

**Nel labirinto del principio di non discriminazione:
adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale
davanti alla Corte di Strasburgo**

di Stefania Ninatti Lorenza Violini
(24 aprile 2012)

1. Un contesto a geometria variabile, nello spazio e nel tempo

Con la sentenza del 15 marzo 2012, *Gas and Dubois*, la Corte di Strasburgo ha aggiunto un altro interessante tassello nell'interpretazione del diritto di famiglia a livello sovranazionale. Il caso prende origine da una decisione giurisdizionale riguardante una norma del codice civile francese che impedisce l'adozione congiunta a coppie non sposate e – a dimostrazione dell'ampiezza del settore in esame che finisce inevitabilmente col toccare più problematiche distinte – arriva a lambire anche la normativa legislativa francese che non permette alle coppie omosessuali di richiedere la fecondazione assistita eterologa. Dall'intreccio di queste norme, le ricorrenti denunciavano una violazione dell'art. 8 e dell'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, lamentando la discriminazione perpetrata dalla disciplina francese sull'adozione e sulla fecondazione assistita a danno delle coppie omosessuali.

Prima di affrontare il caso nel merito, pare fondamentale accennare al contesto nel quale esso si colloca, segnalando sin dal principio che trattasi di un ambito contraddistinto, sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale, da una tanto profonda quanto repentina trasformazione sociale e normativa.

A quest'ultimo proposito, non si può non rilevare come il diritto di famiglia, da sempre considerato come nazionale o, meglio, come la Corte di Strasburgo ripete, un settore caratterizzato dall'avere «*deep-rooted social and cultural connotations, which may differ largely from one society to another*»¹, sembra avere assunto oggi anche una dimensione sovranazionale. Un groviglio di competenze sta dunque accerchiando quest'ambito, tanto da fare sorgere spontanea la domanda rispetto a quale attore istituzionale debba incarnare il soggetto «*best placed*» (prendendo ancora in prestito il vocabolario di Strasburgo) a disciplinare la materia. Questione affatto semplice, alla quale sono state date risposte eterogenee in ciascuno Stato nazionale ed anche nelle organizzazioni sovranazionali che operano sul territorio europeo. Qualche eco di questa discussione può facilmente cogliersi, dal punto di vista interno, nella famosa *Lisbon-Urteil*, in cui il giudice costituzionale tedesco afferma senza mezzi termini che il diritto di famiglia rientra in una delle cinque aree fondamentali del diritto che devono rimanere strettamente legate alla nazione e che modella direttamente la forma di uno Stato costituzionale: in altri termini, secondo l'autorevole corte di Karlsruhe, il diritto di famiglia rappresenta una delle competenze inalienabili del livello di governo nazionale.²

Il presente lavoro, pur essendo oggetto di una riflessione comune, è poi stato redatto nella parte generale (par. 1, 2 e 6) da Stefania Ninatti e nella parte più specificamente dedicata alla sentenza *Gas and Dubois* (par. 3, 4 e 5) da Lorenza Violini. È destinato agli Scritti in onore di Aldo Loiodice.

¹ Esempiarmente, cfr. sentenza della Corte Edu, 24 giugno 2010, ricorso nr. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*, par. 62

² La preoccupazione della Corte costituzionale tedesca può essere colta in diversi passaggi of the *Lisbon-Urteil* (sentenza del BVerfG, Secondo Senato, 30 June 2009, - 2 BvE 2/08 - 2 BvE 5/08 - 2 BvR 1010/08 - 2 BvR 1022/08 - 2 BvR 1259/08 - 2 BvR 182/09, in http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html): si veda in maniera esemplare i par. 249 e 252. Si è messo in dubbio, peraltro, che la scelta di identificare 5 aree principali di competenza domestica sia uno strumento appropriato per fissare dei confini precisi all'integrazione europea: si veda, fra

Ciò detto, guardando al panorama europeo, si deve constatare che il diritto di famiglia in generale non appare più così differenziato da Stato a Stato, come tradizionalmente si è sempre rilevato³: gli angoli delle diverse discipline nazionali si stanno smussando sotto la pressione del processo di europeizzazione (e globalizzazione),⁴ contro le previsioni di autorevoli comparatisti dell'inizio del secolo scorso⁵. Di questa prima osservazione bisogna, tuttavia, subito mitigare i contorni poiché, almeno per il momento, lo scenario giuridico europeo è ancora *a nuance*, riproducendo tutt'oggi specifiche differenze nelle discipline nazionali del diritto di famiglia: e sono proprio queste ultime all'origine degli interventi a livello sovranazionale di cui si è detto.

Parallelamente al lento, seppure costante processo di spostamento del potere di governo della famiglia dal livello nazionale verso i livelli sovranazionali, a partire dagli anni Sessanta si è assistito a un veloce e repentino mutamento del concetto di "famiglia": in quegli anni, come è noto, sul territorio europeo è profondamente mutata la percezione comune delle questioni familiari, con la contestuale emersione di nuovi modelli. Ancora oggi gli studi interdisciplinari in materia non sanno spiegare esaurientemente le ragioni di una tale rivoluzione, che ha condotto gli Stati europei a modificare – direi, quasi spontaneamente – le loro discipline interne, anche se i tempi e modi differiscono da Stato a Stato: tutti gli ordinamenti, tuttavia, hanno in qualche modo registrato questo cambiamento epocale. Questo processo è ben lungi dal dirsi concluso, se – come nota autorevolmente Rhenstein – «il diritto di famiglia è un diritto in movimento» più di ogni altro settore del diritto privato, e «non ha ancora raggiunto un nuovo punto di stabilità».⁶ Oggi più che mai.

Dal punto di vista giuridico, la stella polare della anzi detta trasformazione sembra essere stata il principio di non discriminazione: a tale principio si è fatto riferimento sia al fine di rivendicare la parificazione tra i soggetti che costituiscono il nucleo familiare sia al fine di non differenziare tra le forme di rapporto familiare (matrimonio, unione, convivenza, ecc.) sia al fine di contestare la diversità di trattamento tra le diverse normative nazionali su questo tema. Non si tratta, è noto, di un'osservazione nuova. Già più di venti anni fa un approfondito studio di diritto comparato poteva notare l'esistenza negli ordinamenti di «una fortissima spinta verso l'eguaglianza ed una non meno forte spinta verso l'allargarsi della sfera di libertà individuale caratterizzata talora da indubbi profili edonistici; a tale forza corrisponde ovviamente uno sfilacciarsi (o una liberalizzazione) negli ordinamenti

i tanti, DENNINGER E., *Identität versus Integration?* JZ, 20/2010, p. 972 ss.

³ Basti ricordare che KAHN-FREUND O., *Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in CAPPELLETTI M., *New Perspective for a Common Law of Europe*, Boston, Sijthoff, 1978, p. 141, in un ampio studio sull'evoluzione dell'Unione Europea, riteneva «*a hopeless quest*» un ravvicinamento (sotto forma di armonizzazione o unificazione) delle legislazioni in materia di famiglia nel contesto sovranazionale. Un più recente autorevole studio sulla europeizzazione del diritto privato ha ulteriormente confermato che, per il momento presente, il diritto dei contratti rimane la materia più avanzata all'interno di tale evoluzione, mentre ancora oggi il diritto di famiglia pare essere solo marginalmente toccato da questa prospettiva (ZIMMERMANN R., *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in ZIMMERMANN R., REIMANN M. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford Un. Press, 2006, p. 570).

⁴ Il processo di europeizzazione è stato ampiamente studiato dai politologi: per una prima lettura si veda, per tutti, BOERZEL T., RISSE T., *Europeanization: the domestic impact of European Union politics*, in JORGSEN K., POLLACK A., ROSAMOND B. (eds.), *Handbook of European Union politics*, London, Sage, 2007, p. 497 e ss.

⁵ In realtà, quest'ultima affermazione rappresenta anche un importante risultato di quella parte della scienza giuscomparatistica che sul finire del XX secolo ha iniziato ad impiegare gli strumenti di diritto comparato anche in un settore tradizionalmente interno, descritto come uno dei punti qualificanti la cultura distintiva di ogni nazione. Basti analizzare in tal senso, per tutti, GLENDON M.A., *The Transformation of Family Law*, University of Chicago Press, 1989.

⁶ RHEINSTEIN M., *The Family and the Law*, in CHLOROS A.G., RHEINSTEIN M., GLENDON M.A. (eds), *Persons and the Family*, Vol. IV, International Encyclopedia of Comparative Law, J.C.B. Mohr, Tubingen; Martinus Nijhoff, Leiden, Boston 2007, p. I-18.

particolari come la famiglia (...).»⁷

Il tempo ha confermato queste linee di tendenza. I sistemi giuridici europei, da una parte, hanno reso meno gravose le regole di formazione e mantenimento del vincolo matrimoniale e, dall'altra, hanno riconosciuto effetti giuridici – più o meno ampi – a convivenze considerate essere *more uxorio*. Ed invero, in paradossale controtendenza con la progressiva giuridificazione dei rapporti all'interno della famiglia, si sono via via assottigliate le procedure riguardanti il vincolo matrimoniale (basti, per tutti, considerare l'esempio delle procedure di divorzio⁸). Nel contempo, gli ordinamenti europei hanno proceduto ad avvicinare alla famiglia fondata sul matrimonio le convivenze *more uxorio*, qualora esse ricalchino le sembianze fattuali di una convivenza matrimoniale e, conseguentemente, hanno predisposto per esse – caso dopo caso – regole talvolta identiche, talaltra assimilabili a quelle previste per l'istituto matrimoniale.

