



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, traduzione effettuata dalla dott.ssa Martina Scantamburlo, funzionario linguistico e da Rita Carnevali, assistente linguistico

Permission to re-publish this translation has been granted by the Italian Ministry of Justice for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

GRANDE CAMERA

CAUSA X E ALTRI c. AUSTRIA

(Ricorso n. 19010/07)

SENTENZA

STRASBURGO

19 febbraio 2013

Questa sentenza è definitiva. Può subire modifiche di forma.

Nella causa X e altri c. Austria,

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), riunita in una Grande Camera composta da:

Dean Spielmann, *presidente*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Nina Vajić,
Lech Garlicki,
Peer Lorenzen,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyeu,
Egbert Myjer,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Vincent A. de Gaetano,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
André Potocki, *giudici*,

e da Johan Callewaert, *cancelliere aggiunto della Grande Camera*,

Dopo aver deliberato in camera di consiglio il 3 ottobre 2012 e il 9 gennaio 2013,

Emette la seguente sentenza, adottata in tale data:

PROCEDURA

1. All'origine della causa vi è un ricorso (n°19010/07) presentato contro la Repubblica d'Austria con cui tre cittadini di questo Stato («i ricorrenti») hanno adito la Corte il 24 aprile 2007 in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («la Convenzione»). Il presidente della Grande Camera ha accolto la richiesta presentata dai ricorrenti di non divulgare la loro identità (articolo 47 § 3 del regolamento della Corte - «il regolamento»).

2. Innanzi alla Corte i ricorrenti sono stati rappresentati dall'avv. H. Graupner, del foro di Vienna. Il governo austriaco («il Governo») è stato rappresentato dal suo agente, H. Tichy, ambasciatore, capo del dipartimento di diritto internazionale presso il ministero federale degli Affari europei e internazionali.

3. Nel loro ricorso i ricorrenti si dichiaravano vittime di una discriminazione rispetto alle coppie eterosessuali per il fatto che nel diritto

austriaco è giuridicamente impossibile l'adozione coparentale da parte di una coppia omosessuale.

4. Il ricorso è stato assegnato alla prima sezione della Corte (articolo 52 § 1 del regolamento). Il 29 gennaio 2009 quest'ultima ha deciso di comunicarlo al Governo. E' stato inoltre deciso che la camera si sarebbe pronunciata contestualmente sulla ricevibilità e sul merito della causa (articolo 29 § 1 della Convenzione). Il 1° dicembre 2011 una camera della prima sezione ha tenuto una udienza. Il 5 giugno 2012, una camera di detta sezione composta dai giudici Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos e Erik Møse, e dal cancelliere di sezione Søren Nielsen, si è dichiarata incompetente a favore della Grande Camera (articolo 30 della Convenzione) e nessuna delle parti vi si è opposta entro il termine previsto dall'articolo 72 del regolamento.

5. La composizione della Grande Camera è stata stabilita conformemente agli articoli 26 §§ 4 e 5 della Convenzione e 24 del regolamento.

6. I ricorrenti e il Governo hanno depositato delle osservazioni scritte complementari sulla ricevibilità e sul merito della causa.

7. Inoltre, il professor R. Wintemute ha sottoposto delle osservazioni a nome delle seguenti sei organizzazioni non governative che il presidente della Grande Camera aveva autorizzato a intervenire nella procedura scritta: la Federazione internazionale delle leghe dei diritti dell'uomo (FIDH), la Commissione internazionale di giuristi (CIJ), la branca europea dell'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), la British Association for Adoption and Fostering (BAAF), il Network of European LGBT Families Associations (NELFA), e l'European Commission on Sexual Orientation Law (ECSOL). Sono state ricevute anche le osservazioni del Centro europeo per il diritto e la giustizia (ECLJ), del procuratore generale dell'Irlanda del Nord, di Amnesty International (AI) e dell'Alliance Defending Freedom (ADF), ugualmente autorizzati a intervenire nella procedura scritta.

8. Una udienza pubblica si è svolta nel Palazzo dei diritti dell'uomo a Strasburgo, il 3 ottobre 2012 (articolo 59 § 3 del regolamento).

Sono comparsi:

– *per il Governo*

B. OHMS, cancelleria federale, *agente aggiunto*,
M. STORMANN, ministero federale della Giustizia,
A. JANKOVIC, ministero federale degli Affari europei e
internazionali, *consiglieri*;

– *per i ricorrenti*

H. GRAUPNER, *avvocato*.

La Corte ha sentito le dichiarazioni della sig.ra Ohms e dell'avv. Graupner e le loro risposte alle domande poste dai giudici.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

9. La prima e la terza ricorrente sono nate nel 1967. Il secondo ricorrente è nato nel 1995.

10. La prima e la terza ricorrente vivevano una relazione stabile. Il secondo ricorrente, nato al di fuori del matrimonio, è il figlio della terza ricorrente, è stato riconosciuto dal padre ed è stato affidato in via esclusiva alla madre. I tre ricorrenti vivono nello stesso ambiente familiare dal compimento di cinque anni del secondo ricorrente, del quale si occupano insieme la prima e la terza ricorrente.

11. Il 17 febbraio 2005 la prima ricorrente e il secondo ricorrente, rappresentato da sua madre, conclusero un accordo che prevedeva l'adozione di quest'ultimo da parte della prima ricorrente. Questo accordo aveva lo scopo di creare un rapporto giuridico tra la prima ricorrente e il secondo ricorrente che rispecchiasse i rapporti che li univano senza tuttavia rompere la relazione tra il minore e la madre, la terza ricorrente.

12. Consapevoli che la formulazione dell'articolo 182 § 2 del codice civile (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) poteva essere interpretata in modo da escludere che un partner di una coppia omosessuale potesse adottare il figlio dell'altro partner senza spezzare il legame del minore con quest'ultimo - genitore biologico dello stesso sesso dell'adottante -, gli interessati chiesero alla Corte costituzionale di dichiarare incostituzionale questa disposizione che faceva subire loro una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della prima e della terza ricorrente. Essi sostenevano che, nel caso delle coppie eterosessuali, l'articolo 182 § 2 del codice civile permetteva l'adozione coparentale, ossia l'adozione da parte di uno dei partner della coppia del figlio dell'altro, senza ripercussioni sul legame giuridico esistente tra quest'ultimo e il figlio.

13. Il 14 giugno 2005 la Corte costituzionale dichiarò inammissibile il ricorso in applicazione dell'articolo 140 della Costituzione federale rilevando che, per poter statuire sull'omologazione dell'accordo di adozione, il tribunale distrettuale competente avrebbe dovuto esaminare se l'articolo 182 § 2 del codice civile aprisse o no l'adozione coparentale alle coppie omosessuali. La Corte costituzionale aggiunse che, se si fossero visti rifiutare l'omologazione da parte di questo tribunale, i ricorrenti avrebbero potuto sollevare la questione di incostituzionalità della norma in causa

dinanzi le giurisdizioni di appello, le quali avrebbero sottoposto ad essa la questione nel caso condividessero i punti di vista degli interessati.

14. Il 26 settembre 2005 i ricorrenti invitarono il tribunale distrettuale competente a omologare l'accordo di adozione ai sensi del quale il secondo ricorrente doveva avere come genitori la prima e la terza ricorrente. Nella loro richiesta essi affermavano che la prima ricorrente e il minore avevano allacciato forti legami affettivi, che quest'ultimo cresceva in modo armonioso in un ambiente familiare in cui viveva con due adulti che si curavano del suo benessere, che la loro richiesta aveva lo scopo di far riconoscere giuridicamente il loro nucleo familiare di fatto e che avrebbe avuto l'effetto di sostituire la prima ricorrente al padre del minore. Essi precisavano che il padre si era opposto a questa adozione senza motivare il suo rifiuto. Affermavano che il padre del minore manifestava una estrema ostilità nei confronti della loro famiglia e che pertanto il tribunale avrebbe dovuto ignorare questo rifiuto, come permetteva l'articolo 181 § 3 del codice civile, visto che secondo loro l'adozione era conforme all'interesse superiore del minore. Alla loro richiesta era allegato un rapporto del servizio di tutela della gioventù che confermava che la prima e la terza ricorrente si dividevano i compiti quotidiani legati alla custodia del minore come pure la responsabilità della sua educazione, e concludeva che era auspicabile l'attribuzione della potestà genitoriale congiunta, pur esprimendo dubbi sulla legalità di tale soluzione.

15. Il 10 ottobre 2005 il tribunale distrettuale rifiutò l'omologazione dell'accordo di adozione ritenendo che l'articolo 182 § 2 del codice civile non prevedesse alcuna forma di adozione idonea a produrre gli effetti desiderati dai ricorrenti. La sua decisione era così motivata:

« La sig.ra [...], la terza richiedente, è titolare della potestà genitoriale esclusiva sul figlio minore, [...], nato al di fuori del matrimonio. [Essa] vive a (...) con la sua compagna (...) (la prima richiedente) e (...) (il secondo richiedente).

Il 12 ottobre 2001 è stata definitivamente respinta la richiesta della madre del minore e della sua partner con la quale esse chiedevano il trasferimento parziale della potestà genitoriale sul [minore] a favore della compagna della madre di quest'ultimo in modo da permettere loro di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale.

Ai sensi dell'accordo di adozione del 17 febbraio 2005, del quale le interessate chiedono ora l'omologazione, la prima richiedente rimarca la sua volontà di adottare il minore in qualità di compagna della madre [di quest'ultimo].

L'accordo di adozione che i richiedenti desiderano fare omologare avrebbe l'effetto di rompere i legami giuridici familiari esistenti tra il minore e suo padre così come tra il minore e la famiglia di suo padre pur preservando la relazione tra il minore e sua madre. I richiedenti chiedono peraltro al giudice di ignorare il rifiuto del padre del minore di acconsentire all'adozione.

La richiesta degli interessati, che mira di fatto a permettere alla coppia omosessuale formata dalla madre biologica e dalla madre adottante di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale sul minore, è giuridicamente infondata.

L'articolo 179 del codice civile enuncia che l'adozione può essere richiesta da una sola persona o da una coppia sposata. L'adozione di un minore da parte di una persona sposata che agisce da sola è subordinata a severe condizioni. Dalla seconda frase dell'articolo 182 § 2 del codice civile risulta che se il minore è adottato **soltanto** da un uomo (o una donna) i legami giuridici famigliari - diversi dal legame di filiazione stesso - sono spezzati soltanto nei confronti del padre biologico (o della madre biologica) e della famiglia di quest'ultimo (o di quest'ultima). Nel caso in cui i legami tra il minore e l'altro suo genitore permangano dopo l'adozione, il giudice li dichiara interrotti nei confronti del genitore interessato, salvo il consenso di quest'ultimo.

L'articolo 182 del codice civile è stato modificato per l'ultima volta nel 1960 (Gazzetta ufficiale n. 58/1960). Avuto riguardo alla formulazione non equivoca di questa norma e alla manifesta volontà del legislatore dell'epoca, vi è da presumere che l'adozione da parte di una sola persona rompe il legame giuridico tra l'adottato ed il suo genitore biologico dello **stesso** sesso del suo genitore adottivo, e che non altera il legame con il genitore di sesso **opposto** (vedere anche Schlemmer *in* Schwimann, ABGB² I § 182, punto 3). Soltanto in questa ipotesi la legge permette al giudice di rompere questo legame sul quale l'adozione non ha di per sé effetto.

Ne consegue che l'accordo di cui i ricorrenti chiedono l'omologazione, che porterebbe all'adozione [del minore] da parte di una donna e alla rottura dei suoi legami con il padre biologico ma non con la madre biologica, è illegittimo. L'interpretazione conforme alla Costituzione che evidentemente deve ricevere la norma legislativa in causa non cambia nulla a questa conclusione.

E' esatto che secondo la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo le questioni relative all'orientamento sessuale beneficiano della tutela che l'articolo 8 della CEDU accorda al diritto alla vita privata e famigliare. È anche vero che secondo la giurisprudenza della Corte le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale sono rigorosamente incompatibili con gli articoli 8 e 14 della Convenzione. Tuttavia è opportuno rilevare che la Corte accorda immancabilmente agli Stati membri del Consiglio d'Europa un ampio margine di apprezzamento in materia la cui ampiezza è inversamente proporzionale a quella della unanimità dei punti di vista che può esserci tra i loro rispettivi ordinamenti giuridici. Al paragrafo 41 della sentenza da essa resa nella causa *Fretté c. Francia* (ricorso n. 36515/97, CEDU 2002-I), la Corte europea ha espressamente indicato che il diritto degli omosessuali all'adozione sembrava attraversare una fase di transizione e conosceva delle evoluzioni sociali che giustificavano l'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati membri, pur precisando che questo margine di apprezzamento non poteva essere interpretato come una carta in bianco data agli Stati per prendere delle decisioni arbitrarie.

Spetta dunque soltanto agli Stati decidere sull'opportunità di offrire a due persone dello stesso sesso la possibilità di creare un legame giuridico con un minore su un piano di parità, nei limiti fissati dall'articolo 8 § 2 della Convenzione. Il tribunale ritiene che, anche interpretato conformemente alla Costituzione come deve essere, il diritto austriaco attualmente in vigore escluda questa possibilità. La misura voluta dai richiedenti necessiterebbe di una modifica legislativa e non può essere convalidata da una semplice decisione giudiziaria che darebbe dell'articolo 182 del codice civile una interpretazione contraria alla sua inequivoca formulazione.

Alla luce di quanto precede, il tribunale rigetta la richiesta di omologazione dell'accordo di adozione presentata dai richiedenti".

16. I ricorrenti interposero appello avverso questa decisione. Invocando gli articoli 8 e 14 della Convenzione, essi sostenevano nel ricorso che l'articolo 182 § 2 del codice civile era discriminatorio dal momento che operava una distinzione ingiustificata tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali. Facevano osservare che l'adozione coparentale era aperta alle coppie eterosessuali, sposate o meno, ma non alle coppie omosessuali. Essi precisavano che la loro causa, riguardante la disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, era diversa dalla causa *Fretté* in cui era in messa in discussione una adozione da parte di un omosessuale non sposato.

17. I ricorrenti ritenevano che l'instaurarsi di una disparità di trattamento tra coppie eterosessuali non sposate e coppie omosessuali era particolarmente problematica rispetto alla sentenza resa dalla Corte nella causa *Karner c. Austria* (n. 40016/98, CEDU 2003-IX). Essi affermavano che gli Stati europei che aprivano l'adozione coparentale alle coppie omosessuali erano rari, che la maggior parte di loro riservava questa forma di adozione alle coppie sposate e che in Europa esisteva un consenso per ritenere che non bisognasse trattare diversamente le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali. Essi sostenevano che la disparità di trattamento contestata non perseguiva alcuno scopo legittimo, e in particolare aggiungevano che non era necessaria per la tutela dell'interesse del minore. Asserivano che alcuni lavori scientifici dimostravano che i minori crescevano armonicamente sia nelle famiglie composte da genitori omosessuali che nelle famiglie composte da genitori eterosessuali, e che l'importante non era l'orientamento sessuale dei genitori, ma la capacità di costoro di formare una famiglia stabile e premurosa. Essi invitavano la giurisdizione d'appello ad annullare la decisione del tribunale distrettuale e ad accogliere la loro richiesta del 26 settembre 2005 o, in via sussidiaria, a rinviare il caso innanzi al tribunale distrettuale per una nuova decisione.

18. Il 21 febbraio 2006 il tribunale regionale respinse gli appelli dei ricorrenti senza aver tenuto udienze. Nella sentenza richiamava alcune procedure connesse che vertevano, da una parte, sul diritto di visita e sull'obbligo di mantenimento del padre del secondo ricorrente e, dall'altra parte, sull'attività infruttuosa intrapresa dalla prima e dalla terza ricorrente per vedersi attribuire la potestà genitoriale congiunta sul secondo ricorrente. Il tribunale esprimeva dubbi sulla capacità della terza ricorrente di rappresentare suo figlio nella procedura ritenendo che questa situazione potesse dar luogo a un conflitto di interessi. Proseguiva:

«Tuttavia, è inutile in realtà fermarsi su questa questione perché il tribunale, per i motivi qui di seguito esposti, ritiene opportuno comunque rifiutare l'omologazione dell'accordo di adozione in causa, come ha peraltro fatto il primo giudice, senza necessità di ulteriori deliberazioni. In tali condizioni la questione di stabilire se il minore sia validamente rappresentato nella procedura non si pone.

Nelle loro decisioni sulla domanda di trasferimento parziale della potestà genitoriale [sul minore] a favore della [compagna della madre di quest'ultimo], i giudici competenti hanno indicato che, anche se il diritto di famiglia austriaco non definisce la nozione di "genitori", si evince molto chiaramente dal suo complesso normativo che, per il legislatore, una coppia di genitori si compone per principio di due persone di sesso opposto, ragione per la quale la legge attribuisce a titolo principale la potestà genitoriale sul minore ai suoi due genitori biologici - o alla madre biologica in caso di nascita al di fuori del matrimonio - e prevede che il minore possa essere posto sotto l'autorità di altre persone soltanto nel caso in cui sia impossibile applicare questa norma. I giudici interessati hanno concluso che, in presenza di genitori biologici (padre e madre), non era necessario porre il minore sotto l'autorità di terze persone, anche se, da un punto di vista puramente fattuale, queste ultime potevano avere legami stretti con il minore (da confrontare con OGH, 7 Ob 144/02 f). I giudici hanno ritenuto che questa posizione giuridica non comportasse alcuna discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali, in quanto le norme che disciplinano il diritto di famiglia erano fondate, conformemente alla realtà biologica, sul concetto di coppia composta da genitori di sesso opposto.

Il tribunale ritiene che le considerazioni sopra esposte siano applicabili anche alla questione qui esaminata, ossia quella dell'opportunità di omologare l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori. Anche in questo caso, sarebbe inutile aggiungere al minore un «genitore legale» supplementare vista la presenza dei suoi due genitori di sesso opposto. Non si tratta affatto di operare una discriminazione nei confronti del partner omosessuale della madre del minore, ma semplicemente di constatare che, in presenza dei due genitori di sesso opposto, molto semplicemente non è necessario prevedere una norma che autorizzerebbe il partner omosessuale di uno di loro a sostituirsi all'altro.

L'adozione di un minore mira essenzialmente a creare un legame analogo a quello che esiste tra i figli e i loro genitori biologici. Dal fascicolo della causa risulta che il padre biologico del minore ha contatti regolari con quest'ultimo. Il minore mantiene dunque legami solidi con i suoi due genitori di sesso opposto. In queste condizioni non è necessario sostituire all'uno o all'altro dei genitori biologici il partner omosessuale di uno di loro autorizzando l'adozione del minore.

La giurisprudenza sul diritto di visita e di alloggio dei genitori riconosce anche, in maniera generale e certa, che studi psicologici e sociologici dimostrano quanto sia particolarmente importante per la crescita armoniosa del minore che quest'ultimo mantenga relazioni personali con il genitore con il quale non vive (si veda, in particolare, EFSlg 100.205). Questa è la ragione per la quale la legislazione arriva a conferire al minore il diritto di avere contatti personali con il genitore con il quale non convive (si veda, in particolare, OGH, 3 Ob 254/03 z). Allo stesso modo, è fuori discussione che per una crescita equilibrata di un minore, sia altamente auspicabile che quest'ultimo possa intrattenere contatti personali con i suoi due genitori di sesso opposto, ossia una donna (sua madre) e un uomo (suo padre) responsabili della sua educazione, e che a tal fine debba essere fatto tutto il possibile (si confronti, in particolare, con EFSlg 89.668). In queste condizioni, nell'interesse di una crescita armoniosa del minore è fortemente raccomandato e generalmente richiesto che vengano mantenute relazioni personali, anche minime, tra il minore e i suoi due genitori (si confronti, in particolare, con OGH, 7 Ob 234/99 h). Queste stesse considerazioni si oppongono chiaramente all'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori quando questa misura avrebbe l'effetto di rompere i legami famigliari del minore con l'altro suo genitore.

Come sopra indicato, questa posizione giuridica non può costituire una discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali. Al riguardo, la motivazione della decisione impugnata rinvia - giustamente - alla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che riconosce che l'orientamento sessuale rientra nella sfera della tutela della vita privata e familiare (articolo 8 della Convenzione) e che, di conseguenza, qualifica le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale come rigorosamente incompatibili con gli articoli 8 e 14 della Convenzione. Tuttavia, la decisione impugnata sottolinea altrettanto giustamente che il legislatore nazionale deve disporre di un margine di apprezzamento più ampio quando legifera su questioni che non sono oggetto di un consenso chiaro negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Pur rilevando che il margine di apprezzamento non doveva essere interpretato come una carta bianca data agli Stati per prendere decisioni arbitrarie, il primo giudice ha ritenuto che, in materia di diritto degli omosessuali all'adozione, tale margine dovesse essere interpretato in senso ampio, tenuto conto delle evoluzioni di cui tale questione era oggetto nella società. A questo proposito, l'ordinamento giuridico austriaco non contiene alcuna norma che preveda l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori.

