

## **Il Conseil inizia a delineare i caratteri del controllo di costituzionalità successivo: l'interpretazione secondo diritto vivente e la discrezionalità del legislatore nelle questioni etiche**

di Anna Maria Lecis Cocco-Ortu \*  
(19 aprile 2011)

**SOMMARIO:** 1. Sintesi del caso e motivazione della decisione. 2. Il diritto vivente e il contrasto tra *Cour de Cassation* e *Conseil constitutionnel*. 3. La discrezionalità del Legislatore in materia di *homoparentalité* e di diritti delle coppie di persone dello stesso sesso.

1. È trascorso oramai un anno dall'introduzione in Francia del controllo successivo di costituzionalità delle leggi, con l'entrata in vigore della legge organica n. 2009-1523 che, in attuazione del nuovo art. 61-1 della Costituzione, disciplina la *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (di seguito QPC).

Un anno alquanto produttivo, nel corso del quale il *Conseil Constitutionnel* ha emanato oltre 80 decisioni in sede di giudizio incidentale (83 decisioni, al 1° marzo 2011), dalle quali iniziano ad emergere i caratteri essenziali del controllo *a posteriori*, nonché quello che potrà essere l'approccio dei *Sages* alle grandi questioni etiche che, se non mancavano di essere sollevate anche nel controllo preventivo di impulso "politico" finora previsto, si propongono con maggiore frequenza in un sistema di controllo successivo, attivabile da *tout justiciable* che si ritenga leso nei propri diritti e libertà fondamentali.

La decisione in commento è esemplificativa in questo senso, e merita perciò di essere annoverata tra le grandi decisioni del *Conseil Constitutionnel*, in quanto non solo affronta una di quelle delicate questioni etico-sociali sempre più ricorrenti nelle giurisprudenze costituzionali di tutto il mondo, quale l'adozione da parte di coppie di persone dello stesso sesso, ma sancisce anche un importante principio di diritto – l'interpretazione secondo diritto vivente e la competenza del *Conseil* a sindacare non il testo della norma oggetto ma la sua interpretazione consolidata.

Con la decisione n. 2010-39 del 6 ottobre 2010, resa a seguito di QPC trasmessa dalla Cassazione, il *Conseil Constitutionnel* ha confermato la legittimità della disposizione ex art. 365 Cod. Civ. che prevede, in caso di "adozione semplice" da parte di persona sola, che l'adottante sia il solo titolare della potestà genitoriale, a meno che egli non sia il coniuge del genitore naturale, nel qual caso tale potestà risiederà sia in capo all'adottante che al suo coniuge, e potrà essere esercitata congiuntamente, previa richiesta al tribunale competente. La disposizione in questione, riservando l'esercizio congiunto della potestà alle sole coppie sposate, di fatto esclude tale possibilità per le coppie di persone dello stesso sesso, che non possono accedere all'istituto del matrimonio.

La portata della disposizione va compresa alla luce dell'uso che ne è stato fatto per tentare di pervenire all'adozione da parte di coppie omosessuali, attraverso l'adozione, ad opera di un componente della coppia, del figlio del proprio *partner*, con conseguente richiesta di esercizio congiunto della potestà. Tra il 2000 e il 2005 i giudici ordinari avevano dato interpretazioni difformi alla disposizione, taluni accogliendo le domande di adozione da parte del *partner* del genitore dell'adottando, altri respingendole, sulla base del fatto che tale adozione – secondo la lettera dell'art. 365 – avrebbe comportato in capo al genitore biologico un'ingiustificata perdita della potestà sull'adottando, lesiva dell'interesse del minore.

A questa situazione di incertezza giuridica sembrava aver posto fine la Cassazione, con due pronunce del 2007 (*Cass. Arrêt* n. 221 e n. 224 del 20 febbraio 2007), nelle quali

aveva sancito l'illegittimità dell'adozione di un minore da parte del *partner* convivente del genitore biologico, in quanto «comportando il trasferimento dei diritti propri della potestà all'adottante, essa non è conforme all'interesse del minore, qualora la madre biologica intenda continuare a crescere il proprio figlio» (Cass. Arrêt n. 221). Tuttavia la questione ha raggiunto nuovamente la più alta giurisdizione civile, stavolta potendo pervenire al vaglio del *Conseil constitutionnel*, a seguito dell'introduzione della QPC.

