

BOLLETTINO DI INFORMAZIONE
SULLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI
SOVRANAZIONALI EUROPEE

marzo 2013

a cura di *Ornella Porchia e Barbara Randazzo*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. Le pronunce rese nei confronti dell'Italia

Art. 7 CEDU (Nullum crimen sine lege)

a) Previti c. Italia – Seconda sezione, decisione del 12 febbraio 2013 (ric. n. 1845/08)

Non retroattività di una legge penale che abbrevia il termine di prescrizione: irricevibilità

Art. 43 CEDU (Rinvio dinanzi alla Grande camera)

b) Rigetto di istanze di rinvio presentate dal Governo italiano

2. Le pronunce rese nei confronti di altri Paesi

Art. 8 CEDU (Diritto alla vita privata e familiare)

a) B c. Romania (N.2) – Terza sezione, sentenza del 19 febbraio 2013 (ric. n. 1285/03)

La reclusione presso un istituto psichiatrico non dovrebbe privare i genitori delle speciali protezioni legali contro la rottura inappropriata del contatto con i propri figli.

Art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione) in combinato disposto con art. 6 CEDU (Diritto ad un processo equo)

b) Garcìa Mateos c. Spagna – Terza sezione, sentenza del 19 febbraio 2013 (ric. n. 38285/09)

Rifiuto di organizzazione dell'orario di lavoro in modo da consentire la cura di un minore: mancata riparazione da parte delle autorità di una discriminazione fondata sul sesso: violazione

Art. 10 CEDU (Libertà di espressione)

c) Neij e Sunde Kolmisoppi c. Svezia – Quinta sezione, decisione del 19 febbraio 2013 (ric. n. 40397/12)

Condanna penale e al risarcimento del danno per la gestione di un sito web che permetteva agli utenti di scambiare materiali in violazione del diritto d'autore: irricevibilità

Art. 14 CEDU (divieto di discriminazione) in combinato disposto con art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare)

d) X e altri c. Austria – Grande Camera, sentenza del 19 febbraio 2013 (ric. n. 19010/07)

L'impossibilità di accesso all'adozione coparentale di una coppia omosessuale è discriminatoria rispetto a quelle delle coppie eterosessuali non sposate: violazione

Art. 1 Protocollo n. 1 (Protezione della proprietà)

e) Fabris c. Francia – Grande Camera, sentenza del 7 febbraio 2013 (ric. n. 16574/08)

Differente trattamento nella disciplina successoria tra figli naturali e figli legittimi: violazione

3. Altre segnalazioni

Discorso del Presidente della Corte Dean Spielmann in apertura dell'anno giudiziario

Discorso del Presidente della Corte Dean Spielmann in apertura del seminario svoltosi il 25 gennaio 2013 su “L’attuazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in periodo di crisi economica”

Discorso del Presidente della Corte Dean Spielmann su “I diritti umani in Europa” - Fitzwilliam Law Society, University of Cambridge, 22 febbraio 2013

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

1. Cooperazione giudiziaria penale.

Corte di giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, causa C-399/11, Melloni

«Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Mandato d’arresto europeo – Procedure di consegna tra Stati membri – Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l’interessato non è comparso personalmente – Esecuzione di una pena irrogata in absentia – Possibilità di revisione della sentenza»

2. Carta dei diritti fondamentali

Corte di giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson

«Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Ambito di applicazione – Articolo 51 – Attuazione del diritto dell’Unione – Repressione di comportamenti lesivi di una risorsa propria dell’Unione – Articolo 50 – Principio del ne bis in idem – Sistema nazionale che comporta due procedimenti distinti, amministrativo e penale, per sanzionare la medesima infrazione – Compatibilità»

3. Cittadinanza- Libera circolazione delle persone (lavoratori)

Corte di giustizia (Terza sezione), 21 febbraio 2013, causa C-46/12, L.N.

«Cittadinanza dell’Unione – Libera circolazione dei lavoratori – Principio della parità di trattamento – Articolo 45, paragrafo 2, TFUE – Regolamento (CEE) n. 1612/68 – Articolo 7, paragrafo 2 – Direttiva 2004/38/CE – Articolo 24, paragrafi 1 e 2 – Deroga al principio della parità di trattamento in relazione agli aiuti di mantenimento agli studi consistenti in borse di studio o prestiti – Cittadino dell’Unione che studia in uno Stato membro ospitante – Attività subordinata anteriore e posteriore all’inizio degli studi – Obiettivo principale dell’interessato al momento del suo ingresso nel territorio dello Stato membro ospitante – Incidenza sulla sua qualificazione come lavoratore e sul suo diritto a una borsa di studio»

Corte di giustizia (Prima sezione), 21 febbraio 2013, causa C-282/11, Concepción Salgado González c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

«Articolo 48 TFUE – Previdenza sociale dei lavoratori migranti – Regolamenti (CEE) n. 1408/71 e (CE) n. 883/2004 – Assicurazione vecchiaia e morte – Modalità particolari di

applicazione della normativa nazionale relativa all'assicurazione vecchiaia – Calcolo delle prestazioni»

Corte di giustizia (Terza sezione), 28 febbraio 2012, causa C-427/11, Margaret Kenny

«Articolo 141 CE – Direttiva 75/117/CEE – Parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile – Discriminazione indiretta – Giustificazione oggettiva – Condizioni»

4. Riconoscimento dei diplomi

Corte di giustizia (Quinta sezione), 21 febbraio 2013, causa C-111/12, Ministero per i beni e le attività culturali, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Venezia, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Padova, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Treviso, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Vicenza, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Verona, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Rovigo, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Belluno c. Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Verona, Alessandro Mosconi, Comune di San Martino Buon Albergo, Istituzione di Ricovero e di Educazione di Venezia (IRE), Ordine degli Architetti della Provincia di Venezia

«Direttiva 85/384/CEE – Reciproco riconoscimento dei titoli del settore dell'architettura – Articoli 10 e 11, lettera g) – Normativa nazionale che riconosce l'equivalenza tra i titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva agli architetti i lavori riguardanti immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico – Principio della parità di trattamento – Situazione puramente interna a uno Stato membro»

5. Trasporto ferroviario

Corte di giustizia (Prima sezione), 28 febbraio 2013, causa C-473/10, Commissione c. Ungheria

«Inadempimento di uno Stato – Sviluppo delle ferrovie comunitarie – Ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria – Imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura – Direttive 91/440/CEE e 2001/14/CE – Trasposizione incompleta»

Corte di giustizia (Prima sezione), 28 febbraio 2013, causa C-483/10, Commissione c. Regno di Spagna

«Inadempimento di uno Stato – Sviluppo delle ferrovie comunitarie – Direttiva 2001/14/CE – Ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria – Imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura – Diritti – Indipendenza di gestione»

Corte di giustizia (Prima sezione), 28 febbraio 2013, causa C-555/10, Commissione c. Austria

«Inadempimento di uno Stato – Trasporto – Sviluppo delle ferrovie comunitarie – Direttiva 91/440/CEE – Articolo 6, paragrafo 3, e allegato II – Direttiva 2001/14/CE – Articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2 – Gestore dell'infrastruttura – Indipendenza organizzativa e decisionale – Struttura di holding – Trasposizione incompleta»

Corte di giustizia (Prima sezione), 28 febbraio 2013, causa C-556/10, Commissione c. Repubblica di Germania

«Inadempimento di uno Stato – Trasporto – Sviluppo delle ferrovie comunitarie – Direttiva 91/440/CEE – Articolo 6, paragrafo 3, e allegato II – Direttiva 2001/14/CE – Articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2 – Gestore dell'infrastruttura – Indipendenza organizzativa e

decisionale – Struttura di holding – Direttiva 2001/14 – Articoli 7, paragrafo 3, e 8, paragrafo 1 – Fissazione dei diritti sulla base dei costi diretti – Imposizione dei diritti – Costi diretti – Costi totali – Direttiva 2001/14 – Articolo 6, paragrafo 2 – Assenza di incentivi a ridurre i costi – Direttiva 91/440 – Articolo 10, paragrafo 7 – Direttiva 2001/14 – Articolo 30, paragrafo 4 – Organismo di regolamentazione – Competenze»

6. Trasporto aereo

Corte di giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, causa C-11/11, *Air France SA c. Heinz-Gerke Folkerts, Luz-Tereza Folkerts*

«Rinvio pregiudiziale – Trasporto aereo – Regolamento (CE) n. 261/2004 – Articoli 6 e 7 – Volo con una o più coincidenze – Riscontro di un ritardo all'arrivo alla destinazione finale – Ritardo di durata pari o superiore a tre ore – Diritto dei passeggeri a compensazione pecuniaria»

7. Concorrenza (regole applicabili alle imprese)

Corte di giustizia (Seconda sezione), 28 febbraio 2013, causa C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência*

«Ordine degli esperti contabili – Normativa relativa al sistema di formazione obbligatoria degli esperti contabili – Articolo 101 TFUE – Associazione di imprese – Restrizione della concorrenza – Giustificazioni – Articolo 106, paragrafo 2, TFUE»

8. Aiuti di stato

Corte di giustizia (Seconda sezione), 28 febbraio 2013, causa C-246/12P, *Ellinika Nafpigeia AE c. Commissione*

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Costruzione navale – Decisione che dichiara le misure di aiuto incompatibili con il mercato comune – Protezione degli interessi essenziali della sicurezza nazionale – Condizioni di concorrenza nel mercato interno»

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

a cura di *Barbara Randazzo*

Avvertenza

Nel presente bollettino confluisce soltanto una minima parte della giurisprudenza CEDU resa nei confronti dell'Italia e degli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa che viene selezionata, massimata e tradotta in lingua italiana dal Servizio Studi in collaborazione con altre Istituzioni per l'Archivio CEDU presso il CED della Cassazione disponibile on line all'indirizzo web: <http://www.italgiure.giustizia.it>.

[Per ragioni di uniformità del materiale inserito nella banca dati, ai fini della massimazione ci si attiene il più puntualmente possibile ai testi dei comunicati stampa o ai bollettini predisposti dalla Cancelleria della Corte europea, quando disponibili].

1. Le pronunce rese nei confronti dell'Italia

Art. 7 CEDU (Nullum crimen sine lege)

a) *Previti c. Italia* – Seconda sezione, decisione del 12 febbraio 2013 (ric. n. 1845/08)

**Non retroattività di una legge penale che abbrevia il termine di prescrizione:
irricevibilità**

In fatto - Nel 1996 il pubblico ministero avviò un procedimento penale per corruzione nei confronti del ricorrente. Nel 2000 il Tribunale dichiarò il non luogo a procedere in suo favore. Il pubblico ministero presentò appello. Nel 2005 il Parlamento approvò una legge che, tra l'altro, abbreviava il termine di prescrizione per il reato di corruzione da quindici a otto anni. I fatti corruttivi imputati al ricorrente potevano farsi risalire al 1992, dunque il reato si era prescritto nel 2000. Tuttavia, in virtù di una disposizione transitoria, il ricorrente non poté beneficiare delle modifiche relative al regime di prescrizione dato che il suo processo, al momento dell'entrata in vigore della legge, era pendente in Cassazione. Nel 2007 la giurisdizione davanti alla quale la Corte di cassazione rinviò il procedimento condannò il ricorrente. L'ultimo ricorso da lui presentato venne respinto.

In diritto – *Articolo 7*: la Convenzione sottopone le disposizioni che definiscono reati e pene a regole particolari in materia di retroattività che includono il principio di retroattività della legge più favorevole.

Peraltro, come ha ricordato la Grande camera nel caso *Scoppola c. Italia (N. 2)*, la Corte ha ritenuto ragionevole l'applicazione, da parte delle giurisdizioni interne, del principio *tempus regit actum* con riguardo alle norme di procedura. Nella sentenza *Cöeme e altri c. Belgio*, la Corte ha qualificato le regole in materia di prescrizione della legge come norme di procedura. Le regole sulla prescrizione non definiscono i reati e le pene, e possono essere interpretate come recanti una semplice condizione preliminare per l'esame del caso. Di conseguenza, considerato che la modifica legislativa denunciata dal ricorrente concerne una legge di procedura, salvo verifica della sua arbitrarietà, per la Convenzione nulla vieta al legislatore italiano di regolare la sua applicazione ai processi in corso al momento della sua entrata in vigore. La limitazione prevista dal regime transitorio è stata circoscritta ai soli processi pendenti in appello o in cassazione. Questo regime transitorio non appare irragionevole né arbitrario. In questo contesto pertanto non risulta alcuna violazione dell'art. 7 della Convenzione.

Conclusion: irricevibilità (per manifesta infondatezza)

Art. 43 CEDU (Rinvio dinanzi alla Grande camera)

b) Rigetto di istanze di rinvio presentate dal Governo italiano

Il Collegio dei cinque giudici ha rigettato:

- in data 11 febbraio 2013 l'istanza di rinvio alla Grande Camera presentata dal Governo italiano nei confronti della sentenza *Costa e Pavan* resa dalla II Sezione in data 28 agosto 2012 che è divenuta pertanto definitiva;

- in data 18 marzo 2013 l'istanza presentata dal Governo italiano nei confronti della sentenza *Godelli* resa dalla II Sezione in data 26 settembre 2012 che è divenuta pertanto definitiva.

2. Le pronunce rese nei confronti di altri Paesi

Art. 8 CEDU (Diritto alla vita privata e familiare)

a) *B c. Romania (N.2)* – Terza sezione, sentenza del 19 febbraio 2013 (ric. n. 1285/03)

La reclusione presso un istituto psichiatrico non dovrebbe privare i genitori delle speciali protezioni legali contro la rottura inappropriata del contatto con i propri figli.

In fatto - La ricorrente, M.B., di nazionalità rumena, è nata nel 1958 e vive a Bacău (Romania). Dal momento che soffriva di malattie mentali, è stata ricoverata presso un ospedale psichiatrico in diverse occasioni tra il 2000 e il 2007, restandovi per periodi di durata variabile, la maggior parte delle volte in seguito ad una richiesta della polizia per via di alcune condotte che sono state ritenute pericolose e violente per chi le stava accanto.

Nel 2006 la ricorrente stessa firmò una richiesta non datata di ricovero presso l'ospedale, spiegando che era stata vittima di uno stupro durante uno dei periodi di permanenza presso un centro psichiatrico.

I suoi due figli minorenni, che non frequentavano più la scuola, vennero collocati presso un istituto, in seguito alla relazione dei servizi sociali del 13 settembre 2000, nella quale si

sottolineava la mancanza di cibo, di riscaldamento, di luce e di elettricità presso la loro abitazione. La ricorrente non contestò tale decisione.

Il Tribunale territoriale di Bacău, nel 2005 e nel 2006, ritenne di dover prolungare la permanenza presso l'istituto dei figli della ricorrente nel loro interesse. Il Tribunale decretò inoltre, in assenza della ricorrente, il trasferimento della potestà genitoriale in capo al direttore dell'istituto, sulla base della relazione redatta dai servizi sociali nel settembre del 2000.

Sebbene la ricorrente non abbia proposto appello avverso tali decisioni, successivamente presentò un diverso numero di istanze per recuperare la custodia dei propri figli, continuando ad andare a trovarli regolarmente. Nell'agosto del 2007 il Tribunale confermò la misura di collocamento presso l'istituto dei figli, i quali, intanto, erano stati trasferiti presso un'altra struttura in seguito ad una riorganizzazione dell'istituto stesso.

Nel frattempo, tuttavia, veniva emendata la legislazione rumena in materia di ricoveri psichiatrici, introducendo la possibilità per la parte interessata di nominare un tutore per l'assistenza o per la rappresentanza per l'intera durata del trattamento.

Invocando gli articoli 3, 5 e 8 della Convenzione, la ricorrente lamenta che il proprio ricovero psichiatrico sia stato inadeguato, sostenendo che la vera ragione dello stesso consisteva nell'evitare che proponesse denuncia per la violenza subita. La ricorrente lamenta altresì che il collocamento dei suoi due figli presso un istituto ha comportato una violazione dell'art. 8 CEDU.

In diritto - Articolo 8: La Corte sottolinea che le autorità nazionali si trovano nella posizione migliore per determinare in quali casi giustificare una misura di internamento. Le stesse, tuttavia, devono determinare un equo bilanciamento tra l'interesse della persona che soffre di disordini di natura psichiatrica e gli altri interessi legittimi coinvolti. L'ampiezza del margine di apprezzamento dello Stato circa tali decisioni dipende dalle qualità della procedura seguita: le conclusioni cui giungono le autorità nazionali sono discutibili nel caso in cui la procedura sia carente.

Con riguardo al ricovero della ricorrente, la Corte nota un certo numero di lacune della procedura che ha reso obbligatorio il ricovero in ospedale. Non vi erano prove per dimostrare che la commissione medica, responsabile della conferma della misura del ricovero, fosse stata convocata in conformità all'Atto rumeno per la salute mentale del 2002. E non vi erano indicazioni circa il rispetto dell'obbligo di notificare alla ricorrente che era stata presa la decisione di ricoverarla.

Questi punti deboli riflettono, in generale, alcuni dubbi circa tali forme di ricoveri e delle ambiguità nell'applicazione al caso di specie.

La Corte osserva che tali lacune, in questo caso, sono sorte in un contesto le cui mancanze vennero segnalate dal 2003 al 2009 da due organizzazioni non governative.

A questo riguardo, nessuna misura di protezione giuridica del tipo tutela o curatela non sembra siano state adottate benchè le autorità nazionali, specialmente quelle di natura giurisdizionale, debbano normalmente dimostrare una particolare attenzione nei casi riguardanti persone con disabilità.

La Corte tiene conto delle incoraggianti riforme adottate dal governo rumeno in epoca successiva ai fatti, riforme che prevedono, in particolar modo, un coordinamento tra le strutture ospedaliere e le autorità di tutela nei casi in cui manchi un rappresentante legale.

Le modifiche legislative hanno l'effetto di rafforzare significativamente la protezione giuridica dei pazienti, in conformità alle esigenze dell'art. 8 della Convenzione.

Tuttavia, nel caso di specie, le autorità nazionali hanno fallito nell'adempiere all'obbligo di assicurare ad una persona disabile il diritto al rispetto della propria vita privata.

Conclusione: violazione all'unanimità.

Con riguardo alla collocazione dei figli presso un istituto, la Corte riconosce la difficoltà di conciliare misure, talora necessarie, di ingerenza nella vita privata con la preservazione di un equilibrio familiare, ai sensi dell'art. 8. La Corte, tuttavia, mette in guardia rispetto al carattere irreversibile delle misure di allontanamento.

Nella specie, l'assenza di una protezione speciale, in particolar modo per la designazione di un avvocato d'ufficio o per la nomina di un curatore, ha avuto l'effetto di privare la ricorrente del suo diritto di partecipare al processo decisionale concernente il collocamento in istituto dei suoi figli.

Le sentenze del 2005, del 2006 e del 2007, che hanno confermato la collocazione dei due figli minorenni, sono state motivate esclusivamente sulla base di una valutazione della situazione familiare avvenuta nel mese di settembre del 2000. La Corte constata la manifesta impossibilità per la ricorrente di prendere parte alla decisione riguardante i suoi figli e sottolinea l'assenza di contatti regolari tra la madre e i servizi sociali, contatti che sarebbero stati il mezzo migliore per portare a conoscenza delle autorità l'opinione della ricorrente. La Corte ritiene che il processo decisionale in base al quale i due minori sono rimasti collocati presso l'istituto non è stato condotto nel rispetto dei diritti della ricorrente.

Conclusion: violazione all'unanimità

Art. 41 (equa soddisfazione): La Corte condanna la Romania al pagamento di euro 10.000 a titolo di risarcimento di danni non patrimoniali.

[Traduzione del comunicato stampa curata dagli stagisti presso il CED della Corte di Cassazione]

Art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione) in combinato disposto con art. 6 CEDU (Diritto ad un processo equo)

b) *García Mateos c. Spagna* – Terza sezione, sentenza del 19 febbraio 2013 (ric. n. 38285/09)

Rifiuto di organizzazione dell'orario di lavoro in modo da consentire la cura di un minore: mancata riparazione da parte delle autorità di una discriminazione fondata sul sesso: *violazione*

In fatto - La ricorrente, Raquel García Mateos, cittadina spagnola nata nel 1965 e residente in Perales Del Río (Madrid), lavorava a tempo pieno in un supermercato.

Nel febbraio 2003, chiese al datore di lavoro, invocando la normativa giuslavoristica, che le venisse ridotto l'orario di lavoro, fondando tale richiesta sul fatto di avere in affidamento il figlio, di età inferiore ai 6 anni. Di fronte al rifiuto del datore di lavoro, la Sig.ra García Mateos agì innanzi al Tribunale del lavoro. Il suo ricorso fu rigettato perché una riduzione dell'orario di lavoro deve comunque rispettare il principio per cui la prestazione lavorativa deve essere svolta in tutti i giorni feriali, e non può comportare una modificazione di questo principio. La ricorrente aveva infatti chiesto di non lavorare in certi giorni feriali e, in ogni caso, di non essere mai inserita nel turno della mattina.

Nella sentenza del 15 gennaio 2007 il Tribunale costituzionale accolse il ricorso della ricorrente. Riconobbe che il principio di non discriminazione in base al sesso era stato violato nei confronti della Sig.ra García Mateos, dato che il datore di lavoro aveva impedito alla ricorrente di conciliare la sua vita professionale con le esigenze della famiglia. Il Tribunale costituzionale fece riferimento, in particolare, alla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea, pervenuta alla conclusione che il diritto comunitario impediva l'attuazione di una misura nazionale che, sebbene formulata in modo neutrale, recava pregiudizio ad una più alta percentuale di donne rispetto agli uomini. Il Tribunale costituzionale rinviò il caso al Tribunale del lavoro per un nuovo giudizio. Il 6 settembre 2007

il giudice del lavoro respinse il ricorso della ricorrente che presentò un nuovo *recurso de amparo*.

Il 12 gennaio 2009 Il Tribunale costituzionale prese atto che la sua decisione del 15 gennaio 2007 non era stata correttamente eseguita, e dichiarò nulla e inefficace la decisione del Tribunale del lavoro in data 6 settembre 2007. Tuttavia, il Giudice costituzionale ritenne che una nuova decisione del Tribunale del lavoro sarebbe stata priva di oggetto, atteso che *medio tempore* il figlio della ricorrente aveva raggiunto l'età dei 6 anni, e osservò che il riconoscimento di un risarcimento alla ricorrente, come riparazione alternativa, non era consentito dalla legge istitutiva del Tribunale costituzionale.

Nel ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo la ricorrente lamenta una violazione del diritto all'esame della causa in modo imparziale entro un tempo ragionevole e del diritto a non essere discriminata in base al sesso; lamenta altresì di non aver ottenuto una riparazione per la violazione del suo diritto fondamentale e di non aver ricevuto alcuna tutela effettiva innanzi al Tribunale costituzionale. Invoca l'art. 6 §1 CEDU (diritto all'esame imparziale), l'art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e l'art. 14 (divieto di discriminazione).

In diritto - Articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 6: Il Tribunale costituzionale, nella decisione del 12 gennaio 2009, riconobbe che la propria precedente decisione del 15 gennaio 2007 – che aveva accertato una violazione del principio di non discriminazione in base al sesso a danno della Sig.ra García Mateos – non era stata correttamente eseguita.

La Corte europea reputa che lo Stato era tenuto a consentire ai ricorrenti di ottenere la corretta esecuzione delle decisioni adottate dalle Corti nazionali e che una decisione a favore del ricorrente non priva quest'ultimo/a dello *status* di “vittima”, fino a che le autorità non abbiano riconosciuto e poi riparato la violazione della Convenzione.

Nel caso della Sig.ra García Mateos, la violazione del principio di non discriminazione accertata dal Tribunale costituzionale non era stata tempestivamente riparata, nonostante le due decisioni del Giudice costituzionale. La ricorrente aveva poi presentato una domanda di risarcimento solo in quanto non era più in possesso dei requisiti necessari per ottenere una riduzione dell'orario di lavoro, considerato che il figlio aveva superato il limite di età. Il Tribunale costituzionale, avendo respinto la sua richiesta di risarcimento, non le aveva fornito alcuna indicazione riguardo alla possibilità di presentare la medesima istanza dinanzi ad altra autorità amministrativa o giudiziaria.

La Corte europea ritiene pertanto che la tutela riconosciuta dalla pronuncia resa a seguito del *recurso de amparo* si è rivelata in definitiva illusoria. In primo luogo, la domanda della Sig.ra García Mateos, in relazione al rifiuto di garantirle una riduzione dell'orario di lavoro,

non è stata definita nel merito; in secondo luogo, il *recurso de amparo* è risultato non significativo, a causa del fatto che il Tribunale costituzionale ha ritenuto di non poter disporre il risarcimento del danno in quanto la legge istitutiva non prevede quest'ultimo come motivo di rinvio per riparare una violazione di un diritto fondamentale.

Conclusiones: violazione (unanimità).

Articolo 13: La Corte ha ritenuto non necessario esaminare il ricorso con riferimento all'articolo 13.

Articolo 41 (Equa riparazione): condanna della Spagna al pagamento di 16.000 euro a favore della ricorrente per danni non patrimoniali.

[Traduzione del comunicato stampa curata dagli stagisti presso il CED della Corte di Cassazione]

Art. 10 CEDU (Libertà di espressione)

c) *Neij e Sunde Kolmisoppi c. Svezia* – Quinta sezione, decisione del 19 febbraio 2013 (ric. n. 40397/12)

Condanna penale e al risarcimento del danno per la gestione di un sito web che permetteva agli utenti di scambiare materiali in violazione del diritto d'autore: *irricevibilità*

In fatto - Il primo ricorrente, Friedrik Neij, è un cittadino svedese nato nel 1978 e residente a Bangkok. Il secondo ricorrente, Peter Sunde Kolmisoppi, è un cittadino finlandese nato nel 1978 e residente a Berlino.

Nel corso degli anni 2005 e 2006 entrambi i ricorrenti hanno partecipato alla realizzazione del sito web "The Pirate Bay" (TPB), uno dei servizi di condivisione dei files su Internet più grandi del mondo che permette agli utenti di scambiarsi materiale digitale come musica, film e giochi per computer. Nel gennaio 2008 il Sig. Neij e il Sig. Sunde Kolmisoppi vennero accusati di concorso nella commissione di reati in violazione della legge sulla tutela del diritto d'autore (Copyright Act). Conseguentemente, diverse imprese che avevano subito la violazione dei loro diritti fecero valere le loro doglianze in sede giudiziaria. Nell'aprile 2009 la Corte distrettuale di Stoccolma condannò il Sig. Neij e il Sig. Sunde Kolmisoppi ad un anno di reclusione e li ritenne congiuntamente responsabili, insieme con gli altri convenuti, per i danni cagionati e quantificati approssimativamente in 3,3 milioni di euro. Nel novembre 2010 la Corte d'appello svedese ridusse la loro pena detentiva ma aumentò l'entità della

misura risarcitoria, accertando una responsabilità congiunta per danni approssimativamente di 5 milioni di euro. Infine, la Suprema Corte rigettò il ricorso nel febbraio 2012.

Il Sig. Neij e il Sig. Kolmisoppi dichiararono di non poter essere ritenuti responsabili per l'uso da parte di altre persone del TPB, il cui scopo iniziale era unicamente quello di facilitare lo scambio di dati su Internet. A loro avviso, solo quegli utenti che avevano scambiato informazioni illecite relative a materiale protetto dal copyright avevano commesso un reato. Dunque, invocando l'articolo 10, lamentano che la loro condanna per concorso nei reati in violazione del Copyright Act ha violato il loro diritto alla libertà di espressione.

In diritto - Articolo 10: La Corte ha ritenuto che l'articolo 10 tutela il diritto di ciascuno a ricevere e diffondere le informazioni su Internet. Sebbene i Sig.ri Neij e Sunde Kolmisoppi abbiano agito a scopo di profitto, il loro coinvolgimento nella realizzazione di un sito web finalizzato a facilitare lo scambio di materiale tutelato dal copyright era protetto dal diritto di ricevere e comunicare informazioni. In tal modo, la loro condanna ha interferito con il loro diritto alla libertà di espressione.

Tuttavia, dato che il materiale condiviso per il quale sono stati condannati il Sig. Neij e il Sig. Sunde Kolmisoppi è tutelato dal Copyright Act, la Corte ha ritenuto che l'ingerenza delle autorità svedesi sia stata imposta dalla legge. È stato altresì considerato che la condanna del Sig. Neij e del Sig. Sunde Kolmisoppi ha perseguito il fine legittimo di tutelare il diritto d'autore. Infine, la Corte ha dovuto compiere un bilanciamento tra due interessi concorrenti, entrambi tutelati dalla Convenzione: il diritto del Sig. Neij e del Sig. Sunde Kolmisoppi di agevolare lo scambio di informazioni su Internet e quello dei titolari del diritto d'autore ad essere protetti contro la violazione del copyright.

La Corte ha ritenuto che le autorità svedesi avevano un ampio margine di apprezzamento nel decidere su tali materie, specialmente perché alle informazioni in questione non era stato riconosciuto lo stesso livello di protezione che è invece conferito all'espressione e alla discussione politica, nonché in considerazione del fatto che il dovere delle autorità stesse di garantire il rispetto del diritto d'autore tutelato sia dal Copyright Act sia dalla Convenzione ha costituito un importante motivo per la limitazione della libertà di espressione dei ricorrenti. Inoltre, visto che il Sig. Neij e il Sig. Sunde Kolmisoppi non avevano rimosso dal sito il materiale protetto dal diritto d'autore sebbene fosse stato loro richiesto, la pena detentiva e la condanna di risarcimento dei danni non potevano essere considerate sproporzionate.

Dunque, la Corte conclude che l'ingerenza statale nel godimento con il diritto alla libertà di espressione dei Sig.ri Neij e Sunde Kolmisoppi è stata necessaria in una società

democratica e che il loro ricorso deve pertanto essere rigettato perché manifestamente infondato.