Gli appellanti non hanno addotto alcun argomento convincente a sostegno della loro tesi secondo la quale le norme in vigore operano una discriminazione contro le coppie omosessuali. Anche nel caso di una coppia eterosessuale, l'unico legame giuridico che può essere interrotto in caso di adozione di un figlio di uno dei partner della coppia è quello esistente tra il figlio e il genitore dello stesso sesso del genitore adottivo. In tale ipotesi, il figlio rimane sotto la responsabilità di due genitori di sesso opposto. Questa circostanza, importante per lo sviluppo del minore, non sussiste nel caso in cui quest'ultimo venga adottato dal partner omosessuale di uno dei suoi genitori. In queste condizioni non è provato che una situazione di questo tipo costituisca una disparità di trattamento ingiustificata. Inoltre, nella sentenza citata dagli appellanti (*Karner c. Austria*, 24 luglio 2003), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricordato che una disparità di trattamento operata nei confronti di persone che vivono una relazione omosessuale è discriminatoria soltanto se non si basa su una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia se non persegue uno scopo legittimo o se non vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefissato, che soltanto considerazioni molto forti possono indurla a ritenere che una disparità di trattamento sia compatibile con la Convenzione, e che le differenze fondate sull'orientamento sessuale devono essere giustificate da ragioni particolarmente gravi. Comunque, la Corte ha anche ammesso espressamente nella sentenza *Karner* che la tutela della «famiglia tradizionale» costituisce per principio una ragione importante e legittima che può giustificare una disparità di trattamento da parte del legislatore nazionale, pur ritenendo che lo scopo che consiste nel proteggere la famiglia nel senso tradizionale del termine sia abbastanza astratto e che per realizzarlo possono essere utilizzate svariate misure concrete. Dopo aver indicato che l'esclusione delle persone che vivono una relazione omosessuale dal campo di applicazione di alcune norme di legge poteva essere giustificata soltanto da motivi imperiosi, la Corte ha ritenuto che non fosse stato invocato alcun motivo di tale natura nella causa in questione, dove era in discussione il diritto del partner superstite di una coppia omosessuale alla trasmissione del contratto di locazione stipulato dal defunto.

Ciò nondimeno, la tesi degli appellanti non trova alcun sostegno nella sentenza in questione. Poiché la Corte riconosce agli Stati il diritto di introdurre nel loro ordinamento giuridico delle misure di tutela della «famiglia tradizionale», è opportuno rispettare la posizione dell'ordinamento giuridico austriaco secondo la quale, conformemente alla realtà biologica, un figlio minorenne per principio deve avere come genitori due persone di sesso opposto. Di conseguenza, il tribunale ritiene che,

non prevedendo l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori, operazione che romperebbe il legame del minore con il genitore di sesso opposto, il legislatore perseguisse incontestabilmente uno «scopo legittimo». Allo stesso modo, non si può dire che non esista un «rapporto ragionevole di proporzionalità» tra questo scopo e i mezzi utilizzati per raggiungerlo. Contrariamente alle affermazioni degli appellanti, questa posizione giuridica non è fondata sui «pregiudizi della maggioranza eterosessuale nei confronti della minoranza omosessuale», ma si propone semplicemente di garantire che i figli minorenni crescano avendo contatti regolari sia con il loro genitore di sesso femminile che con il loro genitore di sesso maschile. Questo obiettivo deve essere rispettato quanto la decisione della madre del minore di vivere una relazione omosessuale. In queste condizioni nulla può giustificare il fatto di privare il minore dei legami famigliari con il genitore dell'altro sesso. Questo è precisamente quello che la madre del minore e la sua compagna hanno cercato di ottenere nel caso di specie e che continuano a rivendicare nella causa di appello.

Di conseguenza, alla luce di queste considerazioni, il presente appello deve essere rigettato.

La ricevibilità di un ricorso per cassazione è disciplinata dagli articoli 59 §§ 1 e 2 e 62 § 1 della legge sulla volontaria giurisdizione. Se è vero che la Corte suprema ha già deciso nella presente causa, la sua decisione riguardava la legittimità del trasferimento (parziale) della potestà genitoriale sul figlio a favore della compagna della madre di quest'ultimo. Al contrario, per quanto ne sappia il tribunale, la Corte suprema non si è mai pronunciata specificatamente ed espressamente sulla questione qui dibattuta, ossia quella della legittimità dell'adozione di un figlio da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori. Questo è il motivo per cui la presente sentenza assume una considerevole importanza dal punto di vista dell'unità del diritto, della sicurezza giuridica e dell'evoluzione del diritto.»

19. I ricorrenti proposero ricorso per cassazione dinanzi alla Corte suprema, sostenendo che l'applicazione dell'articolo 182 § 2 del codice civile fatta dai tribunali portava ad una disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali e le coppie omosessuali il cui partner avesse desiderato adottare il figlio biologico dell'altro partner. Nel loro ricorso esponevano che mentre per le coppie eterosessuali - anche se non sposate - era possibile creare un legame di filiazione supplementare tra il figlio e il partner di uno dei suoi genitori, questa facoltà era rifiutata alle coppie omosessuali perché portava a sostituire uno dei partner omosessuali ad uno dei genitori biologici del minore, e ciò aveva l'effetto di escludere nel loro caso ogni reale possibilità di procedere ad una adozione coparentale. Essi sostenevano che il tribunale regionale aveva cercato di giustificare questa disparità di trattamento evocando gli scopi di proteggere la famiglia - nel senso tradizionale del termine - e di permettere al minore di crescere sotto la responsabilità di un uomo e di una donna, ma non aveva stabilito che il rifiuto di aprire l'adozione coparentale alle famiglie omosessuali fosse necessario alla realizzazione di questi scopi. Essi sostenevano che studi recenti dimostravano che le coppie omosessuali erano in grado di crescere dei figli quanto le coppie eterosessuali e che la questione che si poneva nella fattispecie non era quella di stabilire se il minore dovesse o meno essere

creciuto in una famiglia omosessuale, in quanto faceva già parte *de facto* di tale famiglia, ma quella di stabilire se il rifiuto di riconoscere giuridicamente il legame che lo univa alla prima ricorrente fosse giustificato. Essi consideravano che la necessità di operare una distinzione tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali non era stata dimostrata. Infine, pur ammettendo che numerosi Stati europei riservavano l'adozione coparentale alle coppie sposate, essi dichiaravano che i paesi che, come l'Austria, avevano deciso di aprire questa possibilità alle coppie non sposate non potevano basarsi sull'orientamento sessuale per operare distinzioni in materia.

20. Il 27 settembre 2006 la Corte suprema respinse il ricorso per cassazione dei ricorrenti esprimendosi come segue:

«[Il minore] è il figlio biologico della terza ricorrente, la sig.ra (...), e del sig. (...); egli è nato il (...) ed è affidato in via esclusiva a sua madre. Quest'ultima vive a (...) con la sua compagna (la prima ricorrente) e [il minore]. I ricorrenti hanno richiesto l'omologazione giudiziaria di un accordo di adozione concluso il 17 febbraio 2005 tra la prima ricorrente e il minore, rappresentato da sua madre, e con il quale la prima ricorrente segnalava la sua volontà di adottare il minore. Tuttavia, questo accordo prevedeva che la prima ricorrente si sarebbe sostituita al padre biologico del minore, e non alla madre di quest'ultimo. I ricorrenti desideravano che l'omologazione giudiziaria del loro accordo avesse l'effetto di interrompere i legami giuridici famigliari esistenti tra il minore e il padre biologico pur preservando tutti i legami tra il minore e la madre biologica. Peraltro, essi hanno invitato i tribunali ad ignorare il rifiuto del padre del minore di acconsentire a questa misura.

Il giudice di primo grado si è rifiutato di omologare l'accordo ritenendo che dall'articolo 182 del codice civile risultava che il legislatore aveva chiaramente previsto che l'adozione monoparentale rompeva il legame giuridico tra l'adottato ed il genitore dello stesso sesso del suo genitore adottivo, ma preservava il legame giuridico con il genitore [biologico] di sesso opposto [a quello del suo genitore adottivo]. Il giudice ha inoltre precisato che solo in questa ipotesi la legge gli consentiva di constatare la rottura di quest'ultimo legame, che l'adozione di per sé non pregiudicava. Il giudice ha concluso per la illegittimità dell'accordo del quale i ricorrenti chiedevano l'omologazione, che avrebbe portato all'adozione [del minore] da parte di una donna e alla rottura dei suoi legami con il padre biologico, ma non con la madre biologica, aggiungendo che questa conclusione era conforme alla Costituzione e, in particolare, agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ha inoltre precisato che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, considerando che la questione dell'adozione da parte di omosessuali, sotto l'effetto di una evoluzione delle mentalità, attraversava una fase di transizione, accordava agli Stati membri un margine di apprezzamento particolarmente ampio in materia. Il giudice ha infine concluso che spettava soltanto agli Stati decidere sull'opportunità di offrire a due persone dello stesso sesso la possibilità di creare un legame giuridico con un minore su un piano di parità, nei limiti fissati dall'articolo 8 § 2 della Convenzione, e che il diritto austriaco escludeva la misura voluta dalle ricorrenti.

Il giudice di appello ha confermato la decisione emessa in primo grado, ritenendo che la legge si basasse manifestamente sul postulato per il quale il termine «genitori» indica necessariamente due persone di sesso opposto, fatto che a suo avviso confermerebbe la priorità che in materia di potestà genitoriale viene per principio

accordata ai genitori biologici rispetto ad altre persone. Il giudice ha considerato che lo stesso principio valeva nel campo del diritto in materia di adozione, le cui regole gli sembravano ugualmente fondate, conformemente alla realtà biologica, sulla base della coppia composta da genitori di sesso opposto. Ha inoltre ritenuto che, in presenza di due genitori di sesso opposto, non fosse necessario prevedere una norma che autorizzasse il partner omosessuale di uno di loro a sostituirsi all'altro, e in questo non vi era nessuna volontà discriminatoria nei confronti di coppie omosessuali. Il giudice ha aggiunto che, anche in materia di diritto di visita e di alloggio, non vi era alcun dubbio che i contatti personali del minore con i suoi due genitori di sesso opposto, ovvero con una donna (sua madre) e un uomo (suo padre) responsabili di lui, fossero altamente auspicabili per la sua crescita equilibrata, il mantenimento di relazioni personali, almeno minime, tra il minore e i suoi due genitori (biologici) dal momento che ciò era fortemente raccomandato e generalmente richiesto nell'interesse di una crescita armoniosa del minore. Il giudice ha deciso che queste considerazioni valevano anche in materia di adozione. Peraltro ha concluso, come il primo giudice, per una assenza di discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In proposito, ha ricordato che, secondo quest'ultima, una disparità di trattamento operata nei confronti di persone che vivono una relazione omosessuale era discriminatoria soltanto se si basava su una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia se non perseguiva uno scopo legittimo o non vi era un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo prefissato, e che una disparità di trattamento poteva essere ritenuta compatibile con la Convenzione in presenza di solidi elementi che giustificavano tale valutazione. Il giudice d'appello ha concluso per la legittimità dello scopo perseguito dal legislatore austriaco, che secondo lui aveva cercato di vigilare affinché, crescendo, i minori avessero sia con il genitore di sesso femminile che con il genitore di sesso maschile i regolari contatti necessari al loro sviluppo. Ha inoltre aggiunto che questo obiettivo era rispettabile quanto la scelta della madre del minore di vivere una relazione omosessuale e ha ritenuto che non appariva giustificato privare il minore dei suoi legami famigliari con il genitore di sesso opposto.

Dopo aver constatato che non esisteva giurisprudenza sulla questione della legittimità dell'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori biologici, il giudice d'appello ha ritenuto opportuno autorizzare le appellanti a presentare ricorso per cassazione

Il ricorso delle interessate è ricevibile per i motivi esposti dalla corte d'appello, ma è infondato.

L'articolo 179 § 2 del codice civile dispone che nessuno può essere adottato da più persone a meno che non si tratti di due coniugi. La dottrina ha interpretato questa norma come un divieto all'adozione - simultanea o successiva - da parte di più persone dello stesso sesso (si veda Schwimann *in* Schwimann, codice civile § 179, punto 6, e Hopf *in* Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, § 179, punto 2, citate in una sentenza del tribunale regionale di Vienna del 27 agosto 2001 – EFSlg 96.699).

La seconda frase dell'articolo 182 § 2 del codice civile disciplina gli effetti dell'adozione monoparentale. Se il minore è adottato soltanto da un adottante (o da una adottante), vengono interrotti soltanto i legami famigliari che lo uniscono al padre biologico (o alla madre biologica) e ai genitori di quest'ultimo (o di quest'ultima). Risulta chiaramente dalla giurisprudenza (ErlBem RV 107 BlgNR IX. GP, 21) che questa norma deve essere interpretata nel senso che i legami giuridici non patrimoniali sono interrotti soltanto nei confronti del genitore biologico al quale si sostituisce un genitore adottivo dello stesso suo sesso. Concretamente, questo significa in particolare che l'adozione di un minore da parte di una donna non può privarlo del padre

biologico (si veda anche: Schwimann *in Schwimann*, op. cit., § 182, comma 3; Stabentheiner *in Rummel* I § 182, comma 2).

Questa norma non può ricevere l'interpretazione estensiva auspicata dai ricorrenti e non esiste lacuna legislativa fortuita alla quale sarebbe opportuno rimediare per analogia. Secondo la giurisprudenza (op.cit., 11), l'adozione mira prima di tutto a garantire il benessere del minore (principio di tutela). L'adozione deve essere intesa come un mezzo appropriato per affidare a persone idonee e responsabili la custodia e l'educazione di minori privi di genitori, di minori nati da famiglie disunite, o di minori che, per una qualsiasi ragione, non possono ricevere una corretta educazione dai loro genitori o sono rifiutati da costoro. Questo obiettivo può tuttavia essere raggiunto soltanto se l'adozione permette di ricreare per quanto possibile la situazione esistente in una famiglia biologica.

Risulta altrettanto chiaramente dalla giurisprudenza (6 Ob 179/05z) che il legame tra il minore e il suo genitore adottivo deve essere assimilato, dal punto di vista sociale e psicologico, a quello esistente tra i genitori biologici e i loro figli. Il modello dei rapporti tra genitori e figli in materia di adozione di minori si ispira ai particolari legami sociali e psicologici esistenti tra genitori e giovani vicini alla maggiore età. Questi rapporti associano ai legami sociali classici di vicinanza fisica e relazionale (convivenza, presa in carico dei bisogni fisici e psicologici del minore da parte dei genitori) delle relazioni affettive analoghe all'amore reciproco tra genitori e figli e conferiscono ai primi un ruolo specifico di mentori e di referenti.

L'articolo 182 § 2 del codice civile vieta in modo generale (e non soltanto alle coppie omosessuali) sia l'adozione da parte di un uomo per il tempo in cui sussista il legame di filiazione tra il minore da adottare e il padre biologico di quest'ultimo che l'adozione di un minore da parte di una donna per il tempo in cui sussiste il legame di filiazione tra quest'ultimo e la madre biologica. Risulta quindi dall'articolo 182 § 2 che la persona che adotta da sola un minore non si sostituisce indifferentemente a uno o all'altro dei genitori, ma soltanto al genitore del suo stesso sesso. Ne consegue che l'adozione di un minore da parte della compagna della sua madre biologica è giuridicamente impossibile.

Contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti, questa norma soddisfa anche il criterio di conformità costituzionale (la prospettiva dei diritti fondamentali). Nella sentenza resa il 26 febbraio 2002 nella causa *Fretté c. Francia*, dove doveva esaminare se il rifiuto delle autorità di autorizzare l'adozione di un minore da parte di un uomo omosessuale costituisse una discriminazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che l'adozione consisteva nel «dare una famiglia a un minore e non un minore a una famiglia» e che lo Stato doveva vigilare affinché le persone scelte come adottanti fossero quelle che potevano offrire al minore, a tutti i livelli, le condizioni di accoglienza più favorevoli. Dopo aver rilevato in particolare le profonde divergenze delle opinioni pubbliche nazionali e internazionali sulla questione delle eventuali conseguenze dell'accoglienza di un minore da parte di uno o dei genitori omosessuali e constatato l'insufficiente numero di minori adottabili rispetto alle richieste, la Corte ha ritenuto che agli Stati dovesse essere accordato un ampio margine di apprezzamento in materia. Essa ha giudicato che il rifiuto di autorizzare un'adozione da parte di un omosessuale non era contrario all'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 dal momento che perseguiva uno scopo legittimo, nel caso specifico la tutela dell'interesse superiore del minore, e che non contraveniva al principio di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito.

I ricorrenti non hanno provato che le disposizioni dell'articolo 182 § 2 del codice civile austriaco oltrepassino il margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte europea o contravvengano al principio di proporzionalità, e non esistono altri elementi idonei per concludere in tal senso. In queste condizioni, la Corte suprema non ha alcun dubbio sulla conformità costituzionale di questa norma messa in discussione dai ricorrenti.

Poiché l'adozione voluta dai ricorrenti è giuridicamente impossibile, non appare necessario esaminare se siano soddisfatte le condizioni nelle quali si può non tener conto del mancato consenso del padre, misura eccezionale prevista dall'articolo 181 § 3 del codice civile.»

La sentenza della Corte suprema fu notificata all'avvocato dei ricorrenti il 24 ottobre 2006.

II. IL DIRITTO E LA PRASSI INTERNI PERTINENTI

A. Disposizioni in materia di adozione

21. Il codice civile (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) contiene delle norme che definiscono i termini «madre» e «padre».

L'articolo 137b recita:

«La madre di un bambino è la donna che lo ha generato.»

L'articolo 138 recita:

« 1) Il padre di un bambino è

1. L'uomo che era sposato con la madre del bambino al momento della nascita di quest'ultimo o che lo era quando è deceduto, a condizione che il suo decesso sia avvenuto non più di 300 giorni prima della nascita, o
2. l'uomo che ha riconosciuto la sua paternità, o
3. l'uomo la cui paternità è stata stabilita dal tribunale.»

22. Le seguenti disposizioni del codice civile relative all'adozione sono pertinenti al caso di specie.

L'articolo 179, nei suoi passaggi pertinenti, recita:

« 1) Le persone che hanno l'età richiesta e la piena capacità giuridica (...) possono adottare. L'adozione produce l'effetto di creare un legame di filiazione adottiva tra il minore adottato e il genitore adottivo.

2) L'adozione di un minore da parte di più di una persona, simultanea o successiva, intendendo, in quest'ultimo caso, che sussiste il primo legame di adozione, è autorizzata soltanto se i genitori adottivi formano una coppia sposata. In linea di principio, l'adozione da parte di una coppia sposata deve essere congiunta. Eccezionalmente, uno dei coniugi può adottare da solo un minore se il minore da adottare è il figlio biologico dell'altro coniuge, se l'altro coniuge non ha l'età richiesta o la differenza di età richiesta con l'adottato, se il luogo di residenza dell'altro coniuge è sconosciuto da almeno un anno, se non vi è più vita comune tra i coniugi da almeno tre anni, o se motivi analoghi e particolarmente importanti giustificano l'adozione da parte di uno solo dei coniugi.»

23. Secondo l'articolo 179a del codice civile, l'adozione richiede un accordo scritto tra l'adottante e l'adottato (che deve essere legalmente rappresentato se è minorenne) e l'omologazione di quest'accordo da parte del tribunale competente.

24. Il tribunale omologa l'accordo dopo aver verificato che quest'ultimo risponda all'interesse superiore del minore e che esista tra le parti all'accordo un legame equivalente a quello che unisce un genitore al figlio biologico, o che le parti intendano creare un legame di questo tipo (articolo 180 del codice civile).

25. Le disposizioni pertinenti dell'articolo 181 del codice civile, in vigore all'epoca dei fatti, erano così formulate:

« 1) l'omologazione dell'accordo di adozione può essere accordata soltanto se le seguenti persone vi acconsentono:

1. i genitori del minore da adottare;
2. il coniuge dell'adottante;
3. il coniuge della persona da adottare;
4. Il minore da adottare se ha raggiunto l'età di almeno 14 anni.

(...)

3) Se una delle parti lo richiede, il giudice può non tenere conto del rifiuto di una delle persone indicate ai commi da 1 a 3 del primo paragrafo del presente articolo qualora questo rifiuto non sia giustificato da motivi legittimi.»

26. Secondo la giurisprudenza delle giurisdizioni austriache, la misura prevista dall'articolo 181 § 3 del codice civile, che permette al giudice di non tener conto del rifiuto di una delle parti di acconsentire all'adozione, assume carattere eccezionale e può essere presa soltanto nel caso in cui l'interesse del minore ad essere adottato prevalga chiaramente sugli interessi del genitore biologico che si oppone all'adozione, in particolare sul suo interesse a mantenere relazioni con il minore. Questa misura può anche essere applicata quando il rifiuto è ingiustificato sul piano morale. Questo avviene quando il genitore che si oppone all'adozione manifesta vivamente la sua ostilità nei confronti della famiglia adottante o quando le sue flagranti inosservanze agli obblighi legali nei confronti del minore compromettono stabilmente lo sviluppo di quest'ultimo o lo avrebbero compromesso stabilmente se non fosse intervenuta una terza persona.