La situazione di fatto alla base della controversia giunta dinanzi al *Conseil* era del tutto analoga a quelle appena menzionate: una coppia di donne, legate da un rapporto di convivenza *more uxorio*, richiedeva l'"adozione semplice" del figlio della prima da parte della seconda.

Davanti al (prevedibile) rigetto della loro domanda in primo e in secondo grado, le due donne ricorrevano in Cassazione, dove sollevavano una QPC concernente, da un lato, la violazione del diritto ad una normale vita familiare e al principio di non discriminazione con riferimento al minore adottando e, dall'altro, le medesime violazioni con riguardo però alle coppie omosessuali in rapporto a quelle eterosessuali, per il diverso trattamento accordato loro dalla disposizione, così come interpretata.

Le ricorrenti contestano la violazione dei diritti delle coppie di persone dello stesso sesso, da parte della disposizione in oggetto, nella parte in cui essa «ha l'effetto di impedire ad una persona non sposata di adottare il figlio del proprio *partner*», nonché «l'effetto di imporre [...] di sposarsi affinché l'adozione da parte di una del figlio dell'altra non comporti la perdita da parte di quest'ultima della potestà, condizione necessaria all'adozione che non può essere soddisfatta dalle persone dello stesso sesso, alle quali è vietato il matrimonio.» (*Décision de renvoi*, Cass. Arrêt n. 12143). Non è dunque il dettato della disposizione *ex art.* 365 a comportare la lamentata violazione, ma il suo "effetto", ovvero la sua applicazione nella giurisprudenza.

Per quanto la disposizione criticata sotto i diversi profili sia la medesima, non sono identiche le norme assunte come oggetto. In riferimento alle censure d'incostituzionalità per violazione dei diritti del minore, infatti, la norma oggetto è quella risultante dalla lettera della disposizione contestata, mentre, con riguardo alle questioni concernenti la violazione dei diritti delle coppie omosessuali, è l'interpretazione consolidata della disposizione ad essere assunta come oggetto del giudizio. Infatti, mentre la disparità di trattamento tra bambini adottati in seno a coppie sposate e non sposate risulterebbe da un'applicazione della *lettera* dell'*art.* 365, che consentisse l'adozione da parte di un soggetto del figlio del proprio *partner* non sposato, con conseguente perdita della potestà in capo a quest'ultimo (interpretazione ritenuta illegittima dalla Cassazione, proprio al fine di evitare tale risultato), la discriminazione tra coppie, sposate e non, deriverebbe invece dall'*interpretazione* data dalla Cassazione alla disposizione censurata.

La *Cassation*, nell'esercizio della propria funzione di filtro, considera "*serieuse*" soltanto la questione relativa alla discriminazione tra bambini adottandi, rinviando la questione al *Conseil* sulla base del fatto che la disposizione in questione opererebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra il minore adottato dal *partner* non sposato del proprio genitore biologico e quello adottato dal coniuge del proprio genitore: al primo sarebbe consentito di crescere sotto la potestà genitoriale di due genitori (uno biologico, l'altro adottivo) legati da un rapporto familiare, mentre al secondo non sarebbe data la stessa possibilità, essendo egli assoggettato alla sola *autorité* del genitore adottivo.

Il *Conseil Constitutionnel* sceglie, però, di non valutare la disposizione sotto il profilo della violazione del principio d'uguaglianza nella circostanza prospettata dal giudice *a quo*, in quanto afferma che l'applicazione della disposizione in diritto vivente non comporta quella condizione di disparità di trattamento tra minori, dal momento che impedisce l'adozione di un minore da parte del *partner* del genitore biologico (*Considérant* n. 3).