[Traduzione dal Bollettino n. 160 curata dagli stagisti presso il CED della Corte di Cassazione]

Art. 14 CEDU (divieto di discriminazione) in combinato disposto con art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare)

d) *X e altri c. Austria* – Grande Camera, sentenza del 19 febbraio 2013 (ric. n. 19010/07)

**L'impossibilità di accesso all'adozione coparentale di una coppia omosessuale è discriminatoria rispetto a quelle delle coppie eterosessuali non sposate:
*violazione***

[Traduzione integrale a cura degli esperti linguistici del Ministero della Giustizia]

Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, traduzione effettuata dalla dott.ssa Martina Scantamburlo, funzionario linguistico e da Rita Carnevali, assistente linguistico.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

GRANDE CAMERA

CAUSA X E ALTRI c. AUSTRIA

(Ricorso n. 19010/07)

SENTENZA

STRASBURGO

19 febbraio 2013

Questa sentenza è definitiva. Può subire modifiche di forma.

Nella causa X e altri c. Austria,

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), riunita in una Grande Camera composta da:

Dean Spielmann, *presidente*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Nina Vajić,
Lech Garlicki,
Peer Lorenzen,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Egbert Myjer,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Vincent A. de Gaetano,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
André Potocki, *giudici*,

e da Johan Callewaert, *cancelliere aggiunto della Grande Camera*,

Dopo aver deliberato in camera di consiglio il 3 ottobre 2012 e il 9 gennaio 2013,
Emette la seguente sentenza, adottata in tale data:

PROCEDURA

1. All'origine della causa vi è un ricorso (n°19010/07) presentato contro la Repubblica d'Austria con cui tre cittadini di questo Stato («i ricorrenti») hanno adito la Corte il 24 aprile 2007 in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («la Convenzione»). Il presidente della Grande Camera ha accolto la richiesta presentata dai ricorrenti di non divulgare la loro identità (articolo 47 § 3 del regolamento della Corte - «il regolamento»).

2. Innanzi alla Corte i ricorrenti sono stati rappresentati dall'avv. H. Graupner, del foro di Vienna. Il governo austriaco («il Governo») è stato rappresentato dal suo agente, H. Tichy, ambasciatore, capo del dipartimento di diritto internazionale presso il ministero federale degli Affari europei e internazionali.

3. Nel loro ricorso i ricorrenti si dichiaravano vittime di una discriminazione rispetto alle coppie eterosessuali per il fatto che nel diritto austriaco è giuridicamente impossibile l'adozione coparentale da parte di una coppia omosessuale.

4. Il ricorso è stato assegnato alla prima sezione della Corte (articolo 52 § 1 del regolamento). Il 29 gennaio 2009 quest'ultima ha deciso di comunicarlo al Governo. E' stato inoltre deciso che la camera si sarebbe pronunciata contestualmente sulla ricevibilità e sul merito della causa (articolo 29 § 1 della Convenzione). Il 1° dicembre 2011 una camera della prima sezione ha tenuto una udienza. Il 5 giugno 2012, una camera di detta sezione composta dai giudici Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos e Erik Møse, e dal cancelliere di sezione Søren Nielsen, si è dichiarata incompetente a favore della Grande Camera (articolo 30 della Convenzione) e nessuna delle parti vi si è opposta entro il termine previsto dall'articolo 72 del regolamento.

5. La composizione della Grande Camera è stata stabilita conformemente agli articoli 26 §§ 4 e 5 della Convenzione e 24 del regolamento.

6. I ricorrenti e il Governo hanno depositato delle osservazioni scritte complementari sulla ricevibilità e sul merito della causa.

7. Inoltre, il professor R. Wintemute ha sottoposto delle osservazioni a nome delle seguenti sei organizzazioni non governative che il presidente della Grande Camera aveva autorizzato a intervenire nella procedura scritta: la Federazione internazionale delle leghe dei diritti dell'uomo (FIDH), la Commissione internazionale di giuristi (CIJ), la branca europea dell'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), la British Association for Adoption and Fostering (BAAF), il Network of European LGBT Families Associations (NELFA), e l'European Commission on Sexual Orientation Law (ECSOL). Sono state ricevute anche le osservazioni del Centro europeo per il diritto e la giustizia (ECLJ), del procuratore generale dell'Irlanda del Nord, di Amnesty International (AI) e dell'Alliance Defending Freedom (ADF), ugualmente autorizzati a intervenire nella procedura scritta.

8. Una udienza pubblica si è svolta nel Palazzo dei diritti dell'uomo a Strasburgo, il 3 ottobre 2012 (articolo 59 § 3 del regolamento).

Sono comparsi:

– *per il Governo*

B. OHMS, cancelleria federale, *agente aggiunto*,
M. STORMANN, ministero federale della Giustizia,
A. JANKOVIC, ministero federale degli Affari europei e
internazionali, *consiglieri*;

– *per i ricorrenti*

H. GRAUPNER, *avvocato*.

La Corte ha sentito le dichiarazioni della sig.ra Ohms e dell'avv. Graupner e le loro risposte alle domande poste dai giudici.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

9. La prima e la terza ricorrente sono nate nel 1967. Il secondo ricorrente è nato nel 1995.

10. La prima e la terza ricorrente vivevano una relazione stabile. Il secondo ricorrente, nato al di fuori del matrimonio, è il figlio della terza ricorrente, è stato riconosciuto dal padre ed è stato affidato in via esclusiva alla madre. I tre ricorrenti vivono nello stesso ambiente familiare dal compimento di cinque anni del secondo ricorrente, del quale si occupano insieme la prima e la terza ricorrente.

11. Il 17 febbraio 2005 la prima ricorrente e il secondo ricorrente, rappresentato da sua madre, conclusero un accordo che prevedeva l'adozione di quest'ultimo da parte della prima ricorrente. Questo accordo aveva lo scopo di creare un rapporto giuridico tra la prima ricorrente e il secondo ricorrente che rispecchiasse i rapporti che li univano senza tuttavia rompere la relazione tra il minore e la madre, la terza ricorrente.

12. Consapevoli che la formulazione dell'articolo 182 § 2 del codice civile (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) poteva essere interpretata in modo da escludere che un partner di una coppia omosessuale potesse adottare il figlio dell'altro partner senza spezzare il legame del minore con quest'ultimo - genitore biologico dello stesso sesso dell'adottante -, gli interessati chiesero alla Corte costituzionale di dichiarare incostituzionale questa disposizione che faceva subire loro una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della prima e della terza ricorrente. Essi sostenevano che, nel caso delle coppie eterosessuali, l'articolo 182 § 2 del codice civile permetteva l'adozione coparentale, ossia l'adozione da parte di uno dei partner della coppia del figlio dell'altro, senza ripercussioni sul legame giuridico esistente tra quest'ultimo e il figlio.

13. Il 14 giugno 2005 la Corte costituzionale dichiarò inammissibile il ricorso in applicazione dell'articolo 140 della Costituzione federale rilevando che, per poter statuire sull'omologazione dell'accordo di adozione, il tribunale distrettuale competente avrebbe

dovuto esaminare se l'articolo 182 § 2 del codice civile aprisse o no l'adozione coparentale alle coppie omosessuali. La Corte costituzionale aggiunse che, se si fossero visti rifiutare l'omologazione da parte di questo tribunale, i ricorrenti avrebbero potuto sollevare la questione di incostituzionalità della norma in causa dinanzi le giurisdizioni di appello, le quali avrebbero sottoposto ad essa la questione nel caso condividessero i punti di vista degli interessati.

14. Il 26 settembre 2005 i ricorrenti invitarono il tribunale distrettuale competente a omologare l'accordo di adozione ai sensi del quale il secondo ricorrente doveva avere come genitori la prima e la terza ricorrente. Nella loro richiesta essi affermavano che la prima ricorrente e il minore avevano allacciato forti legami affettivi, che quest'ultimo cresceva in modo armonioso in un ambiente familiare in cui viveva con due adulti che si curavano del suo benessere, che la loro richiesta aveva lo scopo di far riconoscere giuridicamente il loro nucleo familiare di fatto e che avrebbe avuto l'effetto di sostituire la prima ricorrente al padre del minore. Essi precisavano che il padre si era opposto a questa adozione senza motivare il suo rifiuto. Affermavano che il padre del minore manifestava una estrema ostilità nei confronti della loro famiglia e che pertanto il tribunale avrebbe dovuto ignorare questo rifiuto, come permetteva l'articolo 181 § 3 del codice civile, visto che secondo loro l'adozione era conforme all'interesse superiore del minore. Alla loro richiesta era allegato un rapporto del servizio di tutela della gioventù che confermava che la prima e la terza ricorrente si dividevano i compiti quotidiani legati alla custodia del minore come pure la responsabilità della sua educazione, e concludeva che era auspicabile l'attribuzione della potestà genitoriale congiunta, pur esprimendo dubbi sulla legalità di tale soluzione.

15. Il 10 ottobre 2005 il tribunale distrettuale rifiutò l'omologazione dell'accordo di adozione ritenendo che l'articolo 182 § 2 del codice civile non prevedesse alcuna forma di adozione idonea a produrre gli effetti desiderati dai ricorrenti. La sua decisione era così motivata:

« La sig.ra [...], la terza richiedente, è titolare della potestà genitoriale esclusiva sul figlio minore, [...], nato al di fuori del matrimonio. [Essa] vive a (...) con la sua compagna (...) (la prima richiedente) e (...) (il secondo richiedente).

Il 12 ottobre 2001 è stata definitivamente respinta la richiesta della madre del minore e della sua partner con la quale esse chiedevano il trasferimento parziale della potestà genitoriale sul [minore] a favore della compagna della madre di quest'ultimo in modo da permettere loro di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale.

Ai sensi dell'accordo di adozione del 17 febbraio 2005, del quale le interessate chiedono ora l'omologazione, la prima richiedente rimarca la sua volontà di adottare il minore in qualità di compagna della madre [di quest'ultimo].

L'accordo di adozione che i richiedenti desiderano fare omologare avrebbe l'effetto di rompere i legami giuridici familiari esistenti tra il minore e suo padre così come tra il minore e la famiglia di suo padre pur preservando la relazione tra il minore e sua madre. I richiedenti chiedono peraltro al giudice di ignorare il rifiuto del padre del minore di acconsentire all'adozione.

La richiesta degli interessati, che mira di fatto a permettere alla coppia omosessuale formata dalla madre biologica e dalla madre adottante di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale sul minore, è giuridicamente infondata.

L'articolo 179 del codice civile enuncia che l'adozione può essere richiesta da una sola persona o da una coppia sposata. L'adozione di un minore da parte di una persona sposata che agisce da sola è subordinata a severe condizioni. Dalla seconda frase dell'articolo 182 § 2 del codice civile risulta che se il minore è adottato **soltanto** da un uomo (o una donna) i legami giuridici familiari - diversi dal legame di filiazione stesso - sono spezzati soltanto nei confronti del padre biologico (o della madre biologica) e della famiglia di quest'ultimo (o di quest'ultima). Nel caso in cui i legami tra il minore e l'altro suo genitore permangano dopo l'adozione, il giudice li dichiara interrotti nei confronti del genitore interessato, salvo il consenso di quest'ultimo.

L'articolo 182 del codice civile è stato modificato per l'ultima volta nel 1960 (Gazzetta ufficiale n. 58/1960). Avuto riguardo alla formulazione non equivoca di questa norma e alla manifesta volontà del legislatore dell'epoca, vi è da presumere che l'adozione da parte di una sola persona rompe il legame

giuridico tra l'adottato ed il suo genitore biologico dello **stesso** sesso del suo genitore adottivo, e che non altera il legame con il genitore di sesso **opposto** (vedere anche Schlemmer *in* Schwimann, ABGB² I § 182, punto 3). Soltanto in questa ipotesi la legge permette al giudice di rompere questo legame sul quale l'adozione non ha di per sé effetto.

Ne consegue che l'accordo di cui i ricorrenti chiedono l'omologazione, che porterebbe all'adozione [del minore] da parte di una donna e alla rottura dei suoi legami con il padre biologico ma non con la madre biologica, è illegittimo. L'interpretazione conforme alla Costituzione che evidentemente deve ricevere la norma legislativa in causa non cambia nulla a questa conclusione.

E' esatto che secondo la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo le questioni relative all'orientamento sessuale beneficiano della tutela che l'articolo 8 della CEDU accorda al diritto alla vita privata e familiare. È anche vero che secondo la giurisprudenza della Corte le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale sono rigorosamente incompatibili con gli articoli 8 e 14 della Convenzione. Tuttavia è opportuno rilevare che la Corte accorda immancabilmente agli Stati membri del Consiglio d'Europa un ampio margine di apprezzamento in materia la cui ampiezza è inversamente proporzionale a quella della unanimità dei punti di vista che può esserci tra i loro rispettivi ordinamenti giuridici. Al paragrafo 41 della sentenza da essa resa nella causa *Fretté c. Francia* (ricorso n. 36515/97, CEDU 2002-I), la Corte europea ha espressamente indicato che il diritto degli omosessuali all'adozione sembrava attraversare una fase di transizione e conosceva delle evoluzioni sociali che giustificavano l'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati membri, pur precisando che questo margine di apprezzamento non poteva essere interpretato come una carta in bianco data agli Stati per prendere delle decisioni arbitrarie.

Spetta dunque soltanto agli Stati decidere sull'opportunità di offrire a due persone dello stesso sesso la possibilità di creare un legame giuridico con un minore su un piano di parità, nei limiti fissati dall'articolo 8 § 2 della Convenzione. Il tribunale ritiene che, anche interpretato conformemente alla Costituzione come deve essere, il diritto austriaco attualmente in vigore escluda questa possibilità. La misura voluta dai richiedenti necessiterebbe di una modifica legislativa e non può essere convalidata da una semplice decisione giudiziaria che darebbe dell'articolo 182 del codice civile una interpretazione contraria alla sua inequivoca formulazione.

Alla luce di quanto precede, il tribunale rigetta la richiesta di omologazione dell'accordo di adozione presentata dai richiedenti".

16. I ricorrenti interposero appello avverso questa decisione. Invocando gli articoli 8 e 14 della Convenzione, essi sostenevano nel ricorso che l'articolo 182 § 2 del codice civile era discriminatorio dal momento che operava una distinzione ingiustificata tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali. Facevano osservare che l'adozione coparentale era aperta alle coppie eterosessuali, sposate o meno, ma non alle coppie omosessuali. Essi precisavano che la loro causa, riguardante la disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, era diversa dalla causa *Fretté* in cui era in messa in discussione una adozione da parte di un omosessuale non sposato.

17. I ricorrenti ritenevano che l'instaurarsi di una disparità di trattamento tra coppie eterosessuali non sposate e coppie omosessuali era particolarmente problematica rispetto alla sentenza resa dalla Corte nella causa *Karner c. Austria* (n. 40016/98, CEDU 2003-IX). Essi affermavano che gli Stati europei che aprivano l'adozione coparentale alle coppie omosessuali erano rari, che la maggior parte di loro riservava questa forma di adozione alle coppie sposate e che in Europa esisteva un consenso per ritenere che non bisognasse trattare diversamente le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali. Essi sostenevano che la disparità di trattamento contestata non perseguiva alcuno scopo legittimo, e in particolare aggiungevano che non era necessaria per la tutela dell'interesse del minore. Asserivano che alcuni lavori scientifici dimostravano che i minori crescevano armonicamente sia nelle famiglie composte da genitori omosessuali che nelle famiglie composte da genitori eterosessuali, e che l'importante non era l'orientamento sessuale dei genitori, ma la capacità di costoro di formare una famiglia stabile e premurosa. Essi invitavano la giurisdizione d'appello ad annullare la decisione del tribunale distrettuale e ad accogliere la loro richiesta del 26 settembre 2005 o, in via sussidiaria, a rinviare il caso innanzi al tribunale distrettuale per una nuova decisione.

18. Il 21 febbraio 2006 il tribunale regionale respinse gli appelli dei ricorrenti senza aver tenuto udienze. Nella sentenza richiamava alcune procedure connesse che vertevano, da una parte, sul diritto di visita e sull'obbligo di mantenimento del padre del secondo ricorrente e,

dall'altra parte, sull'attività infruttuosa intrapresa dalla prima e dalla terza ricorrente per vedersi attribuire la potestà genitoriale congiunta sul secondo ricorrente. Il tribunale esprimeva dubbi sulla capacità della terza ricorrente di rappresentare suo figlio nella procedura ritenendo che questa situazione potesse dar luogo a un conflitto di interessi. Proseguiva:

«Tuttavia, è inutile in realtà fermarsi su questa questione perché il tribunale, per i motivi qui di seguito esposti, ritiene opportuno comunque rifiutare l'omologazione dell'accordo di adozione in causa, come ha peraltro fatto il primo giudice, senza necessità di ulteriori deliberazioni. In tali condizioni la questione di stabilire se il minore sia validamente rappresentato nella procedura non si pone.

Nelle loro decisioni sulla domanda di trasferimento parziale della potestà genitoriale [sul minore] a favore della [compagna della madre di quest'ultimo], i giudici competenti hanno indicato che, anche se il diritto di famiglia austriaco non definisce la nozione di "genitori", si evince molto chiaramente dal suo complesso normativo che, per il legislatore, una coppia di genitori si compone per principio di due persone di sesso opposto, ragione per la quale la legge attribuisce a titolo principale la potestà genitoriale sul minore ai suoi due genitori biologici - o alla madre biologica in caso di nascita al di fuori del matrimonio - e prevede che il minore possa essere posto sotto l'autorità di altre persone soltanto nel caso in cui sia impossibile applicare questa norma. I giudici interessati hanno concluso che, in presenza di genitori biologici (padre e madre), non era necessario porre il minore sotto l'autorità di terze persone, anche se, da un punto di vista puramente fattuale, queste ultime potevano avere legami stretti con il minore (da confrontare con OGH, 7 Ob 144/02 f). I giudici hanno ritenuto che questa posizione giuridica non comportasse alcuna discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali, in quanto le norme che disciplinano il diritto di famiglia erano fondate, conformemente alla realtà biologica, sul concetto di coppia composta da genitori di sesso opposto.

Il tribunale ritiene che le considerazioni sopra esposte siano applicabili anche alla questione qui esaminata, ossia quella dell'opportunità di omologare l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori. Anche in questo caso, sarebbe inutile aggiungere al minore un «genitore legale» supplementare vista la presenza dei suoi due genitori di sesso opposto. Non si tratta affatto di operare una discriminazione nei confronti del partner omosessuale della madre del minore, ma semplicemente di constatare che, in presenza dei due genitori di sesso opposto, molto semplicemente non è necessario prevedere una norma che autorizzerebbe il partner omosessuale di uno di loro a sostituirsi all'altro.

L'adozione di un minore mira essenzialmente a creare un legame analogo a quello che esiste tra i figli e i loro genitori biologici. Dal fascicolo della causa risulta che il padre biologico del minore ha contatti regolari con quest'ultimo. Il minore mantiene dunque legami solidi con i suoi due genitori di sesso opposto. In queste condizioni non è necessario sostituire all'uno o all'altro dei genitori biologici il partner omosessuale di uno di loro autorizzando l'adozione del minore.

La giurisprudenza sul diritto di visita e di alloggio dei genitori riconosce anche, in maniera generale e certa, che studi psicologici e sociologici dimostrano quanto sia particolarmente importante per la crescita armoniosa del minore che quest'ultimo mantenga relazioni personali con il genitore con il quale non vive (si veda, in particolare, EFSIg 100.205). Questa è la ragione per la quale la legislazione arriva a conferire al minore il diritto di avere contatti personali con il genitore con il quale non convive (si veda, in particolare, OGH, 3 Ob 254/03 z). Allo stesso modo, è fuori discussione che per una crescita equilibrata di un minore, sia altamente auspicabile che quest'ultimo possa intrattenere contatti personali con i suoi due genitori di sesso opposto, ossia una donna (sua madre) e un uomo (suo padre) responsabili della sua educazione, e che a tal fine debba essere fatto tutto il possibile (si confronti, in particolare, con EFSIg 89.668). In queste condizioni, nell'interesse di una crescita armoniosa del minore è fortemente raccomandato e generalmente richiesto che vengano mantenute relazioni personali, anche minime, tra il minore e i suoi due genitori (si confronti, in particolare, con OGH, 7 Ob 234/99 h). Queste stesse considerazioni si oppongono chiaramente all'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori quando questa misura avrebbe l'effetto di rompere i legami famigliari del minore con l'altro suo genitore.

Come sopra indicato, questa posizione giuridica non può costituire una discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali. Al riguardo, la motivazione della decisione impugnata rinvia - giustamente - alla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che riconosce che l'orientamento sessuale rientra nella sfera della tutela della vita privata e familiare (articolo 8 della Convenzione) e che, di conseguenza, qualifica le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale come rigorosamente incompatibili con gli articoli 8 e 14 della Convenzione. Tuttavia, la decisione impugnata sottolinea altrettanto giustamente che il legislatore nazionale deve disporre di un margine di apprezzamento più ampio quando legifera su questioni che non sono oggetto di un consenso chiaro negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Pur rilevando che il margine di apprezzamento non doveva essere interpretato come una carta bianca data agli Stati per prendere decisioni arbitrarie, il primo giudice ha ritenuto che, in materia di diritto

degli omosessuali all'adozione, tale margine dovesse essere interpretato in senso ampio, tenuto conto delle evoluzioni di cui tale questione era oggetto nella società. A questo proposito, l'ordinamento giuridico austriaco non contiene alcuna norma che preveda l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori.

Gli appellanti non hanno addotto alcun argomento convincente a sostegno della loro tesi secondo la quale le norme in vigore operano una discriminazione contro le coppie omosessuali. Anche nel caso di una coppia eterosessuale, l'unico legame giuridico che può essere interrotto in caso di adozione di un figlio di uno dei partner della coppia è quello esistente tra il figlio e il genitore dello stesso sesso del genitore adottivo. In tale ipotesi, il figlio rimane sotto la responsabilità di due genitori di sesso opposto. Questa circostanza, importante per lo sviluppo del minore, non sussiste nel caso in cui quest'ultimo venga adottato dal partner omosessuale di uno dei suoi genitori. In queste condizioni non è provato che una situazione di questo tipo costituisca una disparità di trattamento ingiustificata. Inoltre, nella sentenza citata dagli appellanti (*Karner c. Austria*, 24 luglio 2003), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricordato che una disparità di trattamento operata nei confronti di persone che vivono una relazione omosessuale è discriminatoria soltanto se non si basa su una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia se non persegue uno scopo legittimo o se non vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefissato, che soltanto considerazioni molto forti possono indurla a ritenere che una disparità di trattamento sia compatibile con la Convenzione, e che le differenze fondate sull'orientamento sessuale devono essere giustificate da ragioni particolarmente gravi. Comunque, la Corte ha anche ammesso espressamente nella sentenza *Karner* che la tutela della «famiglia tradizionale» costituisce per principio una ragione importante e legittima che può giustificare una disparità di trattamento da parte del legislatore nazionale, pur ritenendo che lo scopo che consiste nel proteggere la famiglia nel senso tradizionale del termine sia abbastanza astratto e che per realizzarlo possono essere utilizzate svariate misure concrete. Dopo aver indicato che l'esclusione delle persone che vivono una relazione omosessuale dal campo di applicazione di alcune norme di legge poteva essere giustificata soltanto da motivi imperiosi, la Corte ha ritenuto che non fosse stato invocato alcun motivo di tale natura nella causa in questione, dove era in discussione il diritto del partner superstite di una coppia omosessuale alla trasmissione del contratto di locazione stipulato dal defunto.

Ciò nondimeno, la tesi degli appellanti non trova alcun sostegno nella sentenza in questione. Poiché la Corte riconosce agli Stati il diritto di introdurre nel loro ordinamento giuridico delle misure di tutela della «famiglia tradizionale», è opportuno rispettare la posizione dell'ordinamento giuridico austriaco secondo la quale, conformemente alla realtà biologica, un figlio minore deve avere per principio due genitori di sesso opposto. Di conseguenza, il tribunale ritiene che, non prevedendo l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori, operazione che romperebbe il legame del minore con il genitore di sesso opposto, il legislatore perseguisse incontestabilmente uno «scopo legittimo». Allo stesso modo, non si può dire che non esista un «rapporto ragionevole di proporzionalità» tra questo scopo e i mezzi utilizzati per raggiungerlo. Contrariamente alle affermazioni degli appellanti, questa posizione giuridica non è fondata sui «pregiudizi della maggioranza eterosessuale nei confronti della minoranza omosessuale», ma si propone semplicemente di garantire che i figli minorenni crescano avendo contatti regolari sia con il loro genitore di sesso femminile che con il loro genitore di sesso maschile. Questo obiettivo deve essere rispettato quanto la decisione della madre del minore di vivere una relazione omosessuale. In queste condizioni nulla può giustificare il fatto di privare il minore dei legami familiari con il genitore dell'altro sesso. Questo è precisamente quello che la madre del minore e la sua compagna hanno cercato di ottenere nel caso di specie e che continuano a rivendicare nella causa di appello.

Di conseguenza, alla luce di queste considerazioni, il presente appello deve essere rigettato.

La ricevibilità di un ricorso per cassazione è disciplinata dagli articoli 59 §§ 1 e 2 e 62 § 1 della legge sulla volontaria giurisdizione. Se è vero che la Corte suprema ha già deciso nella presente causa, la sua decisione riguardava la legittimità del trasferimento (parziale) della potestà genitoriale sul figlio a favore della compagna della madre di quest'ultimo. Al contrario, per quanto ne sappia il tribunale, la Corte suprema non si è mai pronunciata specificatamente ed espressamente sulla questione qui dibattuta, ossia quella della legittimità dell'adozione di un figlio da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori. Questo è il motivo per cui la presente sentenza assume una considerevole importanza dal punto di vista dell'unità del diritto, della sicurezza giuridica e dell'evoluzione del diritto.»

19. I ricorrenti proposero ricorso per cassazione dinanzi alla Corte suprema, sostenendo che l'applicazione dell'articolo 182 § 2 del codice civile fatta dai tribunali portava ad una disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali e le coppie omosessuali il cui partner avesse desiderato adottare il figlio biologico dell'altro partner. Nel loro ricorso esponevano che mentre per le coppie eterosessuali - anche se non sposate - era possibile creare un legame di filiazione supplementare tra il figlio e il partner di uno dei suoi genitori, questa facoltà era

rifiutata alle coppie omosessuali perché portava a sostituire uno dei partner omosessuali ad uno dei genitori biologici del minore, e ciò aveva l'effetto di escludere nel loro caso ogni reale possibilità di procedere ad una adozione coparentale. Essi sostenevano che il tribunale regionale aveva cercato di giustificare questa disparità di trattamento evocando gli scopi di proteggere la famiglia - nel senso tradizionale del termine - e di permettere al minore di crescere sotto la responsabilità di un uomo e di una donna, ma non aveva stabilito che il rifiuto di aprire l'adozione coparentale alle famiglie omosessuali fosse necessario alla realizzazione di questi scopi. Essi sostenevano che studi recenti dimostravano che le coppie omosessuali erano in grado di crescere dei figli quanto le coppie eterosessuali e che la questione che si poneva nella fattispecie non era quella di stabilire se il minore dovesse o meno essere cresciuto in una famiglia omosessuale, in quanto faceva già parte *de facto* di tale famiglia, ma quella di stabilire se il rifiuto di riconoscere giuridicamente il legame che lo univa alla prima ricorrente fosse giustificato. Essi consideravano che la necessità di operare una distinzione tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali non era stata dimostrata. Infine, pur ammettendo che numerosi Stati europei riservavano l'adozione coparentale alle coppie sposate, essi dichiaravano che i paesi che, come l'Austria, avevano deciso di aprire questa possibilità alle coppie non sposate non potevano basarsi sull'orientamento sessuale per operare distinzioni in materia.

20. Il 27 settembre 2006 la Corte suprema respinse il ricorso per cassazione dei ricorrenti esprimendosi come segue:

«[Il minore] è il figlio biologico della terza ricorrente, la sig.ra (...), e del sig. (...); egli è nato il (...) ed è affidato in via esclusiva a sua madre. Quest'ultima vive a (...) con la sua compagna (la prima ricorrente) e [il minore]. I ricorrenti hanno richiesto l'omologazione giudiziaria di un accordo di adozione concluso il 17 febbraio 2005 tra la prima ricorrente e il minore, rappresentato da sua madre, e con il quale la prima ricorrente segnalava la sua volontà di adottare il minore. Tuttavia, questo accordo prevedeva che la prima ricorrente si sarebbe sostituita al padre biologico del minore, e non alla madre di quest'ultimo. I ricorrenti desideravano che l'omologazione giudiziaria del loro accordo avesse l'effetto di interrompere i legami giuridici famigliari esistenti tra il minore e il padre biologico pur preservando tutti i legami tra il minore e la madre biologica. Peraltro, essi hanno invitato i tribunali ad ignorare il rifiuto del padre del minore di acconsentire a questa misura.

Il giudice di primo grado si è rifiutato di omologare l'accordo ritenendo che dall'articolo 182 del codice civile risultava che il legislatore aveva chiaramente previsto che l'adozione monoparentale rompeva il legame giuridico tra l'adottato ed il genitore dello stesso sesso del suo genitore adottivo, ma preservava il legame giuridico con il genitore [biologico] di sesso opposto [a quello del suo genitore adottivo]. Il giudice ha inoltre precisato che solo in questa ipotesi la legge gli consentiva di constatare la rottura di quest'ultimo legame, che l'adozione di per sé non pregiudicava. Il giudice ha concluso per la illegittimità dell'accordo del quale i ricorrenti chiedevano l'omologazione, che avrebbe portato all'adozione [del minore] da parte di una donna e alla rottura dei suoi legami con il padre biologico, ma non con la madre biologica, aggiungendo che questa conclusione era conforme alla Costituzione e, in particolare, agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ha inoltre precisato che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, considerando che la questione dell'adozione da parte di omosessuali, sotto l'effetto di una evoluzione delle mentalità, attraversava una fase di transizione, accordava agli Stati membri un margine di apprezzamento particolarmente ampio in materia. Il giudice ha infine concluso che spettava soltanto agli Stati decidere sull'opportunità di offrire a due persone dello stesso sesso la possibilità di creare un legame giuridico con un minore su un piano di parità, nei limiti fissati dall'articolo 8 § 2 della Convenzione, e che il diritto austriaco escludeva la misura voluta dalle ricorrenti.

