

**Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull'efficacia delle sentenze di Strasburgo–GC, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria-**

*Ad Antonio, con tutto il cuore*

INDICE

1. *Il fatto.*
2. *La sentenza della Grande Camera: a) il quadro normativo di riferimento.*
  - 2.1 *Segue: b) gli interventi di soggetti terzi*
  - 2.2 *Segue: c) la soluzione.*
3. *I precedenti della Corte europea sul tema delle adozioni di persone omosessuali.*
4. *Il cuore della decisione della Grande Camera.*
5. *Un rinnovato interesse sul tema dell'efficacia delle sentenze di Strasburgo: a) effetti della sentenza della Grande Camera in Italia.*
6. *Segue: b) efficacia della sentenza della Grande Camera in Austria.*
7. *Segue: c) La Corte europea fra CEDU e sussidiarietà.*
8. *Il ruolo del giudice nazionale, liberato dalla “morsa” delle fonti.*

### *1. Il fatto.*

Nella vicenda che ha originato la decisione della Grande Camera –Corte dir. uomo, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria* ric. n. 19010/07- una coppia di donne omosessuali austriache aveva stipulato una convenzione per l'adozione del figlio di una di questa da parte dell'altra partner.

Tale convenzione, più specificamente, era stata conclusa fra l'adottante ed il minore, rappresentato dalla di lui madre.

Ritenendo che le disposizioni codicistiche interne impedissero tale forma di adozione, le ricorrenti si rivolgevano alla Corte costituzionale austriaca per ottenere la declaratoria di incostituzionalità dell'art.182 par.2 del codice civile, nella parte in cui non contempla l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso.

Il giudice costituzionale dichiarava irricevibile il ricorso, precisando che solo a seguito del ricorso delle parti innanzi al giudice per verificare la portata delle norme civilistiche sarebbe stato possibile ipotizzare l'intervento successivo di quel Consesso per verificare la correttezza costituzionale delle norme applicabili(p.13 sent.).

La convenzione di futura adozione veniva quindi stata presentata per l'omologazione all'autorità giudiziaria austriaca, innanzi alla quale il padre del minore, titolare della potestà, si opponeva a tale opposto.

Il tribunale rifiutava l'omologazione, rilevando che l'ordinamento nazionale ammetteva soltanto l'adozione da soggetto *single* e da parte di una coppia di persone sposate. Era dunque impossibile l'interpretazione della disciplina interna in modo da consentire l'adozione, andando ad incidere sui diritti del padre. Il giudice di primo grado, passando all'esame dell'eventuale *vulnus* prodotto dalla normativa interna sui diritti sanciti dagli artt.8<sup>1</sup> e 14<sup>2</sup> CEDU in tema di discriminazione per ragioni connesse all'orientamento sessuale, evidenziava il notevole margine di apprezzamento riconosciuto dalla stessa Corte dei diritti umani ai singoli Stati in materie che presentavano forti componenti etiche non regolate in maniera uniforme nei Paesi contraenti. Concludeva nel senso che l'ordinamento interno non consentiva ad una coppia dello stesso sesso di creare un rapporto

---

<sup>1</sup> Secondo l'art.8 CEDU ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita familiare del proprio domicilio e della propria corrispondenza(par.1), dovendo le *ingerenze* a tale prerogativa avere delle precise caratteristiche, delineate nel

<sup>2</sup> Sotto la rubrica "Divieto di discriminazione" l'art.14 CEDU stabilisce che "*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 di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.*" La disposizione collega la discriminazione ai diritti ed alle libertà garantite dalla stessa Convenzione. Nelle vicende esaminate dalla Corte nella sentenza in rassegna rileva l'art.8 CEDU. La corte europea ha più volte chiarito che si ha discriminazione quando vengono trattate in modo differente, senza un obiettivo e ragionevole giustificazione, persone che si trovano in situazioni simili (Corte dir.uomo caso *Willis c. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV; Corte dir.uomo 25 ottobre 2005, *Okpiz v. Germany*, ric.. 59140/00, § 33). Una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha obiettivi e ragionevoli giustificazioni e dunque se non persegue uno scopo legittimo e se manca un rapporto ragionevole di proporzionalità fra le misure applicate e lo scopo che deve essere perseguito.

giuridicamente vincolante rispetto al minore e che, per raggiungere tale obiettivo, sarebbe stato necessario un intervento normativo, non potendo il giudice interpretare la normativa interna in modo diverso dal senso palesato dal suo testo in modo non equivoco.

La decisione veniva confermata in grado di appello e, successivamente, dalla Corte di Cassazione, la quale ribadiva che: a) la disciplina interna non consentiva l'adozione di un minore da parte di una compagna della madre del minore stesso; b) che ciò non creava alcun *vulnus* ai principi costituzionali, nè alla stregua della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. *Frettè c. Francia*) (p.20 sent.).

Tutti i ricorrenti (e cioè la coppia omosessuale ed il minore, rappresentato dalla madre biologica) si rivolgevano alla Corte di Strasburgo.

## 2. La sentenza della Grande Camera: a) il quadro normativo di riferimento.

I giudici europei hanno dedicato una parte non marginale della motivazione alla individuazione del quadro normativo di riferimento al cui interno sussumere la vicenda concreta, rilevando anzitutto che nell'ordinamento austriaco le coppie omosessuali non si possono unire in matrimonio (p.33 sent.) e che una normativa recentemente introdotta (*Registered Partnership Act*) consente la registrazione delle convivenze, dalla quale derivano taluni effetti giuridici per i partners, rimanendo peraltro marcate le differenze rispetto alla coppia unita in matrimonio (p.38 sent.).

Viene ancora precisato come nell'ordinamento austriaco la potestà su un minore nato fuori dal matrimonio è riconosciuta solo alla madre, potendo i genitori naturali conviventi stipulare una convenzione per l'esercizio congiunto della potestà (p.45 sent.), sottoposta ad omologazione da parte del giudice, chiamato a valutare se tale accordo è proficuo all'interesse del minore. Il genitore naturale che non convive con il minore ha il diritto di frequentare il minore e di essere partecipe di talune scelte rilevanti che riguardano il figlio (p.48 sent.).

La Corte non ha poi mancato di ricordare l'art.3 par.1 della Convenzione dei diritti del fanciullo approvata nel 1989 a New York, ove campeggia il concetto di miglior interesse del minore come canone da tenere in primaria considerazione e la Convenzione europea sull'adozione dei minori, aperta alla procedura di ratifica il 27 novembre 2008<sup>3</sup>.

Tale accordo precisa che le autorità statali devono verificare se l'adozione è disposta nell'interesse superiore del minore (art.4)<sup>4</sup>, prevedendo che la stessa è ammessa fra due persone di sesso differente, all'interno della coppia unita in matrimonio e da un single (art.7). La stessa Convenzione precisa che gli Stati contraenti sono liberi di estendere la disciplina della Convenzione alle coppie dello stesso sesso che sono unite in matrimonio o stabilmente legate da un accordo. Ed è lo stesso rapporto esplicativo alla Convenzione a dare atto delle diversità esistenti nei singoli Stati circa le unioni di persone dello stesso sesso e le adozioni in tali ambiti.

La Corte menziona, ancora, della Raccomandazione del Comitato dei Ministri (2010)<sup>5</sup>, nella quale si fa esplicito riferimento al fatto che i Paesi nei quali sono riconosciute le convivenze fra persone dello stesso sesso, queste non possono essere discriminate rispetto ai diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali, pur dovendosi tenere in considerazione l'interesse superiore del minore (p.54 sent.).

La Corte ha poi dedicato tre paragrafi (55, 56 e 57 sent.) al diritto comparato esaminando, attraverso uno studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, lo stato delle legislazioni dei Paesi contraenti sul tema delle adozioni di coppie dello stesso sesso. Non è qui superfluo evidenziare che il piano comparatistico si è limitato alle legislazioni dei Paesi contraenti, tralasciando un'apertura verso esperienze extraeuropee che aveva, per contro, trovato spazio nel caso *Gas e Dubois* del quale si dirà - in particolare par.56 sent. - in una prospettiva volta a confermare il formarsi di un "consenso" verso il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuale all'adozione.

---

<sup>3</sup> La Convenzione, entrata in vigore nel settembre 2011, sostituisce la Convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357.

<sup>4</sup> La Corte sottolinea che la scelta tiene conto delle condizioni di vita che il minore assumerà in ragione dell'adozione (p.50)

### 2.1 Segue: b) gli interventi di soggetti terzi

Di un certo rilievo risulta, ancora, la circostanza che siano intervenuti nel procedimento diverse organizzazioni non governative, talune favorevoli al riconoscimento che il diniego di adozione nel caso all'esame della Corte determinava una lesione del combinato disposto degli artt.8 e 14 CED(par.80), altre contrarie(par.82, par.84/86, par.90/91 sent.).