I giudici costituzionali fondano perciò il proprio ragionamento sulla giurisprudenza consolidata della *Cour de Cassation* nei casi sopramenzionati, secondo la quale tale

disposizione va interpretata nel senso di impedire l'*adoption simple* da parte del *partner* del genitore naturale nei casi in cui il legame di filiazione tra il figlio e il genitore stesso convivente ne verrebbe pregiudicato.

Ora, dal momento che, osserva il *Conseil*, nel controllo di costituzionalità successivo l'oggetto del sindacato è «*la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition*» (*Considérant* n. 2), la norma non va considerata astrattamente, ma nella sua applicazione effettiva.

Se, dunque, nell'applicazione data alla disposizione dalla massima giurisdizione civile, l'obiettivo della norma è quello di «impedire che, per la via dell'adozione semplice, un minore possa veder stabilire un secondo legame di filiazione nei confronti del concubino o del *partner* del proprio padre o della propria madre», è relativamente a questo profilo che deve essere valutata la costituzionalità della norma, considerando quindi la disparità di trattamento tra coppie sposate e non sposate, nell'accesso all'adozione.

Inoltre, il giudice costituzionale assume come parametro anche il diritto di condurre una vita familiare, indicato dalle ricorrenti e scartato invece dalla Cassazione.

In questo modo il *Conseil*, nel silenzio della normativa in materia di QPC che nulla dice a proposito di un eventuale vincolo al *thema decidendum* indicato nell'ordinanza di rimessione, decide di giudicare la questione non secondo i profili prospettati dal giudice *a quo*, bensì secondo alcuni dei profili sollevati dalle parti. L'attività di filtro della *Cassation* ne esce perciò in qualche modo ridimensionata, rivelando una lacuna della disciplina sulla quale saranno necessari chiarimenti, se non in via normativa, almeno in via giurisprudenziale.

2. La mancanza della corrispondenza tra chiesto e pronunciato non è l'unico spunto degno di riflessione che emerge dalla motivazione dei giudici. Il *Conseil*, infatti, fa qui riferimento per la prima volta all'esigenza di considerare le disposizioni sottopostegli secondo «la portata effettiva che un'interpretazione giurisprudenziale costante conferisce loro», mettendo in luce una delle principali differenze tra sindacato preventivo e successivo, e dichiarandosi così competente a sindacare sulla conformità a Costituzione dell'*interpretazione* di una disposizione.

In questo modo il *Conseil* assume una posizione contraria a quella della Cassazione che, in diverse pronunce, aveva ritenuto non rinviabile al *Conseil* una QPC avente ad oggetto non la lettera della disposizione, ma la sua interpretazione (tra le altre, *Cass. Arrêt* n. 12019 e 12009 del 19 maggio 2010, *Cass. Arrêt* n. 12074 dell'11 giugno 2010).

Il giudice costituzionale non aveva avuto modo di pronunciarsi sul punto perché, proprio per la selezione operata dalla Cassazione, nessuna questione avente ad oggetto l'interpretazione di una norma era giunta fino ai giudici delle leggi. Almeno fino ad ora. Davanti alla *décision de renvoi* con cui i giudici di Cassazione davano atto delle censure delle parti e della propria valutazione sulle questioni rinviabili (con l'allegazione delle memorie e delle conclusioni delle parti, come previsto dall'art. 23-7 della legge organica sul *Conseil constitutionnel*), il *Conseil* ha potuto dire la sua e ha assunto come oggetto del controllo di costituzionalità la norma così come interpretata dalla «*jurisprudence constante*», sulla base del diritto di «*tout justiciable*» di contestare la «*portée effective*» che l'interpretazione giurisprudenziale costante conferisce ad una disposizione. Risiede in questo la necessaria differenza tra giudizio preventivo e successivo: nel primo caso oggetto del controllo è una disposizione che non è mai stata applicata, mentre nel secondo caso si ha a che fare con una norma che sta già spiegando i suoi effetti, attraverso l'opera interpretativa dei giudici che la applicano.