Il giudice di appello ha confermato la decisione emessa in primo grado, ritenendo che la legge si basasse manifestamente sul postulato per il quale il termine «genitori» indica necessariamente due persone di sesso opposto, fatto che a suo avviso confermerebbe la priorità che in materia di potestà genitoriale viene per principio accordata ai genitori biologici rispetto ad altre persone. Il giudice ha considerato che lo stesso principio valeva nel campo del diritto in materia di adozione, le cui regole gli sembravano ugualmente fondate, conformemente alla realtà biologica, sulla base della coppia composta da genitori di sesso opposto. Ha inoltre ritenuto che, in presenza di due genitori di sesso opposto, non fosse necessario prevedere una norma che autorizzasse il partner omosessuale di uno di loro a sostituirsi all'altro, e in questo non vi era nessuna volontà discriminatoria nei confronti di coppie omosessuali. Il giudice ha aggiunto che, anche in materia di diritto di visita e di alloggio, non vi era alcun dubbio che i contatti personali del minore con i suoi due genitori di sesso opposto, ovvero con una donna (sua madre) e un uomo (suo padre) responsabili

di lui, fossero altamente auspicabili per la sua crescita equilibrata, il mantenimento di relazioni personali, almeno minime, tra il minore e i suoi due genitori (biologici) dal momento che ciò era fortemente raccomandato e generalmente richiesto nell'interesse di una crescita armoniosa del minore. Il giudice ha deciso che queste considerazioni valevano anche in materia di adozione. Peraltro ha concluso, come il primo giudice, per una assenza di discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In proposito, ha ricordato che, secondo quest'ultima, una disparità di trattamento operata nei confronti di persone che vivono una relazione omosessuale era discriminatoria soltanto se si basava su una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia se non perseguiva uno scopo legittimo o non vi era un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo prefissato, e che una disparità di trattamento poteva essere ritenuta compatibile con la Convenzione in presenza di solidi elementi che giustificavano tale valutazione. Il giudice d'appello ha concluso per la legittimità dello scopo perseguito dal legislatore austriaco, che secondo lui aveva cercato di vigilare affinché, crescendo, i minori avessero sia con il genitore di sesso femminile che con il genitore di sesso maschile i regolari contatti necessari al loro sviluppo. Ha inoltre aggiunto che questo obiettivo era rispettabile quanto la scelta della madre del minore di vivere una relazione omosessuale e ha ritenuto che non appariva giustificato privare il minore dei suoi legami famigliari con il genitore di sesso opposto.

Dopo aver constatato che non esisteva giurisprudenza sulla questione della legittimità dell'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori biologici, il giudice d'appello ha ritenuto opportuno autorizzare le appellanti a presentare ricorso per cassazione

Il ricorso delle interessate è ricevibile per i motivi esposti dalla corte d'appello, ma è infondato.

L'articolo 179 § 2 del codice civile dispone che nessuno può essere adottato da più persone a meno che non si tratti di due coniugi. La dottrina ha interpretato questa norma come un divieto all'adozione - simultanea o successiva - da parte di più persone dello stesso sesso (si veda Schwimann *in* Schwimann, codice civile § 179, punto 6, e Hopf *in* Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, § 179, punto 2, citate in una sentenza del tribunale regionale di Vienna del 27 agosto 2001 – EFSlg 96.699).

La seconda frase dell'articolo 182 § 2 del codice civile disciplina gli effetti dell'adozione monoparentale. Se il minore è adottato soltanto da un adottante (o da una adottante), vengono interrotti soltanto i legami famigliari che lo uniscono al padre biologico (o alla madre biologica) e ai genitori di quest'ultimo (o di quest'ultima). Risulta chiaramente dalla giurisprudenza (ErlBem RV 107 BlgNR IX. GP, 21) che questa norma deve essere interpretata nel senso che i legami giuridici non patrimoniali sono interrotti soltanto nei confronti del genitore biologico al quale si sostituisce un genitore adottivo dello stesso suo sesso. Concretamente, questo significa in particolare che l'adozione di un minore da parte di una donna non può privarlo del padre biologico (si veda anche: Schwimann *in* Schwimann, op. cit., § 182, comma 3; Stabentheiner *in* Rummel I § 182, comma 2).

Questa norma non può ricevere l'interpretazione estensiva auspicata dai ricorrenti e non esiste lacuna legislativa fortuita alla quale sarebbe opportuno rimediare per analogia. Secondo la giurisprudenza (op.cit., 11), l'adozione mira prima di tutto a garantire il benessere del minore (principio di tutela). L'adozione deve essere intesa come un mezzo appropriato per affidare a persone idonee e responsabili la custodia e l'educazione di minori privi di genitori, di minori nati da famiglie disunite, o di minori che, per una qualsiasi ragione, non possono ricevere una corretta educazione dai loro genitori o sono rifiutati da costoro. Questo obiettivo può tuttavia essere raggiunto soltanto se l'adozione permette di ricreare per quanto possibile la situazione esistente in una famiglia biologica.

Risulta altrettanto chiaramente dalla giurisprudenza (6 Ob 179/05z) che il legame tra il minore e il suo genitore adottivo deve essere assimilato, dal punto di vista sociale e psicologico, a quello esistente tra i genitori biologici e i loro figli. Il modello dei rapporti tra genitori e figli in materia di adozione di minori si ispira ai particolari legami sociali e psicologici esistenti tra genitori e giovani vicini alla maggiore età. Questi rapporti associano ai legami sociali classici di vicinanza fisica e relazionale (convivenza, presa in carico dei bisogni fisici e psicologici del minore da parte dei genitori) delle relazioni affettive analoghe all'amore reciproco tra genitori e figli e conferiscono ai primi un ruolo specifico di mentori e di referenti.

L'articolo 182 § 2 del codice civile vieta in modo generale (e non soltanto alle coppie omosessuali) sia l'adozione da parte di un uomo per il tempo in cui sussista il legame di filiazione tra il minore da adottare e il padre biologico di quest'ultimo che l'adozione di un minore da parte di una donna per il tempo in cui sussiste il legame di filiazione tra quest'ultimo e la madre biologica. Risulta quindi dall'articolo 182 § 2 che la persona che adotta da sola un minore non si sostituisce indifferentemente a uno o all'altro dei genitori, ma soltanto al genitore del suo stesso sesso. Ne consegue che l'adozione di un minore da parte della compagna della sua madre biologica è giuridicamente impossibile.

Contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti, questa norma soddisfa anche il criterio di conformità costituzionale (la prospettiva dei diritti fondamentali). Nella sentenza resa il 26 febbraio 2002 nella causa *Fretté c. Francia*, dove doveva esaminare se il rifiuto delle autorità di autorizzare l'adozione di un minore

da parte di un uomo omosessuale costituisse una discriminazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che l'adozione consisteva nel «dare una famiglia a un minore e non un minore a una famiglia» e che lo Stato doveva vigilare affinché le persone scelte come adottanti fossero quelle che potevano offrire al minore, a tutti i livelli, le condizioni di accoglienza più favorevoli. Dopo aver rilevato in particolare le profonde divergenze delle opinioni pubbliche nazionali e internazionali sulla questione delle eventuali conseguenze dell'accoglienza di un minore da parte di uno o dei genitori omosessuali e constatato l'insufficiente numero di minori adottabili rispetto alle richieste, la Corte ha ritenuto che agli Stati dovesse essere accordato un ampio margine di apprezzamento in materia. Essa ha giudicato che il rifiuto di autorizzare un'adozione da parte di un omosessuale non era contrario all'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 dal momento che perseguiva uno scopo legittimo, nel caso specifico la tutela dell'interesse superiore del minore, e che non contravveniva al principio di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito.

I ricorrenti non hanno provato che le disposizioni dell'articolo 182 § 2 del codice civile austriaco oltrepassino il margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte europea o contravvengano al principio di proporzionalità, e non esistono altri elementi idonei per concludere in tal senso. In queste condizioni, la Corte suprema non ha alcun dubbio sulla conformità costituzionale di questa norma messa in discussione dai ricorrenti.

Poiché l'adozione voluta dai ricorrenti è giuridicamente impossibile, non appare necessario esaminare se siano soddisfatte le condizioni nelle quali si può non tener conto del mancato consenso del padre, misura eccezionale prevista dall'articolo 181 § 3 del codice civile.»

La sentenza della Corte suprema fu notificata all'avvocato dei ricorrenti il 24 ottobre 2006.

II. IL DIRITTO E LA PRASSI INTERNI PERTINENTI

A. Disposizioni in materia di adozione

21. Il codice civile (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) contiene delle norme che definiscono i termini «madre» e «padre».

L'articolo 137b recita:

«La madre di un bambino è la donna che lo ha generato.»

L'articolo 138 recita:

« 1) Il padre di un bambino è

1. L'uomo che era sposato con la madre del bambino al momento della nascita di quest'ultimo o che lo era quando è deceduto, a condizione che il suo decesso sia avvenuto non più di 300 giorni prima della nascita, o
2. l'uomo che ha riconosciuto la sua paternità, o
3. l'uomo la cui paternità è stata stabilita dal tribunale.»

22. Le seguenti disposizioni del codice civile relative all'adozione sono pertinenti al caso di specie.

L'articolo 179, nei suoi passaggi pertinenti, recita:

« 1) Le persone che hanno l'età richiesta e la piena capacità giuridica (...) possono adottare. L'adozione produce l'effetto di creare un legame di filiazione adottiva tra il minore adottato e il genitore adottivo.

2) L'adozione di un minore da parte di più di una persona, simultanea o successiva, intendendo, in quest'ultimo caso, che sussiste il primo legame di adozione, è autorizzata soltanto se i genitori adottivi formano una coppia sposata. In linea di principio, l'adozione da parte di una coppia sposata deve essere congiunta. Eccezionalmente, uno dei coniugi può adottare da solo un minore se il minore da adottare è il figlio biologico dell'altro coniuge, se l'altro coniuge non ha l'età richiesta o la differenza di età richiesta con l'adottato, se il luogo di residenza dell'altro coniuge è sconosciuto da almeno un anno, se non vi è più vita comune tra i coniugi da almeno tre anni, o se motivi analoghi e particolarmente importanti giustificano l'adozione da parte di uno solo dei coniugi.»

23. Secondo l'articolo 179a del codice civile, l'adozione richiede un accordo scritto tra l'adottante e l'adottato (che deve essere legalmente rappresentato se è minorenne) e l'omologazione di quest'accordo da parte del tribunale competente.

24. Il tribunale omologa l'accordo dopo aver verificato che quest'ultimo risponda all'interesse superiore del minore e che esista tra le parti all'accordo un legame equivalente a quello che unisce un genitore al figlio biologico, o che le parti intendano creare un legame di questo tipo (articolo 180 del codice civile).

25. Le disposizioni pertinenti dell'articolo 181 del codice civile, in vigore all'epoca dei fatti, erano così formulate:

« 1) l'omologazione dell'accordo di adozione può essere accordata soltanto se le seguenti persone vi acconsentono:

1. i genitori del minore da adottare;
2. il coniuge dell'adottante;
3. il coniuge della persona da adottare;
4. Il minore da adottare se ha raggiunto l'età di almeno 14 anni.

(...)

3) Se una delle parti lo richiede, il giudice può non tenere conto del rifiuto di una delle persone indicate ai commi da 1 a 3 del primo paragrafo del presente articolo qualora questo rifiuto non sia giustificato da motivi legittimi.»

26. Secondo la giurisprudenza delle giurisdizioni austriache, la misura prevista dall'articolo 181 § 3 del codice civile, che permette al giudice di non tener conto del rifiuto di una delle parti di acconsentire all'adozione, assume carattere eccezionale e può essere presa soltanto nel caso in cui l'interesse del minore ad essere adottato prevalga chiaramente sugli interessi del genitore biologico che si oppone all'adozione, in particolare sul suo interesse a mantenere relazioni con il minore. Questa misura può anche essere applicata quando il rifiuto è ingiustificato sul piano morale. Questo avviene quando il genitore che si oppone all'adozione manifesta vivamente la sua ostilità nei confronti della famiglia adottante o quando le sue flagranti inosservanze agli obblighi legali nei confronti del minore compromettono stabilmente lo sviluppo di quest'ultimo o lo avrebbero compromesso stabilmente se non fosse intervenuta una terza persona.

27. L'articolo 182 del codice civile, che disciplina gli effetti dell'adozione, recita:

« 1) L'adozione crea gli stessi diritti di quelli che discendono dalla filiazione legittima tra l'adottante e i suoi discendenti e tra l'adottato e coloro dei suoi discendenti che sono minorenni nel momento in cui l'adozione produce i suoi effetti

2) In caso di adozione di un minore da parte di una coppia sposata, i legami giuridici famigliari - diversi dal legame di filiazione stessa (articolo 40) - esistenti da una parte tra i genitori biologici e i loro famigliari e, dall'altra, il minore adottato e coloro dei suoi discendenti che sono minorenni al momento in cui l'adozione produce i suoi effetti, sono interrotti in tale momento, fatte salve le eccezioni previste dall'articolo 182a. Nel caso in cui il minore è adottato soltanto da un padre adottivo (o da una madre adottiva), sono interrotti soltanto i legami famigliari con il padre biologico (o con la madre biologica) e la famiglia di quest'ultimo (o di quest'ultima). Nel caso in cui i legami con l'altro genitore sussistano dopo l'adozione, il giudice li dichiara interrotti se il genitore interessato vi acconsente. La rottura dei legami interviene nella data in cui l'adozione produce effetto.»

Dalla sentenza emessa dalla Corte suprema nell'ambito della presente causa risulta che l'articolo 182 § 2 è interpretato nel senso di escludere l'adozione da parte di uno dei partner di una coppia omosessuale del figlio dell'altro.

28. L'adozione produce l'effetto di interrompere tutti i legami famigliari, eccetto quello di filiazione, tra il minore adottato e il o i genitori biologici. In particolare risulta che questi ultimi perdono tutti i loro diritti genitoriali, in particolare il diritto di custodia, il diritto di visita e il diritto di essere consultati e informati (si veda *supra*).

29. Tuttavia, al o ai genitori biologici del minore adottato rimane un obbligo sussidiario di mantenimento nei confronti di quest'ultimo (articolo 182a del codice civile). Peraltro, l'articolo 182b prevede il mantenimento di un legame in materia successoria: l'adottato conserva dei diritti successori nei confronti del o dei i genitori biologici, e questi ultimi, come i loro discendenti, intervengono nella successione dell'adottato a titolo sussidiario; i diritti successori dei genitori adottivi e dei loro discendenti prevalgono.

30. Dalle disposizioni del codice civile sopra esposte risulta che l'adozione può assumere due forme nel diritto austriaco: quella dell'adozione congiunta da parte di una coppia, riservata alle coppie sposate, e quella dell'adozione monoparentale. Quest'ultima forma di adozione è aperta agli eterosessuali che vivono come coppia sposata (nel qual caso le possibilità per loro di adottare da soli un figlio sono molto ristrette), in unione libera o da single. Essa è aperta anche agli omosessuali che vivono nell'ambito di una unione registrata, di una unione libera o da single.

31. L'adozione coparentale, ossia l'adozione, da parte di una persona, del figlio biologico del partner, è aperta alle coppie eterosessuali (sposate o meno), ma non alle coppie omosessuali.

32. È attualmente all'esame un progetto di legge di modifica delle disposizioni del codice civile che disciplinano i rapporti tra genitori e figli nonché il diritto al nome e di riforma di alcuni altri testi (*Kindschaftsrechts- und Namensrechtsänderungs-gesetz*). Questo progetto non contiene alcuna proposta di emendamento delle disposizioni in discussione nel caso di specie, in particolare degli articoli da 179 a 182 del codice civile. Gli emendamenti proposti implicano una nuova numerazione, ma la loro formulazione rimarrà immutata.

B. Disposizioni riguardanti le coppie omosessuali

33. Dall'articolo 44 del codice civile risulta che le coppie omosessuali non hanno accesso al matrimonio (si veda, su questo punto, *Schalk et Kopf c. Austria*, n. 30141/04, CEDU 2010). La disposizione in questione è così formulata:

«Il contratto di matrimonio costituisce la base delle relazioni familiari: In virtù di tale contratto, due persone di sesso opposto dichiarano la loro legittima intenzione di vivere insieme e di essere unite da legami indissolubili di matrimonio, di procreare e di crescere dei figli e di prestarsi reciproco aiuto e assistenza.»

34. Entrata in vigore il 1° gennaio 2010, la legge sulle unioni registrate offre alle coppie omosessuali la possibilità di contrarre un'unione registrata

35. L'articolo 2 di questa legge recita:

«Una unione registrata può essere contratta soltanto da due persone dello stesso sesso (partner registrati), che si impegnano in tal modo ad allacciare una relazione stabile che comporta diritti e obblighi reciproci.»

36. Le norme che disciplinano l'unione registrata, i suoi effetti e il suo scioglimento sono simili a quelle che disciplinano il matrimonio (per maggiori dettagli si veda *Schalk e Kopf*, sopra citata, §§ 16-23). Come per le coppie sposate, i partner registrati devono vivere come coniugi sotto tutti gli aspetti, condividere una casa comune e rispettarsi e assistersi reciprocamente (articolo 8 §§ 2 e 3). Essi hanno gli stessi obblighi di mantenimento che le persone sposate (articolo 12). La legge sulle unioni registrate apporta anche alla legislazione in vigore tutta una serie di modifiche destinate a conferire ai partner registrati lo stesso status dei coniugi in diverse altre branche del diritto quali il diritto delle successioni, il diritto del lavoro, il diritto sociale e della sicurezza sociale, il diritto fiscale, il diritto sulla protezione dei dati, sui servizi pubblici, le questioni in materia di passaporto e di dichiarazione di domicilio, nonché il diritto degli stranieri.

37. Tuttavia esistono alcune differenze tra il matrimonio e l'unione registrata; la più importante attiene ai diritti genitoriali. Ad esempio, l'assistenza medica alla procreazione è

aperta soltanto alle coppie eterosessuali, sposate o meno (articolo 2 § 1 della legge sulla procreazione artificiale - *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

38. Inoltre, i partner registrati non sono autorizzati a chiedere un'adozione congiunta o un'adozione coparentale.

39. In effetti, secondo l'articolo 8 § 4 della legge sulle unioni registrate

«Uno dei partner registrati non può adottare un minore congiuntamente all'altro né adottare il figlio di quest'ultimo.»

40. Al contrario, un partner registrato può adottare solo un minore. A seguito di una modifica apportata all'articolo 181 § 1 comma 2 del codice civile al momento dell'adozione della legge sulle unioni registrate, un partner registrato che desidera adottare un minore deve essere autorizzato dall'altro partner.

41. Nella sua parte generale, il rapporto esplicativo sul progetto di legge (*Erläuterungen zur Regierungsvorlage*, allegato n° 485 agli atti del Consiglio nazionale, XXIV GP) sottolinea che la legge sulle unioni registrate si prefigge di offrire alle coppie omosessuali un meccanismo ufficiale che riconosce la loro relazione e conferisce a quest'ultima un effetto giuridico, tenendo conto in particolare dell'evoluzione che vi è stata in altri Stati europei. Risulta, tuttavia, che il legislatore non ha voluto introdurre nuove disposizioni riguardanti i minori o modificare la legislazione applicabile in materia. A tale proposito, il rapporto precisa che l'adozione congiunta di un minore da parte dei partner registrati è esclusa, come pure l'adozione da parte di un partner registrato del figlio dell'altro.

42. Il commento relativo all'articolo 8 § 4 della legge sulle unioni registrate indica che il divieto di adozione nel caso previsto da questa disposizione era stato chiesto più volte nel corso della procedura di consultazione. Inoltre, questo commento sottolinea che le sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle cause *E.B. c. Francia* ([GC], n. 43546/02, 22 gennaio 2008) e *Fretté* (sopra citata) non sono pertinenti per quel che riguarda tale testo dal momento che vertono soltanto sulla questione delle capacità educative dei ricorrenti e che, nella materia disciplinata da questo testo, il legislatore dispone di una totale libertà. Si precisa inoltre che, in caso di unione registrata, l'adozione coparentale e l'adozione congiunta sono sempre escluse, in quanto il diritto austriaco dell'adozione vieta che un minore abbia, dal punto di vista giuridico, due padri o due madri.

43. Il commento relativo all'emendamento portato all'articolo 181 § 1, comma 2, del codice civile si limita a enunciare che l'assenza nel progetto di legge di proposte di emendamento a questa disposizione risulta da una omissione alla quale è stato successivamente posto rimedio.

C. Disposizioni riguardanti i figli nati al di fuori del matrimonio

44. In applicazione dell'articolo 166 del codice civile, un figlio nato al di fuori del matrimonio è sottoposto alla potestà genitoriale esclusiva della madre (ciò significa che la madre ne ha la custodia, deve vigilare sul suo benessere e sulla sua educazione, lo rappresenta legalmente e amministra i suoi beni).

45. Ai sensi dell'articolo 167 dello stesso codice, i genitori di un minore nato al di fuori del matrimonio, se conviventi, possono decidere di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale sul figlio. Un emendamento entrato in vigore il 1° luglio 2001 ha esteso questa facoltà ai genitori non conviventi. Gli accordi di esercizio congiunto della potestà genitoriale devono essere omologati dal giudice, che esaminerà se essi siano nell'interesse superiore del minore.

46. I due genitori sono tenuti a provvedere al mantenimento del figlio (articolo 140 § 1 del codice civile). L'obbligo di mantenimento in linea di principio si esegue in natura. Tuttavia il genitore che non convive con il figlio deve eseguire il suo obbligo di mantenimento sotto la forma di un assegno alimentare.

47. L'articolo 148 § 1 del codice civile attribuisce un diritto di visita e di alloggio al genitore che non convive con il figlio. Successivamente al 1° luglio 2001 questa prerogativa non spetta più soltanto al genitore, ma anche al figlio stesso. Il genitore e il figlio devono accordarsi sulle modalità di esercizio del diritto di visita e di alloggio. Se non raggiungono un accordo su questo punto, sarà il giudice, su richiesta di una delle persone interessate, a gestire il diritto di visita e di alloggio in funzione dei bisogni e dei desideri del figlio, conformemente all'interesse superiore di quest'ultimo.

48. Inoltre, ai sensi dell'articolo 178 § 1 del codice civile, il genitore che non ha la potestà genitoriale ha il diritto di essere informato su svariate questioni importanti che riguardano il figlio, in quanto alcune decisioni che attengono a queste questioni non possono essere prese senza la sua approvazione.

III. CONVENZIONI INTERNAZIONALI E DOCUMENTI DEL CONSIGLIO D'EUROPA

A. La Convenzione sui diritti del fanciullo

49. Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e entrata in vigore il 2 settembre 1990, la Convenzione sui diritti del fanciullo è stata ratificata da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Le sue disposizioni pertinenti nel caso di specie recitano:

Articolo 3

«1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, ed a tal fine adottano tutti i provvedimenti legislativi ed amministrativi appropriati.

3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi ed istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle autorità competenti, in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo.»

Articolo 21

«Gli Stati parti che ammettono e/o autorizzano l'adozione, si accertano che l'interesse superiore del fanciullo sia la considerazione preminente in materia e:

a) Vigilano affinché l'adozione di un fanciullo sia autorizzata solo dalle autorità competenti le quali verificano, in conformità con la legge e con le procedure applicabili ed in base a tutte le informazioni affidabili relative al caso in esame, che l'adozione può essere effettuata in considerazione della situazione del minore in rapporto al padre e alla madre, genitori e rappresentanti legali e che, ove fosse necessario, le persone interessate hanno dato il loro consenso all'adozione in cognizione di causa, dopo aver acquisito i pareri necessari;

(...) »

B. La Convenzione europea sull'adozione dei minori (rivista nel 2008)

50. Aperta alla firma il 27 novembre 2008, la Convenzione europea (rivista) sull'adozione dei minori è entrata in vigore il 1° settembre 2011 ed è stata ratificata da sette Stati, ossia la Danimarca, la Spagna, la Finlandia, la Norvegia, i Paesi Bassi, la Romania e l'Ucraina. L'Austria non l'ha ratificata né firmata.

51. Dal preambolo di questo strumento risulta che alcune disposizioni della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 sono state riviste soprattutto perché erano superate

e incompatibili con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I passaggi pertinenti della Convenzione del 2008 recitano:

Articolo 4 – Pronuncia dell'adozione

« 1. L'autorità competente pronuncia l'adozione soltanto dopo aver acquisito la convinzione che l'adozione è conforme all'interesse superiore del minore.

2. In ogni caso, l'autorità competente attribuisce una particolare importanza al fatto che l'adozione fornisca al minore un ambiente familiare stabile e armonioso.»

Articolo 7 – Condizioni dell'adozione

« 1. La legislazione permette l'adozione di un minore:

a. da parte di due persone di sesso diverso

i. che siano sposate tra loro o,

ii. qualora esista tale istituto, che abbiano contratto un'unione registrata;

b. da una sola persona.

2. Gli Stati hanno la possibilità di estendere la portata della presente Convenzione alle coppie omosessuali sposate o che hanno contratto una unione registrata fra loro. Gli Stati possono anche estendere la portata della presente Convenzione alle coppie eterosessuali e omosessuali che vivono insieme in una relazione stabile.»

Articolo 11 – Effetti dell'adozione

« 1. Al momento dell'adozione, il minore diventa pienamente membro della famiglia dell'adottante o degli adottanti ed ha, rispetto all'adottante o agli adottanti e rispetto alla sua o alla loro famiglia, gli stessi diritti e obblighi di un figlio dell'adottante o degli adottanti la cui filiazione sia stabilita per legge. L'adottante o gli adottanti assumono la responsabilità genitoriale nei confronti del minore. L'adozione mette fine al legame giuridico esistente tra il minore e il padre, la madre e la famiglia di origine.

2. Tuttavia il coniuge, il partner registrato o il convivente dell'adottante mantiene i propri diritti e obblighi nei confronti del minore se questi è suo figlio, a meno che la legge non vi deroghi.

(...)»

52. Nelle «Considerazioni generali», il rapporto esplicativo alla Convenzione del 2008 enuncia quanto segue:

«14. Da un certo punto di vista, la buona pratica dell'adozione comporta un solo principio essenziale, ossia che l'adozione deve avere come scopo l'interesse superiore del minore, come precisa il paragrafo 1 dell'articolo 4 della Convenzione (...)»

53. I passaggi pertinenti al caso di specie delle osservazioni di tale rapporto, di cui all'«articolo 7 - Condizioni dell'adozione» recitano:

«42. Il presente articolo prevede l'adozione da parte di una coppia, o da parte di una sola persona.

43. Mentre il campo di applicazione della Convenzione del 1967 è limitato alle coppie eterosessuali sposate, il campo di applicazione della Convenzione rivista si estende alle coppie eterosessuali non sposate che hanno contratto un'unione registrata negli Stati che riconoscono questo istituto. Questa disposizione tiene conto dell'evoluzione osservata in numerosi Stati.

(...)

45. Riguardo al paragrafo 2, è stato rilevato che due Stati parti (la Svezia nel 2002 e il Regno Unito nel 2005) hanno denunciato la Convenzione in quanto i partner registrati dello stesso sesso, conformemente alla loro legislazione nazionale, potevano fare una richiesta congiunta per divenire genitori adottivi, fatto questo che era contrario alla Convenzione. Alcune situazioni analoghe in altri paesi potrebbero anche portare alla denuncia della Convenzione del 1967. Tuttavia, è stato anche rilevato che il diritto dei partner registrati dello stesso sesso di adottare congiuntamente un minore non era ancora una soluzione accettabile per molti Stati parti.

46. In queste condizioni il paragrafo 2 permette agli Stati che lo desiderano di estendere la portata della Convenzione rivista all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso, siano esse coppie sposate o unioni

registrate. A tale proposito non è raro che alcuni strumenti del Consiglio d'Europa introducano norme innovatrici pur lasciando la libertà agli Stati parti di decidere di applicarle (...).

47. Gli Stati hanno la possibilità di estendere liberamente la portata della Convenzione alle coppie di sesso diverso o dello stesso sesso che vivono insieme in una relazione stabile. Spetta agli Stati parti definire i criteri di valutazione della stabilità di una relazione di questo tipo.»

C. Raccomandazione del Comitato dei Ministri

54. Adottata il 31 marzo 2010, la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri su alcune misure volte a combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere riguarda un'ampia gamma di ambiti nei quali le persone lesbiche, omosessuali, bisessuali, transessuali possono trovarsi di fronte a discriminazioni. Per quanto riguarda il «diritto al rispetto della vita privata e familiare», questa raccomandazione enuncia quanto segue:

«23. Quando la legislazione nazionale conferisce diritti e doveri alle coppie non sposate, gli Stati membri dovrebbero garantirne l'applicazione senza alcuna discriminazione, sia nei confronti delle coppie dello stesso sesso che di quelle di sesso diverso, ivi compreso per quanto riguarda le pensioni di reversibilità e il diritto di subentrare nel contratto di affitto.

24. Quando la legislazione nazionale riconosce le unioni registrate tra persone dello stesso sesso, gli Stati membri dovrebbero cercare di garantire che il loro status giuridico e i loro diritti e obblighi siano equivalenti a quelli previsti per le coppie eterosessuali che si trovano in situazioni paragonabili.

25. Quando la legislazione nazionale non riconosce o non conferisce diritti né obblighi alle unioni registrate tra persone dello stesso sesso e alle coppie non sposate gli Stati membri sono invitati a prendere in esame la possibilità di fornire alle coppie dello stesso sesso, senza alcuna discriminazione, ivi compreso rispetto a coppie di sesso diverso, i mezzi giuridici o di altro tipo per risolvere i problemi pratici legati alla realtà sociale in cui vivono.

(...)

27. Tenendo conto del fatto che l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente nelle decisioni riguardanti l'adozione di un minore, gli Stati membri la cui legislazione nazionale consente l'adozione di minori da parte di persone celibi o nubili dovrebbero garantirne l'applicazione senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.»

