

Affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio e separazione della coppia di fatto.

Nelle settimane scorse, la stampa ha dato particolare risalto ad una decisione della CEDU in materia di regime dell'affidamento del minore nato fuori dal matrimonio nel diritto tedesco.

Il caso si presta a molteplici considerazioni. A titolo semplificativo e, certamente, non esaustivo, ci permettiamo di segnalare alcuni possibili temi di riflessione in materia di sovranità nazionale nella definizione del regime dei rapporti di famiglia, in materia di funzione nomopoietica delle giurisdizioni sovranazionali, in materia di valutazione dei profili di rilevanza di specifiche ricostruzioni del principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazioni ingiustificate.

Con l'augurio di poter avviare una riflessione diffusa sui problemi che si possono riscontrare, si sottopone all'attenzione dei Lettori una prima traduzione della sentenza e dell'opinione dissenziente del Giudice tedesco, perché possano trarne autonome considerazioni e, possibilmente, avviare un confronto.

La traduzione non ufficiale è stata curata dal prof. Giuseppe Vecchio, ordinario di Diritto privato alla Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Catania.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
QUINTA SEZIONE
CASO ZAUNEGGER V. GERMANIA
(Application no. 22028/04)
SENTENZA
STRASBURGO
3 dicembre 2009

Questa sentenza diventerà definitiva nelle circostanze di cui all'articolo 44 § 2 della Convenzione. Essa può essere sottoposta a revisione editoriale.

Nel caso di Zaunegger contro Germania,

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Quinta Sezione), costituita in una Camera composta da:

Peer Lorenzen, *Presidente*,
Karel Jungwiert,
Rait Maruste,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Mirjana Lazarova Trajkovska, *giudici*,
Bertram Schmitt, *ad hoc giudice*,
e Stephen Phillips, *Vice Cancelliere di sezione*,

Dopo aver deliberato in privato il 20 ottobre 2009,

Fornisce la seguente sentenza, che è stata adottata nella data di cui sopra:

PROCEDURA

1- Il caso nasce da un ricorso (no. 22028/04) contro la Repubblica Federale di Germania, depositato presso la Corte ai sensi dell'art. 34 della Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali ("la convenzione") da un cittadino tedesco, Mr. Horst Zaunegger ("il ricorrente"), il 15 giugno 2004.

2- Il ricorrente era rappresentato da Mr. F. Wieland, avvocato in Bonn, e successivamente da Mr. G. Rixe, avvocato in Bielefeld. Il Governo della Germania (il "Governo") era rappresentato dal proprio Agente, Mrs A. Wittling Vogel, Dirigente ministeriale del Ministero della Giustizia.

3- Il ricorrente sosteneva che la Corte nazionale aveva violato i suoi diritti al godimento della vita familiare e aveva **perpetrato** una discriminazione nei suoi confronti in quanto genitore non coniugato.

4- Con decisione del 1 aprile 2008, la Corte dichiarò ammissibile il ricorso.

5- Essendo stato deciso in Camera di Consiglio, dopo la consultazione delle parti, che la decisione di merito non richiedeva (Rule 59 § 3 in fine) la loro audizione, le stesse parti hanno replicato per iscritto alle reciproche osservazioni.

6- Il Giudice Jaeger, giudice eletto in rappresentanza della Germania, si astenne dal caso (Rule 28 of the Rules of Court). Il 3 agosto 2009 il Governo facendo ricorso alla Rule 29 § 1(a), ha informato la Corte di avere incaricato Mr. Bertram Schmitt come giudice ad hoc in sua sostituzione.

I FATTI.

I La narrazione del fatto.

7- Il ricorrente nacque nel 1964 e vive a Pulheim.

8- Il ricorrente è padre di un figlio nato fuori dal matrimonio nel 1995. Il ricorrente e la madre del bambino si separarono nell'agosto 1998. La loro relazione era durata cinque anni. Fino al gennaio 2001, la figlia viveva con il ricorrente, dal momento che la madre aveva traslocato in un altro appartamento allocato nello stesso edificio. Dal momento che i genitori non **avevano** espresso una dichiarazione di affidamento congiunto (gemeinsame Sorgerechtserklärung) la madre ottenne l'affidamento esclusivo (alleinige Personensorge) basato sull'art. 1626° § 2 **del Codice** civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch, si veda appresso Normativa nazionale rilevante e precedenti).

9- In gennaio 2001, la bambina si trasferì nell'appartamento della madre. Successivamente i genitori cominciarono a discutere sui contatti del ricorrente con la figlia. Nel giugno del 2001 raggiunsero un accordo con l'assistenza del Servizio per i Minori di Colonia Nippes, in base al quale il ricorrente avrebbe potuto incontrare la figlia soltanto dal mercoledì pomeriggio al giovedì mattino e ogni domenica dalle 10 del mattino al lunedì mattino e per metà di ciascun periodo di vacanza, corrispondenti complessivamente a circa quattro mesi per anno. Nel 2001, il ricorrente richiese un provvedimento di affidamento congiunto, poiché la madre non voleva addivenire ad un accordo di affidamento congiunto, nonostante, d'altra parte, ambedue i genitori fossero collaborativi e in buoni rapporti.

10 Il 18 giugno 2003, la Corte distrettuale di Colonia respinse la richiesta del ricorrente. Si riscontrò che la stessa non costituiva presupposto per un provvedimento di affidamento congiunto. Nel diritto tedesco vigente, l'affidamento congiunto per i genitori di bambini nati fuori dal matrimonio poteva essere conseguito soltanto attraverso una dichiarazione congiunta, un matrimonio o un ordine del giudice ai sensi dell'articolo 1672 §1 del codice civile, che richiede il consenso dell'altro genitore. La Corte distrettuale di Colonia, ha considerato costituzionalmente legittimo l'art. 1626° del codice civile e conforme al principio affermato dalla Corte Costituzionale Federale con la decisione del 29 gennaio 2003. Considerato che le specifiche norme di riferimento non permettevano una diversa decisione, la Corte distrettuale non ritenne necessario sentire di persona le parti interessate.

Il ricorrente propose appello che fu respinto il 2 ottobre 2003 dalla Corte d'appello di Colonia. Si considerò che il ricorrente e la madre non erano coniugati e che la partecipazione del ricorrente all'affidamento fosse possibile solo in coerenza con l'Art. 1626° del codice civile. Il ricorrente e la madre, tuttavia, non avevano presentato la prevista richiesta di affidamento congiunto. Nella sua pronuncia del 29 gennaio 2003, la Corte Costituzionale Federale aveva riscontrato che l'art. 1626a del Codice civile era costituzionale per quanto riguarda la situazione dei genitori di bambini nati fuori dal matrimonio che si

erano separati dopo il 1° luglio 1998. La Corte d'Appello di Colonia rilevava che il ricorrente e la madre della bambina si erano separati nell'agosto 1998. Perciò, essi avevano avuto un periodo di un mese e mezzo prima di separarsi nel quale avrebbero potuto esprimere una dichiarazione di affidamento congiunto. La Corte d'appello di Colonia inoltre notava che la nuova normativa, che era entrata in vigore il 1° luglio 1998, era stata posta all'attenzione dell'opinione pubblica per un significativo periodo di tempo. I genitori non sposati avrebbero potuto mostrare, pertanto, un interesse per il problema e informarsi sulla nuova normativa.

II LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA NAZIONALI E COMPARATE RILEVANTI.

A. *Normativa nazionale rilevante.*

1- *Disposizioni rilevanti del Codice civile tedesco.*

13- Le disposizioni fondamentali sull'affidamento e i rapporti genitoriali devono essere trovati nel Codice civile tedesco (il "codice civile"). L'Art. 1626 § 1 del codice civile prevede che il padre e la madre hanno il diritto e il dovere di esercitare la potestà genitoriale sui minori.

