

► CORTE EUR. DIR. UOMO, 19.2.2013, ric. 19010/07, *X and Others v. Austria*

ADOZIONE - ADOZIONE DEL FIGLIO MINORE DEL PARTNER - PREVISIONE A FAVORE DELLE SOLE COPPIE DI SESSO OPPOSTO CONIUGATE O CONVIVENTI - COPPIE DI PERSONE DELLO STESSO SESSO - DIVIETO - DISCRIMINAZIONE FONDATA SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE - SUSSISTENZA (Conv. eur. dir. uomo, artt. 8 e 14)

Ove uno Stato contraente contempra l'istituto dell'adozione del figlio del partner a favore delle coppie conviventi di sesso opposto, il principio di non discriminazione fondata sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

dal testo:

Il fatto. I motivi.

(*Omissis*)

114. Austrian law allows second-parent adoption by an unmarried different-sex couple. In general terms, individuals may adopt under Article 179 of the Civil Code, and nothing in Article 182 § 2 of the Civil Code, which regulates the effects of adoption, prevents one partner in an unmarried heterosexual couple from adopting the other partner's child without severing the ties between that partner and the child. In contrast, second-parent adoption in a same-sex couple is legally impossible. This follows from Article 182 § 2 of the Civil Code, according to which any person who adopts replaces the biological parent of the same sex. In the present case, as the first applicant is a woman, the second applicant's adoption by her could only sever the relationship with his mother, who is her same-sex partner. Adoption can therefore not serve to create a parent-child relationship between the first and second applicants in addition to the relationship with his mother, the third applicant. Although neutral at first glance, Article 182 § 2 of the Civil Code excludes second-parent adoption in a same-sex couple.

115. For the sake of completeness the Court observes that since the entry into force of the Registered Partnership Act on 1 January 2010 same-sex couples have had the opportunity to enter into a registered partnership. The first and third applicants have not made use of this opportunity. In any case, this would not open up the possibility of second-parent adoption to them, as section 8(4) of the Act explicitly prohibits the adoption of one registered partner's child by the other partner.

116. There is thus no doubt that the applicable legislation leads to a distinction between unmarried different-sex and same-sex couples in respect of second-parent adoption. Under Austrian law as it stands second-parent adoption was and still is impossible in the applicants' case. This would be so even if the biological father of the second applicant were dead or unknown or if there were grounds for overriding his refusal to consent to the adoption. It would even be impossible if the second applicant's father were ready to give his consent to the adoption. This was not disputed by the Government.

117. However, the Government argued on the facts of the case that it disclosed no element of discrimination. They submitted that the applicants' adoption request had been refused on grounds unrelated to the first and third applicants' sexual orientation. Firstly, the courts and in particular the Regional Court had refused the adoption on the ground that it was not in the second applicant's interests. Secondly, any adoption required the consent of the child's biological parents. As the second applicant's father did not consent, the courts had been obliged to refuse the adoption request. They would have had to decide in exactly the same way had the first applicant been the male partner of the third applicant. In other words, the difference in law resulting from Article 182 § 2 of the Civil Code did not come into play in the circumstances of the applicants' case. Consequently, the Government asserted that the applicants were asking the Court to carry out a review of the law *in abstracto*.

118. Having regard to the content of the domestic courts' decisions (see paragraphs 15, 18 and 20 above), the Court is not convinced by

the Government's argument. First of all, the domestic courts made it clear that an adoption producing the effect desired by the applicants, namely establishing a parent-child relationship between the first and second applicants in addition to the parent-child relationship between the latter and his mother, was in any case impossible under Article 182 § 2 of the Civil Code.

(*Omissis*)

125. Had the first and third applicants been an unmarried different-sex couple, the domestic courts would not have been able to refuse the adoption request as a matter of principle. Instead, the courts would have been required to examine whether the adoption served the second applicant's interests within the meaning of Article 180a of the Civil Code. If the child's father had not consented to the adoption, the courts would have had to examine whether there were exceptional circumstances such as to justify overriding his refusal under Article 181 § 3 of the Civil Code (see, as an example, *Eski*, cited above, §§ 39-42, concerning second-parent adoption in a different-sex couple, in which the Austrian courts conducted a detailed examination of that issue, balancing the interests of all the persons concerned – the couple, the child and the biological father of the child – having duly heard evidence from them and having established all the relevant facts).

126. Consequently, the Court finds that the applicants' complaint is in no sense an *actio popularis*. As already stated (see paragraph 123 above), the applicants were directly affected by the law complained of, as Article 182 § 2 of the Civil Code contains an absolute prohibition on second-parent adoption in a same-sex couple, making any examination of the specific circumstances of their case unnecessary and irrelevant and leading to the refusal of their adoption request as a matter of principle. 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 (see, *mutatis mutandis*, *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 72, ECHR 2005-IX).

127. The Court would add that, at first sight, the difference in treatment may seem to concern mainly the first applicant, who is treated differently from one member of an unmarried different-sex couple who wishes to adopt the other partner's child. However, as all three of the applicants enjoy family life together (see paragraph 96 above) and the adoption request was aimed at obtaining legal recognition of that family life, the Court considers that all three applicants are directly affected by the difference of treatment at issue and may therefore claim to be victims of the alleged violation.