IV. DIRITTO COMPARATO

A. Lo studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa

55. Un recente studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa intitolato «La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere in Europa» (edizioni del Consiglio d'Europa, giugno 2011) contiene in particolare i seguenti passaggi:

«Alle persone LGBT [lesbiche, omosessuali, bisessuali e transessuali] che vogliono adottare un minore si offrono tre possibilità. Innanzitutto una donna lesbica o un uomo omosessuale non sposato possono presentare richiesta per diventare genitori adottivi (adozione da parte di persona non sposata). Altra possibilità, una persona può adottare i figli biologici o adottati del suo/sua partner dello stesso sesso senza che il primo genitore perda i suoi diritti legali. Questa procedura, chiamata «adozione da parte del secondo genitore», dà al minore due rappresentanti legali. L'adozione da parte del secondo genitore tutela anche i genitori attribuendo ad entrambi lo status di genitore riconosciuto dalla legge. In caso di non adozione da parte del secondo genitore, il minore e il genitore non biologico sono privati di alcuni diritti se il genitore biologico decede o in caso di divorzio, di separazione o di altre circostanze che impediscono al genitore di esercitare le sue responsabilità genitoriali. Il minore non ha neanche il diritto di ereditare dal genitore non biologico. Inoltre, su un piano pratico, il diritto al congedo parentale è escluso in caso di non adozione da parte del secondo genitore, fatto che può costituire un danno economico per le famiglie LGBT. La terza procedura è l'adozione congiunta di un minore da parte di una coppia dello stesso sesso.

Dieci Stati membri autorizzano l'adozione da parte del secondo genitore per le coppie dello stesso sesso (Germania, Belgio, Danimarca, Spagna, Finlandia, Islanda, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia).

Ad eccezione della Germania e della Finlandia questi Stati membri autorizzano anche l'adozione congiunta per le coppie dello stesso sesso. In Austria e in Francia, l'adozione da parte del secondo genitore non è possibile, ma le coppie dello stesso sesso che hanno firmato una unione registrata possono beneficiare di un certo grado di autorità e di responsabilità genitoriali. Trentacinque Stati membri non danno accesso all'adozione congiunta né all'adozione da parte del secondo genitore: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaigian, Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, «l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia», Federazione di Russia, Georgia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, Polonia, Portogallo, Repubblica ceca, Romania, San Marino, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Svizzera, Turchia e Ucraina (...).»

B. Altri elementi di diritto comparato

56. I dati di cui la Corte dispone, soprattutto quelli contenuti in uno studio che esamina trentanove Stati membri del Consiglio d'Europa, mostrano che ai dieci paesi che aprono l'adozione coparentale alle coppie omosessuali citati nello studio del Commissario per i diritti umani - la Germania, il Belgio, la Danimarca, la Spagna, la Finlandia, l'Islanda, la Norvegia, i Paesi Bassi, il Regno Unito (esclusa l'Irlanda del Nord) e la Svezia - si aggiunge la Slovenia, i cui tribunali hanno recentemente autorizzato questa forma di adozione.

57. La maggioranza (ventiquattro) dei trentanove Stati membri del Consiglio d'Europa studiati riservano l'adozione coparentale alle coppie sposate. Dieci Stati membri - il Belgio, la Spagna, l'Islanda, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Romania, il Regno Unito (esclusa l'Irlanda del Nord), la Russia, la Slovenia e l'Ucraina - estendono l'adozione coparentale alle coppie non sposate, ma solo sei di loro non fanno distinzione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali a tale riguardo, gli altri quattro (il Portogallo, la Romania, la Russia e l'Ucraina) - come l'Austria - riservano questa forma di adozione alle coppie eterosessuali non sposate e la vietano alle coppie omosessuali non sposate.

Gli altri Stati studiati hanno dato risposte diverse alla questione dell'adozione coparentale, come quella che consiste nell'aprire questa possibilità alle coppie sposate e alle unioni registrate (soluzione presa in considerazione soprattutto dalla Germania e dalla Finlandia) e a vietarla alle coppie non sposate siano esse eterosessuali o omosessuali.

IN DIRITTO

I. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 8

58. Invocando l'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8, i ricorrenti sostengono di essere vittime, nel godimento del loro diritto al rispetto della vita familiare, di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale della prima e della terza di essi. A loro avviso, non esiste alcun motivo ragionevole e obiettivo idoneo a giustificare che l'adozione coparentale sia aperta alle coppie eterosessuali – sposate o meno – ma vietata alle coppie omosessuali.

L'articolo 8 della Convenzione recita:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

L'articolo 14 della Convenzione recita:

«Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la

religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.»

A. Sulla ricevibilità

59. Il Governo sostiene che, nel caso di specie, non si pone alcuna questione di discriminazione e che il ricorso deve dunque essere dichiarato irricevibile in quanto manifestamente infondato. Al riguardo, sostiene che i giudici interni hanno respinto la richiesta di adozione del secondo ricorrente in quanto il padre di quest'ultimo si opponeva alla stessa ed essa non era nell'interesse del minore. Di conseguenza, il fatto che l'adozione, da parte di un omosessuale, del figlio del partner sia giuridicamente impossibile ai sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile non sarebbe stato preso in considerazione. Pertanto, i ricorrenti inviterebbero la Corte a procedere ad un controllo astratto di tale disposizione.

60. In tal modo, il Governo sembra affermare che gli interessati non possono sostenere di essere vittime della violazione dedotta, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione, in quanto non sono stati direttamente interessati dalla legge contestata nel caso di specie. La Corte rileva tuttavia che il Governo non ha formalmente sollevato un'eccezione di irricevibilità al riguardo. Ritiene che gli argomenti sopra menzionati debbano essere trattati nell'ambito dell'esame del merito della causa.

61. La Corte constata che il ricorso non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) della Convenzione e non incorre in altri motivi di irricevibilità. Lo dichiara dunque ricevibile.

B. Sul merito

1. Tesi delle parti

a) I ricorrenti

62. I ricorrenti sostengono che la loro situazione è assimilabile a quella di una coppia eterosessuale che si prende cura dei figli. Essi si basano su numerosi studi scientifici che giungono alla conclusione che i figli crescono armoniosamente sia in famiglie omogenitoriali che in famiglie eterogenitoriali.

63. Nel diritto austriaco l'adozione coparentale sarebbe aperta alle coppie sposate, ma le coppie omosessuali non avrebbero ancora accesso al matrimonio e, anche se avessero contratto una unione registrata, tale forma di adozione sarebbe loro espressamente vietata dall'articolo 8 § 4 della legge sulle unioni registrate. Ciò premesso, i ricorrenti sottolineano che non rivendicano un diritto che sarebbe riservato alle famiglie fondate sul matrimonio.

64. Il problema fondamentale nel caso di specie sarebbe quello della disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali non sposate. Il diritto austriaco darebbe accesso all'adozione coparentale alle coppie eterosessuali non sposate ma lo vieterebbe alle coppie omosessuali non sposate. Vi sarebbe dunque una differenza fondamentale rispetto alla causa *Gas e Dubois c. Francia* (n. 25951/07, 15 marzo 2012), in quanto il diritto francese riserva l'adozione coparentale alle coppie sposate. La questione sollevata dalla presente causa sarebbe pertanto analoga a quella che si poneva nella causa *Karner c. Austria* (n. 40016/98, CEDU 2003-IX) in cui la legislazione austriaca negava alle coppie omosessuali un diritto riconosciuto alle coppie eterosessuali non sposate. Inoltre, solo quattro Stati membri del Consiglio d'Europa avrebbero, come l'Austria, adottato la posizione che consiste nel dare accesso all'adozione coparentale alle coppie eterosessuali non sposate vietandola comunque alle coppie omosessuali. La grande maggioranza degli Stati membri riserverebbe questa forma di adozione alle coppie sposate o la estenderebbe alle coppie non sposate indipendentemente dal loro orientamento sessuale.

65. I ricorrenti ritengono di essere stati innegabilmente oggetto di una disparità di trattamento nella procedura in contestazione. Dinanzi ai giudici interni, avrebbero sostenuto che il rifiuto del padre del secondo ricorrente di acconsentire all'adozione era ingiustificato in quanto contrario all'interesse del minore, che l'interesse di quest'ultimo a essere adottato doveva prevalere su quello del padre a opporsi all'adozione e che, pertanto, il tribunale distrettuale avrebbe dovuto decidere di non tenere conto dell'opposizione ai sensi dell'articolo 181 § 3 del codice civile. Secondo i ricorrenti, se una domanda identica fosse stata presentata al tribunale distrettuale da una coppia eterosessuale, quest'ultimo l'avrebbe esaminata sul merito e avrebbe dovuto pronunciare una decisione distinta riguardante il rifiuto del padre del minore. Tale giudice avrebbe invece opposto una decisione di irricevibilità alla richiesta degli interessati in quanto l'adozione voluta era in ogni caso impossibile rispetto al diritto austriaco. La Corte suprema avrebbe espressamente approvato tale posizione.

66. I ricorrenti sottolineano che al centro del loro motivo di ricorso vi è l'impossibilità assoluta nel loro caso di procedere a un'adozione. La presente causa sarebbe assimilabile alla causa *E.B. c. Francia* ([GC], n. 43546/02, 22 gennaio 2008) in quanto la prima e la terza ricorrente sarebbero, a causa del loro orientamento sessuale, private di qualsiasi possibilità effettiva di adottare.

67. Secondo la tesi dei ricorrenti, dal momento che il Governo sostiene che il diritto austriaco in materia di adozione tende a proteggere l'interesse del minore, esso ha il dovere, conformemente alla giurisprudenza della Corte, di dimostrare che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale è necessaria allarealizzazione di tale obiettivo. Vi sarebbe invece all'interno della comunità scientifica un ampio consenso nel ritenere che le coppie omosessuali sono capaci allo stesso modo delle coppie eterosessuali di garantire ai figli una crescita armoniosa. I ricorrenti hanno prodotto dinanzi alla Corte una serie di pubblicazioni a sostegno della loro tesi. All'udienza, hanno fatto riferimento in particolare a un ampio studio intitolato «La vita dei minori allevati da partner omosessuali» (Rupp Martina (ed.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften*, Colonia, 2009), che era stato realizzato su richiesta del ministero della Giustizia tedesco.

68. Per quanto riguarda l'argomentazione del Governo secondo la quale il diritto austriaco tende a impedire che un minore abbia, dal punto di vista giuridico, due padri o due madri, i ricorrenti non potrebbero esimersi dal constatare che, benché formino da molto tempo una famiglia di fatto, non possono ancora ottenere il riconoscimento giuridico della loro vita familiare. Inoltre, non sarebbe raro per il diritto austriaco che un minore adottato abbia due padri o due madri. In virtù dell'articolo 182 § 2 del codice civile, l'adozione interromperebbe i legami familiari esistenti tra il minore adottato e i suoi genitori biologici, ma lascerebbe sussistere tra essi degli obblighi di mantenimento e dei diritti successori reciproci, benché sussidiari rispetto a quelli dei genitori adottivi.

69. Dalla Convenzione europea del 2008 sull'adozione dei minori, dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del 31 marzo 2010 e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo risulterebbe che il principio fondamentale in materia di adozione è costituito dall'interesse superiore del minore, e non dal sesso o dall'orientamento sessuale dei genitori. Infine, contrariamente alla tesi del Governo, il diritto austriaco non offriva altri mezzi per ottenere il riconoscimento giuridico dei legami tra un minore e il partner omosessuale di uno dei suoi genitori.

b) Il Governo

70. Il Governo non contesta l'applicazione, nel caso di specie, dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, e ammette che le relazioni che uniscono i tre ricorrenti rientrano nella nozione di vita familiare. Tuttavia, esso ritiene che i fatti della presente causa siano diversi da quelli che avevano motivato la causa *Gas e Dubois* (sopra citata) in quanto il secondo ricorrente avrebbe anche un padre con il quale mantiene rapporti di tipo familiare.

71. Considerato peraltro che la situazione dei ricorrenti non era assimilabile a quella di una coppia sposata di cui uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro, il Governo invita la Corte ad attenersi alle conclusioni alle quali era giunta nella sentenza *Gas e Dubois* (sopra citata, §§ 66-68).

72. Esso riconosce invece che la prima e la terza ricorrente si trovano in una situazione assimilabile a quella di una coppia eterosessuale non sposata, ammettendo che, in termini personali, le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali sono in teoria altrettanto idonee o inidonee all'adozione in generale e all'adozione coparentale in particolare. Per di più, esso ammette che le due situazioni sono assimilabili in quanto per qualsiasi adozione è necessario il consenso dei due genitori biologici.

73. Basandosi sulle sentenze *Emonet e altri c. Svizzera* (n. 39051/03, 13 dicembre 2007) e *Eski c. Austria* (n. 21949/03, 25 gennaio 2007), il Governo aggiunge che la rottura del legame di filiazione conseguente all'adozione di un minore è stata giudicata compatibile con l'articolo 8 e che, per quanto riguarda il diritto in materia di adozione, gli Stati dispongono di un ampio margine di apprezzamento. Esso precisa che il diritto austriaco in materia dà la priorità ai genitori biologici per quanto riguarda la potestà genitoriale e che l'adozione deve essere autorizzata soltanto quando è manifestamente nell'interesse del minore. L'adozione comporterebbe infatti la perdita dei diritti genitoriali per il genitore biologico interessato, e il consenso di quest'ultimo, i cui legami con il minore sarebbero altrettanto protetti dall'articolo 8, costituirebbe una condizione preliminare per l'adozione. Il diritto austriaco garantirebbe in tal modo un equilibrio ragionevole tra tutti gli interessi coesistenti.

74. Nel caso di specie non si porrebbe alcuna questione di discriminazione in quanto la prima e la terza ricorrente non sarebbero state trattate diversamente da una coppia eterosessuale non sposata. Dopo aver esaminato con attenzione la questione dell'interesse del secondo ricorrente a essere adottato, i giudici nazionali, in particolare il tribunale regionale, avrebbero constatato che il minore aveva dei legami con il padre e avrebbero concluso per questo motivo che non era opportuno sostituire un genitore adottivo a quest'ultimo. Il consenso preliminare dei due genitori biologici costituirebbe una condizione essenziale per qualsiasi adozione. Il Governo sostiene che, tenuto conto dell'opposizione del padre del secondo ricorrente, i tribunali interni non avrebbero potuto acconsentire all'adozione nemmeno se la domanda fosse stata presentata da un partner di sesso opposto a quello della terza ricorrente non sposato con essa. Esso ritiene peraltro che gli interessati non siano riusciti a dimostrare che esistevano dei motivi per non tenere conto del rifiuto del padre del minore di acconsentire all'adozione e aggiunge che essi non hanno chiesto ai tribunali di pronunciarsi espressamente su tale questione.

75. Il Governo afferma inoltre che il codice civile non persegue un obiettivo di esclusione delle coppie omosessuali. Esso ritiene che l'impossibilità per una donna di adottare il figlio di un'altra donna ostacolerebbe allo stesso modo il progetto di una zia di adottare il nipote fintanto che sussistono dei legami tra quest'ultimo e sua madre. Il divieto espresso dell'adozione coparentale per le coppie omosessuali sarebbe stato introdotto solo nel 2010 dalla legge sulle unioni registrate, che non sarebbe stata ancora in vigore nel momento in cui i giudici nazionali si sono pronunciati sulla presente causa e non sarebbe dunque pertinente nel caso di specie.

76. Il Governo sostiene che, se la Corte concludesse che vi è stata una disparità di trattamento ed esaminasse la legittimità dell'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale, tale esclusione sarebbe giustificata dagli scopi legittimi della ricostruzione di una famiglia biologica e della protezione del benessere del minore. Il diritto austriaco in materia di adozione non perseguirebbe lo scopo di escludere le coppie omosessuali ma piuttosto quello di impedire, in generale, che un minore abbia due padri o due madri dal punto di vista giuridico. Esso perseguirebbe tale obiettivo con misure adeguate, considerando anche la necessità di tenere conto degli interessi di altre persone coinvolte, e tutelerebbe gli interessi del partner del genitore del minore con altri mezzi.

77. Infine, il Governo considera che gli Stati dovrebbero beneficiare di un ampio margine di apprezzamento in materia di adozione coparentale da parte di coppie omosessuali. Secondo le informazioni di cui dispone, solo dieci Stati membri del Consiglio d'Europa autorizzerebbero questa forma di adozione. In queste condizioni, non vi sarebbe uno standard europeo e neppure una tendenza o un orientamento in materia

c) Le parti intervenienti

i. La FIDH, la CIJ, l'ILGA-Europe, la BAAF, il NELFA e l'ECSOL

78. Nelle loro osservazioni comuni, queste sei organizzazioni non governative sostengono che, come la causa *Karner* (sopra citata), il caso di specie fa emergere una disparità di trattamento in quanto un diritto riconosciuto alle coppie eterosessuali non sposate è stato negato a una coppia omosessuale non legata da matrimonio. Di conseguenza, sarebbe opportuno applicare nella presente causa i criteri definiti nella sentenza *Karner*. Inoltre, nelle sentenze *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (n. 33290/96, CEDU 1999-IX) e *E.B. c. Francia* (sopra citata), la Corte avrebbe implicitamente riconosciuto che nulla impedisce che una persona omosessuale che vive con un partner del suo stesso sesso si prenda cura di un minore. La Corte interamericana dei diritti umani sarebbe giunta recentemente ad una conclusione analoga nella causa *Atala Riffo e figlie c. Cile* (sentenza del 24 febbraio 2012).

79. Peraltro, per quanto riguarda la questione del consenso europeo, sarebbe opportuno rilevare che la maggior parte dei quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa riserva l'adozione coparentale alle coppie eterosessuali sposate. Nella presente causa, gli unici Stati che possono servire da punto di confronto sarebbero quelli che aprono l'adozione coparentale ad altre coppie, in particolare alle coppie omosessuali (coppie sposate, unioni registrate o coppie conviventi) o alle coppie eterosessuali non sposate. Tra questo gruppo di Stati, quattordici avrebbero esteso l'adozione alle coppie omosessuali o intenderebbero farlo e solo cinque (tra cui l'Austria) aprirebbero questa forma di adozione alle coppie eterosessuali non sposate negandola tuttavia alle coppie omosessuali.

80. Infine, l'articolo 7 della Convenzione europea del 2008 sull'adozione dei minori riconoscerebbe la diversità delle legislazioni in materia di adozione, ma rimarrebbe comunque il fatto che gli articoli 14 e 8 della Convenzione vieterebbe agli Stati membri di basarsi su motivi discriminatori per estendere il diritto di adottare a un gruppo di persone ma non a un altro.

ii. Il Centro europeo per il diritto e la giustizia (ECLJ)

81. L'ECLJ ritiene che non vi sia stata ingerenza nella vita familiare *de facto* dei ricorrenti e che l'articolo 8 non sia dunque applicabile nel caso di specie. Esso sostiene inoltre che non esiste un diritto all'adozione, né un diritto a essere adottati. A suo avviso, gli interessati rivendicano in sostanza un diritto al riconoscimento della loro vita familiare. Tuttavia, come il diritto di sposarsi, il diritto di fondare una famiglia sancito dall'articolo 12 della Convenzione sarebbe riservato alle coppie eterosessuali

82. Se la causa fosse esaminata sotto il profilo dell'articolo 8, l'ECLJ sostiene che, anche a voler supporre che vi sia stata ingerenza nell'esercizio da parte dei ricorrenti del loro diritto al rispetto della loro vita familiare, si deve constatare che tale ingerenza era prevista dalla legge, più precisamente dall'articolo 182 § 2 del codice civile, e che essa perseguiva uno scopo legittimo, ossia la protezione delle relazioni tra il secondo ricorrente e il padre, che si era opposto all'adozione richiesta. Il rifiuto da parte dei giudici interni di autorizzare l'adozione voluta dagli interessati sarebbe inoltre inteso, legittimamente, a preservare la famiglia naturale e a garantire la sicurezza giuridica ai minori. La realtà biologica sarebbe un elemento oggettivo, e costituirebbe in tal senso una giustificazione ragionevole.

83. Dal punto di vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, l'ECLJ afferma che la prima e la terza ricorrente non hanno la capacità biologica di fondare una

famiglia e che la loro situazione non è dunque assimilabile a quella di una coppia eterosessuale. Poiché l'articolo 182 § 2 del codice civile si applica a tutte le coppie, eterosessuali od omosessuali, nel caso di specie non sarebbe stata operata alcuna disparità di trattamento. Il fatto che tale disposizione produca effetti diversi a seconda che sia applicata a una coppia omosessuale o a una coppia eterosessuale non darebbe luogo a una discriminazione.

iii. Il procuratore generale dell'Irlanda del Nord

84. Il procuratore generale dell'Irlanda del Nord considera che la Convenzione europea del 2008 sull'adozione dei minori potrebbe servire a determinare in che misura esiste un consenso europeo in questo contesto. Egli fa osservare in particolare che, ai sensi dell'articolo 4 di tale strumento, l'interesse superiore del minore costituisce il principio guida di qualsiasi adozione; considera inoltre che dall'articolo 7 emerge con chiarezza che non esiste alcun consenso in Europa per quanto riguarda l'adozione da parte di coppie omosessuali.

85. Egli indica che la compatibilità con la Convenzione degli articoli 14 e 15 § 1 dell'ordinanza del 1987 sull'adozione applicabile in Irlanda del Nord, come emendata dalla legge sulle unioni civili, è attualmente oggetto di un ricorso giudiziario nel suo Paese in quanto tali disposizioni privano le coppie omosessuali, che siano o meno legate da una unione registrata, di qualsiasi possibilità di adottare, e vietano l'adozione monoparentale alle persone omosessuali che hanno concluso un'unione registrata, mentre una persona che non ha concluso una unione di questo tipo può adottare da sola, indipendentemente dal suo orientamento sessuale. Egli precisa che nel ricorso in questione si sostiene che gli effetti cumulativi di tali disposizioni violano l'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

86. Osservando che la Convenzione non sancisce un diritto all'adozione e basandosi sulla giurisprudenza recente della Corte (*E.B. c. Francia, Gas e Dubois, Schalk e Kopf*, sopra citate; e *S.H. e altri c. Austria* [GC], n. 57813/00, 3 novembre 2011), il procuratore generale dell'Irlanda del Nord constata che la Corte finora ha dato prova di deferenza giudiziaria, riconoscendo che il legislatore nazionale si trova in una posizione migliore rispetto al giudice europeo per valutare le questioni sollevate dalle nozioni di famiglia e di matrimonio e i rapporti tra genitori e figli.

iv. Amnesty International

87. Le osservazioni di Amnesty International forniscono una sintesi delle clausole di non discriminazione presenti nei trattati regionali e internazionali di protezione dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte europea e della Corte interamericana dei diritti umani in materia. Esse traggono ispirazione anche dall'interpretazione data alle clausole in questione dagli organi di controllo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite – in particolare dal Comitato dei diritti dell'uomo e dal Comitato dei diritti dei minori.

88. Amnesty International considera che qualsiasi disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale debba essere giustificata da motivi particolarmente solidi e convincenti. Essa rinvia al riguardo ad una recente sentenza della Corte interamericana dei diritti umani (*Atala Riffo e figlie c. Cile*), che indica che «l'orientamento sessuale fa parte dell'intimità di una persona e non deve essere preso in considerazione per determinare se una persona abbia i requisiti necessari per essere genitore».

89. Amnesty International fa osservare peraltro che, secondo l'articolo 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, l'interesse del minore deve essere una «considerazione preminente» in tutte le decisioni relative ai minori. Essa osserva che anche ai sensi dell'articolo 21 della stessa Convenzione l'interesse superiore del minore costituisce una «considerazione preminente» in materia di adozione. Tale strumento apporterebbe dunque importanti restrizioni al margine di apprezzamento degli Stati, vietando loro in particolare di applicare norme diverse in funzione della composizione delle famiglie o dell'orientamento

sessuale di un genitore. Pertanto, qualsiasi regime di adozione dovrebbe autorizzare i tribunali e le altre autorità competenti a basarsi principalmente sull'interesse superiore del minore per decidere in merito alle domande di adozione.

v. Alliance Defending Freedom

90. Alliance Defending Freedom osserva che né la Convenzione né la giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 8 riconoscono un diritto all'adozione. Invece, la Corte avrebbe concluso per l'applicabilità dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 nelle cause riguardanti asserite discriminazioni in materia di adozione e avrebbe esaminato un esiguo numero di cause di questo tipo (*Fretté c. Francia*, n. 36515/97, CEDU 2002-I; e le cause sopra citate *E.B. c. Francia* e *Gas e Dubois*). Nella sentenza *E.B. c. Francia*, la Corte avrebbe attribuito un peso decisivo in particolare al fatto che il diritto francese autorizzava l'adozione di un minore da parte di un single, aprendo in tal modo la via all'adozione da parte di una persona omosessuale celibe o nubile. Il caso di specie si distinguerebbe dalla causa in questione e per Alliance Defending Freedom una constatazione di violazione equivarrebbe ad un tentativo di riscrivere il diritto degli Stati che riservano l'adozione coparentale alle coppie eterosessuali. Per di più, su tale questione non vi sarebbe un consenso a livello europeo.

91. Peraltro, la tesi molto diffusa della «indifferenziazione», ossia l'idea, espressa in numerosi studi, secondo la quale i minori che crescono in famiglie omogenitoriali non si trovano in una situazione di netto svantaggio rispetto ai minori cresciuti in famiglie eterogenitoriali, sarebbe stata rimessa in discussione da recenti studi sociologici condotti in particolare negli Stati Uniti. Tenuto conto del carattere poco convincente dei risultati degli studi scientifici realizzati in materia e dell'ampio margine di apprezzamento di cui beneficerebbero gli Stati per quanto riguarda il diritto di famiglia, l'interesse del minore giustificerebbe il fatto di riservare l'adozione, ivi compresa l'adozione coparentale, alle coppie eterosessuali.

2. Valutazione della Corte

a) Applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8

92. La Corte ha dovuto esaminare varie cause in cui veniva lamentata una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nella sfera della vita privata e familiare. Essa ne ha esaminate alcune sotto il profilo dell'articolo 8 considerato separatamente. Tali cause riguardavano la repressione penale delle relazioni omosessuali tra adulti (*Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, serie A n. 45; *Norris c. Irlanda*, 26 ottobre 1988, serie A n. 142, e *Modinos c. Cipro*, 22 aprile 1993, serie A n. 259) o la destituzione di omosessuali dalle forze armate (*Smith e Grady c. Regno Unito*, nn. 33985/96 e 33986/96, CEDU 1999-VI). Ne ha considerate altre sotto il profilo dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Queste ultime si riferivano alla fissazione, in materia penale, di un'età del consenso diversa per quanto riguarda i rapporti omosessuali da una parte e le relazioni eterosessuali dall'altra (*L. e V. c. Austria*, nn. 39392/98 e 39829/98, CEDU 2003-I), l'attribuzione della potestà genitoriale (*Salgueiro da Silva Mouta*, sopra citata), il consenso dei richiedenti all'adozione di un minore (*Fretté, E.B. c. Francia* e *Gas e Dubois*, sopra citate), il diritto del partner superstite alla trasmissione del contratto di locazione stipulato dal defunto (*Karner*, sopra citata, e *Kozak c. Polonia*, n. 13102/02, 2 marzo 2010), il diritto a prestazioni previdenziali (*P.B. e J.S. c. Austria*, n. 18984/02, 22 luglio 2010) o l'accesso delle coppie omosessuali al matrimonio o ad altre forme di riconoscimento giuridico (*Schalk e Kopf*, sopra citata).

93. Nella fattispecie, i ricorrenti invocano l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 e sostengono che vivono insieme una vita familiare. Il Governo non contesta l'applicabilità del combinato disposto dell'articolo 14 e dell'articolo 8 nella presente causa. La Corte non vede alcun motivo per discostarsi dal parere delle parti su questo punto, per i motivi di seguito esposti.

94. Secondo la giurisprudenza costante della Corte, l'articolo 14 completa le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli. Non ha un'esistenza indipendente poiché vale unicamente per il «godimento dei diritti e delle libertà» che essi garantiscono. Certo, esso può entrare in gioco anche senza che vi sia una inosservanza delle esigenze in essi previste e, in questo caso, possiede una portata autonoma, ma non può trovare applicazione se i fatti della causa non rientrano nell'ambito di almeno una di tali clausole (si vedano, ad esempio, *Schalk e Kopf*, sopra citata, § 89; *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 47; *Karner*, sopra citata, § 32, e *Petrovic c. Austria*, 27 marzo 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II).

95. La Corte rammenta che la relazione esistente tra una coppia omosessuale che convive di fatto in maniera stabile rientra nella nozione di «vita familiare» così come quella di una coppia eterosessuale che si trova nella stessa situazione (*Schalk e Kopf*, sopra citata, § 94). Inoltre, nella decisione sulla ricevibilità che ha reso nella causa *Gas e Dubois c. Francia* (n. 25951/07, 31 agosto 2010), la Corte ha dichiarato che la relazione tra due donne che vivono insieme in regime di patto civile di solidarietà (PACS) e il figlio che la seconda di loro aveva concepito mediante la procreazione medicalmente assistita, e che la stessa allevava insieme alla sua compagna, si traduceva in una «vita familiare» ai fini dell'articolo 8 della Convenzione.

96. Nella fattispecie, la prima e la terza ricorrente formano una coppia omosessuale stabile che conduce una vita comune da molti anni. Il secondo ricorrente, di cui entrambe si occupano, vive insieme a loro. Pertanto, la Corte ritiene che la relazione che unisce i tre ricorrenti rientri nella nozione di «vita familiare» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

97. Di conseguenza, la Corte conclude che nel caso di specie trova applicazione l'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

b) Osservanza dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8

i. I principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte

98. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, perché si ponga una questione rispetto all'articolo 14 deve esservi una disparità nel trattamento di persone poste in situazioni assimilabili. Una tale disparità è discriminatoria se non è fondata su una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia se non persegue uno scopo legittimo o se non vi è un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito. Gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento per determinare se e in quale misura delle differenze tra situazioni analoghe sotto altri punti di vista giustificano delle disparità di trattamento (*Schalk e Kopf*, sopra citata, § 96, e *Burden c. Regno Unito* [GC], n. 13378/05, § 60, CEDU 2008-).