Questi processi di “avvicinamento” e “allontanamento” dei suddetti istituti hanno determinato una progressiva de-istituzionalizzazione del matrimonio, essendosi persa chiarezza sugli elementi essenziali che avevano caratterizzato la storia di tale contratto nella società occidentale, e una progressiva istituzionalizzazione delle convivenze di fatto, secondo un percorso sconosciuto nella plurisecolare tradizione giuridica europea.⁹ La

⁷ GROTTANELLI DE' SANTI G., *Gran Bretagna*, in PIZZORUSSO A., VARANO V., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*. – Milano, Giuffrè, 1985, p. 1258, che fa osservare all'A. come tali fenomeni non siano certo peculiari della sola società inglese. Grottanelli osserva ulteriormente, sempre a riguardo del diritto di famiglia e della sua evoluzione in Inghilterra, come ad esempio – corrispondentemente all'osservazione ora riportata – il matrimonio sia «sempre più presentato nella pubblica opinione come istituto teso alla 'felicità' e al 'completamento della personalità', piuttosto che istituto dal quale e sul quale si impostano responsabilità e doveri giuridici» cui consegue «una certa neutralità, se non una vera e propria ritirata, da parte del magistrato e, tutto sommato, del legislatore stesso». Non meno interessanti paiono le più recenti osservazioni di MEULDERS-KLEIN M.T., *Towards a European Civil Code on family Law? Ends and Means*, in BOELE-WOELKI K., (ed.), *Perspectives for the Unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003, p. 108, secondo cui «family is not a mere collection of individuals, each equipped with his or her own rights. It is rather a nucleus of privileged relationships between beings who are very close to one another, which lends the family a dimension other than that of “Privacy” in the american meaning of the term. But it is at the same time the place of loves and hatred, and of the most violent tensions between the freedoms and the rights of its members.» Conseguentemente, conclude l'A., «family law is not a Lex mercatoria. It is a body made up of flesh and blood. In so far as the family is the nucleus of any society, family law is the hard core of any culture.» (p. 109)

Si noti che l'applicazione del principio di uguaglianza all'interno dei rapporti familiari è di fatto coincisa con una maggiore valorizzazione dei diritti dei singoli componenti la famiglia e, anche, con una progressiva giuridificazione dei rapporti stessi. È singolare, ad esempio, la recente normativa austriaca che codifica l'obbligo per il coniuge che lavora all'esterno dell'ambito familiare di collaborare all'attività domestica, sia pur tenendo in considerazione le sue possibilità: nessuno dubita della ragionevolezza della norma in questione, eppure il giurista non può non chiedersi se vi era davvero bisogno di trasformare in norma giuridica tale impegno del singolo componente familiare. Cfr. art. 95 *Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch*, così come modificato dalla *Ehe RÄG* del 1999: a commento si veda A. BETTETINI, *Persona, matrimonio e famiglia nell'Unione Europea: dall'istituzione al contratto (e ritorno?)*, Quad. Dir. e Pol. Eccl., 2002, p. 70 ss.

⁸ È noto come al momento, per rimanere all'interno dei nostri confini, sia in discussione al Parlamento la modifica legislativa delle procedure di divorzio ex l. 898/1970: il Ddl “Disposizioni in materia di separazione tra coniugi” prevede due soli articoli volti a modificare, l'uno, la durata della separazione e, l'altro, la decorrenza dello scioglimento della comunione tra i coniugi. Si noti, peraltro, riprendendo le parole di UCCELLA F., *Nuove sfide sociali ed umane e diritto di famiglia nell'Unione Europea dal 2004: riflessioni preliminari*, Giust. It., 2004, p. 690, che ai fini della concezione di famiglia «l'eventuale allentamento o rifiuto dell'istituto familiare, con la separazione e il divorzio, ad es., non ne snatura il connotato, perché la volontà recessiva prevale solo ai fini dello scioglimento dei diritti e doveri a natura interpersonali (coabitazione, fedeltà ecc.), non ai fini della responsabilità, tanto è che, comunque, ed a meno di esplicita rinuncia o di altre circostanze, all'altro coniuge deve essere assicurato un tenore di vita identico a quello tenuto durante la vita coniugale ecc.»

⁹ Così BETTETINI A., *Persona, matrimonio e famiglia nell'Unione Europea: dall'istituzione al contratto (e ritorno?)*, cit., p. 74, può chiedersi «se esista ancora un matrimonio, o meglio se l'ordinamento abbia una sua concezione di matrimonio, o se non piuttosto si stia giungendo, in realtà, ad una decostruzione del vincolo coniugale, a cui fa riscontro una paradossale istituzionalizzazione dell'unione di fatto, così che i due concetti si confondono, si sovrappongono, si vengono a identificare.»

famiglia è cambiata – si è aggiornata, si potrebbe dire – in ragione dell’insorgere di nuove forme di convivenza, alle quali gli ordinamenti hanno riconnesso effetti giuridici sino a poco tempo prima riconosciuti ai soli rapporti familiari fondati sul matrimonio, basandosi in primis sul principio di uguaglianza e di autonomia privata (*privacy*).¹⁰

Va peraltro ricordato che i fenomeni giuridici sopra descritti si sono realizzati ora per scelte compiute dalle istituzioni rappresentative, ora invece per l’azione di istituzioni non rappresentative. Le une e le altre, tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale, si sono dunque fatte carico di dare risposta a questioni delicatissime: decidere se, e fino a che punto, riconoscere effetti giuridici alle diverse forme di convivenza, nonché stabilire il grado di differenziazione ammissibile tra le i regimi giuridici concretamente assunti.¹¹

Queste domande si sono riproposte inalterate ai giudici francesi, prima, e alla Corte di Strasburgo, poi, nell’analisi del caso *Gas and Dubois*.

2. Le alterne vicende del (non) diritto ad adottare davanti alla Corte di Strasburgo.

Come accennato, la decisione della Corte di Strasburgo riguardava la normativa francese sull’adozione, ma per la natura del caso finiva per coinvolgere anche la procreazione medicalmente assistita nonché la tutela delle coppie omosessuali: non stupisce, del resto, l’ampio ambito del caso in esame, poiché nella disciplina del rapporto di famiglia analizzare un punto – quale la normativa sull’adozione – finisce inevitabilmente per toccare anche altri aspetti della materia, essendo quest’ultima un insieme di norme strettamente intrecciate in cui non è possibile toccare un elemento senza influenzare in via di fatto l’intera struttura.

Per quanto riguarda l’esistenza del diritto di adottare e, di conseguenza, la sua invocabilità davanti alla Corte di Strasburgo, si deve subito premettere che quest’ultima – o, inizialmente, la Commissione competente per i giudizi di ammissibilità – ha sempre negato l’esistenza di un siffatto diritto, dichiarando inammissibili *ratione materiae* le relative domande in quanto tale diritto non è previsto dalla Convenzione né si può trarre dall’art. 8 (rispetto alla vita privata e familiare) o dall’art. 12 (diritto al matrimonio e a fondare una famiglia) Cedu.¹² Tuttavia, se tale diritto non esiste, si osserva altresì che interferire nella

¹⁰ Sono stati sollevati dubbi, tuttavia, sul fatto se «l’aritmetica dell’uguaglianza» sia sempre adatto a guidare questo processo, di per sé solo. Se si prende esemplarmente in esame la regolamentazione dei cognomi familiari, la giurisprudenza ha, infatti, mostrato i limiti di quest’approccio: i conflitti decisi dalla Corte di Strasburgo, nonché da altre Corti supreme nazionali, in merito al principio dell’unità di famiglia e dei cognomi di famiglia, finiscono per rivelare l’ambiguità del tema: esemplare in tal senso pare il caso di una coppia svizzera che voleva attribuire il cognome della madre e del padre in parti uguali ai figli alternandone l’uso: qui la Corte di Strasburgo ha dovuto riconoscere che l’uguaglianza perfetta è impossibile nel contesto dell’unità familiare. Più ampiamente si veda NICCOLAI S., *Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra sessi fuori dallo schema dell’uguaglianza*, Giur. Cost., 2006, p. 565, la quale osserva ulteriormente che le vicende legate al nome di famiglia sono un segno di «come le relazioni tra i sessi, cambiando, premono su istituti giuridici e di come la risposta in termini di uguaglianza possa aiutare veramente poco.» (p. 560). Così, osserva sempre l’A., «l’uguaglianza non è in grado di fornire una risposta altrettanto forte – perchè salda e sensata, finchè ha retto – di quella fornita dalla regola grandemente asimmetrica espressiva dell’assetto patriarcale: (...) questo passaggio non istituisce un nuovo ordine, stabile, autorevole, datore di senso ma un assetto provvisorio che viene posto in discussione, reinterrogato, che è fragile, non si stabilizza, che viene catturato in una contrattazione coi soggetti che ne sono riguardati.» (p. 562)

¹¹ Infatti, se i principi costituzionali di uguaglianza e di libertà personale/autonomia privata (o *privacy*) stanno rimodellando il diritto di famiglia, il giurista è chiamato al delicato compito di determinare quando un diverso trattamento giuridico deve essere considerato discriminatorio (e quindi vietato) e quando invece tale trattamento è da giudicarsi come una appropriata risposta a disciplina di importanti ed effettive differenze (cfr. GLENDON M.A., *Family Law in a Time of Turbulence*, in CHLOROS A.G., RHEINSTEIN M., GLENDON M.A. (eds), *Persons and the Family*, Vol. IV of the International Encyclopedia of Comparative Law, J.C.B. Mohr, Tubingen; Martinus Nijhoff, Leiden, Boston 2007, p. 6).

