

La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La fattispecie in esame. 3. Il diritto francese e le decisioni giudiziarie sulla vicenda. 4. Le motivazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. 5. Argomentazioni della Corte di Strasburgo. 6. Le opinioni dissenzienti. 7. I precedenti in materia della Corte di Strasburgo. 8. Conclusioni

1. Introduzione

L'adozione è un istituto presente nelle tradizioni giuridiche occidentali con alterne fortune. Presente tanto nella Bibbia quanto nella tradizione romanistica, è tassativamente proibita nella tradizione islamica. Nella Francia napoleonica era vietata in quanto si pensava che non solo mettesse in pericolo l'unità della famiglia, ma che addirittura si permettesse ad un figlio adulterino di entrare nel gruppo familiare indebolendo così il prestigio del casato e la sua forza economica e sociale¹. In quel contesto era permessa esclusivamente l'adozione tra adulti, onde evitare che un casato si estinguesse. Per questa ragione l'adottante non poteva avere meno di cinquanta anni, mentre l'adottato doveva essere di età non inferiore ai diciotto anni. Si trattava di persone mature e consapevoli dei reciproci benefici. Come in altri istituti del diritto di famiglia, quale il matrimonio, l'aspetto affettivo passava in secondo piano non essendo considerato determinante. Con il trascorrere del tempo e dell'evoluzione dei costumi sociali, anche la sensibilità comune su questo tema è mutata. Attualmente si privilegia in maniera totale ed assoluta l'interesse del minore abbandonato ad essere accolto quale figlio da una coppia di coniugi di sesso diverso, che si impegna a stabilire con lui legami affettivi e giuridici. Tale cambiamento è confermato dalle convenzioni internazionali² e dalle leggi nazionali³.

Negli ultimi anni, sono state sollevate rivendicazioni da parte di coppie omosessuali relativamente alla possibilità di adottare un bambino, come nel caso delle coppie eterosessuali, ovvero l'adozione del figlio del partner dello stesso sesso. Come ben immaginabile, il dibattito sul punto è molto vivace: la maggioranza dell'opinione pubblica, tanto qualificata, quanto comune, si rivela tradizionalista e conservatrice rigettando questa eventualità⁴. Tale corrente di

¹ L. Fadiga, *L'adozione*, Bologna, 2003, p. 7.

² Si veda in particolare, la Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione fatta a L'Aja il 29 maggio 1993 (recepita in Italia con la legge 31 dicembre 1998, n. 476) e la Convenzione europea sull'adozione dei minori: Strasburgo, 24 aprile 1967 (recepita in Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357).

³ In particolare ci si riferisce alla legge 4 maggio 1983, n. 184, relativa alla "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori" e alla legge Legge 28 marzo 2001, n. 149, Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile".

⁴ La bibliografia sul dibattito relativo all'opportunità di estendere ai conviventi omosessuali il diritto di sposarsi e di adottare è amplissima. In questa sede si ricordano, in via meramente esemplificativa: C. Tripp, *La questione omosessuale*, Milano, 1978; E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano 1994; S. Balletti, *Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, I, pp. 241 e ss.; F. Grillini, *Omosessuali e diritti. Il Pacs in Francia e il*

pensiero ribadisce la necessità della presenza di genitori di entrambi i sessi nell'educazione dei figli, anche adottivi. Una corrente minoritaria, invece, lamenta la discriminazione fondata esclusivamente sugli orientamenti sessuali nella negazione dell'estensione agli omosessuali della possibilità di adottare⁵.

Sul punto si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo con una sentenza, presa a maggioranza del collegio giudicante, in controtendenza rispetto alle precedenti pronunce. In questo contributo sommariamente si analizza la pronuncia, si espongono le opinioni dissenzienti dei giudici e i precedenti della Corte di Strasburgo e si propongono alcuni brevi spunti sugli orientamenti di policy del legislatore italiano e comunitario sul tema.