128. Finally, the Government advanced another argument, namely that the legal impossibility of granting the applicants' adoption request was not discriminatory as it was not based on the first and third applicants' sexual orientation. They submitted that Article 182 § 2 of the Civil Code, which made it impossible for a woman to adopt a child while the legal ties with the child's mother were maintained, applied as a general rule. That rule would also prohibit an aunt from adopting her nephew while his relationship with his mother remained intact.

129. The Court is not convinced by this argument. The applicants claimed that they were treated differently from an unmarried heterosexual couple with regard to the possibility of obtaining legal recognition of their family life through second-parent adoption. The Court notes firstly that the relationship between two adult sisters or between an aunt and her nephew does not in principle fall within the notion of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention. Secondly, even if it did, the Court has already held that the relationship between two sisters living together is qualitatively of a different nature to the relationship of a couple, including a same-sex couple (see, *mutatis mutandis*, *Burden*, cited above, § 62). Consequently, Article 182 § 2 of the Civil Code does not affect other persons in the same way as it affects the applicants, whose family life is based on a same-sex couple.

130. Having regard to all the considerations set out above, the Court finds that there was a difference of treatment between the applicants and an unmarried different-sex couple in

which one partner sought to adopt the other partner's child. That difference was inseparably linked to the fact that the first and third applicants formed a same-sex couple, and was thus based on their sexual orientation.

131. The present case is therefore to be distinguished from *Gas and Dubois* (§ 69), in which the Court found that there was no difference of treatment based on sexual orientation between an unmarried different-sex couple and a same-sex couple as, under French law, second-parent adoption was not open to either of them.

Legitimate aim and proportionality

132. Although it follows from the considerations set out above (see, in particular, paragraphs 116 and 126), the Court deems it appropriate to stress the fact that the present case does not concern the question whether or not the applicants' adoption request should have been granted in the circumstances of the case. Consequently, it is not concerned with the role of the second applicant's father or whether there were any reasons to override his refusal to consent. All these issues would be for the domestic courts to decide, were they in a position to examine the merits of the adoption request.

133. The issue before the Court is precisely the fact that they were not in such a position in the applicants' case, as adoption of the second applicant by his mother's same-sex partner was in any case legally impossible in accordance with Article 182 § 2 of the Civil Code. By contrast, the domestic courts would have been required to examine the merits of the adoption request had it concerned second-parent adoption in an unmarried heterosexual couple.

134. 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.

135. The Court reiterates that the prohibition of discrimination enshrined in Article 14 extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and the Protocols thereto require a State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide. While Article 8 does not guarantee a right to adopt, the Court has already held, in respect of adoption by a single homosexual, that a State which creates a right going beyond its obligations under Article 8 of the Convention may not apply that right in a manner which is discriminatory within the meaning of Article 14 (see *E.B. v. France*, cited above, § 49).

136. In the context of the present case the Court notes that there is no obligation under Article 8 of the Convention to extend the right to second-parent adoption to unmarried couples (see *Gas and Dubois*, cited above, §§ 66-69; see also *Emonet and Others*, cited above, §§ 79-88). Nonetheless, Austrian law allows second-parent adoption in unmarried different-sex couples. The Court therefore has to examine whether refusing that right to (unmarried) same-sex couples serves a legitimate aim and is proportionate to that aim.

137. Both the domestic courts and the Government argued that Austrian adoption law was aimed at recreating the circumstances of a biological family. As the Regional Court observed in its judgment of 21 February 2006, the provisions at issue aimed to protect the "traditional family". Austrian law was based on the principle that, in accordance with biological reality, a minor child should have two persons of opposite sex as parents. Thus the decision not to provide for a child to be adopted by the same-sex partner of one of the parents, with the result of severing the relationship with the opposite-sex parent, served a legitimate aim. Similarly, the Supreme Court, in its judgment of 27 September 2006, noted that the primary aim of adoption was to provide children who had no parents or whose parents were not able to care for them with responsible caregivers. That aim could only be achieved by recreating the situation of a biological family as far as possible. In short, the

domestic courts and the Government relied on the protection of the traditional family, based on the tacit assumption that only a family with parents of different sex could adequately provide for a child's needs.

138. The Court has accepted that the protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment (see *Karner*, § 40, and *Kozak*, § 98). It goes without saying that the protection of the interests of the child is also a legitimate aim. It remains to be ascertained whether, in the circumstances of the case, the principle of proportionality was adhered to.

139. The Court reiterates the principles developed in its case-law. 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 (see *Karner*, cited above, § 41, and *Kozak*, cited above, § 98). 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 (see *Kozak*, cited above, § 98).

140. In cases in which the margin of appreciation is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It must also be shown that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people, in this instance persons living in a homosexual relationship, from the scope of application of the provisions at issue (see *Karner*, cited above, § 41, and *Kozak*, cited above, § 99).

141. Applying the case-law cited above, the Court notes that the burden of proof is on the Government. It is for the Government to show that the protection of the family in the traditional sense and, more specifically, the protec-

tion of the child's interests, require the exclusion of same-sex couples from second-parent adoption, which is open to unmarried heterosexual couples.

