed un non-genitore, facendo discendere delle conseguenze legali similari a quelle di una "relazione familiare legittima".

Ricordo infine il "Bill on Registration of a partnership" che permette la registrazione di coppie omosessuali ed eterosessuali con le stesse legali conseguenze del matrimonio salvo che per relazione con i figli.⁶²

Tutti i Bill menzionati sono entrati in vigore solo nel 1998.

3.5 Matrimonio

Per contrarre un valido matrimonio le parti devono avere la capacità di sposarsi ed adempiere le specifiche formalità legali. Se si fallisce nel soddisfare le formalità, il matrimonio sarà nullo o non esistente.

E' considerato valido solo il matrimonio civile, mentre la cerimonia religiosa non è sufficiente.

L'art.1: 33 BW enuncia come: "un uomo possa sposarsi solo con una donna ed una donna solo con uomo."

Malgrado questo articolo, nel 1990⁶³ due donne richiesero di sposarsi basandosi sull'art.12 letto in congiunzione con l'art.8 e 14 della Convenzione.

La Corte suprema olandese ricordò la sentenza del 1987⁶⁴ in cui la corte Europea interpretava l'art.12 della Convenzione limitatamente al matrimonio tradizionale tra sessi opposti. Sottolineò quindi come sia l'art.12 che 13 ICCPR tendessero a tutelare il tradizionale matrimonio tra due persone di sesso differente: "una delle caratteristiche del matrimonio è che i partners siano fisicamente in grado di avere rapporti sessuali così da avere la riproduzione sessuale."

⁶² KLEIJKAMP, *Family life and family interests*. Kluwer law international.1999,p.72-98

⁶³ Hoge Raad,19 ottobre 1990.nj1992.129, *European convention...*, cit.,1994, p.37

⁶⁴ Nj 1987 945.ottobre 17,1986.,*European convention...*, cit, 1994,p.45

3.6 “Registered-partnership”

La “registration of partnership”, prima chiamata “registration of co-habitation” è effettiva dal 1 gennaio 1998, disponibile sia per coppie eterosessuali che omosessuali. Nel sistema scandinavo il sistema legale della partnership non è utilizzabile da coppie che siano in grado di sposarsi⁶⁵ ed in Olanda molte sono state le critiche circa la possibilità di registrazione per gli eterosessuali⁶⁶.

La procedura è attuabile sia da cittadini olandesi che da quelli dell’Unione Europea e dell’EFTA (economic free trade association) legittimamente residenti in olanda.

Dal punto di vista pubblico (tassazione, sicurezza sociale) la registrazione ha lo stesso effetto di un matrimonio. Per quanto attiene alla sfera privata l’art.80b del libro 1 prevede che i titoli 6, 7, 8 si applichino anche alle relazioni registrate. Questi titoli sono quelli che vanno a disciplinare il mantenimento ed i diritti di proprietà.

La registrazione di partnership ha conseguenze anche per il diritto del nome e di successione, mentre non ne ha alcune nei riguardi dei figli dell’altro partner. Nel diritto privato internazionale è sorta preoccupazione in merito agli effetti della registrazione della partnership: si è discusso se gli altri paesi siano o meno in grado di riconoscerla e quali siano i principi di diritto internazionale privato applicabili..

Nella stessa Olanda ci sono dei conflitti di leggi. Supponiamo che due uomini francesi, soddisfacendo i requisiti dell’art.80a (1) del primo libro del codice civile, abbiano registrato una partnership sotto il diritto olandese e che uno di questi uomini ritornato in Francia, si sposi con una donna francese.

Se la relazione vada a costituire un ostacolo per il matrimonio in Francia sarà determinato dal diritto privato internazionale francese. L’uomo ritornato in Olanda con sua moglie in accordo al diritto olandese avrà : una relazione registrata (sotto il diritto olandese) ed un matrimonio (sotto il diritto francese) che l’Olanda è obbligata a riconoscere. A tal proposito rammento che per l’ art.80a(3) e (4) del libro primo, registrazione e matrimonio sono reciprocamente esclusivi.

Nell’analizzare tale istituto in relazione alla coppia eterosessuale vediamo come problemi sorgano se essi decidano poi di sposarsi. In questo caso la registrazione deve prima essere cancellata per mezzo di un congiunto consenso scritto. In base all’ art.80c e all’art.80d(1) dovranno dichiarare che la loro relazione è irreversibilmente cessata. Per il futuro si auspica pertanto una più elegante previsione.

Secondariamente, certo non in ordine di importanza, il padre non diverrà automaticamente genitore legale, ma dovrà riconoscere il figlio ed ottenerne la comune custodia con la madre.

⁶⁵ EEKELAAR-NHLAPO, *The changing family*, Stephanos Nijhoff, 1998, p.45

⁶⁶ MHOEVENAARS, *Weekblad voor privatrecht en notarieelrecht*, 1997, p.56

Concludendo, rilevo come la registrazione di partnership sia particolarmente sensibile ad abusi. Per fare un esempio un acquirente di proprietà eviterà di pagare le tasse di trasferimento registrando una partnership con il venditore, essa infatti potrà essere facilmente conclusa ricorrendo ad un avvocato o da un notaio. Disincentivo a tale abuso è il mantenimento anche in un secondo tempo di previsioni riguardanti la partnership.

3.7 Discriminazione tra matrimonio e “registered partnership”?

Attualmente esiste ancora discriminazione in merito alla partnership registrata. Laddove i datori di lavoro assegnino alle coppie sposate due giorni di vacanza tale previsione non esiste per i partner registrati, in questo caso inoltre l'ufficiale di stato civile potrà rifiutare di registrare la partnership. Grande differenza esiste poi nel rapporto con i figli.

La questione della possibile discriminazione fra i due istituti è rilevante particolarmente per le coppie omosessuali che non hanno alcuna possibilità di scelta fra le due opzioni. A tal proposito interessa indagare il lavoro della Commissione Kortmann che, costituita da otto specialisti nel campo del diritto di famiglia, diritto privato internazionale, nel 1997 si interrogò in merito all'opportunità di matrimonio tra omosessuali.

La maggioranza dei membri concordò nel considerare il matrimonio come una flessibile istituzione adattabile all'evoluzione dei tempi. In questo senso il matrimonio tra partners dello stesso sesso veniva visto come il soddisfacimento di una giusta richiesta essendo le relazioni eterosessuali ed omosessuali “differenti ma uguali”. Si proponeva una nuova forma di matrimonio per le coppie omosessuali che non andasse a sortire alcun effetto per i figli.

La differenza tra la proposta della commissione e la presente legale posizione è ben sottile. Un matrimonio che sia privo di legali conseguenze per i figli non si può definire propriamente tale, la differenza tra minoranza e maggioranza sembra pertanto essere una questione di nomenclatura più che di contenuto.

La Commissione esaminò quali conseguenze internazionali discendessero da tali iniziative. Si propose un questionario alla Commissione in diritto di famiglia del Consiglio d'Europa circa il riconoscimento degli effetti di un “ipotetico” matrimonio tra partners dello stesso sesso. Di tutti i Paesi, solamente quattro ne ammisero la possibilità, mentre gli altri la andarono a negare per motivi di sicurezza pubblica.

Tutti i membri della Commissione concordavano che una relazione di discendenza non dovesse sorgere di diritto tra un figlio di uno e l'altro partner. La presunzione di legittimità che opera nel matrimonio si basa sulla realtà che in molti casi il marito sia

il padre biologico del figlio. Nelle relazioni omosessuali c'è invece la certezza che il partner non ne sia il genitore biologico: applicare la presunzione di legittimità in questo caso sarebbe una finzione troppo radicale.

Il 6 febbraio del 1998 il governo olandese annunciò che avrebbe seguito le raccomandazioni della minoranza della Commissione circa il matrimonio negando ai partners dello stesso sesso la possibilità di sposarsi.

3.8 Filiazione

Durante il 18 secolo, il diritto di famiglia era preminentemente incentrato sulla proprietà, nel 19 secolo il centro dell'attenzione era il matrimonio. In entrambi i casi le previsioni legislative si basavano sulla filiazione è dagli ultimi anni 70 che si sono avuti importanti cambiamenti. La filiazione ed il matrimonio non costituiscono più i fondamentali principi da cui derivano la custodia, il nome, i diritti ereditari o la nazionalità; preminente concetto è ora la vita familiare.

Esaminerò ora con più attenzione la filiazione, tematica così intrinsecamente connessa alla vita quotidiana, che ha richiesto negli ultimi 17 anni molti interventi legislativi fino ad approdare all'ultimo Bill del 1 aprile 1998.

3.8.1 Presunzione di legittimità

La Corte Europea il 27 ottobre 1994 decise in merito al caso di Mrs Kroon e Mr Zerrouk⁶⁷. Il signore in questione, pur essendone il padre biologico e sociale, non poteva riconoscere suo figlio Samir in quanto la presunta paternità non poteva essere sfidata da altri che il padre legale M'Hallam Diriss. Seguendo la decisione della Commissione Europea, la Corte ritenne che il diritto olandese violava l'art.8 non dando la possibilità ad una donna sposata di negare che suo marito ne fosse il padre biologico.

La corte ritenne che un sistema legale dovesse fare il possibile affinché si possa stabilire una relazione lagale tra il figlio ed il padre biologico.

Il caso Kroon è il più generoso nel dare l'interpretazione della "vita familiare" che lo stato è obbligato a rispettare.

La corte considerò la relazione tra Kroon e Zerrouk come familiare alla luce della lunga durata e dei 4 figli nati, non dando peso alla mancata coabitazione e all'intenzione di non sposarsi.

A dimostrazione di come la diretta applicabilità della Convenzione Europea non salvaguardi sempre i diritti umani come potrebbe, vediamo che la Corte Suprema olandese il 4 novembre del 1994, solo una settimana dopo la decisione della Corte Europea circa il caso Kroon, rigettò la sfida alla presunzione di legittimità pur essendo una situazione simile. Motivazione addotta fu che altrimenti si sarebbero eccedute le funzioni legislative.

L'intervento del legislatore giunse con l'atto del 1998, il nuovo art.200(1) attribuisce al figlio ed alla madre il diritto di sfidare la presunzione di paternità qualora il marito non ne sia realmente il padre biologico; prima invece un padre sposato acquisiva automaticamente un legale legame di filiazione per mezzo della presunzione, che né la madre né il figlio potevano sfidare.

Il termine riservato all'applicazione della madre è di un anno dalla nascita del figlio. Negare la flessibilità potrebbe far emergere una violazione dell'art.8, ma il governo ha ritenuto opportuno, seguendo così l'orientamento tenuto dalla Corte Europea nel caso *Rasmussen c. Danimarca*, dare preminenza al valore della certezza legale.

3.8.2 Riconoscimento

Ci sono due procedure in Olanda che permettono di stabilire la paternità: il riconoscimento ed il procedimento giudiziale di paternità.

⁶⁷ Kroon v. Netherlands, 27 ottobre 1994, serie an.297, tratto da *Family life...*, cit., p.65

La riforma del 1 aprile 1998 rende più facile per il padre biologico riconoscere suo figlio perché la madre non ha più un diritto di veto nel bloccare il riconoscimento del padre e perché il padre sposato ad una donna diversa dalla madre ha diritto in determinate circostanze di riconoscerlo.

Sia la madre che il figlio hanno quindi la possibilità di sfidare una legale presunzione di paternità qualora essa non concordi con la realtà biologica.

- **Riconoscimento da parte di un uomo sposato**

Prima della riforma del 1998 l'art.224 prevedeva che un uomo sposato non potesse riconoscere un figlio nato da una relazione extra coniugale .

La Corte Suprema olandese il 10 novembre 1989 venne chiamata a rispondere in merito alla legittimità di tale articolo. Un uomo, ottenuta la separazione da un matrimonio che non aveva dato alla luce alcun figlio, viveva con un'altra donna ed il figlio nato da quest'ultima. L'uomo voleva riconoscerlo, ma in quanto sposato alla prima ciò gli veniva proibito. La Corte suprema ravvide tra l'uomo e suo figlio una "vita familiare" e considerando che l'art.224 violava l'art.8 della Convenzione permise il riconoscimento.

Altro caso fu quello del 23 giugno del 1994 : al signor Polman venne negato il riconoscimento della figlia Nadia, nata mentre lui era sposato a Anneliesje Baams. Questo nonostante si potesse individuare una "vita familiare" : il padre visitava la figlia tre volte a settimana e si era instaurata una buona relazione.

Attualmente, in accordo alla Convenzione europea, l'art.224 a-b del primo libro del codice civile prevede che il padre possa, salvo che il figlio nato sia nato da un incesto, riconoscere il figlio con il consenso scritto della madre e, se il figlio è maggiorenne, anche del figlio.

- **Consenso della madre al riconoscimento**

Altro problema posto dal riconoscimento è il requisito del consenso scritto da parte della madre. Il nuovo art.204(1) continua a prevederlo, ma "salvo che la Corte Distrettuale stabilisca che esista una relazione tra il padre e la madre comparabile al matrimonio o che l'uomo ed il figlio abbiano una stretta relazione".

Quando cioè si va a configurare una "vita familiare" lo Stato è vincolato a permettere che il padre stabilisca un legale legame di filiazione con il figlio.

La decisione della corte del 8 aprile 1988 ammise per la prima volta la possibilità di sostituire il consenso della madre al riconoscimento con quello della corte. La corte sostenne che questo era stato in quel caso permesso perché madre e figlio non

vivevano insieme, mentre nei casi usuali, il consenso della madre non sarebbe stato sostituibile⁶⁸.

Nonostante questo precedente l'8 dicembre del 1995 la corte suprema olandese rigettò la pretesa di un uomo che voleva riconoscere la figlia dopo la morte della madre. Questa in vita, ne aveva rifiutato il consenso.⁶⁹

I genitori avevano vissuto insieme solo 11 mesi, dopo la rottura del rapporto non vi fu alcun contatto tra padre e madre. Quando quest'ultima morì esprime nel testamento la volontà di lasciare la custodia della figlia a suo fratello sottolineando come non confidasse né nell'interesse né nelle capacità del padre ad allevare la minore. La corte regionale ritenne il rifiuto valido anche dopo la morte, aggiungendo che l'interesse del figlio comprende anche il diritto ad una vita familiare con altri diversi dal padre.