2. La fattispecie in esame.

Il modello giuridico francese ammette l'adozione compiuta da un solo soggetto, nei confronti del quale l'adottato assumerebbe lo status di figlio⁶. La Signora E. B., nonostante non fosse coniugata, intendeva diventare genitore con tale tipo di adozione. Al momento della domanda di adozione internazionale, il 26 febbraio 1998, la ricorrente aveva 37 anni, insegnava da 13 in una scuola materna e da 8 anni intratteneva una relazione stabile con la sua partner omosessuale. Tutte queste circostanze erano state specificamente dichiarate nella domanda. Dopo circa sei mesi, E. B. riceveva il primo rifiuto dai servizi di assistenza sociale, in quanto la relazione affettiva della istante non poteva considerarsi una "relazione di coppia". Nonostante le sue riconosciute qualità personali e la sua esperienza di educatrice, le istituzioni francesi che dovevano esprimere un parere, ovvero la *Commission d'agrément* e l'*Union départementale des associations familiales*, cui la ricorrente si era rivolta per poter adottare un figlio avevano rigettato la domanda fino in ultima istanza, davanti al Consiglio di Stato, nonostante la legge francese consentisse l'adozione ai singoli e alle persone non coniugate.

3. Il diritto francese e le decisioni giudiziarie sulla vicenda

confronto con la situazione italiana, in Riv. crit. dir. priv., 2000, 189; F. Grillini, Le ragioni di una normativa contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale, in I contratti di convivenza, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, pp. 135 e ss.; M. Bonini Baraldi, Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno, Milano, 2005; M. Gattuso, Appunti su famiglia naturale e principio di uguaglianza (A proposito della questione omosessuale), in *Questione Giustizia*, 2007, pp. 261 e ss.; V.M. Palmieri, Omosessualità, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 909 e ss.; M. Aramini, Matrimonio, PACS e coppie omosessuali, Roma, 2006.

⁵ R. Wintermute, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, 1995; L. M. Kohm, *Moral Realism And The Adoption Of Children By Homosexuals*, 38 *New Eng. L. Rev.* 643, (2004), p. 643; J. LeBlanc, *My Two Moms: An Analysis of the Status of Homosexual Adoption and the Challenges to its Acceptance*, 27 *J. Juv. L.* 95, (2006), p. 95; M. Cooper, *What Makes a Family?*, 42 *Fam. Ct. Rev.* 178, (2004), p. 178, in lingua francese, A. Viel, *L'homoparentalité*, Tesi di dottorato discussa presso l'Università di Lille, nell'Anno Accademico 2002 – 2003.

⁶ In merito a questo modello, spiega la dottrina che "l'Weiller *L'harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou réalité? Conflicts ed harmonisation*, Friburg, 1990.

La Corte di Strasburgo riferisce del diritto applicabile al momento dello svolgimento dei fatti. Le fonti interne regolatrici della materia erano il codice civile, il codice della famiglia e il decreto 771/1998⁷.

L'art. 343⁸ del Code Napoleon tuttora afferma che l'adozione può essere richiesta da due coniugi non separati, spostati da più di due anni e aventi ciascuno età superiore a 28 anni⁹. La disposizione codicistica successiva, l'art.343-1, dispone al primo comma che l'adozione può altresì essere domandata da chiunque abbia compiuto i ventotto anni¹⁰. Mentre il codice della famiglia e del sostegno sociale (*Le code de la famille et de l'aide sociale*, attualmente non più in vigore in Francia)¹¹ regolava la materia all'art. 63, disponendo che i bambini dichiarati adottabili potevano essere adottati da individui a cui il servizio sociale d'aiuto all'infanzia avesse acconsentito la custodia affinché potessero instaurarsi i legami affettivi che giustificassero questa misura (l'adozione) sia che gli individui incaricati della custodia ne accettassero gli effetti. Il secondo comma del medesimo articolo stabiliva che l'accordo aveva validità per cinque anni entro nove mesi dal giorno della domanda al presidente del consiglio generale dopo il parere della commissione¹². Anche l'art. 100-3 statuiva che coloro i quali desiderassero accogliere un bambino straniero in vista della sua adozione dovessero domandare il permesso previsto dall'art. 63¹³. Invece il decreto 771/1998 riguarda la procedura di adozione di un minore in stato di adottabilità. Essa prevedeva che la domanda di adozione venisse presentata al presidente del Consiglio generale del dipartimento di residenza (art. 1)¹⁴, l'art. 4 stabiliva che venissero verificate le condizioni d'accoglienza sotto il profilo familiare, educativo e psicologico offerte dalla famiglia richiedente, anche attraverso l'intervento di una commissione

⁷ Si tratta del decreto 98-771 del 1 settembre 1998 sulle modalità d'istruzione delle domande relative alla disponibilità delle famiglia che desiderano adottare un "pupille de l'Etat", ovvero un bambino dichiarato adottabile.