99. L'orientamento sessuale rientra nel campo di applicazione dell'articolo 14. La Corte ha più volte dichiarato che, come le differenze basate sul sesso, quelle basate sull'orientamento sessuale devono essere giustificate da motivi impellenti o, altra formula utilizzata a volte, da «ragioni particolarmente solide e convincenti» (si vedano, ad esempio, *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 91; *Kozak*, sopra citata, § 92; *Karner*, sopra citata, §§ 37 e 42; *L. e V. c. Austria*, sopra citata, § 45, e *Smith e Grady*, sopra citata, § 90). Nel caso di disparità di trattamento fondate sul sesso o sull'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento degli stati è limitato (*Kozak*, sopra citata, § 92, e *Karner*, sopra citata, § 41). Le differenze motivate unicamente da considerazioni relative all'orientamento sessuale sono inaccettabili rispetto alla Convenzione (*E.B. c. Francia*, sopra citata, §§ 93 e 96, e *Salgueiro da Silva Mouta*, sopra citata, § 36).

100. Prima di arrivare all'esame del motivo di ricorso dei ricorrenti, la Corte precisa che, in generale, l'adozione di un minore da parte di omosessuali può avvenire in tre modi diversi. Il primo è quello dell'adozione da parte di una sola persona (adozione monoparentale); il secondo è quello dell'adozione coparentale, con la quale uno dei partner di una coppia adotta il figlio dell'altro, affinché a ciascuno dei partner della coppia sia legalmente riconosciuto lo

status di genitore; e il terzo è quello dell'adozione congiunta da parte di entrambi i partner della coppia (si vedano lo studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa citato al paragrafo 55 *supra* e la sentenza *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 33).

101. La Corte ha finora esaminato due cause riguardanti richieste di adozione monoparentale presentate da omosessuali (*Fretté* e *E.B. c. Francia*, sopra citate) e una causa avente ad oggetto una richiesta di adozione coparentale da parte di una coppia omosessuale (*Gas e Dubois*, sopra citata).

102. Nella causa *Fretté c. Francia*, le autorità francesi avevano rigettato la richiesta di autorizzazione ad adottare in quanto le «scelte di vita» (in altre parole l'omosessualità) dell'interessato non presentavano garanzie sufficienti per l'adozione di un minore. Analizzando la questione dal punto di vista del combinato disposto dell'articolo 14 e dell'articolo 8 della Convenzione, la Corte ha rilevato che la legislazione francese riconosceva a qualsiasi persona non sposata – uomo o donna – il diritto di depositare una richiesta di adozione, e che le autorità francesi avevano rigettato la richiesta di autorizzazione preventiva presentata dal ricorrente basandosi – senza dubbio implicitamente – sul suo orientamento sessuale, e ha dunque concluso per l'esistenza di una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale (*Fretté*, sopra citata, § 32). Tuttavia, ha ritenuto che le decisioni adottate dalle autorità interne perseguissero uno scopo legittimo: proteggere la salute e i diritti dei minori che potevano essere interessati da una procedura di adozione. Per quanto riguarda la questione di stabilire se tale disparità di trattamento fosse giustificata, la Corte ha osservato in particolare che non vi era comunanza di vedute tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa in questo ambito, in cui il diritto sembrava attraversare una fase di transizione, e ha giudicato che alle autorità nazionali doveva essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento per pronunciarsi in materia. Per quanto riguarda gli interessi concorrenti del ricorrente e dei minori che possono essere adottati, la Corte ha osservato che la comunità scientifica era divisa sulle eventuali conseguenze dell'accoglienza di un minore da parte di uno o due genitori omosessuali, tenuto conto in particolare dell'esiguo numero di studi scientifici sulla questione all'epoca disponibili. In definitiva, essa ha riconosciuto che il rifiuto di concedere l'autorizzazione all'adozione voluta non aveva pregiudicato il principio di proporzionalità e che la disparità di trattamento denunciata non era pertanto discriminatoria ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione (§§ 37-43).

103. Nella sentenza della Grande Camera che ha reso nella causa *E.B. c. Francia* (sopra citata), anch'essa esaminata dal punto di vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, la Corte è ritornata su tale posizione. Dopo aver proceduto ad un'analisi approfondita dei motivi addotti dalle autorità francesi per giustificare il rifiuto di autorizzare l'adozione auspicata dalla ricorrente, che viveva una relazione stabile con un'altra donna, la Corte ha osservato che le autorità avevano preso in considerazione due motivi principali, ossia l'assenza di un «referente paterno» nel nucleo familiare della ricorrente o nella sua cerchia familiare e affettiva più vicina, e la mancanza di coinvolgimento della compagna di quest'ultima. Essa ha considerato che questi due motivi erano emersi nell'ambito di una valutazione globale della situazione della ricorrente e che l'illegittimità di uno di essi aveva prodotto l'effetto di inficiare complessivamente la decisione. La Corte ha ritenuto che il secondo di tali motivi non fosse censurabile, ma che il primo fosse implicitamente legato all'omosessualità della ricorrente e che le autorità lo avessero invocato abusivamente in un contesto in cui la richiesta di autorizzazione ad adottare proveniva da una persona celibe. In definitiva, essa ha considerato che l'orientamento sessuale della ricorrente non avesse cessato di essere al centro del dibattito che la riguardava e avesse rivestito un carattere decisivo, portando alla decisione di negare l'autorizzazione richiesta (*E.B. c. Francia*, sopra citata, §§ 72-89). Essa ha precisato che, quando è giustificata solo da considerazioni relative all'orientamento sessuale della persona interessata, la disparità di trattamento deve essere considerata discriminatoria rispetto alla Convenzione (*ibidem*, § 93). Ha poi rilevato che il diritto francese autorizzava l'adozione di un minore da parte di un single, aprendo in tal modo

la strada all'adozione da parte di una persona omosessuale celibe o nubile, il che non veniva messo in discussione. Alla luce della sua analisi dei motivi sollevati dalle autorità francesi, la Corte ha ritenuto che, per rigettare la richiesta di autorizzazione ad adottare presentata dalla ricorrente, esse avessero operato una distinzione motivata da considerazioni riguardanti l'orientamento sessuale dell'interessata, distinzione che non poteva essere tollerata secondo la Convenzione. Di conseguenza, ha concluso che vi era stata violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 (*ibidem*, §§ 94-98).

104. La causa *Gas e Dubois* (sopra citata) riguardava due donne che vivevano in coppia avendo concluso il patto civile di solidarietà (PACS) previsto nel diritto francese. Una delle due ricorrenti era la madre di un bambino concepito con la procreazione medicalmente assistita. Rispetto al diritto francese, ne era l'unico genitore. Le interessate lamentavano, dal punto di vista dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8, che il figlio di una di loro non potesse essere adottato dall'altra. Più precisamente, desideravano essere autorizzate ad adottare il minore con il regime dell'adozione semplice ai fini della creazione di un legame di filiazione tra il minore e la compagna della madre, il che avrebbe permesso loro di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale su quest'ultimo. Le autorità interne avevano rifiutato di autorizzare questo progetto di adozione in quanto l'adozione stessa avrebbe comportato, a profitto della compagna della madre del minore, un trasferimento dei diritti di potestà genitoriale non conforme all'interesse del minore (*Gas e Dubois*, sopra citata, § 62). La Corte ha esaminato la situazione delle interessate comparandola a quella di una coppia sposata. Essa ha osservato che nel diritto francese solo le coppie sposate potevano esercitare la potestà genitoriale congiunta in caso di adozione semplice. Osservando che gli Stati contraenti non erano tenuti ad aprire il matrimonio alle coppie omosessuali e che il matrimonio attribuiva uno status particolare a coloro che lo contraggono, essa ha ritenuto che i ricorrenti non si trovassero in una situazione giuridica assimilabile a quella delle coppie sposate (*ibidem*, § 68). Osservando che l'adozione coparentale non era aperta nemmeno alle coppie eterosessuali non sposate che, come le ricorrenti, avevano concluso un PACS (*ibidem*, § 69), la Corte ha concluso per l'assenza di una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale e per la non violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

ii. Applicazione dei principi sopra esposti nel caso di specie

- α) Confronto tra la situazione dei ricorrenti e quella di una coppia sposata nella quale uno dei partner desidera adottare il figlio dell'altro

105. Il primo quesito che si pone alla Corte è se la situazione dei ricorrenti – la prima e la terza ricorrente, che formano una coppia omosessuale, e il figlio di quest'ultima – fosse paragonabile a quella di una coppia eterosessuale sposata nella quale uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro.

106. La Corte ha recentemente risposto negativamente a tale quesito nella causa *Gas et Dubois*, per motivi che ritiene utile richiamare e riaffermare. Conviene anzitutto tenere presente che l'articolo 12 della Convenzione non impone agli Stati contraenti l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali (*Schalk e Kopf*, sopra citata, §§ 54-64), che il diritto al matrimonio omosessuale non può essere dedotto nemmeno dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 (*ibidem*, § 101) e che gli Stati, quando decidono di offrire alle coppie omosessuali un'altra modalità di riconoscimento giuridico, godono di un certo margine di apprezzamento per decidere sulla natura esatta dello status conferito (*ibidem*, § 108). Peraltro, la Corte ha dichiarato più volte che il matrimonio conferisce uno status particolare a coloro che vi si impegnano, che l'esercizio del diritto di contrarre matrimonio è tutelato dall'articolo 12 della Convenzione e che tale diritto comporta delle conseguenze a livello sociale, personale e giuridico (si vedano, tra altre, *Gas e Dubois*, sopra citata, § 68, e *Burden*, sopra citata, § 63).

107. Invece, il diritto austriaco in materia di adozione prevede un regime specifico per le coppie sposate. In effetti, ai sensi dell'articolo 179 § 2 del codice civile, l'adozione congiunta è riservata a queste ultime ed è, in linea di principio, l'unica forma di adozione alla quale hanno accesso. In deroga a tale principio, la stessa disposizione autorizza uno dei coniugi ad adottare il figlio dell'altro coniuge (adozione coparentale).

108. Basandosi sulla sentenza *Gas e Dubois*, il Governo sostiene che la situazione della prima e della terza ricorrente non è assimilabile a quella di una coppia sposata. Da parte loro, le ricorrenti sottolineano che non intendono rivendicare un diritto che sarebbe riservato alle coppie sposate. La Corte non vede motivi per discostarsi dalla sua giurisprudenza su questo punto.

109. Alla luce di quanto precede, la Corte conclude che la situazione della prima e della terza ricorrente rispetto all'adozione coparentale non è assimilabile a quella di una coppia sposata.

110. Di conseguenza, non vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 nei confronti degli interessati se la loro situazione viene comparata a quella di una coppia sposata nella quale uno dei coniugi desidera adottare il figlio dell'altro.

β) Confronto tra la situazione dei ricorrenti e quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner desidera adottare il figlio dell'altro

111. La Corte rileva che le osservazioni dei ricorrenti riguardano sostanzialmente il confronto tra la loro situazione e quella di una coppia eterosessuale non sposata. Gli interessati sottolineano che, nel diritto austriaco, l'adozione coparentale è aperta non solo alle coppie sposate, ma anche alle coppie eterosessuali non sposate, mentre è giuridicamente impossibile per le coppie omosessuali.

Situazione assimilabile

112. La Corte osserva che nessuna delle parti sostiene che la legge operi una distinzione tra le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali non sposate con uno status giuridico particolare analogo a quello che distingue le prime e le seconde dalle coppie sposate. Del resto, il Governo non contesta che la situazione delle coppie eterosessuali non sposate sia assimilabile a quella delle coppie omosessuali, ammettendo che, in termini personali, le coppie omosessuali sono idonee o inidonee quanto le coppie eterosessuali all'adozione in generale e all'adozione coparentale in particolare. La Corte constata che la situazione dei ricorrenti, desiderosi di stabilire un legame giuridico tra il primo e il secondo di essi, è assimilabile a quella di una coppia eterosessuale nella quale uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro.

Disparità di trattamento

113. La Corte deve ora cercare di stabilire se vi sia stata una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale della prima e della terza ricorrente.

114. Il diritto austriaco apre l'adozione coparentale alle coppie eterosessuali non sposate. L'articolo 179 del codice civile autorizza in maniera generale l'adozione monoparentale, e nessuna disposizione dell'articolo 182 § 2 dello stesso codice, che regola gli effetti dell'adozione, si oppone a che uno dei partner di una coppia eterosessuale non sposata adotti il figlio dell'altro senza che vi sia rottura dei legami tra quest'ultimo e il figlio. Invece, è giuridicamente impossibile per una coppia omosessuale procedere a un'adozione coparentale, poiché lo stesso articolo 182 § 2 prevede che l'adottante si sostituisce al genitore biologico del suo stesso sesso. Nella fattispecie, essendo la prima ricorrente una donna, in caso di adozione da parte sua del secondo ricorrente, solo i legami tra quest'ultimo e la madre, compagna della prima ricorrente, potrebbero essere interrotti. Gli interessati non possono pertanto ricorrere all'adozione al fine di creare, tra la prima e il secondo ricorrente, un legame di filiazione che

andrebbe ad aggiungersi a quello già esistente tra il secondo ricorrente e la madre. Benché a prima vista appaia neutro, l'articolo 182 § 2 esclude le coppie omosessuali dall'adozione coparentale.

115. Per completezza, la Corte precisa che, dal 1° gennaio 2010, data dell'entrata in vigore della legge sulle unioni registrate, le coppie omosessuali hanno la possibilità di contrarre un'unione registrata. La prima e la terza ricorrente non si sono avvalse di tale facoltà. In ogni caso, anche se avessero contratto una tale unione non avrebbero potuto procedere ad una adozione coparentale, in quanto l'articolo 8 § 4 di detta legge vieta espressamente l'adozione da parte di uno dei partner del figlio dell'altro.

116. Alla luce di quanto sopra, non vi sono dubbi sul fatto che la legislazione applicabile operi una distinzione tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in materia di adozione coparentale. Allo stato attuale del diritto austriaco, l'adozione coparentale è inaccessibile ai ricorrenti, e la situazione non cambierebbe se il padre biologico del secondo ricorrente fosse deceduto o ignoto, o se sussistessero motivi per non tenere conto del suo rifiuto di dare il consenso all'adozione. Il Governo non lo contesta.

117. Tuttavia, esso sostiene che i fatti della causa non rivelano alcuna forma di discriminazione. Al riguardo, esso assicura che la domanda di omologazione dell'accordo di adozione presentata dagli interessati è stata rigettata per motivi estranei all'orientamento sessuale della prima e della terza ricorrente. Esso precisa anzitutto che i tribunali, in particolare il tribunale regionale, si sono opposti all'adozione voluta in quanto essa non serviva l'interesse del minore. Afferma inoltre che qualsiasi adozione richiede il consenso dei genitori biologici del minore da adottare. Osservando che il padre del secondo ricorrente non aveva dato il consenso, il Governo sostiene che i tribunali non potevano fare altro che rigettare la richiesta di adozione in contestazione e avrebbero dovuto pronunciarsi esattamente allo stesso modo se la prima ricorrente fosse stata il compagno e non la compagna della terza ricorrente. In altre parole, la distinzione giuridica operata dall'articolo 182 § 2 del codice civile non sarebbe stata presa in considerazione nella presente causa. Pertanto, i ricorrenti inviterebbero la Corte a procedere ad un controllo astratto della legislazione applicabile.

118. Alla luce delle decisioni rese dai giudici nazionali (paragrafi 15, 18 e 20 *supra*), la tesi del Governo non convince la Corte. Essa osserva in primo luogo che detti giudici hanno chiaramente affermato che un'adozione che produca gli effetti voluti dai ricorrenti, ossia la creazione di un legame di filiazione tra la prima e il secondo ricorrente che andasse ad aggiungersi a quello esistente tra quest'ultimo e la madre, sarebbe in ogni caso impossibile ai sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile.

119. Il tribunale distrettuale ha basato la sua decisione unicamente su questo motivo, senza soffermarsi sulle circostanze particolari della causa e senza esaminare la questione se il padre del secondo ricorrente acconsentisse o meno all'adozione o se vi fossero motivi per non tenere conto della sua opposizione come sostenevano gli interessati.

120. Anche il tribunale regionale ha concluso che l'adozione voluta dai ricorrenti era giuridicamente impossibile, ma ha evocato altri aspetti della causa. Ha espresso dei dubbi sulla capacità della terza ricorrente di rappresentare il figlio nella procedura di adozione, ritenendo che tale situazione potesse dare luogo a un conflitto di interessi. Tuttavia, ha ritenuto inutile pronunciarsi su tale questione in quanto il tribunale distrettuale aveva giustamente eccepito la irricevibilità della domanda di adozione. Secondo le informazioni di cui dispone la Corte, il tribunale regionale non ha sentito le persone interessate, ossia i tre ricorrenti e il padre del secondo ricorrente. Per quanto riguarda il padre del minore e il ruolo da lui svolto, il tribunale si è limitato a constatare, in base agli atti del fascicolo, che aveva contatti regolari con il figlio, senza esaminare se esistessero, come affermavano gli interessati, motivi tali da giustificare l'applicazione dell'articolo 181 § 3 del codice civile per non tenere conto del suo rifiuto di acconsentire all'adozione. Si è invece soffermato a lungo sul fatto che la nozione di «genitori» secondo il diritto di famiglia austriaco rinvia a due persone di sesso opposto. Inoltre, ha tenuto conto dell'interesse del minore a mantenere dei rapporti con i due

genitori di sesso opposto, considerazione che, secondo il tribunale, escludeva chiaramente l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori. Peraltro, esso ha cercato di stabilire se, alla luce della sentenza resa dalla Corte nella causa *Karner* (sopra citata), il diritto in materia di adozione all'epoca vigente operasse una discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali.

121. Si deve tenere conto anche del fatto che il tribunale regionale ha concluso per l'ammissibilità di un ricorso per cassazione dinanzi alla Corte suprema in quanto non vi era giurisprudenza sulla «questione (...) in contestazione, ossia la legittimità dell'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori». Secondo la Corte, ciò contraddice categoricamente la tesi del Governo secondo la quale il fatto che sia giuridicamente impossibile per le coppie omosessuali avere accesso all'adozione coparentale non ha influito minimamente sull'esito della presente causa.

122. Da parte sua, la Corte suprema ha confermato che l'adozione di un minore da parte della compagna della sua madre biologica era giuridicamente impossibile ai sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile e ha ritenuto che tale disposizione non oltrepassasse il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati e fosse dunque compatibile con l'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8. Essa ha anche ritenuto che la sua conclusione secondo la quale l'adozione richiesta era giuridicamente impossibile la dispensava dal verificare se sussistessero le condizioni nelle quali era possibile non tenere conto del fatto che il padre del minore aveva negato il consenso, misura eccezionale prevista dall'articolo 181 § 3 del codice civile.

123. Alla luce di quanto precede, la Corte rigetta la tesi del Governo secondo la quale i ricorrenti non hanno risentito del diverso regime giuridico derivante dall'articolo 182 § 2 del codice civile. Essa ritiene che il fatto che l'adozione voluta dagli interessati fosse giuridicamente impossibile è stato costantemente al centro dell'esame della causa da parte dei giudici nazionali (si veda, *mutatis mutandis*, *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 88).

124. In effetti questo ostacolo giuridico ha impedito ai giudici nazionali di verificare concretamente, in applicazione dell'articolo 180a del codice civile, se l'adozione voluta fosse nell'interesse del secondo ricorrente. Essi non hanno esaminato dettagliatamente le circostanze della causa, e non hanno nemmeno verificato se vi fossero motivi per non tenere conto del rifiuto del padre di acconsentire all'adozione, come permetteva l'articolo 181 § 3 del codice civile. Il Governo sostiene che gli interessati non hanno sufficientemente dimostrato la loro tesi secondo la quale esistevano dei motivi di questo tipo e non hanno chiesto ai tribunali di pronunciarsi espressamente in tal senso. La Corte si limiterà a constatare che i tribunali nazionali non si sono fondati su nessuno di questi due motivi per rigettare la richiesta dei ricorrenti. Come sopra indicato, il tribunale distrettuale e il tribunale regionale non hanno esaminato la questione e la Corte suprema ha espressamente confermato che non era opportuno soffermarvisi tenuto conto dell'ostacolo giuridico assoluto con cui si scontrava l'adozione voluta.

125. Se la domanda di adozione presentata dalla prima e dalla terza ricorrente fosse stata presentata da una coppia eterosessuale non sposata, i tribunali non avrebbero potuto dichiararla irricevibile. Avrebbero invece dovuto verificare, conformemente all'articolo 180a del codice civile, se tale adozione rispondesse all'interesse del secondo ricorrente. Inoltre, se il padre del minore si fosse rifiutato di acconsentire all'adozione, avrebbero dovuto verificare se vi fossero circostanze eccezionali tali da giustificare il fatto, per i tribunali, di non tenerne conto come consentito dall'articolo 181 § 3 del codice civile (per un esempio di applicazione di questa procedura, si veda la sentenza *Eski*, sopra citata, §§ 39-42, resa in una causa avente ad oggetto un'adozione coparentale da parte di una coppia eterosessuale sposata e nella quale i giudici austriaci avevano ampiamente analizzato la questione bilanciando gli interessi di tutte le persone interessate – quelli della coppia, quelli del figlio e quelli del padre biologico – dopo avere debitamente sentito ciascuna di esse ed accertato i fatti pertinenti).

126. Di conseguenza, la Corte ritiene che il motivo di ricorso degli interessati non costituisca in alcun modo una *actio popularis*. Come ha indicato nel paragrafo 123 *supra*, i ricorrenti sono stati direttamente lesi dalla legislazione in contestazione in quanto, vietando in maniera assoluta l'adozione coparentale alle coppie omosessuali, l'articolo 182 § 2 del codice civile privava di qualsiasi utilità e rilevanza l'esame delle circostanze specifiche della loro causa obbligando le autorità nazionali a eccepire automaticamente l'irricevibilità della loro domanda di adozione. Pertanto, non si può affermare che la Corte sia chiamata a esaminare *in abstracto* la legislazione censurata: per la sua stessa natura, il divieto assoluto in questione ha sottratto i fatti della presente causa all'esame dei giudici nazionali e a quello della Corte (si veda, *mutatis mutandis*, *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* [GC], n. 74025/01, § 72, CEDU 2005-IX).

127. Inoltre, se a prima vista può sembrare che la disparità di trattamento in questione riguardi soprattutto la prima ricorrente, che non è stata trattata allo stesso modo in cui sarebbe stato trattato un partner di una coppia eterosessuale non sposata che volesse adottare il figlio dell'altro, la Corte osserva che i tre ricorrenti vivono insieme una vita familiare (paragrafo 96 *supra*) e hanno presentato la domanda di adozione al fine di ottenere il riconoscimento giuridico di tale vita familiare. In queste condizioni, la Corte ritiene che i tre ricorrenti siano stati direttamente lesi dalla disparità di trattamento in questione e possano dunque sostenere di essere vittime della violazione dedotta.

128. Il Governo sostiene infine che l'ostacolo giuridico che si oppone alla domanda di adozione presentata dagli interessati non era basato sull'orientamento sessuale della prima e della terza ricorrente e non era dunque discriminatorio. Afferma che l'articolo 182 § 2 del codice civile, che vieta a una donna di adottare un minore fintanto che esistono legami di diritto tra quest'ultimo e la madre, è una norma di applicazione generale, che ostacolerebbe allo stesso modo il progetto di una zia di adottare il nipote fintanto che esistano legami fra quest'ultimo e la madre.

129. Questo argomento non convince la Corte. I ricorrenti lamentano di non essere stati trattati come sarebbe stata trattata una coppia eterosessuale non sposata e di non aver potuto ottenere il riconoscimento giuridico della loro vita familiare per mezzo di un'adozione coparentale. In primo luogo, la Corte osserva che i legami esistenti tra due sorelle adulte o tra una zia e il nipote non rientrano in linea di principio nella sfera della «vita familiare» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione. In secondo luogo, anche se i legami in questione rientrassero in tale nozione, la Corte rammenta di avere già ritenuto che, dal punto di vista qualitativo, la relazione tra due sorelle che vivono insieme è diversa per la sua stessa natura da quella che lega i due partner di una coppia, anche omosessuale (si veda, *mutatis mutandis*, *Burden*, sopra citata, § 62). Di conseguenza, l'articolo 182 § 2 del codice civile non produce su altre persone gli effetti che ha prodotto sui ricorrenti, la cui vita familiare è costituita a partire da una coppia omosessuale.

130. Tenuto conto complessivamente delle considerazioni sopra esposte, la Corte conclude che i ricorrenti non sono stati trattati come sarebbe stata trattata una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro. Dal momento che il trattamento diverso loro riservato era indissolubilmente legato al fatto che la prima e la terza ricorrente costituivano una coppia omosessuale, tale trattamento era basato sull'orientamento sessuale delle interessate.

131. È dunque opportuno distinguere il caso di specie dalla causa *Gas e Dubois* (sopra citata, § 69), nella quale la Corte aveva concluso per l'assenza di una disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in quanto nel diritto francese il divieto dell'adozione coparentale riguardava sia le prime che le seconde.

Scopo legittimo e proporzionalità

132. La Corte ritiene utile precisare, sebbene ciò risulti da quanto precede (si vedano, in particolare, i paragrafi 116 e 126 *supra*), che la presente causa non riguarda la questione di

stabilire se, tenuto conto delle circostanze, la domanda di adozione presentata dai ricorrenti avrebbe dovuto o meno essere accolta. La Corte non deve dunque esaminare quale sia stato il ruolo del padre del secondo ricorrente né stabilire se vi fossero o meno motivi per non tenere conto del suo rifiuto di acconsentire all'adozione auspicata. Sarebbero stati i tribunali nazionali a dover decidere in merito a tali questioni se fossero stati messi in condizione di esaminare sul merito la domanda di adozione.

133. Ciò che è in discussione dinanzi alla Corte è precisamente il fatto che tali giudici si trovavano nell'incapacità di procedere a un tale esame dal momento che l'adozione del secondo ricorrente da parte della compagna di sua madre era in ogni caso impossibile ai sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile. Se una domanda di adozione identica fosse stata presentata da una coppia eterosessuale non sposata, i tribunali austriaci sarebbero stati invece tenuti ad esaminarla sul merito.

134. Sebbene la presente causa possa essere considerata nell'ambito della problematica più ampia dei diritti genitoriali delle coppie omosessuali, la Corte non è chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica dell'adozione coparentale da parte di coppie omosessuali, e ancora meno su quella generica dell'adozione da parte di coppie omosessuali. Si tratta invece, per la Corte, di decidere su un problema ben definito, ossia quello di stabilire se i ricorrenti della presente causa siano stati o meno vittime di una discriminazione tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in materia di adozione coparentale.

135. La Corte rammenta che il divieto di discriminazione sancito dall'articolo 14 va oltre il godimento dei diritti e delle libertà che la Convenzione e i suoi Protocolli impongono a tutti gli Stati di garantire. Tale divieto si applica anche agli altri diritti nella misura in cui essi rientrano nel campo di applicazione generale di uno degli articoli della Convenzione, che lo Stato ha spontaneamente deciso di tutelare. Se l'articolo 8 non garantisce il diritto di adottare, la Corte ha tuttavia già dichiarato, a proposito di un'adozione da parte di una persona omosessuale celibe o nubile, che uno Stato che ha creato un diritto andando oltre gli obblighi ad esso imposti dall'articolo 8 non può, nell'applicare quest'ultimo, adottare misure discriminatorie ai sensi dell'articolo 14 (*E.B. c. Francia*, sopra citata, § 49).

136. Analizzando la presente causa, la Corte rileva che l'articolo 8 impone agli Stati contraenti di estendere il diritto all'adozione coparentale alle coppie non sposate (*Gas e Dubois*, sopra citata, §§ 66-69, e *Emonet e altri*, sopra citata, §§ 79-88). Tuttavia, la legislazione austriaca apre questa forma di adozione alle coppie eterosessuali non sposate. Di conseguenza, la Corte deve verificare se il rifiuto di accordare tale diritto alle coppie omosessuali (non sposate) persegua uno scopo legittimo e sia proporzionato a tale scopo.

137. Dalle decisioni rese dai giudici nazionali e dalle osservazioni del Governo emerge che il diritto austriaco in materia di adozione mira a ricreare la situazione di una famiglia biologica. Nella sua sentenza del 21 febbraio 2006, il tribunale regionale ha precisato che le disposizioni in questione erano volte a preservare la «famiglia tradizionale» e che il diritto austriaco si basava sul principio secondo il quale un minore doveva avere per genitori due persone di sesso opposto, conformemente alla realtà biologica. Esso ha ritenuto che la decisione del legislatore di non prevedere l'adozione di un minore da parte del partner omosessuale di uno dei suoi genitori, operazione che avrebbe interrotto il legame del minore con il genitore di sesso opposto, perseguisse uno scopo legittimo. Allo stesso modo, la Corte suprema ha dichiarato, nella sua sentenza del 27 settembre 2006, che lo scopo principale dell'adozione era quello di affidare ad individui idonei e responsabili l'educazione di minori privi di genitori o privi della possibilità di ricevere un'educazione corretta da parte dei loro genitori. Essa ha sostenuto che tale obiettivo poteva essere raggiunto solo se l'adozione permetteva di ricreare, per quanto possibile, la situazione di una famiglia biologica. In sintesi, i giudici nazionali e il Governo hanno inteso tutelare in primo luogo la famiglia tradizionale, basandosi sul tacito presupposto che solo le famiglie composte da genitori di sesso opposto sono capaci di prendersi cura dei figli in maniera adeguata.

138. La Corte riconosce che la tutela della famiglia nel senso tradizionale del termine costituisce in linea di principio un motivo importante e legittimo idoneo a giustificare una disparità di trattamento (*Karner*, sopra citata, § 40, e *Kozak*, sopra citata, § 98). Ovviamente anche la tutela dell'interesse del minore costituisce uno scopo legittimo. Rimane da stabilire se il principio di proporzionalità sia stato rispettato nella presente causa.

139. La Corte rammenta i principi derivanti dalla sua giurisprudenza. Lo scopo che consiste nel proteggere la famiglia nel senso tradizionale del termine è piuttosto astratto, e per realizzarlo possono essere utilizzate svariate misure (*Karner*, sopra citata, § 41, e *Kozak*, sopra citata, § 98). Inoltre, dato che la Convenzione è uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali, lo Stato deve scegliere le misure da adottare per tutelare la famiglia e garantire il rispetto della vita familiare, tenendo conto dell'evoluzione della società e dei cambiamenti che si verificano nella percezione delle questioni sociali, di stato civile e di ordine relazionale, in particolare del fatto che vi sono più modi o scelte possibili sulla maniera di condurre una vita privata e familiare (*Kozak*, sopra citata, § 98).