Riecheggiano in questa motivazione, e ne abbiamo conferma nel commento alla decisione che si può leggere nei *Cahiers du Conseil* (*Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 30, 2010, pp. 5-6) le parole usate dalla Corte costituzionale italiana nel primo anno della sua attività, quando affermava di non poter «non tenere il debito conto di una costante

interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci.» (Corte cost. n. 3/1956).

Il *Conseil constitutionnel*, invero, non è nuovo alla dottrina del diritto vivente. La presa in considerazione dell'interpretazione costante da parte del giudice comune aveva già fatto la sua comparsa nella giurisprudenza costituzionale francese, ma in un contesto differente, quello del controllo preventivo, che non consentiva di esercitare un controllo di conformità su disposizioni già interpretate (cfr., C. Severino, *Il ruolo della giurisprudenza comune nel giudizio di costituzionalità in Francia. Un diritto vivente dinnanzi al Conseil constitutionnel?*, in M. Cavino (cur.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 53 ss. e Ead., *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM; più di recente, ha messo in evidenza le differenze tra l'utilizzo del diritto vivente nel controllo di costituzionalità preventivo e successivo F. Lafaille, *Hic sunt leones. La question prioritaire de constitutionnalité en France* in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)).

Parte della dottrina aveva osservato il venire in rilievo, nel controllo *a priori*, di una certa nozione di diritto vivente (per le diverse concezioni di diritto vivente riscontrate nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, cfr. C. Severino, *Il ruolo della giurisprudenza*, cit., pp. 63 ss. e Ead., *La doctrine du droit vivant*, cit., pp. 178 ss.), ad esempio, allorché il *Conseil* era chiamato a valutare la conformità di leggi nelle quali veniva positivizzato o esplicitamente escluso un orientamento giurisprudenziale consolidatosi (J. S. Escarras, *Sur deux études italiennes: de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnel*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, II, 1986, pp. 18 ss.), oppure quando la legge promulganda veniva interpretata dal *Conseil* alla luce dell'applicazione giurisprudenziale dell'insieme delle disposizioni proprie del contesto nel quale la stessa era destinata ad inserirsi (è questa la valutazione del cosiddetto *droit vivant contextuel*, cfr. T. Di Manno, *Réserves d'interprétation et "droit vivant" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in B. Mathieu, M. Verpeaux (cur.) *La constitutionalisation des branches du droit*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1998), o ancora, nei casi eccezionali in cui il *Conseil constitutionnel* ha esercitato una qualche forma di controllo successivo "indiretto", ad esempio in sede di controllo di conformità della legge di ratifica di un'ordinanza ex art. 38 Cost., nella quale il giudice delle leggi era inevitabilmente portato a valutare la costituzionalità dell'ordinanza oggetto di ratifica, su cui si era già formato un diritto vivente (C. Severino, *Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 77 ss.). In tutte queste ipotesi, comunque, la nozione di diritto vivente adottata si discosta in qualche misura da quella italiana, in quanto l'interpretazione consolidata non è utilizzata direttamente ai fini dell'individuazione della norma oggetto.

Assai diversa è la funzione che potrà assumere la dottrina del diritto vivente nel controllo di costituzionalità successivo (cfr. G. Zagrebelsky, *La doctrine du droit vivant et la QPC*, in *Constitutions*, n.1, 2010, p. 5), portando con sé un corollario non gradito alle massime giurisdizioni ordinaria e amministrativa: la possibilità che sia dichiarata contraria a Costituzione l'interpretazione da esse data ad una disposizione legislativa (anche se è stato opportunamente posto in evidenza che il *Conseil* è stato cauto, applicando in questa occasione solo la tesi, senza il suo corollario, cfr. D. Rousseau, *L'art italien au Conseil constitutionnel: les décisions de 6 et 14 octobre 2010*, in *Gazette du Palais*, n. 293-294, 2010, p. 14).