⁸ Modificato dalla legge n. 604 del 5 luglio 1996

⁹ Il testo in lingua francese dell'art. 343 del Code Napoleon recita: "L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans".

¹⁰ Il testo in lingua francese dell'art. 343-1, 1° comma, stabilisce che: "L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans".

¹¹ Abrogato con l'entrata in vigore il 23 dicembre 2000 del *Code de l'action sociale et des familles*.

¹² L'art. 63 del Code de la famille e de l'aide sociale stabiliva che: Les pupilles de l'Etat peuvent être adoptés soit par les personnes à qui le service de l'aide sociale à l'enfance les a confiés pour en assurer la garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure, soit par des personnes agréées à cet effet (...). L'agrément est accordé, pour cinq ans, dans un délai de neuf mois à compter du jour de la demande par le président du conseil général, après avis d'une commission. (...) »

¹³ L'art. 100-3 dell'abrogato Code de la famille e de l'aide sociale affermava che « Les personnes qui souhaitent accueillir en vue de son adoption un enfant étranger doivent demander l'agrément prévu à l'article 63 du présent code. »

¹⁴ « Toute personne qui souhaite obtenir l'agrément prévu au premier alinéa de l'article 63 et à l'article 100-3 du code de la famille et de l'aide sociale doit en faire la demande au président du conseil général de son département de résidence. (...) »

investigativa, affinché tali condizioni corrispondessero ai bisogni del minore adottando¹⁵.

I giudici francesi hanno applicato le summenzionate nei diversi gradi di giurisdizione. In primo grado il 24 febbraio 2000 il tribunale amministrativo accoglieva l'istanza della donna in quanto i motivi addotti nei pareri obbligatori precedenti non giustificavano legalmente il diniego opposto, in quanto non erano contestabili le qualità umane ed educative della ricorrente, esercitando lei stessa la professione di educatrice d'infanzia ed essendo quindi ben inserita nell'ambito sociale e presenta altresì garanzie sufficienti sul piano familiare, educativo e psicologico onde accogliere un bambino adottivo. Tuttavia le pubbliche autorità proponevano ricorso presso la corte amministrativa d'appello di Nancy, la quale il 21 dicembre 2000 annullava la decisione precedente affermando che i pareri negativi erano giustificati. Ciò era dovuto al fatto che, la ricorrente, single e omosessuale, "non presentava i requisiti identificativi, per il fatto dell'assenza dell'immagine o del riferimento paterno e all'ambiguità che rivestiva il rapporto con il bambino accolto". Malgrado le riconosciute qualità umane ed educative accertate, la ricorrente "non presenta(va) delle garanzie sufficienti sul piano familiare, educativo e psicologico". Il 5 giugno 2002, il Consiglio di Stato rigettava il ricorso presentato da M.lle B. confermando i motivi che già in precedenza vennero enucleati dalle commissioni locali e dalla corte d'appello amministrativa, sottolineando che seppure in Francia sia ammissibile la adozione da parte del singolo di età superiore a 28 anni, nel caso di specie sarebbero mancate i requisiti psicologici favorevoli alla formazione del bambino, in quanto la persona candidata poteva solo offrire all'adottando un ambiente dove è assente la figura paterna. Altresì, secondo i massimi giudici amministrativi francesi, sarebbe stato giustificato il riferimento all'orientamento sessuale della ricorrente in quanto che esso deve essere preso in considerazione al riguardo dei bisogni e nell'interesse dell'infante adottato con i quali, a parere dei supremi giudici francesi, non sarebbero applicabili né gli art. 8 e 14 CEDU e l'art. 225-2 del codice penale francese che proibisce le discriminazioni a carattere sessuale.

4. Argomentazioni della Corte di Strasburgo

La complessità dell'argomento, e le conseguenze sul piano di policy che investono tutti gli Stati sottoscrittori della CEDU impongono alla Corte una motivazione estesa e ampiamente argomentata, tanto in diritto quanto in fatto. Entrambi questi punti possono orientare gli Stati aderenti nell'esercizio del loro margine di apprezzamento.

Come si è visto, il caso giudicato riguarda la questione di una presunta discriminazione commessa nei confronti di una donna, educatrice di scuola materna e omosessuale dichiarata. Le autorità interne hanno rigettato

¹⁵ « Avant de délivrer l'agrément, le président du conseil général doit s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté.