Merita di essere ricordato l'intervento dell'Attorney General dell'Irlanda del Nord, incentrato sull'assenza di "consenso" all'interno dei paesi aderenti e sull'interesse superiore del minore al quale pure si riferisce l'art.4 della Convenzione internazionale sull'adozione di minore. Concetto sul quale era proprio Amnesty International a ritornare in maniera vigorosa, specificando che qualunque scelta dei singoli Stati in materia non poteva né doveva tralasciare la considerazione dell'interesse primario del minore.

### 2.2 Segue: c) la soluzione.

In questo ampio *parterre* di opinioni, la Corte ha messo in chiaro la propria giurisprudenza, univocamente rivolta a combattere le discriminazioni fondate nel campo dell'orientamento sessuale.

Ed una volta ribadito che la relazione fra persone dello stesso sesso fruisce della tutela apprestata dall'art.8 CEDU alla vita familiare<sup>5</sup>, la Corte ha inquadrato la vicenda concreta, caratterizzata da una stabile coppia dello stesso sesso, al cui interno vive un minore figlio di uno dei partner, alla cui cura provvedono entrambi i conviventi.(p.96 sent.)

E' il punto 100 della motivazione a mettere *in chiaro* le tre diverse ipotesi che possono venire in gioco quando si discute di adozione di persone dello stesso sesso-adozione da parte di un *single*; adozione del figlio da parte del partner dell'altro; adozione di un figlio da parte di una coppia omosessuale-.

### 3. I precedenti della Corte europea sul tema delle adozioni di persone omosessuali.

La Corte ricorda di essersi occupata di vicende che riguardano le prime due ipotesi- caso *Frette* c.Francia<sup>6</sup> -ric. n. 36515/97 26 maggio 2002- e *E.B* c.Francia<sup>7</sup> - ric. n.435466/02, 22 gennaio 2008 - e *Gas e Dubois* c. Francia<sup>8</sup> -ric. n. 25951/07, 15 marzo 2012-.

Nel primo caso -*Frette*' c. Francia- era stata rifiutata l'adozione da parte del single a causa del suo orientamento sessuale, mentre lo stesso ordinamento riconosceva l'adozione da parte dei *single* eterosessuali. In quel caso, la Corte europea non ritenne esistente alcuna violazione dei principi convenzionali -rispetto vista privata e familiare in relazione all'art.14 CEDU - evocando il notevole margine di apprezzamento del quale godevano gli Stati su un argomento eticamente rilevante, dividendosi la comunità scientifica sui riflessi di un'adozione da parte di persona omosessuale sull'adottato.

Nel caso *E.b. c. Francia*, la Grande Camera della Corte europea aveva modificato il proprio convincimento in un caso di soggetto che aveva una stabile relazione omosessuale e che intendeva adottare un minore. In quel caso la Corte valorizzò il fatto che il rigetto della domanda da parte delle autorità interne si era fondato, in realtà, sul fatto che il richiedente fosse omosessuale. Era

---

<sup>5</sup> V., di recente, in termini, anche Corte dir. uomo, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf* c. Austria (ric. n. 30141/04), con nota di Castellaneta, *Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la Convenzione*, in *Famiglia e minori*, n. 8/2010, 86, ove si era ritenuto che la relazione tra i ricorrenti, una coppia omosessuale che coabitava in una stabile unione di fatto, rientrava nella nozione di vita familiare, allo stesso modo della relazione tra una coppia eterosessuale che si trova in un'analoga situazione.

<sup>6</sup> V. E.Varano, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*, in *Famiglia*, 2003, 537.

<sup>7</sup> in *Fam. dir.*, 2008, 221, con nota di E. Falletti, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*.

<sup>8</sup> Crivelli, *Gas e Dubois* c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull'adozione da parte di coppie omosessuali, in *Quaderni costituzionali*, 2012, f. 3, 672.

stata, dunque, la considerazione che alla base del provvedimento di rigetto della domanda vi fossero state ragioni fondate sull'orientamento sessuale dell'adottante ad indurre la Corte a ritenere fondata la violazione degli artt.8 e 14 CEDU. Se, infatti, la legislazione francese ammetteva l'adozione da parte del single, il divieto opposto all'adozione di persona omosessuale all'adozione fondata sul suo orientamento sessuale contrastava con le disposizioni anzidette(p.103 sent.)

Nel caso *Gas e Dubois*, all'interno di una coppia omosessuale unita da un PACS francese, una delle partner aveva chiesto l'adozione del figlio -nato con le tecniche di fecondazione artificiale- della partner. Le autorità interne avevano rifiutato l'adozione ritenendola contraria all'interesse superiore del minore e la Corte europea aveva escluso la violazione dei parametri convenzionali sopra evocati, rilevando che la legislazione francese non prevedeva che i conviventi avessero diritti identici a quelli delle persone coniugate e che la stessa consentiva l'adozione alla coppia sposata ma non alla coppia unita in base ai patti. Ragion per cui la situazione dei conviventi uniti da un patto civile non era tale da consentire alla coppia di aspirare ad un'adozione senza che ciò creasse alcuna discriminazione.

#### *4. Il cuore della decisione della Grande Camera.*

Passando all'applicazione dei principi sopra esposti al caso concreto, la Corte si chiede se la situazione nella quale si trovavano le parti ricorrenti fosse assimilabile a quella di una coppia unita in matrimonio, nella quale uno dei coniugi intende adottare il figlio del genitore biologico.

La risposta negativa fornita sul punto dalla Corte si fonda sulle ragioni espresse nella sentenza *Gas e Dubois*, escludendo che la CEDU imponga agli stati di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Il margine di apprezzamento del quale godono gli Stati nel regolare l'unione di tali coppie in modo diverso dal matrimonio induce la Corte ad escludere l'esistenza di una discriminazione rispetto alle coppie sposate in Austria. Se in tale Paese l'adozione e' di regola prevista per le coppie unite in matrimonio mentre l'adozione da parte di chi non e' genitore del minore figlio dell'altro sposo costituisce un'eccezione, non può ravvisarsi l'esistenza di una violazione per la prima e la terza ricorrente, non potendosi la loro situazione comparare a quella di una coppia unita in matrimonio.

La Corte e' però passata ad esaminare gli eventuali profili discriminatori fra le due ricorrenti e le coppie non unite in matrimonio, al cui interno il partner può, in Austria, adottare il figlio dell'altra, a differenza del partner dello stesso sesso che intende adottare il figlio dell'altro partner.

La Corte ha considerato, anzitutto, che le situazioni fra coppie non unite in matrimonio di sesso diverso e dello stesso sesso potevano essere oggetto di comparazione ai fini dell'art.14 CEDU, poi rilevando che le ricorrenti potevano fruire del sistema di riconoscimento delle coppie di fatto introdotto in Austria (ancorchè non ne avessero concretamente fruito), nel quale una specifica sezione era stata introdotta per vietare, solo per le coppie omosessuali, l'adozione del figlio dell'altro partner. E ciò anche nell'ipotesi in cui il padre del minore fosse deceduto o, addirittura, avesse prestato il proprio consenso all'adozione.(p.116 sent.)

Ora, la Corte stigmatizza la circostanza che la normativa interna impediva la sovrapposizione fra la relazione adottante minore e quella del padre con il minore, né consentiva al giudice di considerare la situazione concreta e di operare i necessari approfondimenti (p.119 sent.).

La Corte europea da' atto che il giudice nazionale aveva stigmatizzato la situazione della madre del minore che rappresentava il minore stesso in una situazione di possibile conflitto d'interessi, ma evidenzia che tale circostanza era stata superata per il fatto del divieto di legge. Inoltre, il giudice nazionale non aveva affrontato il tema dei rapporti fra padre e figlio, limitandosi a riscontrare che il primo si incontrava col secondo, senza tuttavia verificare se esistessero i presupposti, pure previsti nell'ordinamento interno, idonei a superare l'assenza di consenso all'adozione.

La Corte sembra mossa dall'intento di elidere in radice gli effetti discriminatori che possono derivare da una differenza di tutela fra coppie eterosessuali ed omosessuali. In questa direzione si comprende il richiamo al caso *Karner*-24 luglio 2003, ric. 40016/98- nel quale sempre l'Austria era stata ritenuta responsabile per la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU per aver ammesso una

discriminazione fra coppie eterosessuali ed omosessuali sul tema della successione nel contratto di locazione, consentito alle prime, ma non alle seconde<sup>9</sup>.

In definitiva, la Corte ha constatato che la ragione primaria che ha indotto i giudici a non autorizzare l'adozione non era stata rappresentata dalla valutazione concreta della situazione che coinvolgeva la coppia, il minore ed il padre naturale, ma soltanto il divieto giuridico di ottenere l'adozione previsto nell'ordinamento nazionale. Il che aveva impedito di verificare e ponderare l'esistenza dei presupposti per eventualmente ritenere irrilevante il consenso del padre naturale e, soprattutto, di ponderare quali effetti avrebbe prodotto l'adozione rispetto al superiore interesse del minore.

La Corte europea rileva che, a fronte di una situazione reale caratterizzata da evidenti implicazioni fattuali, le corti nazionali avevano escluso l'adozione quasi "facendosi scudo"<sup>10</sup> della legge nazionale. Il che, secondo la Corte, non è ammissibile: "... *It follows that the Court is not reviewing the law in abstracto: the blanket prohibition at issue, by its very nature, removes the factual circumstances of the case from the scope of both the domestic courts' and this Court's examination*".