Quali saranno le conseguenze di questa pronuncia sul piano dei rapporti tra giudice delle leggi e giudice di legittimità? Innanzitutto, c'è da dire che la pronuncia non sembra rivoluzionaria, ma anzi in un certo senso obbligata, soprattutto se osservata alla luce dell'esperienza italiana, che conosce la dottrina del diritto vivente da molti anni e che vi è pervenuta proprio per dirimere il conflitto tra le corti, ripartendo i ruoli tra Corte

costituzionale e Corte di cassazione, con la riserva a quest'ultima della funzione nomofilattica. A ben guardare, l'orientamento che emerge dalla decisione in commento non dovrebbe suscitare nemmeno le ire dei giudici di Cassazione d'Oltralpe, ai quali non cessa di riconoscere il ruolo nomofilattico, ma anzi lo rafforza, dandovi rilevanza anche in sede di individuazione della norma oggetto. La dottrina del diritto vivente è in questo senso una «*leçon d'humilité*» (F. Lafaille, *op. cit.*): il *Conseil* riconosce in capo a sé, è vero, il diritto di giudicare la costituzionalità dell'interpretazione data dai giudici comuni, nonché di "correggere" l'interpretazione data dal giudice *a quo* che non sia conforme alla *jurisprudence constante*, ma non lo fa imponendo una propria interpretazione.

C'è una differenza tra giudicare la costituzionalità dell'interpretazione della legge e interpretare la legge, come ben sanno le Corti costituzionale e di cassazione italiane, che hanno già affrontato questi conflitti tanti anni fa, prima di pervenire alla pacifica ripartizione delle competenze interpretative secondo cui l'interpretazione delle disposizioni legislative è «compito del giudice a tutti i livelli: avendo invece la corte la funzione di porre a confronto la norma, nel significato comunemente ad essa attribuito, con le disposizioni della Costituzione.» (Corte cost. n. 129/1974 punto 4; prima di allora, dopo il riferimento alla costante interpretazione e all'effettivo valore della norma, la Corte aveva invece affermato che «stabilire quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale» e «appartiene al giudizio della Corte» Corte cost. n. 11/1965).

I problemi di incertezza giuridica e di conflitto tra le due corti si potrebbero creare laddove il *Conseil* iniziasse a fare un uso smodato del controllo sull'interpretazione, *contra* o *praeter* diritto vivente, cercando di imporre una propria interpretazione conforme a Costituzione, sostituendosi così alle massime giurisdizioni ordinaria e amministrativa.

A ben vedere, e in questo dovrebbe essere d'accordo la *Cassation*, è l'interpretazione della legge da parte del *Conseil* che dovrebbe essere vista con diffidenza, e non il controllo *sull'interpretazione*, che invece appare obbligato: la norma interpretata è a tutti gli effetti norma dell'ordinamento e sottrarla al controllo di costituzionalità sarebbe lesivo del principio della gerarchia delle fonti e della supremazia della Costituzione (in questo senso, F. Chénéde, *QPC: le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel*, in *Recueil Dalloz*, n. 41, 2010, p. 2745). L'orientamento della Cassazione rischiava, inoltre, di ridimensionare fortemente la tutela accordata, mediante l'istituzione della QPC, ad ogni individuo che si ritenga leso nei suoi diritti da una norma dell'ordinamento, tanto più alla luce del fatto che la Cassazione stessa, per il sistema a doppio filtro previsto per la valutazione dell'ammissibilità delle QPC, è il giudice ultimo della rinviabilità al *Conseil constitutionnel* di una questione di costituzionalità (D. Rousseau, *L'art italien, cit.*, p. 13). La Cassazione e il Consiglio di Stato non solo esercitano una funzione di controllo di costituzionalità *prima facie*, uguale e ulteriore rispetto a quella svolta dai giudici del rinvio di primo o secondo grado, ma lo fanno con una discrezionalità ben più ampia degli altri giudici *a quo*, data dal fatto che è loro richiesto di valutare anche il carattere «*serieux*» e «*nouveau*» della questione proposta, potendo in questa sede, com'è stato da molti osservato, assumere una posizione più o meno collaborativa nell'attuazione della disciplina della QPC (sull'esercizio di questi controlli da parte della *Cassation*, fra gli altri, J.B. Perrier, *La Cour de cassation et la QPC: de la réticence à la diligence*, in *Revue française du droit constitutionnel*, n. 84, 2010, pp. 799 ss.).

