

Adozione da parte dei *single* omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?

di Elisabetta Lamarque *

Con la decisione nel caso E.B. contro la Francia dello scorso gennaio la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata ad occuparsi dell'adozione di un minore da parte di una persona omosessuale in un paese dove la legge consente l'adozione ad una persona sola. La decisione supera l'unico precedente in materia della stessa Corte europea, il caso Frettè del 2002, reso sempre nei confronti della Francia, e giunge ad affermare con forza un principio del tutto condivisibile: che quando viene in gioco l'orientamento sessuale sono necessarie ragioni particolarmente forti e convincenti per giustificare una differenza di trattamento relativa a diritti ricadenti nell'ambito del rispetto della vita privata tutelato dall'art. 8 della Convenzione.

Sotto questo profilo, dunque, la Corte di Strasburgo giunge in via giurisprudenziale ad equiparare la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale alle altre forme di discriminazione nel godimento dei diritti esplicitamente elencate – e proibite – dall'art. 14 della Convenzione, dando così ragione a coloro che non ritenevano necessario dal punto di vista strettamente giuridico introdurre nel divieto generale di discriminazione del Protocollo n. 12 questa ulteriore voce, insieme eventualmente a quelle relative alla disabilità o all'età, tutti invece presenti nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La presa di posizione della Corte europea secondo cui anche per la differenza di trattamento fondata sull'orientamento sessuale il criterio di giudizio deve essere stretto e rigoroso è in astratto del tutto condivisibile. Ma non solo. Anche applicandola al problema dell'adozione, pare proprio che la soluzione a cui è pervenuta oggi la Corte sia davvero l'unica possibile: se la legislazione di uno Stato non richiede la presenza della coppia genitoriale, ma consente anche ad una persona sola di fare domanda di adozione, *allora* è certamente vietato alle autorità di quello Stato, in quanto discriminatorio, rifiutare la domanda di adozione sulla *sola* base dell'orientamento omosessuale del o della richiedente, qualora sussistano tutti gli altri presupposti previsti dalla legge. Così come sarebbe vietato alle stesse autorità, per esempio, discriminare sulla base del sesso, e rifiutare la domanda di adozione di un uomo per il solo fatto che gli uomini, in ipotesi, sono ritenuti generalmente meno adatti delle donne alla cura di un minore, oppure ancora rifiutare la domanda sulla sola base della razza e così via.

In questo senso, il superamento del caso Frettè pare davvero felice. Là, infatti, la Corte europea aveva ritenuto che le autorità nazionali mantenessero un ampio margine di apprezzamento per due motivi: sia perché fra gli Stati membri del Consiglio d'Europa non si ritrovavano ancora soluzioni condivise in ordine alla concessione agli omosessuali della facoltà di adottare un minore; sia perché, tenendo conto della necessità di assicurare il principio del superiore interesse del minore, la stessa comunità scientifica non sembrava concorde sulle possibili conseguenze per un bambino dell'adozione da parte di un omosessuale. Ma il ragionamento di allora davvero non reggeva. Quanto al primo argomento, una volta stabilito che la domanda di adozione del *single* omosessuale era stata respinta dalle autorità francesi a causa delle sue dichiarate inclinazioni sessuali, la Corte europea avrebbe dovuto senz'altro rilevare la discriminazione senza dare alcun peso alla divergenza delle legislazioni nazionali: così come la stessa Corte ha poi fatto oggi nel caso che stiamo commentando, e così come essa aveva ritenuto di dover fare ad esempio nel noto caso Marcks del 1976 nel quale, pur in presenza di legislazioni nazionali profondamente divergenti sul tema della condizione giuridica della prole nata fuori del matrimonio, aveva affermato che non fosse ammissibile alla luce del principio di non

discriminazione sulla base della nascita alcuna distinzione fra figli legittimi e figli naturali. Quanto al secondo argomento, e cioè la necessità di bilanciare i diversi interessi in gioco con il preminente interesse del minore adottando, basta ricordare che la prevalenza dell'interesse del minore deve essere assicurata in concreto, e cioè derivare da un bilanciamento condotto in relazione alle specifiche circostanze del caso: e quindi una valutazione astratta come quella compiuta allora dalle autorità francesi, nel senso della inidoneità di ogni omosessuale, in quanto tale, ad allevare un minore, avrebbe dovuto essere ritenuta contrastante con il principio del preminente interesse dell'adottando, e non già ad essa conforme.