27. L'articolo 182 del codice civile, che disciplina gli effetti dell'adozione, recita:

« 1) L'adozione crea gli stessi diritti di quelli che discendono dalla filiazione legittima tra l'adottante e i suoi discendenti e tra l'adottato e coloro dei suoi discendenti che sono minorenni nel momento in cui l'adozione produce i suoi effetti

2) In caso di adozione di un minore da parte di una coppia sposata, i legami giuridici familiari - diversi dal legame di filiazione stessa (articolo 40) - esistenti da una parte tra i genitori biologici e i loro familiari e, dall'altra, il minore adottato e coloro dei suoi discendenti che sono minorenni al momento in cui l'adozione produce

i suoi effetti, sono interrotti in tale momento, fatte salve le eccezioni previste dall'articolo 182a. Nel caso in cui il minore è adottato soltanto da un padre adottivo (o da una madre adottiva), sono interrotti soltanto i legami famigliari con il padre biologico (o con la madre biologica) e la famiglia di quest'ultimo (o di quest'ultima). Nel caso in cui i legami con l'altro genitore sussistano dopo l'adozione, il giudice li dichiara interrotti se il genitore interessato vi acconsente. La rottura dei legami interviene nella data in cui l'adozione produce effetto.»

Dalla sentenza emessa dalla Corte suprema nell'ambito della presente causa risulta che l'articolo 182 § 2 è interpretato nel senso di escludere l'adozione da parte di uno dei partner di una coppia omosessuale del figlio dell'altro.

28. L'adozione produce l'effetto di interrompere tutti i legami famigliari, eccetto quello di filiazione, tra il minore adottato e il o i genitori biologici. In particolare risulta che questi ultimi perdono tutti i loro diritti genitoriali, in particolare il diritto di custodia, il diritto di visita e il diritto di essere consultati e informati (si veda *supra*).

29. Tuttavia, al o ai genitori biologici del minore adottato rimane un obbligo sussidiario di mantenimento nei confronti di quest'ultimo (articolo 182a del codice civile). Peraltro, l'articolo 182b prevede il mantenimento di un legame in materia successoria: l'adottato conserva dei diritti successori nei confronti del o dei i genitori biologici, e questi ultimi, come i loro discendenti, intervengono nella successione dell'adottato a titolo sussidiario; i diritti successori dei genitori adottivi e dei loro discendenti prevalgono.

30. Dalle disposizioni del codice civile sopra esposte risulta che l'adozione può assumere due forme nel diritto austriaco: quella dell'adozione congiunta da parte di una coppia, riservata alle coppie sposate, e quella dell'adozione monoparentale. Quest'ultima forma di adozione è aperta agli eterosessuali che vivono come coppia sposata (nel qual caso le possibilità per loro di adottare da soli un figlio sono molto ristrette), in unione libera o da single. Essa è aperta anche agli omosessuali che vivono nell'ambito di una unione registrata, di una unione libera o da single.

31. L'adozione coparentale, ossia l'adozione, da parte di una persona, del figlio biologico del partner, è aperta alle coppie eterosessuali (sposate o meno), ma non alle coppie omosessuali.

32. È attualmente all'esame un progetto di legge di modifica delle disposizioni del codice civile che disciplinano i rapporti tra genitori e figli nonché il diritto al nome e di riforma di alcuni altri testi (*Kindschaftsrechts- und Namensrechtsänderungs-gesetz*). Questo progetto non contiene alcuna proposta di emendamento delle disposizioni in discussione nel caso di specie, in particolare degli articoli da 179 a 182 del codice civile. Gli emendamenti proposti implicano una nuova numerazione, ma la loro formulazione rimarrà immutata.

B. Disposizioni riguardanti le coppie omosessuali

33. Dall'articolo 44 del codice civile risulta che le coppie omosessuali non hanno accesso al matrimonio (si veda, su questo punto, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, CEDU 2010). La disposizione in questione è così formulata:

«Il contratto di matrimonio costituisce la base delle relazioni famigliari: In virtù di tale contratto, due persone di sesso opposto dichiarano la loro legittima intenzione di vivere insieme e di essere unite da legami indissolubili di matrimonio, di procreare e di crescere dei figli e di prestarsi reciproco aiuto e assistenza.»

34. Entrata in vigore il 1° gennaio 2010, la legge sulle unioni registrate offre alle coppie omosessuali la possibilità di contrarre un'unione registrata

35. L'articolo 2 di questa legge recita:

«Una unione registrata può essere contratta soltanto da due persone dello stesso sesso (partner registrati), che si impegnano in tal modo ad allacciare una relazione stabile che comporta diritti e obblighi reciproci.»

36. Le norme che disciplinano l'unione registrata, i suoi effetti e il suo scioglimento sono simili a quelle che disciplinano il matrimonio (per maggiori dettagli si veda *Schalk e Kopf*, sopra citata, §§ 16-23). Come per le coppie sposate, i partner registrati devono vivere come coniugi sotto tutti gli aspetti, condividere una casa comune e rispettarsi e assistersi reciprocamente (articolo 8 §§ 2 e 3). Essi hanno gli stessi obblighi di mantenimento che le persone sposate (articolo 12). La legge sulle unioni registrate apporta anche alla legislazione in vigore tutta una serie di modifiche destinate a conferire ai partner registrati lo stesso status dei coniugi in diverse altre branche del diritto quali il diritto delle successioni, il diritto del lavoro, il diritto sociale e della sicurezza sociale, il diritto fiscale, il diritto sulla protezione dei dati, sui servizi pubblici, le questioni in materia di passaporto e di dichiarazione di domicilio, nonché il diritto degli stranieri.

37. Tuttavia esistono alcune differenze tra il matrimonio e l'unione registrata; la più importante attiene ai diritti genitoriali. Ad esempio, l'assistenza medica alla procreazione è aperta soltanto alle coppie eterosessuali, sposate o meno (articolo 2 § 1 della legge sulla procreazione artificiale - *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

38. Inoltre, i partner registrati non sono autorizzati a chiedere un'adozione congiunta o un'adozione coparentale.

39. In effetti, secondo l'articolo 8 § 4 della legge sulle unioni registrate

«Uno dei partner registrati non può adottare un minore congiuntamente all'altro né adottare il figlio di quest'ultimo.»

40. Al contrario, un partner registrato può adottare solo un minore. A seguito di una modifica apportata all'articolo 181 § 1 comma 2 del codice civile al momento dell'adozione della legge sulle unioni registrate, un

partner registrato che desideri adottare un minore deve essere autorizzato dall'altro partner.

41. Nella sua parte generale, il rapporto esplicativo sul progetto di legge (*Erläuterungen zur Regierungsvorlage*, allegato n° 485 agli atti del Consiglio nazionale, XXIV GP) sottolinea che la legge sulle unioni registrate si prefigge di offrire alle coppie omosessuali un meccanismo ufficiale che riconosce la loro relazione e conferisce a quest'ultima un effetto giuridico, tenendo conto in particolare dell'evoluzione che vi è stata in altri Stati europei. Risulta, tuttavia, che il legislatore non ha voluto introdurre nuove disposizioni riguardanti i minori o modificare la legislazione applicabile in materia. A tale proposito, il rapporto precisa che l'adozione congiunta di un minore da parte dei partner registrati è esclusa, come pure l'adozione da parte di un partner registrato del figlio dell'altro.

42. Il commento relativo all'articolo 8 § 4 della legge sulle unioni registrate indica che il divieto di adozione nel caso previsto da questa disposizione era stato chiesto più volte nel corso della procedura di consultazione. Inoltre, questo commento sottolinea che le sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle cause *E.B. c. Francia* ([GC], n. 43546/02, 22 gennaio 2008) e *Fretté* (sopra citata) non sono pertinenti per quel che riguarda tale testo dal momento che vertono soltanto sulla questione delle capacità educative dei ricorrenti e che, nella materia disciplinata da questo testo, il legislatore dispone di una totale libertà. Si precisa inoltre che, in caso di unione registrata, l'adozione coparentale e l'adozione congiunta sono sempre escluse, in quanto il diritto austriaco dell'adozione vieta che un minore abbia, dal punto di vista giuridico, due padri o due madri.

43. Il commento relativo all'emendamento portato all'articolo 181 § 1, comma 2, del codice civile si limita a enunciare che l'assenza nel progetto di legge di proposte di emendamento a questa disposizione risulta da una omissione alla quale è stato successivamente posto rimedio.

C. Disposizioni riguardanti i figli nati al di fuori del matrimonio

44. In applicazione dell'articolo 166 del codice civile, un figlio nato al di fuori del matrimonio è sottoposto alla potestà genitoriale esclusiva della madre (ciò significa che la madre ne ha la custodia, deve vigilare sul suo benessere e sulla sua educazione, lo rappresenta legalmente e amministra i suoi beni).

45. Ai sensi dell'articolo 167 dello stesso codice, i genitori di un minore nato al di fuori del matrimonio, se conviventi, possono decidere di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale sul figlio. Un emendamento entrato in vigore il 1° luglio 2001 ha esteso questa facoltà ai genitori non conviventi. Gli accordi di esercizio congiunto della potestà genitoriale devono essere

omologati dal giudice, che esaminerà se essi siano nell'interesse superiore del minore.

46. I due genitori sono tenuti a provvedere al mantenimento del figlio (articolo 140 § 1 del codice civile). L'obbligo di mantenimento in linea di principio si esegue in natura. Tuttavia il genitore che non convive con il figlio deve eseguire il suo obbligo di mantenimento sotto la forma di un assegno alimentare.

47. L'articolo 148 § 1 del codice civile attribuisce un diritto di visita e di alloggio al genitore che non convive con il figlio. Successivamente al 1° luglio 2001 questa prerogativa non spetta più soltanto al genitore, ma anche al figlio stesso. Il genitore e il figlio devono accordarsi sulle modalità di esercizio del diritto di visita e di alloggio. Se non raggiungono un accordo su questo punto, sarà il giudice, su richiesta di una delle persone interessate, a gestire il diritto di visita e di alloggio in funzione dei bisogni e dei desideri del figlio, conformemente all'interesse superiore di quest'ultimo.

48. Inoltre, ai sensi dell'articolo 178 § 1 del codice civile, il genitore che non ha la potestà genitoriale ha il diritto di essere informato su svariate questioni importanti che riguardano il figlio, in quanto alcune decisioni che attengono a queste questioni non possono essere prese senza la sua approvazione.

III. CONVENZIONI INTERNAZIONALI E DOCUMENTI DEL CONSIGLIO D'EUROPA

A. La Convenzione sui diritti del fanciullo

49. Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e entrata in vigore il 2 settembre 1990, la Convenzione sui diritti del fanciullo è stata ratificata da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Le sue disposizioni pertinenti nel caso di specie recitano:

Articolo 3

«1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, ed a tal fine adottano tutti i provvedimenti legislativi ed amministrativi appropriati.

3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi ed istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle autorità competenti, in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo.»

Articolo 21

«Gli Stati parti che ammettono e/o autorizzano l'adozione, si accertano che l'interesse superiore del fanciullo sia la considerazione preminente in materia e:

a) Vigilano affinché l'adozione di un fanciullo sia autorizzata solo dalle autorità competenti le quali verificano, in conformità con la legge e con le procedure applicabili ed in base a tutte le informazioni affidabili relative al caso in esame, che l'adozione può essere effettuata in considerazione della situazione del minore in rapporto al padre e alla madre, genitori e rappresentanti legali e che, ove fosse necessario, le persone interessate hanno dato il loro consenso all'adozione in cognizione di causa, dopo aver acquisito i pareri necessari;

(...) »

B. La Convenzione europea sull'adozione dei minori (rivista nel 2008)

50. Aperta alla firma il 27 novembre 2008, la Convenzione europea (rivista) sull'adozione dei minori è entrata in vigore il 1° settembre 2011 ed è stata ratificata da sette Stati, ossia la Danimarca, la Spagna, la Finlandia, la Norvegia, i Paesi Bassi, la Romania e l'Ucraina. L'Austria non l'ha ratificata né firmata.

51. Dal preambolo di questo strumento risulta che alcune disposizioni della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 sono state riviste soprattutto perché erano superate e incompatibili con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I passaggi pertinenti della Convenzione del 2008 recitano:

Articolo 4 – Pronuncia dell'adozione

« 1. L'autorità competente pronuncia l'adozione soltanto dopo aver acquisito la convinzione che l'adozione è conforme all'interesse superiore del minore.

2. In ogni caso, l'autorità competente attribuisce una particolare importanza al fatto che l'adozione fornisca al minore un ambiente familiare stabile e armonioso.»

Articolo 7 – Condizioni dell'adozione

« 1. La legislazione permette l'adozione di un minore:

- a. da parte di due persone di sesso diverso
 - i. che siano sposate tra loro o,
 - ii. qualora esista tale istituto, che abbiano contratto un'unione registrata;
- b. da una sola persona.

2. Gli Stati hanno la possibilità di estendere la portata della presente Convenzione alle coppie omosessuali sposate o che hanno contratto una unione registrata fra loro. Gli Stati possono anche estendere la portata della presente Convenzione alle coppie eterosessuali e omosessuali che vivono insieme in una relazione stabile.»

Articolo 11 – Effetti dell'adozione

« 1. Al momento dell'adozione, il minore diventa pienamente membro della famiglia dell'adottante o degli adottanti ed ha, rispetto all'adottante o agli adottanti e rispetto alla sua o alla loro famiglia, gli stessi diritti e obblighi di un figlio dell'adottante o degli adottanti la cui filiazione sia stabilita per legge. L'adottante o gli adottanti assumono la responsabilità genitoriale nei confronti del minore. L'adozione mette fine al legame giuridico esistente tra il minore e il padre, la madre e la famiglia di origine.

2. Tuttavia il coniuge, il partner registrato o il convivente dell'adottante mantiene i propri diritti e obblighi nei confronti del minore se questi è suo figlio, a meno che la legge non vi deroghi.

(...) »

52. Nelle «Considerazioni generali», il rapporto esplicativo alla Convenzione del 2008 enuncia quanto segue:

«14. Da un certo punto di vista, la buona pratica dell'adozione comporta un solo principio essenziale, ossia che l'adozione deve avere come scopo l'interesse superiore del minore, come precisa il paragrafo 1 dell'articolo 4 della Convenzione (...)»

53. I passaggi pertinenti al caso di specie delle osservazioni di tale rapporto, di cui all'«articolo 7 - Condizioni dell'adozione» recitano:

«42. Il presente articolo prevede l'adozione da parte di una coppia, o da parte di una sola persona.

43. Mentre il campo di applicazione della Convenzione del 1967 è limitato alle coppie eterosessuali sposate, il campo di applicazione della Convenzione rivista si estende alle coppie eterosessuali non sposate che hanno contratto un'unione registrata negli Stati che riconoscono questo istituto. Questa disposizione tiene conto dell'evoluzione osservata in numerosi Stati.

(...)

45. Riguardo al paragrafo 2, è stato rilevato che due Stati parti (la Svezia nel 2002 e il Regno Unito nel 2005) hanno denunciato la Convenzione in quanto i partner registrati dello stesso sesso, conformemente alla loro legislazione nazionale, potevano fare una richiesta congiunta per divenire genitori adottivi, fatto questo che era contrario alla Convenzione. Alcune situazioni analoghe in altri paesi potrebbero anche portare alla denuncia della Convenzione del 1967. Tuttavia, è stato anche rilevato che il diritto dei partner registrati dello stesso sesso di adottare congiuntamente un minore non era ancora una soluzione accettabile per molti Stati parti.

46. In queste condizioni il paragrafo 2 permette agli Stati che lo desiderano di estendere la portata della Convenzione rivista all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso, siano esse coppie sposate o unioni registrate. A tale proposito non è raro che alcuni strumenti del Consiglio d'Europa introducano norme innovatrici pur lasciando la libertà agli Stati parti di decidere di applicarle (...).

47. Gli Stati hanno la possibilità di estendere liberamente la portata della Convenzione alle coppie di sesso diverso o dello stesso sesso che vivono insieme in una relazione stabile. Spetta agli Stati parti definire i criteri di valutazione della stabilità di una relazione di questo tipo.»

C. Raccomandazione del Comitato dei Ministri

54. Adottata il 31 marzo 2010, la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri su alcune misure volte a combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere riguarda un'ampia gamma di ambiti nei quali le persone lesbiche, omosessuali, bisessuali, transessuali possono trovarsi di fronte a discriminazioni. Per quanto riguarda il «diritto al rispetto della vita privata e familiare», questa raccomandazione enuncia quanto segue:

« 23. Quando la legislazione nazionale conferisce diritti e doveri alle coppie non sposate, gli Stati membri dovrebbero garantirne l'applicazione senza alcuna discriminazione, sia nei confronti delle coppie dello stesso sesso che di quelle di sesso diverso, ivi compreso per quanto riguarda le pensioni di reversibilità e il diritto di subentrare nel contratto di affitto.

24. Quando la legislazione nazionale riconosce le unioni registrate tra persone dello stesso sesso, gli Stati membri dovrebbero cercare di garantire che il loro status giuridico e i loro diritti e obblighi siano equivalenti a quelli previsti per le coppie eterosessuali che si trovano in situazioni paragonabili.

25. Quando la legislazione nazionale non riconosce o non conferisce diritti né obblighi alle unioni registrate tra persone dello stesso sesso e alle coppie non sposate gli Stati membri sono invitati a prendere in esame la possibilità di fornire alle coppie dello stesso sesso, senza alcuna discriminazione, ivi compreso rispetto a coppie di sesso diverso, i mezzi giuridici o di altro tipo per risolvere i problemi pratici legati alla realtà sociale in cui vivono.

(...)

27. Tenendo conto del fatto che l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente nelle decisioni riguardanti l'adozione di un minore, gli Stati membri la cui legislazione nazionale consente l'adozione di minori da parte di persone celibi o nubili dovrebbero garantirne l'applicazione senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.»

IV. DIRITTO COMPARATO

A. Lo studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa

55. Un recente studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa intitolato «La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere in Europa» (edizioni del Consiglio d'Europa, giugno 2011) contiene in particolare i seguenti passaggi:

«Alle persone LGBT [lesbiche, omosessuali, bisessuali e transessuali] che vogliono adottare un minore si offrono tre possibilità. Innanzitutto una donna lesbica o un uomo omosessuale non sposato possono presentare richiesta per diventare genitori adottivi (adozione da parte di persona non sposata). Altra possibilità, una persona può adottare i figli biologici o adottati del suo/sua partner dello stesso sesso senza che il primo genitore perda i suoi diritti legali. Questa procedura, chiamata «adozione da parte del

secondo genitore», dà al minore due rappresentanti legali. L'adozione da parte del secondo genitore tutela anche i genitori attribuendo ad entrambi lo status di genitore riconosciuto dalla legge. In caso di non adozione da parte del secondo genitore, il minore e il genitore non biologico sono privati di alcuni diritti se il genitore biologico decede o in caso di divorzio, di separazione o di altre circostanze che impediscono al genitore di esercitare le sue responsabilità genitoriali. Il minore non ha neanche il diritto di ereditare dal genitore non biologico. Inoltre, su un piano pratico, il diritto al congedo parentale è escluso in caso di non adozione da parte del secondo genitore, fatto che può costituire un danno economico per le famiglie LGBT. La terza procedura è l'adozione congiunta di un minore da parte di una coppia dello stesso sesso.

Dieci Stati membri autorizzano l'adozione da parte del secondo genitore per le coppie dello stesso sesso (Germania, Belgio, Danimarca, Spagna, Finlandia, Islanda, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia). Ad eccezione della Germania e della Finlandia questi Stati membri autorizzano anche l'adozione congiunta per le coppie dello stesso sesso. In Austria e in Francia, l'adozione da parte del secondo genitore non è possibile, ma le coppie dello stesso sesso che hanno firmato una unione registrata possono beneficiare di un certo grado di autorità e di responsabilità genitoriali. Trentacinque Stati membri non danno accesso all'adozione congiunta né all'adozione da parte del secondo genitore: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaigian, Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, «l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia», Federazione di Russia, Georgia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, Polonia, Portogallo, Repubblica ceca, Romania, San Marino, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Svizzera, Turchia e Ucraina (...).»

B. Altri elementi di diritto comparato

56. I dati di cui la Corte dispone, soprattutto quelli contenuti in uno studio che esamina trentanove Stati membri del Consiglio d'Europa, mostrano che ai dieci paesi che aprono l'adozione coparentale alle coppie omosessuali citati nello studio del Commissario per i diritti umani - la Germania, il Belgio, la Danimarca, la Spagna, la Finlandia, l'Islanda, la Norvegia, i Paesi Bassi, il Regno Unito (esclusa l'Irlanda del Nord) e la Svezia - si aggiunge la Slovenia, i cui tribunali hanno recentemente autorizzato questa forma di adozione.