La Corte, in questa prospettiva, prende in diretta considerazione l'eventuale effetto discriminatorio non solo con riguardo alla posizione dell'adottante, ma tendendo in considerazione anche gli interessi delle altre due parti ricorrenti- madre naturale e minore- coinvolgendo direttamente la vita familiare dell'intero gruppo (p.127 sent.).

Viene così acclarata una discriminazione a danno delle parti ricorrenti, in quanto il divieto di adozione era stato indissolubilmente collegato all'orientamento sessuale delle due donne.

Ciò che consente alla Corte di operare un netto distinguo tra la vicenda esaminata ed il caso *Gas e Dubois* già ricordato, nel quale non si poneva alcun problema di discriminazione fra coppie omosessuali ed eterosessuali, posto che nella legislazione francese l'adozione era consentita esclusivamente alle coppie coniugate.

La Corte ritiene tuttavia di precisare che non è in discussione l'esistenza o meno dei presupposti concreti per disporre l'adozione, sui quali l'unico ad essere competente era il giudice nazionale (p.132 sent.)<sup>11</sup>. Ed è questa la parte della sentenza nella quale i giudici tentano di definire con precisione i "confini" della decisione.

Si è quindi precisato che la Corte non intende affrontare in termini generali ed astratti la questione del diritto della coppia omosessuale all'adozione ma, soltanto, l'esistenza, nel caso concreto, di una violazione in punto di discriminazione in danno dei ricorrenti<sup>12</sup>.

La Corte non ritiene, pertanto proporzionato, il divieto di adozione previsto dal legislatore austriaco in assenza di elementi che giustificavano un pregiudizio per il minore, né è persuasa dalla posizione assunta dal legislatore austriaco che, nell'ammettere il riconoscimento delle unioni civili, aveva tuttavia espressamente vietato l'adozione fra persone dello stesso sesso.

In questo senso, la necessità di tutelare la famiglia in senso tradizionale non costituisce ragione idonea a giustificare il diverso trattamento (pp.138 e 139 sent.).

Ed è qui che la Corte fa leva sulla necessità che la CEDU sia oggetto di continue e rinnovate operazioni interpretative, alla luce dei mutamenti sociali, fin tanto da ritenere che l'esclusione delle coppie omosessuali all'adozione non poteva dirsi perseguire uno scopo legittimo, né appariva

---

<sup>9</sup> Sul punto v. R. Conte, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr.giur.*, 2012, 574.

<sup>10</sup> - l'espressione è assolutamente personale e non rispecchia il testo della sentenza ma vuol solo fare intendere quella che appare a chi scrive il senso della decisione-

<sup>11</sup> ...All these issues would be for the domestic courts to decide, were they in a position to examine the merits of the adoption request.

<sup>12</sup> 34. Although the present case may be seen against the background of the wider debate on same-sex couples' parental rights, the Court is not called upon to rule on the issue of second-parent adoption by same-sex couples as such, let alone on the question of adoption by same-sex couples in general. What it has to decide is a narrowly defined issue of alleged discrimination between unmarried different-sex couples and same-sex couples in respect of second-parent adoption.

misura proporzionata per raggiungere detto scopo, proprio in ragione dei margini stretti ai quali è soggetto il “margine di apprezzamento”<sup>13</sup> - pp.138, 139, 140 e 148 sent.-

In definitiva, secondo la Corte tutti gli elementi emersi nel procedimento erano tali da fare ritenere che la soluzione in ordine all’opportunità o meno di disporre l’adozione doveva spettare al giudice a prescindere dal divieto previsto in via astratta dalla legge. Ed era all’interno di quel procedimento che spettava al giudice di valutare il migliore interesse del minore, che “...is a key notion in the relevant international instruments”.

Nemmeno ha fatto presa sulla Corte l’assenza di consenso dei Paesi contraenti circa il tema dell’adozione di coppie omosessuali- p.149 sent.-. Argomento, quello del *consensus*, che in altra occasione aveva mostrato di possedere un certo *appeal* presso i giudici di Strasburgo sempre nella stessa materia<sup>14</sup>.

Secondo la Corte, infatti, non può esservi dubbio che, in assenza di *common ground* tra gli Stati rispetto a questioni moralmente o eticamente sensibili, il margine di apprezzamento spettante agli Stati è ampio, ma tale margine si riduce progressivamente, quando entra in gioco la discriminazione fondata su ragioni di orientamento sessuale<sup>15</sup>. Né la Convenzione internazionale sulle adozioni, peraltro ratificata da un numero limitato di Paesi, poteva essere in grado di dimostrare l’esistenza di un consenso idoneo a giustificare la diversità di trattamento fra coppie etero ed omosessuali in punto di adozione.

In definitiva, la Corte esprime un giudizio di scarsa coerenza sul sistema austriaco che, da un lato, ammetteva l’adozione da parte in single, anche se omosessuale e riconosceva che un minore potesse vivere all’interno di una coppia omosessuale, poi tuttavia affermando il divieto che un minore

---

<sup>13</sup> “...The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it (...). Also, given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in present-day conditions, the State, in its choice of means designed to protect the family and secure respect for family life as required by Article 8, must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one’s family or private life”.

<sup>14</sup> Cfr. Corte dir. uomo, *Fretté c. Francia* - ric. n. 36515/97 - § 41, in cui la Corte ebbe a precisare che «It is indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case therefore touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State ... This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities’ decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention.” Sul tema v., G. Raimondi, *La controversa nozione di consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 e 11 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, Relazione tenuta all’incontro di studio organizzato dalla Formazione decentrata europea del Distretto della Corte di appello di Milano sul tema, La Corte europea dei diritti dell’uomo, il meccanismo di decisione della Cedua ed i criteri dell’interpretazione conforme alla Convenzione, Milano, 11 gennaio 2013, pagg.10 ss.; Lecis, Consenso europeo, chi è costui? L’individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d’apprezzamento*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); P. Gori, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della CEDU*, -le relazioni sono entrambe reperibili all’indirizzo [http://www.corteappello.milano.it/Formazione\\_de\\_mag\\_ref.aspx](http://www.corteappello.milano.it/Formazione_de_mag_ref.aspx); v., volendo, anche R.Conti, *Convergenze (inconsapevoli o...naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr.giur.*, 2012, 579 ss.

<sup>15</sup> Sul tema C.Vitucci, *La tutela internazionale dell’orientamento sessuale*, Napoli, 2012, recensito di recente da A.Schillaci sul blog [diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), <http://www.diritticomparati.it/2013/01/orientamento-sessuale-e-diritti-umani-a-proposito-dellultimo-libro-di-chiara-vitucci.html>.

potesse avere due madri o due padri-p.144 sent.-Il che finiva con il negare il valore profondo che invece hanno le relazioni di fatto-p.sent.145 sent.-

E' quindi seguita la condanna dell'Austria all'equo soddisfacimento in relazione al ritenuto danno morale patito dai ricorrenti.

5. *Un rinnovato interesse sul tema dell'efficacia delle sentenze di Strasburgo:a) effetti della sentenza della Grande Camera in Italia.*

La Corte, in una motivazione che si mostra per certi punti compromissoria, intende muoversi su un binario che non la conduce ad affermazioni di principio, anzi ripetutamente sottolineando i limiti della propria decisione.

Va detto con chiarezza, allora, che ogni lettura del tipo ...secondo la Corte le coppie omosessuali hanno diritto all'adozione... sarebbe oltre che erronea, poco persuasiva.

La soluzione *soft* adottata dalla Corte sembra essere stata il collante sul quale si è coagulato il consenso dei giudici che hanno sostenuto l'opinione di maggioranza e, sull'opposto versante, si sono appuntati i rilievi dell'opinione parzialmente dissenziente<sup>16</sup>.

Il giudice di Strasburgo insiste sul ruolo dell'interesse superiore del minore su esso, in definitiva, incentrando il proprio ragionamento.

Se in gioco c'è il diritto della coppia e del minore ad una relazione familiare stabile, al cui interno gravita il minore, non è possibile che un ordinamento vieti l'ulteriore formalizzazione di tale relazione esclusivamente per ragioni di orientamento sessuale e non si comporti allo stesso modo per le coppie eterosessuali.

Si tratta di un postulato, quest'ultimo, che appare sufficientemente persuasivo, ma che nulla dice – né vuole dire - sull'opportunità e doverosità che una legislazione consenta *tout court* alle coppie omosessuali di adottare un figlio, anche nell'ipotesi in cui il minore sia figlio di uno dei partner.

La Corte, in altri termini, sembra voler marcare molto i propri limiti e quelli della CEDU.

Resta tuttavia il fatto che la possibilità di adozione delle coppie omosessuali si misura attraverso il confronto con la tutela che gli ordinamenti riconoscono alle coppie eterosessuali avendo, a quanto è dato comprendere, la Corte ormai tarato su tale regime il *tertium comparationis* da considerare al fine di verificare quelle discriminazioni che la stessa con forza ha inteso – e par di capire intenderà in futuro<sup>17</sup> - emarginare. E ciò a prescindere dal *consenso* che si andrà o meno consolidando nei vari Paesi contraenti.