A cet effet, il fait procéder, auprès du demandeur, à des investigations (...) »

l'autorizzazione all'adozione basandosi sul fatto dell'assenza della figura paterna, in quanto, seppur prevista l'adozione da parte dei singoli, la signora conviveva stabilmente con una donna che non dichiarava la sua disponibilità ad occuparsi del bambino adottato.

Per censurare il comportamento discriminatorio delle Autorità Nazionali, la Corte osserva che la previsione nel codice civile, all'art. 343-1, di una norma che consente l'adozione ai singoli impedisce di verificare l'orientamento sessuale di questi.

Né la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, né la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, strumento vivente e quindi adattabile alle esigenze dell'evoluzione delle sensibilità e dei costumi, impongono l'obbligatorietà dell'adozione ai singoli ovvero agli omosessuali; ma qualora l'adozione venga prevista per le persone non coniugate, le Autorità Nazionali non possono indagare sull'orientamento sessuale dei richiedenti, come invece è accaduto in Francia. In altri termini, l'orientamento sessuale del richiedente non deve essere considerato quale unico fattore di rigetto dell'autorizzazione all'adozione, in caso contrario si consumerebbe violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU in quanto non vi è rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi e lo scopo perseguito. Prosegue la Corte stabilendo un principio importante, ovvero che in materia di orientamento sessuale, che riguarda la vita intima e le scelte personalissime degli individui, è necessario "che vi siano delle ragioni particolarmente gravi e convincenti per giustificare una differenza di trattamento in materia di diritti sanciti dall'art. 8 CEDU".

Nel caso esaminato, secondo la Corte, la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale è palese in quanto sono state le medesime autorità nazionali amministrative e giudiziarie a riconoscere alla ricorrente particolari qualità educative ed umane "che servono ad assicurare l'interesse superiore del bambino, nozione chiave degli strumenti internazionali pertinenti".

5. Le opinioni concorrenti e dissenzienti all'interno della Grande Chambre

Considerata la delicatezza della questione pare opportuno dare conto anche delle opinioni concorrenti e dissenzienti dei giudici che hanno formato la Grande Chambre. La decisione della Corte è stata presa con maggioranze differenti sulle domande della ricorrente. Nello specifico, il ricorso è stato dichiarato ricevibile all'unanimità; per dieci voti contro sette è stata votata la violazione dell'art. 14 CDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU; mentre per undici voti contro sei è stato condannato lo Stato difensore a versare alla ricorrente, entro tre mesi, 10.000 per i danni morali oltre a titolo di spese legali.

L'unica opinione concorrente sottolinea che, nonostante l'accordo con la decisione presa dalla maggioranza, si tratta di una questione procedurale piuttosto che sostanziale.

Sul fronte opposto, una prima opinione dissenziente, condivisa da tre giudici, riguarda la piena contrarietà alla decisione maggioritaria dei colleghi. Tale opinione sostiene che né il codice civile francese, né la Convenzione europea

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevedono l'estensione dell'istituto dell'adozione agli omosessuali. Inoltre, tale opinione dissenziente rileva nel caso di specie l'indifferenza, se non l'ostilità della compagna della ricorrente al progetto di adozione, ed è questo il motivo fondamentale, poco importando l'orientamento sessuale di costei, che giustifica il rifiuto all'adozione deciso dalle autorità nazionali francesi.

La seconda opinione dissenziente afferma che, come non esiste il diritto a vincere il Premio Nobel, neppure esiste il diritto ad adottare. Adottare un bambino è paragonabile ad una concessione ovvero ad un privilegio, che non può essere rivendicato se non se ne dimostrano le capacità.

La terza opinione dissenziente riferisce che le autorità francesi hanno agito all'interno del loro margine di apprezzamento anche in considerazione della manifestata indifferenza della convivente nei confronti dell'adozione e che quindi non vi sia stata discriminazione a causa dell'orientamento sessuale.

La quarta e ultima opinione dissenziente si sofferma sul fatto che la rilevanza dell'assenza di riferimenti paterni per il bambino adottato non è compatibile con una violazione dell'art. 14 CEDU.