14- Per i bambini nati fuori dal matrimonio, secondo la prima versione dell'art. 1705 del codice civile, l'affidamento era automaticamente attribuito alla madre. Tale disposizione fu però dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale federale nel 1996. Il 1° luglio 1998, entrò in vigore la riforma del diritto di famiglia dando attuazione al principio formulato dalla Corte costituzionale Federale con la decisione del 1996. La disciplina del codice civile che interessa ai fini del giudizio fu modificata nel modo seguente: per effetto dell'Art. 1626° §1: i genitori di un minore nato fuori dal matrimonio possono esercitare congiuntamente le funzioni di affidatario se esprimono una dichiarazione rivolta a quell'effetto (dichiarazione di affidamento congiunto) o se contraggono matrimonio. Diversamente, l'Art. 1626° §2 dispone che l'affidamento sia attribuito solo alla madre.

15. Se i genitori non sono solo momentaneamente separati e se la madre ha ottenuto l'affidamento disgiunto ai sensi dell'art. 1626° § 2 del codice civile, l'art. 1672 §1 del codice civile dispone che il giudice di famiglia può trasferire l'affidamento disgiunto all'altro genitore se uno dei genitori deposita la specifica istanza con il consenso dell'altro. L'istanza è accolta se il trasferimento corrisponde all'interesse del figlio. L'art. 1672 § 2 del codice civile dispone che in caso di trasferimento del diritto all'affidamento ai sensi dell'art. 1672 §1 del codice civile, il giudice di famiglia può disporre per l'effetto l'ordine di affidamento congiunto su istanza di un genitore con il consenso dell'altro, nel presupposto che siano assenti impedimenti riconducibili all'interesse del figlio. Allo stesso modo si procede se il

trasferimento di affidamento ai sensi dell'art. 1672 §1 del codice civile viene annullato.

Per contro, i genitori che hanno esercitato congiuntamente la relativa potestà prima della separazione perché il figlio era nato in costanza di matrimonio, o perché si erano sposati successivamente alla nascita del figlio o perché avevano prodotto una dichiarazione di affidamento congiunto, conservano l'affidamento congiunto durante la loro separazione fino a quando il giudice assegni l'affidamento disgiunto a richiesta di uno dei genitori sempre in vista del miglior interesse del figlio ai sensi dell'art. 1671 del codice civile.

16 Ai sensi dell'art. 1666 del codice civile, il giudice di famiglia può ordinare le misure di protezione necessarie se è minacciato il benessere fisico, psicologico e mentale del minore e se i genitori non sono in grado di assumerle da soli. Le misure che comportino la separazione del bambino da un genitore sono ammissibili solo se il bambino sarebbe altrimenti a rischio (art 1666a. del codice civile).

2. *Giurisprudenza della Corte costituzionale federale*

17. Il 29 gennaio 2003, la Corte costituzionale federale constata che l'art 1626a del codice civile è incostituzionale perché non era previsto un periodo transitorio per le coppie non sposate con figli, che vivevano insieme nel 1996, ma che si erano separate prima della modifica della legge sul Diritto di famiglia, entrata in vigore il 1 ° luglio 1998 (cioè, quelli che non erano in grado di fare una dichiarazione congiunta di custodia anteriormente al 1 ° luglio 1998). Al fine di risolvere i suddetti vizi costituzionali, il legislatore tedesco il 31 dicembre 2003, ha introdotto l'articolo 224 (2) (a), della legge introduttiva al codice civile (*Einführungsgesetz in das Gesetzbuch bürgerliche*). Secondo la quale un giudice può surrogare il consenso della madre all'affidamento congiunto, se una coppia non sposata ha un figlio nato fuori dal matrimonio, ha vissuto insieme con il bambino e si è separata prima del 1 ° luglio 1998, a condizione che l'affidamento congiunto possa servire al meglio gli interessi del minore (*Kindeswohl*).

18. Nella sentenza del 29 gennaio 2003, la Corte costituzionale federale ha inoltre ritenuto che l'articolo 1626a, § 2 del Codice Civile, fatta eccezione per la mancata previsione di un periodo di transizione, non ha violato il diritto al rispetto della vita familiare dei padri i cui figli sono nati fuori del matrimonio. I genitori che si sono sposati si erano obbligati con lo stesso matrimonio ad assumersi reciprocamente la responsabilità l'uno per l'altro, nonché per i loro figli. Al contrario, il legislatore non poteva presumere che i genitori di figli nati fuori del matrimonio avrebbero vissuto insieme o voluto assumersi reciproca responsabilità l'un per l'altro. Non vi erano prove sufficienti per ritenere che un padre di un figlio nato fuori dal matrimonio volesse assumere la responsabilità comune come regola generale. Il benessere del bambino ha pertanto richiesto che ci sia una persona che dal momento della nascita possa rappresentarlo in modo giuridicamente vincolante. In considerazione delle condizioni di vita molto

diverse in cui quei bambini sono nati, si è ritenuto giusto, in via generale, concedere l'affidamento esclusivo alla madre, e non al padre o ad entrambi i genitori. Questa normativa non poteva essere ritenuta incostituzionale, perché il legislatore aveva dato ad entrambi i genitori di figli nati fuori del matrimonio la possibilità di ottenere l'affidamento mediante una dichiarazione comune.

19. La Corte costituzionale federale ha ritenuto che il legislatore può giustificatamente supporre che l'affidamento congiunto, che è stato esercitato contro la volontà di un genitore abbia più svantaggi che vantaggi per un figlio nato fuori del matrimonio. L'affidamento congiunto richiedeva un minimo di accordo tra i genitori. Se i genitori non sono in grado o non vogliono collaborare, l'affidamento congiunto potrebbe essere in contrasto con il benessere del bambino. Il legislatore presume che la volontà di esercitare l'affidamento congiunto espressa dai genitori con il matrimonio, costituisca anche prova della loro volontà di cooperare. I genitori non sposati potrebbero, comunque, esprimere la medesima volontà di collaborare attraverso una dichiarazione congiunta di affidamento. Il diritto del padre alla custodia certamente dipendeva dalla volontà della madre di esercitare l'affidamento congiunto, ma la madre a sua volta, non poteva pretendere l'affidamento congiunto, senza il consenso del padre. I genitori possono quindi esercitare l'affidamento congiunto solo se voluto da entrambi. Tale limitazione del diritto del padre al rispetto della sua vita familiare non era ingiustificata, dato che l'affidamento congiunto esercitato da una coppia di coniugi era basato sul loro matrimonio. La legge applicabile alle coppie non sposate ha dato la possibilità di esercitare l'affidamento congiunto, in particolare, se avessero vissuto insieme con il bambino e non dopo che la coppia si era separata. Il legislatore potrebbe legittimamente supporre che, se i genitori vivono insieme, ma la madre ha rifiutato di fare una dichiarazione di affidamento congiunto, si tratti di un caso eccezionale in cui la madre dovrebbe avere seri motivi di rifiuto, basati sull'interesse del bambino. Dato questo presupposto, la legge applicabile, nel non prevedere un riesame giudiziario non ha violato il diritto del padre al rispetto della sua vita familiare. In presenza di motivi particolarmente gravi, non ci si poteva aspettare che i giudici ritenessero l'affidamento congiunto corrispondente al migliore interesse del bambino.

20. In considerazione del fatto che lo schema giuridico descritto era appena stato fissato, non era stato possibile accertare se vi fosse un numero consistente di casi simili in cui l'affidamento congiunto fosse stato oggetto di conflitto o di vitale importanza, soprattutto, per giungere a conclusioni sull'opportunità di farne un 'caso emblematico'.