Anzi, la decisione in commento ha confermato il fatto che l'assenza di *consenso* all'interno dei singoli ordinamenti sulla questione non può per ciò solo giustificare operazioni di tutela al ribasso, come ha di recente osservato il Giudice Raimondi.

Ad ogni modo, volgendo la lente verso casa nostra<sup>18</sup>, appare evidente che la scelta di normare i rapporti delle coppie di fatto, ove mai dovesse materializzarsi, non potrà orientarsi verso regimi

---

<sup>16</sup> V. l'opinione parzialmente dissenziente resa dai Giudici Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano e Sicilianos.

<sup>17</sup> In questo senso pare già scritto l'esito dei ricorsi *Vallianatos e altri c. Grecia* (nn. 29381/09 e 32684/09), esaminanti all'udienza del 16 gennaio 2013 dalla Grande Camera ove si discute della contrarietà agli artt.8 e 14 CEDU prospettata da una coppia di omosessuali che non può accedere al regime dei patti di convivenza civile introdotti in Grecia ed aperti alle sole coppie eterosessuali, al cui interno si riconoscono i diritti successori ai partners.

<sup>18</sup> L'istituto dell'adozione di minori è disciplinato dalla legge del 4 maggio 1983 n. 184 - modificata nel 2001 con la legge 28 marzo n. 149-. Cass.n.7950/1995, in *Giur.it.*, 1997,697, con nota di Gabrielli,*L'adozione del single tra convenzionale e diritto interno:problemi attuali e prospettive di riforma*, ha negato il diritto di adottare da parte del single proprio rilevando che l'art.6 della Convenzione sull'adozione non contemplava un simile diritto.V. anche, nello stesso senso, Corte cost.281/1994. Pronunzie recenti del giudice di legittimità sono state interpretate in modo non adeguato dai mezzi di informazione come *apertura* della Cassazione alle adozioni di persone singole e di coppie omosessuali. Così è accaduto per Cass.n.3572/2011 e per Cass.601/2013, ancorchè nessuna delle due pronunzie abbia affermato che nel diritto interno l'adozione è consentita alle persone *single* ed alle coppie omosessuali. Quanto a Cass.n.3572/2011, in *Fam. Dir.*, 2011, 697, con nota di Astone, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*, si riporta la massima del CED: "In tema di adozione, la disposizione di cui all'art. 36, quarto comma, della legge 4 maggio 1993, n. 184 (nel testo sostituito ad opera dell'art. 3

discriminatori tra coppie omo e/o etero sessuali, a pena di incorrere in quegli stessi *vulnera* che ha individuato la Corte europea nella vicenda qui esaminata.

E tuttavia, l'assenza di una legislazione specifica, *de iure condito*, non sembra lasciare spazio ad aperture, anche solo di carattere giudiziario- dirette o mediata, attraverso la proposizione di questioni di costituzionalità, fondate sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo e sui diritti umani di matrice convenzionale.

Il messaggio che sembra materializzarsi dalla pronuncia è che i diritti riconosciuti dagli Stati ai coniugi non devono *tout court* attribuirsi ai non coniugi, fatte salve le regole che ciascuno Stato intende darsi. Resta, tuttavia, ai singoli Paesi regolare le situazioni che possono avere una rilevanza sociale sulla base del margine di apprezzamento che in materia gli stessi mantengono.

#### 6. *Segue: b) efficacia della sentenza della Grande Camera in Austria.*

Si tenterà, ora di tracciare il profilo degli effetti della sentenza nell'ordinamento giuridico che l'ha direttamente originata.

Il tema interessa l'operatore italiano, riproponendo le difficoltà che attanagliano l'interprete ogni volta che si trova a misurare, in concreto, le ricadute di una sentenza emessa da Strasburgo emessa con riguardo a vicenda che trova specifica regolazione nell'ordinamento nazionale.

Orbene, potrebbe, a prima impressione, colpire la circostanza che il giudice europeo non abbia disposto alcun provvedimento o misura di ordine generale per evitare gli effetti dell'accertata violazione nel caso concreto. Ma tale circostanza si spiega con il fatto che al momento della decisione il terzo ricorrente, per il quale era stata chiesta l'adozione, si stava approssimando alla maggiore età, come risulta testualmente dall'opinione parzialmente dissenziente- nella parte iniziale della sentenza si dava, del resto, atto che lo stesso era nato, genericamente, nel 1995-. Tanto spiega la scelta della Corte di evitare ogni riferimento alle misure di ordine particolare che pure contempla l'art.46 CEDU.

Ciò, evidentemente, non riduce la portata della decisione della Corte se si volge lo sguardo agli effetti che questa potrà determinare in casi simili a quelli esaminati nell'ordinamento austriaco.

In Austria, come ci insegnano Pollicino e Martinico, la CEDU ha un rango costituzionale per espressa previsione contenuta nella Costituzione<sup>19</sup>, nel senso, chiarito dalla stessa Corte

---

*della legge 31 dicembre 1998, n. 476) - secondo cui l'adozione pronunciata all'estero su istanza di cittadini italiani che dimostrino, al momento della pronuncia, di aver soggiornato continuativamente nel Paese straniero e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni - non ha introdotto alcuna deroga al principio generale enunciato nell'art. 35, terzo comma, della legge n. 184 del 1983 citata, secondo il quale la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con effetti legittimanti non può avere mai luogo ove "contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori". Tra questi principi v'è quello secondo cui l'adozione legittimante è consentita solo "a coniugi uniti in matrimonio", ai sensi dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983, fermo restando che il legislatore nazionale, coerentemente con il disposto dell'art. 6 della Convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357, ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione legittimante di minore da parte di una singola persona." Quanto a Cass.n.601/2013, il giudice di legittimità non ha in alcun modo teorizzato principi, limitandosi a rigettare una censura che intendeva escludere l'affidamento esclusivo di un minore ad un genitore per il solo fatto che lo stesso era omosessuale. Ed in questo si può, forse, intravedere un collegamento fra tale pronuncia e la sentenza della Corte europea, entrambi i *dicta* sottolineando come nei rapporti adulti-minori non può essere la condizione astratta in cui versa il primo ad incidere nei rapporti col minore, in assenza di elementi che ne dimostrino il pregiudizio concreto per il minore. V., sul tema, in generale, F.Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir.fam.pers.*, 2011, 1375 ss.; G.Sergio, *Adozione gay e diritto del fanciullo a preservare la propria identità*, in *Minori Giust.*, 2007, 109; M.Castellaneta, *Legittimo il rifiuto delle singole autorità nazionali di consentire l'adozione a coppie omosessuali. La scelta non viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare*, *Guido al diritto*24ore, 2012,14, 39.*

<sup>19</sup> Martinico-Pollicino, *The Interaction Between Europe's Legal Systems - Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Okford, 2012, 20, 22;v. anche P. Cede, 'Report on Austria and Germany', in Martinico and Pollicino (eds), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws*, 63.

costituzionale austriaca<sup>20</sup>, che i singoli possono direttamente far valere i diritti di matrice convenzionale i quali, altresì, acquistano, in forza del loro recepimento con atto normativo costituzionale, il rango di diritti costituzionali.

I due Autori, peraltro, ci informano che in caso di contrasto fra normativa interna austriaca e CEDU non risolvibile sul piano interpretativo è possibile un controllo di costituzionalità da parte della Corte costituzionale<sup>21</sup>, la quale “*taking in account*” la giurisprudenza della Corte europea<sup>22</sup>. Formula che sembra riproporre le questioni che tuttora agitano gli interpreti con riguardo al rango ed al valore della CEDU nell’ordinamento italiano, se è vero che anche in quell’esperienza giuridica parte della dottrina reputa che, in caso di contrasto tra CEDU e Costituzione, la Corte costituzionale sia abilitata a discostarsi dalla seconda.

Proviamo ora ad immaginare il ruolo che il giudice nazionale austriaco dovrà svolgere “dopo” la sentenza della Grande Camera.

Sembra di poter dire che quel giudice non potrà discostarsi dai principi- *di cosa interpretata*- espressi dalla Corte europea.

Ed infatti, il margine di apprezzamento riservato alle autorità nazionali è tanto modesto quanto lo è stato quello che la Corte ha utilizzato per riconoscere la violazione. Se, in altri termini, la Corte ha ritenuto come prioritaria l’esigenza di perseguire gli effetti discriminatori in danno delle coppie omosessuali rispetto al tema dell’adozione, non sembra possibile che, sul piano interno, il margine di apprezzamento riservato dall’art.46 CEDU al Paese di riferimento possa fare “rientrare dalla finestra” ciò che dalla porta è, in via definitiva, uscito.