57. La maggioranza (ventiquattro) dei trentanove Stati membri del Consiglio d'Europa studiati riservano l'adozione coparentale alle coppie sposate. Dieci Stati membri - il Belgio, la Spagna, l'Islanda, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Romania, il Regno Unito (esclusa l'Irlanda del Nord), la Russia, la Slovenia e l'Ucraina - estendono l'adozione coparentale alle coppie non sposate, ma solo sei di loro non fanno distinzione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali a tale riguardo, gli altri quattro (il Portogallo, la Romania, la Russia e l'Ucraina) - come l'Austria - riservano questa forma di adozione alle coppie eterosessuali non sposate e la vietano alle coppie omosessuali non sposate.

Gli altri Stati studiati hanno dato risposte diverse alla questione dell'adozione coparentale, come quella che consiste nell'aprire questa

possibilità alle coppie sposate e alle unioni registrate (soluzione presa in considerazione soprattutto dalla Germania e dalla Finlandia) e a vietarla alle coppie non sposate siano esse eterosessuali o omosessuali.

IN DIRITTO

I. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 8

58. Invocando l'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8, i ricorrenti sostengono di essere vittime, nel godimento del loro diritto al rispetto della vita familiare, di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale della prima e della terza di essi. A loro avviso, non esiste alcun motivo ragionevole e obiettivo idoneo a giustificare che l'adozione coparentale sia aperta alle coppie eterosessuali – sposate o meno – ma vietata alle coppie omosessuali.

L'articolo 8 della Convenzione recita:

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

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

L'articolo 14 della Convenzione recita:

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

A. Sulla ricevibilità

59. Il Governo sostiene che, nel caso di specie, non si pone alcuna questione di discriminazione e che il ricorso deve dunque essere dichiarato irricevibile in quanto manifestamente infondato. Al riguardo, sostiene che i giudici interni hanno respinto la richiesta di adozione del secondo ricorrente in quanto il padre di quest'ultimo si opponeva alla stessa ed essa non era nell'interesse del minore. Di conseguenza, il fatto che l'adozione, da parte di un omosessuale, del figlio del partner sia giuridicamente impossibile ai

sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile non sarebbe stato preso in considerazione. Pertanto, i ricorrenti inviterebbero la Corte a procedere ad un controllo astratto di tale disposizione.

60. In tal modo, il Governo sembra affermare che gli interessati non possono sostenere di essere vittime della violazione dedotta, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione, in quanto non sono stati direttamente interessati dalla legge contestata nel caso di specie. La Corte rileva tuttavia che il Governo non ha formalmente sollevato un'eccezione di irricevibilità al riguardo. Ritiene che gli argomenti sopra menzionati debbano essere trattati nell'ambito dell'esame del merito della causa.

61. La Corte constata che il ricorso non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) della Convenzione e non incorre in altri motivi di irricevibilità. Lo dichiara dunque ricevibile.

B. Sul merito

1. Tesi delle parti

a) I ricorrenti

62. I ricorrenti sostengono che la loro situazione è assimilabile a quella di una coppia eterosessuale che si prende cura dei figli. Essi si basano su numerosi studi scientifici che giungono alla conclusione che i figli crescono armoniosamente sia in famiglie omogenitoriali che in famiglie eterogenitoriali.

63. Nel diritto austriaco l'adozione coparentale sarebbe aperta alle coppie sposate, ma le coppie omosessuali non avrebbero ancora accesso al matrimonio e, anche se avessero contratto una unione registrata, tale forma di adozione sarebbe loro espressamente vietata dall'articolo 8 § 4 della legge sulle unioni registrate. Ciò premesso, i ricorrenti sottolineano che non rivendicano un diritto che sarebbe riservato alle famiglie fondate sul matrimonio.

64. Il problema fondamentale nel caso di specie sarebbe quello della disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali non sposate. Il diritto austriaco darebbe accesso all'adozione coparentale alle coppie eterosessuali non sposate ma lo vieterebbe alle coppie omosessuali non sposate. Vi sarebbe dunque una differenza fondamentale rispetto alla causa *Gas e Dubois c. Francia* (n. 25951/07, 15 marzo 2012), in quanto il diritto francese riserva l'adozione coparentale alle coppie sposate. La questione sollevata dalla presente causa sarebbe pertanto analoga a quella che si poneva nella causa *Karner c. Austria* (n. 40016/98, CEDU 2003-IX) in cui la legislazione austriaca negava alle coppie omosessuali un diritto riconosciuto alle coppie eterosessuali non sposate. Inoltre, solo quattro Stati membri del Consiglio d'Europa avrebbero, come l'Austria, adottato la posizione che consiste nel dare accesso all'adozione

coparentale alle coppie eterosessuali non sposate vietandola comunque alle coppie omosessuali. La grande maggioranza degli Stati membri riserverebbe questa forma di adozione alle coppie sposate o la estenderebbe alle coppie non sposate indipendentemente dal loro orientamento sessuale.

65. I ricorrenti ritengono di essere stati innegabilmente oggetto di una disparità di trattamento nella procedura in contestazione. Dinanzi ai giudici interni, avrebbero sostenuto che il rifiuto del padre del secondo ricorrente di acconsentire all'adozione era ingiustificato in quanto contrario all'interesse del minore, che l'interesse di quest'ultimo a essere adottato doveva prevalere su quello del padre a opporsi all'adozione e che, pertanto, il tribunale distrettuale avrebbe dovuto decidere di non tenere conto dell'opposizione ai sensi dell'articolo 181 § 3 del codice civile. Secondo i ricorrenti, se una domanda identica fosse stata presentata al tribunale distrettuale da una coppia eterosessuale, quest'ultimo l'avrebbe esaminata sul merito e avrebbe dovuto pronunciare una decisione distinta riguardante il rifiuto del padre del minore. Tale giudice avrebbe invece opposto una decisione di irricevibilità alla richiesta degli interessati in quanto l'adozione voluta era in ogni caso impossibile rispetto al diritto austriaco. La Corte suprema avrebbe espressamente approvato tale posizione.

66. I ricorrenti sottolineano che al centro del loro motivo di ricorso vi è l'impossibilità assoluta nel loro caso di procedere a un'adozione. La presente causa sarebbe assimilabile alla causa *E.B. c. Francia* ([GC], n. 43546/02, 22 gennaio 2008) in quanto la prima e la terza ricorrente sarebbero, a causa del loro orientamento sessuale, private di qualsiasi possibilità effettiva di adottare.

67. Secondo la tesi dei ricorrenti, dal momento che il Governo sostiene che il diritto austriaco in materia di adozione tende a proteggere l'interesse del minore, esso ha il dovere, conformemente alla giurisprudenza della Corte, di dimostrare che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale è necessaria alla realizzazione di tale obiettivo. Vi sarebbe invece all'interno della comunità scientifica un ampio consenso nel ritenere che le coppie omosessuali sono capaci allo stesso modo delle coppie eterosessuali di garantire ai figli una crescita armoniosa. I ricorrenti hanno prodotto dinanzi alla Corte una serie di pubblicazioni a sostegno della loro tesi. All'udienza, hanno fatto riferimento in particolare a un ampio studio intitolato «La vita dei minori allevati da partner omosessuali» (Rupp Martina (ed.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften*, Colonia, 2009), che era stato realizzato su richiesta del ministero della Giustizia tedesco.

68. Per quanto riguarda l'argomentazione del Governo secondo la quale il diritto austriaco tende a impedire che un minore abbia, dal punto di vista giuridico, due padri o due madri, i ricorrenti non potrebbero esimersi dal constatare che, benché formino da molto tempo una famiglia di fatto, non possono ancora ottenere il riconoscimento giuridico della loro vita

famigliare. Inoltre, non sarebbe raro per il diritto austriaco che un minore adottato abbia due padri o due madri. In virtù dell'articolo 182 § 2 del codice civile, l'adozione interromperebbe i legami famigliari esistenti tra il minore adottato e i suoi genitori biologici, ma lascerebbe sussistere tra essi degli obblighi di mantenimento e dei diritti successori reciproci, benché sussidiari rispetto a quelli dei genitori adottivi.

69. Dalla Convenzione europea del 2008 sull'adozione dei minori, dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del 31 marzo 2010 e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo risulterebbe che il principio fondamentale in materia di adozione è costituito dall'interesse superiore del minore, e non dal sesso o dall'orientamento sessuale dei genitori. Infine, contrariamente alla tesi del Governo, il diritto austriaco non offriva altri mezzi per ottenere il riconoscimento giuridico dei legami tra un minore e il partner omosessuale di uno dei suoi genitori.

b) Il Governo

70. Il Governo non contesta l'applicazione, nel caso di specie, dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, e ammette che le relazioni che uniscono i tre ricorrenti rientrano nella nozione di vita famigliare. Tuttavia, esso ritiene che i fatti della presente causa siano diversi da quelli che avevano motivato la causa *Gas e Dubois* (sopra citata) in quanto il secondo ricorrente avrebbe anche un padre con il quale mantiene rapporti di tipo famigliare.

71. Considerato peraltro che la situazione dei ricorrenti non era assimilabile a quella di una coppia sposata di cui uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro, il Governo invita la Corte ad attenersi alle conclusioni alle quali era giunta nella sentenza *Gas e Dubois* (sopra citata, §§ 66-68).

72. Esso riconosce invece che la prima e la terza ricorrente si trovano in una situazione assimilabile a quella di una coppia eterosessuale non sposata, ammettendo che, in termini personali, le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali sono in teoria altrettanto idonee o inidonee all'adozione in generale e all'adozione coparentale in particolare. Per di più, esso ammette che le due situazioni sono assimilabili in quanto per qualsiasi adozione è necessario il consenso dei due genitori biologici.

73. Basandosi sulle sentenze *Emonet e altri c. Svizzera* (n. 39051/03, 13 dicembre 2007) e *Eski c. Austria* (n. 21949/03, 25 gennaio 2007), il Governo aggiunge che la rottura del legame di filiazione conseguente all'adozione di un minore è stata giudicata compatibile con l'articolo 8 e che, per quanto riguarda il diritto in materia di adozione, gli Stati dispongono di un ampio margine di apprezzamento. Esso precisa che il diritto austriaco in materia dà la priorità ai genitori biologici per quanto riguarda la potestà genitoriale e che l'adozione deve essere autorizzata soltanto quando è manifestamente nell'interesse del minore. L'adozione

comporterebbe infatti la perdita dei diritti genitoriali per il genitore biologico interessato, e il consenso di quest'ultimo, i cui legami con il minore sarebbero altrettanto protetti dall'articolo 8, costituirebbe una condizione preliminare per l'adozione. Il diritto austriaco garantirebbe in tal modo un equilibrio ragionevole tra tutti gli interessi coesistenti.

74. Nel caso di specie non si porrebbe alcuna questione di discriminazione in quanto la prima e la terza ricorrente non sarebbero state trattate diversamente da una coppia eterosessuale non sposata. Dopo aver esaminato con attenzione la questione dell'interesse del secondo ricorrente a essere adottato, i giudici nazionali, in particolare il tribunale regionale, avrebbero constatato che il minore aveva dei legami con il padre e avrebbero concluso per questo motivo che non era opportuno sostituire un genitore adottivo a quest'ultimo. Il consenso preliminare dei due genitori biologici costituirebbe una condizione essenziale per qualsiasi adozione. Il Governo sostiene che, tenuto conto dell'opposizione del padre del secondo ricorrente, i tribunali interni non avrebbero potuto acconsentire all'adozione nemmeno se la domanda fosse stata presentata da un partner di sesso opposto a quello della terza ricorrente non sposato con essa. Esso ritiene peraltro che gli interessati non siano riusciti a dimostrare che esistevano dei motivi per non tenere conto del rifiuto del padre del minore di acconsentire all'adozione e aggiunge che essi non hanno chiesto ai tribunali di pronunciarsi espressamente su tale questione.

75. Il Governo afferma inoltre che il codice civile non persegue un obiettivo di esclusione delle coppie omosessuali. Esso ritiene che l'impossibilità per una donna di adottare il figlio di un'altra donna ostacolerebbe allo stesso modo il progetto di una zia di adottare il nipote fintanto che sussistono dei legami tra quest'ultimo e sua madre. Il divieto espresso dell'adozione coparentale per le coppie omosessuali sarebbe stato introdotto solo nel 2010 dalla legge sulle unioni registrate, che non sarebbe stata ancora in vigore nel momento in cui i giudici nazionali si sono pronunciati sulla presente causa e non sarebbe dunque pertinente nel caso di specie.

76. Il Governo sostiene che, se la Corte concludesse che vi è stata una disparità di trattamento ed esaminasse la legittimità dell'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale, tale esclusione sarebbe giustificata dagli scopi legittimi della ricostruzione di una famiglia biologica e della protezione del benessere del minore. Il diritto austriaco in materia di adozione non perseguirebbe lo scopo di escludere le coppie omosessuali ma piuttosto quello di impedire, in generale, che un minore abbia due padri o due madri dal punto di vista giuridico. Esso perseguirebbe tale obiettivo con misure adeguate, considerando anche la necessità di tenere conto degli interessi di altre persone coinvolte, e tutelerebbe gli interessi del partner del genitore del minore con altri mezzi.

77. Infine, il Governo considera che gli Stati dovrebbero beneficiare di un ampio margine di apprezzamento in materia di adozione coparentale da parte di coppie omosessuali. Secondo le informazioni di cui dispone, solo dieci Stati membri del Consiglio d'Europa autorizzerebbero questa forma di adozione. In queste condizioni, non vi sarebbe uno standard europeo e neppure una tendenza o un orientamento in materia

c) Le parti intervenienti

i. La FIDH, la CIJ, l'ILGA-Europe, la BAAF, il NELFA e l'ECSOL

78. Nelle loro osservazioni comuni, queste sei organizzazioni non governative sostengono che, come la causa *Karner* (sopra citata), il caso di specie fa emergere una disparità di trattamento in quanto un diritto riconosciuto alle coppie eterosessuali non sposate è stato negato a una coppia omosessuale non legata da matrimonio. Di conseguenza, sarebbe opportuno applicare nella presente causa i criteri definiti nella sentenza *Karner*. Inoltre, nelle sentenze *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (n. 33290/96, CEDU 1999-IX) e *E.B. c. Francia* (sopra citata), la Corte avrebbe implicitamente riconosciuto che nulla impedisce che una persona omosessuale che vive con un partner del suo stesso sesso si prenda cura di un minore. La Corte interamericana dei diritti umani sarebbe giunta recentemente ad una conclusione analoga nella causa *Atala Riffo e figlie c. Cile* (sentenza del 24 febbraio 2012).

79. Peraltro, per quanto riguarda la questione del consenso europeo, sarebbe opportuno rilevare che la maggior parte dei quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa riserva l'adozione coparentale alle coppie eterosessuali sposate. Nella presente causa, gli unici Stati che possono servire da punto di confronto sarebbero quelli che aprono l'adozione coparentale ad altre coppie, in particolare alle coppie omosessuali (coppie sposate, unioni registrate o coppie conviventi) o alle coppie eterosessuali non sposate. Tra questo gruppo di Stati, quattordici avrebbero esteso l'adozione alle coppie omosessuali o intenderebbero farlo e solo cinque (tra cui l'Austria) aprirebbero questa forma di adozione alle coppie eterosessuali non sposate negandola tuttavia alle coppie omosessuali.

80. Infine, l'articolo 7 della Convenzione europea del 2008 sull'adozione dei minori riconoscerebbe la diversità delle legislazioni in materia di adozione, ma rimarrebbe comunque il fatto che gli articoli 14 e 8 della Convenzione vieterebbe agli Stati membri di basarsi su motivi discriminatori per estendere il diritto di adottare a un gruppo di persone ma non a un altro.

ii. Il Centro europeo per il diritto e la giustizia (ECLJ)

81. L'ECLJ ritiene che non vi sia stata ingerenza nella vita familiare *de facto* dei ricorrenti e che l'articolo 8 non sia dunque applicabile nel caso di

specie. Esso sostiene inoltre che non esiste un diritto all'adozione, né un diritto a essere adottati. A suo avviso, gli interessati rivendicano in sostanza un diritto al riconoscimento della loro vita familiare. Tuttavia, come il diritto di sposarsi, il diritto di fondare una famiglia sancito dall'articolo 12 della Convenzione sarebbe riservato alle coppie eterosessuali

82. Se la causa fosse esaminata sotto il profilo dell'articolo 8, l'ECLJ sostiene che, anche a voler supporre che vi sia stata ingerenza nell'esercizio da parte dei ricorrenti del loro diritto al rispetto della loro vita familiare, si deve constatare che tale ingerenza era prevista dalla legge, più precisamente dall'articolo 182 § 2 del codice civile, e che essa perseguiva uno scopo legittimo, ossia la protezione delle relazioni tra il secondo ricorrente e il padre, che si era opposto all'adozione richiesta. Il rifiuto da parte dei giudici interni di autorizzare l'adozione voluta dagli interessati sarebbe inoltre inteso, legittimamente, a preservare la famiglia naturale e a garantire la sicurezza giuridica ai minori. La realtà biologica sarebbe un elemento oggettivo, e costituirebbe in tal senso una giustificazione ragionevole.

83. Dal punto di vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, l'ECLJ afferma che la prima e la terza ricorrente non hanno la capacità biologica di fondare una famiglia e che la loro situazione non è dunque assimilabile a quella di una coppia eterosessuale. Poiché l'articolo 182 § 2 del codice civile si applica a tutte le coppie, eterosessuali od omosessuali, nel caso di specie non sarebbe stata operata alcuna disparità di trattamento. Il fatto che tale disposizione produca effetti diversi a seconda che sia applicata a una coppia omosessuale o a una coppia eterosessuale non darebbe luogo a una discriminazione.

iii. Il procuratore generale dell'Irlanda del Nord

84. Il procuratore generale dell'Irlanda del Nord considera che la Convenzione europea del 2008 sull'adozione dei minori potrebbe servire a determinare in che misura esiste un consenso europeo in questo contesto. Egli fa osservare in particolare che, ai sensi dell'articolo 4 di tale strumento, l'interesse superiore del minore costituisce il principio guida di qualsiasi adozione; considera inoltre che dall'articolo 7 emerge con chiarezza che non esiste alcun consenso in Europa per quanto riguarda l'adozione da parte di coppie omosessuali.

85. Egli indica che la compatibilità con la Convenzione degli articoli 14 e 15 § 1 dell'ordinanza del 1987 sull'adozione applicabile in Irlanda del Nord, come emendata dalla legge sulle unioni civili, è attualmente oggetto di un ricorso giudiziario nel suo Paese in quanto tali disposizioni privano le coppie omosessuali, che siano o meno legate da una unione registrata, di qualsiasi possibilità di adottare, e vietano l'adozione monoparentale alle persone omosessuali che hanno concluso un'unione registrata, mentre una persona che non ha concluso una unione di questo tipo può adottare da sola, indipendentemente dal suo orientamento sessuale. Egli precisa che nel

ricorso in questione si sostiene che gli effetti cumulativi di tali disposizioni violano l'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

86. Osservando che la Convenzione non sancisce un diritto all'adozione e basandosi sulla giurisprudenza recente della Corte (*E.B. c. Francia, Gas e Dubois, Schalk e Kopf*, sopra citate; e *S.H. e altri c. Austria* [GC], n. 57813/00, 3 novembre 2011), il procuratore generale dell'Irlanda del Nord constata che la Corte finora ha dato prova di deferenza giudiziaria, riconoscendo che il legislatore nazionale si trova in una posizione migliore rispetto al giudice europeo per valutare le questioni sollevate dalle nozioni di famiglia e di matrimonio e i rapporti tra genitori e figli.

iv. Amnesty International

87. Le osservazioni di Amnesty International forniscono una sintesi delle clausole di non discriminazione presenti nei trattati regionali e internazionali di protezione dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte europea e della Corte interamericana dei diritti umani in materia. Esse traggono ispirazione anche dall'interpretazione data alle clausole in questione dagli organi di controllo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite – in particolare dal Comitato dei diritti dell'uomo e dal Comitato dei diritti dei minori.

88. Amnesty International considera che qualsiasi disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale debba essere giustificata da motivi particolarmente solidi e convincenti. Essa rinvia al riguardo ad una recente sentenza della Corte interamericana dei diritti umani (*Atala Riffo e figlie c. Cile*), che indica che «l'orientamento sessuale fa parte dell'intimità di una persona e non deve essere preso in considerazione per determinare se una persona abbia i requisiti necessari per essere genitore».