21. La Corte costituzionale federale ha stabilito che il legislatore avrebbe dovuto tenere sotto osservazione l'evoluzione del problema e verificare se le ipotesi che aveva fatto in sede di formazione delle norme in questione si fossero dimostrate sostenibili al confronto con la realtà. Se dai fatti fosse risultato che la previsione non è adeguata, il legislatore avrebbe dovuto rivedere la legislazione e **fornire** ai padri la possibilità di ottenere un adeguato diritto di affidamento.

B. Leggi di rilievo sul piano comparativo.

22. Un'indagine di diritto comparato, tenendo conto delle leggi nazionali di una selezione di Stati membri del Consiglio d'Europa, dimostra che in fondo tutti gli Stati membri considerati nel sondaggio prevedono l'esercizio in comune della potestà da parte dei genitori non coniugati sui figli nati fuori del matrimonio. I principali elementi, considerati come fondamento per prevedere l'esercizio in comune della potestà genitoriale per i genitori non coniugati, sono costituiti dalla paternità e dall'accordo dei genitori di esercitare l'autorità in comune.

23. Tuttavia, le soluzioni negli Stati membri variano per quanto riguarda l'attribuzione di autorità genitoriale congiunta per i figli nati fuori dal matrimonio, nel caso in cui tra i genitori non può essere raggiunto alcun accordo in questo senso.

24. Solo in un numero limitato di paesi esiste una legislazione esplicita per risolvere questo problema. In alcuni paesi, come l'Austria, la Norvegia e la Serbia, la legge nazionale stabilisce che l'esercizio congiunto della potestà genitoriale dei genitori non coniugati richiede il consenso di entrambi i genitori, e quindi implica che il genitore non consenziente abbia un diritto di veto. Per contro, le disposizioni legislative in Ungheria, Irlanda e Monaco sembrano prevedere un esercizio congiunto della potestà genitoriale, anche senza il consenso dei genitori '.

25. In alcuni Stati membri come la Repubblica ceca e il Lussemburgo, mentre la legge stessa non è chiara in materia, i giudici nazionali hanno interpretato le disposizioni applicabili in modo da consentire l'esercizio in comune della potestà solo con il consenso di entrambe i genitori, mentre nell'esempio olandese la Suprema Corte ha statuito che la legge nazionale deve essere interpretata in modo da consentire al padre di un figlio nato fuori dal matrimonio di richiedere l'esercizio della potestà congiunta dei genitori, anche se la madre non è d'accordo. Un simile approccio sembra essere seguito in Spagna.

26. Con l'eccezione dei pochi paesi in cui un diritto di veto di uno dei genitori è esplicitamente previsto nella legislazione nazionale, la soluzione più comune dedotta dalle legislazioni nazionali è che un giudice decide l'esito dell'eventuale controversia tra i genitori conseguente alla richiesta di uno di essi, tenendo presente l'interesse superiore del bambino. Tutti gli Stati membri sottolineano l'importanza del maggior interesse del bambino nelle decisioni riguardanti l'attribuzione dell'affidamento. In questo contesto, nel determinare l'interesse superiore del minore i tribunali nazionali comunemente prendono in considerazione le posizioni dei genitori e del bambino e le circostanze particolari del caso, con riguardo, *tra l'altro*, all'interesse e all'impegno per il bambino dimostrati da ciascun genitore.

27. In sintesi, e come riconosciuto anche dal Governo, l'indagine conferma che pur esistendo diversi approcci negli Stati membri, la maggior parte degli stessi prevede la partecipazione paterna all'affidamento, se i genitori non erano sposati, in alcuni casi a prescindere dalla volontà della madre, in altri comunque per ordine del tribunale e a seguito di una valutazione degli interessi del bambino.

LA LEGGE

I. PRESUNTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE ADOTTATA IN ESECUZIONE DELL'ART 8

28. La parte ricorrente lamentava ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione che le decisioni giudiziarie rifiutando l'affidamento congiunto avessero violato il suo diritto al rispetto della propria vita familiare, e ai sensi dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione che l'applicazione dell'articolo 1626a § 2 del codice civile, fosse pari a una ingiustificata discriminazione per motivi di genere nei confronti dei padri non sposati e al confronto con i padri divorziati.

L'articolo 8 prevede:

"1. Ogni individuo ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto eccetto quella che sia necessaria, conformemente alla legge, in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica o del benessere economico del paese, per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la tutela dei diritti e delle libertà altrui. "

L'articolo 14 recita come segue:

"Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella [convenzione] deve essere assicurato senza distinzione di alcuna specie, quali quelle di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, origine nazionale o sociale, appartenenza ad una minoranza nazionale, proprietà, nascita o altro status ".

1. Gli argomenti adottati dal Governo

29. Il Governo ha sostenuto che l'articolo 1626a, § 2 del Codice Civile si giustificava per le differenze che caratterizzavano i contesti reciproci dei figli nati fuori dal matrimonio e di quelli nati nel matrimonio, differenze che vanno dai rapporti integri tra padre-figlio, a quelli caratterizzati dall'indifferenza del padre. Con l'affidamento originario alla madre, la cui identità – diversamente da quella del padre - è stabilita sin dal momento della nascita, si intendeva avere una chiara attribuzione a fini di certezza del diritto, per avere sin dall'inizio una determinazione vincolante del rappresentante legale per la tutela del minore in questione. L'imposizione di una istanza di entrambi i genitori per l'esercizio congiunto della potestà si è basata sul presupposto che genitori che non potessero concordare una dichiarazione di affidamento era altamente probabile che sarebbero entrati in conflitto quando fossero state in gioco questioni specifiche riguardanti l'esercizio della stessa potestà, potendo causare conflitti dolorosi, dannosi per gli interessi del bambino.

30. Il Governo inoltre ha sottolineato che la Corte costituzionale federale aveva fatto obbligo al legislatore di tenere sotto osservazione tutti gli sviluppi e di verificare se le ipotesi che aveva fatto in sede di formazione delle norme in questione fossero risultate sostenibili alla prova dei fatti. Per adempiere a tale

obbligo il Governo ha adottato varie misure quali la raccolta di dati statistici e indagini sul campo. Un progetto di ricerca in materia di affidamento congiunto relativo ai genitori non sposati era stato avviato nel marzo 2009. Tuttavia, tali indagini non hanno ancora prodotto alcun risultato definitivo.

31. Secondo il Governo, l'interferenza con i presunti diritti del padre, dipendente dalla disposizione di legge che subordina l'affidamento congiunto all'approvazione della madre, si è resa necessaria in una società democratica, per il giustificato obiettivo di tutela del prevalente interesse del minore, anche se non esisteva un consenso europeo sulla questione. Mentre è vero che la maggior parte degli Stati membri, disponeva la partecipazione paterna all'affidamento nel caso che i genitori non fossero sposati, sia a prescindere dalla volontà della madre, sia almeno con ordinanza giudiziaria a seguito di una valutazione degli interessi del bambino, altri paesi europei (come l'Austria, Liechtenstein, Svizzera e Danimarca) avevano regole simili a quelle in vigore in Germania. Pertanto la Corte non doveva valutare in astratto la previsione di legge, ma piuttosto il modo concreto in cui le regole erano state applicate al ricorrente, e si sarebbe dovuto tenere in conto l'accordo dei genitori, con l'aiuto del servizio sociale per i minori, che ha garantito il contatto ricorrente con il bambino per ben quattro mesi ogni anno. Pertanto, il ricorrente aveva avuto l'opportunità di svolgere un ruolo importante nella vita di sua figlia. Non era stato discriminato dalla sentenza a favore della madre e la sentenza non aveva neppure discriminato tra padri sposati o divorziati. La situazione della madre e la situazione del padre non sono del tutto paragonabili, dato che non è possibile stabilire a priori la paternità se i genitori non sono stati sposati. Pur tenendo in conto per quanto possibile, gli interessi di tutte le parti, le disposizioni del codice civile considerate non sono legate al genere, ma, nel caso di figli nati fuori del matrimonio, hanno cercato di regolamentare la potestà in modo equilibrato. Inoltre, la legge tedesca disponeva che l'affidamento congiunto era collegato al consenso della madre, indipendentemente dal fatto che i genitori fossero sposati o no. Infine il Governo ha sostenuto che, date le circostanze del caso di specie, non si può escludere che l'ordine di affidamento congiunto potrebbe causare conflitti tra i genitori e sarebbe quindi in contrasto con l'interesse superiore del bambino.