Che cos'è allora che stona nella decisione attuale della Grande Camera, non a caso adottata con una maggioranza risicata (10 voti favorevoli contro 7 contrari) e accompagnata dalle opinioni dissenzienti di tutti e sette i giudici contrari, e dall'opinione concorrente di altri due giudici?

Vorrei qui evidenziare tre punti critici, due dei quali interni alla decisione della Corte europea e uno per così dire esterno.

Innanzitutto va osservato come secondo la Corte europea la scelta in favore di uno scrutinio stretto in materia di discriminazione comporti una sorta di inversione dell'onere della prova: mentre di solito è il ricorrente a dovere provare l'inesistenza di una giustificazione per la differenza di trattamento lamentata, nel caso dei fattori di discriminazione nominati dall'art. 14 della Convenzione e, ora, nel caso della differenza di trattamento basata sull'orientamento sessuale, è sullo Stato che grava il pesante onere di provare che non c'è stata discriminazione, indicando ragioni forti e convincenti capaci di giustificare la differenza di trattamento (sul punto, E. CRIVELLI, *La Costituzione e l'orientamento sessuale*, Cedam, 2008).

Si tratta di un meccanismo processuale di tutela della parte debole che introduce nei giudizi di fronte alla Corte di Strasburgo una *presunzione di discriminazione* analoga a quella prevista a livello comunitario dalla direttiva antidiscriminazioni in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (applicabile, fra le altre, anche alle discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali), la quale impone agli Stati di assicurare che, "allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento" (art. 10 della direttiva 2000/78/CE). Tuttavia, già la stessa applicazione di un simile meccanismo di fronte ai giudici nazionali genera qualche perplessità, perché consente ad ogni lavoratore di instaurare un giudizio, e con molta probabilità di vincere la causa, semplicemente dichiarando di essere omosessuale e esponendo l'esistenza di una situazione a lui non gradita.

In secondo luogo, bisogna dire che con tutta probabilità nelle circostanze concrete non vi era stata nessuna discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, ma il caso rappresentava semplicemente l'occasione attesa dalla Corte di Strasburgo per superare il proprio criticabile precedente.

La domanda di adozione di E.B., lesbica convivente da molti anni con la propria compagna, era stata respinta dalle autorità amministrative francesi, e il rifiuto era stato confermato nei tre gradi di giudizio, nonostante il riconoscimento nella richiedente di indubbe qualità personali e dell'attitudine a crescere un minore, sulla base di due motivi principali: la mancanza di una figura maschile di riferimento e il disinteresse nei confronti del progetto adottivo mostrato dalla compagna convivente.

La Corte europea ritiene che il primo motivo (la mancanza di una figura maschile di riferimento) sia stato utilizzato come un pretesto per rifiutare la domanda della ricorrente. Il rifiuto sarebbe stato in realtà determinato dal suo orientamento sessuale e del resto,

afferma la Corte, il Governo non è stato in grado di provare il contrario, producendo dati statistici che testimoniassero una prassi amministrativa relativa ai provvedimenti di adozione virtuosa sotto il profilo della non discriminazione per orientamento sessuale. Prova diabolica! Come poteva il Governo francese invitare le autorità amministrative a raccogliere i dati sensibili necessari per stilare una simile statistica senza essere accusato di tenere, per questo solo fatto, un comportamento discriminatorio? Ma senza dati statistici, come si è detto, l'onere della prova non poteva dirsi assolto, e la presunzione di discriminazione è rimasta insuperata.

Quanto al secondo motivo (il disinteresse nei confronti del progetto adottivo mostrato dalla compagna convivente), la Corte europea ammette che le autorità amministrative hanno sempre il dovere, nel superiore interesse del minore, di verificare l'atteggiamento delle persone che convivono con il richiedente e la loro predisposizione ad accogliere in casa un minore, e che la valutazione negativa della ricorrente sotto questo profilo non era dettata da alcun intento discriminatorio. Tuttavia, aggiunge la Corte, entrambi i motivi di inidoneità all'adozione adottati dalle autorità francesi fanno parte di una valutazione complessiva della situazione della ricorrente, con il risultato che l'illegittimità del primo motivo ha l'effetto di 'contaminare' l'intera decisione delle autorità francesi. Grazie a quella che le opinioni dissenzienti denominano efficacemente *contamination theory*, dunque, la Corte europea ritiene che il rifiuto delle autorità francesi di dare corso alla domanda di adozione sia stato interamente viziato dall'intento discriminatorio, come dimostrerebbe anche la circostanza che l'orientamento sessuale della richiedente ha rappresentato un elemento onnipresente in ogni fase amministrativa e giudiziale del procedimento di adozione.