142. The Court would repeat that Article 182 § 2 of the Civil Code contains an absolute, albeit implicit, prohibition on second-parent adoption for same-sex couples. The Government did not adduce any specific argument, any scientific studies or any other item of evidence to show that a family with two parents of the same sex could in no circumstances adequately provide for a child's needs. On the contrary, they conceded that, in personal terms, same-sex couples could be as suitable or unsuitable as different-sex couples when it came to adopting children. Furthermore, the Government stated that the Civil Code was not aimed at excluding same-sex partners from second-parent adoption. Nonetheless, they stressed that the legislature had wished to avoid a situation in which a child had two mothers or two fathers for legal purposes. The explicit exclusion of second-parent adoption in same-sex couples had only been introduced by the Registered Partnership Act in 2010, which had not been in force when the present case was determined by the domestic courts and was therefore not relevant in the present case.

143. The Court has already dealt with the argument that the Civil Code does not aim specifically to exclude same-sex partners (see § 128 and 129 above). Regarding the Registered Partnership Act, the Court agrees that it is not directly at issue in the present case. It may nevertheless be of relevance in so far as it may shed light on the reasons underlying the prohibition of second-parent adoption in same-sex couples. However, the explanatory report on the draft law (see § 42 above) only states that section 8(4) of the Act was included as a result of repeated requests made during the consultation procedure. In other words, it merely reflects the position of those sectors of society which are opposed to the idea of opening up second-parent adoption to same-sex couples.

144. The Court would add that the Austrian legislation appears to lack coherence. Adoption by one person, including one homosexual, is possible. If he or she has a registered part-

ner, the latter has to consent, in accordance with the amendment to Article 181 § 1, subparagraph 2, of the Civil Code, which was introduced together with the Registered Partnership Act (see § 40 above). The legislature therefore accepts that a child may grow up in a family based on a same-sex couple, thus accepting that this is not detrimental to the child. Nevertheless, Austrian law insists that a child should not have two mothers or two fathers (see, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 78, ECHR 2002-VI, where the Court also took into consideration the lack of coherence of the domestic legal system).

145. The Court finds force in the applicants' argument that *de facto* families based on a same-sex couple exist but are refused the possibility of obtaining legal recognition and protection. The Court observes that in contrast to individual adoption or joint adoption, which are usually aimed at creating a relationship with a child previously unrelated to the adopter, second-parent adoption serves to confer rights *vis-à-vis* the child on the partner of one of the child's parents. The Court itself has often stressed the importance of granting legal recognition to *de facto* family life (see *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, § 119, 28 June 2007; see also, in the context of second-parent adoption, *Eski*, § 39, and *Emonet and Others*, §§ 63-64).

146. All the above considerations – the existence of *de facto* family life between the applicants, the importance of having the possibility of obtaining legal recognition thereof, the lack of evidence adduced by the Government in order to show that it would be detrimental to the child to be brought up by a same-sex couple or to have two mothers and two fathers for legal purposes, and especially their admission that same-sex couples may be as suited for second-parent adoption as different-sex couples – cast considerable doubt on the proportionality of the absolute prohibition on second-parent adoption in same-sex couples arising out of Article 182 § 2 of the Civil Code. Unless any other particularly convincing and weighty reasons militate in favour of such an absolute prohibition, the considerations adduced so far would seem rather to weigh in favour of allow-

ing the courts to carry out an examination of each individual case. This would also appear to be more in keeping with the best interests of the child, which is a key notion in the relevant international instruments (see, in particular, paragraph 49 above, and *E.B. v. France*, cited above, § 95).

147. The Government advanced another argument to justify the difference in treatment complained of Relying on Article 8 of the Convention, they asserted that the margin of appreciation was a wide one in the sphere of adoption law, which had to strike a careful balance between the interests of all the persons involved. In the present context it was even wider, as there was no European consensus on the issue of second-parent adoption by same-sex couples.

148. The Court observes that the breadth of the State's margin of appreciation under Article 8 of the Convention depends on a number of factors. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted. Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see, as recent examples, *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 94, and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 232, ECHR 2010). However, the Court reaffirms that when it comes to issues of discrimination on the grounds of sex or sexual orientation to be examined under Article 14, the State's margin of appreciation is narrow (see paragraph 99 above).

149. Furthermore, and solely in order to respond to the Government's assertion that no European consensus exists, it has to be borne in mind that the issue before the Court is not the general question of same-sex couples' access to second-parent adoption, but the difference in treatment between unmarried different-sex couples and same-sex couples in respect of this type of adoption (see paragraph 134 above). Consequently, only those ten Council of Europe member States which allow second-parent adoption in

unmarried couples may be regarded as a basis for comparison. Within that group, six States treat heterosexual couples and same-sex couples in the same manner, while four adopt the same position as Austria (see the comparative-law information at paragraph 57 above). The Court considers that the narrowness of this sample is such that no conclusions can be drawn as to the existence of a possible consensus among Council of Europe member States.

150. In the Court's view, the same holds true for the 2008 Convention on the Adoption of Children. Firstly, it notes that this Convention has not been ratified by Austria. Secondly, given the low number of ratifications so far, it may be open to doubt whether the Convention reflects common ground among European States at present. In any event, the Court notes that Article 7 § 1 of the 2008 Convention on the Adoption of Children provides that States are to permit adoption by two persons of different sex (who are married or, where that institution exists, are registered partners) or by one person. Under Article 7 § 2, States are free to extend the scope of the Convention to same-sex couples who are married or have entered into a registered partnership, as well as "to different-sex couples and same-sex couples who are living together in a stable relationship". This indicates that Article 7 § 2 does not mean that States are free to treat heterosexual and same-sex couples who live in a stable relationship differently. The Committee of Ministers' Recommendation of 31 March 2010 (CM/Rec (2010)5) appears to point in the same direction: paragraph 23 calls on member States to ensure that the rights and obligations conferred on unmarried couples apply in a non-discriminatory way to both same-sex and different-sex couples. In any event, even if the interpretation of Article 7 § 2 of the 2008 Convention were to lead to another result, the Court reiterates that States retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention (see *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010 (extracts)).