2. La tesi del ricorrente

32. Il ricorrente ha sostenuto che l'interesse di un figlio nato fuori dal matrimonio non può giustificare che un padre che ha dimostrato cura per il bambino in passato non possa ottenere l'affidamento congiunto. L'ipotesi che l'affidamento congiunto contro la volontà della madre fosse necessariamente a scapito degli interessi del bambino è rimasta una semplice speculazione. Ai sensi della legge applicabile, le autorità e i giudici non hanno nemmeno bisogno di prendere in considerazione l'interesse superiore del bambino, dato che la legge ha esplicitamente previsto che un padre non può ottenere l'affidamento congiunto, senza il consenso della madre. Inoltre, nel caso di specie, la bambina non era stata sentita. L'Articolo 1626 a § 2 del codice civile si basa sul presupposto che i padri dei bambini nati fuori dal matrimonio sono meno adatti a

esercitare la custodia in confronto alle madri. Il ricorso in esame, tuttavia, ha dimostrato il contrario, perché in realtà la cura del ricorrente per la figlia era stata eccellente. Inoltre, la Repubblica federale di Germania non aveva dato ragioni sufficienti nel caso di specie, per escludere il diritto del ricorrente all'affidamento, che lo stesso era disposto ad esercitare. Il legislatore tedesco aveva assunto che il diritto di un padre per l'affidamento non era giustificato in considerazione della asserita diffusa instabilità nella società dei rapporti con i figli nati fuori dal matrimonio, ignorando così i nuovi dati sul crescente numero di coppie non sposate, che erano disposte ad esercitare l'affidamento congiunto. È dunque inaccettabile escludere in generale l'affidamento congiunto a favore dei padri di figli nati fuori dal matrimonio solo a causa di esperienze negative nell'esercizio di potestà congiunta da parte di coppie con rapporti instabili. Inoltre, il legislatore non aveva adempiuto adeguatamente al suo obbligo di prendere in esame gli sviluppi attuali e recenti.

33. Poiché la paternità del ricorrente era stata certificata fin dal principio, non vi era alcuna situazione di incertezza giuridica nel caso di specie. Inoltre, il ricorrente ha ritenuto inaccettabile supporre che la madre di un figlio nato fuori dal matrimonio sia considerata *a priori* più adatta del padre per esercitare la custodia semplicemente perché aveva dato alla luce quel bambino. Tuttavia, il difetto della legge attualmente in vigore nell'ordinamento interno non sarebbe rappresentato tanto dal fatto che la madre possa inizialmente ottenere il diritto di affidamento esclusivo, quanto piuttosto dal fatto che il padre non abbia avuto la possibilità di modificare tale decisione. Anche se il rifiuto della madre a produrre una dichiarazione congiunta di affidamento sia stato completamente arbitrario, il padre non avrebbe avuto alcuna possibilità di far sostituire tale dichiarazione da un ordine del tribunale ai sensi dell'articolo 1672 § 1 del Codice Civile. La situazione giuridica violata è costituita, in particolare, dal diritto del padre al rispetto della sua vita familiare, considerata anche la situazione specifica per la quale lo stesso aveva avuto contatti con la bambina per una considerevole quantità di tempo ed era pure in stretto contatto con lei. Per quanto riguarda l'articolo 14, il ricorrente ha sostenuto che la legge applicabile è discriminatoria nei propri confronti in base al sesso e senza una giustificazione sufficiente per la qualità di padre non sposato. L'interesse del bambino non avrebbe dovuto permettere alla madre di porre il veto su una dichiarazione d'affidamento congiunto. Inoltre, il ricorrente non ha avuto la possibilità di superare tale diritto di veto ricorrendo ad una decisione del giudice.

3. La valutazione della Corte

34. Tenuto conto della presunta discriminazione nei confronti del ricorrente nella sua qualità di padre di un figlio nato fuori dal matrimonio, il Tribunale ritiene opportuno esaminare il primo caso di cui all'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

A. Applicabilità

35. La Corte ribadisce che l'articolo 14 integra solo le altre disposizioni sostanziali della Convenzione e dei protocolli. Esso non ha un'esistenza indipendente dal momento che ha effetto solo in relazione al "godimento dei diritti e delle libertà" salvaguardato da quelle disposizioni. Anche se l'applicazione dell'articolo 14, non presuppone una violazione delle varie disposizioni - e in tal senso è autonoma - non si può dar luogo alla sua applicazione a meno che i fatti controversi non rientrino nell'ambito di applicazione di una o più di esse (v., tra le tante altre decisioni, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, Sentenza del 28 maggio 1985, serie A no. 94, § 71, e *Karlheinz Schmidt / Germania*, Sentenza del 18 luglio 1994, serie A no. 291-B, § 22).

36. Occorre quindi stabilire se l'articolo 8 della Convenzione è applicabile nel caso di specie.

37. In questo contesto, la Corte ribadisce che la nozione di famiglia ai sensi della presente disposizione non si limita alle relazioni basate sul matrimonio e può includere altri "legami" *de facto* di tipo familiare in cui le parti sviluppano una convivenza fuori dal matrimonio. Un figlio nato fuori da un tale rapporto è *ipso jure* parte di questa unità di "famiglia" dal momento e per il fatto stesso della sua nascita. Pertanto, tra il bambino e i suoi genitori, esiste un legame riconducibile alla vita familiare (cfr. *Keegan c. Irlanda*, Sentenza del 26 maggio 1994, serie A no. 290, § 44). L'esistenza o non esistenza di "vita familiare" ai sensi dell'articolo 8, è essenzialmente una questione di fatto a seconda della reale esistenza, in pratica, di stretti legami personali, in particolare l'interesse dimostrabile e l'impegno da parte del padre per il bambino sia prima che dopo la nascita (v., tra le altre autorità, *LEBBINK c. Paesi Bassi*, No. 45582/99, § 36, CEDU 2004-IV).

38. La Corte rileva inoltre che il godimento reciproco da parte di un genitore e di un bambino della reciproca compagnia costituisce un elemento fondamentale della vita familiare, anche se il rapporto tra i genitori è crollato, e che le misure nazionali che ostacolano tale godimento comportano una interferenza con il diritto tutelato dall'articolo 8 (vedi, tra gli altri, *Johansen v. Norvegia*, Sentenza del 7 agosto 1996, *Raccolta delle sentenze e delle decisioni 1996-III*, pp. 1001-1002, § 52, e *Elsholz / Germania* [GC], no. 25735/94, § 43, CEDU 2000-VIII).

39. La Corte osserva che nel caso di specie la paternità del ricorrente è stata riconosciuta fin dall'inizio ed egli ha vissuto insieme con la madre e la bambina fino a quando la figlia ha raggiunto l'età di tre anni e mezzo. Dopo la separazione dei genitori nel 1998, la bambina ha continuato a vivere per più di due anni con il ricorrente. Dal 2001, la bambina ha vissuto con la madre, mentre il padre ha goduto di ampi diritti di contatto, durante i quali ha provveduto alle necessità quotidiane della bambina.