6. I precedenti della corte di Strasburgo.

La Corte ha preso in considerazione come precedente di riferimento il caso *Fretté contro Francia*¹⁶. Si trattava di una situazione comparabile, ma a "ruoli genitoriali" invertiti, ovvero riguardava un uomo omosessuale che, dopo aver inutilmente cercato di diventare padre con l'aiuto di un'amica accondiscendente, intendeva adottare un figlio attraverso l'adozione. I servizi sociali ne dipingevano un ritratto positivo, seppure sottolineassero che egli non si dimostrava pronto ad organizzare la vita e le incombenze che l'arrivo di un bambino avrebbero comportato e che nel quadro familiare proposto da M. Fretté mancasse la figura materna ovvero femminile di riferimento¹⁷. Dopo aver esaurito le vie interne di ricorso, M. Fretté si rivolse alla Corte europea dei diritti dell'uomo affinché censurasse lo Stato francese per ingerenze nella sua vita privata e familiare e per discriminazione cagionata dalla sua dichiarata omosessualità.

Anche in quel caso, il giudizio sul procedimento di adozione si trasformò ben presto nel giudizio sulla omosessualità di M. Fretté, seppure dalle indagini non risultassero comportamenti dissoluti da parte dell'aspirante genitore adottivo. Al contrario del caso di Mlle E. B. i giudici di Strasburgo, con una maggioranza di quattro voti contro tre, stabilirono che i rilievi delle autorità nazionali francesi erano fondati e che non vi fosse stata discriminazione a causa dell'omosessualità del richiedente. I giudici concordarono con le argomentazioni della difesa del governo le quali affermavano che il contenzioso non riguardava l'ambito di applicazione della CEDU, in quanto l'art. 8 non

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 maggio 2002, *Fretté contro Francia*, consultabile su www.echr.coe.int

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 maggio 2002, cit.

garantisce le aspirazioni del tutto teoriche ad avere una vita familiare. Il rifiuto d'accordare a chiunque l'autorizzazione amministrativa in vista ad una eventuale adozione non costituiva quindi una decisione che interferisse nella sfera della vita privata delle persone.

Inoltre, per quanto riguarda il margine d'apprezzamento, la Corte fece un ragionamento che è stato completamente ribaltato nel caso *E. B. contro Francia*, ovvero che anche se gli Stati sottoscrittori della CEDU godono di un certo margine di apprezzamento per la misura delle differenze tra le diverse situazioni, questo varia a seconda dei contesti nonché la presenza, ovvero l'assenza, di certi denominatori comuni ai sistemi giuridici medesimi. Nel caso *Fretté* la Corte osservava che tali margini, relativamente alla possibilità aperta alle coppie omosessuali di adottare minori, non esisteva. Tuttavia si trattava di un argomento fonte di dibattito e di profonde divergenze, come accade in ogni Stato democratico. Sulla base di ciò, la Corte lasciava alle autorità nazionali la libertà sulle decisioni in merito ai limiti di loro competenza sull'argomento. In ogni modo, onde evitare l'assoluta arbitrarietà degli Stati, la Corte riservava per sé il controllo sulle decisioni delle autorità nazionali in merito alla conformità e alle esigenze dell'art. 14 CEDU.

Quindi le giustificazioni apportate dal Governo sull'operato delle autorità nazionali vengono giudicate fondate dalla Corte in quanto vi sono in causa interessi concorrenti, ovvero quello del ricorrente e quelli dei bambini che devono essere adottati. La Corte ricorda l'importanza del legame affettivo e familiare che si deve instaurare nell'adozione, per questo l'interesse del minore è superiore rispetto a quello del genitore adottante. In questa specifica fattispecie entrano in gioco anche le possibili ed eventuali conseguenze relative all'educazione ricevuta da genitori dello stesso sesso e dalla mancanza dell'apporto materno. La divisione della comunità scientifica, specialmente specialisti quali psicologi e psichiatri, su dette conseguenze, causata anche dall'esiguo numero di studi specifici in materia, nonché la profonda divisione delle opinioni pubbliche nazionali e internazionali, aggiunto all'esiguità di bambini adottabili rispetto ai genitori richiedenti comportano che le conclusioni della Corte si adeguino a quelle governative. Esse riguardano il limite alla possibilità dell'adozione al singolo riconosciuta dall'art. 343-1 del codice civile francese nella prevalenza dell'interesse del bambino dichiarato adottabile, rispetto agli interessi legittimi del ricorrente e alle sue scelte personali. Tutto ciò, tenendo conto del grande margine di apprezzamento, non viola il principio di sussidiarietà previsto nell'applicazione della CEDU da parte degli Stati aderenti¹⁸.