151. 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, which may require the State to reconcile conflicting views and interests perceived by the parties concerned as being in fundamental opposition (see *Kozak*, § 99). However, having regard to the considerations set out above, the Court finds that the Government have failed to adduce particularly weighty and convincing reasons to show that excluding second-parent adoption in a same-sex couple, while allowing that possibility in an unmarried different-sex couple, was necessary for the protection of the family in the traditional sense or for the protection of the interests of the child. The distinction is therefore incompatible with the Convention.

152. The Court emphasises once more that the present case does not concern the question whether the applicants' adoption request should have been granted in the circumstances of the case. It concerns the question whether the applicants were discriminated against on account of the fact that the courts had no opportunity to examine in any meaningful manner whether the requested adoption was in the second applicant's interests, given that it was in any case legally impossible. In this context the Court refers to recent judgments in which it found a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 because the father of a child born outside marriage could not obtain an examination by the domestic courts of whether the award of joint custody to both parents or sole custody to him was in the child's interests (see *Zaunegger v. Germany*, no. 22028/04, §§ 61-63, 3 December 2009, and *Sporer v. Austria*, no. 35637/03, §§ 88-90, 3 February 2011).

153. In conclusion, the Court finds that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 when the applicants' situation is compared with that of an unmarried different-sex couple in which one partner wishes to adopt the other partner's child. (*Omissis*)

[SPIELMANN *Presidente* – X and others (avv. Graupner) – Austria (ambasciatore Tichy)]

Nota di commento: «Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption» [★]

I. Il caso

La sentenza in commento riguarda una coppia austriaca composta da due donne, una delle quali intende adottare il figlio dell'altra (c.d. *step-child*, *step-parent* o *second-parent adoption*).

A tale proposito il codice civile austriaco (*ABGB*), nello stabilire le regole dell'adozione di minori, all'art. 182, comma 2°, prevede che la sostituzione di un genitore biologico per effetto dell'adozione possa avvenire solo con un genitore adottivo dello stesso sesso. Inoltre, l'art. 8, comma 4°, della legge sulle unioni civili (*Lebenspartnerschaftsgesetz*, *LPG*), entrata in vigore il 1°.1.2010, proibisce espressamente che un partner registrato adotti il figlio dell'altro.

La Corte di Strasburgo si trova dunque ad affrontare un nuovo caso di *omogenitorialità*, ossia di famiglia incentrata su una coppia di persone dello stesso sesso.

In particolare, le ricorrenti non avevano provveduto a registrare l'unione ai sensi della *LPG*, ma convivevano di fatto come una famiglia da molti anni. Il figlio, nato da una precedente relazione e affidato alla madre in via esclusiva, era stato negli anni educato, accudito e cresciuto anche dalla compagna di questa, instaurando con la stessa un autentico legame parentale.

La Corte ha individuato nelle predette norme di diritto austriaco una violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 Conv. eur. dir. uomo nella parte in cui sanziona ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Gli spunti generati da tale sentenza sono molteplici, e tra questi almeno due meritano di essere esaminati nel dettaglio, a motivo del peso che potrebbero avere nel futuro contenzioso dinanzi alla Corte.

Anzitutto, la Corte riconosce la *piena dignità giuridica delle famiglie omogenitoriali*, sottolineando «l'importanza», per le stesse, «di ottenere un riconoscimento giuridico» (v. sentenza in commento, § 127). Riconoscimento dettato dal fatto che tutte le persone che compongono la famiglia subiscono la differenza di trattamento derivante dal rifiuto dell'adozione, anche se il legame giuridico risulta già riconosciuto rispetto a due di loro.

Inoltre, la Corte libera le famiglie omogenitoriali dall'«irrazionale acquiescenza a ogni sorta di stereotipo e pregiudizio» di cui sono spesso oggetto nel dibattito interno (*BILOTTA*, 163, *infra*, sez. IV). Viene

così stigmatizzato il pregiudizio – spesso tradotto nelle «accuse» rivolte a madri lesbiche o padri gay che chiedono l'affidamento dei loro figli (*OBERTO*, 818, *infra*, sez. IV) – per cui sarebbe in qualche modo dannoso per un minore vivere nel contesto di una famiglia omogenitoriale. Rispetto a tale pregiudizio, peraltro ormai escluso anche dalla nostra Cassazione (11.1.2013, n. 601, *infra*, sez. III), la Corte di Strasburgo afferma senza esitazioni che ad esso corrisponde una «totale carenza di prova» (v. sentenza in commento, § 146).

Il secondo spunto concerne il *principio di non discriminazione per orientamento sessuale*, che riceve l'ennesima proiezione nel vissuto delle persone. Anche qui si propongono diverse riflessioni, sia sull'impossibilità di comparare le unioni omosessuali di fatto con le coppie sposate, sulla quale la Corte pare definitivamente assestata (*infra*, sez. II, *sub par.* 1), sia sul ruolo del consenso nella determinazione dei confini del margine di apprezzamento degli Stati, cui la Corte dedica particolare attenzione (sez. II, *sub par.* 2).