Insomma: la presunta discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale lamentata dalla ricorrente resta accertata a causa di una vera e propria impossibilità per il Governo francese di fornire la prova contraria, e il secondo serissimo motivo indicato dalle autorità francesi per respingere la richiesta di adozione – come è possibile permettere che un bambino che ha già molto sofferto arrivi in una casa dove una delle due persone che vi abitano non è disposta ad accoglierlo? – resta ingiustificatamente travolto anch'esso dal sospetto di discriminazione.

Sembra un po' troppo, in realtà. Se si ragionasse sempre così, gli omosessuali francesi godrebbero tutti di una presunzione di idoneità ad adottare pressoché insuperabile, e si porrebbero così in una posizione di innegabile e irragionevole vantaggio nei confronti dei richiedenti eterosessuali. Senza contare che qualsiasi presunzione di idoneità all'adozione configge con la necessità di valutare in concreto la situazione del richiedente e male si concilia con il principio secondo cui l'adozione è volta a soddisfare non le aspettative di coloro che intendono adottare ma il diritto del minore ad essere allevato nel migliore dei modi.

Il terzo motivo di perplessità suggerito dalla lettura del caso E.B. è di ordine più generale, e investe alla radice la previsione legislativa francese che consente non solo alle coppie, ma anche alle persone singole di adottare un minore. In fondo, il cortocircuito del caso E.B. nasce proprio da qui: dal fatto che gli psicologi e gli assistenti sociali francesi fanno fatica da arrendersi al dato legislativo, e continuano a ritenere che un solo genitore non sia sufficiente ad assicurare l'equilibrato sviluppo di un bambino, e che il minore in stato di adottabilità, già in ipotesi più fragile degli altri minori, abbia bisogno di una coppia di genitori, o di qualcosa il più simile possibile ad una coppia di genitori. Ed è probabilmente per questo, e non perché mossi da intento discriminatorio, che cercano figure maschili di riferimento nell'ambiente in cui vive la ricorrente, o che ritengono motivo di inidoneità all'adozione il fatto che la *partner* convivente non mostri alcuna intenzione di accogliere in casa un bambino.

Per fortuna, invece, come è noto, la cultura giuridica e la società italiane sono molto distanti da quelle dei paesi europei che ammettono l'adozione da parte di una persona sola. Dal punto di vista dello stesso dato costituzionale, del resto, l'art. 30 della Costituzione non sembra ammettere l'ipotesi di affidare la responsabilità di mantenere, istruire ed educare un figlio ad un solo genitore, invece che a due, se non in casi eccezionali e residuali, quando cioè non è possibile fare niente di meglio.

Tuttavia, dal Consiglio d'Europa arriva proprio in questi mesi, in coincidenza quasi perfetta con la decisione sul caso E.B., una inquietante pressione verso l'omologazione dei sistemi giuridici europei alla soluzione francese, che rischia di compromettere di fatto la perdurante esistenza di qualsivoglia margine di apprezzamento degli Stati in questa delicata materia, spingendo addirittura verso il riconoscimento di un vero e proprio diritto individuale fondamentale ad avere un figlio tramite adozione. La bozza della nuova Convenzione in materia di adozione che sarà approvata nel maggio di quest'anno in sostituzione di quella del 1967, di cui la stessa Corte europea dà notizia al punto II.B. della decisione in commento, infatti, obbliga gli Stati che ancora non l'hanno fatto a estendere la possibilità di adottare anche alle persone singole, oltre che alle coppie eterosessuali, mentre continua a lasciare alla discrezionalità dei singoli Stati soltanto la scelta se offrire questa possibilità anche alle coppie omosessuali.

Pare a chi scrive che i vincoli costituzionali impongano all'Italia di non ratificare questa nuova convenzione e che, nel caso in cui il Parlamento decida di farlo, si apra la via alla possibile declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Verona