Il nuovo art.204(3), come risultato dell'influenza dell'art.8, tende invece a favorire il riconoscimento del padre biologico seguendo così la giurisprudenza dalla Corte Europea del caso Kroon c. Olanda.

Il consenso della madre non viene più visto come diritto di veto e può essere sostituito con quello della corte:

“qualora il riconoscimento non danneggi gli interessi della madre ad un'indisturbata relazione con il figlio o gli interessi del figlio e sempre che l'uomo sia il procreatore del figlio”

3.8.3 *Stabilimento giudiziale di paternità*

Nel 1990 una madre si rivolse alla Corte Distrettuale di Rotterdam per ottenere un certificato di riconoscimento nonostante il rifiuto del padre.

La donna lamentava una violazione dell'art.8 e 14 della Convenzione, in quanto solo all'uomo è data la possibilità di riconoscere il figlio nonostante il rifiuto della madre, mentre la donna non può obbligare l'uomo a riconoscerlo. La Corte d'Appello sostenne che c'era discriminazione, ma concluse che non spettava alla corte rimediare.

Il nuovo art.207 offre un rimedio prevedendo una procedura per il giudiziale stabilimento di paternità. L'applicazione alla corte può essere fatta dalla madre finché il figlio abbia 16 anni e poi dal figlio.

La corte deve rigettare l'applicazione se il ragazzo abbia già un padre legale o se la madre ed il padre non possano sposarsi (perché sono tra i proibiti gradi) o se l'uomo non abbia ancora 16 anni.

⁶⁸ Corte Suprema olandese 8 aprile 1988, *Nederlandse Jurisprudentie* 1989,170, p.87

⁶⁹ FORDER, *Re-thinking marriage,parenthood and adoption* Kluwer international law.1999,p.46

La madre deve fare la richiesta entro 5 anni dalla nascita o, se non si conosce dove il padre si trovi o la sua identità, entro 5 anni da quando se ne è venuti a conoscenza. Sebbene un padre obbligato è improbabile che diventi un buon padre sociale, lo stabilimento giudiziale di paternità rafforza significativamente i diritti del figlio, in particolare per questioni quali quelle di successione, mantenimento, nazionalità.

3.8.4 *Custodia*

In passato furono molti i casi in cui la Corte Europea sostenne una violazione dell'art.8 per la totale mancanza, nel codice civile olandese, di previsioni di custodia comune per genitori divorziati o non sposati.

L'atto "Custody e Access" del 1995, codificando la giurisprudenza della corte, non prevede la presunzione in favore della custodia congiunta, ma solo dietro richiesta delle parti. L'art.251(2), in armonia con l'art.8, respinge l'idea che i genitori divorziati siano automaticamente legittimati alla custodia congiunta, così da evitare il rischio di "compromettere l'interesse del minore".⁷⁰

Varie furono le discussioni riguardo la differenza di procedura per le coppie non sposate e quelle divorziate. Queste ultime dovranno farne richiesta alla corte e non semplicemente all'ufficiale giudiziario, in quanto

il divorzio giustifica l'intervento minimo richiesto dall'art.8 .

L'atto del 1998 che introduce la custodia per i genitori dopo il divorzio introduce anche una automatica custodia comune per i genitori sociali.

Per eseguire un'applicazione questa deve essere fatta congiuntamente al genitore biologico che detiene la custodia unica, e occorre che l'altra persona abbia una "stretta relazione personale" come l'art.253(t) richiede.

Sebbene si vada ad applicare l' art.253a che offre una disciplina delle controversie fra genitori con custodia congiunta, tale situazione non è comunque paragonabile a quella dei genitori divorziati o non sposati con custodia congiunta. I diritti del genitore-non biologico saranno infatti subordinati e dipendenti da quelli del genitore con la custodia unica.

Se entrambi i genitori conservano la custodia congiunta non si potrà avere un ordine di custodia. Nell'ipotesi che un genitore biologico conservi un legame legale di filiazione, ma non i diritti di custodia, la corte, potrà soddisfare la richiesta solo se la custodia sia unica da almeno tre anni.

Il genitore viene comunque prima sentito ed in ogni modo continua a mantenere i diritti di accesso ed il diritto di informazione.

3.8.5 *Accesso. Informazione*

Nel 1985 la corte sostenne che tutti i padri biologici avevano il diritto di rivolgersi alla corte per un ordine di accesso. E' nel 1989 che la corte fa un passo indietro, ritenendo necessario dimostrare circostanze ulteriori.

Contrariamente a quanto era stato deciso dalla Corte Suprema nel dicembre del 1993, il nuovo art 377a(1) del libro primo del codice civile prevede che il genitore privo di custodia mantenga comunque il diritto di accesso. L'art.377f si occupa poi di regolare l'accesso tra un bambino ed una persona con cui vi è una stretta relazione personale.

L'atto contiene un nuovo approccio al problema di quanto il genitore privo di custodia incida nella vita del bambino. Rifacendosi alla giurisprudenza l'atto prevede che il genitore con custodia debba fornire informazioni circa "importanti questioni" riguardanti la crescita del figlio e debba consultarsi con l'altro. Si può escludere tale obbligazione solo quando ad imporlo sia l'interesse del minore.

Se è il ragazzo a richiederlo laddove abbia 12 anni o sia comunque in grado di comprendere i propri interessi (art 377g) La Corte può regolare l'accesso di propria iniziativa.

3.9 Fenomeno dell'Immigrazione

In Olanda nel 1992 più di 750000 persone erano straniere la popolazione olandese era di 15.24milioni. Oltretutto più del 10% della popolazione presente è di origine straniera. Il "Dutch Aliens Act" del 1965, modificato radicalmente nel 1993, stabilisce che chi voglia risiedere per un lungo tempo in Olanda debba acquisire uno status di residente.

Se pur la Convenzione Europea per la protezione dei diritti umani non comprenda il diritto di stabilirsi nel territorio della parte contraente essa influisce indirettamente nell'assegnazione o meno della residenza in merito al diritto a veder rispettata la vita familiare. Ricordando che questo articolo è self-executing nel diritto olandese, vediamo come il giudice olandese dovrà verificare se esista vita familiare nell'accezione prevista dall'art.8.

In merito la giurisprudenza olandese adotta un' ampia interpretazione della "vita familiare" ravvisandola anche nelle relazioni omosessuali.

E' necessario verificare se il rifiuto della residenza costituisca una effettiva interferenza con la vita familiare, come frequentemente la corte olandese è stata disposta ad ammettere. Si profila per l'Olanda un'obbligazione positiva affinché si impegni a rendere effettivamente possibile la vita familiare. E' secondo l'ottica della Convenzione Europea che si devono bilanciare i generali interessi della comunità e i fondamentali diritti individuali.

Il requisito della necessità implica una verifica della proporzione esistente tra l'interferenza ed una delle cause di giustificazione previste nel secondo paragrafo

dell'art.8. A tale pro rilevano l'intensità della vita familiare, la possibilità di esercitarla altrove ed i mezzi di sussistenza.

Nel 1993 un numero di regole politiche riguardante la questione dell'ammissione degli sposi stranieri, partners non sposati, figli ed altri membri cambiarono. Una distinzione può essere fatta tra "riunificazione familiare" e la "formazione familiare". Dal 1994 la maggior parte degli stranieri che intendano stabilirsi in Olanda per la riunificazione o formazione familiare necessitano della visa denominata "autorizzazione provvisoria di residenza".⁷¹

⁷¹ KOENS, *Family migration in the Netherlands* tratto da *Families across frontiers* Kluwer publication 1996.

Capitolo quarto

Influenza della Convenzione Europea dei Diritti Umani nell'ordinamento italiano

4.1 Introduzione

L'Italia ha da sempre mostrato una particolare attenzione per la tematica dei diritti umani, aderendo a tutti i principali accordi e trattati.

Conformemente a tali patti, l'Italia è tenuta a uniformare il proprio ordinamento giuridico ed a fornire informazioni tramite il Comitato Nazionale per i Diritti Umani istituito dal 1978, presso il Ministero degli affari esteri.

Compito di tale Comitato, costituito da tutti gli enti coinvolti nella promozione dei diritti umani, è quello di garantire una migliore osservanza di quegli obblighi assunti a livello internazionale.

In merito alla tutela dei diritti umani, l'Italia ha avuto anche un ruolo propulsivo: così all'inizio degli anni '70 sollecitò lo sviluppo dell'Alto Commissario, istituzione delle Nazioni Unite allora poco considerata.

Sempre dagli anni '70 si è distinta per l'impegno alla causa dell'abolizione della pena di morte proponendo un progetto poi adottato, nell'aprile del 1997, dalla Commissione dei diritti dell'uomo, organo delle Nazioni Unite.

Tale progetto si articolava in tre punti:

- Il completo rispetto dei relativi obblighi internazionali.
- L'eliminazione progressiva in tutti gli ordinamenti penali dei reati suscettibili di tale pena.
- La sospensione di tutte le esecuzioni alla luce della futura abolizione della pena di morte.

Si è poi particolarmente distinta anche nella sensibilizzazione per la situazione femminile.

E' stata anche fautrice di una risoluzione così, in merito alle violenze perpetrate alle donne Afgane da parte dei Taliban, ha richiesto la cessazione delle violenze e la predisposizione di un relatore speciale dell'Onu che potesse riferire periodicamente.

Dopo aver delineato sommariamente la posizione dell'Italia nella sfera internazionale della tutela dei diritti umani, è mia intenzione ora evidenziare l'influenza esercitata dalla Convenzione europea dei diritti umani nell'ambito del diritto di famiglia⁷².

⁷² TORELLA di ROMEGNANO, *Una prospettiva globale la politica italiana*, Riv.Intern, 1997, p.37

4.2 Le fonti del diritto di famiglia

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

Per quanto attiene ai principi mi riferisco a quelli enucleabili dalla:

- Costituzione della Repubblica italiana
- Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10 dicembre 1948)
- Dichiarazione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali (1950)
- Dichiarazione ONU 29 novembre 1985 (regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile)
- Convenzione ONU 29 novembre 1989. Diritti del fanciullo (ratificata e resa esecutiva con l.27 maggio 1991, n.176)

La disciplina offerta dai codici è invece data dal:

- Codice Civile libro primo delle persone e della famiglia
- R.D.30 marzo 1942, n.318. disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie
- Codice di procedura civile
- Codice penale

- Legge 24 novembre 1981, n.689. Modifiche al sistema penale
- Codice di procedura penale
- Giudice di pace:
 - l. 21 novembre 1991, n. 374. Istituzione del giudice di pace
 - L. 24 novembre 1999, n. 468
 - D.L.G. 28 agosto 2000, n.274. Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace.
 - D.M.26 marzo 2001. Norme per la determinazione delle modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità
 - D.M.6 aprile 2001, n.204. Regolamento di esecuzione

Infine, per quanto riguarda le norme di diritto internazionale ricordo la:

- Legge 31 maggio 1995, n.218. Riforma del diritto internazionale privato italiano
- Dichiarazione ONU 3 dicembre 1986. Principi sociali e giuridici relativi alla protezione ed al benessere dei minori con riferimento particolare all'affidamento familiare e all'adozione nazionale ed internazionale.
- Legge 15 gennaio 1994, n.64. Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea:
 - in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (Lussemburgo 1980)
 - sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori (L'Aja 1980)
 - in materia di protezione dei minori (L'Aja 1961)
 - in materia di rimpatrio dei minori (L'Aja 1970)
- Convenzione europea 25 gennaio 1996. Esercizio dei diritti del fanciulli
- Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (14 ottobre 2000)

4.3 Diritto privato internazionale

Il nuovo diritto internazionale privato ha preso l'avvio proprio dal diritto di famiglia. La Corte Costituzionale ha segnato un punto di rottura con il vecchio sistema allorchè nel 1987 abrogò le disposizioni delle preleggi lasciando così scoperte la disciplina dei rapporti personali tra coniugi e la disciplina dei rapporti tra genitori e figli.

Nel primo caso, venuta ormai meno la preminenza della legge del marito, si fa riferimento alla legge nazionale comune e altrimenti a quella dello Stato nel quale è prevalentemente svolta la vita matrimoniale (art.30-31).

Stessa soluzione è prevista poi nell'ipotesi della separazione e della scioglimento del matrimonio (art.31).

Da notare come la riforma abbia perso l'ottima occasione di disciplinare lo statuto del divorzio, ritenendo ingiustamente che le due norme in merito ai rapporti patrimoniali e personali dei coniugi fossero sufficienti.

Per quanto riguarda la filiazione, vige il criterio del favor per il minore, così la legge da applicare sarà quella del figlio al momento della nascita.

E' sempre in ossequio a tale favor che sono impostate le seguenti disposizioni.

L'art.33 al secondo comma considera legittimo il figlio ritenuto tale dalla legge dello stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio.

Così anche l'art.35, per cui il riconoscimento del figlio naturale è disciplinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, se questa è più favorevole.

L'art.36 disciplina l'ambito dei rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli applicando la legge nazionale del figlio.

Rammento infine l'art.37 che prevede la giurisdizione italiana anche quando uno dei genitori o il figlio sia cittadino italiano o risieda in Italia.⁷³

⁷³ BALLARINO, *Il nuovo diritto internazionale privato della famiglia*, Famiglia e diritto, N.5/1995, p.487

4.4 Convenzione europea dei diritti umani nell'ordinamento italiano

4.4.1 La conoscenza della Convenzione Europea dei diritti umani da parte degli operatori

La maggioranza dei ricorsi presentati contro lo stato italiano innanzi alla Corte Europea lamenta essenzialmente la violazione dell'art.6 della Convenzione, ovvero il diritto ad avere giustizia entro un congruo termine.

Da tale casistica emerge come gli avvocati italiani si avvalgano della Convenzione essenzialmente in un'unica fattispecie.