II. Le questioni

1. FAMIGLIE OMOGENITORIALI DI FATTO E DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA FAMILIARE. La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla nozione di *vita familiare* è ricca e segnata da un'incessante evoluzione.

Originariamente ancorata alla sussistenza di relazioni giuridicamente istituzionalizzate o di legami biologici, la Corte ha riconosciuto – sin dai primi anni Novanta – il valore dell'*effettività* dei legami personali (*CORTE EUR. DIR. UOMO*, 26.5.1994, *Keegan*, § 44, in *Giorn. dir. comm.*, 2006, 1339), equiparando le relazioni di fatto tra persone di sesso opposto alle famiglie legittime e naturali.

Lo spazio di intimità condiviso dalle persone dello stesso sesso è invece rimasto a lungo estraneo alla suddetta qualificazione, poiché apoditticamente ritenuto non equiparabile a una convivenza *de facto* eterosessuale (*CORTE EUR. DIR. UOMO*, 10.5.2001, *Mata Estévez*, ined.).

La tutela privilegiata dei nuclei familiari imperniati sui ruoli di genere convenzionali non ha, tuttavia, impedito che una forma di protezione venisse accordata anche alle coppie omosessuali. La Corte ha ritenuto, infatti, che quei tipi di rapporti costituissero *vita privata* ai sensi dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo e, quindi, dovessero essere protetti dalle illegittime interferenze statali di stampo discriminatorio (*CORTE EUR. DIR. UOMO*, 24.7.2003, *Karner*, § 33, *infra*, sez. III).

L'unico margine di tutela «familiare» per la persona omosessuale era circoscritto alla residuale ipo-

[★] Contributo pubblicato in base a *referee*.

tesi di filiazione naturale. Nel noto caso *Salgueiro da Silva Mouta*, veniva così affermato il primato del legame biologico su qualsiasi tentativo di far prevalere strutture sociali e normative radicate nella tradizione. Soltanto con riguardo al rapporto verticale tra padre e figlio, dunque, l'orientamento sessuale non ostava alla configurazione dello *status familiare* (CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.12.1999, § 36, *infra*, sez. III).

Sebbene la qualifica di vita familiare fosse preclusa alle coppie di fatto omosessuali, che pur avevano ottenuto sostanziali riconoscimenti in termini di diritti garantiti sul piano nazionale, negli ultimi anni si è assistito a una sostanziale progressione della giurisprudenza sul campo di applicazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo. La Corte non poteva esimersi dall'arduo compito di sanare rilevanti contraddizioni, come l'incidenza «intermittente» dell'orientamento sessuale sullo *status familiare*.

Il primo passo di una potenziale rivoluzione copernicana del diritto di famiglia in seno al Consiglio d'Europa è stato compiuto con la sentenza *Schalk e Kopf* (CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.6.2010, *infra*, sez. III), con cui la Corte ha ricondotto anche le coppie di fatto omosessuali nell'alveo della nozione di «vita familiare» e riconosciuto la *sostanziale equivalenza* dei legami personali tra persone dello stesso sesso e di sesso opposto.

Così, operato il primo commiato dal paradigma eterosessuale, sono state poste le basi per una più completa articolazione del diritto al rispetto della vita familiare.

L'ultimo atto di questa recente emancipazione dal modello eteronormativo si è registrato in relazione ad uno dei temi più caldi del dibattito europeo sui diritti delle persone omosessuali, quello delle *adozioni da parte di coppie omosessuali*.

La Corte, con una decisione apparentemente negativa resa nel caso *Gas et Dubois* (CORTE EUR. DIR. UOMO, 15.3.2012, *infra*, sez. III), ha per la prima volta ricompreso «nella nozione di vita familiare il legame verticale tra la coppia omogenitoriale e la propria prole» (CHIOVINI, 960). Sostanzialmente, ha incluso in un'unica ipotesi le diverse declinazioni della nozione fino a quel momento riconosciuta, coniugando il legame biologico di filiazione (tra madre e figlia) e quello di fatto (tra le due donne), arricchendolo e completandolo con la rilevanza attribuita all'effettività del legame tra la compagna della madre e la minore.

Eppure, la Corte non si è spinta oltre. Al plauso per aver svincolato la nozione di famiglia dalle strette maglie delle legislazioni nazionali, va accompagnato un rilievo di non poco conto: la giurisprudenza *strasbourgeoise* si è mossa *sui binari del principio di non discriminazione, cosicché alla nozione di vita familiare non cor-*

rispondesse l'effettivo riconoscimento di un autonomo diritto a fondare una famiglia.

È interessante notare che, poco prima della summenzionata decisione, la Corte interamericana *dei diritti umani* si è pronunciata su un caso sostanzialmente analogo al caso *Salgueiro* (CORTE INTERAMERICANA DIRITTI UMANI, *Atala Riffo v. Chile*, *infra*, sez. III), mutuandone sì l'*iter* argomentativo, ma tralasciandone le conclusioni, peraltro saldamente edificate sull'operatività dell'art. 14 Conv. eur. dir. uomo.

In particolare, la Corte interamericana ha chiarito come anche nel diritto internazionale dei diritti umani non possa dirsi esistere una sola forma di famiglia, corrispondente a modelli tradizionali. Al contrario, «*in a democratic state based on the rule of law, the legislator must seek the elimination of all different forms of discrimination and intolerance existing in a society, which can only be obtained through the recognition and protection of all types of families that exist and not through their exclusion or denial*» (§ 157).