40. Ne consegue che i provvedimenti controversi nel caso di specie, vale a dire le decisioni che hanno respinto la domanda del ricorrente per l'affidamento congiunto, il diritto di esercitare l'autorità parentale in comune per quanto riguarda, *tra l'altro*, l'istruzione di sua figlia, la cura e la determinazione del luogo in cui si dovrebbe vivere, sono riconducibili a un'interferenza con il diritto

del ricorrente al rispetto della sua vita familiare, come sancito dal paragrafo 1 dell'articolo 8 della Convenzione.

41. Il Tribunale ritiene quindi che i fatti del presente caso ricadono immediatamente nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 della Convenzione e che, di conseguenza, l'articolo 14 è applicabile.

B. Compliance

42. La Corte ribadisce che, nel godimento dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione, l'articolo 14 offre una protezione contro le disparità di trattamento, prive di una giustificazione oggettiva e ragionevole, di persone in situazioni analoghe (vedi, tra le altre autorità, *Hoffmann v. Austria*, 23 giugno 1993, § 31, serie A no. 255-C).

43. A questo proposito il Tribunale rileva che il ricorrente nella sua qualità di padre di un figlio nato fuori dal matrimonio si lamentava da un lato di un trattamento diverso rispetto a quello riservato alla madre, in quanto egli non ha avuto la possibilità di ottenere l'affidamento congiunto, senza il consenso di quest'ultima. In secondo luogo, si lamentava di un trattamento diverso rispetto agli sposati o padri divorziati, che sono in grado di mantenere l'affidamento congiunto dopo il divorzio o una separazione dalla madre.

44. Per quanto riguarda la situazione dei padri di bambini nati nel matrimonio rispetto a quella dei padri di bambini nati fuori dal matrimonio nell'ambito della legge vigente, la Corte osserva che le disposizioni legali applicabili contengono norme diverse e danno luogo ad una disparità di trattamento tra le due categorie di genitori. La prima categoria di genitori ha il diritto di affidamento congiunto, fin dall'inizio, e anche dopo il divorzio, che può essere limitato o sospeso, solo se necessario, da un tribunale della famiglia, nell'interesse del bambino. La Corte rileva d'altra parte che l'autorità dei genitori su un figlio nato fuori dal matrimonio è attribuita alla madre, salvo il consenso di entrambi i genitori nell'effettuare una richiesta di affidamento congiunto. Mentre le specifiche disposizioni non escludono categoricamente la possibilità che il padre possa ottenere l'affidamento congiunto in futuro, gli articoli 1666 e 1672 del codice civile prevedono che il giudice della famiglia può trasferire l'affidamento al padre del bambino, se il benessere di quest'ultimo è minacciato da negligenza da parte della madre o se uno dei genitori presenta specifica istanza con il consenso dell'altro genitore. In mancanza di tali presupposti, vale a dire se il benessere del bambino non è compromesso e se non c'è il consenso della madre ad un trasferimento di potestà, come è stato stabilito nel caso di specie, la legge tedesca non prevede la valutazione giudiziaria sulla miglior rispondenza all'interesse del bambino per l'attribuzione della potestà congiunta ad entrambi i genitori.

45. La Corte ribadisce che, in casi derivanti da applicazioni individuali, non è suo compito esaminare la normativa nazionale in astratto, ma che deve esaminare il modo in cui tale normativa è stata applicata al ricorrente in particolari circostanze e se la sua applicazione nel caso di specie ha portato ad

una differenza ingiustificata nel trattamento dello stesso (v. *Sommerfeld c. Germania* [GC], no. 31871/96, § 86, CEDU 2003-VIII).

46. Per quanto riguarda le circostanze del caso di specie, il Tribunale rileva che i giudici tedeschi hanno respinto la domanda del ricorrente per l'affidamento congiunto della figlia, perché ai sensi dell'art 1626a del codice civile, in assenza di una dichiarazione volta all'affidamento congiunto di entrambi i genitori, la madre ha l'affidamento esclusivo. L'approccio adottato dai giudici tedeschi nel caso di specie rispecchia in pieno la normativa di base. Di conseguenza, poiché non era prevista dalla legislazione nazionale alcuna possibile decisione alternativa, i giudici nazionali non hanno considerato se la concessione di un affidamento congiunto avesse messo a repentaglio il benessere della bambina in questo singolo caso o se, al contrario, la concessione di un affidamento congiunto corrispondesse al migliore interesse della bambina. Il punto cruciale è che l'affidamento congiunto contro la volontà della madre di un figlio nato fuori del matrimonio è *prima facie* considerato come non conforme all'interesse del bambino.

47. Sia il Tribunale distrettuale di Colonia che la Corte d'Appello hanno fatto riferimento alla sentenza della Corte costituzionale federale del 29 gennaio 2003, nella quale quest'ultimo giudice ha motivato dettagliatamente in merito al conflitto tra l'art 1626a del codice civile e i diritti al rispetto della loro vita familiare dei padri dei figli nati fuori dal matrimonio. La Corte costituzionale federale ha constatato che il benessere del bambino richiedeva l'individuazione di una persona al momento della nascita, che potesse agire in sua vece in modo giuridicamente vincolante. In considerazione delle condizioni di vita molto diverse in cui quei bambini sono nati, si è generalmente giustificata la concessione dell'affidamento esclusivo alla madre, e non al padre, il quale in ogni caso, potrebbe ottenere l'affidamento, tramite una dichiarazione congiunta.

48. Secondo le decisioni del giudice sopra richiamate e la legislazione di base, la Corte ritiene che non vi è ragione sufficiente per concludere che vi sia stata una disparità di trattamento per quanto riguarda l'attribuzione di affidamento al ricorrente nella sua qualità di padre di un bambino nato fuori dal matrimonio rispetto alla posizione della madre e in confronto con quella dei padri sposati. Il Governo ha affermato a questo proposito che la situazione della madre e quella del padre non potevano essere considerate del tutto comparabili, in quanto, in contrasto con la maternità, che è stata istituita dalla nascita del bambino, non è possibile stabilire a priori la paternità se il padre non era sposato con la madre. Il Tribunale ritiene che questi argomenti sono rilevanti nel determinare se la differenza di trattamento era giustificata (si veda *Rasmussen / Danimarca*, 28 novembre 1984, § 37, serie A no. 87).

49. Come è ormai giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, una disparità di trattamento è discriminatoria ai sensi dell'articolo 14, se non ha alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole, se non persegue uno scopo legittimo o se non c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (v., in particolare, *Inze v. Austria*, 28 ottobre 1987, § 41, serie A no. 126, e *Mazurek contro Francia*, no. 34406/97, § 48, CEDU 2000-II).

50. Gli Stati contraenti godono di un margine di discrezionalità nel valutare se e in quale misura le differenze in situazioni, altrimenti simili, giustifichino una disparità di trattamento (cfr. *Abdulaziz, Cabales e Balkandali*, Cit, pp. 35-36, § 72). Il campo di applicazione del margine di apprezzamento varierà a seconda delle circostanze, dell'oggetto e del contesto; a questo proposito, uno dei fattori rilevanti può essere costituito dall'esistenza o meno di un terreno comune tra le legislazioni degli Stati contraenti (v. , tra gli altri, *Petrovic c. Austria*, 27 marzo 1998, § 38, *Raccolta delle sentenze e delle decisioni* 1998-II).