Risalendo ancora più indietro nel tempo, nel 1992, la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronunciò su una richiesta di condanna contro i Paesi Bassi presentata da una coppia di donne omosessuali e dalla figlia biologica di una di

¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 maggio 2002, cit.

loro, nata nel 1986, che la compagna della madre non poté adottare¹⁹. Le autorità olandesi rifiutavano di riconoscere un legame familiare di tipo adottivo tra la compagna omosessuale della madre della bambina e questa, considerando la richiesta nulla. Tale rifiuto venne confermato tanto dai giudici di merito quanto da quelli di legittimità olandesi. Nel 1992, il Codice civile olandese riconosceva, all'art. 221, che solo il padre naturale, biologico o meno, avrebbe potuto riconoscere il figlio.

Le due donne, e la bambina, rappresentata in giudizio dalla madre, adirono la Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU in quanto le autorità olandesi hanno rifiutato di riconoscere l'autorità genitoriale a favore della compagna della madre, interferendo così ingiustificatamente nella vita familiare e privata del nucleo. Oltre a ciò le ricorrenti lamentarono la discriminazione, rispetto alle coppie eterosessuali, in quanto non potevano pienamente godere dei loro diritti riconosciuti dal combinato disposto degli artt. 14 e 8 CEDU.

La Commissione dei diritti umani diede loro torto, negando la ricevibilità della domanda, in quanto l'art. 8 CEDU ha una valenza di protezione degli individui contro le interferenze arbitrarie delle pubbliche autorità²⁰, ma non impedisce le autorità nazionali dall'interferire nella vita familiare dei cittadini, in quanto può succedere che queste interferenze possano concretizzarsi in obbligazioni positive, inerenti ad un effettivo rispetto della vita familiare. Nello specifico caso, la Commissione osservò che la legislazione olandese non impediva alle tre ricorrenti di vivere insieme, con l'effettivo stabilimento di legami affettivi, ma che impediva invece lo stabilimento di legami giuridici tra la convivente della madre e la figlia di questa, vincoli che sarebbero potuti diventare importanti qualora la madre fosse morta ovvero la relazione tra le due donne fosse cessata. Tuttavia, il mancato riconoscimento da parte delle autorità del legame giuridico non poteva considerarsi una violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto la realizzazione medesima di relazioni omosessuali riguardava esclusivamente la vita privata delle persone che le pongono in essere²¹ e lo Stato chiamato in causa non interferì nella vita privata delle parti. Altro motivo del ricorso riguardava la discriminazione, ai sensi del richiamato art. 8 CEDU realizzata contro le ricorrenti in merito alla autorità genitoriale negata alla convivente della madre in quanto omosessuale, riferendo che la legge olandese in altre occasioni non discriminava tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali. Sul punto la commissione dei diritti umani osservò che in tema di diritti e responsabilità genitoriali, una coppia di omosessuali non può essere equiparata ad una coppia eterosessuale convivente e quindi per tali ragioni considerava il ricorso Kerkoven non ricevibile.

In conclusione, con il caso E. B. contro Francia, la Corte fa un deciso *règlement* della sua giurisprudenza sostenendo una posizione apparentemente

¹⁹ Commissione europea dei diritti umani, 19 maggio 1992, *Kerkhoven contro Olanda*, consultabile su www.echr.coe.int

²⁰ Commissione europea dei diritti dell'uomo, 19 maggio 1992, cit.

²¹ Commissione europea dei diritti dell'uomo, 19 maggio 1992, cit.

inconcepibile fino a poco tempo fa, ovvero che qualora fosse ammessa l'adozione a favore delle persone non coniugate non è possibile poi successivamente indagare sul loro orientamento sessuale.

7. Conclusioni

Anche se afferenti al diritto comunitario e non alle convenzioni promosse dal Consiglio d'Europa, è necessario segnalare i passi compiuti dal Parlamento europeo in tema, vista l'importanza in tema di policies tanto nazionali quanto comunitarie che essi comportano. Il primo di tali passi venne compiuto con la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994, sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità (europea), la quale invitava gli Stati membri a evitare la disparità di trattamento delle persone con orientamento omosessuale, e alla Commissione di porre fine a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori ovvero di adottare o avere in affidamento dei bambini²².