Non si ignora, certo, che esiste una differenza sostanziale, ben delineata da Elisabetta Lamarque<sup>23</sup>, fra il margine di apprezzamento che utilizza la Corte europea nel verificare l’esistenza della violazione e margine di apprezzamento riservato all’autorità nazionale all’atto di ponderare gli effetti della pronuncia sul piano interno.

Ma è pur vero che siffatto margine appare- recte, non può che apparire- ridotto all’osso nella *fase discendente*, scusando l’espressione atecnica, tutte le volte in cui l’accertamento della violazione è stato acclarato in termini netti e con riferimento ad una precisa disposizione normativa destinata ad operare in via generale ed astratta. Quando ciò accadrà e quando non è la stessa Corte a riconoscere detto margine alle autorità nazionali la soluzione rinviata al giudice nazionale sembra essere “a rime obbligate” E ciò, a pena di incidere sull’operatività stessa della CEDU<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Gli stessi autori citati alla nota precedente ricordano, in proposito, Austrian Constitutional Court, Judgment of 14 October 1987, Miltner, VfSlg 11500/1987, reperibile in <http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/>.

<sup>21</sup> Cfr. Martinico-Pollicino, *The Interaction Between Europe’s Legal Systems - Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, cit., 57 ss.

<sup>22</sup> Sul rilievo e portata della formula del “tenere in considerazione” la CEDU, sia consentito il rinvio a Conti, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo co la Corte di Strasburgo?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

<sup>23</sup> E.Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr.giur.*,2010,7,962 ss.

<sup>24</sup> Discorso diverso occorrerà fare, per converso, allorchè è la stessa Corte di Strasburgo ad indicare in sede di misure di ordine generale che lo Stato deve adottare, ai sensi dell’art.46 CEDU, per rendere effettivo l’accertamento della violazione, un ambito di apprezzamento che sarà lo Stato a dovere riempire tenendo a base la decisione di condanna. Il tema coinvolge, solo per fare un esempio, il fascio di questioni che sta sollevando la nota sentenza *Torreggiani c. Italia* (Corte dir.uomo,8 gennaio 2013, ric. 43517/09- resa in tema di sovraffollamento carcerario e di violazione dei diritti del detenuto -protetti dall’art.3 CEDU- che ha già dato luogo a risposte, a livello interno, di diversa portata e significato. A fronte di un provvedimento, diramato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, direttamente rivolto ai magistrati dell’Ufficio ed orientato a rendere concreto ed effettivo il contenuto della sentenza “pilota”- in [http://milano.repubblica.it/cronaca/2013/01/15/news/il\\_richiamo\\_di\\_bruti\\_liberati\\_ai\\_pm\\_il\\_carcere\\_va\\_usato\\_il\\_meno\\_possibile-50587440/](http://milano.repubblica.it/cronaca/2013/01/15/news/il_richiamo_di_bruti_liberati_ai_pm_il_carcere_va_usato_il_meno_possibile-50587440/)-, il Tribunale di Sorveglianza di Venezia- in [http://www.scribd.com/fullscreen/126175427?access\\_key=key-1k77j9lvsc1hwj5r7t77](http://www.scribd.com/fullscreen/126175427?access_key=key-1k77j9lvsc1hwj5r7t77)- ha sollevato questione di legittimità costituzionale della normativa interna, laddove non consente di disporre la sospensione dell’esecuzione della pena in caso di acclarata violazione dei diritti del detenuto all’interno della struttura carceraria. Senza volere e potere qui affrontare la questione, sembra che l’ampiezza del potere riservato ai singoli Stati in sede di attuazione delle misure di ordine “generale”, al quale la sentenza Torreggiani fa esplicito riferimento, consenta difficilmente fughe in avanti a livello di attuazione che non passino attraverso scelte legislative, diversamente aprendosi le porte ad effetti

Sul punto, la Corte di Strasburgo non ha mancato di ritenere che “The freedom of choice allowed to a State as to the means of fulfilling its obligation under Article 53 cannot allow it to suspend the application of the Convention while waiting for such a reform to be completed” -§ 26-<sup>25</sup>.

Tale affermazione, espressa con riguardo ad una vicenda originata in Belgio, è stata ulteriormente ribadita di recente, come ancora ricordano Martinico e Pollicino, fino al punto di ritenere che l'accertato contrasto di una legge interna con la CEDU impone al giudice stesso di disapplicare la norma interna.

Si legge, infatti, in Corte dir. uomo, 26 aprile 2007, *Popescu c. Romania*, (ric.n. 71525/01) -§103- che “...la Cour estime qu'un système basé sur la primauté de la Convention et de la jurisprudence y relative sur les droits nationaux est à même d'assurer au mieux le bon fonctionnement du mécanisme de sauvegarde mis en place par la Convention et ses protocoles additionnels. Il n'est pas dépourvu d'importance de rappeler à cet égard, que, dans sa Recommandation du 12 mai 2004 (Rec. (2004)6), le Comité des Ministres s'est félicité de ce que la Convention faisait partie intégrante de l'ordre juridique interne de l'ensemble des Etats parties. Cela implique l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet de ses normes en les faisant au besoin passer avant toute disposition contraire qui se trouve dans la législation nationale, sans devoir attendre son abrogation par le législateur (mutatis mutandis, *Vermeire c. Belgique*, arrêt du 29 novembre 1991, série A n° 214-C, p. 84, § 26).

La stessa Corte, nel paragrafo successivo, non mancava di precisare che “le statut conféré à la Convention en droit interne permet justement aux juridictions nationales d'écartier – ex officio ou à la demande des parties – les dispositions du droit interne qu'elles jugent incompatibles avec la Convention et ses protocoles additionnels. Le simple fait qu'elles ont choisi, en l'espèce, la voie d'un renvoi à la Cour constitutionnelle – qui statue sur la compatibilité de la loi avec le droit interne dont la Convention fait partie intégrante – et qu'elles n'ont pas elles-mêmes tranché cette question alors qu'il leur était également loisible de le faire, ne saurait en soit entraîner une méconnaissance de l'article 6. Il en va d'autant plus ainsi que ni la Convention en général, ni son article 13 en particulier, ne prescrivent aux Etats contractants une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective des dispositions de cet instrument”<sup>26</sup>.

Il tema, manco a ricordarlo, è estremamente complesso.

Infatti, ancora di recente, un giudice della Corte dei diritti umani ha espresso il proprio dissenso rispetto ad una decisione della Corte europea-7 febbraio 2013, *Fabris c. Francia* (ric.n. 16574/08)-resa addirittura con l'autorevolezza della Grande Camera che, a suo dire, non aveva ribadito in termini chiari i principi testè ricordati<sup>27</sup>, preferendo affermare che spetta ai singoli Stati individuare

---

discriminatori di non poco rilievo, che potrebbero derivare all'interno della popolazione carceraria.

<sup>25</sup> Corte dir.uomo, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgio*, ric. n. 12849/1987. Il principio riportato nel testo fu espresso dalla Corte europea in una vicenda in cui il Belgio non aveva modificato una legge in materia civile già ritenuta dalla stessa Corte europea in contrasto con la CEDU ed il giudice nazionale aveva continuato ad applicare la disciplina interna in assenza di una scelta legislativa di adeguamento.

<sup>26</sup> E' tuttavia il caso di precisare che tale ultima pronuncia è intervenuta con riguardo alla Romania che regola i rapporti fra ordinamento interno e CEDU sulla base di una disposizione costituzionale- art1.11 comma 2 e 20 commi 1 e 2 – non sovrapponibili a quella italiana prevedendo espressamente, in caso di contrasto fra norme costituzionali e CEDU la prevalenza della seconda. Detti articoli, infatti, prevedono rispettivamente che “Les traités ratifiés par le Parlement selon les voies légales font partie intégrante de l'ordre juridique interne” e che « Les dispositions constitutionnelles concernant les droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en conformité avec la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et les pactes et autres traités auxquels la Roumanie est partie. En cas de contradiction entre les pactes et traités concernant les droits fondamentaux de l'homme auxquels la Roumanie est partie et les lois internes, les dispositions internationales prévalent. »

<sup>27</sup> Opinione concorrente del Giudice Popović e del Giudice Gyulumyan nella causa decisa dalla Grande Camera il 7 febbraio 2013-*Fabris c. Francia*(ric.n. 16574/08) : “...The Court reiterated its stance on the issue in *Dumitru Popescu v. Romania* (no. 2) (no. 71525/01, § 103, 26 April 2007), as well as in *Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (no. 2), cited above, § 61). In *Dumitru Popescu* the Court stated, with reference to its ruling in *Vermeire*, cited above, that the duties of a national judge included ensuring the full effect of the Convention provisions by considering them superior to and giving them precedence over any contrary provision of the domestic legislation. In *Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (no. 2) the Court revisited its previous jurisprudence and confirmed that the High Contracting Parties to the

le misure concrete per dare attuazione alle pronunzie dalla stessa rese<sup>28</sup>.