Invero, in ossequio alla regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, questa è l'accezione in cui meno rileva la conoscenza della Convenzione da parte degli operatori.

In questa ipotesi non si configura un rimedio effettivo, come inteso nell'accezione dell'art.26 della Convenzione (art.35 primo comma del testo novellato dal Protocollo n.1 del 1998)

La conoscenza della Convenzione da parte degli operatori è essenziale in tutti gli altri ambiti, il non averla invocata dinanzi ai giudici nazionali ne ostacolerà poi la tutela innanzi alla Corte europea.

E' quindi indispensabile, soprattutto se si vuole tutelare la riservatezza e il rispetto della vita familiare garantite dall'art.8 della Convenzione, che gli avvocati conoscano esattamente la modalità di interazione tra i due livelli, quello nazionale e quello europeo.

Situazione paradossale, è che la migliore conoscenza ed applicazione della Convenzione, sia andata in realtà a peggiorare la posizione dei ricorrenti.

In passato infatti, un'eccezione di mancato esaurimento delle vie interne avrebbe avuto ben poche possibilità, data la consapevolezza della mancata conoscenza ed applicazione da parte dei giudici italiani,.

Ben diversa sarà ora la situazione, in seguito ai progressi compiuti dalla giurisprudenza italiana.

4.4.2 Applicabilità diretta della Convenzione Europea dei diritti umani

Come premessa è opportuno ricordare la decisione *Tre Traktorer c. Svezia*⁷⁴ in cui la Commissione indica chiaramente che gli Stati non sono in alcun modo tenuti a mutare il diritto convenzionale in diritto nazionale, né tanto meno a garantire un particolare rango alla Convenzione.

A tale riguardo la situazione europea appare piuttosto eterogenea: in Paesi come il Regno Unito, l'Irlanda ed i Paesi nordici la Convenzione non fa parte del diritto interno; in Austria e Spagna essa ha rango costituzionale; in Italia ha invece valore di legge ordinaria.

Dopo anni di dibattiti dottrinali e giurisprudenziali si è finalmente accertato il carattere self-executing della Convenzione, superando così definitivamente l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione.

Punto di svolta a tale riguardo, è stata la decisione delle Sezioni Unite penali della Cassazione presa in merito al caso *Polo Castro*⁷⁵.

Con questa sentenza si afferma finalmente che i diritti sanciti dalla Convenzione sono direttamente invocabili dinanzi al giudice italiano.

Le Sezioni Unite hanno infatti affermato che:

“la precettività o meno delle norme della Convenzione consegue dal principio generalmente indicato come quello di adattamento del diritto internazionale convenzionale, e non per il diritto internazionale generale per cui opera l'art.10 della cost.”

Quando la norma convenzionale è completa nei suoi elementi essenziali, allora l'adozione interna sarà automatica.⁷⁶

Precedentemente, come testimonia la decisione del 20 gennaio 1987 n.4182, si affermava: “la non agibilità delle violazioni della Convenzione dinanzi ai giudici nazionali”, considerando le norme della Convenzione come pattizie e di contenuto esclusivamente programmatico e sottolineando come l'efficacia vincolante di tali norme fossero limitate alle Alte Parti contraenti e non ai relativi “sudditi”.

La Cassazione, a fondamento del carattere mediato delle norme convenzionali, sosteneva che la legittimazione dei cittadini era subordinata al previo esaurimento dei ricorsi interni e che il termine decadenziale era di sei mesi dalla decisione interna definitiva.

⁷⁴ Decisione della Commissione 10873/84, 10 ottobre 1985, D.R.44, p.246.

⁷⁵ cass.pen.sezioni unite, sentenza del 23 novembre 1988, Riv.Intern., 1992, p.26

⁷⁶ GRECO, *La Convenzione europea del 1950 è di immediata applicazione in Italia*, Diritti dell'uomo 1990-1991 p.35

Si è riconosciuta la complementarietà del livello nazionale ed internazionale invero chiaramente affermata dall'art.26 della Convenzione (ora art.35 in seguito al Protocollo n.11). L'articolo, prevedendo la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, delinea perfettamente il principio di sussidiarietà.

La sentenza *Polo Castro*, ha sì chiarito la questione della diretta applicabilità della, ma non quella riguardante lo *status*.

4.4.3 *Status giuridico della Convenzione Europea dei diritti umani nell'ordinamento italiano*

Vari sono gli orientamenti della dottrina circa lo status della Convenzione all'interno del nostro ordinamento.

La tesi più autorevole è quella che va ad attribuirle il rango di legge ordinaria, si accomuna così la Convenzione a tutti quei trattati internazionali immessi nell'ordinamento con legge ordinaria.

Altra tesi accreditata è quella che si basa sull'art.10 primo comma e va ad includere il principio *pacta sunt servanda* tra le norme internazionali generali.

La volontà di adattare l'ordinamento a tutti i patti stipulati dallo stato, attribuirebbe rango costituzionale ai trattati, rendendo superflui gli atti di adattamento ad hoc.⁷⁷

Il Berti ha attribuito all'art. 10 una funzione speciale, esso recependo dei principi universalmente accolti nella Comunità internazionale, permette dicolmare le lacune del nostro ordinamento. Secondo l'autore, sarebbe stata proprio l'integrazione dei diritti nazionali con questi atti di origine internazionale, a condurre ad un ordine giuridico universale dei diritti dell'uomo.⁷⁸

Altri insigni autori condividono tale interpretazione solo parzialmente, condividendo sì che i trattati sono inderogabili, ma ritenendo necessari degli specifici atti di adattamento.⁷⁹

Secondo un'altra impostazione dottrinale, sarebbe possibile riconoscere alla Convenzione un rilievo costituzionale in base all'art.11.

A riguardo, la Mori ha sostenuto che le norme della convenzione avrebbero “una funzione di parametro di legittimità costituzionale grazie al limite di rispetto imposto alla legislazione ordinaria dall'art.11 della costituzione”.

L'art.11 riconosce l'estrema importanza e peculiarità del sistema di tutela dei diritti umani nell'affermare che l'Italia “consente che, in condizione di parità con gli altri

⁷⁷ QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968, p 64-68

⁷⁸ BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 1990, p.191 ss

⁷⁹ QUADRI, *rilievi sull'adattamento automatico del diritto internazionale*, in “l'uguaglianza delle armi nel processo civile. Studi parmensi”, volXVIII, 1977 p.5 s

stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia per le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali dirette a tale scopo”.⁸⁰

Per il Corso le regole del Patto sui diritti civili e politici del 1966, diversamente da quelle presenti nella Convenzione del 1950, costituiscono:

“un complesso di norme del diritto internazionale generalmente riconosciute” e quindi sono soggette all’adattamento automatico ai sensi dell’art.10, anziché dell’art.11.⁸¹

Il Conforti ha sostenuto che le norme internazionali di origine convenzionale, pur non avendo una forza formale superiore al diritto nazionale, devono comunque essere considerate speciali. A fondamento si adduce il principio di specialità *sui generis*, differenziandolo così da quello *ratione materiae* o *ratione personae*.

La prevalenza della norma internazionale rispetto alle norme interne posteriori, si verrebbe così a giustificare in base a due tipi di volontà normativa.

In primo luogo, vi è la volontà che la disciplina di determinati rapporti sia conforme a quanto stabilito dalla norma convenzionale; in secondo luogo, vi è la volontà di rispettare gli impegni assunti reciprocamente sul piano internazionale.

Al ragionamento del Conforti consegue che, perchè una legge successiva possa prevalere sul trattato, entrambe le volontà debbano essere annullate.

Data tale specialità, non sarà quindi possibile abrogare o semplicemente modificare la norma di adattamento al trattato per mera incompatibilità con una legge successiva⁸².

Mi accingo a ricordare la sentenza del caso Medrano che, nel dibattito circa lo status della Convenzione, rappresenta una vera pietra miliare.

4.4.4 Il caso Medrano

Merito indiscusso della decisione Medrano fu il riconoscere alla Convenzione europea dei diritti umani una particolare forza di resistenza rispetto alle norme interne successive.

Il ricorrente, Juan Carlos Medrano, di nazionalità argentina viveva in Italia con sua moglie e suo figlio di quattro anni.

In seguito alla violazione di norme in materia di sostanze stupefacenti, gli veniva applicata una misura di sicurezza consistente nell’espulsione dallo Stato italiano.

⁸⁰ MORI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*. Giuffrè 1999, p.332

⁸¹ *Ordine pubblico (dir.pubblico)*, tratto da Enciclopedia del diritto xxx Milano 1980, p.1074

⁸² PUSTORINO, *Sull’applicabilità diretta e la prevalenza della convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*”, .Riv.Intern. 1995, p.34

Tale misura andava così a creare delle conseguenze drammatiche per il nucleo familiare ed in particolare per l'educazione del figlio.

Adita la Cassazione, questa annullò la decisione circa l'espulsione applicando l'art.8 e considerando tale norma prevalente rispetto alle norme nazionali confliggenti.

Secondo il ragionamento della Corte, la forza di resistenza conseguirebbe dall'art.2 della Costituzione che riconoscendo espressamente i diritti inviolabili dell'uomo attribuirebbe alle norme della Convenzione valore di

principi generali.

Tale ragionamento non sembra condivisibile per due motivi.

In primo luogo, il ricorso all'art.2 non permette l'immissione nell'ordinamento italiano di norme convenzionali di grado costituzionale o quasi-costituzionale, non sono infatti specificati quali siano i diritti della persona da ritenersi inviolabili.⁸³

In secondo luogo, è la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che confermato come le norme della Convenzione non abbiano rango costituzionale, specifica che tanto meno questo sarebbe possibile per mezzo dell'art.2 della costituzione.

La Costituzione riconosce infatti solo quei diritti inviolabili richiamati espressamente dalle norme costituzionali e da essi concretamente disciplinati.⁸⁴

La Corte di Cassazione attribuiva alle norme convenzionali natura di principi generali non solo basandosi sull'art.2 della Cost., ma anche sulla giurisprudenza della Corte comunitaria.

Ricordo a tal proposito che i trattati comunitari, non prevedono direttamente norme positive in merito alla protezione dei diritti dell'uomo.⁸⁵

La Corte di giustizia della comunità Europea ha specificato come i principi di diritto comunitario che tutelano i diritti dell'uomo debbano essere desunti dai principi giuridici espressi uniformemente dagli ordinamenti interni degli Stati Comunitari e da specifiche disposizioni della Convenzione Europea del 1950⁸⁶.

Non convince il ragionamento della Corte in merito all'interpretazione della corte di Cassazione, quando afferma che la disposizione dell'art.8 sarebbe stata comunitarizzata mediante l'applicazione operata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. E proprio come norma di diritto comunitario questa sarebbe superiore alle norme nazionali confliggenti.

La Corte di Cassazione ha così fatto propria l'interpretazione estensiva della Corte di Strasburgo, giungendo però ad applicare l'art.8 in un ambito, come quello d'espulsione di stranieri, che fuoriesce dalle materie regolate dal diritto comunitario. Oltretutto le norme comunitarie qui neppure rilevano trattandosi di un soggetto extracomunitario.⁸⁷

4.5 Effetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

⁸³ RAIMONDI, *Un nuovo status nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1997, p.446

⁸⁴ sentenza del 1 agosto 1979 n.98 in Giur.Cost.1979,I,p.719; sentenza del 10 ottobre 1979 n.125,p.852; sentenza del 22 dicembre 1980 n.180 in Riv.Dir.Intern.1981,p.672

⁸⁵ POCAR, *Diritto delle Comunità europee*, Milano 1991, p.305

⁸⁶ sentenza del 10 luglio 1984, causa 63/83, nel caso Regina/ Kirk, in Racc.,p.1682; sentenza del 18 giugno 1991, causa 260/89, nel caso ERT, in Racc.,I, p.2964.

⁸⁷ ALKEMA, *The EC and the European Convention of human rights-Immunity and impunity for the Community?* Common Law Review, 1979, p.506-508

nel nostro ordinamento. Ipotesi di inadempienza amministrativa

La Convenzione ha predisposto a livello internazionale un severo controllo circa la corretta esecuzione delle sentenze.

Organo competente a tale riguardo è il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, le cui funzioni sono state notevolmente modificate dal Protocollo n.11, andando ad eliminare tutte i compiti decisionali in merito alla Convenzione, ma salvaguardandone quello di supervisore, così come previsto dagli art.32 e 54 della Convenzione (art.46 del testo novellato).

Si delinea così un meccanismo di tutela assai efficace e peculiare rispetto ad altri contesti dove pur si è realizzata una maggiore integrazione tra stati.

Secondo il vecchio art.53, ora art.41 del testo novellato, gli Stati contraenti, in merito alle controversie di cui essi sono parti, si impegnano a conformarsi alle decisioni della Corte.

Non si delinea un obbligo per gli Stati contraenti di effettuare una revisione delle loro decisioni giudiziarie, questo se pur taluni vi provvengono spontaneamente. Se il diritto interno non permette di sanare le conseguenze della violazione, al ricorrente sarà concesso un risarcimento, il più delle volte pecuniario.

Nel caso in cui l'amministrazione italiana si rifiutasse di pagare, facile sarebbe ricomprendere la sentenza della Corte di Strasburgo tra quegli atti che costituiscono titolo esecutivo in base all'art.414 cod. proc. civ. o considerarla come prova scritta di un credito ai sensi dell'art.633 cod.proc.civ. e farne quindi discendere l'emissione di un decreto ingiuntivo.⁸⁸

4.6 Convivenza di fatto

In Italia, secondo un 'indagine ISTAT del 1999, le famiglie di fatto sarebbero circa 340000, di cui un'altissima percentuale presente al nord.⁸⁹

Della convivenza *more uxorio* possiamo dire che essa “ si concreta in quella consuetudine di vita comune fra due persone di sesso diverso, che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco delle persone analogo, per contenuto e forma, a quella normalmente nascente dal vincolo coniugale e che abbia altresì, il requisito oggettivo della notorietà esterna del rapporto stesso quale rapporto coniugale inteso

⁸⁸RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Riv.Intern., 1998, p.24

⁸⁹ ISTAT, *Rapporto sull'Italia*. Il Mulino, Bologna, 1999, p.94 ss. Secondo l'Eurispes i figli nati dalle unioni di fatto sono passati dal 9,6 % nel 1999 al 24, 3 % (*Corriere della Sera* del 29 gennaio 2000, p.15)

non in senso assoluto, ma in relazione alle condizioni sociali e al cerchio di relazioni tra conviventi, anche se sempre con un certo carattere di stabilità”.⁹⁰

Questo è almeno la definizione maggiormente accolta dalla Cassazione, che richiede appunto i due elementi: quello oggettivo, dato dalla notorietà, e quello soggettivo, dato invece dall’analogia del rapporto a quello legittimo.