140. Quando il margine di apprezzamento lasciato agli Stati è limitato, ad esempio in caso di una disparità di trattamento basata sul sesso o sull'orientamento sessuale, non solo il principio di proporzionalità esige che la misura scelta sia normalmente di natura tale da permettere la realizzazione dello scopo perseguito, ma obbliga anche a dimostrare che, per perseguire tale scopo, era necessario escludere alcune persone – nella fattispecie gli individui che vivono una relazione omosessuale – dal campo di applicazione della misura in questione (*Karner*, sopra citata, § 41, e *Kozak*, sopra citata, § 99).

141. In virtù della giurisprudenza sopra citata, l'onere di tale prova incombe sul governo convenuto. Nel caso di specie spetta dunque al governo austriaco dimostrare che la salvaguardia della famiglia tradizionale, e più precisamente la tutela dell'interesse del minore, impone di vietare alle coppie omosessuali l'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate.

142. La Corte rammenta che l'articolo 182 § 2 del codice civile vieta in maniera assoluta – sebbene implicitamente – l'adozione coparentale alle coppie omosessuali. Il Governo non ha presentato argomenti precisi, studi scientifici o altri elementi di prova che possano dimostrare che le famiglie omogenitoriali non possono in alcun caso occuparsi adeguatamente di un minore. Esso ammette invece che, in termini personali, le coppie omosessuali sono in teoria idonee o inidonee all'adozione quanto le coppie eterosessuali. Inoltre, esso dichiara che il codice civile non mira a privare le coppie omosessuali della possibilità di accedere all'adozione coparentale, pur sottolineando che il legislatore ha inteso impedire che un minore possa avere, dal punto di vista giuridico, due padri o due madri. Precisa inoltre che il divieto espressamente opposto alle coppie omosessuali di procedere ad un'adozione coparentale è stato introdotto solo nel 2010, al momento dell'entrata in vigore della legge sulle unioni registrate, aggiungendo che quest'ultima non è pertinente nel caso di specie in quanto non era applicabile al momento in cui la presente causa è stata esaminata dai giudici nazionali.

143. La Corte ha già risposto all'argomento secondo il quale il codice civile non mira specificamente a escludere gli omosessuali (paragrafi 128 e 129 *supra*). Essa riconosce peraltro che la legge sulle unioni registrate non è direttamente in discussione nel caso di specie, ma ritiene che tale testo permetta di capire perché l'adozione coparentale sia vietata alle coppie omosessuali. Ciò premesso, nell'esposizione dei motivi del progetto di legge (paragrafo 42 *supra*) si afferma che l'articolo 8 § 4 è stato inserito nella legge in risposta a ripetute richieste in tal senso presentate nel corso della procedura di consultazione. In altri termini, tale disposizione rispecchia soltanto la posizione di alcuni settori della società che si oppongono all'apertura dell'adozione coparentale alle coppie omosessuali.

144. Inoltre, il diritto austriaco sembra mancare di coerenza. Esso autorizza l'adozione da parte di una sola persona, anche omosessuale. Se questa vive con un partner registrato, è necessario il consenso di quest'ultimo ai sensi del comma 2 dell'articolo 181 § 1 del codice civile, come modificato dalla legge sulle unioni registrate (paragrafo 40 *supra*). Di

conseguenza, il legislatore ammette che un minore possa crescere in una famiglia basata su una coppia omosessuale, riconoscendo in tal modo che tale situazione non reca pregiudizio al minore. Tuttavia, il diritto austriaco prevede esplicitamente che un minore non debba avere due madri o due padri (si veda, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], n. 28957/95, § 78, CEDU 2002-VI, in cui la Corte ha anche tenuto conto della mancanza di coerenza dell'ordinamento giuridico interno).

145. La Corte considera pertinente la tesi dei ricorrenti secondo la quale le famiglie di fatto basate su una coppia omosessuale sono una realtà che il diritto non riconosce e non tutela. Essa constata che, contrariamente all'adozione monoparentale e all'adozione congiunta, che mirano di solito a creare dei legami tra un minore e un adottante estranei uno all'altro, l'adozione coparentale ha l'obiettivo di conferire al partner di uno dei genitori del minore dei diritti nei confronti di quest'ultimo. La Corte stessa ha sottolineato di frequente l'importanza che assume il riconoscimento giuridico delle famiglie di fatto (*Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01, § 119, 28 giugno 2007; si vedano anche, in materia di adozione coparentale, *Eski*, sopra citata, § 39, e *Emonet e altri*, sopra citata, §§ 63-64).

146. Complessivamente, le considerazioni sopra esposte – l'esistenza della famiglia di fatto costituita dagli interessati, l'importanza che assume per loro il fatto di ottenerne il riconoscimento giuridico, l'incapacità del Governo di stabilire che sarebbe pregiudizievole per un minore essere allevato da una coppia omosessuale o avere legalmente due padri o due madri, e soprattutto il fatto che il Governo riconosca che le coppie omosessuali sono idonee all'adozione coparentale quanto le coppie eterosessuali – fanno sorgere seri dubbi sulla proporzionalità del divieto assoluto di adozione coparentale che deriva dall'articolo 182 § 2 del codice civile per le coppie omosessuali. In assenza di altri motivi particolarmente solidi e convincenti in favore di tale divieto assoluto, le considerazioni finora esposte fanno invece pensare che i tribunali dovrebbero poter esaminare tutte le situazioni caso per caso. Questo modo di procedere sembra anche più conforme all'interesse superiore del minore, principio fondamentale degli strumenti internazionali in materia (si vedano, in particolare, il paragrafo 49 *supra* e la sentenza *E.B. c. Francia*, sopra citata, § 95).

147. Per giustificare la disparità di trattamento in questione, il Governo propone un altro argomento. Basandosi sull'articolo 8 della Convenzione, esso sostiene che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento per quanto riguarda il diritto in materia di adozione, in cui la ricerca di un equilibrio tra gli interessi di tutte le persone coinvolte è, secondo il Governo, un esercizio delicato. L'ampiezza di tale margine sarebbe tanto più estesa nel caso di specie dal momento che la questione dell'adozione coparentale da parte di coppie omosessuali non è oggetto di un consenso europeo.

148. La Corte osserva che l'ampiezza del margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati in virtù dell'articolo 8 della Convenzione dipende da un certo numero di fattori. Quando viene messo in discussione un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo, il margine lasciato allo Stato è normalmente limitato. Quando invece non vi è un consenso negli Stati membri del Consiglio d'Europa sull'importanza relativa dell'interesse in discussione o sui mezzi più adatti a tutelarlo, in particolare quando la causa solleva questioni morali o etiche delicate, il margine di apprezzamento è più ampio (si vedano, come esempi recenti, *S.H. e altri c. Austria*, sopra citata, § 94, e *A, B e C c. Irlanda* [GC], n. 25579/05, § 232, CEDU 2010-). Tuttavia, la Corte rammenta che, nel caso di una discriminazione basata sul sesso o sull'orientamento sessuale da esaminare dal punto di vista dell'articolo 14, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato (paragrafo 99 *supra*).

149. Inoltre, e al solo scopo di rispondere all'affermazione del Governo secondo la quale non esiste un consenso europeo in materia, conviene tenere presente che la Corte non è chiamata a pronunciarsi sulla questione generale dell'accesso degli omosessuali all'adozione coparentale, ma su quella di una disparità di trattamento asseritamente operata tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in questa materia (paragrafo 134 *supra*). In queste condizioni, solo i dieci Stati membri del Consiglio d'Europa che aprono l'adozione

coparentale alle coppie non sposate possono servire da punto di confronto. Sei di questi trattano in questo ambito le coppie eterosessuali come le coppie omosessuali. Sono in quattro ad aver adottato la stessa posizione che ha adottato l'Austria (si vedano gli elementi di diritto comparato esposti nel paragrafo 57 *supra*). La Corte è del parere che un campione così ristretto non permette di trarre conclusioni su un eventuale consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

150. La Corte ritiene che a tal fine non possa essere invocata nemmeno la Convenzione europea del 2008 sull'adozione dei minori, anzitutto perché non è stata ratificata dall'Austria, e poi perché vi sono dei dubbi sul fatto che essa rispecchi una comunanza di vedute attuale tra gli Stati europei tenuto conto dell'esiguo numero di ratifiche di cui è stata finora oggetto. In ogni caso la Corte osserva che, secondo l'articolo 7 § 1 di tale strumento, gli Stati devono permettere l'adozione da parte di due persone di sesso opposto (che hanno contratto matrimonio o, se esiste un tale istituto, una unione registrata) o da una sola persona. L'articolo 7 § 2 dispone che gli Stati hanno la possibilità di estendere la portata di tale Convenzione alle coppie omosessuali sposate o che hanno contratto una unione registrata, nonché «alle coppie eterosessuali e omosessuali che vivono insieme nell'ambito di una relazione stabile». Pertanto non risulta da tale disposizione che gli Stati siano liberi di trattare diversamente le coppie eterosessuali e le coppie omosessuali che vivono insieme in una relazione stabile. Sembra che la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 adottata il 31 marzo 2010 dal Comitato dei Ministri vada nello stesso senso poiché il suo paragrafo 23 invita gli Stati membri a garantire l'applicazione dei diritti e degli obblighi conferiti alle coppie non sposate senza alcuna discriminazione alle coppie dello stesso sesso e a quelle di sesso opposto. In ogni caso, anche se l'articolo 7 § 2 della Convenzione del 2008 ricevesse una interpretazione che porti a un risultato diverso, la Corte rammenta che gli Stati rimangono responsabili, rispetto alla Convenzione, degli impegni assunti in virtù di trattati successivamente all'entrata in vigore della Convenzione (*Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, n. 61498/08, § 128, CEDU 2010 (estratti)).

151. La Corte è consapevole che la ricerca di un equilibrio tra la tutela della famiglia tradizionale e i diritti delle minoranze sessuali derivanti dalla Convenzione è un esercizio difficile e delicato per la sua stessa natura, che può obbligare gli Stati a conciliare vedute e interessi concorrenti che le parti interessate percepiscono come fundamentalmente contrapposti (*Kozak*, sopra citata, § 99). Tuttavia, alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte ritiene che il Governo non abbia fornito motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dal campo dell'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale o proteggere gli interessi del minore. Pertanto, la distinzione operata dal diritto austriaco è incompatibile con la Convenzione.

152. La Corte rammenta nuovamente che a suo avviso nella presente causa non si tratta di determinare se la domanda di adozione presentata dai ricorrenti avrebbe dovuto o meno essere accolta. La controversia che le è stata sottoposta riguarda la questione di stabilire se gli interessati siano stati vittime di una discriminazione dovuta al fatto che, poiché l'adozione richiesta era giuridicamente impossibile, i tribunali nazionali non hanno avuto la possibilità di verificare concretamente se essa fosse nell'interesse del secondo ricorrente. Al riguardo, la Corte rinvia a due recenti sentenze nelle quali ha concluso che vi è stata violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 in quanto i ricorrenti, padri di figli nati fuori dal matrimonio, non avevano potuto chiedere ai giudici nazionali di stabilire se l'interesse dei minori imponesse di attribuire la potestà genitoriale esclusiva al padre o piuttosto di ripartire la potestà genitoriale tra i due genitori (*Zaunegger c. Germania*, n. 22028/04, §§ 61-63, 3 dicembre 2009, e *Sporer c. Austria*, n. 35637/03, §§ 88-90, 3 febbraio 2011).

153. In conclusione, vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una

coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro.

II. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

154. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

«Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.»

A. Danno

155. I ricorrenti chiedono ciascuno la somma di 50.000 euro (EUR) per il danno morale che sostengono di aver subito.

156. Il Governo sostiene che non vi siano motivi per accordare agli interessati un indennizzo per il danno morale, in particolare perché non è stato loro impedito di vivere come desideravano. In ogni caso, le somme richieste dai ricorrenti non corrisponderebbero a quelle accordate in cause analoghe.

157. La Corte ritiene che i ricorrenti devono aver subito un danno morale che non sarebbe sufficientemente riparato dalla semplice constatazione di una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Considerando peraltro che il torto derivante dalla violazione constatata è stato arrecato alla famiglia che essi costituiscono, essa ritiene appropriato accordare loro congiuntamente la somma destinata a riparare il danno morale da essi subito. Deliberando in via equitativa e basandosi sulla somma accordata in una causa simile (*E.B. c. Francia*, sopra citata, § 102), la Corte accorda congiuntamente agli interessati la somma di 10.000 EUR per il danno morale.

B. Spese

158. I ricorrenti chiedono la somma complessiva di 49.680,94 EUR a titolo di rimborso delle spese da essi sostenute, ossia 6.156,59 EUR per quelle sostenute dinanzi ai giudici nazionali e 43.524,35 EUR per quelle sostenute dinanzi alla Corte, comprensive dell'imposta sul valore aggiunto.

159. Essi precisano che le spese sostenute per il procedimento dinanzi alla Corte costituzionale da una parte e dinanzi ai giudici civili dall'altra ammontano rispettivamente a 2.735,71 EUR e 3.420,88 EUR. Sostengono che era necessario adire la Corte costituzionale, spiegando che la sentenza resa da quest'ultima ha permesso loro di assicurare che la presentazione di una richiesta di omologazione del loro accordo di adozione dinanzi ai tribunali non avrebbe comportato la perdita dei diritti genitoriali della terza ricorrente.

160. Indicano che le spese sostenute per le necessità del procedimento dinanzi alla Corte costituzionale comprendono le spese per i trasferimenti e l'alloggio sostenute dal loro avvocato per assistere all'udienza tenuta dalla prima sezione, ossia 889,08 EUR, poi a quella dinanzi alla Grande Camera, ossia 913,22 EUR, alle quali va aggiunto, secondo loro, un indennizzo di 1.832,30 EUR a copertura del mancato guadagno che il loro avvocato avrebbe subito a causa dei trasferimenti e della sua presenza a Strasburgo al fine di rappresentarli dinanzi alla Corte. Essi precisano che il resto della somma di cui chiedono il rimborso corrisponde all'onorario del loro avvocato. Considerano che la procedura seguita dinanzi alla Grande Camera non si riassume in una semplice ripetizione di quella seguita dinanzi alla camera, in quanto la Corte ha posto ulteriori quesiti alle parti e alcune delle osservazioni dei terzi intervenienti hanno dovuto essere analizzate prima di essere prodotte in udienza.

161. Il Governo ritiene che le spese sostenute per le esigenze del procedimento dinanzi alla Corte costituzionale non fossero necessarie. Al riguardo, esso sostiene che, secondo la

giurisprudenza di tale corte relativa all'articolo 140 della Costituzione federale, un individuo può adire direttamente la Corte costituzionale solo se la violazione lamentata risulta dall'applicazione diretta della legge e che, nel caso di specie, i ricorrenti avevano la possibilità di rivolgersi ai tribunali civili.

162. Per quanto riguarda la procedura dinanzi alla Corte di Strasburgo, il Governo ritiene che le spese di cui è richiesto il rimborso siano complessivamente eccessive. Considera peraltro che i ricorrenti abbiano potuto basarsi in larga misura sui motivi di ricorso già sollevati nell'ambito del procedimento nazionale e, dinanzi alla Grande Camera, sulle osservazioni presentate alla camera.

163. Secondo la giurisprudenza della Corte, un ricorrente può ottenere il rimborso delle spese sostenute solo nella misura in cui ne siano accertate la realtà e la necessità, e il loro importo sia ragionevole. Per quanto riguarda il procedimento interno, la Corte considera che le spese sostenute per le esigenze del procedimento dinanzi alla Corte costituzionale non fossero necessarie, osservando in particolare che il ricorso degli interessati è stato giudicato inammissibile da tale giurisdizione. Di conseguenza, possono essere rimborsate ai ricorrenti solo le spese relative al procedimento dinanzi ai giudici civili, ossia 3.420,88 EUR. Per quanto riguarda le spese sostenute per la procedura dinanzi alla Corte di Strasburgo, la Corte, tenuto conto dei documenti di cui dispone e dei criteri sopra menzionati, ritiene opportuno accordare agli interessati la somma di 25.000 EUR. In totale, la Corte assegna dunque ai ricorrenti la somma di 28.420,88 EUR per le spese.

C. Interessi moratori

164. La Corte ritiene opportuno basare il tasso degli interessi moratori sul tasso di interesse delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea maggiorato di tre punti percentuali.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE

1. *Dichiara*, all'unanimità, il ricorso ricevibile;
2. *Dichiara*, all'unanimità, che non vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una coppia sposata nella quale uno dei partner avesse desiderato adottare il figlio dell'altro;
3. *Dichiara*, con dieci voti contro sette, che vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro;
4. *Dichiara*, con undici voti contro sei,
 - a) che lo Stato convenuto deve versare, entro tre mesi, le somme seguenti:
 - i) 10.000 EUR (diecimila euro) congiuntamente ai ricorrenti, più l'importo eventualmente dovuto a titolo di imposta, per il danno morale;
 - ii) 28.420,88 EUR (ventottomilaquattrocentoventi euro e ottantotto centesimi) ai ricorrenti, più l'importo eventualmente dovuto dagli stessi a titolo di imposta, per le spese;
 - b) che, a decorrere dalla scadenza di detto termine e fino al versamento, tali importi dovranno essere maggiorati di un interesse semplice a un tasso equivalente a quello delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea aumentato di tre punti percentuali;

5. *Rigetta*, all'unanimità, la domanda di equa soddisfazione per il resto.

Fatta in francese e in inglese, poi pronunciata in pubblica udienza al Palazzo dei diritti dell'uomo, a Strasburgo, il 19 febbraio 2013, in applicazione dell'articolo 77 §§ 2 e 3 del regolamento.

Johan Callewaert
Cancelliere aggiunto

Dean Spielmann
Presidente

Alla presente sentenza è allegata, conformemente agli articoli 45 § 2 della Convenzione e 74 § 2 del regolamento, l'esposizione delle seguenti opinioni separate:

- opinione concordante del giudice Spielmann;
- opinione parzialmente dissenziente comune ai giudici Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano e Sicilianos.

D.S.
J.C.

OPINIONE CONCORDANTE DEL GIUDICE SPIELMANN

1. Riguardo al punto 2 del dispositivo della sentenza, ritengo che la situazione dei ricorrenti - la prima e la terza ricorrente, che formano una coppia omosessuale, e il figlio di quest'ultima - sia assimilabile a quella di una coppia eterosessuale sposata nella quale uno dei partner desiderasse adottare il figlio dell'altro.

2. Su questo punto ribadisco la mia opinione concordante allegata alla sentenza *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012, alla quale ha aderito la mia collega Isabelle Berro-Lefèvre. Come la causa *Gas e Dubois*, la presente causa riguarda una coppia omosessuale stabile. Per quanto concerne la questione esaminata dalla Corte, la prima e la terza ricorrente si trovano a mio avviso in una situazione assimilabile a quella di una coppia sposata. Il fatto che la Convenzione non imponga agli Stati contraenti l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali o che il matrimonio conferisca un status particolare a coloro che lo contraggono non è attinente alla questione sollevata nel caso di specie.

3. La ragione per la quale non ho votato a favore di una constatazione di violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 attiene al fatto che, a mio avviso, non era necessario esaminare questa questione. Peraltro, i ricorrenti stessi hanno sottolineato che non intendevano rivendicare un diritto riservato alle coppie sposate. Anche se la loro posizione su questa questione non era priva di una certa ambiguità, essi hanno principalmente sostenuto che non vi era nessun motivo obiettivo e ragionevole per giustificare il fatto che alla prima ricorrente sia stato negato il diritto di adottare il figlio della sua partner mentre tale diritto sarebbe stato accordato a un partner di una coppia eterosessuale non sposata. Certamente nell'esposizione iniziale del loro motivo di ricorso gli interessati avevano paragonato la loro situazione a quella di una coppia sposata, ma nelle loro osservazioni del 31 luglio 2012, ricevute in cancelleria il 1° agosto 2012, si sono espressi come segue:

«34. La questione di cui è investita la Corte NON riguarda un privilegio legato al matrimonio. I ricorrenti non rivendicano un diritto riservato alle famiglie sposate per l'adozione da parte del secondo genitore (è la differenza fondamentale tra la causa *Gas e Dubois* e la presente causa!).

35. L'Austria accorda anche alle coppie non sposate l'accesso all'adozione da parte del secondo genitore.

36. Ma mentre le coppie eterosessuali non sposate possono pienamente beneficiare di questa possibilità, le coppie omosessuali non sposate e i loro figliastri ne sono esclusi. Questa situazione è identica a quella che caratterizzava la causa *Karner (Karner c. Austria 2003, Kozak c. Polonia 2010, P.B. e J.S. c. Austria 2010, J.M. c. Regno Unito 2010)*.»

4. In questo modo l'argomento da discutere dinanzi alla Corte è stato circoscritto dagli stessi ricorrenti. In queste condizioni mi sembra non fosse necessario per la Corte esaminare la questione di assimilare la situazione dei ricorrenti a quella di una coppia sposata, tanto meno che non vi è stata una vera discussione sulla possibile esistenza di giustificazioni per la disparità di trattamento, alla luce di un eventuale scopo legittimo e facendo riferimento al principio di proporzionalità.

OPINIONE PARZIALMENTE DISSENZIENTE COMUNE AI GIUDICI CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOCIENE, SIKUTA, DE GAETANO E SICILIANOS

1. Con il dovuto rispetto per l'approccio seguito dalla maggioranza, non possiamo sottoscrivere il punto 3 del dispositivo, il quale constata una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro, né gli argomenti a sostegno di questa conclusione. In effetti, le specificità dei fatti della causa, in combinazione con il contenuto del diritto austriaco, da un parte, e una serie di considerazioni di diritto comparato e di diritto internazionale, dall'altra parte, ci portano a concludere che non vi è stata violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione nei confronti di nessuno dei tre ricorrenti.

I. Le specificità della causa e il diritto austriaco

Le circostanze del caso di specie

2. Le circostanze del caso di specie differiscono da quelle che erano in discussione nelle precedenti cause aventi ad oggetto questioni in materia di adozione che la nostra Corte ha dovuto esaminare. In effetti, nel caso di specie erano coinvolte quattro persone: una madre biologica, un padre biologico, la compagna della madre e il minore da adottare (figlio dei primi due). La compagna della madre, d'accordo con quest'ultima, desiderava adottare il minore. Benché si trovasse sotto la potestà genitoriale della madre, il minore aveva mantenuto dei legami affettivi solidi con il padre, che vedeva regolarmente e che gli versava un assegno alimentare con regolarità, come risulta dal fascicolo. Il padre si era legittimamente rifiutato di acconsentire all'adozione. Non si metteva in discussione il fatto che il minore ricevesse una corretta educazione nella sua famiglia composta dalla madre e dalla compagna di quest'ultima. Non abbiamo difficoltà a sottoscrivere l'idea che la relazione tra i tre ricorrenti rientrasse nella nozione di «vita familiare» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

3. Sapendo che l'articolo 8 della Convenzione non garantisce il diritto di fondare una famiglia, né il diritto di adottare (si veda, fra altre, *E.B. c. Francia*, ([GC], n. 43546/02, § 41, 22 gennaio 2008)), di avere figli o di essere adottato, si può porre la questione di stabilire quale fosse la cosiddetta ingerenza delle autorità nazionali nella vita privata o familiare dei ricorrenti. In effetti, la prima ricorrente, compagna della madre del minore, non poteva avvalersi di un diritto di adottare il figlio di quest'ultima. Anche supponendo che avesse desiderato essere adottato, il secondo ricorrente non avrebbe potuto nemmeno rivendicare un diritto di questo tipo; peraltro, aveva già un padre e una madre. La terza ricorrente, madre del minore, non ha subito alcuna lesione dei suoi diritti. Ben al contrario, la legislazione controversa ha soltanto tutelato i suoi diritti genitoriali, ai quali essa non intendeva rinunciare. Ad ogni modo, anche supponendo che vi sia stata ingerenza, quest'ultima era prevista dalla legge e perseguiva lo scopo legittimo di tutelare le relazioni familiari tra il secondo ricorrente e suo padre, il quale si era opposto al progetto di adozione. Ma non ci dilungheremo oltre su questo punto.

La legislazione controversa

4. Contrariamente al parere della maggioranza (paragrafo 126 della sentenza), riteniamo che la Corte avrebbe dovuto esaminare la questione partendo da questa situazione precisa senza procedere ad un'analisi astratta della disposizione giuridica applicabile e applicata dai giudici nazionali, ossia l'articolo 182 § 2 del codice civile austriaco. Così, «(...) in alcune cause che hanno all'origine un ricorso individuale, la Corte non ha affatto il compito di

controllare in astratto la legislazione contestata. Al contrario, deve limitarsi per quanto possibile a esaminare i problemi sollevati dal caso di cui è investita» (*Taxquet c. Belgio* [GC], n. 926/05, § 83 *in fine*, CEDU 2010).

5. Seguendo lo stesso ragionamento del tribunale distrettuale e del tribunale regionale, la Corte suprema austriaca ha respinto il ricorso per cassazione dei ricorrenti. Fra i motivi esposti nella sentenza, essa ha precisato che l'articolo 182 § 2 del codice civile austriaco disciplinava gli effetti dell'adozione monoparentale e che era opportuno trarre le seguenti conclusioni:

- se il minore fosse stato adottato da un adottante (o da una adottante) si sarebbero interrotti soltanto i legami familiari che lo univano al padre biologico (o alla madre biologica) e ai parenti di quest'ultimo (o di quest'ultima);

- in particolare questo significa che l'adozione di un minore da parte di una donna non avrebbe potuto privare quest'ultimo del padre biologico;

- l'articolo 182 § 2 del codice civile vieta in modo generale (e non soltanto alle coppie omosessuali) sia l'adozione di un minore da parte di un uomo, fino a quando sussista il legame di filiazione tra il minore da adottare e il padre biologico, sia l'adozione di un minore da parte di una donna, fino a quando sussista il legame di filiazione tra quest'ultimo e la madre biologica.

- risultava quindi dall'articolo 182 § 2 che la persona che adottava da sola un minore non si sostituiva indifferentemente all'uno o all'altro dei genitori, ma soltanto al genitore del suo stesso sesso.

6. L'articolo 182 § 2 è una disposizione di carattere generale, assolutamente neutra, applicabile in tutte le situazioni e senza alcuna distinzione fondata sull'orientamento sessuale degli adottanti. Può accadere che una stessa disposizione legislativa produca effetti diversi a seconda delle situazioni alle quali si applica. «La semplice differenza degli effetti non costituisce e non implica una disparità di trattamento, dal momento che una sola e stessa regola produce effetti diversi» (osservazioni del terzo interveniente ECLJ). Nella legislazione di molti altri Stati membri del Consiglio d'Europa (si vedano, tra altri, gli articoli 360 e seguenti del codice civile francese) si ritrovano gli effetti che derivano dall'applicazione delle disposizioni pertinenti del diritto austriaco (rottura del legame di filiazione tra il minore adottato e il padre o la madre biologica), effetti che sono la conseguenza giuridica e logica dell'adozione. La nostra Corte ha già riconosciuto «che la logica di questo modo di concepire l'adozione controversa, che comportava la rottura del legame di filiazione preesistente tra la persona adottata e il suo genitore naturale, valeva per i minorenni» e che «(...) tenuto conto del fondamento e dell'oggetto dell'articolo 365 del codice civile francese (...) non si poteva, solo rimettendo in discussione l'applicazione di questa disposizione, legittimare l'istituzione di un doppio legame di filiazione » (*Gas e Dubois c. Francia*, n. 25951/07, § 72, 15 marzo 2012). Ciò vale, *mutatis mutandis*, nel caso di specie. Il cambiamento delle parti interessate non ha ripercussione sugli effetti prodotti, che resteranno sempre gli stessi: il minore non potrà essere adottato senza il consenso espresso dal padre o della madre con il quale mantiene un legame di filiazione. Pertanto, che l'adottante sia un uomo o una donna, che sia eterosessuale o omosessuale, l'adozione è per principio impossibile in tutti i casi.

La posizione del padre del minore

7. I ricorrenti sostenevano a giusto titolo che l'omologazione dell'adozione avrebbe portato alla rottura del legame tra la madre e il figlio in applicazione della disposizione legale pertinente, pur rivendicando la rottura giudiziaria dei legami che univano il minore e suo padre (ossia la sostituzione della compagna della madre al padre biologico). Così facendo, esse perdevano di vista il diritto legittimo del padre al rispetto della sua vita privata e familiare, ugualmente tutelato dall'articolo 8. Nonostante la posizione della maggioranza su questo punto (paragrafi da 120 a 124 della sentenza), riteniamo che la facoltà riconosciuta al giudice dal codice civile di non tenere conto della volontà del padre costituisca una misura

eccezionale che può essere imposta soltanto in situazioni gravi e accertate di flagrante inosservanza degli obblighi genitoriali, cosa che non sembrava sussistere nel caso di specie. Un padre non deve quindi giustificarsi per voler restare il padre di suo figlio tanto meno quando, come nel caso di specie, assume pienamente le sue responsabilità genitoriali.

L'interesse superiore del minore

8. Resta da esaminare l'elemento centrale di ogni procedura di adozione: l'interesse superiore del minore (il grande dimenticato in questo fascicolo). Prescindendo da un eventuale conflitto di interessi tra la madre rappresentante e suo figlio (questione sollevata ma non esaminata dalle autorità interne, paragrafo 18 della sentenza), sarebbe stato necessario esaminare quale fosse la posizione del minore. Egli aveva tra gli undici e i dodici anni al momento della procedura nazionale. Oggi è prossimo alla maggiore età. Ha una madre e un padre: a nome di quale interesse superiore sarebbe stata giustificata la sostituzione di suo padre con la compagna di sua madre? Unite da legami affettivi, le due ricorrenti hanno evidenziato il loro interesse per l'adozione, ma non vi era nulla che dimostrasse l'esistenza di un «interesse superiore» per il minore. L'adozione consiste nel «dare una famiglia a un bambino e non un bambino a una famiglia» (*Fretté c. Francia*, § 42, CEDU 2002-I). È necessario constatare che il secondo ricorrente ha sempre avuto una famiglia. La sentenza tace su questo punto essenziale.