In tale occasione, chiamata a verificare l'inadempimento (parziale) di uno Stato (nel caso di specie, la Francia) ad una pronunzia resa dal giudice di Strasburgo che aveva, in passato, riconosciuto una discriminazione in danno del figlio adulterino rispetto ai diritti successori riconosciuti al figlio legittimo, la Corte europea ha esaminato il regime transitorio introdotto dalla legge interna, alla cui stregua era stata sì eliminata detta discriminazione non estendendo temporalmente, tuttavia, gli effetti innovativi alla vicenda del ricorrente, originata in epoca precedente alla prima decisione di condanna resa dalla Corte di Strasburgo.

Orbene, la Corte, nel ritenere sproporzionata la disciplina transitoria rispetto al ricorrente, attribuisce al giudice nazionale l'obbligo di attuare, anche retroattivamente, i propri precedenti, introducendo, tuttavia, una "riserva di costituzionalità" in ordine alle modalità di attuazione dei *dicta* di Strasburgo - ... *This imposes an obligation on the domestic courts to ensure, in conformity with their constitutional order and having regard to the principle of legal certainty, the full effect of the Convention standards, as interpreted by the Court*- che potrebbe, a prima lettura, non soltanto rafforzare l'idea che il margine di apprezzamento goduto dai singoli Stati possa giungere a paralizzare l'efficacia della sentenza europea, ma anche investire direttamente il giudice nazionale di siffatto compito.

Leggendo, infatti, la decisione del 7 febbraio 2013, si comprende che la violazione riscontrata dalla Grande Camera involgeva proprio l'operato del giudice nazionale il quale, ancorchè chiamato ad applicare una norma transitoria che conculcava le aspettative dal titolare del diritto, discriminato rispetto agli altri figli legittimi, non aveva offerto all'interessato quella tutela che, invece, la Corte europea aveva delineato nel proprio precedente.

Si tratterà, allora, di capire quanto il riferimento ai principi costituzionali e di certezza del diritto possono incidere sui poteri del giudice nazionale in sede di attuazione.

La questione non è affatto agevole, ma l'opinione del Giudice De Albuquerque che di seguito si riporta in nota sembra dimostrare, forse meglio di qualunque commento, quale sia la potenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quale sia il fascino che essa può originare in chi, mero operatore al servizio del servizio giustizia, ha a cuore la tutela dei diritti<sup>29</sup>.

---

Convention undertook to abide by the final judgments of the Court in any case to which they were parties.

The Court's firm and repeated stance on the obligation of member States to comply with its judgments is also in line with the recommendation of the Committee of Ministers, which is competent to supervise the execution of judgments. The Committee of Ministers, in their Recommendation (2004)6, highlighted the fact that the Convention had now become an integral part of the domestic legal order of the member States.

For those reasons I find that it was indeed the principle of legal certainty which should have led the domestic judiciary to comply with the Convention rules even in the absence of immediate action by the legislature.

<sup>28</sup> V., infatti, Corte dir.uomo, 7 febbraio 2013, Fabris c.Francia, §75 : "... However, whilst the essentially declaratory nature of the Court's judgments leaves it up to the State to choose the means by which to erase the consequences of the violation (see *Marckx*, cited above, § 58, and *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, § 61, ECHR 2009), it should at the same time be pointed out that the adoption of general measures requires the State concerned to prevent, with diligence, further violations similar to those found in the Court's judgments (see, for example, *Salah v. the Netherlands*, no. 8196/02, § 77, ECHR 2006-IX (extracts)). **This imposes an obligation on the domestic courts to ensure, in conformity with their constitutional order and having regard to the principle of legal certainty, the full effect of the Convention standards, as interpreted by the Court.** This was not done in the present case, however.

<sup>29</sup> Appaiono decisamente importanti le considerazioni espresse dal Giudice De Albuquerque che si riportano in parte con l'aggiunta, in corsivo neretto, di alcune delle note apposte dall'estensore dell'opinione: "... The *Fabris* case raises the substantive question of discrimination before the law regarding the inheritance rights of children born out of wedlock. In addition to the question of the principle of equality before the law, the case deals with two other questions of cardinal importance for the system of protection of human rights in Europe, namely, the retroactive effect of the Court's judgments and the Court's competence to control the execution of its own judgments by the national authorities. I agree with the finding of a violation of Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, but with all due respect I disagree with the reasoning of the judgment for the reasons that follow.

*The direct and erga omnes effect of the Court's judgments*

At first sight the Convention provides that the effects of the Court's judgments are restricted to the parties to the case, that is, the applicant or applicants and the respondent State or States. This first reading is misleading, however, and a

---

correct construction of Article 46 requires it to be read jointly with Article 1. In the light of these provisions read together, the Court's judgments have a direct and *erga omnes* effect. In fact, the Court formulated the *erga omnes* effect of its judgments when it affirmed, in *Ireland v. the United Kingdom*, that the Court's judgments served to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention. Thus, the Court has on many occasions refused to strike out a case, even though the applicant had sought to withdraw his or her application, because it considered that the case raised questions of a general character affecting the observance of the Convention. The same underlying general interest justified the introduction of the concept of "potential victim" and the practice of third party intervention. The "maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms" in the Council of Europe and the "achievement of greater unity between its members" indeed call for this broad understanding of the Court's mission, not only in regard to the conditions for admissibility of applications to the Court and the striking out of applications, but also to the effects of its judgments. The collective nature of the Court's input logically impacts on the *erga omnes* nature of its output. States Parties not involved in the proceedings must not turn a blind eye to the authoritative interpretation of the Convention made by the Court, which is the final instance invested with that power. If they were to do so, either wilfully or negligently, they would be at variance with their own Convention engagements as interpreted by the Court, and thus fail to show the attentive commitment to the fulfillment of treaty obligations which is called for by the principle of good faith in performing a treaty. However, if the States Parties abide by the standards set in the Court's case-law, even when they have not been involved in the particular disputes in respect of which the case-law was established, they not only avoid future findings of a violation, but also anticipate the implementation of the rights and freedoms foreseen in the Convention. This proactive approach by the States Parties is also required by a rigorous application of the principle of subsidiarity. The full implementation of the Convention at national level requires States Parties to take all measures necessary to redress, and preferably to prevent, violations. Failure to comply with the Court's case-law, even by States not party to the disputes in respect of which this has been established, would run counter to the aforementioned obligation to act effectively, promptly and in a preventative way in order to secure to everyone the rights and freedoms of the Convention- ***In his "Memorandum to the States with a view to preparing the Interlaken Conference", 3 July 2009, the President of the Court himself stressed this idea: "It is no longer acceptable that States fail to draw the consequences as early as possible of a judgment finding a violation by another State when the same problem exists in their own legal system. The binding effect of interpretation by the Court goes beyond res judicata in the strict sense. Such a development would go hand in hand with the possibility for citizens to invoke the Convention directly in domestic law ("direct effect") and the notion of ownership of the Convention by the States." This idea was enshrined in point 4 (c) of the Interlaken Declaration and has been the States Parties' practice (Venice Commission Opinion, cited above, para. 32)-.*** These developments have culminated in the recognition of the Convention as a "constitutional instrument of European public order" and therefore of the Court as "Europe's Constitutional Court". Hence, all bodies and representatives of any public authority of the respondent State, at all levels of its organisation (national, federal, regional or local), are directly bound by the Court's judgments and therefore, to use the phrase coined by the Brighton Declaration, "all laws and policies should be formulated, and all State officials should discharge their responsibilities, in a way that gives full effect to the Convention." In this context, the Court being tasked with the power to interpret and apply the Convention through final and binding judgments (Article 19 of the Convention), the direct and *erga omnes* effect of the Court's judgments may not be restricted by the States Parties. Only the Court itself can determine a restriction of the effects of its judgments- ***Hence, the German Federal Constitutional Court judgment of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, para. 47, and the Italian Constitutional Court judgment no. 311 of 26 November 2009 are problematic, in so far as they allow non-implementation of the Court's judgments, in full or in part, on grounds of domestic unconstitutionality (see below)-*** (...) Just as *Loizidou* brought full recognition of the Court as "Europe's Constitutional Court", whose task could not be endangered by States Parties exercising their right of reservation, *Fabris* reaffirms the constitutional force of the Court's judgments and the Court's jurisdiction to verify whether a State Party has complied with the obligations imposed on it by one of the Court's judgments. This force, which has been steadily strengthened by the Court's and the Committee of Ministers' practice, as has been demonstrated, is certainly not called into question by the unfortunate sentence included in paragraph 75 of the present judgment which says "in conformity with their constitutional orders and having regard to the principle of legal certainty". That sentence apparently limits the States parties' obligation to give full effect to Convention standards as interpreted by the Court to their "conformity with their constitutional order". If it is understood as implicit authorisation for a fully-fledged, unrestrictive filtering mechanism of the domestic constitutionality of the Court's judgments, this sentence would simply annihilate decades of construction of the European human rights system, empty the Convention of its legal force and reduce the Court to the position of an annex to domestic constitutional courts. Moreover, it would be a blow to Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, in so far as it would allow a State Party to the Convention to invoke the provisions of its constitutional law as justification for its failure to perform a treaty. The Court's judgments' validity and efficacy do not depend on a *fiat* of national constitutional courts. Hence, the reference to the "conformity with their constitutional orders" is nothing but an anodyne reference to the principle of the safeguard for existing human rights foreseen in Article 53. In this context, the additional reference to the principle of legal certainty is no less problematic. Domestic courts cannot annul, restrict or delay the effect of the Court's judgments on the grounds that they threaten the principle of legal certainty. If they could, this would allow for a pick-and-choose

Colpisce, solo, la circostanza che tale opinione dedica particolare attenzione alla posizione espressa dalla Corte costituzionale tedesca e, per quel che ci riguarda più direttamente, da quella italiana laddove ha riconosciuto la natura “subcostituzionale” della CEDU.