La conseguenza di maggiore rilevanza della pronuncia in commento dovrà essere una limitazione di tale discrezionalità, dal momento che la *Cassation* (e il *Conseil d'État*, al quale più esplicitamente si rivolge un'altra sentenza della settimana successiva, la *décision* n. 2010-52 QPC del 14 ottobre 2010, nella quale è ribadito lo stesso principio) non potrà più, nell'esercizio della propria funzione di filtro delle QPC, rifiutarsi di sollevare questioni aventi ad oggetto l'interpretazione costante della norma.

Se la non coincidenza tra disposizione e norma non ha più bisogno di essere dimostrata da quando è crollata l'immagine del giudice "bocca della legge", questa decisione è senz'altro paradigmatica di quanto possano essere distanti norma risultante dall'interpretazione e dettato normativo: la posizione della Cassazione di fatto sottraeva tali norme al controllo di costituzionalità, sebbene queste, e non la lettera delle disposizioni da cui erano tratte, potessero comportare una violazione dei diritti costituzionalmente garantiti.

3. La motivazione della sentenza in commento è, infine, interessante per le indicazioni che offre circa l'approccio del *Conseil constitutionnel* alle questioni etiche e alle evoluzioni della società che, creando nuove situazioni meritevoli di tutela, sempre più spesso mettono alla prova le nostre carte (e corti) costituzionali.

Il *Conseil*, invero, non è nuovo alle pronunce su disposizioni disciplinanti materie dalla forte connotazione etica: l'ha fatto già in sede di controllo preventivo, ad esempio relativamente alle leggi in materia di aborto e di selezione degli embrioni. Tuttavia, nel controllo successivo non solo si moltiplicano le possibilità di pronunciarsi su questioni di tale sorta, grazie al ricorso promovibile da *tout justiciable*, ma in più, dal momento che tale giudizio ha ad oggetto l'applicazione della legge e i suoi effetti (eventualmente lesivi di diritti e libertà personali) in casi concreti, può portare al vaglio di costituzionalità anche questioni che non sono state oggetto di una specifica disciplina, ma che si pongono all'attenzione degli interpreti nella risoluzione delle controversie (è stato osservato che la cosiddetta «*porte étroite*» del giudizio di costituzionalità, dalla definizione di G. Vedel, *L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite*, Paris, *La vie judiciaire*, 1991, diventa oggi «*porte ouverte*», cfr. G. Drago, *Le nouveau visage du contentieux constitutionnel*, in *Revue française du droit constitutionnel*, 84, 2010, p. 751). Oggetto del controllo di costituzionalità successivo, com'è noto, è spesso proprio l'assenza di una disciplina, o l'applicazione di essa a situazioni diverse da quelle alle quali era stata originariamente destinata.

È questo quanto accade nella decisione in questione dove, pur mancando nell'ordinamento francese una disciplina sull'adozione da parte di coppie di persone dello stesso sesso, è su di essa che è chiamato a pronunciarsi il *Conseil*, e in particolare sul suo divieto da parte dell'ordinamento, secondo l'interpretazione della massima giurisdizione civile.

Lo evidenziano i *Sages*, quando rilevano che l'interpretazione data dalla Cassazione è volta ad evitare che, attraverso la via dell'*adoption simple*, si possa di fatto instaurare nell'ordinamento l'adozione da parte di coppie di fatto, etero o omosessuali, esplicitamente esclusa dall'art. 365 – che consente l'adozione da parte di due persone solo se queste siano unite in matrimonio – riconoscendo che tale norma impone un divieto assoluto d'adozione alle sole coppie di persone dello stesso sesso, alle quali non è consentito sposarsi. Il *Conseil* si astiene, tuttavia, dall'esprimere giudizi sulla scelta alla base della disparità di trattamento, limitandosi a valutarne la ragionevolezza e, pertanto, la conformità a Costituzione.