Come si desume da una sentenza della Cassazione del 1964⁹¹ la notorietà è un’elemento relativo mutabile in base alle condizioni sociali ed alle abitudini di vita. Elemento fondamentale da provare nella relazione è la mutua assistenza sia materiale che morale oltre che una certa stabilità.

A tal fine non sono sufficienti, come testimonia la sentenza della Cassazione del 1994⁹², né le dichiarazioni degli interessati in relazione ad un atto di notorietà, né quelle rese alla pubblica amministrazione a fini anagrafici.

La convivenza dovrà avere le caratteristiche della “continuità e della serietà dell’impegno” e l’elemento dell’affectio non si può desumere basandosi esclusivamente sulla coabitazione, potendosi desumere anche dall’interrogatorio libero delle parti ex art.117 c.p.c”.

- **Normativa**

Chi è favorevole ad un pieno riconoscimento giuridico della famiglia di fatto adduce principalmente l’art.3 e dell’art.2 della Cost., intendendo la famiglia come “luogo-comunità”, ovvero come formazione sociale dove cresce e si sviluppa l’individuo.

E’ alla luce di tali riflessioni che appare legittima l’applicazione analogica delle norme dedicate alla famiglia legittima.

Del resto, una sola previsione è riferibile direttamente alla famiglia di fatto: l’art.317-bis, norma ispirata all’esigenza di garantire una tutela piena per i figli naturali che non si limita a disciplinare i rapporti tra genitori e figli ma anche quelli tra conviventi assoggettandoli alla regola dell’accordo per le decisioni circa i figli.

Ne rimangono quindi esclusi i rapporti personali e patrimoniali che i conviventi hanno tra loro, e quelli che hanno con terzi.

E’ grazie alla dottrina ed alla giurisprudenza che si sono andati a risolvere molti dei quesiti sorti circa la famiglia di fatto, sono infatti ben poche altre le norme che, direttamente o indirettamente, si riferiscono alla famiglia di fatto.

Oltre al già citato art. 317-bis, ricordo: l’art. 324 c.c. per cui i genitori esercenti la patria potestà hanno in comune l’usufrutto legale sui beni del figlio; l’art.148 c.c. circa il concorso dei genitori negli onori della famiglia; l’art.1 della l.29-6-1975, n.405 in merito all’istituzione dei consultori familiari indica tra gli aventi diritto

⁹⁰ CALO’, *Le convivenze registrate in Europa*. Giuffrè editore. p.10

⁹¹ Cass. 24 aprile 1964, n.1000, in *Giust. Civ.*, Mass., 1964, 446.

⁹² Cass. 28 marzo 1994, in *Resp. Civ. Prev.*, 1995, p.564.

all'assistenza singoli, famiglie e coppie. Infine l'art.5 della l.22-5-1978 n. 194 circa la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza ammette la partecipazione alla procedura della persona indicata come padre del concepito.

Se pur tali norme siano un importante riferimento normativo per la famiglia di fatto, esse ancora non permettono di delineare un quadro organico d'insieme.

Da esaminare sono poi le varie convenzioni prospettate tra conviventi more uxorio.

In realtà l'ordinamento non consente propriamente la stipula fondata sul riconoscimento delle famiglie di fatto, ma è andata a creare degli schemi convenzionali idonei.

Costituiscono problematiche di queste convenzioni di convivenza la precarietà causale e la rilevanza minima attribuita dal nostro ordinamento all'autonomia privata. A tal proposito ricordo quanto giustamente è stato affermato cioè che:

“le differenze non possono divenire giuridicamente rilevanti senza il consenso dell'interessato”⁹³.

Il legislatore è quindi chiamato a studiare un equipollente italiano del “*Living together agreement*” ovvero una convenzione che permetta di stabilire la titolarità dei beni anche nell'eventualità di scioglimento della convivenza.

Passo ora ad esaminare gli effetti delle convivenze registrate straniere.

Premetto innanzitutto che le norme italiane di diritto privato internazionale non vanno espressamente a prevedere la convivenza more uxorio né tanto meno le partnership registrate.

E' innanzitutto da stabilire se tali partnership siano da inquadrare nell'ambito dei contratti o in quello del matrimonio. Nell'escludere quest'ultima riporto due motivazioni, a mio parere estremamente decisive.

In primo luogo, si avrebbe una sovrapposizione tra partnership registrata e matrimonio, andando pertanto ad ammettere delle eventuali situazioni di poligamia sostanziale.

In secondo luogo, la causa del negozio non è di natura patrimoniale, ma basata essenzialmente sull'affectio.

Accertato questo occorre vedere la concreta situazione per il cittadino italiano.

In base all'art.27 della legge 31 maggio 1995, n.218 recante riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato italiano, è la legge nazionale di ciascuno al momento del matrimonio a regolare la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio.

⁹³ ALPA, *Status e capacità*, Giuffrè, 1994, p.206

L'applicazione analogica dell'articolo preclude non solo la partecipazione di cittadini italiani a partnership registrate con persone dello stesso sesso, ma anche tra eterosessuali, qualora entrambi siano di cittadinanza italiana.

Questo alla luce dell'art.30 della legge 218/1995 per cui la scelta della legge applicabile è possibile solo per i rapporti patrimoniali e non per quelli personali.

Altro sarà il caso di una coppia formata da una italiana ed un francese la cui vita di coppia si può prevalentemente localizzare in Francia.

Qui, alla luce degli art.29 e 30 legge 218/1995 per cui può essere applicata una legge diversa da quella italiana, vedremo come la partnership registrata potrà essere valida.⁹⁴

Infine, è da rammentare che il parlamento Europeo ha approvato la risoluzione con cui si vanno finalmente a condannare le discriminazioni esistenti contro gli omosessuali auspicando il riconoscimento giuridico delle "unioni" di omosessuali da parte degli stati Membri⁹⁵.

Sono ben pochi i comuni che hanno seguito tale risoluzione attivandosi per il registro delle "unioni civili" a fini anagrafici, o per altri come l'assegnazione di alloggi popolari.⁹⁶

• **Giurisprudenza**

La stessa giurisprudenza sembra molto cauta circa la problematica posta dalla realtà delle convivenze di fatto.

Le pronunce favorevoli ai conviventi sono poche ed soprattutto recenti.

Così la sentenza che ha ammesso un risarcimento del danno al convivente more uxorio con l'ucciso⁹⁷; così le pronunce circa l'estensione dei benefici assicurativi⁹⁸; e così le pronunce che considerano valide quelle intestazioni di immobili, intese come corresponsione di un'entità patrimoniale compensative del lavoro prestato⁹⁹.

Dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, emerge ben netta la differenza tra famiglia di fatto e famiglia legittima, quest'ultima privilegiata sulla base dell'art.29 della cost.

Quelle rare volte che la Corte ha riconosciuto la famiglia di fatto, lo ha fatto alla luce di altri e vari interessi in gioco come può essere la protezione dei figli o il diritto all'abitazione.

⁹⁴ CALO', *Le convivenze registrate in Europa...*, cit., p.59

⁹⁵ comm. Critico di Schlesinger in *Corr. Giur.*, 1994, p.393

⁹⁶ ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p.411

⁹⁷ Trib. Genova 17-12-1979 in *Dir. Fam.pers.* 1981, p.159

⁹⁸ Trib. Verona 3-12-1980, in *Resp.civ.prev.*, 1981, p.74

⁹⁹ Trib. Bari, 21-1-1997, in *Giur.it.*, 1978, I, 2, c.254

E' a tal proposito che ricordo la sentenza del 1988¹⁰⁰ con cui la corte affermò l'illegittimità di quella norma che non va a prevedere la possibilità di successione nel contratto di locazione qualora la convivenza sia cessata.

Anche in questo caso la corte non osa affermare un'equiparazione di trattamento tra le due tipologie di famiglia, andando anzi ad affermare che l'istaurazione di diritti e doveri tra i partners di una convivenza di fatto "contraddirebbe la stessa natura della convivenza, che è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci".

4.7 Filiazione

La Convenzione europea dei diritti umani ha evidentemente ispirato la l.19.5.1975, n.151. Oltre che per il principio di uguaglianza, la parificazione dei figli naturali e legittimi è da garantire anche alla luce di quel rispetto di vita familiare, menzionato all'art.8 della Convenzione.

E' vita familiare anche quella che si instaura tra figli, genitori e parenti naturali e lo stato ne ha un obbligo sia di tutela che di promozione.

La filiazione legittima se pur abbia visto traballare la sua storica centralità in armonia con l'evoluzione dei costumi sociali e con l'affermarsi delle nuove tecniche riproduttive, non sembra aver completamente recepito gli influssi delle mutate condizioni e dei principi della Carta Costituzionale.

Punto di partenza della parificazione tra filiazione naturale e legittima è l'art.30 se pur varie siano state le pronunce volte a sminuirne la portata¹⁰¹.

Il mutamento della disciplina è da valutare alla luce della minore considerazione per il favor legitimitatis e di una maggiore ricerca di una corrispondenza tra verità giuridica e verità naturale¹⁰².

Ancora oggi comunque, il favor veritatis non ha trovato piena attuazione, si continua a prediligere la filiazione originata da una famiglia che sia fondata sul matrimonio.

Tra filiazione naturale e legittima esiste ancora una profonda distinzione sia sostanziale che formale.

¹⁰⁰ Corte cost. 7-4-1988, n.404

¹⁰¹ AZZARITI, *Dichiarazioni Costituzionali e riforme legislative in tema di filiazione illegittima*, in Riv.trim.dir.e proc.civ.,1952, p.827 ss. In merito all'art. 30 la Cass.ritiene che da esso " se può desumersi un certo favore per i figli illegittimi, come principio generico e programmatico, non è lecito arguire alcuna parità di trattamento, fra chi è nato in costanza di matrimonio e chi è nato fuori" conclude poi " al costituente, non solo non ha inteso derogare all'ordinamento giuridico vigente in tema di tutela degli illegittimi in rapporto ai figli nati in costanza del matrimonio, ma si è espressamente richiamato ad esso".

¹⁰² BUCCIANTE, *Filiazione*,II, filiazione legittima, EGI,XIV, Roma,1989, 1 s

Dal punto di vista formale, la filiazione legittima e quella naturale vengono trattate in capi distinti e la tecnica utilizzata nel disciplinare il rapporto è tendenzialmente quella dell'equiparazione (art.261, 317 bis). Questo nonostante, la dottrina abbia più volte suggerito di ricondurre la filiazione ad un unico status.

Nella filiazione naturale la regola per cui tutti i figli, per effetto dell'accertamento di status, abbiano gli stessi diritti nei confronti dei genitori non viene sancita formalmente come accade invece per la filiazione adottiva (art.27, l.n.184 del 1983).

Dal punto di vista sostanziale, la condizione dei figli non è completamente equiparata per quanto riguarda sia l'inserimento nella famiglia legittima del figlio riconosciuto in costanza di matrimonio (art.252 c.c) che la disciplina del cognome (art.263) o di quella successoria (c.d. diritto di commutazione art.537).

Se pur la disciplina ispirata al favor veritatis abbia consentito maggiori possibilità circa l'accertamento della reale paternità e maternità¹⁰³, il

¹⁰³ Volto a ridimensionare la portata della riforma del '75 è il DE CUPIS *Della filiazione legittima*, cit.4, quando afferma che sebbene le presunzioni legali costituiscano un regime di verità legale per la filiazione legittima, soltanto nel limite in cui si realizza una prevalenza della pressione delle esigenze proprie della filiazione naturale si realizza una flessione del *favor legitimitatis*.

maggiore ostacolo alla completa equiparazione è dato dall'accertamento di stato che nella filiazione legittima è automatica conseguenza della denuncia di nascita e della formazione dell'atto di nascita, mentre nella filiazione naturale discende dal riconoscimento o dalla dichiarazione giudiziale.

Il legislatore considera la condizione del figlio naturale originata non dalla nascita, ma dell'atto di riconoscimento, laddove quella di figlio legittimo si basa su un sistema di presunzioni, quella di paternità e di concepimento in costanza di matrimonio (art. 322, I comma, c.c.).

Inutile negare che tali differenze vadano a permanere in ossequio alla volontà di tutelare i valori spirituali di unità della famiglia legittima (art. 252, 537).

Per meglio dimostrare come l'equiparazione tra le due fattispecie sia ancora un'utopia riporto una recente sentenza della Corte Costituzionale.

4.7.1 Sentenza della Corte Costituzionale n. 532

La Corte il 23 novembre 2000¹⁰⁴ dichiarò non fondata la questione di legittimità dell'art. 565 c.c., alla luce degli art. 3, 29, comma 1 e 30, comma 3, cost. nella parte in cui tale norma mancando altri successibili chiamati all'eredità non prevede la successione legittima dei c.d. parenti naturali di grado corrispondente al quarto.

Se pur in passato la Corte di appello di Roma considerò non manifestamente fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 565 c.c., con questa decisione la Corte Costituzionale va a negarla.

La Corte contesta la violazione dell'art. 3 della cost., in base ad una giustificazione non troppo soddisfacente.

Afferma sì che: "il nostro legislatore resta libero di disciplinare la successione legittima facendo uso della sua discrezionalità", ma l'esclusione dei parenti naturali dalla successione sembra fondarsi esclusivamente sulla loro "naturalità".