89. Amnesty International fa osservare peraltro che, secondo l'articolo 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, l'interesse del minore deve essere una «considerazione preminente» in tutte le decisioni relative ai minori. Essa osserva che anche ai sensi dell'articolo 21 della stessa Convenzione l'interesse superiore del minore costituisce una «considerazione preminente» in materia di adozione. Tale strumento apporterebbe dunque importanti restrizioni al margine di apprezzamento degli Stati, vietando loro in particolare di applicare norme diverse in funzione della composizione delle famiglie o dell'orientamento sessuale di un genitore. Pertanto, qualsiasi regime di adozione dovrebbe autorizzare i tribunali e le altre autorità competenti a basarsi principalmente sull'interesse superiore del minore per decidere in merito alle domande di adozione.

v. Alliance Defending Freedom

90. Alliance Defending Freedom osserva che né la Convenzione né la giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 8 riconoscono un diritto

all'adozione. Invece, la Corte avrebbe concluso per l'applicabilità dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 nelle cause riguardanti asserite discriminazioni in materia di adozione e avrebbe esaminato un esiguo numero di cause di questo tipo (*Fretté c. Francia*, n. 36515/97, CEDU 2002-I; e le cause sopra citate *E.B. c. Francia* e *Gas e Dubois*). Nella sentenza *E.B. c. Francia*, la Corte avrebbe attribuito un peso decisivo in particolare al fatto che il diritto francese autorizzava l'adozione di un minore da parte di un single, aprendo in tal modo la via all'adozione da parte di una persona omosessuale celibe o nubile. Il caso di specie si distinguerebbe dalla causa in questione e per Alliance Defending Freedom una constatazione di violazione equivarrebbe ad un tentativo di riscrivere il diritto degli Stati che riservano l'adozione coparentale alle coppie eterosessuali. Per di più, su tale questione non vi sarebbe un consenso a livello europeo.

91. Peraltro, la tesi molto diffusa della «indifferenziazione», ossia l'idea, espressa in numerosi studi, secondo la quale i minori che crescono in famiglie omogenitoriali non si trovano in una situazione di netto svantaggio rispetto ai minori cresciuti in famiglie eterogenitoriali, sarebbe stata rimessa in discussione da recenti studi sociologici condotti in particolare negli Stati Uniti. Tenuto conto del carattere poco convincente dei risultati degli studi scientifici realizzati in materia e dell'ampio margine di apprezzamento di cui beneficerebbero gli Stati per quanto riguarda il diritto di famiglia, l'interesse del minore giustificerebbe il fatto di riservare l'adozione, ivi compresa l'adozione coparentale, alle coppie eterosessuali.

2. Valutazione della Corte

a) Applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8

92. La Corte ha dovuto esaminare varie cause in cui veniva lamentata una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nella sfera della vita privata e familiare. Essa ne ha esaminate alcune sotto il profilo dell'articolo 8 considerato separatamente. Tali cause riguardavano la repressione penale delle relazioni omosessuali tra adulti (*Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, serie A n. 45; *Norris c. Irlanda*, 26 ottobre 1988, serie A n. 142, e *Modinos c. Cipro*, 22 aprile 1993, serie A n. 259) o la destituzione di omosessuali dalle forze armate (*Smith e Grady c. Regno Unito*, nn. 33985/96 e 33986/96, CEDU 1999-VI). Ne ha considerate altre sotto il profilo dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Queste ultime si riferivano alla fissazione, in materia penale, di un'età del consenso diversa per quanto riguarda i rapporti omosessuali da una parte e le relazioni eterosessuali dall'altra (*L. e V. c. Austria*, nn. 39392/98 e 39829/98, CEDU 2003-I), l'attribuzione della potestà genitoriale (*Salgueiro da Silva Mouta*, sopra citata), il consenso dei richiedenti all'adozione di un

minore (*Fretté, E.B. c. France e Gas e Dubois*, sopra citate), il diritto del partner superstite alla trasmissione del contratto di locazione stipulato dal defunto (*Karner*, sopra citata, e *Kozak c. Polonia*, n. 13102/02, 2 marzo 2010), il diritto a prestazioni previdenziali (*P.B. e J.S. c. Austria*, n. 18984/02, 22 luglio 2010) o l'accesso delle coppie omosessuali al matrimonio o ad altre forme di riconoscimento giuridico (*Schalk e Kopf*, sopra citata).

93. Nella fattispecie, i ricorrenti invocano l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 e sostengono che vivono insieme una vita familiare. Il Governo non contesta l'applicabilità del combinato disposto dell'articolo 14 e dell'articolo 8 nella presente causa. La Corte non vede alcun motivo per discostarsi dal parere delle parti su questo punto, per i motivi di seguito esposti.

94. Secondo la giurisprudenza costante della Corte, l'articolo 14 completa le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli. Non ha un'esistenza indipendente poiché vale unicamente per il «godimento dei diritti e delle libertà» che essi garantiscono. Certo, esso può entrare in gioco anche senza che vi sia una inosservanza delle esigenze in essi previste e, in questo caso, possiede una portata autonoma, ma non può trovare applicazione se i fatti della causa non rientrano nell'ambito di almeno una di tali clausole (si vedano, ad esempio, *Schalk e Kopf*, sopra citata, § 89; *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 47; *Karner*, sopra citata, § 32, e *Petrovic c. Austria*, 27 marzo 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II).

95. La Corte rammenta che la relazione esistente tra una coppia omosessuale che convive di fatto in maniera stabile rientra nella nozione di «vita familiare» così come quella di una coppia eterosessuale che si trova nella stessa situazione (*Schalk e Kopf*, sopra citata, § 94). Inoltre, nella decisione sulla ricevibilità che ha reso nella causa *Gas e Dubois c. Francia* (n. 25951/07, 31 agosto 2010), la Corte ha dichiarato che la relazione tra due donne che vivono insieme in regime di patto civile di solidarietà (PACS) e il figlio che la seconda di loro aveva concepito mediante la procreazione medicalmente assistita, e che la stessa allevava insieme alla sua compagna, si traduceva in una «vita familiare» ai fini dell'articolo 8 della Convenzione.

96. Nella fattispecie, la prima e la terza ricorrente formano una coppia omosessuale stabile che conduce una vita comune da molti anni. Il secondo ricorrente, di cui entrambe si occupano, vive insieme a loro. Pertanto, la Corte ritiene che la relazione che unisce i tre ricorrenti rientri nella nozione di «vita familiare» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

97. Di conseguenza, la Corte conclude che nel caso di specie trova applicazione l'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

b) Osservanza dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8*i. I principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte*

98. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, perché si ponga una questione rispetto all'articolo 14 deve esservi una disparità nel trattamento di persone poste in situazioni assimilabili. Una tale disparità è discriminatoria se non è fondata su una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia se non persegue uno scopo legittimo o se non vi è un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito. Gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento per determinare se e in quale misura delle differenze tra situazioni analoghe sotto altri punti di vista giustifichino delle disparità di trattamento (*Schalk e Kopf*, sopra citata, § 96, e *Burden c. Regno Unito* [GC], n. 13378/05, § 60, CEDU 2008-).

99. L'orientamento sessuale rientra nel campo di applicazione dell'articolo 14. La Corte ha più volte dichiarato che, come le differenze basate sul sesso, quelle basate sull'orientamento sessuale devono essere giustificate da motivi impellenti o, altra formula utilizzata a volte, da «ragioni particolarmente solide e convincenti» (si vedano, ad esempio, *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 91; *Kozak*, sopra citata, § 92; *Karner*, sopra citata, §§ 37 e 42; *L. e V. c. Austria*, sopra citata, § 45, e *Smith e Grady*, sopra citata, § 90). Nel caso di disparità di trattamento fondate sul sesso o sull'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato (*Kozak*, sopra citata, § 92, e *Karner*, sopra citata, § 41). Le differenze motivate unicamente da considerazioni relative all'orientamento sessuale sono inaccettabili rispetto alla Convenzione (*E.B. c. Francia*, sopra citata, §§ 93 e 96, e *Salgueiro da Silva Mouta*, sopra citata, § 36).

100. Prima di arrivare all'esame del motivo di ricorso dei ricorrenti, la Corte precisa che, in generale, l'adozione di un minore da parte di omosessuali può avvenire in tre modi diversi. Il primo è quello dell'adozione da parte di una sola persona (adozione monoparentale); il secondo è quello dell'adozione coparentale, con la quale uno dei partner di una coppia adotta il figlio dell'altro, affinché a ciascuno dei partner della coppia sia legalmente riconosciuto lo status di genitore; e il terzo è quello dell'adozione congiunta da parte di entrambi i partner della coppia (si vedano lo studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa citato al paragrafo 55 *supra* e la sentenza *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 33).

101. La Corte ha finora esaminato due cause riguardanti richieste di adozione monoparentale presentate da omosessuali (*Fretté* e *E.B. c. Francia*, sopra citate) e una causa avente ad oggetto una richiesta di adozione coparentale da parte di una coppia omosessuale (*Gas e Dubois*, sopra citata).

102. Nella causa *Fretté c. Francia*, le autorità francesi avevano rigettato la richiesta di autorizzazione ad adottare in quanto le «scelte di vita» (in altre parole l'omosessualità) dell'interessato non presentavano garanzie sufficienti per l'adozione di un minore. Analizzando la questione dal punto di vista del combinato disposto dell'articolo 14 e dell'articolo 8 della Convenzione, la Corte ha rilevato che la legislazione francese riconosceva a qualsiasi persona non sposata – uomo o donna – il diritto di depositare una richiesta di adozione, e che le autorità francesi avevano rigettato la richiesta di autorizzazione preventiva presentata dal ricorrente basandosi – senza dubbio implicitamente – sul suo orientamento sessuale, e ha dunque concluso per l'esistenza di una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale (*Fretté*, sopra citata, § 32). Tuttavia, ha ritenuto che le decisioni adottate dalle autorità interne perseguissero uno scopo legittimo: proteggere la salute e i diritti dei minori che potevano essere interessati da una procedura di adozione. Per quanto riguarda la questione di stabilire se tale disparità di trattamento fosse giustificata, la Corte ha osservato in particolare che non vi era comunanza di vedute tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa in questo ambito, in cui il diritto sembrava attraversare una fase di transizione, e ha giudicato che alle autorità nazionali doveva essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento per pronunciarsi in materia. Per quanto riguarda gli interessi concorrenti del ricorrente e dei minori che possono essere adottati, la Corte ha osservato che la comunità scientifica era divisa sulle eventuali conseguenze dell'accoglienza di un minore da parte di uno o due genitori omosessuali, tenuto conto in particolare dell'esiguo numero di studi scientifici sulla questione all'epoca disponibili. In definitiva, essa ha riconosciuto che il rifiuto di concedere l'autorizzazione all'adozione voluta non aveva pregiudicato il principio di proporzionalità e che la disparità di trattamento denunciata non era pertanto discriminatoria ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione (§§ 37-43).

103. Nella sentenza della Grande Camera che ha reso nella causa *E.B. c. Francia* (sopra citata), anch'essa esaminata dal punto di vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, la Corte è ritornata su tale posizione. Dopo aver proceduto ad un'analisi approfondita dei motivi adottati dalle autorità francesi per giustificare il rifiuto di autorizzare l'adozione auspicata dalla ricorrente, che viveva una relazione stabile con un'altra donna, la Corte ha osservato che le autorità avevano preso in considerazione due motivi principali, ossia l'assenza di un «referente paterno» nel nucleo familiare della ricorrente o nella sua cerchia familiare e affettiva più vicina, e la mancanza di coinvolgimento della compagna di quest'ultima. Essa ha considerato che questi due motivi erano emersi nell'ambito di una valutazione globale della situazione della ricorrente e che l'illegittimità di uno di essi aveva prodotto l'effetto di inficiare complessivamente la decisione. La Corte ha ritenuto che il secondo di tali

motivi non fosse censurabile, ma che il primo fosse implicitamente legato all'omosessualità della ricorrente e che le autorità lo avessero invocato abusivamente in un contesto in cui la richiesta di autorizzazione ad adottare proveniva da una persona celibe. In definitiva, essa ha considerato che l'orientamento sessuale della ricorrente non avesse cessato di essere al centro del dibattito che la riguardava e avesse rivestito un carattere decisivo, portando alla decisione di negare l'autorizzazione richiesta (*E.B. c. Francia*, sopra citata, §§ 72-89). Essa ha precisato che, quando è giustificata solo da considerazioni relative all'orientamento sessuale della persona interessata, la disparità di trattamento deve essere considerata discriminatoria rispetto alla Convenzione (*ibidem*, § 93). Ha poi rilevato che il diritto francese autorizzava l'adozione di un minore da parte di un single, aprendo in tal modo la strada all'adozione da parte di una persona omosessuale celibe o nubile, il che non veniva messo in discussione. Alla luce della sua analisi dei motivi sollevati dalle autorità francesi, la Corte ha ritenuto che, per rigettare la richiesta di autorizzazione ad adottare presentata dalla ricorrente, esse avessero operato una distinzione motivata da considerazioni riguardanti l'orientamento sessuale dell'interessata, distinzione che non poteva essere tollerata secondo la Convenzione. Di conseguenza, ha concluso che vi era stata violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 (*ibidem*, §§ 94-98).

104. La causa *Gas e Dubois* (sopra citata) riguardava due donne che vivevano in coppia avendo concluso il patto civile di solidarietà (PACS) previsto nel diritto francese. Una delle due ricorrenti era la madre di un bambino concepito con la procreazione medicalmente assistita. Rispetto al diritto francese, ne era l'unico genitore. Le interessate lamentavano, dal punto di vista dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8, che il figlio di una di loro non potesse essere adottato dall'altra. Più precisamente, desideravano essere autorizzate ad adottare il minore con il regime dell'adozione semplice ai fini della creazione di un legame di filiazione tra il minore e la compagna della madre, il che avrebbe permesso loro di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale su quest'ultimo. Le autorità interne avevano rifiutato di autorizzare questo progetto di adozione in quanto l'adozione stessa avrebbe comportato, a profitto della compagna della madre del minore, un trasferimento dei diritti di potestà genitoriale non conforme all'interesse del minore (*Gas e Dubois*, sopra citata, § 62). La Corte ha esaminato la situazione delle interessate comparandola a quella di una coppia sposata. Essa ha osservato che nel diritto francese solo le coppie sposate potevano esercitare la potestà genitoriale congiunta in caso di adozione semplice. Osservando che gli Stati contraenti non erano tenuti ad aprire il matrimonio alle coppie omosessuali e che il matrimonio attribuiva uno status particolare a coloro che lo contraggono, essa ha ritenuto che i ricorrenti non si trovassero in una situazione giuridica assimilabile a quella delle coppie sposate (*ibidem*, § 68). Osservando che l'adozione coparentale

non era aperta nemmeno alle coppie eterosessuali non sposate che, come le ricorrenti, avevano concluso un PACS (*ibidem*, § 69), la Corte ha concluso per l'assenza di una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale e per la non violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

ii. Applicazione dei principi sopra esposti nel caso di specie

- α) Confronto tra la situazione dei ricorrenti e quella di una coppia sposata nella quale uno dei partner desidera adottare il figlio dell'altro

105. Il primo quesito che si pone alla Corte è se la situazione dei ricorrenti – la prima e la terza ricorrente, che formano una coppia omosessuale, e il figlio di quest'ultima – fosse paragonabile a quella di una coppia eterosessuale sposata nella quale uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro.

106. La Corte ha recentemente risposto negativamente a tale quesito nella causa *Gas et Dubois*, per motivi che ritiene utile richiamare e riaffermare. Conviene anzitutto tenere presente che l'articolo 12 della Convenzione non impone agli Stati contraenti l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali (*Schalk e Kopf*, sopra citata, §§ 54-64), che il diritto al matrimonio omosessuale non può essere dedotto nemmeno dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 (*ibidem*, § 101) e che gli Stati, quando decidono di offrire alle coppie omosessuali un'altra modalità di riconoscimento giuridico, godono di un certo margine di apprezzamento per decidere sulla natura esatta dello status conferito (*ibidem*, § 108). Peraltro, la Corte ha dichiarato più volte che il matrimonio conferisce uno status particolare a coloro che vi si impegnano, che l'esercizio del diritto di contrarre matrimonio è tutelato dall'articolo 12 della Convenzione e che tale diritto comporta delle conseguenze a livello sociale, personale e giuridico (si vedano, tra altre, *Gas e Dubois*, sopra citata, § 68, e *Burden*, sopra citata, § 63).

107. Invece, il diritto austriaco in materia di adozione prevede un regime specifico per le coppie sposate. In effetti, ai sensi dell'articolo 179 § 2 del codice civile, l'adozione congiunta è riservata a queste ultime ed è, in linea di principio, l'unica forma di adozione alla quale hanno accesso. In deroga a tale principio, la stessa disposizione autorizza uno dei coniugi ad adottare il figlio dell'altro coniuge (adozione coparentale).

108. Basandosi sulla sentenza *Gas e Dubois*, il Governo sostiene che la situazione della prima e della terza ricorrente non è assimilabile a quella di una coppia sposata. Da parte loro, le ricorrenti sottolineano che non intendono rivendicare un diritto che sarebbe riservato alle coppie sposate. La Corte non vede motivi per discostarsi dalla sua giurisprudenza su questo punto.

109. Alla luce di quanto precede, la Corte conclude che la situazione della prima e della terza ricorrente rispetto all'adozione coparentale non è assimilabile a quella di una coppia sposata.

110. Di conseguenza, non vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 nei confronti degli interessati se la loro situazione viene comparata a quella di una coppia sposata nella quale uno dei coniugi desidera adottare il figlio dell'altro.

ß) Confronto tra la situazione dei ricorrenti e quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner desidera adottare il figlio dell'altro

111. La Corte rileva che le osservazioni dei ricorrenti riguardano sostanzialmente il confronto tra la loro situazione e quella di una coppia eterosessuale non sposata. Gli interessati sottolineano che, nel diritto austriaco, l'adozione coparentale è aperta non solo alle coppie sposate, ma anche alle coppie eterosessuali non sposate, mentre è giuridicamente impossibile per le coppie omosessuali.

Situazione assimilabile

112. La Corte osserva che nessuna delle parti sostiene che la legge operi una distinzione tra le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali non sposate con uno status giuridico particolare analogo a quello che distingue le prime e le seconde dalle coppie sposate. Del resto, il Governo non contesta che la situazione delle coppie eterosessuali non sposate sia assimilabile a quella delle coppie omosessuali, ammettendo che, in termini personali, le coppie omosessuali sono idonee o inidonee quanto le coppie eterosessuali all'adozione in generale e all'adozione coparentale in particolare. La Corte constata che la situazione dei ricorrenti, desiderosi di stabilire un legame giuridico tra il primo e il secondo di essi, è assimilabile a quella di una coppia eterosessuale nella quale uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro.

Disparità di trattamento

113. La Corte deve ora cercare di stabilire se vi sia stata una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale della prima e della terza ricorrente.

114. Il diritto austriaco apre l'adozione coparentale alle coppie eterosessuali non sposate. L'articolo 179 del codice civile autorizza in maniera generale l'adozione monoparentale, e nessuna disposizione dell'articolo 182 § 2 dello stesso codice, che regola gli effetti dell'adozione, si oppone a che uno dei partner di una coppia eterosessuale non sposata adotti il figlio dell'altro senza che vi sia rottura dei legami tra quest'ultimo e il figlio. Invece, è giuridicamente impossibile per una coppia omosessuale procedere a un'adozione coparentale, poiché lo stesso articolo 182 § 2

prevede che l'adottante si sostituisce al genitore biologico del suo stesso sesso. Nella fattispecie, essendo la prima ricorrente una donna, in caso di adozione da parte sua del secondo ricorrente, solo i legami tra quest'ultimo e la madre, compagna della prima ricorrente, potrebbero essere interrotti. Gli interessati non possono pertanto ricorrere all'adozione al fine di creare, tra la prima e il secondo ricorrente, un legame di filiazione che andrebbe ad aggiungersi a quello già esistente tra il secondo ricorrente e la madre. Benché a prima vista appaia neutro, l'articolo 182 § 2 esclude le coppie omosessuali dall'adozione coparentale.

115. Per completezza, la Corte precisa che, dal 1° gennaio 2010, data dell'entrata in vigore della legge sulle unioni registrate, le coppie omosessuali hanno la possibilità di contrarre un'unione registrata. La prima e la terza ricorrente non si sono avvalse di tale facoltà. In ogni caso, anche se avessero contratto una tale unione non avrebbero potuto procedere ad una adozione coparentale, in quanto l'articolo 8 § 4 di detta legge vieta espressamente l'adozione da parte di uno dei partner del figlio dell'altro.

116. Alla luce di quanto sopra, non vi sono dubbi sul fatto che la legislazione applicabile operi una distinzione tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in materia di adozione coparentale. Allo stato attuale del diritto austriaco, l'adozione coparentale è inaccessibile ai ricorrenti, e la situazione non cambierebbe se il padre biologico del secondo ricorrente fosse deceduto o ignoto, o se sussistessero motivi per non tenere conto del suo rifiuto di dare il consenso all'adozione. Il Governo non lo contesta.