¹² Cfr. Decisione della Commissione Edu, 10 luglio 1974, nr. 6482/74, *X v. Belgium and the Netherland* – in cui il

vita di un genitore adottante e di un minore adottato finisce con ricadere nella sfera di protezione dell'art. 8, riconducendosi tale situazione di fatto al rispetto della vita familiare¹³.

Seguendo la classica logica per cui, pur spettando unicamente allo Stato decidere se e come regolare l'adozione, rientra poi tra i compiti propri della Corte di Strasburgo verificare se la disciplina normativa assunta violi o meno il diritto al rispetto della vita familiare e il diritto alla non discriminazione, la Corte ha così compiuto verifiche di questo genere in diverse occasioni rispetto alle varie normative nazionali in materia di adozione.¹⁴ Da ciò si deduce anche che un ulteriore e necessario presupposto all'intervento sovranazionale è che esista una "vita familiare", così come è stata ampiamente definita dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Può forse essere utile ricordare in merito che, se in un primo tempo la Corte leggeva la vita familiare ex art. 8 congiuntamente al diritto a fondare una famiglia ex art. 12, successivamente – in forza dell'essere la Convenzione un *living instrument* in continua trasformazione a seconda dell'evoluzione dei tempi e delle legislazioni degli Stati contraenti – la Corte ha proceduto ad ampliare le maglie dell'art. 8, inserendo all'interno della copertura della vita familiare non solo la coppia legata dal vincolo coniugale, ma anche altre relazioni affettive riconducibili in via di fatto alla relazione di coppia fondata sul matrimonio (le cd. famiglie di fatto). Così la Corte ha dapprima incluso nella protezione dell'art. 8 della Convenzione la vita di coppie eterosessuali *more uxorio* che avessero certi caratteri di stabilità (desumibili, ad esempio, dall'esistenza di figli o dalla durata della convivenza) e successivamente ha riconosciuto questo carattere anche alle coppie omosessuali che mostrassero gli stessi elementi distintivi.

Dunque, ritornando nel merito della nostra problematica, la Corte non potrebbe pronunciarsi in assenza di una sia pur minima esistenza di rapporto fra adottante e adottato, ossia in assenza di una benché minima esperienza familiare: così, esemplarmente, la scelta se concedere o meno l'adozione ai *singles* appartiene al regno delle politiche nazionali (per cui in un caso come *Di Lazzaro* la Corte non ha spazi di intervento in quanto tale tipologia di adozione non è prevista dall'ordinamento italiano), ma se uno Stato decide di ammetterla – come vedremo in seguito in *Frette* e *EB* – si crea una situazione di fatto per cui la Corte ha poi competenza in forza dell'art. 8.

Ed in effetti, in tal senso, particolarmente interessanti appaiono i casi francesi analizzati dalla Corte di Strasburgo riguardanti il caso di adozione individuale da parte di soggetti celibi omosessuali, casi in cui la Corte trova un suo spazio di manovra anche grazie al fatto che riguardano "solo" le procedure di adozione e non il diritto di adozione in sé considerato.

Prima di entrare nel merito delle vicende, pare necessario ricordare che il codice civile francese prevede tre diverse tipologie di adozione: la "*adoption plènière*" (adozione legittimante), in forza della quale il minore acquisisce un nuovo stato di famiglia sostitutivo

richiedente, un cittadino olandese adulto, voleva adottare un bambino in abbandono di cui si curava già da anni ma non poteva a causa della legge olandese che non prevedeva l'adozione dei single – e decisione della Commissione Edu, 10 luglio 1997, nr. 31294/96, *Di Lazzaro v. Italia*, in cui la ricorrente lamentava il fatto che la legge italiana prevedeva l'adozione ai singles solo in casi eccezionali.

¹³ Esemplari in proposito risultano i casi della Corte Edu, 26 maggio 1994, ricorso nr. 16969/90, *Keegan v. Ireland* (in cui bene si può vedere come l'analisi sul rispetto della vita familiare di fatto coincide con un'analisi della normativa irlandese sull'adozione) e *Pini and O. v. Romania*, (sentenza del 22 giugno 2004, ricorso nr. 78028/01 e 78030/01) in cui la Corte evidenzia come il rapporto che si viene ad instaurare tra genitore adottante e figlio adottivo è assimilabile a quello familiare coperto dall'art. 8, così seguendo del resto una consolidata giurisprudenza di analizzare i rapporti familiari in maniera fattuale e non formale. Stesso schema si ripete anche nel più recente caso *Emonet v. Svizzera*, in cui la Corte – in forza del riconoscimento del rapporto familiare esistente fra i ricorrenti, di cui l'adottando era maggiorenne – dichiara contraria all'art. 8 della Convenzione una certa regolamentazione svizzera sull'adozione (più specificamente vedi sentenza della Corte Edu, 13 luglio 2007, ricorso nr. 39051/03, *Emonet v. Svizzera*).

¹⁴ Per una più ampia disamina di questa problematica con la correlativa giurisprudenza si legga *LETSAS G., No Human Right to Adopt?*, UCL Human Rights Review, 1/2008, p. 140.

del precedente, ex art. 356 c.c., la “*adoption simple*” (o adozione non legittimante, possibile anche nei confronti di maggiorenni, diversamente dall’ipotesi precedente) che senza eliminare il rapporto dell’adottando con la famiglia d’origine permette, però, all’adottante di aggiungere il proprio cognome a quello dell’adottando (con le conseguenze giuridiche connesse), e l’adozione internazionale. I diversi tipi di adozione possono essere richiesti sia da coppie sposate (art. 343 c.c.) sia da singoli (art. 343-1 c.c.). Si deve precisare che, secondo la normativa francese, quando l’adozione è richiesta da un *single* si viene ad instaurare un rapporto solo fra l’adottante e l’adottato, e anche se l’adottante fosse sposato, tale genere di adozione comporta unicamente il consenso del marito all’adozione ma senza farlo con ciò diventare *co-adoptant*. In altre parole, la domanda di adozione proposta da un singolo (chiamata anche adozione individuale) crea legami giuridici solo ed esclusivamente fra l’adottante e l’adottato. Diverso è il caso in cui invece un convivente di una coppia vuole adottare il figlio del partner: per questa circostanza la normativa francese prevede la possibilità di *adoption simple* (che non permette però la potestà genitoriale congiunta nel caso di adozione di minori, salvo il caso in cui la coppia risulti sposata).

La descritta disciplina giuridica francese è finita a più riprese davanti alla Corte di Strasburgo, per presunta violazione dell’art. 8 (vita privata e familiare) congiuntamente all’art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Il primo pronunciamento si è avuto nel caso *Frette c. Francia*¹⁵. In quella occasione un omosessuale *single* aveva adito la Corte Edu ritenendo che fossero stati violati gli artt. 14 e 8 della Convenzione da parte delle decisioni nazionali che non avevano censurato il rifiuto opposto dalle autorità amministrative competenti alla sua richiesta di *adoption plénière*. Secondo il ricorrente, se certo dal rispetto alla vita privata e familiare non si sarebbe potuto dedurre il diritto ad adottare (o il mero desiderio di avere una famiglia, come ripete la Corte in una costante giurisprudenza), dalla stessa disposizione si sarebbe dovuto esigere che le scelte personali di vita di una persona non incidessero sul rigetto della domanda di adozione. La Corte di Strasburgo, nel “lontano” 2002, pur riconoscendo che sicuramente l’orientamento sessuale del sig. Frette era stato un criterio determinante del diniego di adozione, ha giudicato non violati i parametri invocati¹⁶, avendo riconosciuto da un lato la legittimità della discriminazione prevista dalla legislazione francese, fondata sul preminente interesse dei minori interessati dal processo di adozione¹⁷, dall’altro lato l’esistenza di un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati aderenti alla Convenzione, stante la mancanza di consenso su questa materia fra gli stessi.¹⁸

¹⁵ Corte Edu, 26 febbraio 2002, ricorso nr. 36515/97, *Frette c. Francia*. Per interessanti spunti comparativi, si legga per tutti VARANO E., *La Corte europea dei diritti dell’uomo e l’inesistenza del diritto di adottare*, Famiglia, 2003, p. 537 ss.

¹⁶ In questa occasione il giudice francese Costa (insieme ai giudici Jungwiert e Traja) aveva, peraltro, rilevato come in questo caso non potesse trovare applicazione l’art. 14 congiuntamente con l’art. 8, poiché la normativa francese non fonda un “diritto ad adottare” ma pone solo dei requisiti per la presentazione di una domanda di adozione, che è molto diverso dal diritto ad ottenerla: così anche coppie o celibi eterosessuali possono vedersi rifiutata la domanda per le più varie ragioni (cfr. p. 27-28 della sentenza). Inoltre, come si è già ricordato, anche dal punto di vista convenzionale il diritto di adottare non è ricompreso nell’art. 8. In questo senso, la Corte era stata investita di una simile questione da parte di una coppia di donne conviventi olandese, ma la Commissione dei diritti umani aveva negato la ricevibilità della domanda in forza dell’art. 8: cfr. Commissione europea dei diritti dell’uomo, 19 maggio 1992, ricorso nr. 15666/189, *Kerhoven c. Olanda*.