Qualche mese dopo la pubblicazione di questa decisione, i giudici di Strasburgo si sono nuovamente pronunciati sul tema dell'adozione da parte di persone omosessuali. Con la sentenza in commento, il cui nucleo argomentativo è un distillato dell'evoluzione interpretativa del concetto di vita familiare, la Corte si è spinta oltre le deliberazioni precedenti e sembra essersi maggiormente allineata ai colleghi d'Oltreoceano.

Non solo viene sottolineata l'importanza che i tre ricorrenti siano *giuridicamente riconosciuti* come unico e completo nucleo familiare (v. sentenza in commento, § 127), ma è altresì specificato come questa scelta sia quella che più si adatta alla tutela del superiore interesse del minore (v. sentenza in commento, § 146), aspetto che la precedente pronuncia del caso *Gas et Dubois* aveva completamente trascurato. A parere del collegio giudicante, quindi, nessun tipo di pregiudizio varrebbe più ad ostacolare la piena equiparazione qualitativa dei legami all'interno di una famiglia tradizionale e di quella omogenitoriale.

Eppure, non può farsi a meno di notare come la Corte rimanga ancora legata all'operatività del principio di non discriminazione. La famiglia omogenitoriale, infatti, che pure rientra ormai a pieno titolo nella definizione di vita familiare, da un certo punto di vista gode esclusivamente di una tutela negativa e condizionata, tutta concentrata non nella fase (fisiologica o costruttiva) di fondazione, ma solo in quella (patologica) di (eventuale) scioglimento del nucleo familiare, rispetto alla quale gli Stati sono chiamati a salvaguardare la saldezza dei legami parentali senza alcuna discriminazione.

2. OMOGENITORIALITÀ E PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE PER ORIENTAMENTO SESSUALE. La Corte di Strasburgo individua nell'attuale art. 182, comma 2°, ABGB una differenza di trattamento fondata sull'orientamento sessuale (v. sentenza in commento, § 114).

Essa considera anzitutto che nessuno dei giudici austriaci aditi dalla coppia aveva preso in considerazione gli aspetti specifici del caso relativi all'interesse del figlio. Piuttosto, i giudici si erano limitati a fondare le proprie decisioni di rigetto sulla semplice «impossibilità giuridica» della *second-parent adoption*. D'altro canto, se la coppia fosse stata di sesso opposto, «*le corti nazionali per principio non sarebbero state in grado di rifiutare la richiesta di adozione*» (v. sentenza in commento, § 125).

Il rifiuto di quello che per le corti austriache pare un dogma incontrovertibile dimostra l'attenzione della Corte al vissuto delle persone, così come la reprimenda rivolta ai giudici interni sull'analisi del caso concreto rappresenta un monito per le autorità nazionali nel senso di comprendere i reali effetti delle leggi sulla vita quotidiana di chi le subisce.

Quanto inoltre alla contestata differenza di trattamento, la Corte precisa che le due donne ricorrenti non si trovano nella medesima posizione delle coppie sposate, e ciò perché non sussiste in capo agli Stati contraenti un obbligo, ai sensi dell'art. 12 Conv. eur. dir. uomo, di introdurre nei loro ordinamenti interni il matrimonio tra persone dello stesso sesso, come già affermato nella già ricordata sentenza *Schalk e Kopf* e ribadito nel caso *Gas et Dubois*.

Con la decisione in commento pare quindi consolidarsi un principio che vuole le coppie omosessuali assimilabili esclusivamente a quelle eterosessuali conviventi, e non a quelle coniugate.

Tale principio è già stato utilizzato sia dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, per il quale «*States are not required to allow same-sex couples to marry*» [however] *the obligation to protect individuals from discrimination on the basis of sexual orientation extends to ensuring that unmarried same-sex couples are treated in the same way and entitled to the same benefits as unmarried opposite-sex couples*» (Born Free and Equal. *Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*, New York-Geneva, 2012, 53), sia dalla stessa Corte – in negativo – nel citato caso *Gas et Dubois*, ove viene esclusa la comparazione tra una coppia di donne *pacées* e una coppia coniugata, che invece può accedere alla *second-parent adoption* (critico sul punto CHIOVINI, 960 ss., *infra*, sez. III).

Sembra quindi potersi affermare che gli eventuali vantaggi previsti dal diritto interno per le coppie eterosessuali conviventi debbano necessariamente essere estesi alle coppie omosessuali conviventi, pe-

na la violazione della Convenzione. Viceversa, ove tali vantaggi siano assegnati unicamente alle coppie coniugate e non anche a quelle eterosessuali conviventi, essi non potrebbero essere attribuiti alle coppie dello stesso sesso.

Una siffatta impostazione presenta l'aspetto positivo di aprire alle coppie *same-sex* tutta una serie di benefici, già contemplati dalla legge a favore dei conviventi *tout court* ovvero dei soli conviventi eterosessuali. Tuttavia, essa è destinata a rendere alla radice insindacabili ipotesi di trattamento differenziato tra coppie coniugate e coppie conviventi omosessuali, realizzando così una *discriminazione indiretta*, poiché si attribuiscono diritti a seconda del godimento di uno *status* che dipende a sua volta dall'esercizio di una scelta libera – di sposarsi o meno – preclusa a gay e lesbiche (CHIOVINI, 961). Non a caso, questa è la parte meno argomentata della sentenza in commento.