117. Tuttavia, esso sostiene che i fatti della causa non rivelano alcuna forma di discriminazione. Al riguardo, esso assicura che la domanda di omologazione dell'accordo di adozione presentata dagli interessati è stata rigettata per motivi estranei all'orientamento sessuale della prima e della terza ricorrente. Esso precisa anzitutto che i tribunali, in particolare il tribunale regionale, si sono opposti all'adozione voluta in quanto essa non serviva l'interesse del minore. Afferma inoltre che qualsiasi adozione richiede il consenso dei genitori biologici del minore da adottare. Osservando che il padre del secondo ricorrente non aveva dato il consenso, il Governo sostiene che i tribunali non potevano fare altro che rigettare la richiesta di adozione in contestazione e avrebbero dovuto pronunciarsi esattamente allo stesso modo se la prima ricorrente fosse stata il compagno e non la compagna della terza ricorrente. In altre parole, la distinzione giuridica operata dall'articolo 182 § 2 del codice civile non sarebbe stata presa in considerazione nella presente causa. Pertanto, i ricorrenti inviterebbero la Corte a procedere ad un controllo astratto della legislazione applicabile.

118. Alla luce delle decisioni rese dai giudici nazionali (paragrafi 15, 18 e 20 *supra*), la tesi del Governo non convince la Corte. Essa osserva in primo luogo che detti giudici hanno chiaramente affermato che un'adozione

che produca gli effetti voluti dai ricorrenti, ossia la creazione di un legame di filiazione tra la prima e il secondo ricorrente che andasse ad aggiungersi a quello esistente tra quest'ultimo e la madre, sarebbe in ogni caso impossibile ai sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile.

119. Il tribunale distrettuale ha basato la sua decisione unicamente su questo motivo, senza soffermarsi sulle circostanze particolari della causa e senza esaminare la questione se il padre del secondo ricorrente acconsentisse o meno all'adozione o se vi fossero motivi per non tenere conto della sua opposizione come sostenevano gli interessati.

120. Anche il tribunale regionale ha concluso che l'adozione voluta dai ricorrenti era giuridicamente impossibile, ma ha evocato altri aspetti della causa. Ha espresso dei dubbi sulla capacità della terza ricorrente di rappresentare il figlio nella procedura di adozione, ritenendo che tale situazione potesse dare luogo a un conflitto di interessi. Tuttavia, ha ritenuto inutile pronunciarsi su tale questione in quanto il tribunale distrettuale aveva giustamente eccepito la irricevibilità della domanda di adozione. Secondo le informazioni di cui dispone la Corte, il tribunale regionale non ha sentito le persone interessate, ossia i tre ricorrenti e il padre del secondo ricorrente. Per quanto riguarda il padre del minore e il ruolo da lui svolto, il tribunale si è limitato a constatare, in base agli atti del fascicolo, che aveva contatti regolari con il figlio, senza esaminare se esistessero, come affermavano gli interessati, motivi tali da giustificare l'applicazione dell'articolo 181 § 3 del codice civile per non tenere conto del suo rifiuto di acconsentire all'adozione. Si è invece soffermato a lungo sul fatto che la nozione di «genitori» secondo il diritto di famiglia austriaco rinvia a due persone di sesso opposto. Inoltre, ha tenuto conto dell'interesse del minore a mantenere dei rapporti con i due genitori di sesso opposto, considerazione che, secondo il tribunale, escludeva chiaramente l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori. Peraltro, esso ha cercato di stabilire se, alla luce della sentenza resa dalla Corte nella causa *Karner* (sopra citata), il diritto in materia di adozione all'epoca vigente operasse una discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali.

121. Si deve tenere conto anche del fatto che il tribunale regionale ha concluso per l'ammissibilità di un ricorso per cassazione dinanzi alla Corte suprema in quanto non vi era giurisprudenza sulla «questione (...) in contestazione, ossia la legittimità dell'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori». Secondo la Corte, ciò contraddice categoricamente la tesi del Governo secondo la quale il fatto che sia giuridicamente impossibile per le coppie omosessuali avere accesso all'adozione coparentale non ha influito minimamente sull'esito della presente causa.

122. Da parte sua, la Corte suprema ha confermato che l'adozione di un minore da parte della compagna della sua madre biologica era giuridicamente impossibile ai sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile e

ha ritenuto che tale disposizione non oltrepassasse il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati e fosse dunque compatibile con l'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8. Essa ha anche ritenuto che la sua conclusione secondo la quale l'adozione richiesta era giuridicamente impossibile la dispensava dal verificare se sussistessero le condizioni nelle quali era possibile non tenere conto del fatto che il padre del minore aveva negato il consenso, misura eccezionale prevista dall'articolo 181 § 3 del codice civile.

123. Alla luce di quanto precede, la Corte rigetta la tesi del Governo secondo la quale i ricorrenti non hanno risentito del diverso regime giuridico derivante dall'articolo 182 § 2 del codice civile. Essa ritiene che il fatto che l'adozione voluta dagli interessati fosse giuridicamente impossibile è stato costantemente al centro dell'esame della causa da parte dei giudici nazionali (si veda, *mutatis mutandis*, *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 88).

124. In effetti questo ostacolo giuridico ha impedito ai giudici nazionali di verificare concretamente, in applicazione dell'articolo 180a del codice civile, se l'adozione voluta fosse nell'interesse del secondo ricorrente. Essi non hanno esaminato dettagliatamente le circostanze della causa, e non hanno nemmeno verificato se vi fossero motivi per non tenere conto del rifiuto del padre di acconsentire all'adozione, come permetteva l'articolo 181 § 3 del codice civile. Il Governo sostiene che gli interessati non hanno sufficientemente dimostrato la loro tesi secondo la quale esistevano dei motivi di questo tipo e non hanno chiesto ai tribunali di pronunciarsi espressamente in tal senso. La Corte si limiterà a constatare che i tribunali nazionali non si sono fondati su nessuno di questi due motivi per rigettare la richiesta dei ricorrenti. Come sopra indicato, il tribunale distrettuale e il tribunale regionale non hanno esaminato la questione e la Corte suprema ha espressamente confermato che non era opportuno soffermarvisi tenuto conto dell'ostacolo giuridico assoluto con cui si scontrava l'adozione voluta.

125. Se la domanda di adozione presentata dalla prima e dalla terza ricorrente fosse stata presentata da una coppia eterosessuale non sposata, i tribunali non avrebbero potuto dichiararla irricevibile. Avrebbero invece dovuto verificare, conformemente all'articolo 180a del codice civile, se tale adozione rispondesse all'interesse del secondo ricorrente. Inoltre, se il padre del minore si fosse rifiutato di acconsentire all'adozione, avrebbero dovuto verificare se vi fossero circostanze eccezionali tali da giustificare il fatto, per i tribunali, di non tenerne conto come consentito dall'articolo 181 § 3 del codice civile (per un esempio di applicazione di questa procedura, si veda la sentenza *Eski*, sopra citata, §§ 39-42, resa in una causa avente ad oggetto un'adozione coparentale da parte di una coppia eterosessuale sposata e nella quale i giudici austriaci avevano ampiamente analizzato la questione bilanciando gli interessi di tutte le persone interessate – quelli della coppia, quelli del figlio e quelli del padre biologico – dopo avere debitamente sentito ciascuna di esse ed accertato i fatti pertinenti).

126. Di conseguenza, la Corte ritiene che il motivo di ricorso degli interessati non costituisca in alcun modo una *actio popularis*. Come ha indicato nel paragrafo 123 *supra*, i ricorrenti sono stati direttamente lesi dalla legislazione in contestazione in quanto, vietando in maniera assoluta l'adozione coparentale alle coppie omosessuali, l'articolo 182 § 2 del codice civile privava di qualsiasi utilità e rilevanza l'esame delle circostanze specifiche della loro causa obbligando le autorità nazionali a eccepire automaticamente l'irricevibilità della loro domanda di adozione. Pertanto, non si può affermare che la Corte sia chiamata a esaminare *in abstracto* la legislazione censurata: per la sua stessa natura, il divieto assoluto in questione ha sottratto i fatti della presente causa all'esame dei giudici nazionali e a quello della Corte (si veda, *mutatis mutandis*, *Hirst c. Regno Unito* (n. 2) [GC], n. 74025/01, § 72, CEDU 2005-IX).

127. Inoltre, se a prima vista può sembrare che la disparità di trattamento in questione riguardi soprattutto la prima ricorrente, che non è stata trattata allo stesso modo in cui sarebbe stato trattato un partner di una coppia eterosessuale non sposata che volesse adottare il figlio dell'altro, la Corte osserva che i tre ricorrenti vivono insieme una vita familiare (paragrafo 96 *supra*) e hanno presentato la domanda di adozione al fine di ottenere il riconoscimento giuridico di tale vita familiare. In queste condizioni, la Corte ritiene che i tre ricorrenti siano stati direttamente lesi dalla disparità di trattamento in questione e possano dunque sostenere di essere vittime della violazione dedotta.

128. Il Governo sostiene infine che l'ostacolo giuridico che si oppone alla domanda di adozione presentata dagli interessati non era basato sull'orientamento sessuale della prima e della terza ricorrente e non era dunque discriminatorio. Afferma che l'articolo 182 § 2 del codice civile, che vieta a una donna di adottare un minore fintanto che esistono legami di diritto tra quest'ultimo e la madre, è una norma di applicazione generale, che ostacolerebbe allo stesso modo il progetto di una zia di adottare il nipote fintanto che esistano legami fra quest'ultimo e la madre.

129. Questo argomento non convince la Corte. I ricorrenti lamentano di non essere stati trattati come sarebbe stata trattata una coppia eterosessuale non sposata e di non aver potuto ottenere il riconoscimento giuridico della loro vita familiare per mezzo di un'adozione coparentale. In primo luogo, la Corte osserva che i legami esistenti tra due sorelle adulte o tra una zia e il nipote non rientrano in linea di principio nella sfera della «vita familiare» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione. In secondo luogo, anche se i legami in questione rientrassero in tale nozione, la Corte rammenta di avere già ritenuto che, dal punto di vista qualitativo, la relazione tra due sorelle che vivono insieme è diversa per la sua stessa natura da quella che lega i due partner di una coppia, anche omosessuale (si veda, *mutatis mutandis*, *Burden*, sopra citata, § 62). Di conseguenza, l'articolo 182 § 2 del codice

civile non produce su altre persone gli effetti che ha prodotto sui ricorrenti, la cui vita familiare è costituita a partire da una coppia omosessuale.

130. Tenuto conto complessivamente delle considerazioni sopra esposte, la Corte conclude che i ricorrenti non sono stati trattati come sarebbe stata trattata una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro. Dal momento che il trattamento diverso loro riservato era indissolubilmente legato al fatto che la prima e la terza ricorrente costituivano una coppia omosessuale, tale trattamento era basato sull'orientamento sessuale delle interessate.

131. È dunque opportuno distinguere il caso di specie dalla causa *Gas e Dubois* (sopra citata, § 69), nella quale la Corte aveva concluso per l'assenza di una disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in quanto nel diritto francese il divieto dell'adozione coparentale riguardava sia le prime che le seconde.

Scopo legittimo e proporzionalità

132. La Corte ritiene utile precisare, sebbene ciò risulti da quanto precede (si vedano, in particolare, i paragrafi 116 e 126 *supra*), che la presente causa non riguarda la questione di stabilire se, tenuto conto delle circostanze, la domanda di adozione presentata dai ricorrenti avrebbe dovuto o meno essere accolta. La Corte non deve dunque esaminare quale sia stato il ruolo del padre del secondo ricorrente né stabilire se vi fossero o meno motivi per non tenere conto del suo rifiuto di acconsentire all'adozione auspicata. Sarebbero stati i tribunali nazionali a dover decidere in merito a tali questioni se fossero stati messi in condizione di esaminare sul merito la domanda di adozione.

133. Ciò che è in discussione dinanzi alla Corte è precisamente il fatto che tali giudici si trovavano nell'incapacità di procedere a un tale esame dal momento che l'adozione del secondo ricorrente da parte della compagna di sua madre era in ogni caso impossibile ai sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile. Se una domanda di adozione identica fosse stata presentata da una coppia eterosessuale non sposata, i tribunali austriaci sarebbero stati invece tenuti ad esaminarla sul merito.

134. Sebbene la presente causa possa essere considerata nell'ambito della problematica più ampia dei diritti genitoriali delle coppie omosessuali, la Corte non è chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica dell'adozione coparentale da parte di coppie omosessuali, e ancora meno su quella generica dell'adozione da parte di coppie omosessuali. Si tratta invece, per la Corte, di decidere su un problema ben definito, ossia quello di stabilire se i ricorrenti della presente causa siano stati o meno vittime di una discriminazione tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in materia di adozione coparentale.

135. La Corte rammenta che il divieto di discriminazione sancito dall'articolo 14 va oltre il godimento dei diritti e delle libertà che la Convenzione e i suoi Protocolli impongono a tutti gli Stati di garantire. Tale divieto si applica anche agli altri diritti nella misura in cui essi rientrano nel campo di applicazione generale di uno degli articoli della Convenzione, che lo Stato ha spontaneamente deciso di tutelare. Se l'articolo 8 non garantisce il diritto di adottare, la Corte ha tuttavia già dichiarato, a proposito di un'adozione da parte di una persona omosessuale celibe o nubile, che uno Stato che ha creato un diritto andando oltre gli obblighi ad esso imposti dall'articolo 8 non può, nell'applicare quest'ultimo, adottare misure discriminatorie ai sensi dell'articolo 14 (*E.B. c. Francia*, sopra citata, § 49).

136. Analizzando la presente causa, la Corte rileva che l'articolo 8 impone agli Stati contraenti di estendere il diritto all'adozione coparentale alle coppie non sposate (*Gas e Dubois*, sopra citata, §§ 66-69, e *Emonet e altri*, sopra citata, §§ 79-88). Tuttavia, la legislazione austriaca apre questa forma di adozione alle coppie eterosessuali non sposate. Di conseguenza, la Corte deve verificare se il rifiuto di accordare tale diritto alle coppie omosessuali (non sposate) persegua uno scopo legittimo e sia proporzionato a tale scopo.

137. Dalle decisioni rese dai giudici nazionali e dalle osservazioni del Governo emerge che il diritto austriaco in materia di adozione mira a ricreare la situazione di una famiglia biologica. Nella sua sentenza del 21 febbraio 2006, il tribunale regionale ha precisato che le disposizioni in questione erano volte a preservare la «famiglia tradizionale» e che il diritto austriaco si basava sul principio secondo il quale un minore doveva avere per genitori due persone di sesso opposto, conformemente alla realtà biologica. Esso ha ritenuto che la decisione del legislatore di non prevedere l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori, operazione che avrebbe interrotto il legame del minore con il genitore di sesso opposto, perseguisse uno scopo legittimo. Allo stesso modo, la Corte suprema ha dichiarato, nella sua sentenza del 27 settembre 2006, che lo scopo principale dell'adozione era quello di affidare ad individui idonei e responsabili l'educazione di minori privi di genitori o privi della possibilità di ricevere un'educazione corretta da parte dei loro genitori. Essa ha sostenuto che tale obiettivo poteva essere raggiunto solo se l'adozione permetteva di ricreare, per quanto possibile, la situazione di una famiglia biologica. In sintesi, i giudici nazionali e il Governo hanno inteso tutelare in primo luogo la famiglia tradizionale, basandosi sul tacito presupposto che solo le famiglie composte da genitori di sesso opposto sono capaci di prendersi cura dei figli in maniera adeguata.

138. La Corte riconosce che la tutela della famiglia nel senso tradizionale del termine costituisce in linea di principio un motivo importante e legittimo idoneo a giustificare una disparità di trattamento (*Karner*, sopra citata, § 40, e *Kozak*, sopra citata, § 98). Ovviamente anche la tutela dell'interesse del

minore costituisce uno scopo legittimo. Rimane da stabilire se il principio di proporzionalità sia stato rispettato nella presente causa.

139. La Corte rammenta i principi derivanti dalla sua giurisprudenza. Lo scopo che consiste nel proteggere la famiglia nel senso tradizionale del termine è piuttosto astratto, e per realizzarlo possono essere utilizzate svariate misure (*Karner*, sopra citata, § 41, e *Kozak*, sopra citata, § 98). Inoltre, dato che la Convenzione è uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali, lo Stato deve scegliere le misure da adottare per tutelare la famiglia e garantire il rispetto della vita familiare, tenendo conto dell'evoluzione della società e dei cambiamenti che si verificano nella percezione delle questioni sociali, di stato civile e di ordine relazionale, in particolare del fatto che vi sono più modi o scelte possibili sulla maniera di condurre una vita privata e familiare (*Kozak*, sopra citata, § 98).

140. Quando il margine di apprezzamento lasciato agli Stati è limitato, ad esempio in caso di una disparità di trattamento basata sul sesso o sull'orientamento sessuale, non solo il principio di proporzionalità esige che la misura scelta sia normalmente di natura tale da permettere la realizzazione dello scopo perseguito, ma obbliga anche a dimostrare che, per perseguire tale scopo, era necessario escludere alcune persone – nella fattispecie gli individui che vivono una relazione omosessuale – dal campo di applicazione della misura in questione (*Karner*, sopra citata, § 41, e *Kozak*, sopra citata, § 99).

141. In virtù della giurisprudenza sopra citata, l'onere di tale prova incombe sul governo convenuto. Nel caso di specie spetta dunque al governo austriaco dimostrare che la salvaguardia della famiglia tradizionale, e più precisamente la tutela dell'interesse del minore, impone di vietare alle coppie omosessuali l'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate.

142. La Corte rammenta che l'articolo 182 § 2 del codice civile vieta in maniera assoluta – sebbene implicitamente – l'adozione coparentale alle coppie omosessuali. Il Governo non ha presentato argomenti precisi, studi scientifici o altri elementi di prova che possano dimostrare che le famiglie omogenitoriali non possono in alcun caso occuparsi adeguatamente di un minore. Esso ammette invece che, in termini personali, le coppie omosessuali sono in teoria idonee o inidonee all'adozione quanto le coppie eterosessuali. Inoltre, esso dichiara che il codice civile non mira a privare le coppie omosessuali della possibilità di accedere all'adozione coparentale, pur sottolineando che il legislatore ha inteso impedire che un minore possa avere, dal punto di vista giuridico, due padri o due madri. Precisa inoltre che il divieto espressamente opposto alle coppie omosessuali di procedere ad un'adozione coparentale è stato introdotto solo nel 2010, al momento dell'entrata in vigore della legge sulle unioni registrate, aggiungendo che quest'ultima non è pertinente nel caso di specie in quanto non era

applicabile al momento in cui la presente causa è stata esaminata dai giudici nazionali.

143. La Corte ha già risposto all'argomento secondo il quale il codice civile non mira specificamente a escludere gli omosessuali (paragrafi 128 e 129 *supra*). Essa riconosce peraltro che la legge sulle unioni registrate non è direttamente in discussione nel caso di specie, ma ritiene che tale testo permetta di capire perché l'adozione coparentale sia vietata alle coppie omosessuali. Ciò premesso, nell'esposizione dei motivi del progetto di legge (paragrafo 42 *supra*) si afferma che l'articolo 8 § 4 è stato inserito nella legge in risposta a ripetute richieste in tal senso presentate nel corso della procedura di consultazione. In altri termini, tale disposizione rispecchia soltanto la posizione di alcuni settori della società che si oppongono all'apertura dell'adozione coparentale alle coppie omosessuali.

144. Inoltre, il diritto austriaco sembra mancare di coerenza. Esso autorizza l'adozione da parte di una sola persona, anche omosessuale. Se questa vive con un partner registrato, è necessario il consenso di quest'ultimo ai sensi del comma 2 dell'articolo 181 § 1 del codice civile, come modificato dalla legge sulle unioni registrate (paragrafo 40 *supra*). Di conseguenza, il legislatore ammette che un minore possa crescere in una famiglia basata su una coppia omosessuale, riconoscendo in tal modo che tale situazione non reca pregiudizio al minore. Tuttavia, il diritto austriaco prevede esplicitamente che un minore non debba avere due madri o due padri (si veda, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], n. 28957/95, § 78, CEDU 2002-VI, in cui la Corte ha anche tenuto conto della mancanza di coerenza dell'ordinamento giuridico interno).

145. La Corte considera pertinente la tesi dei ricorrenti secondo la quale le famiglie di fatto basate su una coppia omosessuale sono una realtà che il diritto non riconosce e non tutela. Essa constata che, contrariamente all'adozione monoparentale e all'adozione congiunta, che mirano di solito a creare dei legami tra un minore e un adottante estranei uno all'altro, l'adozione coparentale ha l'obiettivo di conferire al partner di uno dei genitori del minore dei diritti nei confronti di quest'ultimo. La Corte stessa ha sottolineato di frequente l'importanza che assume il riconoscimento giuridico delle famiglie di fatto (*Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01, § 119, 28 giugno 2007; si vedano anche, in materia di adozione coparentale, *Eski*, sopra citata, § 39, e *Emonet e altri*, sopra citata, §§ 63-64).