¹⁷ Id., para. 38: «In the Court’s opinion there is no doubt that the decisions to reject the applicant’s application for authorisation pursued a legitimate aim, namely to protect the health and rights of children who could be involved in an adoption procedure, for which the granting of authorisation was, in principle, a prerequisite. It remains to be ascertained whether the second condition, namely the existence of a justification for the difference of treatment, was also satisfied.»

¹⁸ Pare interessante riportare il punto centrale dell’argomentazione: id., para 40-41: «However, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (...). It is indisputable that there is no

La questione si è ripresentata qualche anno dopo nel noto caso *E.B. c. Francia*¹⁹, in cui la Corte opera un vero e proprio *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza. In questa occasione, la Corte sovranazionale si è misurata con la richiesta di adozione internazionale da parte di un single, più precisamente di una cittadina celibe francese convivente con una partner dello stesso sesso: ottenuto parere negativo dalle autorità competenti, in quanto mancava il “referente paterno” nel quadro familiare e i rapporti della sig.a E.B. con la propria partner – anche proprio in merito alla futura adozione – erano controversi, si sviluppano una serie di ricorsi che finiscono poi in una denunciata violazione dell’art. 14 e dell’art. 8 della Convenzione davanti alla Corte di Strasburgo.

La Corte – ribaditi ancora una volta la non copertura ex art. 8 di un diritto ad adottare o di un ipotetico diritto a fondare una famiglia – giunge, però, ad una diversa considerazione del caso in esame partendo dalla normativa francese: secondo il giudice sovranazionale, infatti, se la Convenzione non richiede agli Stati di predisporre all’interno dei loro ordinamenti l’adozione individuale, tuttavia, una volta che la disciplinino, allora ad essi è precluso di indagare sugli orientamenti sessuali dei singoli richiedenti. In altre parole, secondo la Corte di Strasburgo, lo Stato francese era ben conscio che l’introduzione di questo istituto avrebbe potuto essere utilizzato anche da soggetti omosessuali: se, poi, questo aspetto diventa rilevante per il rifiuto della domanda di adozione, la Corte non può che riconoscere una violazione dell’art. 14 e dell’art. 8 della Convenzione.²⁰ Non esiste dunque un diritto all’adozione ma esiste sì un diritto allo svolgimento di una corretta procedura di adozione, un diritto ad accedere a quest’ultime in condizioni di parità.²¹

common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case, therefore, touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State (...). This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities’ decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention.»

¹⁹ Sentenza della Corte Edu, Grande Camera, 22 gennaio 2008, ricorso nr. 43546/02, *E.B. c. Francia*.

²⁰ Più precisamente, *Id.*, para. 94-96: «La Corte ricorda che il diritto francese consente l’adozione di un minore da parte di un soggetto non sposato (...), aprendo così la strada all’adozione da parte di una persona non sposata ed omosessuale, il che non è contestato. Tenuto conto di questa realtà del sistema giuridico interno, la Corte ritiene che le ragioni addotte dal Governo non potrebbero essere qualificate come particolarmente gravi e persuasive per giustificare il diniego di autorizzazione opposto alla ricorrente.

La Corte, infine, rimarca che le norme rilevanti del codice civile nulla dicono quanto alla necessità di un referente dell’altro sesso, non dipendendo comunque quest’ultima necessità dagli orientamenti sessuali del genitore adottivo non sposato. Nella fattispecie, inoltre, la ricorrente presentava, per riprendere le parole della sentenza del Consiglio di Stato, “delle qualità umane ed educative incontestabili”, il che serviva sicuramente l’interesse superiore del minore, nozione chiave degli strumenti internazionali rilevanti (paragrafi 29-31 sopra riportati).

Tenuto conto di quanto precede, è dunque giocoforza constatare che le autorità interne, per respingere la richiesta di autorizzazione all’adozione presentata dalla ricorrente, hanno operato una differenziazione dettata da considerazioni attinenti al suo orientamento sessuale, distinzione che non si potrebbe tollerare secondo la Convenzione (...).»

In questo senso, anche nel presente caso, pare interessante la lettura dell’opinione dissenziente del giudice Costa, che osserva come la Corte si sia spinta eccessivamente nell’analisi dei fatti giudicati dalle autorità francesi, somigliando piuttosto ad un giudice di quarta istanza che ad una corte sovranazionale dei diritti e sulla reale esistenza di una discriminazione per orientamento sessuale nei fatti contestati il giudice francese dissente. Parimenti, cfr. LAMARQUE E., *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d’Europa stanno perdendo il loro margine d’apprezzamento?*, Quad. Cost., 2008, p. 908.

²¹ Con l’anomala conseguenza che la Corte di Strasburgo si trova a dover rivalutare i giudizi dati dagli assistenti sociali nel corso della procedura di richiesta di adozione. Più ampiamente si legga LONG J., *I giudici socchiudono le porte*

Non è possibile approfondire ulteriormente il tema in questa sede. Quanto sin qui accennato è, tuttavia, sufficiente per precisare che i precedenti giurisprudenziali *Frette* e *EB* – coinvolgenti lo Stato francese come nel caso *Gas and Dubois* – erano stati resi in giudizi di conformità con il diritto alla vita familiare da parte di provvedimenti giurisdizionali pronunciati in merito a provvedimenti amministrativi in materia di adozione, ove invece nel caso in esame ad essere soggetta al controllo della Corte risulta essere direttamente la normativa francese sull'*adoption simple*, essa stessa accusata di una possibile discriminazione.

Per finire, si deve sottolineare come sulla normativa in esame, più in generale, penda la ratifica della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967: infatti, la Convenzione prevede, al momento, che «la legge permette l'adozione di un minore solo da parte di due persone unite in matrimonio, che esse adottano simultaneamente o successivamente, o da parte di un solo adottante». Poiché però alcuni Stati europei, quali la Svezia e l'Inghilterra, hanno recentemente modificato la loro normativa interna nel senso di ammettere l'adozione congiunta anche in capo a coppie omosessuali, è stata richiesta una modifica della Convenzione tale da aggiornarla rispetto alle diverse riforme legislative interne in materia di famiglia, così da estendere l'adozione alle coppie eterosessuali non sposate ma registrate (quando previsto dall'ordinamento) e – a discrezionalità dello Stato – da consentire di estendere le medesime adozioni alle coppie dello stesso sesso sposate o registrate o anche di includere fra i soggetti adottanti i conviventi, siano essi eterosessuali o omosessuali.²²

3. Il caso *Gas and Dubois*, ovvero l'istituto dell'*adoption simple* e le molte potenziali discriminazioni che ne conseguono

Il ricorso esaminato dalla Corte di Strasburgo il 15 marzo 2012 mirava a contestare il mancato consenso delle autorità francesi all'adozione, da parte della partner di una coppia omosessuale, della figlia della convivente, concepita in Belgio tramite fecondazione eterologa da donatore anonimo. Benché la madre naturale/legale avesse dato il suo assenso, gli organi giurisdizionali francesi non avevano accolto la richiesta, argomentando che la concessione dell'*adoption simple*, nel caso sottoposto al loro sindacato, avrebbe privato la madre naturale dei suoi diritti nei riguardi della figlia, conseguenza ritenuta aberrante rispetto agli scopi perseguiti dalle ricorrenti e rispetto al *best interest of the child*.

Per comprendere la decisione dei giudici nazionali, è utile ricordare che in via generale l'*adoption simple* è un istituto assimilabile a una sorta di affido rinforzato, mirando primariamente a porre rimedio alle carenze dell'ambiente familiare d'origine, ed è costruita – nell'intreccio previsto di diritti e di doveri tra famiglia d'origine e famiglia adottante – per

dell'adozione agli omosessuali, Nuova Giur. Civ. Comm., 2008, p. 676 ss. Vi è anche stato chi ha letto comunque in questa sentenza un ultimo favor della Corte di Strasburgo sulla omogenitorialità, sia pur nella forma di un divieto di trattare in forma deteriore le coppie omosessuali: cfr. OBERTO G., *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, Dir. Fam. e Persone, 2010, p. 812.

²² Secondo il riformato art. 7 della Convenzione, così come proposta alla firma degli Stati il 27 novembre 2008, «the law shall permit a child to be adopted: a. by two persons of different sex, i) who are married to each other, or ii) where such an institution exists, have entered into a registered partnership together; b. by one person. States are free to extend the scope of this Convention to same-sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this Convention to different sex couples and same-sex couples who are living together in a stable relationship».

Si noti che al momento la Convenzione è entrata in vigore solo nei seguenti Stati: Danimarca, Finlandia, Norvegia, Slovenia, Spagna e, sotto riserva di non (o parziale) applicazione dell'art. 7, Romania e Ucraina. Non è possibile ripercorrere in questa sede la discussione sull'opportunità della ratifica da parte dello Stato italiano, né tanto meno ricordare le recenti iniziative in sede comunitaria volte a spingere verso la creazione di standard minimi comuni nel settore dell'adozione.

perseguire in modo razionale questo importante scopo sociale. Con l'adozione in parola, infatti, la potestà genitoriale è trasferita dai genitori naturali all'adottante; ad un tempo, l'adottato mantiene i diritti successori nei confronti dei genitori naturali e ne acquisisce di nuovi nei confronti dell'adottante. Non è questa, tuttavia, la sola anima dell'istituto; quale Giano bifronte, in via eccezionale – e più precisamente nella sola ipotesi di secondo matrimonio di una persona con figli – si può ricorrere a questo tipo di adozione da parte del nuovo coniuge per conferire all'adottato diritti successori altrimenti inesistenti (*second parent adoption*). Essendo configurata come eccezione alla regola generale, nelle ipotesi in cui è accolta la richiesta di *adoption simple* formulata dal nuovo coniuge, questa non determina la cessazione della potestà genitoriale del genitore naturale: tale potestà può essere quindi esercitata congiuntamente.