51. Tuttavia, la Corte ha già affermato che devono esistere ragioni molto gravi a giustificazione di una disparità di trattamento compatibile con la Convenzione in base al sesso o alla nascita dentro o fuori dal matrimonio (v. *Karlheinz Schmidt / Germania*, Già citata, e § 24; *Mazurek contro Francia*, Già citata, § 49). Lo stesso vale per una differenza di trattamento del padre di un bambino nato da una relazione in cui le parti hanno stabilito una convivenza fuori dal matrimonio, rispetto al padre di un bambino nato da una relazione fondata sul matrimonio (v. *Sommerfeld c. Germania*, Già citata, § 93).

52. La Corte rileva che le decisioni dei tribunali nazionali impugnate erano basate sull'articolo 1626a del codice civile, che di per sé è volto a tutelare al meglio gli interessi di un figlio nato fuori dal matrimonio, individuando il suo legale rappresentante per evitare contenziosi tra i genitori sulle questioni relative all'esercizio della potestà. In tal modo la decisione ha perseguito un obiettivo legittimo, ai fini di cui all'articolo 14.

53. La Corte riconosce che consentire ai genitori di un figlio nato fuori dal matrimonio di concordare l'affidamento congiunto costituisce un tentativo da parte del legislatore di metterli in una certa misura sullo stesso piano, come genitori sposati che si erano impegnati con il matrimonio ad assumersi la responsabilità vicendevole e per i loro figli.

54. Inoltre, la Corte è consapevole del fatto che esistono differenze nei rispettivi contesti di nascita di figli di genitori che non sono sposati, che vanno dalle relazioni in cui l'identità del padre non è stabilita, o nelle quali lo stesso non vuole assumersi la responsabilità per il bambino, a quelli in cui il padre, partecipa a pieno titolo all'educazione del bambino e in cui il bambino cresce in un ambiente che è praticamente indistinguibile da un ambiente basato su uno stabile matrimonio dei genitori.

55. La Corte riconosce che in vista di queste diverse situazioni di vita dei figli nati fuori dal matrimonio e, in assenza di una dichiarazione congiunta sulla potestà genitoriale, per la tutela degli interessi del bambino, è giustificato attribuire inizialmente la potestà genitoriale sul figlio alla madre, al fine di garantire che vi sia una persona al momento della nascita, che possa agire per lui in un modo giuridicamente vincolante.

56. La Corte riconosce, inoltre, che possano esistere validi motivi per negare ai padri non sposati una partecipazione alla potestà genitoriale, come potrebbe essere nel caso in cui i rapporti o la mancanza di comunicazione tra i genitori rischiano di compromettere il benessere del bambino. Tuttavia, nulla consente di affermare che un atteggiamento del genere sia una caratteristica ricorrente del rapporto tra padri non sposati e loro figli.

57. La Corte osserva, in particolare, che le considerazioni di cui sopra non si applicano nel caso del richiedente. La paternità del ricorrente è stata certificata fin dall'inizio, egli ha vissuto insieme con la madre e la bambina fino a quando la figlia ha raggiunto l'età di tre anni e mezzo e per ulteriori due anni dopo la separazione dei genitori, più di cinque anni in totale. Dopo che la bambina si era trasferita a vivere con la madre, il padre ha sempre goduto di ampi diritti di contatto e ha provveduto alle necessità quotidiane della bambina. Tuttavia, al ricorrente è stato impedito per disposizione di legge, sin dall'inizio, di richiedere un esame di legittimità in merito all'utilità dell'attribuzione dell'autorità genitoriale congiunta nell'interesse superiore della bambina e di valutare la possibilità di un ordine sostitutivo del tribunale rispetto all'arbitrarietà di una possibile opposizione della madre ad accettare l'affidamento congiunto.

58. La Corte non è convinta dalla tesi sostenuta dal Governo e inserita nel ragionamento della Corte costituzionale federale, secondo cui il legislatore può legittimamente supporre che, se i genitori vivono insieme, ma la madre ha rifiutato di fare una dichiarazione congiunta di affidamento, il caso costituisce l'eccezione giustificata da seri motivi di rifiuto da parte della madre, basati sull'interesse del bambino. In questo contesto, la Corte accoglie con favore le misure intraprese dal Governo allo scopo di adempiere al mandato della Corte costituzionale federale di tenere sotto osservazione gli sviluppi effettivi e di verificare se le ipotesi che aveva fatto in sede di formazione delle norme in questione siano risultate sostenibili alla prova dei fatti. Tuttavia, si osserva che tali indagini non hanno ancora prodotto risultati chiari e che esse comunque indicano che le motivazioni delle madri nel contestare l'autorità genitoriale congiunta non sono necessariamente basate su considerazioni relative agli interessi del bambino.

59. Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte non può condividere l'assunto che l'affidamento congiunto contro la volontà della madre è *prima facie* contrario all'interesse del bambino.

60. Allo stesso tempo, considerato l'ampio margine di apprezzamento di cui godono le autorità, in particolare al momento di decidere sulle questioni connesse alla materia dell'affidamento (vedi *Sommerfeld c. Germania*, Già citata, § 63), la Corte ritiene che si debba considerare anche il contesto evolutivo della politica europea in questo settore e il crescente numero di genitori non sposati. La Corte ribadisce, in tale contesto che la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretata alla luce delle condizioni attuali (v., tra le altre autorità, *Marckx v. Belgio*, 13 giugno 1979, § 41, serie A no. 31, e *Johnston e altri contro l'Irlanda*, 18 dicembre 1986, § 53, serie A no. 112). In questo contesto, la Corte osserva, che, anche se non esiste un consenso europeo sul fatto che i padri di figli nati fuori dal matrimonio hanno il diritto di chiedere l'affidamento congiunto anche senza il consenso della madre, il punto di partenza comune, nella maggior parte degli Stati membri, appare essere il fatto che le decisioni in materia di attribuzione di affidamento devono essere basate sul migliore interesse del bambino e che, in caso di conflitto tra i genitori, l'attribuzione dovrebbe essere soggetta al controllo da parte dei tribunali nazionali.

61. La Corte non è convinta della tesi espressa a questo proposito dal Governo secondo la quale, date le circostanze del caso di specie, non si può escludere che l'ordine di affidamento congiunto da parte di un tribunale potrebbe causare conflitti tra i genitori e sarebbe quindi in contrasto con il miglior interesse del bambino. Se è vero che i procedimenti giudiziari per l'attribuzione della potestà genitoriale costituiscono sempre un potenziale stato di ansia per un bambino, la Corte rileva che la legge nazionale prevede una radicale rivedibilità giudiziaria della attribuzione della potestà genitoriale e un intervento per la risoluzione dei conflitti tra i genitori separati in casi in cui il padre ha detenuto precedentemente la potestà genitoriale, vuoi perché i genitori erano sposati al momento della nascita, vuoi perché si erano sposati successivamente, vuoi perché avevano optato per l'autorità genitoriale congiunta. In tal caso i genitori mantengono l'affidamento congiunto a meno che il giudice, su richiesta di uno dei due, assegni l'affidamento esclusivo in conformità con l'interesse superiore del minore ai sensi dell'articolo 1671 del codice civile.

62. La Corte ritiene che il Governo non ha esposto ragioni sufficienti per giustificare che la situazione in esame debba consentire un minor controllo giudiziario rispetto a quei casi e a quelle ragioni, dal momento che il ricorrente è stato riconosciuto come un padre e ha agito in quel ruolo, né per spiegare perché dovrebbe essere trattato in modo diverso da un padre che aveva inizialmente esercitato la potestà e poi si era separato dalla madre o aveva divorziato.

63. Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte conclude che per quanto riguarda la discriminazione di cui trattasi non c'è stato un ragionevole rapporto di proporzionalità tra l'esclusione generale del sindacato giurisdizionale di attribuzione iniziale di affidamento esclusivo alla madre e lo scopo perseguito, vale a dire la tutela degli interessi di un figlio nato fuori del matrimonio.