L'adozione coparentale da parte di coppie dello stesso sesso

9. Dopo aver ricordato che la presente causa non aveva ad oggetto la questione di sapere se, tenuto conto delle circostanze, la domanda di adozione dei ricorrenti avesse dovuto essere accolta (paragrafi 132 e 152 della sentenza), la maggioranza ha precisato due volte che «(...) la Corte non era chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica dell'adozione coparentale da parte di coppie omosessuali, e ancor meno su quella generica dell'adozione da parte di coppie omosessuali» (paragrafi 134 e 149 della sentenza). Essa ha poi aggiunto - senza altre precisazioni - che lo scopo che consisteva nel tutelare la famiglia nel senso tradizionale del termine era «piuttosto astratto» e che per realizzarlo potevano essere utilizzate svariate misure concrete (paragrafo 139 della sentenza). Riguardo all'articolo 8 § 4 della legge sulle unioni registrate, la maggioranza ha constatato che «(...) questa disposizione non faceva che riflettere la posizione di alcuni settori della società che si oppongono all'apertura dell'adozione coparentale alle coppie omosessuali» (paragrafo 143 della sentenza) ma senza formulare altre considerazioni su questa realtà oggettiva, valida forse per l'Austria, ma anche eventualmente per altri paesi parti alla Convenzione.

10. Infine, non comprendiamo affatto perché la maggioranza abbia rimproverato al Governo di non aver presentato argomenti precisi, studi scientifici o altri elementi di prova per dimostrare che le famiglie omogenitoriali non potevano occuparsi adeguatamente di un minore (paragrafi 142 e 146 della sentenza). Perché il Governo avrebbe dovuto presentare tali elementi? La questione non si poneva nelle circostanze specifiche della presente causa. Era irrilevante. Il fatto che il secondo ricorrente sembrasse ricevere un'educazione corretta da parte della madre e della compagna di quest'ultima non dava adito a contestazione.

11. A nostro avviso, e con tutto il rispetto dovuto alla maggioranza, quest'ultima ha detto troppo o troppo poco sulla questione dell'adozione coparentale da parte delle coppie dello stesso sesso.

II. Il diritto comparato e il diritto internazionale

Il diritto comparato e la questione del «consenso»

12. Nel paragrafo 149 della sentenza, e in risposta all'affermazione del Governo secondo la quale non esisteva un consenso europeo in materia, la Corte ha rilevato che «solo i dieci

Stati membri del Consiglio d'Europa che apr[iva]no l'adozione coparentale alle coppie non sposate [potevano] servire da punto di confronto», che «sei di questi tratta[va]no in questo ambito le coppie eterosessuali come le coppie omosessuali a tale riguardo» e che erano in «quattro ad aver adottato la stessa posizione che ha adottato l'Austria (...)»; ha poi ritenuto che «un campione così ristretto non permette di trarre conclusioni su un eventuale consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa».

13. Questa visione delle cose solleva prima di tutto una questione di ordine metodologico, ossia quella del «campione» di Stati membri da prendere in considerazione. Occorre limitarsi ai soli Stati il cui ordinamento giuridico si prestava ad un confronto quasi automatico con quello dello Stato convenuto o bisognava prendere in considerazione anche le legislazioni che si rientravano nel contesto più ampio della causa? Se si considera la prima soluzione, la maggioranza ha giustamente tenuto conto soltanto delle legislazioni dei dieci Stati parti che aprono l'adozione coparentale alle coppie non sposate.

14. Ma, anche supponendo che questa sia effettivamente la soluzione corretta, la conclusione che la Corte ne ha tratto è quantomeno curiosa. In effetti, dal momento che sei di questi dieci Stati parti hanno intrapreso una via mentre gli altri ne hanno scelto un'altra, sembra evidente che gli Stati in questione sono estremamente divisi e che non esiste quindi *alcun* consenso. In queste condizioni, sembrerebbe alquanto artificioso nascondersi dietro «un campione così ristretto» per eludere la questione dichiarando che non può essere tratta alcuna conclusione «su un eventuale consenso». Questo ragionamento un po' strano si spiega, in realtà, con il fatto che il metodo preso in esame forse non è quello giusto.

15. In effetti, il metodo in questione porta inesorabilmente a prescindere da una tendenza chiara, secondo la quale la maggior parte degli Stati parti negano per il momento l'adozione coparentale alle coppie non sposate in generale, e *a fortiori* alle coppie non sposate dello stesso sesso. Dire che questo non è affatto pertinente agli scopi della presente causa dipende secondo noi da una visione troppo tecnica - e di conseguenza riduttiva - delle realtà che prevalgono a livello paneuropeo. Se è e deve essere un buon tecnico, la Corte non deve per questo perdere di vista gli orientamenti che si delineano chiaramente all'orizzonte del nostro continente, almeno nelle circostanze attuali. Peraltro, e passando dalla metodologia alla terminologia, occorre sempre attenersi alla nozione piuttosto restrittiva del «consenso», che si ritrova molto raramente nella realtà? Non sarebbe più opportuno e più semplice parlare di «tendenza»? Queste osservazioni portano a esaminare di seguito lo stato attuale del diritto internazionale pertinente in materia.

Il diritto internazionale e la tendenza al «lasciar fare»

16. Si constata che la mancanza di un qualsiasi «consenso» e la diversità degli approcci in materia di adozione coparentale da parte delle coppie non sposate si riflettono chiaramente nell'articolo 7 § 2 della Convenzione europea sull'adozione dei minori rivista nel 2008 (ed entrata in vigore nel 2011). Secondo questa disposizione: «Gli Stati hanno la possibilità di estendere la portata della presente Convenzione alle coppie omosessuali sposate o che hanno contratto una unione registrata fra loro. Gli Stati possono anche estendere la portata della presente Convenzione alle coppie eterosessuali e omosessuali che vivono insieme in una relazione stabile». In altre parole, la disposizione sopra citata lascia gli Stati liberi di legiferare in materia.

17. La Convenzione in questione è trattata in modo piuttosto ambivalente nella sentenza. Alcuni dei suoi articoli – compresa la disposizione sopra citata – e i corrispondenti passaggi del suo rapporto esplicativo sono riportati nei paragrafi da 51 a 53 della sentenza al capitolo «Convenzioni internazionali e documenti del Consiglio d'Europa», il che lascia pensare che si tratti di uno strumento da prendere in considerazione, conformemente alla prassi della Corte. In effetti, è risaputo che la Corte richiama spesso l'articolo 31 § 3 c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati per ispirarsi ad altri strumenti internazionali pertinenti ai fini dell'interpretazione della Convenzione (si veda I. Ziemele, «*Other Rules of International Law*

and the European Court of Human Rights: A Question of a Simple Collateral Benefit?», in D. Spielmann, M. Tsirli, P. Voyatzis (ed.), The European Convention on Human Rights, a living instrument. Essays in Honour of Christos L. Rozakis, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 741-758).

18. Il paragrafo 150 della sentenza sembra improvvisamente prendere le distanze da questa prassi. In un primo tempo sembrava volersi discostare dalla Convenzione del 2008 «perché non è stata ratificata dall'Austria». L'argomento sembra strano se si tiene a mente la prassi corrente della Corte di ispirarsi a più strumenti internazionali, che siano stati o meno ratificati dallo Stato convenuto, dal momento che essi riflettono lo stato attuale del diritto internazionale generale (si veda, fra molte altre, *Cudak c. Lituania*, [GC], n. 15869/02, § 66, CEDU 2010). Per giustificare questo cambiamento la Corte si è affrettata a dichiarare precisamente che «vi sono dei dubbi sul fatto che la Convenzione del 2008 rispecchi una comunanza di vedute attuale tra gli Stati europei tenuto conto dell'esiguo numero di ratifiche di cui è stata finora oggetto». Per quanto possa sembrare pertinente *prima facie* dal punto di vista del diritto internazionale, quest'argomento costituisce in realtà una sorta di *petitio principii*. In effetti, l'unica disposizione della Convenzione del 2008 che può essere presa in considerazione è l'articolo 7 § 2 (sopra citato). La disposizione in questione non fa che cristallizzare, si ripete, la *manca* di «comunanza di vedute attuale tra gli Stati europei». In altre parole, in questa disposizione della Convenzione del 2008 si è voluto esprimere, in maniera implicita ma chiara, il disaccordo in materia di adozione coparentale al di fuori del matrimonio e mantenere una libertà totale di legiferare in materia. Non volendo ammettere questa situazione - e quindi neanche l'argomento del governo austriaco sulla mancanza di consenso - la Corte ha preferito mettere in dubbio la pertinenza della Convenzione del 2008 nel suo complesso.

19. Pertanto, subito dopo aver tentato di discostarsi dalla Convenzione del 2008, la maggioranza l'ha invocata per trarne l'argomento a sostegno della sua tesi principale riguardo la violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8. Dopo aver richiamato il contenuto dell'articolo 7 § 2 della Convenzione del 2008, nella sentenza si aggiunge che «non risulta da tale disposizione che gli Stati siano liberi di trattare diversamente le coppie eterosessuali e le coppie omosessuali che vivono insieme in una relazione stabile» (paragrafo 150). Oltre al fatto che, secondo noi, questa interpretazione non rispetta alla lettera l'articolo 7 § 2, essa sembra anche contravvenire al suo oggetto e al suo scopo, per come sono stati enunciati nel rapporto esplicativo citato al paragrafo 53 della sentenza. Rintracciando la storia di questa disposizione e il percorso logico che ha portato alla sua adozione, il rapporto esplicativo enuncia in effetti che:

«45. Riguardo al paragrafo 2, è stato rilevato che due Stati parti (la Svezia nel 2002 e il Regno Unito nel 2005) hanno denunciato la Convenzione in quanto i partner registrati dello stesso sesso, conformemente alla loro legislazione nazionale, potevano fare una richiesta congiunta per divenire genitori adottivi, fatto questo che era contrario alla Convenzione. Alcune situazioni analoghe in altri paesi potrebbero anche portare alla denuncia della Convenzione del 1967. Tuttavia, è stato anche rilevato che il diritto dei partner registrati dello stesso sesso di adottare congiuntamente un minore non era ancora una soluzione accettabile per molti Stati parti.

46. In queste condizioni il paragrafo 2 permette agli Stati che lo desiderano di estendere la portata della Convenzione rivista all'adozione da parte delle coppie dello stesso sesso, siano esse coppie sposate o unioni registrate. A tale proposito non è raro che alcuni strumenti del Consiglio d'Europa introducano norme innovatrici pur lasciando la libertà agli Stati parti di decidere di applicarle (...).

47. Gli Stati hanno la possibilità di estendere liberamente la portata della Convenzione alle coppie di sesso diverso o dello stesso sesso che vivono insieme in una relazione stabile. Spetta agli Stati parti definire i criteri di valutazione della stabilità di una relazione di questo tipo.»

20. È inevitabile constatare che i passaggi sopra citati sottolineano innanzitutto le differenze tra gli approcci degli Stati europei in materia di adozione da parte delle coppie dello stesso sesso, che mettono poi in evidenza il carattere «innovatore» dell'articolo 7 § 2, e che insistono infine sul fatto che in virtù di questa disposizione gli Stati hanno «anche la possibilità di estendere *liberamente* la portata della Convenzione alle coppie di sesso diverso

o dello stesso sesso che vivono insieme in una relazione stabile» (corsivo aggiunto). Le parole in corsivo denotano chiaramente la libertà totale degli Stati di legiferare in materia. Dedurre dall'articolo 7 § 2 che gli Stati contraenti hanno voluto limitare in qualche maniera la libertà dei loro rispettivi legislatori costituisce, secondo noi, una erronea interpretazione di questa disposizione.

21. Osservazioni analoghe potrebbero essere fatte in merito alla Raccomandazione CM/Rec(2010)5 adottata il 31 marzo 2010 dal Comitato dei Ministri. Il paragrafo 23 di tale raccomandazione enuncia in effetti che «quando la legislazione nazionale conferisce diritti e doveri alle coppie non sposate, gli Stati membri dovrebbero garantirne l'applicazione senza alcuna discriminazione, sia nei confronti delle coppie dello stesso sesso che di quelle di sesso diverso»; e lo stesso paragrafo aggiunge «ivi compreso per quanto riguarda le pensioni di reversibilità e il diritto di subentrare nel contratto di affitto». Quest'ultima frase - che viene omessa dalla citazione fatta al paragrafo 150 della sentenza - è chiaramente ispirata dalla sentenza *Karner c. Austria* (n. 40016/98, in particolare §§ 34 eseguenti, CEDU 2003-IX) e sembra voler collocare il paragrafo 23 della raccomandazione sopra citata soprattutto nell'ambito patrimoniale - se non addirittura successorio - e non in quello dell'adozione. Questo punto di vista è avvalorato dal fatto che la stessa raccomandazione contiene un paragrafo specifico, il paragrafo 27, che è dedicato all'adozione. Questa disposizione - omessa dal paragrafo 150 della sentenza - recita: «Tenendo conto del fatto che l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente nelle decisioni riguardanti l'adozione di un minore, gli Stati membri la cui legislazione nazionale consente l'adozione di minori da parte di persone celibi o nubili dovrebbero garantirne l'applicazione senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere». Questo paragrafo fa eco alla situazione esaminata dalla Grande Camera della Corte nella sentenza *E.B. c. Francia*, in data 22 gennaio 2008 (si vedano, in particolare, §§ 70 e seguenti). Esso non riguarda l'adozione coparentale.

22. Il paragrafo 150 della sentenza contiene un ultimo argomento, secondo il quale «(...) anche se l'articolo 7 § 2 della Convenzione del 2008 ricevesse una interpretazione che porti a un risultato diverso, la Corte rammenta che gli Stati rimangono responsabili, rispetto alla Convenzione, degli impegni assunti, in virtù di trattati, successivamente all'entrata in vigore della Convenzione (*Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, n. 61498/08, § 128, CEDU 2010)». Ciò è certamente corretto dal punto di vista della responsabilità internazionale degli Stati. Tuttavia, l'articolo 7 § 2 della Convenzione del 2008 sull'adozione di minori non crea alcun impegno. Al contrario, esso lascia gli Stati liberi di legiferare. Di conseguenza, il passaggio sopra citato non sembra pertinente al caso di specie. Bisognerebbe peraltro ricordare che, nella sua recente sentenza *Nada c. Svizzera* ([GC], n. 10593/08, § 170, CEDU 2012), la Grande Camera ha confermato l'approccio che aveva già seguito, secondo il quale quando «più strumenti apparentemente contraddittori sono applicabili simultaneamente, la giurisprudenza e la dottrina internazionali si sforzano di interpretarli in maniera da coordinare i loro effetti, cercando di evitarle di metterli in contrasto tra loro. Ne deriva che due impegni divergenti devono essere armonizzati per quanto possibile in maniera da conferire loro effetti in tutto conformi al diritto in vigore (si vedano, in tal senso, le sentenze sopra citate *Al-Saadoon e Mufdhi*, § 126, e *Al-Adsani*, § 55; nonché la decisione *Banković*, sopra citata, §§ 55-57; si vedano anche i riferimenti citati nel rapporto del gruppo di studio della CDI [Commissione di diritto internazionale. N.d.T.] intitolato «*Frammentazione del diritto internazionale: difficoltà derivanti dalla diversificazione dall'espansione del diritto internazionale*», paragrafo 81 *supra*)». Questo approccio basato sull'armonizzazione - piuttosto che sull'opposizione - degli strumenti convenzionali pertinenti ci sembra in questo caso preferibile dato che la Convenzione del 2008 sull'adozione di minori è uno strumento recente del Consiglio d'Europa.

I limiti dell'interpretazione evolutiva: le «condizioni di vita attuali» o quelle di domani?

23. Gli sviluppi precedenti ci portano a concludere con qualche breve considerazione sul metodo interpretativo detto evolutivo. È noto, in effetti, che a partire dalla sentenza *Tyrer c. Regno Unito*, la Corte rammenta frequentemente che la Convenzione è uno strumento vivo che bisogna interpretare «alla luce delle condizioni di vita attuali» (si veda *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, § 31, serie A n. 26). In altre parole, il senso dell'interpretazione evolutiva, come concepita dalla Corte, è quello di accompagnare, addirittura di incanalare i cambiamenti (si veda Ch. Rozakis, «*The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe*», in *European Court of Human Rights 50 Years, Nomiko Vima*, Athens Bar Association, Atene, 2010, pp. 20-30, soprattutto pagg. 25 e seguenti), non di precederli e ancor meno di tentare di imporli. Senza in alcun modo escludere la possibilità che la situazione in Europa in futuro si evolverà nella direzione apparentemente voluta dalla maggioranza, come abbiamo visto questo al momento non sembra essere il caso. Riteniamo di conseguenza che la maggioranza abbia oltrepassato i limiti abituali del metodo interpretativo evolutivo.

Art. 1 Protocollo n. 1 (Protezione della proprietà)

e) *Fabris c. Francia* – Grande Camera, sentenza del 7 febbraio 2013 (ric. n. 16574/08)

Differente trattamento nella disciplina successoria tra figli naturali e figli legittimi: *violazione*

[Traduzione integrale a cura degli esperti linguistici del Ministero della Giustizia]

Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, traduzione effettuata dalle dott.sse Silvia Lucidi, Lucia Lazzeri, Vittoria Scalzo e Anna Aragona, funzionari linguistici.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

GRANDE CAMERA

CAUSA FABRIS c. FRANCIA

(Ricorso n. 16574/08)

SENTENZA
(Merito)

STRASBURGO

7 febbraio 2013

Questa sentenza è definitiva. Può subire modifiche di forma.

Nella causa Fabris c. Francia,

La Corte europea dei diritti dell’uomo, riunita in una Grande Camera composta da:

Josef Casadevall, *presidente*,
Françoise Tulkens,
Nina Vajić,
Lech Garlicki,
Karel Jungwiert,
Elisabeth Steiner,
Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,
Dragoljub Popović,
George Nicolaou,
András Sajó,
Ledi Bianku,
Nona Tsotsoria,
Işil Karakaş,
Guido Raimondi,
Paulo Pinto de Albuquerque,
André Potocki, *giudici*
e da Johan Callwaert, *cancelliere aggiunto della Grande Camera*,
Dopo aver deliberato in camera di consiglio il 4 aprile ed il 24 ottobre 2012,
Pronuncia la seguente sentenza, adottata in tale data:

PROCEDURA

165. All'origine della causa vi è un ricorso (n. 16574/08) proposto contro la Repubblica francese e con cui un cittadino di tale Stato, il sig. Henry Fabris («il ricorrente»), ha adito la Corte il 1° aprile 2008 in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («la Convenzione»).

166. Il ricorrente è rappresentato dinanzi alla Corte dall'avv. A. Ottan del foro di Lunel. Il governo francese («il Governo») è stato rappresentato dal suo agente, E. Belliard, direttore degli affari giuridici del Ministero degli Affari esteri.

167. A norma dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 e con l'articolo 8 della Convenzione, il ricorrente, un figlio “adulterino”, sosteneva di avere subito una discriminazione fondata sulla nascita in relazione alla divisione dell'eredità della madre.

4. Il ricorso veniva assegnato alla quinta sezione della Corte (articolo 52 § 1 del regolamento). Il 20 febbraio 2010 il presidente della sezione ha deciso di comunicarlo al Governo. Come previsto dal vecchio articolo 29 § 3 della Convenzione (attuale articolo 29 § 1) e dall'articolo 54 A del regolamento, è stato altresì deciso di esaminare contestualmente la ricevibilità e il merito della causa. Il 21 luglio 2011 il ricorso veniva dichiarato ricevibile da una camera della quinta sezione composta dai seguenti giudici : Dean Spielmann, presidente, Jean-Paul Costa, Boštjan M. Zupančič, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre, Ann Power e Angelika Nußberger, giudici, e altresì di Claudia Westerdiek, cancelliere di sezione. Essa ha concluso, con cinque voti contro due, che non vi era stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 e all'unanimità che non vi era necessità di prendere in esame la doglianza fondata sull'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

5. Il 6 settembre 2011 il ricorrente chiedeva il rinvio della causa dinanzi alla Grande Camera in virtù dell'articolo 43 della Convenzione e dell'articolo 73 del regolamento. Il 28 novembre 2011, un collegio della Grande Camera accoglieva detta domanda.

168. La composizione della Grande Camera veniva stabilita conformemente agli articoli 26 §§ 4 e 5 della Convenzione e 24 del regolamento.

7. Sia il ricorrente che il Governo hanno depositato delle osservazioni dinanzi alla Grande Camera.

8. Il 4 aprile 2012 si è tenuta una pubblica udienza nel Palazzo dei diritti dell'uomo a Strasburgo (articolo 59 § 3 del regolamento).

Sono comparsi dinanzi alla Corte:

(a) *per il Governo*

A.-F. TISSIER, *co-agente*
E. TOPIN, Ministero degli Affari esteri ed europei,
M.-A. RECHER, Ministero della Giustizia,
C. AZAR, Ministero della Giustizia, *consiglieri;*
(b) *per il ricorrente*
A. OTTAN
M. OTTAN *avvocati.*

La Corte ha sentito le dichiarazioni dell'avvocato Ottan e di Tissier.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

9. Il ricorrente è nato nel 1943 e vive a Orléans.

A. Contesto della causa

10. Il ricorrente era stato riconosciuto alla nascita dal proprio padre. All'epoca del suo concepimento, sua madre – la sig.ra R., coniugata M. – era sposata ed aveva due figli, nati all'interno del matrimonio: A., nata nel 1923, e J.L., nato nel 1941. Con decreto del 28 febbraio 1967, veniva dichiarata la separazione legale tra la madre del ricorrente ed il sig. M., marito di quest'ultima.

11. Con atto del 24 febbraio 1970, il signore e la signora M. disponevano una donazione *inter vivos* dei propri beni a favore dei loro due figli legittimi. Tale atto, sottoscritto dinanzi ad un notaio, prevedeva una riserva d'usufrutto ed un'azione revocatoria a garanzia dei termini e delle condizioni della donazione. All'atto della sottoscrizione, i signori M. avevano dichiarato di non avere altri figli all'infuori dei due donatari.

12. Con sentenza del 24 novembre 1983, il *tribunal de grande instance* di Montpellier dichiarava il ricorrente figlio naturale della sig.ra M., dopo aver constatato che lo status di figlio naturale fosse stato ampiamente accertato.

13. Nel 1984 il ricorrente manifestava l'intenzione di impugnare l'atto di donazione *inter vivos* del 1970. In tale data, il suo avvocato lo informava che l'atto non poteva essere impugnato finché il donante fosse stato in vita e che avrebbe potuto essere esperita solamente un'azione di riduzione entro cinque anni dalla morte del donante.

14. La madre del ricorrente moriva nel luglio 1994. Con nota del 7 settembre 1994, il notaio incaricato della successione informava il ricorrente che, in qualità di figlio "adulterino", avrebbe avuto diritto solamente alla metà della quota che invece avrebbe ricevuto se fosse stato legittimo (all'epoca la legislazione applicabile prevedeva che un figlio "adulterino" aveva diritto alla metà della quota di eredità spettante invece ai figli legittimi – si vedano paragrafi 26 e 27 *infra*). Il suddetto notaio precisava che il fratello e la sorella unilaterali del ricorrente erano disposti a versare a favore del ricorrente la somma di 298.311 franchi francesi (FRF) (pari approssimativamente a 45.477 euro (EUR)) in contanti, specificando che "in caso di riduzione conseguente alla nascita successiva di un ulteriore figlio, sarebbe stata possibile solamente una riduzione in denaro ed in nessun caso in natura". Tra i tre figli non veniva raggiunto nessun accordo.

B. L'azione di riduzione intentata dal ricorrente

15. Con atto di citazione del 7 gennaio 1998, il ricorrente agiva in giudizio nei confronti del fratellastro J.L. e della sorellastra A., al fine di ottenere la riduzione della donazione *inter*

vivos conformemente all'articolo 1077-1 del codice civile (si veda il paragrafo 25 *infra*). Il suddetto rivendicava una quota di legittima pari a quella dei fratellastri sulla massa ereditaria della madre.

16. Dopo la condanna da parte della Corte nella causa *Mazurek c. Francia* (n. 34406/97, 1° febbraio 2000, CEDU 2000-II), la Francia modificava la propria legislazione con legge n. 2001-1135 del 3 dicembre 2001 (di seguito denominata "la legge del 2001"), riconoscendo a favore dei figli "adulterini" i medesimi diritti successori dei figli legittimi (si veda paragrafo 28 *infra*). Tale nuova legge entrava in vigore prima della pronuncia della sentenza nella causa promossa dal ricorrente. In base alle disposizioni transitorie di tale legge, fatto salvo ogni eventuale precedente accordo tra le parti o eventuali pronunce giudiziali irrevocabili, le disposizioni relative ai nuovi diritti successori dei figli nati al di fuori del matrimonio, il cui padre o la cui madre fosse, all'epoca del concepimento, unito/a in matrimonio con altra persona, erano applicabili alle successioni aperte alla data della pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale (4 dicembre 2001) e che non avessero dato luogo a divisione prima di tale data (articolo 25-II della legge del 2001, paragrafo 30 *infra*).

17. Nelle sue conclusioni riepilogative del 20 febbraio 2003, il ricorrente si basava sulle disposizioni contenute nella legge del 2001. Il suddetto argomentava che tale legge aveva abrogato l'articolo 14 della legge del 3 gennaio 1972 in materia di filiazione (di seguito, "la legge del 1972", paragrafi 27 e 29 *infra*), una disposizione transitoria che prevedeva che i diritti dei legittimari stabiliti dalla suddetta legge non potevano essere esercitati a detrimento delle donazioni *inter vivos* fatte prima della data di entrata in vigore della legge stessa. Essendo tale disposizione stata abrogata, il ricorrente riteneva di essere legittimato ad esercitare un'azione di riduzione ai sensi dell'articolo 1077-1 del codice civile, pur essendo l'atto di donazione *inter vivos* stato sottoscritto il 24 gennaio 1970.

1. Sentenza di primo grado

18. Con sentenza del 6 settembre 2004, il *tribunal de grand instance* di Béziers accoglieva la richiesta del ricorrente. Esso osservava che l'articolo 14 della legge del 1972 era contrario agli articoli 8 e 14 della Convenzione. A tal riguardo, il giudice faceva riferimento alla sentenza *Marckx c. Belgio* (13 giugno 1979, serie A n. 31), che riconosceva "che la vita familiare comprendeva altresì gli interessi materiali" e a diverse sentenze della Corte "che avevano ribadito il carattere discriminatorio delle disparità di trattamento in materia successoria tra figli legittimi e figli naturali (sentenze *Mazurek*, *Inze* e *Vermeire*)". Il giudice riteneva altresì il suddetto articolo contrario alla nuova legge del 2001 e, sostenendo che l'interessato godeva degli stessi diritti successori del fratello e della sorella unilaterali, motivava come segue la propria decisione:

"L'articolo 25-1 della legge del 3 dicembre 2001 prevede che tale legge sia applicabile alle successioni aperte dalla data della sua entrata in vigore; fatti salvi eventuali precedenti accordi tra le parti o pronunce giudiziali definitive, le disposizioni di tale legge sono applicabili alle successioni già aperte alla data della pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica francese, purché tali successioni non abbiano dato luogo a divisioni prima di tale data;

nel caso di specie, la successione della sig.ra M. non ha ancora dato luogo a divisione e pertanto trovano applicazione le disposizioni relative ai nuovi diritti successori dei figli naturali il cui padre o la cui madre, all'epoca del concepimento, fosse unito/a in matrimonio con altra persona. (...)

in effetti, non si può ragionevolmente ritenere che il legislatore, approvando la legge del 3 dicembre 2001, intendesse mantenere una disposizione contraria allo spirito ed allo scopo della nuova legge."

2. Sentenza d'appello

19. Ad ottobre e dicembre 2004, J.L. e gli eredi di A., deceduta mentre era in corso il procedimento, presentavano appello avverso la sentenza.

20. Con sentenza del 14 febbraio 2006, la corte d'appello di Montpellier annullava la sentenza del tribunale di primo grado e dichiarava che, ai sensi dell'articolo 14 comma 2 della legge del 1972, il ricorrente non era ammesso ad esercitare l'azione di riduzione della donazione *inter vivos*. Essa precisava che:

“ (...) conformemente a [tale articolo], i diritti dei legittimari previsti dalla presente legge ovvero risultanti dalle nuove normative in materia di accertamento della filiazione, non possono essere esercitati a detrimento delle donazioni *inter vivos* fatte prima dell'entrata in vigore della stessa.

Tale disposizione, che, tra le altre cose, prevede una regola generale sugli effetti retroattivi delle nuove norme in materia di accertamento della filiazione, contenute nella legge del 3 gennaio 1972, non è stata espressamente abrogata dalla legge del 3 dicembre 2001, né la sua abrogazione tacita si evince dai termini di detta legge, perché, da un lato, le sue disposizioni non entrano in conflitto con la legge successiva e, dall'altro, in quanto essa non era limitata alla sola applicazione dell'articolo 915 del codice civile, abrogato con la predetta legge.”

La corte d'appello riteneva che tale conclusione non fosse inconciliabile con il principio generale di uguaglianza dei diritti a prescindere dalla nascita, come previsto all'articolo 1 del Protocollo n. 1 ed agli articoli 8 e 14 della Convenzione:

“ In primo luogo, le disposizioni contenute nell'articolo 14 della legge del 1972 hanno come unico oggetto quello di impedire ai legittimari di esercitare i diritti sanciti da tale legge ed estesi con legge del 3 dicembre 2001, a detrimento delle donazioni *inter vivos* fatte prima del 1° agosto 1972, senza privare i suddetti dei loro diritti successori. In secondo luogo, l'articolo 14 della legge del 1972 fornisce una giustificazione oggettiva e ragionevole in considerazione del legittimo scopo perseguito, che è quello di garantire pacifiche relazioni familiari mediante il riconoscimento dei diritti acquisiti in tale ambito, talvolta di vecchia data, senza con ciò creare un eccessivo squilibrio tra gli eredi, avendo osservato che [Otali disposizioni] hanno una portata limitata sia in termini di tempo che di tipologia di liberalità interessata.”

3. *Sentenza della Corte di cassazione*

21. Il ricorrente ha presentato ricorso in cassazione. Nei suoi motivi di ricorso, fondati sulla violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 e dell'articolo 14 della Convenzione, il ricorrente argomentava che una relazione familiare pacifica non poteva prevalere sull'uguaglianza in materia di diritti civili tra figli nati all'interno del matrimonio e figli nati al di fuori di esso.