Dall'esistenza di un trattamento differenziato discende l'esigenza di valutare le prove addotte dal governo a supporto della misura discriminatoria.

A tal proposito, per essere compatibile con la Convenzione ogni trattamento differenziato fondato su ragioni attinenti all'orientamento sessuale – al pari di quelle relative al genere – deve rispondere a giustificazioni stringenti idonee a rendere detto trattamento, rispetto alla finalità proposta, non solo proporzionato ma altresì *necessario* (*infra*, sez. III).

La ragione di tale logica di *strict scrutiny* è da ricercarsi nel fatto che, «quando la differenziazione opera nella sfera intima e vulnerabile della vita privata di un individuo, devono essere portate dinanzi alla Corte ragioni di particolare peso per giustificare la misura oggetto del ricorso» (CORTE EUR. DIR. UOMO, 2.3.2010, *Kozak*, § 92, *infra*, sez. III).

Nel nostro caso, il governo austriaco aveva sostenuto che il divieto di *second-parent adoption* per le coppie dello stesso sesso era finalizzato a preservare la famiglia del minore, costituita dal padre e dalla madre. L'adozione, infatti, avrebbe da un lato tagliato i legami col padre e, dall'altro, dato al bambino due genitori dello stesso sesso: entrambi i risultati sarebbero contrari all'interesse preminente del minore.

La Corte rifiuta di aderire a queste argomentazioni. E ciò dal momento che la legge austriaca presenta una contraddizione latente, nella misura in cui consente ai *single* – eterosessuali ed omosessuali – di adottare, permettendo così a un minore di crescere di fatto in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, e poi afferma invece che, in relazione alla *second-parent adoption*, crescere in tale famiglia sarebbe pregiudizievole per il minore.

3. IL MARGINE DI APPREZZAMENTO: QUESTO SCONOSCIUTO. L'ultimo punto affrontato dalla Cor-

te riguarda l'istituto del c.d. *margin*e di apprezzamento.

Si tratta del margine c.d. «strutturale», che si differenzia da quello «sostanziale» ex art. 15 Conv. eur. dir. uomo e riguarda, nello specifico, il rapporto tra la Corte di Strasburgo e le autorità (legislative e giudiziarie) nazionali. Esso determina la misura entro la quale la prima mostra «deference» nei confronti dei secondi, che risulterebbero «better placed» per offrire tutela (LETSAS, *Two Concepts*, 706, *infra*, sez. IV). In particolare, attraverso il margine di apprezzamento la Corte decide di farsi da parte lasciando che siano le autorità nazionali a decidere o meno se riconoscere un determinato diritto, e ciò «by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries» (CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.12.2010, ric. 25579/05, *A, B and C v. Ireland*, § 232).

È attraverso lo strumento del margine di apprezzamento, di pura invenzione giurisprudenziale, che la Corte si ritrova obbligata – a torto o a ragione – ad imporsi dei limiti che incidono sulla sua «competenza istituzionale» (LETSAS, *A Theory*, 80-98, 90) e finiscono per attribuire alla Corte stessa un ruolo «sussidiario» rispetto a quello svolto, nella materia considerata, da legislatori e giudici nazionali (cfr. CHRISTOFFERSEN, 236-238, *infra*, sez. IV).

La misura del margine di apprezzamento è tracciata dalla Corte sulla base di una molteplicità di fattori, tra cui l'oggetto del ricorso, la gravità della violazione e l'esistenza di un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il «consenso europeo» in particolare, definito come «criterio fragile ma necessario» (SILEONI-DANISI, 867, *infra*, sez. III), appare idoneo a designare l'esito della causa, prestandosi in tal modo a «risvolti sistemici nell'ambito del regime normativo della Convenzione» (MAGI, 414, *infra*, sez. IV).

La Corte sembra muoversi costantemente tra questi tre elementi, attribuendo maggiore rilevanza all'uno o all'altro, con la conseguenza, però, di creare un sistema dall'«equilibrio instabile» che lascia l'interprete nell'incertezza quanto all'esistenza e al contenuto di un diritto fondamentale (cfr. TEGA, 120-128, *infra*, sez. IV).

Il presente caso rivela la tensione esistente tra tali fattori. Infatti, mentre in materia di discriminazione fondata sul sesso e sull'orientamento sessuale il margine di apprezzamento è molto ristretto, l'adozione, non essendo oggetto di uno specifico diritto, corrisponde a un margine di apprezzamento piuttosto ampio (così CORTE EUR. DIR. UOMO, 26.2.2002, *Fretté c. Francia*, § 40). L'Austria aveva ovviamente puntato su quest'ultima argomentazione (v. sentenza in commento, § 148).

Qui la Corte aggiunge un tassello al complicato puzzle del margine di apprezzamento. Se si vuole da-

re importanza al consenso esistente tra gli Stati contraenti – ci dice la Corte – occorre guardare non al loro numero complessivo, bensì «solo a quei 10 Stati [...] che consentono l'accesso alla second-parent adoption alle coppie non coniugate [...]». All'interno di questo gruppo, 6 Stati trattano le coppie eterosessuali e quelle dello stesso sesso nella stessa maniera, mentre 4 adottano la stessa posizione dell'Austria» (v. sentenza in commento, § 149).