Successivamente, il 16 marzo 2000, il Parlamento Europeo approvò una nuova Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea, la quale, al punto 57²³ invitava gli Stati dell'Unione Europa a modificare la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso. Nello stesso senso sottolinea la conseguente necessità di compiere rapidi progressi nell'ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere non coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso esistenti nell'UE²⁴.

Sempre sul fronte del diritto comunitario, il contrasto alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale trova spazio nei Trattati dell'Unione

²² M. Costanza, *Adottare e' un diritto di tutti?* in *Diritto delle persone e della famiglia*, 1994, II, p. 1079; P. Schlesinger, *Una risoluzione del parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.* 1994, pp. 393 ss.; F. D'Agostino, *Le coppie omosessuali, problema per i giuristi*, in *Iustitia*, 1994, pp. 77 ss.; G. Perico, *Il Parlamento europeo e i diritti degli omosessuali*, in *Agg. soc.*, 1994, pp. 593 ss. Si veda altresì S. RODOTÀ, *Le coppie omosessuali*, in *Repubblica* del 17 febbraio 1994, 10. L'autore riferendosi alla citata Risoluzione 8 febbraio 1994, testualmente afferma che: "quella risoluzione ci proietta oltre la tolleranza, al di là di una facile adesione al principio di non discriminazione, e ci obbliga ad affrontare la questione della pienezza della cittadinanza da riconoscere agli omosessuali". Sul punto si veda anche G. Cosco, *Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo*, in *Dir. famiglia*, 2006, p. 349.

²³ Il testo del punto 57 della Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 marzo 2000, disponibile su <http://eur-lex.europa.eu/>. afferma che " (Il Parlamento Europeo) osserva con soddisfazione che in numerosissimi Stati membri vige un crescente riconoscimento giuridico della convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso; sollecita gli Stati membri che non vi abbiano già provveduto ad adeguare le proprie legislazioni per introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso riconoscendo loro gli stessi diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne; chiede agli Stati che non vi abbiano ancora provveduto di modificare la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso; rileva pertanto la necessità di compiere rapidi progressi nell'ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere non coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso esistenti nell'UE".

²⁴ In dottrina, E. Rossi, *L'Europa e i gay*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, pp. 404 e ss.

Europea, specificamente nell'art. 13 del Trattato di Amsterdam²⁵. In senso analogo si ricorda l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza dal Consiglio europeo del 7-9 dicembre 2000 e parte integrante del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007²⁶ che l'ha resa giuridicamente vincolante.

In questo senso, la decisione della Corte di Strasburgo è molto importante. Essa suggerisce di superare il pre-giudizio, nel senso di giudizio formato in precedenza della conoscenza del caso concreto, contro gli aspiranti genitori adottivi che manifestino uno specifico orientamento sessuale. Da solo, l'orientamento sessuale non fa di una persona un genitore buono o cattivo, ma concerne la manifestazione della personalità di un individuo. Lo specifico caso in esame sta a dimostrare che la ricorrente in questione è riuscita ad essere una buona educatrice, riconosciuta come tale dalle medesime autorità francesi, indipendentemente dal suo orientamento sessuale. Ne consegue che il rigetto della sua richiesta di adozione sul mero presupposto del suo orientamento sessuale ha concretizzato una discriminazione non giustificabile se non per categorie astratte, quindi oltre alla mera valutazione del margine di apprezzamento ammesso dalla medesima CEDU.

Gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa e sottoscrittori della CEDU, quindi, sono liberi, all'interno del loro margine di apprezzamento, di consentire o meno l'adozione di minori a persone non coniugate, ma qualora questa fosse ammessa nell'ordinamento nazionale, non è loro consentito negare l'adozione ai singoli sull'unico presupposto dell'orientamento sessuale.

Elena Falletti

Assegnista di ricerca dell'Università "Statale" di Milano

²⁵ Ratificato nell'ordinamento italiano con la legge 16 giugno 1998 n. 209. Tale trattato esplicitamente richiama il divieto di discriminazione in base alle «tendenze sessuali» e impone alle istituzioni comunitarie di introdurre norme che vietino la discriminazione fondata su quelle. In dottrina, in senso critico, F. Patruno, *L'omosessualità di un coniuge causa simulandi dell'altro. Una ricostruzione del fenomeno dell'omosessualità nel Magistero della Chiesa e nella giurisprudenza ecclesiastica. Note minime*, in *Dir. Ecclesiastico*, 2002, pp. 52 e ss.

²⁶ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee 2007/C 306/01.