64. Vi è stata pertanto una violazione dell'articolo 14 della Convenzione, insieme con l'articolo 8 nel caso di specie.

65. Vista questa conclusione, la Corte ritiene che non sia necessario determinare se vi sia stata anche una violazione dell'articolo 8 della Convenzione assunta da sola.

II. APPLICAZIONE DELL 'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

66. All'articolo 41 della Convenzione si afferma:

"Se la Corte riscontra che vi è stata una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente interessata permette di garantire solo una parziale riparazione, la Corte, se necessario, può attribuire un adeguato risarcimento alla parte danneggiata".

A. Danno

67. Il ricorrente, facendo leva sul caso *Elsholz (Elsholz / Germania)* [GC], no. 25735/94, CEDU 2000-VIII), ha chiesto una somma di almeno 15.000 euro (EUR) in materia di danno non patrimoniale per il dolore e la frustrazione che ha

sofferto per non essere stato ufficialmente riconosciuto nel suo ruolo di padre e per non essere stato in grado di contribuire attivamente alle decisioni chiave nei confronti di sua figlia.

68. Il Governo, pur lasciando la questione alla discrezionalità della Corte, ha considerato eccessivo l'importo richiesto dal ricorrente.

69. La Corte ritiene che non si può speculare sul fatto che al ricorrente sarebbe stata concessa la potestà genitoriale, se i giudici nazionali avessero verificato la fondatezza della sua richiesta, in conformità con la Convenzione dei diritti. Tenendo inoltre conto del fatto che il ricorrente - a differenza del padre nel caso *Elsholz* - ha goduto di un contatto regolare con sua figlia nel corso del procedimento, il Tribunale ritiene che la constatazione della violazione costituisce da sola sufficiente soddisfazione di qualsiasi danno non patrimoniale subito dal ricorrente.

B. costi e le spese

70. Il richiedente ha chiesto **3.696,55** EUR per i costi e le spese sostenute dinanzi ai giudici nazionali e 3.311,59 euro per quelle sostenute dinanzi alla Corte.

71. Il Governo ha contestato il credito per le spese dinanzi alla Corte.

72. Secondo la giurisprudenza della Corte, il richiedente ha diritto al rimborso delle spese solo nella misura in cui è stato dimostrato che queste siano state effettivamente sostenute, **siano** state necessarie e siano quantitativamente ragionevoli. Nel caso di specie, tenuto conto delle informazioni in suo possesso e dei criteri di cui sopra, la Corte ritiene che la somma richiesta deve essere versata integralmente.

C. Interessi di mora

73. La Corte ritiene opportuno che gli interessi di mora devono essere basati sul tasso marginale di finanziamento della Banca centrale europea, a cui vanno aggiunti tre punti percentuali.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE

- 1.*Decide* con 6 voti a 1 che vi sia stata una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8;
- 2.*Decide* all'unanimità che non vi è alcuna necessità di esaminare separatamente la denuncia ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione;
- 3.*Decide* all'unanimità che l'accertamento di una violazione costituisce di per sé soddisfazione sufficiente per il danno morale subito dal ricorrente;

4. *Decide* all'unanimità

(a) che lo Stato convenuto sia tenuto a pagare al ricorrente, entro tre mesi dalla data in cui la sentenza diviene definitiva, ai sensi dell'articolo 44 § 2 della Convenzione, EUR 7.008,14, più eventuali ritenute fiscali che possono essere a carico del ricorrente, in materia di costi e spese,

(b) che dalla scadenza del termine di tre mesi di cui sopra, fino alla soluzione sia corrisposto l'interesse semplice **che** deve essere calcolato ad un tasso pari al tasso di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea maggiorato di tre punti percentuali, corrente durante il periodo predefinito;

5. *Respinge* all'unanimità l'ulteriore parte della richiesta di risarcimento della ricorrente.

Redatta in inglese, e notificata per iscritto il 3 dicembre 2009, a norma dell'articolo 77 § § 2 e 3, del regolamento della Corte.

Stephen Phillips Peer Lorenzen
Vice-cancelliere Il presidente

In conformità con l'articolo 45 § 2 della Convenzione e l'articolo 74 § 2 del regolamento della Corte, alla presente sentenza è allegata l'opinione dissenziente del giudice Schmitt.

P.L.
S.P.

Opinione dissenziente del GIUDICE SCHMITT

1. Non posso sottoscrivere la conclusione che vi sia stata una violazione dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione. In considerazione dell'ampio margine di discrezionalità delle autorità nazionali e alla luce delle particolari circostanze del caso di specie, l'interferenza con il diritto del ricorrente al rispetto della sua vita familiare è necessaria in una società democratica ai sensi dell'articolo 8 e qualunque disparità di trattamento in confronto con la madre o un padre divorziato è giustificata ai sensi dell'articolo 14.

2. Vedo che il ricorrente non aveva alcuna possibilità di ottenere l'affidamento congiunto contro la volontà della madre e che gli era stato impedito a norma di legge di chiedere il controllo giurisdizionale. Ma la Corte consente alle autorità nazionali e ai giudici, in particolare, un ampio margine di apprezzamento in merito alle decisioni relative alla custodia dei figli, diversamente dal caso di restrizioni al diritto di contatto dei genitori (cfr. *Görgülü / Germania*, No. 74969/01, § 42, 26 febbraio 2004, e *Sommerfeld c. Germania* [GC], no. 31871/96, § 63, CEDU 2003-VIII). Diversamente dalla maggioranza, credo che nel caso di specie questo ampio margine di discrezionalità non è stato superato dalle norme interne e dalle decisioni dei tribunali basate su di esse. Il ragionamento alla base delle pertinenti disposizioni di legge, in particolare l'articolo 1626a, § 2 del Codice Civile, è sostenibile e in particolare non può essere rifiutato nel caso della ricorrente. Il legislatore tedesco ha pienamente riconosciuto e considerato i problemi che sorgono per il padre dalla posizione privilegiata della madre e ha deliberatamente deciso contro la cosiddetta "forzata armonia" (che significa la possibilità giuridica di affidamento congiunto dei genitori per decisione del tribunale). L'esposizione della relazione presentata dalla commissione giuridica del Parlamento Federale Tedesco nel contesto della deliberazione sulla legge che modifica il diritto di famiglia chiarisce che gli interessi del padre e i problemi connessi alla soluzione proposta non solo erano pienamente considerati nella valutazione del processo, ma che le disposizioni di legge si basano su un attento esame e un ragionamento difendibile.

3. Il ragionamento del legislatore tedesco si basa principalmente sul concetto di certezza del diritto e sulla tutela degli interessi del bambino, quest'ultima è anche un fattore importante per la giurisprudenza della Corte (v. *Sahin c. Germania* [GC], no. 30943/96, § 94, CEDU 2003-VIII). Il Parlamento potrebbe legittimamente presumere che, nel caso di figli nati fuori del matrimonio, l'affidamento congiunto ad entrambi i genitori contro la volontà della madre per ordine del tribunale sia contrario agli interessi del bambino. Questo è particolarmente vero quando i genitori non vivono insieme, come nel caso di specie. Questo punto cruciale è stato sottolineato dalla Corte costituzionale federale nella sua sentenza del 29 gennaio 2003, che ha confermato l'approccio giuridico costituzionale. Se i genitori non hanno reso una dichiarazione congiunta di affidamento, mentre vivevano insieme (nel caso di specie, fino a

quando il bambino era di tre anni e mezzo), è ancora più giustificata l'ipotesi del legislatore che l'affidamento congiunto, dopo la separazione dei genitori e l'esperimento delle procedure per l'affido, applicato per ordine del tribunale, di regola comporta più svantaggi che vantaggi per il bambino. In tal caso è evidente che non esiste alcuna base per la cooperazione tra i genitori e quindi è infondato che l'affidamento congiunto sia nel miglior interesse del bambino.