Ancora meno comprensibile è la riflessione della Corte quando afferma che:

"sol che si consideri la differenza che c'è tra la situazione delle persone tra le quali esiste un rapporto di consanguineità e quella in cui i soggetti sono legati anche dal vincolo di una vera e propria parentela".

Sembra che i parenti naturali non siano parenti, e questo nonostante l'art. 74 del codice civile reciti che :

"la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite".

¹⁰⁴ Corte cost. 23 novembre 2000 n. 532. *Giust. Civ.* 3 marzo 2001

La Corte Costituzionale mostra così di aderire a quella parte della dottrina che nega il riconoscimento giuridico alla convivenza di fatto, andando a penalizzare i figli naturali quale sanzione per la colpa dei genitori ad essersi uniti liberamente.

La Corte assume un atteggiamento contraddittorio.

In passato, essa aveva sancito l'incostituzionalità della norma sulla successione legittima circa la mancata previsione della successione dei fratelli naturali, pur trattandosi questa di un'ammissione anomala che li aveva posposti a tutti i parenti legittimi.

In questa decisione invece, la corte sostiene che:

“la remota consanguineità degli altri parenti non può essere posta sullo stesso piano dei fratelli naturali.”

Se pur sembri ormai chiaro che il rapporto di consanguineità costituisca titolo per la successione, la Corte ha la pretesa di operare una distinzione tra parenti più o meno stretti.

Infine la Corte arriva a negare la violazione dell'art.30 della costituzione baluardo del principio di tutela dei figli nati fuori il matrimonio. genitore non trovano riferimenti nella Carta fondamentale”.

Attenendosi al dettato della costituzione si deduce invero che in tal modo la posizione giuridica dei figli naturali sarebbe violata.

Concludendo, appare chiaro che il problema posto vada ben oltre la semplice discriminazione dei parenti naturali.

Vera e propria discriminazione è quella sancita a carico dei figli naturali, difatti sancendo una deteriore condizione giuridica della persona a causa della sua nascita, ovvero a causa di fatti altrui si giunge a ledere il principio di eguaglianza.¹⁰⁵

Del resto come già visto tale deteriore posizione, non attiene solamente al profilo successorio, ma va a coinvolgere anche altri interessi sociali meritevoli di tutela.¹⁰⁶

4.7.2 Azione di disconoscimento di paternità

Come testimonia la disciplina attuale in merito all'azione di disconoscimento, diretta a vincere la presunzione di paternità (art.231 c.c.), non è ancora stata data piena attuazione al principio del favor veritatis.

In primo luogo, non si ritiene sufficiente la prova che il marito non sia padre biologico; in secondo, tale azione è prevista solo in ipotesi tassative: mancata coabitazione, impotenza del marito, adulterio della moglie, celamento della

¹⁰⁵ BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia*, p.85

¹⁰⁶ BIANCA, *Giust.Civ.* III marzo 2001

gravidanza e della nascita. Solamente in queste due ultime ipotesi l'attore potrà servirsi di prove genetiche o di sangue.

L'art.244 stabilisce che i termini per la presentazione dell'azione sono di sei mesi per la madre dalla nascita del figlio e di un anno per il padre dal giorno:

- della nascita del figlio se al tempo di questa si trovava nel luogo dove è nato il figlio
- del suo ritorno nel luogo dove è nato il figlio o in cui è la residenza familiare, se ne era lontano
- in cui ha avuto notizia della nascita del figlio, se prova di non aver avuto notizia della nascita in tali giorni

Come deciso dalla Corte Costituzionale a queste ipotesi sono da aggiungere altre eventualità. A tal proposito la sentenza n.134 del 6 maggio, in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.244 nella parte in cui prevede che il termine per il marito decorra da quando è venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie.

Con sentenza più recente la Corte ha applicato tale principio anche nell'ipotesi di impotenza a generare del marito.

La Corte cerca così di ristabilire la giusta corrispondenza tra certezza formale e verità naturale mirando a superare la tradizionale impostazione che preferiva il favor legitimitatis¹⁰⁷. La ricerca della verità biologica può sacrificare la posizione familiare, affettiva del figlio ritenuto fino al tal momento legittimo, ma come la Corte osserva:

“la sofferenza del figlio legittimo consapevole dell'apparenza solo formale del proprio status, contro la quale nessuno dei soggetti legittimati abbia reagito, non è meno grave e profonda rispetto a quella di chi sia posto innanzi alla verità della procreazione”.

Più in armonia con il favor veritatis risulta la nuova formulazione dell'art.248 che non prevede più l'azione di contestazione di legittimità in ipotesi tassative.

Da rammentare che, differentemente dall'altra questa azione è volta a contrastare degli elementi certi quali lo stato di legittimità, il matrimonio, la nascita della madre.

4.7.3 Riconoscimento

L'accertamento della filiazione naturale dipende o da un atto discrezionale e volontario quale il riconoscimento o da una pronuncia del giudice.

Il riconoscimento non è ammissibile quando sia in contrasto con lo stato di figlio legittimo(art.253) o naturale e quando il genitore abbia meno di sedici anni.

Esiste anche un divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, retaggio di una concezione che mira a sanzionare i figli per un comportamento tenuto

¹⁰⁷ PUOTI, *Il favor veritatis nel disconoscimento di paternità*I, tratto da *diritti dell'uomo, cronache e battaglie*.1999, p.65

in realtà dai genitori. La riforma del '75 ha perso l'ottima occasione di ammettere il riconoscimento in tali ipotesi, così come ha invece fatto per i figli adulterini, ammettendo che il riconoscimento del figlio, concepito durante il matrimonio, possa essere fatto non solo dal padre, ma anche dalla madre.

A ciò non si frappono certo la presunzione di paternità (art.232), che opera quando vi è un atto di nascita di figlio legittimo, e non per il semplice fatto della nascita da donna coniugata.

Se il figlio ha compiuto 16 anni, il suo riconoscimento non produce effetto senza il suo assenso, mentre quello del figlio minore di sedici anni non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento. Il consenso non può essere rifiutato qualora risponda all'interesse del figlio.¹⁰⁸

Qualora poi il genitore che deve prestare il consenso abbia un atteggiamento ostruzionistico, non dandolo, ma nemmeno negandolo in modo da permettere la procedura prevista dall'art.250, IV comma, l'altro genitore potrà fargli assegnare giudizialmente un termine entro cui consentire o rifiutare.¹⁰⁹

Nell'ipotesi di sostituzione del consenso, si rende necessaria l'autorizzazione da parte del Tribunale dei Minorenni, tenendo in mente che non si deve esprimere una valutazione della figura del genitore, bensì del concreto interesse del minore, ovvero della sua reale "convenienza".

Riporto la sentenza della Corte Costituzionale del 19 gennaio 1987¹¹⁰ per cui l'art.250 attribuisce al genitore che abbia già riconosciuto il figlio il diritto di opporsi all'analogo atto dell'altro genitore in virtù del principio di priorità.

La Corte ritiene sì che la disparità di trattamento non è giustificabile in base ad un mero criterio di successione temporale, ma conclude poi che questo è un problema non di sua competenza, bensì del legislatore. Auspica un trattamento diverso che dia parità ai due genitori, assoggettandoli ad una autorizzazione giudiziale che controlli l'idoneità del primo riconoscimento come del secondo. L'intervento giudiziale sarà pertanto un controllo sul riconoscimento tardivo e non sul grande potere attribuito al genitore che per primo lo ha riconosciuto.

Concludendo, rammento che la Corte di Cassazione ha talvolta privilegiato il diritto dei genitori su quello del minore, andandolo a definire definendo come "diritto soggettivo primario della personalità" espressamente riconosciuto dalla Costituzione. Si sottintende così che esso possa essere sacrificato solo "in presenza di un fatto impeditivo di importanza proporzionata al suo valore".

¹⁰⁸ ALPA, *Istituzioni di diritto privato*. Utet 1997, p.58

¹⁰⁹ In merito si veda :CARRARO, in *Commentario* Cian-Oppo-Trabucchi p.105, secondo cui il rifiuto all'assenso è giuridicamente irrilevante.

¹¹⁰ Corte Costituzionale 19 gennaio n.8. *Dir.Fam.pers.* 1987,531

Non considero corretta tale impostazione, essa tende infatti a ridurre l'interesse del figlio all'assenza di gravi traumi psico-fisici, ritornando così a considerare la potestà come un diritto soggettivo dei genitori.

Infine, in merito all'eventualità che il genitore tenuto a prestare il consenso sia morto o impedito, si pone il problema se egli possa o meno riconoscere validamente il figlio naturale. La prevalente dottrina vuole che il consenso sia prestato dal tutore.

4.7.4 *Dichiarazione giudiziale di paternità*

La legge di riforma del '75 ha introdotto una grossa novità: stabilendo che, qualora il riconoscimento sia ammissibile, possano essere giudizialmente dichiarate sia la paternità che la maternità naturale, ha equiparato le due fattispecie.

L'ambito di esperibilità dell'accertamento giudiziale si è così ampliato, escludendo tale ipotesi solo per i figli incestuosi nati da genitori in mala fede e solo quando il riconoscimento contrasti con lo stato di figlio legittimo, legittimato o naturale.

In tutti gli altri casi la dichiarazione giudiziale è sempre ammessa e la prova può essere data con ogni mezzo (art.269 secondo comma).¹¹¹

La legge non richiede la convivenza more uxorio quale requisito e non ritiene sufficiente quale prova della paternità la semplice "esistenza di rapporti tra la madre e il padre presunto all'epoca del concepimento", né la sola "dichiarazione della madre". Tali circostanze dovranno essere integrate da ulteriori elementi.

L'art.269 non evidenzia la componente volitiva, così la dichiarazione giudiziale sarà ammissibile anche se il padre non voleva. Secondo la giurisprudenza nella procreazione naturale, la paternità è una conseguenza giuridica della procreazione essendo del tutto irrilevante la volontà di far nascere il figlio.

Per quanto attiene poi le prove ematologiche e genetiche il giudice non è tenuto ad ammetterle, ha discrezionalità in merito alla decisione di prescindere o meno.

L'art.273 c.2 richiede il consenso del figlio " per promuovere o proseguire l'azione se egli ha compiuto l'età di sedici anni".

In seguito alla riforma del diritto privato internazionale, la Corte di Cassazione offre un'interpretazione dell'art.17 delle preleggi per cui quando genitore e figlio abbiano nazionalità diversa, la dichiarazione giudiziale di paternità richiede che si applichino congiuntamente entrambe le normative. Non può comunque essere applicata quella legge straniera i cui effetti siano dichiarati contrari all'ordine pubblico.

A tal proposito, ricordo la sentenza della Cassazione num. 7447 del 7 luglio 1993¹¹² che affermò la contrarietà della norma inglese all'ordine pubblico nell'escludere che

¹¹² Cass. Sez.un, 7 luglio 1993, n.7447, *Dir.Fam.Pers.*, 1994,134

il figlio, divenuto maggiorenne, potesse far valere il suo diritto allo stato di figlio naturale. Il ricorrente denunciava tra l'altro la violazione dell'art.31 delle preleggi in relazione all'art.1, 8 e 16 n.3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 e all'art.6 e 8 della Convenzione Europea del 4 novembre del 1950 affermando che esse sancivano dei principi incompatibili con il divieto espresso dalla legge inglese. Attenendo ai diritti fondamentali dell'uomo, un figlio dovrebbe avere la possibilità di far valere un diritto così essenziale come quello che attiene al suo status.

4.7.5 *La potestà dei genitori*

In seguito alla riforma del '75 la potestà dei genitori ha sostituito la patria potestà, la quale in base all'art.316 spetta ed è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori. Alla luce dei principi della Convenzione, tale potestà non è un "potere assoluto", ma deve valorizzare la personalità del minore¹¹³

Nell'ipotesi di separazione tra coniugi, l'art.155 stabilisce che il coniuge affidatario abbia l'esercizio esclusivo della potestà, ma le maggiori decisioni dovranno essere adottate da entrambi.

L'esercizio della potestà sul figlio naturale è regolato dall'art.317-bis: se i genitori convivono, l'esercizio della potestà segue le stesse regole previste per i coniugi dall'art.316. La potestà sarà esercitata congiuntamente e le decisioni saranno prese di comune accordo purchè nell'interesse dei figli.

La riforma garantisce così l'uguaglianza non solo nei rapporti reciproci tra i genitori, ma anche in quelli tra genitori coniugati e genitori conviventi non coniugati.

Come meglio mostrerò in seguito, l'articolo in questione ha il merito di dare una rilevanza giuridica alla famiglia di fatto, dando una valenza maggiore alla realtà degli affetti che ai vincoli formali.

Nel caso di rottura del rapporto di convivenza, l'ipotesi di affidamento non è prevista espressamente, anche se l'art.317-bis provvede a dare indicazioni in tal senso: la potestà spetta al genitore con cui il figlio convive; se poi egli non conviva con alcuno dei due, la potestà spetterà al primo che ne ha effettuato il riconoscimento. Il giudice potrà sempre disporre in diverso modo.

¹¹³ GALGANO, *Diritto privato*, Cedam.2001, p.62

4.8 Funzione di stimolo della Convenzione.

Proposta di legge n.66 “Nuove norme in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli”

Mia intenzione nei prossimi paragrafi sarà quella di mostrare quale funzione di stimolo stia esercitando ancora ora, dopo più di 50 anni, la Convenzione Europea. Come visto, la stessa riforma del '75 ha subito un forte stimolo da parte dei principi della convenzione.

Altro esempio della funzione di stimolo esercitata dalla Convenzione europea è dato dalla proposta di legge n.66 intitolata “Nuove norme in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli”¹¹⁴

L'art.8 della Convenzione con la volontà di tutelare il rispetto della persona nella sua vita familiare e privata costituisce una pietra miliare per tutte le convenzioni posteriori così come quella del 25 gennaio 1996 circa i diritti dell'infanzia. In accordo ad essa, i vari Paesi europei si stanno impegnando a realizzare effettivamente una forma di affidamento condiviso tra i due genitori.