La Corte introduce un limite che sostituisce al requisito di un consenso «generale» un consenso più conforme alla fattispecie considerata. Sebbene la Corte rilevi che si tratta di un margine troppo stretto per poter concludere nel senso dell'esistenza di un consenso a favore dell'estensione dell'istituto alle coppie gay e lesbiche, e concludendo in ogni caso nel senso della violazione, la precisazione appare nondimeno interessante, aggiungendosi ai criteri già utilizzati in passato come fattore idoneo, in futuro, a caratterizzare posizioni di maggiore apertura.

III. I precedenti

Le relazioni omosessuali hanno guadagnato riconoscimento giuridico inizialmente attraverso la depenalizzazione degli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso (CORTE EUR. DIR. UOMO, 22.10.1981, ric. 7527/76, *Dudgeon c. Regno Unito*). L'aspetto più interessante della giurisprudenza sulla decriminalizzazione delle norme antisodomia è l'emersione del principio secondo cui la dimensione sessuale costituisce un aspetto importante della nozione di «vita privata».

A ben vedere, la circostanza che l'orientamento sessuale integri una caratteristica protetta ai sensi dell'art. 8 ha permesso di rivendicare pari garanzie rispetto alle corrispondenti coppie eterosessuali.

A partire dalla successione nel contratto di locazione sino alla pensione di reversibilità, le coppie *same-sex* hanno progressivamente ottenuto il riconoscimento di tutti quei diritti e benefici assistenziali riservati alle coppie di fatto eterosessuali. Cfr. in sequenza: 24.7.2003, *Karner c. Austria*, ric. 40016/98; 2.3.2010, *Kozak c. Polonia*, ric. 13102/02, in *Fam. dir.*, 2010, 873, con nota di DANISI; 22.7.2010, *P.B. e J.S. c. Austria*, ric. 18984/02, *ivi*, 2011, 99, con nota di DANISI.

La Corte ha, da ultimo, attribuito lo *status* familiare alle coppie di conviventi dello stesso sesso nella pronuncia del 24.6.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, in questa *Rivista*, 2010, I, 1137, con nota di WINKLER; altresì commentata da SILEONI-DANISI, in *Quad. cost.*, 2010, 867 e da RAGNI, in *Dir. umani dir. internazionale*, 2011, 639.

La Corte europea dei diritti umani è stata investita di controversie riguardanti famiglie omogenitoria-

li sin dalla sentenza del 21.12.1999, ric. 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, concernente una famiglia ricomposta dal padre con persona dello stesso sesso. Qui la Corte ha ritenuto sussistente una violazione della Conv. eur. dir. uomo nel rifiuto delle corti portoghesi di garantire l'affidamento della figlia al padre, a motivo della convinzione che «[l]a bambina deve vivere in seno a una famiglia [...] tradizionale portoghese» (§ 15).

In tema di adozione da parte di *single* cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 26.2.2002, *Fretté c. France*, ric. 36515/97, e CORTE EUR. DIR. UOMO, 22.1.2008, *E.B. c. France*, ric. 43546/02, in questa **Rivista**, 2008, I, 667, con nota di LONG e in *Fam. dir.*, 2008, 221, con nota di FALLETTI.

In materia di *second-parent adoption*, però da parte di una coppia *pacée* in un ordinamento – quello francese – che non riconosce tale istituto in capo alle coppie conviventi v. CORTE EUR. DIR. UOMO, 15.3.2012, *Gas et Dubois c. France*, ric. 25951/07, in questa **Rivista**, 2012, I, 952, con nota di CHIOVINI e in *Fam. dir.*, 2012, 948.

Sulla logica di *strict scrutiny* sottesa al principio di non discriminazione per orientamento sessuale v., in successione, CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.9.1999, ric. 33985 e 33896/96, *Smith and Grady v. United Kingdom*, in *Reports*, 1999-VI, §§ 89-90; 24.3.2003, ric. 40016/98, *Karner v. Austria*, § 41; 2.3.2010, ric. 13102/02, *Kozak c. Polonia*, § 92; 22.7.2010, ric. 18984/06, *P.B. and J.S. v. Austria*, § 42; 28.9.2010, ric. 37060/06, *J.M. v. United Kingdom*, §§ 54-55.

Cfr. inoltre la pronuncia della Corte interamericana dei diritti umani del 24.2.2012, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, commentata da POLIKOFF in *Gay/Lesbian Law Notes*, 2012, 93.

Sul piano interno, la Corte di Cassazione ha di recente affermato che «la convinzione che vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino rappresenta nulla di più che un mero pregiudizio». V.

CASS., 11.1.2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, con nota di WINKLER.

IV. La dottrina

In tema di coppie di fatto *same-sex* v. EDEL, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2010, nonché MERIN, *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*, Chicago Univ. Press, 2002. Sulle tematiche legate al diritto internazionale di famiglia v. LONG, *Il diritto italiano di famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, 2006.

In materia di omogenitorialità in generale v. BILLOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, a cura di SCHUSTER, Mimesis, 2011, 163, oltre ai vari contributi presenti nel volume; OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 802.

Sul margine di apprezzamento nella Conv. eur. dir. uomo v. TEGA, *I diritti in crisi tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, 2012; MAGI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2011, 396; CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Nijhoff, 2009; LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2007; ID., *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in 26 *Oxford Journ. Legal Stud.*, 2006, 705; BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in 11 *Col. Journ. Eur. L.*, 2004-2005, 113.

CATERINA FATTA
MATTEO M. WINKLER