4. Ciò vale in particolare perché l'ipotesi sottesa dall'approccio normativo non può essere rifiutata neppure nel caso in cui versa il ricorrente. Occorre ricordare che la Corte - come regola generale - non prende in considerazione la situazione giuridica astratta, ma il modo in cui le regole vengono applicate al ricorrente nelle date circostanze specifiche. Per quanto attiene a questo principio, devono essere considerati i seguenti fatti. Prima che la Corte costituzionale federale decidesse la questione di legittimità costituzionale dell'art 1626a del codice civile, i giudici nazionali, peraltro, avevano valutato, nel contesto della richiesta di assistenza legale per l'istanza di affidamento, se la concessione di un affidamento congiunto può mettere a repentaglio il benessere dei bambini e avevano risposto a questa domanda in modo affermativo. La Corte distrettuale di Colonia aveva deliberato in una decisione del 29 agosto 2002 in occasione di "una controversia tra i genitori su questioni fondamentali". Essa ha inoltre dichiarato esplicitamente che l'affidamento congiunto dei genitori, non sarebbe nell'interesse del bambino e che la controversia tra i genitori sarebbe anche un motivo decisivo per revocare l'affidamento congiunto. La Corte d'appello di Colonia si è espressa in modo ancora più esplicito in una decisione del 19 luglio 2002, quando ha spiegato che il ricorrente, "a prescindere dalla sezione dell' Art. 1626a del codice civile", non avrebbe potuto ottenere l'affidamento congiunto perché non è nell'interesse del bambino. Alla luce di queste osservazioni da parte dei giudici nazionali - anche se solo nel contesto della domanda del ricorrente per l'assistenza legale e non nella causa principale - non sono d'accordo con la maggioranza, che respinge l'argomento del Governo secondo il quale, nelle circostanze del presente caso, l'ordine di custodia congiunta di un tribunale potrebbe provocare conflitti tra i genitori e sarebbe quindi in contrasto con l'interesse superiore del bambino. Inoltre, è da considerare a questo proposito che il ricorrente esercita un diritto relativamente esteso, vale a dire ben quattro mesi l'anno, di contatto senza problemi, che gli dà l'opportunità di svolgere un ruolo importante nella vita di sua figlia.

5. Inoltre, non sono d'accordo con la maggioranza sul fatto che, nel caso di specie, la Corte può superare l'ampio margine di apprezzamento delle autorità con l'affermazione che la Convenzione è uno strumento vivente e che deve essere interpretata alla luce delle condizioni di oggi. Come la maggioranza non vedo un consenso europeo su questo tema. La sentenza precisa giustamente che solo un numero limitato di paesi affronta esplicitamente la questione della mancanza di un accordo tra i genitori. Anche se la maggior parte degli Stati membri possono prevedere l'esame da parte del giudice in caso di conflitto tra i genitori, le disposizioni e i principi giuridici sono molto diversi nei dettagli e non possono essere confrontati tra di loro, come dimostra. un'indagine di diritto

comparato sulla potestà genitoriale sul figlio nato fuori dal matrimonio. Dove non esiste un approccio uniforme, a mio parere, deve essere accettato che ci sono un certo numero di possibili modi di risolvere il conflitto tra i diversi interessi in gioco. Inoltre, il comune punto di partenza della legislazione negli Stati membri è, come in Germania, l'interesse superiore del bambino. In considerazione di questo obiettivo comune e dell'assenza di un consenso tra gli Stati membri, io non sono convinto che si possa ritenere che l'unica soluzione conforme alla Convenzione sia che il padre abbia la possibilità di ottenere l'affidamento congiunto per decisione del tribunale contro la volontà della madre. Inoltre, è abbastanza in linea con le precedenti decisioni della Corte che la valutazione del Parlamento può anticipare la valutazione del processo senza prevedere una ponderazione degli interessi di ogni singolo caso (vedere *Evans c. Regno Unito*, No. 6339/05, § 65, 7 marzo 2006). È inoltre il caso di segnalare che il vantaggio di tale anticipazione è una legge chiara che prevede la certezza per le persone coinvolte.

6. Con riferimento a quanto precede, in particolare per gli interessi del bambino, io sono del parere che il ricorrente non è stato neanche oggetto di una discriminazione ingiustificata. Per di più, le situazioni della madre e del padre non sono del tutto comparabili; l'affidamento esclusivo della madre è, almeno inizialmente, necessario per ragioni di certezza del diritto, come la maggioranza riconosce. Il fatto che il padre non può ottenere in seguito l'affidamento congiunto è giustificato, come detto sopra, in particolare nel caso di una separazione, per la considerazione del benessere del minore, al fine di evitare contenziosi dolorosi tra i genitori a carico del bambino. Le norme legittimamente procedono dall'idea che i genitori che non riescono ad accordarsi sull'affidamento congiunto non sono neanche in grado di risolvere i difficili problemi derivanti dall'esercizio dello stesso. Inoltre, la situazione del ricorrente è del tutto paragonabile a quella dei padri divorziati sposati e dei padri che hanno esercitato l'affidamento congiunto sulla base di dichiarazioni comuni. Nel caso di genitori sposati l'affidamento congiunto è fondato su dichiarazioni comuni che si manifestano nel voto coniugale. Il diritto di un padre divorziato si basa quindi su una continuazione della posizione giuridica che è stata stabilita in precedenza da entrambi i genitori. Ciò è vero anche per i genitori che non sono sposati tra loro se hanno in precedenza esercitato l'affidamento congiunto per mezzo di una dichiarazione congiunta. Inoltre, in entrambi i casi l'affidamento congiunto è legato al consenso della madre. Diversamente, il legislatore avrebbe potuto legittimamente presumere che i genitori non intendono esercitare l'affidamento congiunto nel caso in cui non sono sposati e non fanno dichiarazioni comuni.

7. In ultima analisi, credo che vi sia un ragionevole rapporto di proporzionalità tra l'esclusione del sindacato giurisdizionale della iniziale concessione di un affidamento esclusivo alla madre e l'obiettivo perseguito, ossia la tutela del benessere del minore. Questo è particolarmente vero nel caso di specie, in cui i giudici tedeschi che hanno preso parte alle decisioni nel caso sopra citato hanno accertato che l'affidamento congiunto sarebbe contro gli interessi del bambino e hanno stabilito che per la stessa ragione dovrebbe essere

anche revocato se fosse stato stabilito in precedenza. Ciò evidenzia la validità della tesi della Corte costituzionale federale contenuta nella sentenza del 29 gennaio 2003, relativa ad un altro caso, nel quale si affermava che la legge applicabile, in particolare l'articolo 1626a, § 2 del codice civile non prevedendo un controllo giurisdizionale, non ha violato il diritto del padre al rispetto per la sua vita familiare, nella considerazione che, in caso di una grave controversia tra i genitori, non si può pretendere che i giudici debbano ritenere che l'affidamento congiunto risponda al miglior interesse del bambino. Conclusivamente, la diversa valutazione da parte della maggioranza, su questo caso concreto, significa che il legislatore nazionale è rimasto quasi senza alcun margine di discrezionalità per quanto riguarda i dettagli della regolamentazione dell'affidamento dei figli nati fuori del matrimonio. Ritengo che ciò è una conseguenza **eccessiva** della sentenza e avrei preferito un approccio più cauto in questa difficile materia. Per le ragioni che precedono, ho votato contro l'individuazione di una violazione dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

ZAUNEGGER V. GERMANIA SENTENZA

ZAUNEGGER V. GERMANIA SENTENZA - PARERE SEPARATO