146. Complessivamente, le considerazioni sopra esposte – l'esistenza della famiglia di fatto costituita dagli interessati, l'importanza che assume per loro il fatto di ottenerne il riconoscimento giuridico, l'incapacità del Governo di stabilire che sarebbe pregiudizievole per un minore essere allevato da una coppia omosessuale o avere legalmente due padri o due madri, e soprattutto il fatto che il Governo riconosca che le coppie omosessuali sono idonee all'adozione coparentale quanto le coppie

eterosessuali – fanno sorgere seri dubbi sulla proporzionalità del divieto assoluto di adozione coparentale che deriva dall'articolo 182 § 2 del codice civile per le coppie omosessuali. In assenza di altri motivi particolarmente solidi e convincenti in favore di tale divieto assoluto, le considerazioni finora esposte fanno invece pensare che i tribunali dovrebbero poter esaminare tutte le situazioni caso per caso. Questo modo di procedere sembra anche più conforme all'interesse superiore del minore, principio fondamentale degli strumenti internazionali in materia (si vedano, in particolare, il paragrafo 49 *supra* e la sentenza *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 95).

147. Per giustificare la disparità di trattamento in questione, il Governo propone un altro argomento. Basandosi sull'articolo 8 della Convenzione, esso sostiene che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento per quanto riguarda il diritto in materia di adozione, in cui la ricerca di un equilibrio tra gli interessi di tutte le persone coinvolte è, secondo il Governo, un esercizio delicato. L'ampiezza di tale margine sarebbe tanto più estesa nel caso di specie dal momento che la questione dell'adozione coparentale da parte di coppie omosessuali non è oggetto di un consenso europeo.

148. La Corte osserva che l'ampiezza del margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati in virtù dell'articolo 8 della Convenzione dipende da un certo numero di fattori. Quando viene messo in discussione un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo, il margine lasciato allo Stato è normalmente limitato. Quando invece non vi è un consenso negli Stati membri del Consiglio d'Europa sull'importanza relativa dell'interesse in discussione o sui mezzi più adatti a tutelarlo, in particolare quando la causa solleva questioni morali o etiche delicate, il margine di apprezzamento è più ampio (si vedano, come esempi recenti, *S.H. e altri c. Austria*, sopra citata, § 94, e *A, B e C c. Irlanda* [GC], n. 25579/05, § 232, CEDU 2010-). Tuttavia, la Corte rammenta che, nel caso di una discriminazione basata sul sesso o sull'orientamento sessuale da esaminare dal punto di vista dell'articolo 14, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato (paragrafo 99 *supra*).

149. Inoltre, e al solo scopo di rispondere all'affermazione del Governo secondo la quale non esiste un consenso europeo in materia, conviene tenere presente che la Corte non è chiamata a pronunciarsi sulla questione generale dell'accesso degli omosessuali all'adozione coparentale, ma su quella di una disparità di trattamento asseritamente operata tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in questa materia (paragrafo 134 *supra*). In queste condizioni, solo i dieci Stati membri del Consiglio d'Europa che aprono l'adozione coparentale alle coppie non sposate possono servire da punto di confronto. Sei di questi trattano in questo ambito le coppie eterosessuali come le coppie omosessuali. Sono in quattro ad aver adottato la stessa posizione che ha adottato l'Austria (si vedano gli elementi di diritto

comparato esposti nel paragrafo 57 *supra*). La Corte è del parere che un campione così ristretto non permette di trarre conclusioni su un eventuale consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

150. La Corte ritiene che a tal fine non possa essere invocata nemmeno la Convenzione europea del 2008 sull'adozione dei minori, anzitutto perché non è stata ratificata dall'Austria, e poi perché vi sono dei dubbi sul fatto che essa rispecchi una comunanza di vedute attuale tra gli Stati europei tenuto conto dell'esiguo numero di ratifiche di cui è stata finora oggetto. In ogni caso la Corte osserva che, secondo l'articolo 7 § 1 di tale strumento, gli Stati devono permettere l'adozione da parte di due persone di sesso opposto (che hanno contratto matrimonio o, se esiste un tale istituto, una unione registrata) o da una sola persona. L'articolo 7 § 2 dispone che gli Stati hanno la possibilità di estendere la portata di tale Convenzione alle coppie omosessuali sposate o che hanno contratto una unione registrata, nonché «alle coppie eterosessuali e omosessuali che vivono insieme nell'ambito di una relazione stabile». Pertanto non risulta da tale disposizione che gli Stati siano liberi di trattare diversamente le coppie eterosessuali e le coppie omosessuali che vivono insieme in una relazione stabile. Sembra che la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 adottata il 31 marzo 2010 dal Comitato dei Ministri vada nello stesso senso poiché il suo paragrafo 23 invita gli Stati membri a garantire l'applicazione dei diritti e degli obblighi conferiti alle coppie non sposate senza alcuna discriminazione alle coppie dello stesso sesso e a quelle di sesso opposto. In ogni caso, anche se l'articolo 7 § 2 della Convenzione del 2008 ricevesse una interpretazione che porti a un risultato diverso, la Corte rammenta che gli Stati rimangono responsabili, rispetto alla Convenzione, degli impegni assunti in virtù di trattati successivamente all'entrata in vigore della Convenzione (*Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, n. 61498/08, § 128, CEDU 2010 (estratti)).

151. La Corte è consapevole che la ricerca di un equilibrio tra la tutela della famiglia tradizionale e i diritti delle minoranze sessuali derivanti dalla Convenzione è un esercizio difficile e delicato per la sua stessa natura, che può obbligare gli Stati a conciliare vedute e interessi concorrenti che le parti interessate percepiscono come fondamentalmente contrapposti (*Kozak*, sopra citata, § 99). Tuttavia, alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte ritiene che il Governo non abbia fornito motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dal campo dell'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale o proteggere gli interessi del minore. Pertanto, la distinzione operata dal diritto austriaco è incompatibile con la Convenzione.

152. La Corte rammenta nuovamente che a suo avviso nella presente causa non si tratta di determinare se la domanda di adozione presentata dai ricorrenti avrebbe dovuto o meno essere accolta. La controversia che le è stata sottoposta riguarda la questione di stabilire se gli interessati siano stati

vittime di una discriminazione dovuta al fatto che, poiché l'adozione richiesta era giuridicamente impossibile, i tribunali nazionali non hanno avuto la possibilità di verificare concretamente se essa fosse nell'interesse del secondo ricorrente. Al riguardo, la Corte rinvia a due recenti sentenze nelle quali ha concluso che vi è stata violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 in quanto i ricorrenti, padri di figli nati fuori dal matrimonio, non avevano potuto chiedere ai giudici nazionali di stabilire se l'interesse dei minori imponesse di attribuire la potestà genitoriale esclusiva al padre o piuttosto di ripartire la potestà genitoriale tra i due genitori (*Zaunegger c. Germania*, n. 22028/04, §§ 61-63, 3 dicembre 2009, e *Sporer c. Austria*, n. 35637/03, §§ 88-90, 3 febbraio 2011).

153. In conclusione, vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro.

II. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

154. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

«Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.»

A. Danno

155. I ricorrenti chiedono ciascuno la somma di 50.000 euro (EUR) per il danno morale che sostengono di aver subito.

156. Il Governo sostiene che non vi siano motivi per accordare agli interessati un indennizzo per il danno morale, in particolare perché non è stato loro impedito di vivere come desideravano. In ogni caso, le somme richieste dai ricorrenti non corrisponderebbero a quelle accordate in cause analoghe.

157. La Corte ritiene che i ricorrenti devono aver subito un danno morale che non sarebbe sufficientemente riparato dalla semplice constatazione di una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Considerando peraltro che il torto derivante dalla violazione constatata è stato arrecato alla famiglia che essi costituiscono, essa ritiene appropriato accordare loro congiuntamente la somma destinata a riparare il danno morale da essi subito. Deliberando in via equitativa e basandosi sulla somma accordata in una causa simile (*E.B. c. Francia*, sopra citata, § 102), la Corte accorda congiuntamente agli interessati la somma di 10.000 EUR per il danno morale.

B. Spese

158. I ricorrenti chiedono la somma complessiva di 49.680,94 EUR a titolo di rimborso delle spese da essi sostenute, ossia 6.156,59 EUR per quelle sostenute dinanzi ai giudici nazionali e 43.524,35 EUR per quelle sostenute dinanzi alla Corte, comprensive dell'imposta sul valore aggiunto.

159. Essi precisano che le spese sostenute per il procedimento dinanzi alla Corte costituzionale da una parte e dinanzi ai giudici civili dall'altra ammontano rispettivamente a 2.735,71 EUR e 3.420,88 EUR. Sostengono che era necessario adire la Corte costituzionale, spiegando che la sentenza resa da quest'ultima ha permesso loro di assicurare che la presentazione di una richiesta di omologazione del loro accordo di adozione dinanzi ai tribunali non avrebbe comportato la perdita dei diritti genitoriali della terza ricorrente.

160. Indicano che le spese sostenute per le necessità del procedimento dinanzi alla Corte costituzionale comprendono le spese per i trasferimenti e l'alloggio sostenute dal loro avvocato per assistere all'udienza tenuta dalla prima sezione, ossia 889,08 EUR, poi a quella dinanzi alla Grande Camera, ossia 913,22 EUR, alle quali va aggiunto, secondo loro, un indennizzo di 1.832,30 EUR a copertura del mancato guadagno che il loro avvocato avrebbe subito a causa dei trasferimenti e della sua presenza a Strasburgo al fine di rappresentarli dinanzi alla Corte. Essi precisano che il resto della somma di cui chiedono il rimborso corrisponde all'onorario del loro avvocato. Considerano che la procedura seguita dinanzi alla Grande Camera non si riassume in una semplice ripetizione di quella seguita dinanzi alla camera, in quanto la Corte ha posto ulteriori quesiti alle parti e alcune delle osservazioni dei terzi intervenienti hanno dovuto essere analizzate prima di essere prodotte in udienza.

161. Il Governo ritiene che le spese sostenute per le esigenze del procedimento dinanzi alla Corte costituzionale non fossero necessarie. Al riguardo, esso sostiene che, secondo la giurisprudenza di tale corte relativa all'articolo 140 della Costituzione federale, un individuo può adire direttamente la Corte costituzionale solo se la violazione lamentata risulta dall'applicazione diretta della legge e che, nel caso di specie, i ricorrenti avevano la possibilità di rivolgersi ai tribunali civili.

162. Per quanto riguarda la procedura dinanzi alla Corte di Strasburgo, il Governo ritiene che le spese di cui è richiesto il rimborso siano complessivamente eccessive. Considera peraltro che i ricorrenti abbiano potuto basarsi in larga misura sui motivi di ricorso già sollevati nell'ambito del procedimento nazionale e, dinanzi alla Grande Camera, sulle osservazioni presentate alla camera.

163. Secondo la giurisprudenza della Corte, un ricorrente può ottenere il rimborso delle spese sostenute solo nella misura in cui ne siano accertate la realtà e la necessità, e il loro importo sia ragionevole. Per quanto riguarda il

procedimento interno, la Corte considera che le spese sostenute per le esigenze del procedimento dinanzi alla Corte costituzionale non fossero necessarie, osservando in particolare che il ricorso degli interessati è stato giudicato inammissibile da tale giurisdizione. Di conseguenza, possono essere rimborsate ai ricorrenti solo le spese relative al procedimento dinanzi ai giudici civili, ossia 3.420,88 EUR. Per quanto riguarda le spese sostenute per la procedura dinanzi alla Corte di Strasburgo, la Corte, tenuto conto dei documenti di cui dispone e dei criteri sopra menzionati, ritiene opportuno accordare agli interessati la somma di 25.000 EUR. In totale, la Corte assegna dunque ai ricorrenti la somma di 28.420,88 EUR per le spese.

C. Interessi moratori

164. La Corte ritiene opportuno basare il tasso degli interessi moratori sul tasso di interesse delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea maggiorato di tre punti percentuali.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE

1. *Dichiara*, all'unanimità, il ricorso ricevibile;
2. *Dichiara*, all'unanimità, che non vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una coppia sposata nella quale uno dei partner avesse desiderato adottare il figlio dell'altro;
3. *Dichiara*, con dieci voti contro sette, che vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro;
4. *Dichiara*, con undici voti contro sei,
 - a) che lo Stato convenuto deve versare, entro tre mesi, le somme seguenti:
 - i) 10.000 EUR (diecimila euro) congiuntamente ai ricorrenti, più l'importo eventualmente dovuto a titolo di imposta, per il danno morale;
 - ii) 28.420,88 EUR (ventottomilaquattrocentoventi euro e ottantotto centesimi) ai ricorrenti, più l'importo eventualmente dovuto dagli stessi a titolo di imposta, per le spese;

b) che, a decorrere dalla scadenza di detto termine e fino al versamento, tali importi dovranno essere maggiorati di un interesse semplice a un tasso equivalente a quello delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea aumentato di tre punti percentuali;

5. *Rigetta*, all'unanimità, la domanda di equa soddisfazione per il resto.

Fatta in francese e in inglese, poi pronunciata in pubblica udienza al Palazzo dei diritti dell'uomo, a Strasburgo, il 19 febbraio 2013, in applicazione dell'articolo 77 §§ 2 e 3 del regolamento.

Johan Callewaert
Cancelliere aggiunto

Dean Spielmann
Presidente

Alla presente sentenza è allegata, conformemente agli articoli 45 § 2 della Convenzione e 74 § 2 del regolamento, l'esposizione delle seguenti opinioni separate:

- opinione concordante del giudice Spielmann;
- opinione parzialmente dissenziente comune ai giudici Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano e Sicilianos.

D.S.
J.C.

OPINIONE CONCORDANTE DEL GIUDICE SPIELMANN

1. Riguardo al punto 2 del dispositivo della sentenza, ritengo che la situazione dei ricorrenti - la prima e la terza ricorrente, che formano una coppia omosessuale, e il figlio di quest'ultima - sia assimilabile a quella di una coppia eterosessuale sposata nella quale uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro.

2. Su questo punto ribadisco la mia opinione concordante allegata alla sentenza *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012, alla quale ha aderito la mia collega Isabelle Berro-Lefèvre. Come la causa *Gas e Dubois*, la presente causa riguarda una coppia omosessuale stabile. Per quanto concerne la questione esaminata dalla Corte, la prima e la terza ricorrente si trovano a mio avviso in una situazione assimilabile a quella di una coppia sposata. Il fatto che la Convenzione non imponga agli Stati contraenti l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali o che il matrimonio conferisca un status particolare a coloro che lo contraggono non è attinente alla questione sollevata nel caso di specie.

3. La ragione per la quale non ho votato a favore di una constatazione di violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 attiene al fatto che, a mio avviso, non era necessario esaminare questa questione. Peraltro, i ricorrenti stessi hanno sottolineato che non intendevano rivendicare un diritto riservato alle coppie sposate. Anche se la loro posizione su questa questione non era priva di una certa ambiguità, essi hanno principalmente sostenuto che non vi era nessun motivo obiettivo e ragionevole per giustificare il fatto che alla prima ricorrente sia stato negato il diritto di adottare il figlio della sua partner mentre tale diritto sarebbe stato accordato a un partner di una coppia eterosessuale non sposata. Certamente nell'esposizione iniziale del loro motivo di ricorso gli interessati avevano paragonato la loro situazione a quella di una coppia sposata, ma nelle loro osservazioni del 31 luglio 2012, ricevute in cancelleria il 1^o agosto 2012, si sono espressi come segue:

«34. La questione di cui è investita la Corte NON riguarda un privilegio legato al matrimonio. I ricorrenti non rivendicano un diritto riservato alle famiglie sposate per l'adozione da parte del secondo genitore (è la differenza fondamentale tra la causa *Gas e Dubois* e la presente causa!).

35. L'Austria accorda anche alle coppie non sposate l'accesso all'adozione da parte del secondo genitore.

36. Ma mentre le coppie eterosessuali non sposate possono pienamente beneficiare di questa possibilità, le coppie omosessuali non sposate e i loro figliastri ne sono esclusi. Questa situazione è identica a quella che caratterizzava la causa *Karner* (*Karner c. Austria* 2003, *Kozak c. Polonia* 2010, *P.B. e J.S. c. Austria* 2010, *J.M. c. Regno Unito* 2010).»

4. In questo modo l'argomento da discutere dinanzi alla Corte è stato circoscritto dagli stessi ricorrenti. In queste condizioni mi sembra non fosse necessario per la Corte esaminare la questione di assimilare la situazione dei ricorrenti a quella di una coppia sposata, tanto meno che non vi è stata una vera discussione sulla possibile esistenza di giustificazioni per la disparità di trattamento, alla luce di un eventuale scopo legittimo e facendo riferimento al principio di proporzionalità.

**OPINIONE PARZIALMENTE DISSENZIENTE COMUNE AI
GIUDICI CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOCIENE,
SIKUTA, DE GAETANO E SICILIANOS**

1. Con il dovuto rispetto per l'approccio seguito dalla maggioranza, non possiamo sottoscrivere il punto 3 del dispositivo, il quale constata una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro, né gli argomenti a sostegno di questa conclusione. In effetti, le specificità dei fatti della causa, in combinazione con il contenuto del diritto austriaco, da un parte, e una serie di considerazioni di diritto comparato e di diritto internazionale, dall'altra parte, ci portano a concludere che non vi è stata violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione nei confronti di nessuno dei tre ricorrenti.

I. Le specificità della causa e il diritto austriaco

Le circostanze del caso di specie

2. Le circostanze del caso di specie differiscono da quelle che erano in discussione nelle precedenti cause aventi ad oggetto questioni in materia di adozione che la nostra Corte ha dovuto esaminare. In effetti, nel caso di specie erano coinvolte quattro persone: una madre biologica, un padre biologico, la compagna della madre e il minore da adottare (figlio dei primi due). La compagna della madre, d'accordo con quest'ultima, desiderava adottare il minore. Benché si trovasse sotto la potestà genitoriale della madre, il minore aveva mantenuto dei legami affettivi solidi con il padre, che vedeva regolarmente e che gli versava un assegno alimentare con regolarità, come risulta dal fascicolo. Il padre si era legittimamente rifiutato di acconsentire all'adozione. Non si metteva in discussione il fatto che il minore ricevesse una corretta educazione nella sua famiglia composta dalla madre e dalla compagna di quest'ultima. Non abbiamo difficoltà a sottoscrivere l'idea che la relazione tra i tre ricorrenti rientrasse nella nozione di «vita familiare» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

3. Sapendo che l'articolo 8 della Convenzione non garantisce il diritto di fondare una famiglia, né il diritto di adottare (si veda, fra altre, *E.B. c. Francia*, ([GC], n. 43546/02, § 41, 22 gennaio 2008)), di avere figli o di essere adottato, si può porre la questione di stabilire quale fosse la cosiddetta ingerenza delle autorità nazionali nella vita privata o familiare dei ricorrenti. In effetti, la prima ricorrente, compagna della madre del minore, non poteva avvalersi di un diritto di adottare il figlio di quest'ultima. Anche supponendo che avesse desiderato essere adottato, il

secondo ricorrente non avrebbe potuto nemmeno rivendicare un diritto di questo tipo; peraltro, aveva già un padre e una madre. La terza ricorrente, madre del minore, non ha subito alcuna lesione dei suoi diritti. Ben al contrario, la legislazione controversa ha soltanto tutelato i suoi diritti genitoriali, ai quali essa non intendeva rinunciare. Ad ogni modo, anche supponendo che vi sia stata ingerenza, quest'ultima era prevista dalla legge e perseguiva lo scopo legittimo di tutelare le relazioni familiari tra il secondo ricorrente e suo padre, il quale si era opposto al progetto di adozione. Ma non ci dilungheremo oltre su questo punto.

La legislazione controversa

4. Contrariamente al parere della maggioranza (paragrafo 126 della sentenza), riteniamo che la Corte avrebbe dovuto esaminare la questione partendo da questa situazione precisa senza procedere ad un'analisi astratta della disposizione giuridica applicabile e applicata dai giudici nazionali, ossia l'articolo 182 § 2 del codice civile austriaco. Così, «(...) in alcune cause che hanno all'origine un ricorso individuale, la Corte non ha affatto il compito di controllare in astratto la legislazione contestata. Al contrario, deve limitarsi per quanto possibile a esaminare i problemi sollevati dal caso di cui è investita» (*Taxquet c. Belgio* [GC], n. 926/05, § 83 *in fine*, CEDU 2010).

5. Seguendo lo stesso ragionamento del tribunale distrettuale e del tribunale regionale, la Corte suprema austriaca ha respinto il ricorso per cassazione dei ricorrenti. Fra i motivi esposti nella sentenza, essa ha precisato che l'articolo 182 § 2 del codice civile austriaco disciplinava gli effetti dell'adozione monoparentale e che era opportuno trarre le seguenti conclusioni:

- se il minore fosse stato adottato da un adottante (o da una adottante) si sarebbero interrotti soltanto i legami familiari che lo univano al padre biologico (o alla madre biologica) e ai parenti di quest'ultimo (o di quest'ultima);

- in particolare questo significa che l'adozione di un minore da parte di una donna non avrebbe potuto privare quest'ultimo del padre biologico;

- l'articolo 182 § 2 del codice civile vieta in modo generale (e non soltanto alle coppie omosessuali) sia l'adozione di un minore da parte di un uomo, fino a quando sussista il legame di filiazione tra il minore da adottare e il padre biologico, sia l'adozione di un minore da parte di una donna, fino a quando sussista il legame di filiazione tra quest'ultimo e la madre biologica.