Si legge nella motivazione che è la stessa Costituzione, all'art. 34, a riservare al Legislatore la disciplina del matrimonio, nel rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione. Le limitazioni legislative alla libertà di matrimonio saranno dunque incostituzionali soltanto in quanto esse violino altri diritti o libertà costituzionalmente protetti (*Considérant* n. 5). Quanto al diritto alla vita familiare, i giudici costituzionali rilevano che esso è sufficientemente garantito dalla possibilità per le coppie di persone dello stesso sesso e i figli dell'una o dell'altra di vivere insieme, e non comporta necessariamente il riconoscimento di un legame di filiazione tra il minore e il *partner* del suo genitore (*Considérant* n. 8).

La stessa posizione è ribadita in una più recente sentenza, quella sul matrimonio tra

persone dello stesso sesso, dello scorso 28 gennaio (*Cons. Const.* n. 2010-92 QPC). Anche in quella circostanza il *Conseil*, pur riconoscendo la copertura costituzionale della libertà di matrimonio (rientrante tra le libertà personali ex art. 2 e 4 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), ritiene che il Legislatore, in forza della discrezionalità riconosciutagli dall'art. 34 Cost., può ben prevedere delle restrizioni a tale libertà, purché esse appaiano giustificate e ragionevoli.

Dalle due sentenze emerge lo *status* delle coppie omosessuali in Francia, che sarebbero riconosciute come nucleo familiare, senza che ciò comporti l'obbligo per il Legislatore di equipararle alle coppie eterosessuali. Rileva, infatti, il *Conseil* che tale disparità di trattamento nell'accesso al matrimonio (e quindi all'adozione con esercizio congiunto della potestà) non costituisce violazione del diritto ad una normale vita familiare, in quanto il matrimonio non è elemento necessario e qualificante di una vita familiare, essendo questa sufficientemente garantita dalla possibilità di convivere in unioni registrate e nuclei familiari anche non formalmente riconosciuti (*Considérant* n. 8 della decisione in commento e n. 8 della decisione 2010-92 QPC); quanto, poi, al principio di uguaglianza, il *Conseil* ribadisce la propria giurisprudenza secondo la quale esso non impedisce né di trattare in maniera diversa situazioni diverse né di derogare alla parità di trattamento per ragioni di pubblico interesse (*Considérant* n. 6), ragion per cui «la diversità della situazione delle coppie omosessuali rispetto a quella delle coppie composte da un uomo e una donna può giustificare una diversità di trattamento nell'ambito della disciplina del diritto di famiglia» e che in ogni caso «non sta al *Conseil constitutionnel* sostituire la propria discrezionalità a quella del legislatore» in merito all'opportunità di parificare o meno le coppie omosessuali a quelle eterosessuali (*Considérant* n. 9 della decisione 2010-92 QPC).

Come si legge nei *Cahiers du Conseil constitutionnel*, a proposito della sentenza in commento, il giudice costituzionale ha ritenuto «che si trattasse dell'*homoparentalité*, così come si trattava nel gennaio del 1975 dell'interruzione volontaria della gravidanza e, nel luglio del 1994, della selezione degli embrioni», questioni topiche della società alle quali «la risposta, in Francia, spetta al legislatore» (*Cah. Cons. Const.*, n. 30, 2010, p. 10).

Il *Conseil constitutionnel*, con riguardo al riconoscimento dei diritti degli omosessuali, non sceglie dunque la via dell'attivismo giudiziario, ma si inchina alla separazione dei poteri e alla discrezionalità del Legislatore.

Presto la Francia (e il resto dell'Europa) avrà modo di sapere se la stessa discrezionalità sarà riconosciuta al Legislatore francese dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. I giudici di Strasburgo sono infatti chiamati a pronunciarsi su un caso analogo, che dovrebbe essere discusso ad aprile (*Valérie Gas et Nathalie Dubois*, Corte EDU, 5a sez., ric. n. 25951/07).