Che quello delle separazioni sia un fenomeno rilevante lo si può ben dedurre dalle indagini ISTAT: nel 1998 il tasso annuo di separazione ha oscillato attorno al 25 per cento e i figli minori dei genitori separati sono ben oltre un milione.

L'ipotesi di affidamento alla madre ricopre il 90,9 per cento dei casi, quindi la quasi totalità del fenomeno se si vanno ad escludere ipotesi eccezionali quali uso di droga, alcolismo, malattie mentali o mancata richiesta di affidamento da parte materna.

La “dottrina della tenera età”, secondo cui i figli piccoli dovrebbero poter continuare la propria relazione con la madre, è stata la giustificazione addotta ad un fenomeno tale. In realtà come i dati mostrano i figli di 17 anni sono affidati alla madre nell'88,1 per cento dei casi.

L'affidamento ad un solo coniuge è molto lontano dal privilegiare l'interesse del minore, per fare un esempio la possibilità di accesso per il genitore non affidatario è limitata a rare occasioni, generalmente il fine settimana. Ritengo che così, se pur “in modo formalmente legittimo”, si vada a violare la loro vita familiare creandosi una frattura nel rapporto tra genitore figlio. Considerato che nell'ipotesi di scioglimento del matrimonio la vita familiare non cessa, almeno nei riguardi del rapporto tra genitori e figli, il governo è tenuto a salvaguardare tale relazione.

E' questa la finalità che si propone l'affidamento congiunto, istituto introdotto con la legge n.151 del 1975 e presentato come una soluzione alla “deleteria divisione del quotidiano e genitori del tempo libero”¹¹⁵. L'Italia ha conosciuto tale istituto ben prima di altri Paesi Europei, anche se la sua applicazione pratica è stata di poco

¹¹⁴ presentata il 30 maggio 2001 dall'onorevole Tarditi.

¹¹⁵ discorso del senatore della Repubblica Lipari nella presentazione dell'affidamento congiunto

rilievo. Solo recentemente si è avuto un incremento di casi di applicazione, pur rimanendo un fenomeno piuttosto irrisorio (nel 1998 solo un 3,9 per cento).

La motivazione addotta dalla dottrina consiste nella opportunità di proteggere il minore in un “unico” nido¹¹⁶, trascurando che una educazione ricca di una pluralità di idee è sicuramente migliore e che la soluzione monogenitoriale è spesso la causa e non la conseguenza della conflittualità.¹¹⁷

La proposta di legge considera positivo per il minore confrontare più opinioni e scelte di vita, andando così a contrastare l’“unicità del modello educativo”. Le differenze ideologiche vanno caricate di valenze positive e l’intervento nella vita del figlio da parte del genitore non affidatario non è un “indebita ingerenza”. Il diritto del minore alla bigenitorialità è il nucleo della nuova normativa, da ciò ne consegue la necessità di adeguamento di nuove tecniche di sanzione per tutti quei comportamenti che tendano a pregiudicare l’altro genitore.

Si sostituisce il termine di “affidamento congiunto” con quello di “affidamento condiviso”, evitando quindi quelle interpretazioni giurisprudenziali che richiedono il consenso contemporaneo di entrambi i genitori per qualsiasi questione, se pur di minimo rilievo.

La giurisprudenza ha inoltre stabilito dei “prerequisiti” all’applicazione dell’affidamento congiunto, quali: l’età elevata dei figli, la vicinanza delle abitazioni. Ha così contribuito al fallimento della sua applicazione.

La proposta di legge va quindi a ridurre il lavoro compiuto dalla magistratura semplificando le procedure, riducendo i tempi e dando così una possibile alternativa effettiva all’affidamento “tradizionale”.

Nel fare questo si vanno a trasferire ad appositi centri tutte quelle funzioni non giuridiche quali il tentativo di riconciliazione e l’individuazione della migliore ipotesi di assetto familiare.

Il giudice nel prendere la sua decisione deve rispettare i ruoli di entrambi i genitori ed andare ad ideare un nuovo sistema di vita familiare, che tenga conto non delle scadenze temporali, ma degli specifici momenti di vita così come accade nelle famiglie unite. Si vuole così garantire la naturale prosecuzione di quella situazione anteriore alla separazione.

Infine, nella decisione il giudice dovrà evitare che il minore operi una scelta tra i due genitori, non avendo questo nulla a che fare con il diritto dei minori all’autodeterminazione sancito dalla Convenzione europea sull’esercizio dei diritti del fanciullo (Strasburgo, 25 gennaio 1995).

La proposta di legge va a modificare l’art.147 (diritti doveri verso i figli?) e l’art.317-bis del codice civile, ma è soprattutto l’art.155 a costituire l’essenza

¹¹⁶ TRABUCCHI.in *Rivista del diritto civile*, semestre 1987, p.134

¹¹⁷ RONFANI *sociologia del diritto* .1989 p.102

centrale dell'intervento e dunque questo andrò ad esaminare con particolare interesse.

4.8.1 Proposta di modifica dell'art.155 del codice civile

Il testo presentato destinato a sostituire l'art.155 è il seguente:

“Art.155 (Mantenimento delle relazioni parentali del minore e provvedimenti riguardo ai figli). Il minore ha diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e a ricevere cura, educazione e istruzione da ciascuno di essi, anche dopo la loro separazione personale, lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Analoga tutela è stabilita rispetto a tutto l'ambito parentale del minore.

Per i fini di cui al primo comma, esperito inutilmente un tentativo di riconciliazione, si dispone che, salvo quanto previsto dall'art.155-quater, i figli restino affidati ad entrambi i genitori e si adottino ogni provvedimento con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della prole essa .

In particolare, il giudice prende atto degli accordi intercorsi tra i genitori circa la residenza dei figli, ovvero stabilisce, in caso di disaccordo, i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore e fissa la misura ed il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli, secondo i criteri previsti dall'art.155-bis.

Il giudice può altresì disporre che le parti siano assistite dalle strutture previste dall'art.155-ter, secondo le modalità ivi elencate, ed è a tali strutture che il giudice potrà inviare la coppia per un ulteriore tentativo di riconciliazione, ove ne ravvisi l'opportunità.

Nessuno dei genitori potrà rinunciare all'affidamento, qualora il giudice abbia ritenuto che ne sussistano i requisiti, né potrà sottrarsi agli obblighi da esso derivanti.

Il giudice, qualora ritenga le modalità concordate dai genitori non conformi a quanto indicato dal primo comma del presente art. e dall'art.155-bis, concede loro un termine per provvedere alla modifica delle stesse.

Scaduto tale termine senza che siano state convenute modalità soddisfacenti, l'adeguamento ai suddetti criteri è operato d'ufficio dal tribunale. Il giudice dà delle disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli e nell'ipotesi che l'esercizio della potestà sia attribuito ad entrambi i genitori, si avrà il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale.

In ogni caso il giudice può, per gravi motivi, ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nell'impossibilità, in un istituto di educazione”.

La proposta di legge mira poi ad introdurre i seguenti articoli:

- Art.155-bis: modalità di attuazione dell'affidamento
- Art.155-ter: centri familiari polifunzionali
- Art.155-quater: esclusione e opposizione all'affidamento a entrambi i genitori
- Art.155-quinquies. Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza
- Art.155-sexies: obblighi dei genitori
- Art.155-septies: violazione degli obblighi di mantenimento
- Art.155-octies: rivedibilità delle modalità di affidamento
- Art.155-novies: estensione alle unioni di fatto
- Art.155-decies: estensione ai figli maggiorenni portatori di handicap grave.

L'art.155 così formulato evidenzia come la "bigenitorialità" oltre ad essere una legittima rivendicazione del genitore non affidatario costituisce anche un "diritto soggettivo del minore".

L'articolo in questione considera l'"affidamento condiviso" non più come situazione residuale, bensì come quella principale in base a cui i genitori mantengono le proprie responsabilità a prescindere dall'evoluzione dei loro rapporti interpersonali. Elemento rivoluzionario dell'art.155 è l'idea di "mantenimento diretto"(art.155 terzo comma) consistente nell'assegnare distinti capitoli di spesa a ciascuno dei genitori.

E' stato infatti dimostrato che il meccanismo dell'assegno è corrisposto per intero solo nel 43% dei casi¹¹⁸. Con la nuova previsione, l'assegno andrebbe così ad avere una funzione perequativa, nell'ipotesi che il contributo diretto di uno dei due sia inadeguato.

Vedendo concretamente la situazione della figura più bisognosa di tutela, quale una donna casalinga, questa continuerà a percepire il suo assegno di mantenimento e quello dei figli, ma la gran parte delle fonti di spesa saranno direttamente coperte dal padre. A cambiare sarà pertanto solo la gestione di una parte dell'importo destinato ai figli. Aspetto positivo della disciplina è che il minore avrà la gratificante sensazione che entrambi i genitori si stanno occupando di lui.

L'art.155-bis affronta le modalità pratiche di una completa realizzazione dell'affidamento condiviso, in base a cui non sarà più ipotizzabile rifiutare l'offerta del genitore non convivente ad andare a prendere il figlio a scuola.

Fondamentale punto della riforma è poi l'art.155-ter che prevede dei centri familiari polifunzionali già istituiti in Italia, ma mancanti di una qualsiasi disciplina.

Il centro avrà compiti di mediazione familiare, consulenza e terapia familiare e funzione di tentativo di riconciliazione tra coniugi.

¹¹⁸ JOUBERT, *Rethinking the substantive roles for custody disputes in divorce* Chambers D.83 Michigan Law Rev p.128 1984

Quando i genitori saranno in completo disaccordo, il giudice esaminerà il “progetto educativo” di ciascuno, così da individuare e quindi privilegiare, in armonia con un’orientamento degli psicologi¹¹⁹, il coniuge “più corretto e disponibile” a rispettare la figura dell’altro.

4.8.2 Disegno di legge 2517/2002 “Misure urgenti e delega al governo in materia di diritto di famiglia e dei minori”

Conseguenza di quella funzione di stimolo propria della Convenzione è anche il disegno di legge 2517 intitolato “misure urgenti e delega al governo in materia di diritto di famiglia e dei minori” approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 1 marzo 2002.

Attualmente la competenza in merito a questioni di diritto di famiglia è ripartita su tre diversi organi giurisdizionali: il tribunale ordinario, il tribunale per i minorenni ed il giudice tutelare. Ora, con questo disegno di legge si vuole attribuire tali tematiche ad un organo giudiziario unico, andando così a rendere l’intervento giudiziario giustamente veloce e specializzato.

Con questo disegno di legge il governo è tenuto ad istituire presso il maggior numero di tribunali le sezioni specializzate dotandole del necessario organico.(art.1)

Le materie di competenza di tali sezioni sono poi delimitate dall’art.2 che

¹¹⁹ CIGOLI-GULOTTA-SANTI, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli* Milano Giuffrè 1997, p.74-87

va comprendervi tutte le controversie in materia civile del giudice tutelare e del tribunale ordinario in materia di rapporti di famiglia e di minori, attualmente attribuite alla competenza del tribunale per i minorenni,.

Da evidenziare poi l'art.4 quando prevede una composizione totalmente togata dei magistrati componenti l'organo, alla luce della diffusa necessità di attribuire interamente alla magistratura professionale il momento del giudizio. Ad assolvere i compiti di collaborazione alla formazione della decisione da parte del giudice saranno gli attuali componenti privati, dotati di competenze specialistiche.

Tale disegno di legge va a soddisfare quella esigenza di un accesso alla giustizia semplice e rapido così come richiesto dalla convenzione.

4.9 Ricorsi contro il Governo italiano.

Sentenza 24 febbraio 1998 caso Botta c. Italia

Il signor Botta contestava che, contrariamente alla legge, gli stabilimenti balneari non erano attrezzati di dispositivi che permettessero l'accesso alla spiaggia a chi, come lui, era portatore di handicap.

Si rivolge quindi alla Corte europea, vantando una violazione dell'art.8 della convenzione, in quanto non può svolgere una vita relazionale normale e poter quindi esercitare il proprio diritto alla personalità, con il pieno rispetto della dignità umana, cioè i diritti di libertà e di autonomia. Secondo il ricorrente l'orientamento giurisprudenziale della Corte è dotato di una logica pragmatica di buon senso che non va a limitare la nozione di vita privata al solo profilo affettivo.¹²⁰

La Corte è stata quindi chiamata a decidere se il diritto invocato sia o meno ricompreso nella nozione di "rispetto" della "vita privata". Essa sottolinea come la sfera della vita privata vada a comprendere l'integrità fisica e morale della persona e l'art.8 vada ad assicurare lo sviluppo, senza ingerenze esterne, della personalità di ciascun individuo nelle relazioni con i suoi simili¹²¹.

La lamentela qui verte non su un atto dello Stato bensì sulla sua inerzia. Possono vertere degli obblighi positivi a carico dello Stato, purché vengano giustamente bilanciati gli interessi dell'individuo e l'interesse generale. Si avranno pertanto degli obblighi positivi solamente quando vi sia un legame diretto ed immediato tra le misure richieste dallo Stato per rimediare alle omissinoi degli stabilimenti balneari privati e la vita privata del signor Botta. Per tale motivo quindi, l'art.8 è giudicato non applicabile.

¹²⁰ *Rivista internazionale* 1998 II pg.558

¹²¹ *v. mutatis mutandis* sent. Niemietz c. Germania del 16 dicembre 1992, serie A n.251 B, par.29

Avendo poi il ricorrente vantato una violazione anche dell'art.14 in combinato disposto con l'art.8, in quanto vittima di discriminazione nell'esercizio dei fondamentali diritti di ciascuno. Secondo la Corte è anche qui non ravvisabile una violazione poiché l'art.14 completa le altre disposizioni normative della Convenzione e dei Protocolli non ha esistenza indipendente perché vale unicamente per il godimento dei diritti e delle libertà garantiti. Certo, può entrare in gioco anche in assenza di inosservanza dei loro requisiti e, in tal caso, ha portata autonoma, ma non può essere applicato se i fatti controversi non ricadono nell'ambito di almeno una delle suddette norme¹²²

4.9.1 Ricorso N.16260/90 contro il governo italiano

Ritengo opportuno riportare questa decisione della Commissione di Strasburgo, poiché evidenzia come i giudici minorili italiani abbiano in questo caso pienamente osservato le disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani.