Ciò che potrebbe costituire conferma di quanto, in passate riflessioni alla quale si rinvia<sup>30</sup>, si è cercato di rappresentare in ordine ai rapporti fra CEDU ed ordinamento interno.

Ad ogni modo e per concludere sul punto, sembra di potere dire che, rispetto al caso esaminato dalla Corte europea, il giudice austriaco godrà di un margine di apprezzamento assai ridotto rispetto alla possibilità di continuare ad applicare la norma interna ritenuta contraria alla CEDU, mentre sarà chiamato a fare applicazione degli altri principi, espressi in maniera parimenti vincolata, dalla Corte, a proposito della rilevanza del superiore interesse del minore all’interno del procedimento volto ad acclarare l’opportunità dell’adozione e la sua utilità per tutti gli interessi coinvolti.

#### 7. Segue:c)La Corte europea fra CEDU e sussidiarietà.

C’è allora da chiedersi se la Corte, come hanno sostenuto i giudici che hanno firmato l’opinione dissenziente, sia davvero andata, nel caso in esame, “oltre” i confini dell’interpretazione evolutiva che pure si addice allo strumento convenzionale inteso come “*living instrument*”<sup>31</sup>, ovvero se questa decisione abbia cercato di trovare un arduo, ma non per questo meno rilevante, punto di equilibrio su un tema che marca, in definitiva, il principio di sussidiarietà come perno sul quale ruota il sistema dei rapporti fra Paesi contraenti e CEDU.

E di ciò si ha riprova leggendo il p.151 della sentenza, ove la Corte ammette che “...*The Court is aware that striking a balance between the protection of the family in the traditional sense and the Convention rights of sexual minorities is in the nature of things a difficult and delicate exercise*”.

Quel che pare indiscutibile è l’abbandono definitivo, da parte della Corte, della giurisprudenza *Frettè*.

In quell’occasione la Corte aveva valorizzato, come ricorda puntualmente Varano<sup>32</sup>, tre ragioni fondamentali per non ritenere fondata la discriminazione fra adottante single omosessuale ed eterosessuale, rappresentate dall’interesse superiore del minore, dai dubbi della comunità scientifica in ordine all’esistenza di pregiudizio per il minore e dall’assenza di consenso da parte dei singoli Paesi contraenti in ordine alla disciplina dell’adozione da parte di omosessuale. In quel caso erano stati, infatti, i giudici dissenzienti a profilare un *vulnus* in danno del richiedente fondato proprio sugli artt.8 e 14 CEDU e sulla divergenza di tutela offerta in quel Paese ai richiedenti l’adozione non omosessuali.

Si tratta di argomenti che non trovano più alcuno spazio nella decisione della Grande Camera che, anzi, ha realizzato un risultato opposto ed a parti invertite, nel quale l’opinione dissenziente della minoranza è stata tutta protesa a dolersi del fatto che la sentenza abbia tralasciato di affrontare in termini generali il problema sotteso al ricorso delle tre parti ricorrenti.

La personale impressione è che la Corte non ha inteso affatto “espropriare” gli Stati dal legiferare in ragione della coscienza sociale del tempo che non può dirsi, ad oggi, “comune” e, al contempo, ha

---

application of the Court’s judgments by domestic courts, with the risk of having forty-seven different implementations of the same judgment. Thus, the reference to the principle of legal certainty, in addition to being a reminder of the *Marckx* rationale, is also an injunction to domestic courts to comply strictly, without any margin of discretion, with the Court’s judgments. Any discretionary conduct of the domestic courts while implementing the judgments of the Court would call into question the principle of legal certainty.

<sup>30</sup> Da ultimo, Conti, CEDU, *Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in *Il diritto europeo nel dialogo fra le Corti*, a cura di Cosio e Foglia, Milano, 2013.

<sup>31</sup> Cfr.p.139 sent.:”... *Also, given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in present-day conditions, the State, in its choice of means designed to protect the family and secure respect for family life as required by Article 8, must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one’s family or private life*”.

<sup>32</sup> E.Varano, La Corte dei diritti dell’uomo e l’inesistenza del diritto di adottare , in *Famiglia*, 2003, 540.

ritenuto di dovere sottolineare che tale libertà deve esplicitarsi tanto a livello legislativo che, soprattutto in ambito giudiziario.

Ma è vero, altresì, che è proprio la Corte, in certi casi, ad essere *stretta* nella “morsa” delle legislazioni dei Paesi contraenti e *costretta* a trovare, a volte con difficoltà, soprattutto sui temi eticamente e moralmente sostenibili, la *quadra* del cerchio. si pensi ai casi in tema di moralità<sup>33</sup>, di inizio vita<sup>34</sup>, di rilevanza del consenso alla distruzione di embrione da parte del partner della donna<sup>35</sup>, di fine vita<sup>36</sup>, di transessuali<sup>37</sup>, di voto ai prigionieri<sup>38</sup>, di adozione sulla base di kafala vietata in base alla legge di provenienza del minore<sup>39</sup>, per i quali non si riscontra un terreno comune e condiviso nei singoli Paesi.

#### 8. Il ruolo del giudice nazionale, liberato dalla “morsa” delle fonti.

Non resta se non offrire qualche finale considerazione “di sistema”.

Sembra proprio che il Giudice europeo riconosca come la delicatezza dei casi che possono porsi richiede non solo scelte primarie dei legislatori, sulla cui portata la Corte ha fatto intendere, d’ora innanzi, di volere esprimere il proprio avviso, ma (sempre e comunque) un “giudice di prossimità”, capace di affrontare il caso in tutte le sue implicazioni fattuali<sup>40</sup> avvalendosi, anche di poteri officiosi, tutti rivolti a garantire l’interesse superiore del minore<sup>41</sup>, che assume particolare rilievo, ma “anche” l’interesse della coppia di fatto, etero e/o omosessuale che sia, nel momento in cui si venga a creare una relazione familiare protetta dall’art.8 CEDU.

Certo, va detto che questo *interesse superiore del minore*<sup>42</sup> è risultato evocato dai vari giudici che hanno composto i collegi della Corte europea impegnata sulle vicende di cui si è detto *ad usum delphini*, nel senso che se ne è ipotizzata la violazione sia quando la soluzione è stata rivolta a riconoscere l’adozione, sia quando si è negata, collegando il pregiudizio del minore vuoi alla privazione della relazione familiare sottesa all’adozione<sup>43</sup>, vuoi al fatto che l’inserimento dello

---

<sup>33</sup> Caso *Dudgeon c. Regno Unito* -ric. n. 7525/76-.

<sup>34</sup> Caso *Vo. c. Francia* -ric. n. 53924/00-.

<sup>35</sup> In Corte dir. uomo *Evans c. Regno Unito* -ric. n. 6339/05-, a proposito della distruzione di embrioni congelati sulla base del consenso di uno solo dei partners, la CtEDU ebbe a chiarire che “...given the lack of European consensus ..., the fact that the domestic rules were clear and brought to the attention of the applicant and that they struck a fair balance between the competing interests, there had been no violation of Article 8 of the Convention.”

<sup>36</sup> Caso *Pretty c. Regno Unito* - ric. n. 2346/02-

<sup>37</sup> Caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* -ric. n. 28957/95-.

<sup>38</sup> Caso *Hirst c. Regno Unito* -ric. n.74025/01-.

<sup>39</sup> Corte dir.uomo, 4 ottobre 2012, *Harroudj c. Francia*, ric.43631/09, p.44: “...La marge d’appréciation dont disposent les Etats contractants est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention. Cela est d’autant plus vrai lorsqu’il n’existe pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l’Europe sur l’importance relative de l’intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger.

<sup>40</sup> In questa prospettiva, il tema che pure era emerso innanzi alle corti nazionali austriache circa un possibile conflitto d’interessi fra madre naturale e minore rispetto all’utilità dell’adozione pone in evidenza una questione che va oltre i contesti spazio-temporali della sentenza qui esaminata, evocando la questione generale della rappresentanza processuale del minore nelle procedure di adozione, ove l’interesse anzidetto costituisce il “cuore” della tutela, come pure osserva l’opinione dissenziente, coinvolgendo anche la sfera dei rapporti dell’altro genitore naturale.

<sup>41</sup> Sul ruolo del superiore interesse del minore nella giurisprudenza della Corte dei diritti umani, sia consentito il rinvio a R.Conti, *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel pianeta famiglia*, Intervento svolto convegno nazionale dall’Associazione nazionale magistrati per i minorenni e per la famiglia svoltasi a Roma il 23 novembre 2012 sul tema “*Tutela delle persone minori di età e rispetto delle relazioni familiari*”, in <http://www.minoriefamiglia.it/download/conti-roma-2012-art.8-cedu.pdf>.