Nell'ordinamento Cedu non sembra rinvenibile un diritto all'adozione (ma per un parere contrario, in senso critico, e una ricca analisi della giurisprudenza di Strasburgo in materia di adozione e fecondazione assistita, cfr. N. Bettio, *Le "Droit à l'enfant" nouveau droit de l'Homme?* in *Revue du droit public*, n. 2, 2010, p. 473 ss.). Nel caso di specie tuttavia, essendo consentita dall'ordinamento nazionale una certa fattispecie di adozione con effetti che pregiudicano il sereno svolgimento della vita familiare, è la giurisprudenza in materia di tutela della vita familiare che viene in rilievo.

Le previsioni sono a favore del riconoscimento del margine di apprezzamento statale, secondo quella che è stata finora la giurisprudenza europea in materia di legislazione sulla famiglia, dove l'esigenza di evitare discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale va temperata con il legittimo obiettivo degli Stati di tutelare la famiglia (si vedano ad esempio *Fretté c. Francia*, Corte EDU 3a sez. 26 febbraio 2002, ric. n. 36515/97, e *Schwizgebel c. Svizzera*, 1a sez. 10 giugno 2010, ric. n. 25762/07, ma si veda anche *E.B. c. Francia*, Gr. Cam. 22 gennaio 2008, ric. n. 43546/02, dove la Corte decide in favore della ricorrente omosessuale, rilevando però in quel caso una disparità di trattamento fondata

unicamente sull'orientamento sessuale, non su esigenze di tutela del minore o della famiglia), da ultimo in *Schalk e Kopf c. Austria* (Corte EDU, 1a sez. 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04).

Quanto all'*homoparentalité*, la Corte ha riconosciuto che negli ordinamenti in cui è consentita l'adozione da parte dei *single*, l'idoneità all'adozione non può essere subordinata a valutazioni sull'orientamento sessuale, nemmeno nell'ipotesi in cui l'adottante conviva con una persona dello stesso sesso (caso *E.B. c. Francia*, cit.). Ha però esplicitamente affermato di non essere chiamata, in quell'occasione, a pronunciarsi sul riconoscimento, nell'alveo dell'art. 8, di un diritto ad adottare, «*tenuto conto dell'evoluzione della legislazione in Europa e del fatto che la Convenzione è uno strumento vivente, da interpretare alla luce delle condizioni attuali*» (gli Stati membri che consentono l'adozione da parte di coppie omosessuali sono otto, due dei quali la consentono solo nei confronti del figlio naturale di un componente della coppia).

Con riferimento invece al tema più generale del riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso, in *Shalk e Kopf*, cit., avente ad oggetto la supposta violazione degli art. 12, 8 e 14 della Cedu per la mancanza della previsione normativa o del riconoscimento da parte dell'Austria dei matrimoni omosessuali o di unioni legali alternative, la Corte, pur riconoscendo le coppie di persone dello stesso sesso come nucleo familiare meritevole di tutela mediante appositi istituti giuridici, non condanna lo Stato per il ritardo nell'istituzione di un istituto di tale sorta, riconoscendogli una discrezionalità in merito al *quando*, per la mancanza di un generale *consensus* in materia negli ordinamenti dei Paesi membri, non essendosi ancora formata una *maggioranza* sul punto.

Sembra dunque questo, almeno allo stato dell'arte, un punto pacifico tra la giurisprudenza europea e le giurisprudenze statali per quel che concerne l'equiparazione tra coppie eterosessuali e omosessuali nella tutela dei diritti familiari: la discrezionalità è del Legislatore statale. "Fintanto che non sarà raggiunto un generale consenso", aggiunge però la Corte di Strasburgo.

Non è escluso che la Corte europea possa tornare sui propri passi, considerando che una maggioranza assoluta non è necessaria ai fini della formazione del consenso. Così come non è escluso che si ripropongano a livello nazionale questioni che richiedano, nel rispetto di questa giurisprudenza, di applicare gli articoli 8 e 14 con riguardo allo *standard* in evoluzione nel panorama europeo. La questione è dunque destinata a interessare ancora le corti, sotto la pressione crescente dei sempre più numerosi ordinamenti che accordano maggiori diritti alle coppie di persone dello stesso sesso.

\* Dottoranda in Diritto pubblico comparato Università di Siena