- risultava quindi dall'articolo 182 § 2 che la persona che adottava da sola un minore non si sostituiva indifferentemente all'uno o all'altro dei genitori, ma soltanto al genitore del suo stesso sesso.

6. L'articolo 182 § 2 è una disposizione di carattere generale, assolutamente neutra, applicabile in tutte le situazioni e senza alcuna

distinzione fondata sull'orientamento sessuale degli adottanti. Può accadere che una stessa disposizione legislativa produca effetti diversi a seconda delle situazioni alle quali si applica. «La semplice differenza degli effetti non costituisce e non implica una disparità di trattamento, dal momento che una sola e stessa regola produce effetti diversi» (osservazioni del terzo interveniente ECLJ). Nella legislazione di molti altri Stati membri del Consiglio d'Europa (si vedano, tra altri, gli articoli 360 e seguenti del codice civile francese) si ritrovano gli effetti che derivano dall'applicazione delle disposizioni pertinenti del diritto austriaco (rottura del legame di filiazione tra il minore adottato e il padre o la madre biologica), effetti che sono la conseguenza giuridica e logica dell'adozione. La nostra Corte ha già riconosciuto «che la logica di questo modo di concepire l'adozione controversa, che comportava la rottura del legame di filiazione preesistente tra la persona adottata e il suo genitore naturale, valeva per i minorenni» e che «(...) tenuto conto del fondamento e dell'oggetto dell'articolo 365 del codice civile francese (...) non si poteva, solo rimettendo in discussione l'applicazione di questa disposizione, legittimare l'istituzione di un doppio legame di filiazione » (*Gas e Dubois c. Francia*, n. 25951/07, § 72, 15 marzo 2012). Ciò vale, *mutatis mutandis*, nel caso di specie. Il cambiamento delle parti interessate non ha ripercussione sugli effetti prodotti, che resteranno sempre gli stessi: il minore non potrà essere adottato senza il consenso espresso dal padre o della madre con il quale mantiene un legame di filiazione. Pertanto, che l'adottante sia un uomo o una donna, che sia eterosessuale o omosessuale, l'adozione è per principio impossibile in tutti i casi.

La posizione del padre del minore

7. I ricorrenti sostenevano a giusto titolo che l'omologazione dell'adozione avrebbe portato alla rottura del legame tra la madre e il figlio in applicazione della disposizione legale pertinente, pur rivendicando la rottura giudiziaria dei legami che univano il minore e suo padre (ossia la sostituzione della compagna della madre al padre biologico). Così facendo, esse perdevano di vista il diritto legittimo del padre al rispetto della sua vita privata e familiare, ugualmente tutelato dall'articolo 8. Nonostante la posizione della maggioranza su questo punto (paragrafi da 120 a 124 della sentenza), riteniamo che la facoltà riconosciuta al giudice dal codice civile di non tenere conto della volontà del padre costituisca una misura eccezionale che può essere imposta soltanto in situazioni gravi e accertate di flagrante inosservanza degli obblighi genitoriali, cosa che non sembrava sussistere nel caso di specie. Un padre non deve quindi giustificarsi per voler restare il padre di suo figlio tanto meno quando, come nel caso di specie, assume pienamente le sue responsabilità genitoriali.

L'interesse superiore del minore

8. Resta da esaminare l'elemento centrale di ogni procedura di adozione: l'interesse superiore del minore (il grande dimenticato in questo fascicolo). Prescindendo da un eventuale conflitto di interessi tra la madre rappresentante e suo figlio (questione sollevata ma non esaminata dalle autorità interne, paragrafo 18 della sentenza), sarebbe stato necessario esaminare quale fosse la posizione del minore. Egli aveva tra gli undici e i dodici anni al momento della procedura nazionale. Oggi è prossimo alla maggiore età. Ha una madre e un padre: a nome di quale interesse superiore sarebbe stata giustificata la sostituzione di suo padre con la compagna di sua madre? Unite da legami affettivi, le due ricorrenti hanno evidenziato il loro interesse per l'adozione, ma non vi era nulla che dimostrasse l'esistenza di un «interesse superiore» per il minore. L'adozione consiste nel «dare una famiglia a un bambino e non un bambino a una famiglia» (*Fretté c. Francia*, § 42, CEDU 2002-I). È necessario constatare che il secondo ricorrente ha sempre avuto una famiglia. La sentenza tace su questo punto essenziale.

L'adozione coparentale da parte di coppie dello stesso sesso

9. Dopo aver ricordato che la presente causa non aveva ad oggetto la questione di sapere se, tenuto conto delle circostanze, la domanda di adozione dei ricorrenti avesse dovuto essere accolta (paragrafi 132 e 152 della sentenza), la maggioranza ha precisato due volte che «(...) la Corte non era chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica dell'adozione coparentale da parte di coppie omosessuali, e ancor meno su quella generica dell'adozione da parte di coppie omosessuali» (paragrafi 134 e 149 della sentenza). Essa ha poi aggiunto - senza altre precisazioni - che lo scopo che consisteva nel tutelare la famiglia nel senso tradizionale del termine era «piuttosto astratto» e che per realizzarlo potevano essere utilizzate svariate misure concrete (paragrafo 139 della sentenza). Riguardo all'articolo 8 § 4 della legge sulle unioni registrate, la maggioranza ha constatato che «(...) questa disposizione non faceva che riflettere la posizione di alcuni settori della società che si oppongono all'apertura dell'adozione coparentale alle coppie omosessuali» (paragrafo 143 della sentenza) ma senza formulare altre considerazioni su questa realtà oggettiva, valida forse per l'Austria, ma anche eventualmente per altri paesi parti alla Convenzione.

10. Infine, non comprendiamo affatto perché la maggioranza abbia rimproverato al Governo di non aver presentato argomenti precisi, studi scientifici o altri elementi di prova per dimostrare che le famiglie omogenitoriali non potevano occuparsi adeguatamente di un minore (paragrafi 142 e 146 della sentenza). Perché il Governo avrebbe dovuto presentare tali elementi? La questione non si poneva nelle circostanze specifiche della presente causa. Era irrilevante. Il fatto che il secondo

ricorrente sembrasse ricevere un'educazione corretta da parte della madre e della compagna di quest'ultima non dava adito a contestazione.

11. A nostro avviso, e con tutto il rispetto dovuto alla maggioranza, quest'ultima ha detto troppo o troppo poco sulla questione dell'adozione coparentale da parte delle coppie dello stesso sesso.

II. Il diritto comparato e il diritto internazionale

Il diritto comparato e la questione del «consenso»

12. Nel paragrafo 149 della sentenza, e in risposta all'affermazione del Governo secondo la quale non esisteva un consenso europeo in materia, la Corte ha rilevato che «solo i dieci Stati membri del Consiglio d'Europa che apr[iva]no l'adozione coparentale alle coppie non sposate [potevano] servire da punto di confronto», che «sei di questi tratta[va]no in questo ambito le coppie eterosessuali come le coppie omosessuali a tale riguardo» e che erano in «quattro ad aver adottato la stessa posizione che ha adottato l'Austria (...)»; ha poi ritenuto che «un campione così ristretto non permette di trarre conclusioni su un eventuale consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa».

13. Questa visione delle cose solleva prima di tutto una questione di ordine metodologico, ossia quella del «campione» di Stati membri da prendere in considerazione. Occorreva limitarsi ai soli Stati il cui ordinamento giuridico si prestava ad un confronto quasi automatico con quello dello Stato convenuto o bisognava prendere in considerazione anche le legislazioni che si rientravano nel contesto più ampio della causa? Se si considera la prima soluzione, la maggioranza ha giustamente tenuto conto soltanto delle legislazioni dei dieci Stati parti che aprono l'adozione coparentale alle coppie non sposate.

14. Ma, anche supponendo che questa sia effettivamente la soluzione corretta, la conclusione che la Corte ne ha tratto è quantomeno curiosa. In effetti, dal momento che sei di questi dieci Stati parti hanno intrapreso una via mentre gli altri ne hanno scelto un'altra, sembra evidente che gli Stati in questione sono estremamente divisi e che non esiste quindi *alcun* consenso. In queste condizioni, sembrerebbe alquanto artificioso nascondersi dietro «un campione così ristretto» per eludere la questione dichiarando che non può essere tratta alcuna conclusione «su un eventuale consenso». Questo ragionamento un po' strano si spiega, in realtà, con il fatto che il metodo preso in esame forse non è quello giusto.

15. In effetti, il metodo in questione porta inesorabilmente a prescindere da una tendenza chiara, secondo la quale la maggior parte degli Stati parti negano per il momento l'adozione coparentale alle coppie non sposate in generale, e *a fortiori* alle coppie non sposate dello stesso sesso. Dire che questo non è affatto pertinente agli scopi della presente causa dipende

secondo noi da una visione troppo tecnica - e di conseguenza riduttiva - delle realtà che prevalgono a livello paneuropeo. Se è e deve essere un buon tecnico, la Corte non deve per questo perdere di vista gli orientamenti che si delineano chiaramente all'orizzonte del nostro continente, almeno nelle circostanze attuali. Peraltro, e passando dalla metodologia alla terminologia, occorre sempre attenersi alla nozione piuttosto restrittiva del «consenso», che si ritrova molto raramente nella realtà? Non sarebbe più opportuno e più semplice parlare di «tendenza»? Queste osservazioni portano a esaminare di seguito lo stato attuale del diritto internazionale pertinente in materia.

Il diritto internazionale e la tendenza al «lasciar fare»

16. Si constata che la mancanza di un qualsiasi «consenso» e la diversità degli approcci in materia di adozione coparentale da parte delle coppie non sposate si riflettono chiaramente nell'articolo 7 § 2 della Convenzione europea sull'adozione dei minori rivista nel 2008 (ed entrata in vigore nel 2011). Secondo questa disposizione: «Gli Stati hanno la possibilità di estendere la portata della presente Convenzione alle coppie omosessuali sposate o che hanno contratto una unione registrata fra loro. Gli Stati possono anche estendere la portata della presente Convenzione alle coppie eterosessuali e omosessuali che vivono insieme in una relazione stabile». In altre parole, la disposizione sopra citata lascia gli Stati liberi di legiferare in materia.

17. La Convenzione in questione è trattata in modo piuttosto ambivalente nella sentenza. Alcuni dei suoi articoli – compresa la disposizione sopra citata – e i corrispondenti passaggi del suo rapporto esplicativo sono riportati nei paragrafi da 51 a 53 della sentenza al capitolo «Convenzioni internazionali e documenti del Consiglio d'Europa», il che lascia pensare che si tratti di uno strumento da prendere in considerazione, conformemente alla prassi della Corte. In effetti, è risaputo che la Corte richiama spesso l'articolo 31 § 3 c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati per ispirarsi ad altri strumenti internazionali pertinenti ai fini dell'interpretazione della Convenzione (si veda I. Ziemele, «*Other Rules of International Law and the European Court of Human Rights: A Question of a Simple Collateral Benefit?*», in D. Spielmann, M. Tsirli, P. Voyatzis (ed.), *The European Convention on Human Rights, a living instrument. Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 741-758).

18. Il paragrafo 150 della sentenza sembra improvvisamente prendere le distanze da questa prassi. In un primo tempo sembrava volersi discostare dalla Convenzione del 2008 «perché non è stata ratificata dall'Austria». L'argomento sembra strano se si tiene a mente la prassi corrente della Corte di ispirarsi a più strumenti internazionali, che siano stati o meno ratificati dallo Stato convenuto, dal momento che essi riflettono lo stato attuale del diritto internazionale generale (si veda, fra molte altre, *Cudak c. Lituania*, [GC], n. 15869/02, § 66, CEDU 2010). Per giustificare questo cambiamento

la Corte si è affrettata a dichiarare precisamente che «vi sono dei dubbi sul fatto che la Convenzione del 2008 rispecchi una comunanza di vedute attuale tra gli Stati europei tenuto conto dell'esiguo numero di ratifiche di cui è stata finora oggetto». Per quanto possa sembrare pertinente *prima facie* dal punto di vista del diritto internazionale, quest'argomento costituisce in realtà una sorta di *petitio principii*. In effetti, l'unica disposizione della Convenzione del 2008 che può essere presa in considerazione è l'articolo 7 § 2 (sopra citato). La disposizione in questione non fa che cristallizzare, si ripete, la *manca*za di «comunanza di vedute attuale tra gli Stati europei». In altre parole, in questa disposizione della Convenzione del 2008 si è voluto esprimere, in maniera implicita ma chiara, il disaccordo in materia di adozione coparentale al di fuori del matrimonio e mantenere una libertà totale di legiferare in materia. Non volendo ammettere questa situazione - e quindi neanche l'argomento del governo austriaco sulla mancanza di consenso - la Corte ha preferito mettere in dubbio la pertinenza della Convenzione del 2008 nel suo complesso.

19. Pertanto, subito dopo aver tentato di discostarsi dalla Convenzione del 2008, la maggioranza l'ha invocata per trarne l'argomento a sostegno della sua tesi principale riguardo la violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8. Dopo aver richiamato il contenuto dell'articolo 7 § 2 della Convenzione del 2008, nella sentenza si aggiunge che «non risulta da tale disposizione che gli Stati siano liberi di trattare diversamente le coppie eterosessuali e le coppie omosessuali che vivono insieme in una relazione stabile» (paragrafo 150). Oltre al fatto che, secondo noi, questa interpretazione non rispetta alla lettera l'articolo 7 § 2, essa sembra anche contravvenire al suo oggetto e al suo scopo, per come sono stati enunciati nel rapporto esplicativo citato al paragrafo 53 della sentenza. Rintracciando la storia di questa disposizione e il percorso logico che ha portato alla sua adozione, il rapporto esplicativo enuncia in effetti che:

«45. Riguardo al paragrafo 2, è stato rilevato che due Stati parti (la Svezia nel 2002 e il Regno Unito nel 2005) hanno denunciato la Convenzione in quanto i partner registrati dello stesso sesso, conformemente alla loro legislazione nazionale, potevano fare una richiesta congiunta per divenire genitori adottivi, fatto questo che era contrario alla Convenzione. Alcune situazioni analoghe in altri paesi potrebbero anche portare alla denuncia della Convenzione del 1967. Tuttavia, è stato anche rilevato che il diritto dei partner registrati dello stesso sesso di adottare congiuntamente un minore non era ancora una soluzione accettabile per molti Stati parti.

46. In queste condizioni il paragrafo 2 permette agli Stati che lo desiderano di estendere la portata della Convenzione rivista all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso, siano esse coppie sposate o unioni registrate. A tale proposito non è raro che alcuni strumenti del Consiglio d'Europa introducano norme innovatrici pur lasciando la libertà agli Stati parti di decidere di applicarle (...).

47. Gli Stati hanno la possibilità di estendere liberamente la portata della Convenzione alle coppie di sesso diverso o dello stesso sesso che vivono insieme in

una relazione stabile. Spetta agli Stati parti definire i criteri di valutazione della stabilità di una relazione di questo tipo.»

20. È inevitabile constatare che i passaggi sopra citati sottolineano innanzitutto le differenze tra gli approcci degli Stati europei in materia di adozione da parte delle coppie dello stesso sesso, che mettono poi in evidenza il carattere «innovatore» dell'articolo 7 § 2, e che insistono infine sul fatto che in virtù di questa disposizione gli Stati hanno «anche la possibilità di estendere *liberamente* la portata della Convenzione alle coppie di sesso diverso o dello stesso sesso che vivono insieme in una relazione stabile» (corsivo aggiunto). Le parole in corsivo denotano chiaramente la libertà totale degli Stati di legiferare in materia. Dedurre dall'articolo 7 § 2 che gli Stati contraenti hanno voluto limitare in qualche maniera la libertà dei loro rispettivi legislatori costituisce, secondo noi, una erronea interpretazione di questa disposizione.

21. Osservazioni analoghe potrebbero essere fatte in merito alla Raccomandazione CM/Rec(2010)5 adottata il 31 marzo 2010 dal Comitato dei Ministri. Il paragrafo 23 di tale raccomandazione enuncia in effetti che «quando la legislazione nazionale conferisce diritti e doveri alle coppie non sposate, gli Stati membri dovrebbero garantirne l'applicazione senza alcuna discriminazione, sia nei confronti delle coppie dello stesso sesso che di quelle di sesso diverso»; e lo stesso paragrafo aggiunge «ivi compreso per quanto riguarda le pensioni di reversibilità e il diritto di subentrare nel contratto di affitto». Quest'ultima frase - che viene omessa dalla citazione fatta al paragrafo 150 della sentenza - è chiaramente ispirata dalla sentenza *Karner c. Austria* (n. 40016/98, in particolare §§ 34 eseguenti, CEDU 2003-IX) e sembra voler collocare il paragrafo 23 della raccomandazione sopra citata soprattutto nell'ambito patrimoniale - se non addirittura successorio - e non in quello dell'adozione. Questo punto di vista è avvalorato dal fatto che la stessa raccomandazione contiene un paragrafo specifico, il paragrafo 27, che è dedicato all'adozione. Questa disposizione - omessa dal paragrafo 150 della sentenza - recita: «Tenendo conto del fatto che l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente nelle decisioni riguardanti l'adozione di un minore, gli Stati membri la cui legislazione nazionale consente l'adozione di minori da parte di persone celibi o nubili dovrebbero garantirne l'applicazione senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere». Questo paragrafo fa eco alla situazione esaminata dalla Grande Camera della Corte nella sentenza *E.B. c. Francia*, in data 22 gennaio 2008 (si vedano, in particolare, §§ 70 e seguenti). Esso non riguarda l'adozione coparentale.

22. Il paragrafo 150 della sentenza contiene un ultimo argomento, secondo il quale «(...) anche se l'articolo 7 § 2 della Convenzione del 2008 ricevesse una interpretazione che porti a un risultato diverso, la Corte rammenta che gli Stati rimangono responsabili, rispetto alla Convenzione, degli impegni assunti, in virtù di trattati, successivamente all'entrata in

vigore della Convenzione (*Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, n. 61498/08, § 128, CEDU 2010)». Ciò è certamente corretto dal punto di vista della responsabilità internazionale degli Stati. Tuttavia, l'articolo 7 § 2 della Convenzione del 2008 sull'adozione di minori non crea alcun impegno. Al contrario, esso lascia gli Stati liberi di legiferare. Di conseguenza, il passaggio sopra citato non sembra pertinente al caso di specie. Bisognerebbe peraltro ricordare che, nella sua recente sentenza *Nada c. Svizzera* ([GC], n. 10593/08, § 170, CEDU 2012), la Grande Camera ha confermato l'approccio che aveva già seguito, secondo il quale quando «più strumenti apparentemente contraddittori sono applicabili simultaneamente, la giurisprudenza e la dottrina internazionali si sforzano di interpretarli in maniera da coordinare i loro effetti, cercando di evitarle di metterli in contrasto tra loro. Ne deriva che due impegni divergenti devono essere armonizzati per quanto possibile in maniera da conferire loro effetti in tutto conformi al diritto in vigore (si vedano, in tal senso, le sentenze sopra citate *Al-Saadoon e Mufdhi*, § 126, e *Al-Adsani*, § 55; nonché la decisione *Banković*, sopra citata, §§ 55-57; si vedano anche i riferimenti citati nel rapporto del gruppo di studio della CDI [Commissione di diritto internazionale. N.d.T.] intitolato «*Frammentazione del diritto internazionale: difficoltà derivanti dalla diversificazione dall'espansione del diritto internazionale*», paragrafo 81 *supra*)». Questo approccio basato sull'armonizzazione - piuttosto che sull'opposizione - degli strumenti convenzionali pertinenti ci sembra in questo caso preferibile dato che la Convenzione del 2008 sull'adozione di minori è uno strumento recente del Consiglio d'Europa.

I limiti dell'interpretazione evolutiva: le «condizioni di vita attuali» o quelle di domani?

23. Gli sviluppi precedenti ci portano a concludere con qualche breve considerazione sul metodo interpretativo detto evolutivo. È noto, in effetti, che a partire dalla sentenza *Tyrer c. Regno Unito*, la Corte rammenta frequentemente che la Convenzione è uno strumento vivo che bisogna interpretare «alla luce delle condizioni di vita attuali» (si veda *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, § 31, serie A n. 26). In altre parole, il senso dell'interpretazione evolutiva, come concepita dalla Corte, è quello di accompagnare, addirittura di incanalare i cambiamenti (si veda Ch. Rozakis, «*The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe*», in *European Court of Human Rights 50 Years, Nomiko Vima*, Athens Bar Association, Atene, 2010, pp. 20-30, soprattutto pagg. 25 e seguenti), non di precederli e ancor meno di tentare di imporli. Senza in alcun modo escludere la possibilità che la situazione in Europa in futuro si evolverà nella direzione apparentemente voluta dalla maggioranza, come abbiamo visto questo al momento non sembra essere il caso.

Riteniamo di conseguenza che la maggioranza abbia oltrepassato i limiti abituali del metodo interpretativo evolutivo.