Muovendo dalla considerazione che gli organi giurisdizionali francesi – nel caso di specie come in altri casi – avevano escluso che l'eccezione alla regola generale sopra detta potesse essere estesa alle coppie di fatto o a quelle legate da patti civili di solidarietà, nonché dalla considerazione che in Francia permaneva il divieto di contrarre di matrimonio tra persone dello stesso sesso, le ricorrenti hanno eccepito che le norme sopradette e le pronunce giudiziali su di esse fondate determinassero una potenziale e multiforme violazione del principio di eguaglianza, per pregiudizio della tendenza sessuale nell'ambito del diritto alla vita familiare (artt. 8 e 14 Cedu). Illegittimamente discriminatoria risultava essere ai loro occhi, soprattutto, la normativa che, tramite l'istituto dell' *adoption simple*, consentiva in forma stabile l'esercizio congiunto della potestà genitoriale alle coppie legate da vincolo matrimoniale, e dunque alle sole coppie eterosessuali, e non anche alle coppie non unite in matrimonio, e in particolare a quelle omosessuali. A queste ultime (siano esse di fatto o legate da Pacs), la legislazione francese consentiva invece di *delegare* al partner la potestà genitoriale, previa autorizzazione del tribunale, da concedersi tuttavia solo in presenza di circostanze che ne rendano indispensabile l'esercizio e una volta accertata la sussistenza dell'interesse del minore.

Oltre che discriminatoria per il motivo anzidetto, nel ricorso si lamentava, come conseguenza della normativa in esame, anche la potenziale lesione del *best interest of the child*. Su questo ultimo punto si sono incentrate molte delle argomentazioni delle ricorrenti, quanto mai suggestive: in estrema sintesi, è stato detto che avere due genitori legali è certamente meglio che averne uno solo, perlomeno alla luce dei diritti di natura economica (successione, reversibilità ecc...) che ne deriverebbero; è stato detto, ancora, che la bambina, possedendo un solo genitore legale, poteva vivere una situazione di svantaggio visto che di fatto ella era allevata da due persone.

L'argomentazione modellata sulla non discriminazione risulta per sua natura essere incalzante. Molto acuto l'esempio addotto dalle ricorrenti ad ulteriore sostegno della scorrettezza delle scelte legislative nazionali riguardante la normativa francese sulla fecondazione assistita. Dopo avere censurato la violazione del principio di non discriminazione da parte delle norme regolatrici della adozione singola, i ricorrenti hanno infatti ravvisato una seconda forma di violazione al principio in questione, ad opera della legislazione francese sulla fecondazione eterologa consentita a coppie eterosessuali infertili o con un patrimonio genetico alterato.

Volendo dimostrare la natura discriminatoria della normativa sull'adozione (ma cogliendo l'occasione anche per mettere in questione non la normativa in sé bensì l'effetto discriminatorio che essa provoca), le parti hanno messo a confronto due situazioni apparentemente analoghe: quella di A, un bambino concepito tramite l'eterologa, che vive in un focolare condotto da due partner del medesimo sesso, e quella di AD, sempre un bambino, sempre concepito con l'eterologa, sempre vivente in un focolare condotto da due partner ma, questa volta, di sesso diverso. Se in quest'ultimo caso la patria potestà sul minore risulta garantita ad entrambi i conviventi, nella prima ipotesi questa possibilità è

preclusa, ad A non residuando che accontentarsi di un solo genitore. Non solo; l'esempio può essere poi arricchito da un ulteriore passaggio volto ad evidenziare la palese natura discriminatoria della normativa: in caso di morte del padre di AD, la madre potrebbe contrarre un secondo matrimonio con un partner di sesso maschile, il quale potrebbe chiedere e ottenere l'*adoption simple* ed esercitare, in quanto coniuge della madre, la potestà genitoriale congiuntamente alla madre stessa. E, pertanto, con una sintesi cui ben poco sembra potersi opporre, si è qui di fronte a due situazioni di fatto assai simili, per non dire *identiche*, ma assai *diverse* sul piano del trattamento giuridico, visto che A è vincolato ad avere un solo genitore legale mentre AD può averne di diritto due, con tutte le conseguenze giuridiche del caso.

In pendenza del ricorso, la Corte costituzionale francese (6 ottobre 2010) si è pronunciata a favore delle scelte compiute dal proprio ordinamento; in quella sede si è accertato che il diritto a condurre una *vita familiare* non comporta il diritto a stabilire un legame di filiazione adottiva tra bambino e il partner del suo genitore²³; inoltre, sempre secondo il *Conseil*, di fronte alla scelta del legislatore di riservare la facoltà di adozione semplice con potestà genitoriale congiunta alle coppie sposate, non spetterebbe alla Corte contestarla sostituendovi proprie valutazioni. Sposando queste linee argomentative, il Governo francese, in sede di difesa della normativa interna di fronte alla Corte di Strasburgo, aveva chiesto inizialmente a quest'ultima di dichiarare l'irricevibilità della domanda delle ricorrenti, non essendo l'art. 8 Cedu idoneo a fondare un diritto all'adozione né a creare rapporti giuridici di filiazione tra adulto e minore che conducono una vita familiare²⁴.

Dissentendo da questa posizione radicale, la Corte Edu ha rigettato l'eccezione preliminare del Governo: i giudici di Strasburgo hanno infatti rilevato che nel caso di specie veniva in rilievo il diritto a una vita familiare, protetta come tale dalle norme della Convenzione, nonché il diritto a non essere discriminato sulla base delle proprie tendenze sessuali, anch'essa oggetto di tutela da parte della Convenzione²⁵.

²³ Può essere interessante osservare come per il Consiglio costituzionale francese la "vita familiare" è un diritto a tenere un certo comportamento (instaurare legami familiari, convivere, compiere scelte educative insieme ecc...) ma non implica in diritto a instaurare legami di filiazione adottiva: cfr. decisione del Consiglio costituzionale francese del 6 ottobre 2010, n. 2010-39 QPC, p.to 8: «Considerando, in primo luogo, che la disposizione contestata [art. 365 c.c.], nella portata che le dà la giurisprudenza costante della Corte di cassazione, impedisce che, per la via dell'adozione ordinaria, un minore possa veder creare un secondo legame di filiazione nei confronti del convivente o del partner di suo padre o di sua madre; che, tuttavia, questa disposizione non ostacola assolutamente la libertà del genitore del minore di vivere in convivenza o di concludere un patto civile di solidarietà con la persona di sua scelta; che non ostacola nemmeno l'ipotesi che un genitore confidi al convivente o al partner l'educazione e la vita del figlio; che il diritto di condurre una vita familiare normale non implica che la relazione tra un bambino e la persona che ha una relazione di coppia con il padre o la madre offra il diritto alla creazione di un legame di filiazione adottiva; che, di conseguenza, il motivo di contestazione tratto dal fatto che l'articolo 365 del codice civile violi il diritto di condurre una vita familiare normale deve essere rifiutato.»

²⁴ La normativa francese, secondo il Governo, non avrebbe compromesso la possibilità materiale di condurre, nella pratica, una vita familiare, ostando invece a che da tale situazione di fatto si facessero derivare vincoli giuridici di filiazione legale.

²⁵ Più specificamente sulla violazione dell'art. 8 congiuntamente all'art. 14 risulta interessante leggere la decisione di ammissibilità del 31 agosto 2010 della Corte Edu, la quale specifica che «The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights protected by the Convention. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall "within the ambit" of one or more of the Articles of the Convention (...) In accordance with its case-law, the Court notes that the existence or non-existence of "family life" is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties (...). It reiterates that the notion of the "family" in Article 8 is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* "family" ties where the parties are living together outside of marriage (...). When deciding whether a relationship can be said to amount to "family life", a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together (...).»

4. Principio di non discriminazione e discrezionalità legislativa

L'affermazione secondo la quale il tema di fondo non era l'esistenza o meno di un diritto a ma l'asserita irragionevole discriminazione tra due situazioni – considerate dalle ricorrenti – ragionevolmente simili, ha legittimato la Corte a sindacare il ricorso nel merito. Compito peraltro assai delicato, questo, risultando pressoché impossibile individuare vincoli di carattere astratto alla valutazione che i giudici devono compiere sulla fondatezza o meno delle distinzioni operate di volta in volta dai legislatori. Senza approfondire in questa sede in merito ai concetti logico/filosofici che necessariamente entrano nel cono di luce della definizione di eguaglianza e di diversità, occorre ricordare che è dubbio, anzitutto, se la valutazione giurisdizionale debba muovere dalla definizione della sfera delle facoltà facenti capo a un determinato diritto o, all'opposto, muovere dai *contenuti* delle scelte legislative, le quali necessariamente si rivolgono a determinate categorie di soggetti e finiscono quindi per essere tutte potenzialmente discriminatorie. Quando viene in rilievo l'elemento della tendenza sessuale, vi è poi da chiedersi se vi sia ancora uno spazio di discrezionalità per le scelte legislative, posto che queste ultime sono quasi per definizione sospettate di discriminazione, come del resto non nasconde la sentenza in esame quando afferma che se il diritto alla vita familiare non comporta diritto all'adozione, ciononostante in presenza di una *vita familiare* e di un certo *orientamento sessuale* si può – anzi si deve – accertare la non violazione dell'art. 14 Cedu. Detto in altre parole, se il controllo sulla natura non discriminatoria delle norme può essere compiuto a prescindere dai fini perseguiti dal legislatore e solo sulla base del binomio “uguale – diverso”, è assai facile che, in ultima analisi, tutto sia passibile di condanna, visto che si potrà sempre invocare l'esistenza di una categoria di persone che di fatto sono eguali mentre risultano oggetto di un diverso trattamento giuridico.