Occorre tener conto che sono ben 700 i ricorsi presentati contro il governo italiano di cui seicento riguardano la materia civile e lamentano per lo più l'eccessiva durata dei procedimenti. Per tale motivo il rigetto del ricorso n.16260/90 va a significare molto per il governo italiano. Il ricorrente, austriaco, ottiene il divorzio dalla moglie di doppia cittadinanza austriaca ed italiana e passano ben quattro anni prima che i giudici italiani decidano in merito all'affidamento della figlia. Il ricorrente lamenta quindi una violazione dell'art.6, par.1 della Convenzione. A tal proposito la Commissione concordando con il governo italiano va a ravvisare delle particolarità nel procedimento, così da giustificare l'elevato numero di provvedimenti, circa 18. Ritene che non sia stato superato il "délai non raisonnable", in quanto non vi erano stati specifici periodi di inattività da parte degli ufficiali giudiziari italiani.

La commissione respinge poi la presunta violazione dell'art.3 per cui "Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pena o a trattamenti inumani o degradanti".

Non si ravvisa quel minimo di gravità che possa far ritenere violato l'articolo in questione per di più i fatti denunciati trovano più fondamento nel comportamento della madre che in quello delle autorità italiane.

La Commissione ha quindi rigettato tutte le presunte violazioni addotte dal ricorrente quali: l'art.2 del Protocollo n.1, l'art.13 e 14 della Convenzione e l'art.5 del protocollo n.7 del 1984. E' comunque in merito all'art.8 che mi intendo soffermare.

¹²² v. sentenze Abdulaziz Cabales e Balkandali c. Regno Unito del 28 maggio 1985, serie A n.94, par.71 e Inze c. Austria del 28 ottobre 1987, serie A n.126, par.36,

Come la Commissione ha osservato tale articolo include per un genitore divorziato il diritto a mantenere il contatto con il figlio, mediante l'esercizio del diritto di visita; in questo caso secondo la Commissione non poteva delinearsi una violazione vista la difficoltà per i nostri giudici di attuare tale diritto di visita. La Suprema Corte di Cassazione aveva indicato chiaramente che il mezzo di cui avvalersi è quello dell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare in base all'art.612 cod.proc.civ.

Nel caso specifico, il governo italiano non aveva mai negato il diritto di visita del padre, ma era il minore che si era rifiutato di vedere il padre sino dal 1987. Pertanto la Commissione ritiene che le autorità italiane non hanno colpa della mancata attuazione di tale diritto.¹²³

Vado subito ad analizzare la sentenza del 16 settembre 1999 nel caso

¹²³ “note alla decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo in data 9 luglio 1992 in ordine al ricorso n.16260/90 contro il governo italiano” di Vito Librando. *Rivista internazionale* 1993 p.93

Buscemi c. Italia.

Il ricorrente era un medico italiano che adiva la corte in quanto richiedeva l'affidamento della figlia, già de facto affidatagli dalla madre. Questa aveva sottoscritto una dichiarazione con cui riconosceva il diritto del padre ad avere la custodia della bambina. Il tribunale dei minori stabilì l'affidamento ai servizi sociali e limitava il diritto di visita dei genitori. Alla fine delle vicende familiari la minore veniva affidata alla madre. Il Buscemi adì la Corte vantando una violazione dell'art.8 in quanto le misure adottate dal tribunale torinese avrebbero contribuito a creare una frattura irreparabile tra lui e la figlia.

La Corte rammenta che il poter stare insieme per un genitore ed un figlio costituiscono un elemento fondamentale della vita familiare e così come il caso Bronda¹²⁴ ci insegna i provvedimenti nazionali che lo impediscono costituiscono un'ingerenza nel diritto protetto dall'art.8.

Alla Camera dei deputati l'8 agosto 1996 è stata presentata la proposta di legge Sbarbati "disciplina della convivenza more uxorio (A.C.n.682) ed al senato il 7 agosto 1996 è stato presentato il disegno di legge Lisi "Disciplina della famiglia di fatto" (A.S.n.616). Entrambi miravano? Ad introdurre nel nostro ordinamento la disciplina della famiglia di fatto non andando ad istituzionalizzarla, ma disciplinando i singole situazioni come ad esempio il caso della successione o dell'affidamento della prole.

Non si ha un generale riconoscimento giuridico di tali rapporti se pur ci siano state delle equiparazioni allo status dei coniugi e dalla giurisprudenza e dal legislatore. Ricordiamo ad esempio i vari interventi nell'ambito delle locazioni abitative, alcune leggi speciali che tengono conto delle convivenze more uxorio o ad esempio l'art. 199 c.p.p. che esclude anche il convivente dall'obbligo di deporre o il nuovo art. 681c.p.p che include questo tra gli individui che possano presentare domanda di grazia al presidente della Repubblica.

CONCLUSIONE

Nel corso del lavoro proposto, credo che sia ben emerso come la politica sociale europea si stia finalmente aprendo ad una diversità culturale ed a un pluralismo di valori.

¹²⁴ sentenza Bronda c. Italia del 9 giugno 1998. Recueil des arrêts et décisions 1998-iv, p.1489, par.52

Per la prima volta la politica sociale dell'Unione Europea, interpretando la Convenzione del '50 quale "living instrument", cioè in un ottica dinamica, si apre in concreto ad una società multiculturale.

In un momento come quello attuale, in cui sempre più difficile è delineare chiaramente il concetto di famiglia, questa deve sì essere eccepita come un valore in sé, ma deve anche essere considerata facendo riferimento ai singoli membri che la compongono, così da poterne soddisfare esaurientemente le esigenze.

La difficoltà esistente nell'inquadrare la nozione di famiglia discende, come si è visto, da diversi fattori.

A partire dagli anni '60, l'Europa è stata protagonista di profonde trasformazioni.

Rilevanti sono state le diminuzioni di natalità, di nuzialità, con un conseguente aumento di convivenze more-uxorio e di nascite extra-matrimoniali.

La famiglia tradizionale non appare più come il modello esclusivo, anche se è ancora quello più diffuso; accanto ad essa troviamo una grande varietà di modelli familiari come le famiglie de facto e quelle unipersonali.

E' in un simile contesto che sono andata ad analizzare l'influenza esercitata dalla Convenzione europea dei diritti umani del 1950 nell'ambito del diritto di famiglia.

Tale Convenzione si erige a pietra miliare per molti dei Documenti posteriori, fino ad arrivare all'ultimo, ovvero il Trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio del 2001.

Che tale Trattato sia una conseguenza diretta della Convenzione lo si deduce dall'art. 7 il quale permette al Consiglio d'Europa di sanzionare uno Stato membro per una qualsiasi violazione dei diritti fondamentali, che sia grave e persistente.

Si richiede dunque che l'Unione rispetti i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea, ovvero quei diritti che altro non sono, se non il prodotto delle comuni tradizioni degli Stati membri.

La Convenzione europea ha avuto il grande merito di esercitare una funzione di stimolo, ha infatti condizionato l'evoluzione delle legislazioni familiari dei Paesi contraenti e lo ha fatto avvalendosi di una formula piuttosto elastica.

Mi riferisco in particolare all'art.8 della Convenzione che, con le nozioni di "vita privata" e "vita familiare", ha permesso di proteggere delle realtà affettive fino a poco tempo fa, non suscettibili di alcuna tutela.

In questo senso, molto ha contribuito l'interpretazione della Corte europea dei diritti umani, data alla luce delle condizioni attuali. Si conferma così l'idea di una Convenzione quale "living instrument".

Quanto la Convenzione sia stata di stimolo per gli ordinamenti nazionali lo si è ben dedotto dall'esame dei due Paesi: Italia ed Olanda.

In entrambi i casi, mi sono soffermata sulla filiazione, tematica strettamente connessa alla vita quotidiana.

Si è visto come in Olanda, la Commissione europea abbia condannato la mancata possibilità per una donna sposata, di negare la paternità biologica del marito.

E' in questo senso che nel 1998, il legislatore è andato a disporre il nuovo art.200.

E' sempre in seguito ad una accertata violazione dell'art.8 della Convenzione, che dal 1998 il padre biologico ha acquisito una maggiore facilità nel riconoscere il figlio, sia perché la madre non ha più alcun diritto di veto, sia perché la possibilità permane anche se sposato ad una donna diversa.

Così accade per l'accertamento giudiziale di paternità, procedura prevista dal legislatore solo in seguito ad una lamentata violazione dell'art.8 della Convenzione.

I Bills emanati a partire dal '91, sempre sotto l'influenza della Convenzione, hanno una chiara connotazione progressista.

Si ricordi il Bill riguardante il nome familiare, che permette una scelta tra il nome della madre e quello del padre; il Bill che permette un'autorità congiunta tra un genitore ed un non-genitore; il Bill che ha permesso la "registration of a partnership", ed è entrato in vigore nel 1998.

Di particolare rilievo è poi il Bill, entrato in vigore il 1 aprile del 2001, che oltre alla già concessa possibilità di adottare (Bill del 21 dicembre del 2000), introduce per le coppie omosessuali la possibilità di sposarsi.

Tutto questo è in armonia con un'idea di rispetto di "vita privata" e "vita familiare", che vuole sì privilegiare la realtà biologica, ma allo stesso tempo si mostra sensibile a tutte quelle relazioni strette che vadano a creare un'effettiva vita familiare.

E' con il caso Marckz che si delinea per lo Stato una vera e propria obbligazione positiva, a cui lo Stato olandese sembra del resto aver perfettamente adempiuto.

I Bills emanati vanno infatti a promuovere pienamente il rispetto della vita familiare e privata, dandone una interpretazione generosa e progressista.

Passando poi ad analizzare la situazione italiana, si è visto come la Riforma del 1975, ben abbia recepito lo spirito della Convenzione europea, auspicando la parificazione tra filiazione naturale e legittima. Purtroppo una parificazione non ancora completa, come testimonia la sentenza della Corte Costituzionale n.532 del 23 novembre 2000.

Equiparando le due fattispecie si garantirebbe il rispetto della vita familiare anche tra genitori, figli e parenti naturali, in un'ottica di promozione dei legami familiari di cui lo Stato si deve far carico.

Già nel '75, quindi precedentemente all'ordinamento olandese, il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento l'azione di disconoscimento di paternità (art.235 cod.civ.). Tuttavia, ancora non è stata data piena attuazione al principio del favor veritatis. L'azione è infatti limitata a delle ipotesi tassative.

Il nostro legislatore ha anticipato quello olandese anche con riguardo al riconoscimento. Nel 1975 ha infatti previsto la possibilità di sostituire il consenso del genitore con quello del tribunale, sempre che a richiederlo sia l'interesse del minore. Da notare è come si faccia riferimento al consenso del genitore che per primo abbia effettuato il riconoscimento e non a quello esclusivo della madre, come avviene in Olanda.

E' sempre dal 1975 che, con riguardo alla dichiarazione giudiziale di paternità, si sono equiparate le due fattispecie, quella di paternità e quella di maternità.

Sembra dunque che il legislatore italiano, ben recettivo dello spirito della Convenzione, abbia precorso i tempi, almeno per quanto riguarda la filiazione.

Con l'esame della proposta di legge n.66 e del disegno di legge 2517/2002 ho voluto testimoniare come la funzione di stimolo della Convenzione ancora permanga.

Ci si chiederà allora in cosa l'ordinamento italiano sia parso meno recettivo.

Dal lavoro proposto emerge come il nostro Paese si atteggi in modo restrittivo in merito alle relazioni de facto tra partners di sesso diverso, con particolare riguardo per quelli di stesso sesso.

Si è ancora legati ad una vita relazionale più tradizionale, basata sul collegamento dell'art.8 con l'art.12 della Convenzione europea, ovvero sulla presunta inscindibile connessione tra matrimonio e vita familiare.

Come anticipato, la famiglia è concetto relativo, mutevole in base alle diverse condizioni socio-culturali. Disciplinare una relazione, richiede innanzitutto dare un'interpretazione, che sia la più consona al "sentire sociale".

Nel nostro contesto nazionale, tale interpretazione sembra essere ancora piuttosto "tradizionale". Ancora oggi, la famiglia nucleare centrata sul matrimonio rimane un ideale rispetto al quale ogni altro tipo di famiglia costituisce devianza.

Questo, se pur il pluralismo implichi un riconoscimento paritario dei differenti tipi di modelli familiari che si distacchi da ogni tipo di gerarchia di valori.

Dall'analisi dei due Paesi, emerge infine che in Olanda molto più diffusa è la consapevolezza delle possibilità offerte dalla Convenzione e dai suoi organi.

Una consapevolezza che opera a due livelli, sia quello degli operatori di diritto che quello degli utenti. Due sono le implicazioni.

Innanzitutto, in Italia si ha un livello di “coscienza europea” quasi minimo.

Ciò è particolarmente negativo per un ambito, quale quello della tutela dei diritti umani, in cui già parlare di Europa significa andare a porre un limite a qualcosa che è di per sé universale.

In secondo luogo, conoscere la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, permette di coglierne immediatamente la direzione progressista.

Rimanere vincolati ad una visione tradizionalista può significare sacrificare i singoli membri familiari. La giurisprudenza della Corte ci insegna a comprendere come tutte le famiglie siano in principio degne di pari rispetto ed ugualmente bisognose di pubblico supporto. I diversi tipi di “lifestyle” familiari sono tutti da tutelare, perché se pur i valori non siano comuni, in ogni modo certo lo saranno le funzioni e le esigenze.

Bibliografia

ALBANO, *Le norme programmatiche della Cedu e l'ordinamento italiano*, in Riv. Intern. dei diritti dell'uomo, 1991, p.719 ss.