<sup>42</sup> V. in particolare, art.1 della Conv.dell’Aja del 29 maggio 1993 in tema di adozione internazionale che fa espresso riferimento all’interesse superiore del minore.

<sup>43</sup> Sul punto v.Castellaneta, *Legittimo il rifiuto delle singole autorità nazionali di consentire l’adozione a coppie omosessuali. La scelta non viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare*, *Guido al diritto*24ore, 2012,14, 39 che ricordava l’opinione resa dal giudice Villiger nella causa Gas e Dubois. Analogamente, v.Crivelli, *Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull’adozione da parte di coppie omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, f. 3, 672

stesso in un nucleo non eterosessuale avrebbe potuto danneggiarlo<sup>44</sup>. E, del resto, la delicatezza della questione trova conferma nel fatto che proprio gli studiosi del diritto minorile si sono per tempo interrogati sui fattori protettivi e di rischio connessi alla crescita del minore in famiglie omogenitoriali<sup>45</sup>.

Non serve, comunque, qui interrogarsi sull'atteggiamento del giudice nazionale (anche italiano) ove dovesse innescarsi un procedimento simile a quello celebrato innanzi alle Corti austriache<sup>46</sup>.

Quel che qui si intende sottolineare è l'esistenza di un canale diretto, preferenziale, che la Corte vuole comunque mantenere ed alimentare, con i giudici nazionali<sup>47</sup>.

E sembra essere proprio questo canale a relativizzare la legge nazionale e valorizzare l'operato giudiziale confermando, ancora una volta, la centralità del giudice nazionale nel processo di attuazione e protezione dei diritti ed il progressivo superamento *–recte, aggiornamento-* del canone di certezza del diritto<sup>48</sup>, ma anche la vitalità di un dialogo fra le Corti che, pur difficile in assenza di uno strumento simile a quello del rinvio pregiudiziale di origine comunitaria, non è necessariamente ed obbligatoriamente improntato su trame gerarchiche ma, semmai, vive e si alimenta, quotidianamente e concretamente, attraverso un confronto equiordinato<sup>49</sup>.

Il che non significa, pertanto, autorizzazione (od obbligo) del giudice nazionale ad operare *contra legem*, ma semmai obbligo per quello stesso giudice di considerare la legge nazionale "alla luce" della CEDU e di improntare il proprio agire a canoni di effettività, mai fermandosi di fronte ad un precetto che può apparire compatibile con il quadro dei principi nazionali, ogni volta che la protezione offerta a livello CEDU è superiore, dispiegandosi così innanzi a quel giudice le porte di un *bilanciamento interordinamentale* che *interamente si risolve in un bilanciamento endocostituzionale*<sup>50</sup>.

Non può, d'altra parte, sfuggire che proprio l'accentuazione dei compiti del giudice nazionale mette in evidenza la peculiare situazione nella quale si erano trovate le parti ricorrenti nel caso qui esaminato, le quali avevano dapprima vanamente sollecitato l'intervento della Corte costituzionale e, successivamente, si erano viste negare ogni possibilità di esame nel merito della domanda da parte dei giudici interni, i quali aveva escluso ogni possibile distonia della disciplina interna con quegli stessi diritti fondamentali che la Corte europea ha invece tutelato.

---

<sup>44</sup> V. in particolare, art.1 della Conv. dell'Aja del 29 maggio 1993 in tema di adozione internazionale che fa espresso riferimento all'interesse superiore del minore

<sup>45</sup> G. Sergio, *Adozione gay e diritto del fanciullo a preservare la propria identità*, in *Minori Giust.*, 2007, 109; F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. famiglia*, 2011, 03, 1375.

<sup>46</sup> Il compito, certo, potrebbe essere agevolato dal fatto che nell'ordinamento interno, in atto, non trova disciplina alcuna l'adozione da parte di coppie eterosessuali che, ove mai dovesse essere normata, imporrebbe al giudice di considerare che la legge con la quale si troverà a contatto non può cagionare effetti discriminatori di sorta fra stabili coppie etero ed omosessuali fino al punto da determinare, a carico delle seconde, limitazioni che non trovino, invece, giustificazione nel caso concreto esaminato.

<sup>47</sup> Tema sul quale si è tentato, in passato, di riflettere- in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011 ed in *Il «dialogo» fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo*, in *Corr.giur.*,2009, 1493 ss.- e che trova, di recente, relevantissimi contributi in V.Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2013 e E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

<sup>48</sup> v. sul punto, su tutti, A. Ruggeri, *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011 ... overrosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2011;idem, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*; id., di recente, *Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, overrosia l'errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso ... giudice (a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012)*, in Ruggeri, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVI, *Studi dell'anno 2012*, Torino, 2013, 319 ss.

<sup>49</sup>V., specificamente, il mio già citato *Il «dialogo» fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo* ed anche Conti, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei*, Roma, 2012, 117 ss. a proposito di Corte dir. uomo 22 dicembre 2009, *Guiso Gallisay c.Italia*, in tema di quantificazione del risarcimento del danno in tema di occupazione acquisitiva.

<sup>50</sup> A.Ruggeri, *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, in *Itinerari*, cit., 352.

Ed infatti, come la Corte di prime cure aveva ritenuto che “...*In the view of this court no such possibility exists under Austrian law as it currently stands, even when the law is interpreted, as it is required to be, in conformity with the Constitution. The arrangement sought by the applicants would require an amendment to the legislation; it could not be authorised by means of an ordinary court decision interpreting Article 182 of the Civil Code in a manner running counter to the unambiguous wording of that provision.*”-cfr.p.15 sent.- così il giudice di ultima istanza aveva ritenuto che “...*is therefore in no doubt as to the compatibility of this provision with the Constitution, which is called into question by the applicants.*”-p.20-.

E' vero, peraltro, che la Corte sembra in qualche modo giustificare l'operato del giudice, allorchè afferma che le Corti si trovarono nell'impossibilità di esaminare il merito a causa del divieto previsto dalla legge-v.p.123-.

Del resto, non può sottacersi che all'epoca dei fatti la Corte europea si era espresso solo attraverso la sentenza *Frettè*. Ma è vero, anche, che nel caso concreto la tutela surrogatoria apprestata dalla Corte con un risarcimento del danno morale simbolico si è dimostrata, in sostanza, ineffettiva proprio a causa dell'atteggiamento tenuto dai giudici interni.

Rimane, anche dopo la lettura della decisione della Grande Camera, ma anche della decisione del 7 febbraio 2013 ricordata al par.7 di queste note, ancora di più radicato il convincimento che la Corte europea è particolarmente interessata a tendere tra sé e il giudice nazionale una fune sulla quale i diritti fondamentali (e le relative tutele) sono tutti collocati ad una stessa altezza, senza che ve ne siano alcuni posti al di sopra del filo ed altri al di sotto per il solo fatto di appartenere ad una fonte, piuttosto che ad un'altra.

Il che val quanto dire che la partita dei diritti rispetto alle fonti- nazionali e non- non può che giocarsi sulla base di una sana competizione “alla pari”<sup>51</sup> e “al rialzo”, in vista della più incisiva tutela (Corte cost.n.317/2009), “...*trattandosi in fin dei conti di stabilire presso quale fonte si situi la più “intensa” tutela ai diritti, da lì dovendosi appunto attingere la norma da applicare*”<sup>52</sup>.

Questa partita, allora, può e deve essere giocata da un giudice all'altezza, capace di non rimanere stretto nella morsa delle interpretazioni e delle fonti<sup>53</sup>, ma invece pronto, culturalmente e professionalmente, a svolgere il proprio ruolo al passo delle Carte e delle Corti, consapevole delle difficoltà, dei rischi e dei pericoli che l'esercizio della giurisdizione oggi presenta, ma anche del fatto che posizioni giudiziarie attendiste e di basso profilo, ancorchè talvolta comode, altro effetto non avranno se non quello di arrestare la tutela dei diritti.

Roberto Conti

---

<sup>51</sup> A. Ruggeri, *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012.

<sup>52</sup> A.Ruggeri, *Summum ius summa iniuria, ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di Corte cost. n. 325 del 2011)*, in *Itinerari*, cit., 16;id., *Il diritto “vecchio” e i modi del suo possibile svecchiamento, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Itinerari*, cit., 48:<<... è ancora la giurisprudenza ... a mettere da canto l'ordinazione verticale, per sistema, delle Carte, col fatto stesso di sollecitare l'operatore a ricercare dove si situi la più “intensa” tutela dei diritti stessi, indipendentemente dalla provenienza o dalla forma della fonte che l'appresta.>>;id., *Sistema di fonti o sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*, in *Itinerari*, op.cit., 518. V. anche A. Randazzo, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, p. 313 ss.

<sup>53</sup> M.Bignami, *L'interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur.cost.*, 1/2008, 595 ss., di recente ripreso da V.Manes, op.cit., 87 ss.