I problemi applicativi del principio di non discriminazione sono emersi con grande evidenza in numerose decisioni della Corte di Strasburgo. Così, solo per fare un esempio, nel caso *SH c. Austria* la Corte ha considerato equiparabili la situazione delle coppie in cui l'infertilità era del marito e quella di coppie in cui, invece, l'infertilità era propria della moglie, concludendo nel senso della irragionevole discriminazione delle diverse discipline giuridiche, essendo alle seconde precluso l'accesso alla fecondazione eterologa, accessibile invece alle prime²⁶. In estrema sintesi, quando il principio di eguaglianza non tiene conto dell'esistenza di sostanziali posizioni giuridiche diverse sostenute da finalità legislative legittime finisce per essere un fattore di controllo molto efficace (ma anche molto pregnante) di qualunque scelta compiuta in sede nazionale.

L'ampio sindacato che la Corte di Strasburgo potrebbe svolgere in materia di discriminazione è stato peraltro bilanciato in numerose occasioni da un certo *self-restraint*: come si è detto, le corti europee e le corti nazionali si rifanno ora al margine di apprezzamento ora al rispetto della discrezionalità legislativa, e tuttavia si ha spesso

²⁶ Più specificamente, la Corte di Strasburgo si è misurata con il limitato novero di tecniche di fecondazione assistita ammesse dalla normativa austriaca che consente senza limiti la fecondazione omologa ma vieta la donazione di spermatozoi nell'ambito della fecondazione *in vitro* nonché, in generale, la donazione di ovuli. In merito all'uso del principio di uguaglianza in questa prima sentenza della Corte di Strasburgo del 1 aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (che poi, come noto, è stata rimessa in discussione dalla successiva decisione della Grande Camera del 3 novembre 2011) si veda, volendo, VIOLINI L., *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile di applicazione stretta del principio di eguaglianza*, Quad. Cost., 2010, p. 632 ss. Sulla revisione del caso compiuta dalla Grande Camera si veda OSTI A., *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo “indietro” per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, in Quad. Cost., 2012, p. 138 ss.

Il tema della procreazione medicalmente assistita è tra quelli noti allo studioso che qui si intende onorare; tra i molti scritti dedicati, in generale, a temi bioetici, basti qui ricordare LOIODICE A., *La tutela dei soggetti deboli nella procreazione medicalmente assistita (ipotesi di riflessione)*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno di Studi tenutosi a Roma il 31 gennaio 2005, Schena ed, Fasano (Bari), 2005, pp. 301-348

l'impressione che si tratti di una sorta di ultima spiaggia non presidiata da ragioni²⁷. Per contro, il sottile argomentare sulla base della discriminazione presenta incomparabili vantaggi sul piano della comunicazione e della fondatezza razionale: chi si sentirebbe autorizzato, nel caso presente, a contestare la tesi, avanzata dalle ricorrenti, della netta preferibilità per un bambino ad avere un doppio genitore legale dopo che si sono legittimati altri tipi di convivenze familiari?

5. Come mai il tema della discriminazione non risulta vincente?

Pur essendo sapientemente costruito, l'argomentazione a sostegno del ricorso non risulta vincente.

Dopo aver ripercorso la giurisprudenza consolidata in tema di applicazione dell'art. 14, la Corte – accogliendo le argomentazioni addotte dal governo francese – ha smantellato *in primis* la tesi della discriminazione diretta per tendenza sessuale, adducendo l'irrefutabile quanto tautologico argomento secondo cui la norma dell'art. 365 del codice civile presuppone il matrimonio; eterosessuali ed omosessuali *non sposati* sarebbero in tal modo parificati dalla norma in esame, visto che né l'uno né l'altro possono accedere alla paternità congiunta conseguente all'adozione semplice.²⁸ In altre parole, l'applicazione dell'istituto che si presume discriminatorio per il fatto stesso di essere riservato a coppie sposate presuppone esattamente che vi sia stato un matrimonio ed è ad esso indissolubilmente legato: solo il matrimonio, nella logica dell'ordinamento francese, garantisce quella stabilità che altre forme di convivenza non garantiscono e che si suppone essere fondamentale per garantire il *best interest of the child*. E non sarebbe solo una questione di stabilità: infatti, in caso di separazione, il destino dei figli è stabilito dal giudice mentre in caso di Pacs non vi sono effetti né sulla materia familiare né sulla filiazione.

Altrettanto inconsistente, in secondo luogo, è stato considerato l'argomento imperniato sulle conseguenze discriminatorie della normativa francese sulla fecondazione eterologa. La Corte ha osservato innanzitutto che le decisioni rese dagli organi giurisdizionali francesi non si erano occupate di questo punto, per il semplice fatto che esso non era stato portato alla loro cognizione. Sebbene il menzionato argomento fosse già sufficiente per considerare inammissibile questa parte del ricorso, la Corte ha voluto confutare nel merito le prospettazioni delle ricorrenti.

Avendo preso in considerazione tutti gli elementi della fattispecie legale della fecondazione eterologa, la Corte ha escluso che le ricorrenti si trovassero in una situazione ragionevolmente assimilabile a quella da essa contemplata, e dunque potessero invocare l'applicazione della normativa in questione nei loro confronti.²⁹ Per un

²⁷ Così anche può essere interessante rileggere la parte conclusiva (p.to 9) della già citata decisione del Consiglio costituzionale francese del 6 ottobre 2010, nel momento in cui afferma lapidariamente «che non è compito del Consiglio costituzionale sostituire la sua valutazione a quella del legislatore sulle conseguenze che occorre trarre, nella fattispecie, dalla situazione particolare del bambino cresciuto da due persone dello stesso sesso». In questo senso, cfr. anche l'opinione concorrente del giudice Costa nella sentenza in esame.

²⁸ Cfr. Sentenza della Corte dei diritti dell'Uomo, 15 marzo 2012, ricorso nr.25951/07, *Gas and Dubois*, par. 62: «La Cour constate que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que les requérantes se plaignent du refus d'adoption simple qui leur a été opposé concernant l'enfant A. A l'appui de leur décision, les juridictions nationales ont estimé que puisque l'adoption simple réalise un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante, elle n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant dès lors que la mère biologique entend continuer à élever cet enfant. Les juridictions ont ainsi appliqué les dispositions de l'article 365 du code civil qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple. N'étant pas mariées, les requérantes n'ont pas pu bénéficier de la seule exception prévue par ce texte.»

²⁹ Id, par. 63: «S'agissant de l'insémination artificielle avec donneur anonyme (IAD) telle que prévue par le droit français, la Cour constate que, sans remettre en cause les conditions d'accès à ce dispositif, les requérantes en critiquent

verso, infatti, i giudici di Strasburgo hanno messo in luce che in Francia la fecondazione eterologa è sì riservata alle coppie eterosessuali, ma che l'accesso a tale tecnica è consentito unicamente per rimediare a situazioni di infertilità di carattere patologico medicalmente accertate o per evitare la trasmissione di malattie genetiche gravi, circostanza non sussistente nel caso di specie. Per altro verso, la Corte non ha mancato di evidenziare come la disciplina giuridica della fecondazione eterologa preveda che i conviventi che facciano ricorso a tale tecnica, assumano la qualifica di genitore legale del figlio qualora essa vada a buon fine, e non quella di genitore adottivo. Il che rendeva impropria l'equiparazione ipotizzata dalle ricorrenti per i casi di AD e A.

Dopo aver ricostruito il tema dal punto di vista della discriminazione diretta, la Corte ha preso in considerazione la censura avanzata dalle ricorrenti di discriminazione indiretta derivante dalla riserva legislativa ai soli coniugi dell'adozione semplice con potestà genitoriale congiunta, e dalla contestuale esclusione da simile facoltà per le coppie non unite in matrimonio.