ALBARADJO, *Derecho internacional privado. Derecho della tolerancia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985

ALIBERT, *La notion de “societe democratique” dans la jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme*, in Riv. Trim. dr. de l'homme, 1998, p.465

ALKEMA, *The EC and the European Convention of human rights- immunity and impunity for the community?*, in Common law review, 1979, p.506-508

AMNESTY INTERNATIONAL, *Introduzione ai diritti umani. A 50 anni dalla Dichiarazione Universale*, pubblicazione di Amnesty international, Roma, 1998, p.11

ARBIA, *La giurisprudenza italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.Intern.diritti dell'uomo*, 1991, p.120

ARCHIBUGI, BEETHAM, *Diritti umani e democrazie cosmopolitica*, Feltrinelli, Milano, 1998.

AZZARITI, *Dichiarazioni costituzionali e riforme legislative in tema di filiazione illegittima*, in *Riv. trim. dir. e proc.civ.*, 1952, p.85

BALLARINO, *Il nuovo diritto internazionale privato della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, n.5/1995, p. 487ss

BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona nello studio dei diritti di libertà*, Giuffrè, Milano, 1962

BATTAGLIA, *Le carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francesco)*, Sansoni, Firenze, 1946

BERGER, *Jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme*, Paris, 1995

BONDE, *Nice treaty explained*, Vindrose, 2001

CALO, *Convivenze registrate in Europa*, Giuffrè, Milano, 2000

CARRARO, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992

CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1999

CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969

CHOEN-JONATHAN, *La Convention europeenne des droits de l'homme et les autres traites conclus par les Etats Parties*, in *The dynamics of the Protection of human rights in Europe, Essay in honour of H.G. Schermers*, Dordrecht 1994, p.79 ss

CHORUS, JEROEN, *Introduction to Dutch law*, Kluwer law international, The Hague, 1996

CIGOLI, BUTLER, *Human rights for the new millenium*, Kluwer law international, 2000

CLEMENTS, MOLE, SIMMONS, *European human rights: taking a case under the Convention*, Sweet Maxwell, London, 1999

COUNCIL OF EUROPE, *40 years of human rights protection by the Council of Europe*, Council of

Europe press, Strassbourg, 1994

Council of Europe
Law of the European Convention on human rights,

Press, 1994

COURSIER, *Definition du droit humanitaire*, in *Ann.fr.dr.intern.*, 1995, p.223

D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1999

DONATI, *Manuale di sociologia*, Laterza, Roma-Bari, 1996

DRZEMCZEWSKI, *Protocolle n.11 à la CEDH: preparation a l'entrée en vigueur*, *European journal international law*, 1997

DUSI, *Tutela del minore, avvocato del genitore e contraddittorio*, in *Famiglia e diritto* 1/1995, p.90-93

EEKELAAR, *The changing family*, Nhlape, 1998

ENCICLOPEDIA del DIRITTO, *Ordine pubblico*, (dir. Pubblico), xxx Milano

FELDMAN, *The developing scope of article 8 of the European Convention on human rights*, in *Eur. Hum. Rights law rev.*, 1997, p.265

FORDER, *Rethinking marriage, parenthood and adoption*, Kluwer international law, 1999

- *An identity crisis, the outer limits of euthanasia, the abolition of chivalry and other adventurous provisions*, Kluwer law international, 1997
- *The undatable family law: partnership, parenthood, social parenthood, names and some article 8 ECHR case law*, Kluwer law international, 1997

GALBRAITH, *The affluent society*, Hamilton, 1958

GALLOWAY, *The treaty of Nice and beyond*, 2001, Sheffield academic press

GRECO, *La Convenzione europea del 1950 è di immediata applicazione in Italia*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie 1990-1991*, p.35 ss

GREER, *The war over the family capturing the Middle Ground*, Garden city, New York, 1983

HARRIS, *Law of the European Convention on human rights*, London, 1995

HARRIS-MOWBRAY, *Cases and materials on the European court on the human right*, Butterworths, London, 2001

HEIJDEN, *Sociology of law and legal anthropology in Dutch speaking countries*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985

HEIJDEN, BAHIA, *Reflections on the Universal Declaration of the human rights a fiftieth anniversary anthology*, The Hague, 1998

ISTAT, *Rapporto sull'Italia*, Il Mulino, Bologna, 1999

KILLERBY, *The Council of Europe's contribution to family law*, Kluwer academic publishers, 1996

KOENS, *Family migration in Netherlands*, in *Families across the frontiers*, Kluwer international law 1996, p.484-498

KOTTING, *Private international law. Introduction to dutch law*, Kluwer international law, 1993, p.228

LAVANDER, *The problem of the margin of the appreciation*, in *Eur. Hum. Rights Law Review*, 1997, p.380

LIBRADO, *Note alla decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo in data 9 luglio 1992 in ordine al ricorso n. 16260/90 contro il governo italiano*, in *Riv. Intern.* 1993, p.55 ss

LUNDSTROM, *Family life and the freedom of movement of workers in the european union*, in *International journal of law policy and the family*, 1996

MANTOVANI, *Sugli effetti della Convenzione europea nell'ordinamento penale italiano*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova 1968

MEULDERRS-KLEIN, *Families & Justice*, Bruxelles, 1997

MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv.dir.intern.*, 1983, p.306 ss

MURDOCK, *La struttura sociale*, Etas- Kompass, 1971

OCCHIOGROSSO, *Interesse del minore, discrezionalità e tutela della persona del minore*, in *Famiglia e diritto* 1/1995, p.87-89

O'DONNEL, *Parent-child relationships within the European Convention*, Nigel Lowe, Douglas, 1996

O'DONOVAN, *Family definitions and human rights*, Jauek Kurczewski Maclean Mavis, Onati, 1997

OESTREICH, GOZZI (a cura di), *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma 2001

- POCAR, *Diritto delle Comunità europee*, Milano, 1991
- POLAK, *Private international law in the Netherlands*, Sheffield, London, 1987
- PUOTI, *Il favor veritatis nel disconoscimento della paternità*, in *Diritti dell'uomo cronache e battaglie*, 1999
- PUSTORINO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1995, p.134ss
- L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998
- QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Famiglia e diritto* 1/1999, p.80 ss
- RAIMONDI, *Un nuovo status nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1994, p.530
- Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1998, p.423
- RENNA, *Proposte di legge in tema di disciplina della c.d. famiglia di fatto*, in *Famiglia e diritto* 1/1998, p.86
- RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, RDC, 1973
- RYMSZA, *Socio-Cultural and ideological aspects of the evolution of family policies in liberal societies*, Cambridge university press, 1995
- ROSMINI, SCIACCA (a cura di), *Pensiero giuridico e politico*, Firenze, 1962
- SALVIA, *Compendium de la CEDH*, Strasbourg, 1998
- SARACENO-NALDINI, *Sociologia della famiglia*, Il mulino, Bologna, 2000
- SCUDIERO, *Comunità Europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire?*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1996, p.263
- SMITS, *The influence of human rights on Dutch family and child law: the sky is the limit*, in *Journal of social welfare and family law*, 17 (1) 1995, p.1 ss
- STRAUSS, *La famiglia in razza e storia ed altri studi di antropologia*, Einaudi Torino, 1967

THUE, *Connecting factors in international family law*, in *Families across frontiers*, 1996, Kluwer law international, p.53-61

TIBY, *Matrimonio e divorzio tra stranieri, affidamento dei figli, problemi di competenza*, in *Famiglia e diritto* 4/2000, p.366

TOCQUEVILLE, *On social reform*, Harper Row, New York-London, 1968

TORELLA di ROMEGNANO, *Diritti dell'uomo e profili etnico-religiosi una prospettiva globale la politica italiana*, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1998 II, p.20 ss

VAN BUEREN, *Annual review of international family law*, in *The international survey of family law*, Netherlands, 1996

Crossing the frontiers- The international protection of family life in the 21 Century, in *Family across the frontiers*, Kluwer law international, 1996, p.811-830

VAN DIJK, VAN HOOFF, *Theory and practice of European Convention of human rights*, Kluwer law international, 1991

VLAARDINGERBROEK, *Introduction to dutch family law. The influence of human rights upon family law*, Kluwer law international, 1999

WARDLE, *International marriage recognition: a world dilemma*, in *Family across the frontiers*, 1996, p.75-88

WENDELS, *The new dutch private international law*, Sijthoff, Dordrecht, 1989

WINTEMUTE, *Libertes et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe*, in *Homosexualite et droit*, Borille Puf, 1998, p.180

ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Il Mulino, Bologna, 1997

ZANGHI, *La rilevanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza italiana*, in *La tutela del cittadino davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, Milano 1988, p.241

INDICE delle SENTENZE

Cass., 24-4-1964, n.1000, in *Giust. Civ.*, 1964, p.446

Tribunale di Genova, 17-12-1979, in *Dir.Fam.Pers.*, 1981, p.159

Trib. Verona, 3-12-80, in *Resp.civ.prev.*, 1981, p.74

Corte Suprema olandese, 7-12-1985, in *Nederlandse Jurisprudentie* 1987, p.54

Corte Suprema olandese, 17-10-1986, in *Nederlandse Jurisprudentie* 1987, p.945

Corte Cost., 19-1-1987, n.8, in *Dir. Fam. Pers.*, 1987, p.531

Corte Cost., 7-4-88, n.404, in *Giur.it*, 1989, p.175

Corte Suprema olandese, 8-4-1988, in *Nederlandse Jurisprudentie* 1989, p.170

Cass. Pen. Sezioni unite, 23-11-1988, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo* 1990, p.419
Corte Suprema olandese, 19-10-1990, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1992, p.129
Corte Suprema olandese, 8-11-1991, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1992, p.440
Cass. 7-7-1993, n.7447, in *Dir.Fam. Pers.*, 1994, p.134
Cass.pen.Sezioni unite,10-7- 1993, n. 20194, in *Cass.pen.*,1994, p.530
Cass., 28-3-1994, n.1000, in *Resp.Civ.Prev.*, 1995, p.564
Corte Suprema olandese, 23-6-94, n.75, in *Nederlandse jurisprudentie*, 1996, p.104
Corte Suprema olandese,8-12-95, n.130, in *Nederlandse jurisprudentie*, 1996, p.62
Trib. Bari, 21-1-97, in *Giur.It*, 1999, p.254
Corte Cost., 23-11-2000, n.532, in *Giust. Civ.*, 2001, p.105

Sentenze della Corte Europea dei diritti umani:

X c. Svizzera, 8257/78 D &R, in COUNCIL OF EUROPE, *Law of the European Convention on huma rigths*, Strasbourg, 1995, p.42

Tyrer c. Regno Unito, 2 E.H.R.R. 1, 10 (1979), in GERDA, *Family life and family interests*, Kluwer law international,1999, p.29

Marckx c. Belgio, 2 E.H.R.R. 330, 342 (1979), ibidem, p.37

L. c. Svezia, 9639/82 D&R, in *Riv. Trim. droits de l'homme*, 1998, p.465

B.R& J c. Germania Federale, 10141/82 D&R, in MOWBRAY,HARRIS, *Cases and materials on the European Court on the Human rights*, London, Butterworths, 2001, p.130

Abdulaziz Cabales e Balkandali c. Regno Unito, 7 E.H.R.R. 471, 497 (1985), in GERDA, *Family life and...*,cit., p.27

Rasmussen c. Danimarca, 7 E.H.R.R. 371 (1985), ibidem, p.119

Tre Traktor c. Svezia, sent.10 ottobre 1985, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1992, p.24

Rees c. Inghilterra, 9 E.H.R.R. 56, 63 (1986), ibidem, p.115

Inze c. Austria,10 E.H.R.R. 394, 406 (1987),ibidem, p.30

Johnston c. Irlanda, 9 E.H.R.R. 203, 224 (1987), ibidem, p.31

B c. Regno Unito, sent.8 luglio 1987, serie A par. 77, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 2000 II, p.79

R c. Regno Unito, 12 E.H.R.R., 36 (1987), in GERDA, *Family life..*, cit., p.44

W. c. Regno Unito, 10 E.H.R.R. 29,48 (1987), ibidem, p.43

Price c. Gran Bretagna, 16 E.H.R.R. 155, 170 (1989), ibidem, p.52

Cossey c. Inghilterra, 13 E.H.R.R. 622 (1989), ibidem, p.132

Eriksson c. Svezia, 12 E.H.R.R. 183, 200 (1989), ibidem, p.38

Niemietz c. Germania, 16 dicembre 1992, serie A n.251 B, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1993, p.172

Anderson c. Svezia, 14 E.H.R.R. 615, 644 (1992), in GERDA, *Family life and ..*,cit., p.43

Olsson c. Svezia, sent. 27 novembre 1992, serie A, n.251 B, in *Riv. intern. diritti dei diritti dell'uomo*, 1993, p.154

Keegan c. Irlanda, 18 E.H.R.R. 342, 362 (1994), in GERDA, *Family life and..*,cit., p.34

Burghartz c. Svizzera, 18 E.H.R.R. 101, 116 (1994), ibidem, p.55

Berrehab c. Olanda, 11 E.H.R.R. 139, 155 (1995), ibidem, p.31

Kroon c. Olanda, 19 E.H.R.R. 263, 283 (1995), ibidem, p.36

McMichael c. Regno Unito, 20 E.H.R.R. 205 (1995), ibidem, p.35

X,Y c. Gran Bretagna, 24 E.H.R.R. 143,166 (1997), ibidem, p.36

Johansen c. Norvegia, 23 E.H.R.R. 33, 65 (1997), ibidem, p.31

El Boujaïdi c. Francia, sent.26 settembre 1997, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1998, p.221

Bronza c. Italia, sent. 9 giugno 1998, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1998, p.1489

Botta c. Italia, sent.24 febbraio 1998, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1998, p.558

McLeod c. Regno Unito, sent. 23 settembre 1998, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1999, p.336

Buscemi c. Italia, sent. 16 settembre 1999, *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, p.291

Scozzari e giunta c. Italia, sent. 13 luglio 2000, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 2000 II, p.115