A riguardo, la Corte ha ritenuto che la situazione giuridica di queste ultime non fosse analoga a quella delle coppie sposate, nella materia *de qua*. Per giustificare tale conclusione, i giudici di Strasburgo hanno osservato che il matrimonio costituisce un istituto diverso da altri istituti giuridici eventualmente approntati dagli Stati per regolare forme di convivenza familiare di altro genere. Più precisamente, si è ricordato che, mentre la Convenzione stessa protegge l'esercizio del diritto al matrimonio e le relative conseguenze sociali, personali e giuridiche,³⁰ essa non impone agli Stati membri l'obbligo di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio e lascia agli stessi un certo margine di apprezzamento nel definire lo statuto delle forme legali di convivenza che essi decidano di istituire. Trattasi, insomma, di situazioni giuridicamente non equiparabili.³¹

Da quest'ultimo, in particolare, derivano le conseguenze giuridiche relative alla filiazione, basata a sua volta, secondo il diritto francese, sul matrimonio come istituto stabile, volto alla protezione del *best interest of the child*, da fondarsi a sua volta sulla alterità sessuale dei coniugi. La Corte pare attestata, in ultima analisi, sulla tendenza ad accettare che vi siano Stati per i quali la generazione dei figli comporta l'esistenza di due genitori, i.e. due patrimoni genetici diversi contenuti in cellule germinali diverse, e che considerano tale dato naturale come fondamento della struttura giuridica dei rapporti di filiazione, anche adottiva. La si condivida o no, questa resta per la Francia una soglia che, per il momento,

les conséquences juridiques et allèguent une différence de traitement injustifiée (paragraphe 43 *in fine*). Or, la Cour observe d'abord que les requérantes n'ont pas contesté cette législation devant les juridictions nationales. Surtout, la Cour relève que si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave (voir paragraphes 25 et 26). Ainsi, pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes. La Cour constate également que ces normes ne permettent pas l'établissement du lien de filiation adoptif qu'elles revendiquent.»

³⁰ Id., par. 68: «La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Elle rappelle, comme elle l'a déjà constaté, que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. L'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques (*Burden*, précité, § 63, et *Joanna Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45851/99, 27 avril 2000 ; voir aussi *Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI, *Lindsay c. Royaume-Uni* (déc.), n° 11089/84, 11 novembre 1986, et *Şerife Yiğit c. Turquie* [GC], n° 3976/05, 2 novembre 2010). Par conséquent, la Cour estime que l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés.»

³¹ Così pure la Corte rigetta la tesi della discriminazione ingiustificata tra coppie non coniugate eterosessuali e coppie non coniugate omosessuali. La Corte (cfr. par. 69) ha osservato che in entrambi i casi, la normativa francese esclude il ricorso all'adozione semplice del figlio legale del partner. Quanto al fatto che le prime possano tuttavia procedere in tale senso, accedendo al matrimonio, ma non le seconde, la Corte si è limitata a ricordare quanto già detto sulla non confrontabilità del matrimonio con altre forme di convivenza.

non si intende varcare.

Risulta pertanto legittimo, secondo la Corte, che sussista un elemento di specificità del matrimonio rispetto ad altri tipi di convivenze; tale specificità giustifica la disparità di trattamento tra i due tipi di legame senza che per questo sussista una forma di discriminazione indiretta rispetto alle conseguenze giuridiche (diverse) tra gli stessi. Tra l'altro, se la discriminazione indiretta fosse stata accolta, si sarebbe creato un ulteriore elemento di parificazione tra i due legami contro la volontà della Francia, che ha manifestato – redigendo lo statuto dei Pacs – di volerli tenere, ultimamente, ben distinti, almeno sul piano della filiazione. Infatti, la *ratio* del legislatore francese parrebbe tutta indirizzata a sottolineare il carattere di stabilità giuridica dell'istituto matrimoniale in contrasto con la *souplesse* del contratto tipica dei Pacs, come dimostra il fatto che quest'ultimo – oltre non dare accesso a legami di filiazione – non apre la strada neppure all'instaurarsi di diritti successori.

Basandosi su questa diversità, che si potrebbe definire ontologica, la Corte non accoglie il ricorso, in ciò "aiutata" dalle particolarità della normativa in esame la quale, guardata in filigrana, permette di identificare anche un elemento tecnico di sbarramento alla pretesa discriminazione. Rifacendosi ad *una* delle due versioni della adozione semplice, quella caratterizzata dalla natura escludente della stessa rispetto ai diritti della madre naturale, i giudici riescono con una certa facilità a dimostrare la incoerenza di quanto le ricorrenti avrebbero ottenuto rispetto alla richiesta di adozione con potestà genitoriale congiunta; se infatti si fosse concesso alla partner di adottare, non trattandosi di coppia legata da matrimonio, non solo non si sarebbe ottenuta la potestà genitoriale congiunta ma si sarebbe esclusa la madre naturale dalla potestà genitoriale, cosa – come già si è detto – palesemente assurda.

Fecondazione eterologa limitata a casi di infertilità naturale, propria solo di coppie eterosessuali, e gestione congiunta della potestà genitoriale, limitata a coppie legate da vincolo matrimoniale parevano aver creato un mix diabolico di esclusioni di natura discriminatoria che tuttavia, alla fine, non produce alcun risultato tangibile.

Una domanda al termine dell'analisi s'impone: la scelta della Corte è stata dettata dalla particolarità del caso (fattuale e giuridico) oppure è discesa dalla volontà di consolidare i principi del diritto della famiglia naturale/tradizionale, formata da coppie eterosessuali legate da vincolo matrimoniale? Difficile a dirsi. Quello che è certo è che entrambi i fattori hanno in qualche modo giocato per far sì che, in Francia, possano essere conservate le limitazioni sopra messe in luce. Non può peraltro non osservarsi che si tratta di una conservazione assai precaria, visto che da più parti (ed esemplarmente nella *concurring opinion* del giudice francese Costa) si invoca una razionalizzazione delle regole in esame da parte del Parlamento che consenta passi avanti nella omologazione tra matrimonio e Pacs. Le regole francesi, dunque, restano vive ma sotto la spada di Damocle dell'accusa di discriminazione.

Del resto, che il diritto di famiglia tradizionale – e ormai anche il diritto della filiazione³² - sia, tassello per tassello, in via di smantellamento è cosa nota. Manca, infatti, al presente una solida base motivazionale per giustificare le differenziazioni rispetto ad

³² Particolarmente interessante risulta essere la lettura dell'opinione concorrente del giudice francese Costa che, pur concordando con il dispositivo della sentenza, non manca di incoraggiare il legislatore francese a rivedere la struttura dell'art. 365 c.c., senza accontentarsi dell'assoluzione che oggi, quasi *in extremis*, ottiene. E, nondimeno, il giudice ribadisce con particolare energia che questo passaggio, come tutto ciò che riguarda lo status delle coppie omosessuali, è riservato alle scelte che emergeranno dal dibattito democratico in atto nei diversi paesi europei: «En réalité, et ce sera ma dernière remarque, la jurisprudence admet qu'il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage. Je prends un exemple. La question du mariage homosexuel est un sujet de débat démocratique, dans plusieurs pays d'Europe. C'est largement pour cette raison que la Cour, dans un arrêt récent, a préféré exercer un contrôle restreint sur les choix nationaux (Schalk et Kopf c. Autriche, no 30141/04, CEDH 2010).»

altri analoghi istituti, non a caso introdotti per consentire l'accesso alla tutela legale simil-matrimoniale ad altri tipi di convivenze, basate sul venir meno di uno dei tre elementi che tradizionalmente hanno qualificato il matrimonio, vale a dire la monogamia, l'esogamia e l'eterosessualità. Caduta quest'ultima in alcuni Paesi aderenti alla Cedu – vedi, da ultimo, Portogallo –, riconosciuta in sede europea la tutela delle convivenze omosessuali *sub specie* della tutela della “vita familiare” grazie ad una lettura congiunta dell'art. 12 della Convenzione con l'art. 9 della Carta dei Diritti³³, l'arma delle accuse di discriminazione per tutti gli elementi che restano propri del solo matrimonio costituisce una seria minaccia per la sopravvivenza stessa del matrimonio in quanto tale, protetto solo come “riserva di intervento” dei legislatori nazionali, anch'essi ultimamente sempre sotto un assedio tecnicamente (e forse anche finanziariamente) assai agguerrito³⁴.

6. Bits and pieces: *il diritto di famiglia in trasformazione*

Anche se analizzato da una speciale prospettiva, quale è quella delle adozioni da parte di coppie omosessuali, il presente caso non sfugge all'impressione – già, peraltro, sottolineata da tempo dalla dottrina – che il diritto di famiglia abbia perso la sua funzione ordinante: sembra piuttosto emergere come le relative norme siano qui «costrette ad inseguire i nuovi fenomeni cercando di offrire i desiderati strumenti di regolamentazione e di tutelare i soggetti più deboli». ³⁵ Nuove esigenze e nuove realtà premono alle porte della disciplina della famiglia e fra le righe dei mille interventi (giurisprudenziali) a più livelli si potrebbe leggere una sorta di rincorsa ad aggiustare un sistema accusato di non essere più al passo con i tempi.

E, tuttavia, seppure in forme forse non totalmente previste – quale l'assoluto protagonismo del giudice rispetto al legislatore –, sarebbe riduttivo considerare le trasformazioni del diritto di famiglia come un semplice adattamento di diritto all'evoluzione dei tempi e dei costumi. ³⁶ L'intervento del giurista in quest'ambito, come si è visto anche nella discussione del caso in esame, svolge un ruolo di capitale importanza nonché di

³³ Come noto, tale passaggio della già citata sentenza *Schalk and Kopf* (cfr. ad es. il par. 61, nel momento in cui si afferma «Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex») non è stato immune da critiche dal punto di vista delle regole d'interpretazione dei trattati internazionali. Esemplarmente si legga l'opinione concorrente del giudice Malinverni insieme al giudice Kovler secondo i quali, a partire dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sulle regole di interpretazione dei trattati internazionali, il senso da attribuire alla norma in esame della convenzione non poteva essere quello dedotto dalla sentenza né tanto meno dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea «no inferences can be drawn from this as regards the interpretation of Article 12 of our Convention».

³⁴ A riprova di quest'ultima considerazione si può citare il recentissimo caso italiano relativo alla concessione da parte della Questura di Reggio Emilia del permesso di soggiorno ad un cittadino uruguayano sposato in Spagna con un cittadino italiano a seguito di una sentenza del Tribunale. Senza scendere nei dettagli del caso, secondo un'autorevole opinione espressa sugli organi di stampa, essa sarebbe da considerarsi come un primo passo che impone ai Parlamenti nazionali – al di là di qualsiasi margine di apprezzamento – di legiferare in materia visto che, secondo questa corrente di pensiero, il diritto alla vita familiare delle coppie omosessuali non solo “esiste” in sede europea ma chiederebbe una regolamentazione in sede nazionale la quale, a sua volta, dovrebbe essere basata sul principio di non discriminazione. Poiché tale principio comporta che “le differenze di trattamento siano fondate su una differenza *rilevante* (enfasi aggiunta) della situazione disciplinata”, da ciò viene desunto che “in linea di principio il rispetto della vita familiare non può aver contenuto diverso se si tratta di coppia omo o eterosessuale” (cfr. ZAGREBELSKY V., *Anche quella omosessuale è una famiglia*, La stampa, 27 marzo 2012, in www.lastampa.it). Ciò vale anche rispetto alla filiazione? Per ora la Francia, che ha detto di no, è stata oggetto di rispetto. Ma a quando il prossimo passo?

³⁵ S. PATTI, *Il principio famiglia e la formazione del diritto europeo della famiglia*, cit., p. 253.

³⁶ Così esemplarmente GLENDON M.A., *Family Law in a Time of Turbulence*, cit., p. 24: «it would be an oversimplification to characterize the new family law that emerged over the decades as merely having adapted family law to evolving behavior and attitudes».

estrema delicatezza, visto che le riforme del diritto di famiglia – attuate per *bits and pieces* - paiono, infatti, tutte cominciare dalle aule dei tribunali.³⁷

Questo rilievo si inserisce all'interno di una tendenza più generale, ampiamente commentata dalla dottrina: le decisioni rese dai giudici sui diritti fondamentali stanno diventando più importanti delle stesse Carte che quei diritti prevedono. Questa osservazione, se vista da un'altra prospettiva, si può tradurre nella centralità che il dialogo fra Corti viene ad ottenere rispetto al dibattito interno alle camere legislative. Un processo democratico *sui generis*, come viene anche chiamato, ma cui ci stiamo ormai abituando. Anche se quest'affermazione sull'importanza del momento giurisprudenziale ha un po' il sapore di un *déjà-vu*, tuttavia, se calata nel particolare contesto del diritto di famiglia, finisce con acquisire un peso specifico proprio e mette in luce, come in un prisma, i molti aspetti problematici sottesi. Infatti, com'è stato autorevolmente rilevato, la scelta di passare attraverso l'analisi di casi, una volta contestualizzata all'interno della competenza "famiglia", acquista il sapore amaro di un «*unforeseeable and imperceptible sideways approaches*»,³⁸ una sorta di scorciatoia. Criticamente si potrebbe anche ribattere che l'assenza sulla scena del legislatore e, con esso, del sano dibattito democratico nelle aule parlamentari, non è totalmente obbligata: se certo in parte si può addebitare alla struttura del governo a più livelli del settore in esame e ai sofisticati meccanismi di europeizzazione, tuttavia non si può che accusare il dato di un'assoluta incapacità delle istituzioni politiche di reagire – sia in un senso sia in un altro – a questo flusso di interventi giurisdizionali.

Così, si diffonde il richiamo incrociato alle giurisprudenze sovranazionali e straniere attraverso il territorio europeo (tenendo anche presente che tali contaminazioni fra ordinamenti giuridici non sempre sono rintracciabili) e, gli effetti di questa "*cross-fertilization*" – come viene chiamata dalla dottrina in ambito europeo – sono imprevedibili. Infatti, non sempre un singolo caso si presta ad essere riprodotto in altri contesti, o addirittura in altri Stati: e, ciononostante, si assiste ad una forte pressione a condividere i risultati dell'attività giudiziaria al di là dei confini nazionali e delle regole proprie dell'applicazione del diritto sovranazionale, a volte senza un'eccessiva cura dei dettagli della controversia. Ma questo, come si era già detto all'inizio del lavoro, è una conseguenza direi quasi naturale del processo (che ci piaccia o meno) di europeizzazione e globalizzazione di cui anche il diritto di famiglia inevitabilmente fa parte.

Ne consegue che, anche se un giudizio parte sempre da un caso specifico concreto, i suoi effetti vanno ben oltre e la logica che emerge dal singolo caso finisce, in una certa misura, per prevalere sulla logica di sistema (al cui interno, paradossalmente, però il singolo caso pur sempre si trova). Quindi, si potrebbe dire, nelle sentenze si gioca oggi l'individuazione dei nuovi principi generali della materia, ma è un gioco che per sua stessa struttura si realizza all'interno di confini ben definiti, cioè l'analisi di casi specifici: questo originale quadro di sfondo alla discussione in corso deve essere ben chiaro all'interprete quando prende in prestito giurisprudenze sviluppatasi oltre i confini nazionali.³⁹

³⁷ Questi sono del resto i risultati di un'ampia indagine condotta nel settore da vari specialisti: cfr. BOELE-WOELKI K., (ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp, Intersentia, 2009, p. 405-406. In particolare l'A. sottolinea come «the Courts often decide that the legislature should take action because the current law violates international obligations or because it does not provide answers to new developments in society. This can be demonstrated in the field of the recognition of same-sex relationships (...) The Courts paved the way for legal reform and, as a result, in the last twenty years or so more and more national legislatures have adopted legislation which is aimed at providing a legal status for same-sex couples.»

³⁸ MEULDERS-KLEIN M.T., *Towards a Uniform European family Law? A Political Approach. General Conclusion*, in ANTOKOLSKAIA M., (ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2007, p. 274: più precisamente l'A. osserva criticamente l'intervento delle istituzioni europee in quest'ambito, rilevando come la scelta di quest'approccio per "scorciatoie" «*take them [the European institutions] also into the realm of substantive law*».

³⁹ Non è certo possibile in questa sede analizzare, in tal senso, l'uso che la Corte di Cassazione nella recente sentenza nr. 4184/12 del 15 marzo 2012, compie nei paragrafi 60-62 della già citata sentenza *Schalk and Kopf* della Corte di Strasburgo per risolvere un caso di trascrizione del matrimonio omosessuale. Può essere interessante, forse, notare che

Sia detto, solo per inciso, che questo è anche il punto debole di un tale sistema poiché, se il richiamo fra corti e ordinamenti crea dialogo, manca tuttavia una regola generale per i casi non chiari o i casi di conflitto. Come è noto, questo dilemma ha dato luogo ad una discussione ampia e vivace tra gli studiosi e il dibattito è ancora aperto. Senza entrare nel merito della natura e delle criticità che il dialogo tra le Corti inevitabilmente apre⁴⁰, qui pare sufficiente richiamare il fatto che un dialogo necessita di interpreti: l'attività interpretativa dei giudici assurge così a snodo dell'intera vicenda e le corti sovranazionali per loro stessa natura e, se così si può dire, "collocazione", finiscono per fungere da stelle polari di questo fenomeno e quindi determinano l'orientamento, il nord.

Una destinazione – come si era detto all'inizio del lavoro riguardo il processo di trasformazione cui è soggetto il diritto di famiglia più in generale – ancora non definita o definitiva, ma in cui «ad essere importante è come il diritto sceglierà di accompagnare questi processi di trasformazione, di elaborarli e di qualificarli, e cioè *l'argomento* che sarà scelto per narrare queste trasformazioni. (...) Se riuscirà ad individuare una chiave discorsiva (...) capace di accogliere il cambiamento, di partire da essa per pensare nuovi contenuti dei propri istituti, per rifondare continuamente il dialogo tra le istituzioni e la persona umana, essa farà migliore omaggio, io credo, alla propria natura più preziosa: quella – rubo una frase bellissima ad Alessandro Giuliani – di scienza del discorso, con la quale "l'esperienza umana ragiona intorno a se stessa"». ⁴¹

la sentenza *Gas and Dubois* qui commentata è dello stesso giorno della sentenza della Cassazione e viene ad arricchire il quadro normativo di cui i giudici dovranno tener conto nell'interpretazione della materia nel suo complesso.

⁴⁰ Senza ripercorre la sterminata dottrina in materia, si può qui accennare ad una recente lettura del fenomeno compiuta da SABEL C.F. and GERSTENBERG O., *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, ELJ, 2010, p. 511 ss., che ripercorre anche le principali teorie sviluppatasi su quest'argomento. Secondo gli A. «the potential clash of jurisdiction is being resolved (...) by the formation of a novel order of coordinate constitutionalism (...). This coordinate order extends constitutionalism – understood as the legal entrenching fundamental values rather than the founding act of political sovereignty – beyond its home territory in the nation state through a jurisprudence of mutual monitoring and peer review (...)» (p. 512). Ulteriormente gli autori delineano un possibile modello per il dialogo fra Corti, in questa sede non analizzabile (cfr. p. 547).

⁴¹ NICCOLAI S., *Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza*, cit., da cui anche la citazione di GIULIANI, A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice, problemi storici e metodologici*, p. 574.