22. L'avvocato generale della Corte di cassazione, nel suo parere trasmesso alle parti, proponeva di rigettare il ricorso, rivolgendo le seguenti dichiarazioni ai giudici della prima sezione civile della Corte di cassazione:

“(…) non sarebbe opportuno considerare che la successione aperta non ha dato luogo a divisione prima della data di pubblicazione della legge, visto che a tale data risultava pendente un'azione di riduzione della donazione *inter vivos*?

Difatti la questione sottoposta all'attenzione di questa corte nasce proprio dal diverso approccio proposto dalle disposizioni transitorie delle leggi del 1972 e del 2001. Poiché né le successioni aperte, né le donazioni *inter vivos* fatte prima dell'entrata in vigore della legge del 1972, potevano essere impugnate ai sensi di tale legge, la norma del 2001 consente ai figli naturali, il cui padre o la cui madre era, all'epoca del concepimento, unito/a in matrimonio con altra persona, di godere dei diritti successori nelle successioni aperte prima della pubblicazione di quest'ultima legge.

Tale differenza giustifica un'applicazione non restrittiva delle disposizioni contenute nella legge del 2001. Solamente in caso di effettiva divisione, ovvero in casi di esistenza di un accordo tra le parti o di una pronuncia giudiziale definitiva, è possibile, nelle successioni già aperte, escludere i nuovi diritti successori di tali figli. Per quanto concerne l'esercizio dell'azione di riduzione, la successione aperta alla data della pubblicazione della legge del 2001 non può aver “dato luogo a divisione” alla data della pubblicazione della legge.

Mi pare arduo sostenere che la legge del 3 dicembre 2001 non sia applicabile. Per contro, i termini contenuti nell'articolo 14 della legge del 3 gennaio 1972 sono scevri di qualsiasi ambiguità. I diritti degli eredi sanciti dalla suddetta legge non possono essere esercitati “*a detrimento delle donazioni inter vivos fatte prima della sua entrata in vigore*”. Tali disposizioni devono dunque considerarsi tacitamente abrogate?

Senza considerare il fattore temporale, il ricorrente sostiene che l'evidente contraddizione tra le disposizioni transitorie delle due suddette leggi comporti la tacita abrogazione delle norme contenute nella legge del 1972. Tuttavia, pur seguendo le disposizioni transitorie del 1972 un approccio differente rispetto a quello seguito dalle disposizioni del 2001, esse non sembrano essere in contraddizione tra loro.

Escludendo l'impugnazione delle donazioni *inter vivos* disposte prima dell'entrata in vigore della legge del 1972, il legislatore ha inteso garantire la certezza del diritto necessaria per tali donazioni. Nulla giustifica che tale certezza del diritto sia stata messa in discussione nel 2002, poiché le precedenti disposizioni transitorie erano complementari a quelle definite dalla legge del 2001.

Sulla base di questi motivi Vi invito a rigettare il primo motivo di ricorso; la donazione *inter vivos* intervenuta il 24 gennaio 1970 non poteva essere messa in dubbio dai diritti successori sorti dalle nuove norme in materia di accertamento della filiazione. A tal riguardo, se da un lato la realtà della divisione anteriore alla data della pubblicazione della legge del 3 dicembre 2001 è discutibile, dall'altro l'esistenza di una donazione *inter vivos* fatta prima dell'entrata in vigore della legge del 3 gennaio 1972 non è in discussione. (...)."

23. Con sentenza del 14 novembre 2007, la Corte di cassazione rigettava il ricorso sollevando d'ufficio una questione di mero diritto. Essa rammentava che, in applicazione delle disposizioni transitorie della legge del 2001, i nuovi diritti successori dei figli naturali, il cui padre o la cui madre, ai tempi del concepimento, era unito/a in matrimonio con altra persona, erano applicabili solamente alle successioni aperte prima del 4 dicembre 2001 e che non avessero dato ancora luogo a divisione (paragrafo 16 *supra*). Essa osservava che, poiché la divisione si era compiuta col decesso della sig.ra M., sopravvenuto nel luglio 1994, e quindi anteriormente al 4 dicembre 2001, le suindicate disposizioni non erano applicabili.

II. IL DIRITTO E LA PRASSI INTERNI PERTINENTI

A. Donazione *inter vivos* ed azione di riduzione

24. La legge francese consente di procedere autonomamente alla divisione dell'eredità tra i successori. Nell'ambito della donazione *inter vivos*, il donante dispone la distribuzione immediata dei propri beni (trasferimento *inter vivos*). Si tratta di una divisione anticipata, definitiva e negoziata. La proprietà dei beni interessati è trasferita al momento della donazione, che costituisce al tempo stesso il primo atto (anticipato) di una successione destinata ad aprirsi in un momento successivo. Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la donazione *inter vivos* diviene una divisione, ai fini dell'eredità, alla morte del donante. La successione è aperta e nel contempo definitivamente liquidata ovvero divisa alla data del decesso dell'ascendente (Cass. Civ. 7 marzo 1976; 1^a Sezione Civile, 5 ottobre 1995, Boll. 1994, I, n. 27).

25. Il discendente che non sia stato incluso nella divisione, può rivendicare la propria quota di legittima sui beni esistenti all'apertura della successione. Qualora tali beni siano insufficienti, il suddetto può avviare un'azione di riduzione entro cinque anni dal decesso del donante. Si tratta del rimedio utilizzato dal ricorrente conformemente agli articoli 1077-1 e 1077-2 del codice civile, che all'epoca dei fatti recitavano:

Articolo 1077-1

“Il discendente che non abbia partecipato alla donazione *inter vivos* o che abbia ricevuto una porzione

inferiore alla propria quota di legittima, può esercitare azione di riduzione se, all'apertura della successione, non esistono beni non compresi nella divisione e sufficienti a comporre o completare la propria quota di legittima, tenuto conto delle liberalità delle quali il suddetto può aver beneficiato.”

Articolo 1077-2

“Le donazioni *inter vivos* sono soggette alle norme che regolamentano le donazioni tra vivi per tutto ciò che concerne la determinazione dell'ammontare, il calcolo della quota di legittima e le riduzioni.

L'azione di riduzione può essere esercitata solamente dopo il decesso dell'ascendente che ha disposto la divisione ovvero dell'ascendente superstite in caso di divisione congiunta. Tale azione si prescrive in cinque anni dal decesso.

I figli non ancora concepiti al momento della donazione *inter vivos* possono esercitare analoga azione al fine di comporre o completare la propria quota di legittima.”

26. Gli articoli 913 e 915 del codice civile, relativi alla “quota di beni disponibile” nelle donazioni tra vivi e nei testamenti, nel frattempo abrogati, recitavano:

Articolo 913

“Le liberalità disposte con atto tra vivi o con testamento, non possono eccedere la metà dei beni del disponente, laddove quest'ultimo alla sua morte lasci un unico figlio; un terzo, se il suddetto lascia due figli; un quarto, se lascia tre o più figli, senza distinzione alcuna tra figli legittimi e figli naturali, fatto salvo il caso previsto all'articolo 915.”

Articolo 915

“I figli naturali, il cui padre o la cui madre, all'epoca del concepimento, era unito/a in matrimonio con altra persona, chiamati a succedere al proprio predecessore in concorso con i figli legittimi nati da tale matrimonio, rientrano, per la loro stessa presenza, nel calcolo della quota disponibile; tuttavia, essi hanno diritto a ricevere solamente la metà della quota alla quale avrebbero avuto diritto se tutti i figli, inclusi loro stessi, fossero stati legittimi.

La porzione della quale la loro quota di legittima viene così diminuita, accrescerà ai soli figli nati all'interno del matrimonio, ai quali l'adulterio abbia recato pregiudizio, e sarà divisa tra essi in parti uguali.

B. Evoluzione della legislazione in materia di figli “adulterini”.

27. La legislazione in materia di successione dei figli naturali è stata modificata con legge del 1972 in materia di filiazione, che conferiva ai suddetti uguale status ai fini della successione, con un'unica eccezione, costituita dallo status di figlio “adulterino” (*Mazurek*, sopra citata, § 17), i cui diritti erano limitati alla “metà della quota alla quale avrebbero avuto diritto se tutti i figli del deceduto, inclusi loro stessi, fossero stati legittimi” (si vedano i vecchi articoli 757 e 760 del codice civile, *ibidem*; si veda, altresì, in materia di donazioni, il paragrafo 26 *supra*).

28. Introdotta successivamente alla sentenza *Mazurek*, la legge del 2001 ha eliminato le restrizioni ai diritti successori dei figli “adulterini” e conferito uguale status a tutti i figli, siano essi legittimi, nati da genitori non uniti in matrimonio, ovvero “adulterini”. L'articolo 1 prevede che “non è operata alcuna distinzione tra la filiazione legittima e la filiazione naturale al fine della determinazione dei genitori chiamati alla successione” (articolo 733 del codice civile) e che “i figli ovvero i loro discendenti succedono al padre ed alla madre o ad altri ascendenti, senza distinzione di sesso, né di primogenitura, anche se nati da unioni diverse”

(articolo 735 del codice civile). Le norme che disciplinano la limitazione della quota di legittima dei figli “adulterini” e la loro capacità di ricevere a titolo gratuito, sono abrogate. Infine, l’ordinanza n. 2005-759 del 4 luglio 2005 in riforma delle norme in materia di filiazione, sancisce il principio di uguaglianza a prescindere dalla nascita, comportando con ciò l’eliminazione delle nozioni stesse di figlio legittimo e figlio naturale.

C. Disposizioni transitorie

1. Disposizioni transitorie della legge del 1972

29. Le suddette disposizioni limitavano la portata della riforma introdotta con la legge del 1972. L’articolo 14 escludeva qualsiasi immediata applicazione dei nuovi diritti successori dei figli nati da genitori non uniti in matrimonio o “adulterini”, nelle successioni aperte prima della sua entrata in vigore ed impediva a tali figli di impugnare le donazioni tra vivi fatte prima dell’entrata in vigore della legge, il 1° agosto 1972. Proprio sulla base di tale disposizione la corte d’appello di Montpellier ha rigettato la domanda di azione del ricorrente (paragrafo 20 *supra*).

2. Articolo 25 della legge del 2001

30. Ai sensi dell’articolo 25-I della legge del 2001, in linea di principio, l’entrata in vigore della legge è differita al 1° luglio 2002. Tuttavia, riguardo l’abrogazione delle disposizioni del codice civile in materia di diritti dei figli “adulterini”, il legislatore ha deciso, in via eccezionale, che la legge entrasse immediatamente in vigore alla data della pubblicazione della stessa sulla Gazzetta ufficiale, vale a dire, il 4 dicembre 2001. Pertanto, l’articolo 25-I dispone quanto segue:

“La presente legge si applica alle successioni aperte a partire [dal 1° luglio 2002], con le seguenti eccezioni: (...)”

2. Fatti salvi gli accordi precedentemente intervenuti tra le parti e le decisioni giudiziarie definitive, alle successioni aperte alla data della pubblicazione della presente legge sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica francese e che non abbiano dato luogo a divisioni prima di tale data, si applicano:

- le disposizioni relative ai nuovi diritti successori dei figli naturali, il cui padre o la cui madre era, all’epoca del concepimento, unito/a in matrimonio con altra persona; (...)”.

31. Per quanto concerne i diritti dei figli “adulterini”, la legge del 2001 si applica a tutte le successioni aperte al 4 dicembre 2001, a condizione che prima di tale data non sia stato dato luogo a divisione.

3. Legge del 23 giugno 2006 di riforma delle successioni e delle liberalità

32. La suddetta legge ha modificato l’articolo 25-II della legge del 2001, abrogando l’espressione “il cui padre o la cui madre era, all’epoca del concepimento, unito/a in matrimonio”. L’articolo 25-II 2 non contiene più alcun riferimento alla natura adulterina della filiazione.

4. Giurisprudenza pertinente della Corte di cassazione

33. Con sentenza del 6 gennaio 2004 (1^a Sez. Civile, Boll. 2004, I, n. 10), la Corte di cassazione ha applicato le disposizioni transitorie della legge del 2001, senza fare riferimento alle norme della Convenzione, al fine di cassare una sentenza di appello del 2002 che aveva annullato alcune donazioni fatte a favore di un figlio “adulterino”, mediante applicazione di vecchie norme, mentre l’eredità non era stata ancora divisa. Con sentenza del 7 giugno 2006

(1^a Sez. Civ., Boll. 2006, I, n. 297), la Corte di cassazione ha altresì applicato le disposizioni transitorie, rigettando un ricorso presentato da un figlio “adulterino”, il quale aveva ricevuto una quota pari alla metà di quella che gli sarebbe spettata se fosse stato legittimo, in quanto la divisione era intervenuta prima del 4 dicembre 2001 (nel caso specifico, il 13 marzo 1996). Con sentenza del 15 maggio 2008, la Corte di cassazione giudicava le disposizioni contenute nella legge del 2001 in materia di nuovi diritti dei figli “adulterini”, applicabili ad una successione aperta prima del 1° agosto 1972 (nel caso di specie, nel 1962), poiché questa non era stata oggetto di divisione prima del 4 dicembre 2001 (1^a Sez. Civ., Boll. 2008, I, n. 139).

III.ELEMENTI DI DIRITTO COMPARATO

34. Nella maggior parte dei paesi studiati (quaranta Stati su quarantadue), lo status del figlio in materia di successione è indipendente dalla situazione matrimoniale dei suoi genitori. Ventuno paesi conferiscono uguale status a tutti i figli, mentre altri diciannove (Albania, Azerbaïjan, Bosnia-Erzegovina, Cipro, Spagna, Grecia, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Repubblica moldova, Principato di Monaco, Montenegro, San Marino, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Regno Unito, Turchia ed Ucraina) operano una distinzione tra figli legittimi e figli naturali/illegittimi, pur garantendo loro espressamente uguale status ai fini della successione. La nozione di figlio “adulterino” è assai poco diffusa, essendo tali figli in genere assimilati ai figli naturali. Talune differenze tra figli legittimi e figli naturali/illegittimi in materia di successione perdurano a Malta. L’unico Stato parte che ancora opera una chiara distinzione, ai fini della successione, in materia di figli nati al di fuori del matrimonio, è Andorra, dove questi ultimi godono di uno status meno favorevole rispetto a quello dei figli legittimi.

IV. DOCUMENTI E GIURISPRUDENZA EUROPEA PERTINENTI

35. Il Gruppo dei relatori del Comitato dei Ministri (GR-J) prosegue nella disamina del progetto di raccomandazione [CM/Rec (2012)] agli Stati membri sui diritti e lo status giuridico dei figli e le responsabilità genitoriali (con esposizione delle motivazioni), presentato al Comitato dei Ministri. Il progetto raccomandazione è volto a sostituire le norme obsolete della Convenzione europea del 1975 sullo status giuridico dei figli nati al di fuori del matrimonio (Convenzione non ancora ratificata dalla Francia), non più conformi alla giurisprudenza della Corte. Nell’attuale versione, il testo contiene un elemento centrale che è il principio di non discriminazione enunciato nel principio 1, che recita:

“I fanciulli non devono essere oggetto di discriminazioni fondate su motivi quali (...) la nascita (...)

In particolare, i fanciulli non devono essere oggetto di discriminazioni fondate sullo stato civile dei propri genitori.”

D’altronde, il principio 5, “diritto di successione”, prevede che, fatta salva la definizione di genitori di cui al principio 2 ed al principio 17.2 (procreazione *post mortem*), “i fanciulli, quali che siano le circostanze della loro nascita, godono di uguali diritti di successione sui beni di ciascuno dei loro genitori e delle famiglie di questi ultimi”.

Il pertinente paragrafo delle motivazioni recita:

“22. Tenuto conto del principio generale di non discriminazione come enunciato nel principio 1 e delle decisioni della Corte in *Mazurek c. Francia*, *Camp e Bourimi c. Paesi Bassi* e *Marckx c. Belgio*, nelle quali essa concludeva rispettivamente che la discriminazione nei confronti dei figli nati all’interno di relazioni adulterine e dei figli nati al di fuori del matrimonio in materia di successione costituisce una violazione dell’articolo 14 della CEDU, in combinato disposto con l’articolo 1 del primo Protocollo nella prima causa e con l’articolo 8 nella seconda, il principio 5 statuisce, in termini generali, che ai figli devono essere riconosciuti pari diritti di successione, quali che siano le circostanze della loro nascita. A tal riguardo, questo principio trova una più ampia applicazione rispetto all’articolo 9 della Convenzione

europea del 1975 sullo status giuridico dei figli nati al di fuori del matrimonio, che conferisce ai suddetti figli uguali diritti di successione rispetto ai figli nati all'interno del matrimonio. Il principio 5 è subordinato alla definizione di genitori di cui al principio 2.”

IN DIRITTO

I. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 1

36. Il ricorrente lamentava l'impossibilità di rivendicare i propri diritti successori in qualità di figlio “adulterino”, denunciando che tale ingiustificata discriminazione persisteva anche dopo la sentenza *Mazurek* della Corte e nonostante l'adozione della legge del 2001.

Il suddetto lamentava la violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1, che recitano rispettivamente:

Articolo 14

“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella (...) Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate su (...), sulla nascita (...)”

Articolo 1 del Protocollo n. 1

“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.”

A. La sentenza della camera

37. Con sentenza del 21 luglio 2011, la camera ha ritenuto che la doglianza del ricorrente rientrasse nel campo d'applicazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, circostanza sufficiente a rendere applicabile l'articolo 14 della Convenzione. In effetti, in ragione del riconoscimento della sua filiazione materna nel 1983, il ricorrente aveva un interesse, che poteva essere fatto valere dinanzi ai giudici interni, a rivendicare il proprio diritto a ricevere una quota dell'eredità di sua madre, con modalità compatibili con l'articolo 14 della Convenzione (paragrafi 38-42 della sentenza della camera).

38. Nel merito, la camera osservava che le leggi del 1972 e del 2001 prevedevano disposizioni transitorie specifiche in materia di applicazione dei nuovi diritti successori che esse stesse sancivano. Essa rilevava che i giudici interni avevano ritenuto che il ricorrente non ne potesse beneficiare al momento del deposito dell'azione di riduzione della donazione *inter vivos* del 1970. Infatti, secondo la corte d'appello, la disposizione transitoria della legge del 1972 escludeva l'impugnazione delle donazioni *inter vivos* fatte prima dell'entrata in vigore della suddetta legge. La Corte di cassazione, dal canto suo, aveva ritenuto che la realizzazione della divisione successoria alla morte della madre nel 1994 costituisse motivo ostativo, in virtù dell'articolo 25-II della legge del 2001, all'applicazione delle nuove disposizioni che prevedevano pari diritti di successione. Siffatte interpretazioni del diritto interno perseguivano il legittimo scopo di garantire il principio di certezza del diritto e i diritti acquisiti da lunga data dai figli legittimi; inoltre, esse non apparivano irragionevoli, arbitrarie o in flagrante contraddizione con il divieto di discriminazione. La camera ha distinto la particolare situazione del caso di specie dai casi in cui la divisione dell'eredità non era ancora stata realizzata (*Mazurek*, sopra citata, e *Merger e Cros c. Francia*, n. 68864/01, 22 dicembre 2004), per giungere alla conclusione che la disparità di trattamento oggetto della controversia, era proporzionata allo scopo perseguito e che non vi era stata violazione dell'articolo 14 della

Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 (paragrafi 50-59 della sentenza della camera).

B. Argomenti delle parti

1. Il Governo

a) Sull'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione

39. Il Governo sosteneva che i fatti denunciati dal ricorrente non rientravano nell'ambito di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, circostanza che rendeva inapplicabile l'articolo 14 della Convenzione. Esso osservava che in tale contesto la donazione *inter vivos* del 1970 aveva operato un trasferimento di proprietà dei beni ai due figli legittimi e determinato una situazione giuridica acquisita che impediva al ricorrente di beneficiare della successione. Né la legge del 1972, né quella del 2001, avevano reso possibile al ricorrente di ottenere la quota di eredità alla quale il suddetto avrebbe avuto diritto se non fosse esistito l'atto del 1970. A differenza delle cause *Mazurek e Merger e Cros*, nelle quali i ricorrenti avevano automaticamente acquisito diritti ereditari in seguito alla morte del loro genitore, nel caso di specie, la successione era stata stabilita nel 1970, prima della morte della madre del ricorrente. Inoltre, la divisione dei beni aveva preceduto di diversi anni l'accertamento della filiazione del 1983. Di conseguenza, secondo il Governo, l'interessato non aveva alcun diritto ereditario sulla successione (si vedano, *mutatis mutandis*, *Alboize-Barthes e Alboize-Montezume c. Francia* (dec.), n. 44421/04, 21 ottobre 2008).

b) Sul merito

40. Come precedentemente argomentato dinanzi alla camera, il Governo sosteneva che il ricorrente non era stato "escluso" dalla successione di sua madre, bensì che, nella misura in cui si era già disposto dei beni di quest'ultima, in base alle condizioni stabilite nell'atto di donazione *inter vivos* del 1970, il suddetto non avrebbe avuto diritto alla quota che gli sarebbe spettata in conformità delle leggi del 1972 e del 2001, se tale atto non fosse esistito. Di conseguenza, non sono state le decisioni giudiziarie in questione ad impedire al ricorrente di beneficiare della successione di sua madre, bensì, un atto anteriore al trasferimento di proprietà che aveva determinato una situazione giuridica acquisita.

41. Di tali diritti acquisiti dagli altri eredi il legislatore, nel 2001, avendo altresì pienamente adempiuto agli obblighi di carattere generale in capo allo stesso di eseguire la sentenza *Mazurek*, ha dovuto tenere conto all'atto dell'entrata in vigore della legge. L'applicazione della nuova legge alle situazioni preesistenti doveva necessariamente tenere conto dei principi di certezza del diritto e di prevedibilità della legge, stabiliti dalla giurisprudenza della Corte. L'articolo 25 della legge del 2001 ha pertanto escluso l'applicazione dei nuovi diritti alle successioni già aperte alla data della sua pubblicazione, che avessero dato luogo a divisione prima di tale data. Secondo il parere del Governo, in tali circostanze, l'interpretazione della Corte di cassazione non era pertanto in contraddizione con la sentenza *Mazurek*. A differenza di quest'ultima sentenza e della causa *Merger e Cros*, in cui i ricorrenti denunciavano situazioni non ancora stabilite al momento del deposito dell'atto di impugnazione presso il tribunale nazionale, l'azione di riduzione intentata dal ricorrente nel 1998 era volta a contestare una divisione dell'eredità già avvenuta.

42. Il Governo riconosceva che una sentenza che riscontrava una violazione della Convenzione poteva dare luogo all'adozione di misure generali nello Stato convenuto ed esercitare un impatto che andava al di là della controversia tra le parti dinanzi alla Corte. Ciò nondimeno, esso sosteneva che la Corte non ha mai riconosciuto un effetto retroattivo alle

proprie sentenze. Sostenere che la sentenza *Mazurek* si dovesse applicare al caso di specie e cioè ad una situazione giuridica definitivamente stabilita prima della pronuncia della stessa, e con effetto retroattivo, svuoterebbe di significato l'articolo 46 della Convenzione.

2. Il ricorrente

a) Sull'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione

43. Il ricorrente non ha prodotto osservazioni complementari dinanzi alla Grande Camera rispetto a quelle prodotte dinanzi alla camera, nelle quali aveva espresso il proprio dissenso su questo punto nei confronti del Governo (paragrafo 37 della sentenza della camera). Il suddetto sosteneva che l'accertamento della sua filiazione materna nel 1983 gli attribuisse diritti ereditari all'apertura della successione di sua madre – pendente alla data del deposito della domanda – rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

b) Sul merito

44. Secondo il ricorrente, avrebbe dovuto essere garantita l'efficacia dell'articolo 14 della Convenzione e una disparità di trattamento fondata sulla nascita avrebbe potuto essere ritenuta compatibile con la Convenzione, solamente per motivi "molto seri". La certezza del diritto non era né un diritto garantito dalla Convenzione, né un motivo di interesse pubblico tale da giustificare una violazione del diritto al rispetto dei beni ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

45. Ciò che nel 1972 poteva essere ritenuto tollerabile, in nome del principio della certezza del diritto, vanificando il principio di non discriminazione garantito dall'articolo 14, non poteva più esserlo dopo *Mazurek*. Tuttavia, il ricorrente sottolineava che i diritti ingiustamente acquisiti non avrebbero dovuto essere garantiti dalle disposizioni transitorie della legge del 2001, norma intesa a porre fine alle violazioni analoghe a quella constatata in tale sentenza. Il ricorrente riteneva che, prevedendo un risarcimento danni in favore del sig. *Mazurek*, la Corte aveva rifiutato di garantire le situazioni giuridiche preesistenti alla sua sentenza. Il ricorrente rilevava la necessità di una presa d'atto da parte della Corte del mancato riconoscimento della forza vincolante della sentenza *Mazurek* nel caso di specie e di una conseguente pronuncia della stessa nei confronti della Francia. Concludere diversamente sarebbe stato come ammettere che uno Stato che adotti una legislazione finalizzata ad applicare i principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte, disporrebbe di un periodo di tempo indefinito per trasporre le decisioni di quest'ultima e potrebbe occuparsi, nel caso di specie, solamente delle successioni future, convalidando così a posteriori violazioni accertate della Convenzione. Il ricorrente denunciava la continua discriminazione che perpetuava gli effetti della legge del 1972, per la quale la Francia è stata condannata dalla Corte, legge dalla quale il legislatore nel 2001 ha preso le distanze.

46. Il ricorrente sosteneva altresì che l'azione di riduzione intentata nel 1998 era ancora pendente alla pubblicazione della legge nel 2001, circostanza che avrebbe dovuto comportare l'attribuzione a suo favore dei nuovi diritti garantiti ai figli "adulterini". Ne consegue, sempre secondo il ricorrente, che, in pendenza di tale azione, l'eredità della madre non avrebbe dovuto essere divisa in modo definitivo, a pena di rendere inefficace l'azione di riduzione della donazione *inter vivos*.

C. Valutazione della Corte

1. Sull'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione

a) Principi generali

47. Secondo la giurisprudenza costante della Corte, l'articolo 14 della Convenzione completa le altre norme sostanziali della Convenzione e dei Protocolli. Esso non ha un'esistenza indipendente, in quanto ha effetto unicamente in relazione al "godimento dei diritti e delle libertà" garantiti da tali norme. Sebbene l'applicazione dell'articolo 14 non presupponga una violazione delle suddette norme, essendo in tale misura autonoma, non vi sarebbe spazio per la sua applicazione, qualora i fatti in questione rientrino nell'ambito di una o più delle suddette norme (si vedano, tra molte altre, *Van Raalte c. Paesi Bassi*, 21 febbraio 1997, § 33, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I; *Petrovic c. Austria*, 27 marzo 1998, § 22, *Recueil* 1998-II; *Zarb Adami c. Malta*, n. 17209/02, § 42, CEDU 2006-VIII, e *Konstantin Markin c. Russia* [GC], n. 30078/06, § 124, CEDU 2012 (estratti)).

b) Sulla questione di stabilire se i fatti di specie rientrino nell'ambito dell'articolo 1 del Protocollo n.1.

48. Nel caso di specie, è dunque opportuno stabilire se la doglianza del ricorrente, relativa all'impossibilità di rivendicare i propri diritti successori mediante azione di riduzione della donazione *inter vivos* disposta da sua madre, senza tenere conto della quota di legittima del suddetto, rientri nell'ambito, vale a dire, nel campo di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

49. La Corte rammenta che il concetto di "bene", evocato nella prima parte di questa disposizione, ha una portata autonoma che non si limita solamente alla proprietà dei beni materiali e che è indipendente dalle classificazioni formali del diritto interno: altri diritti ed interessi che costituiscono un attivo, possono altresì essere considerati "diritti patrimoniali" e pertanto "beni" ai fini della presente disposizione (*Beyeler c. Italia* [GC], n. 33202/96, § 100, CEDU 2000-I).

50. L'articolo 1 del Protocollo n. 1 non garantisce il diritto di acquisire beni (*Slivenko e altri c. Lettonia* (dec.) [GC], n. 48321/99, § 121, CEDU 2002-II (estratti), e *Ališić e altri c. Bosnia-Erzegovina, Croazia, Serbia, Slovenia ed ex Repubblica jugoslava di Macedonia* (dec.), n. 60642/08, § 52, 17 ottobre 2011), in particolare mediante successione legittima ovvero liberalità (si vedano, *mutatis mutandis*, *Marckx*, sopra citata, § 50, e *Merger e Cros*, sopra citata, § 37). Tuttavia, la nozione di "beni" può riguardare tanto i "beni effettivamente esistenti", quanto i valori patrimoniali, inclusi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno una "legittima aspettativa" di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà (si vedano, tra le altre, *Pressos Compania Naviera S.A. ed altre c. Belgio*, 20 novembre 1995, § 31 serie A n. 332; *Kopecký c. Slovacchia* [GC], n. 44912/98, § 35, CEDU 2004-IX, e *Association nationale des pupilles de la Nation c. Francia* (dec.), n. 22718/08, 6 ottobre 2009). La legittima aspettativa deve fondarsi su una "base sufficiente nel diritto interno" (si vedano *Kopecký*, sopra citata, § 52; *Depalle c. Francia* [GC], n. 34044/02, § 63, CEDU 2010, e *Saghinadze e altri c. Georgia*, n. 18768/05, § 103, 27 maggio 2010). Parimenti, la nozione di "beni" può estendersi ad una data prestazione non accordata agli interessati a causa di una condizione discriminatoria (si veda *Andrejeva c. Lettonia* [GC], n. 55707/00, § 79, CEDU 2009). Per contro, la speranza di vedersi riconoscere un vecchio diritto di proprietà che è da lungo tempo impossibile esercitare, non può essere effettivamente considerata come un "bene" ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1; lo stesso dicasi di un credito condizionato che si estingue a causa della mancata realizzazione della condizione (si veda il riepilogo dei principi pertinenti in *Malhous c. Repubblica ceca* (dec.) [GC], n. 33071/96, CEDU 2000-XII, con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza della Corte; si vedano altresì *Principe Hans-Adam II di Liechtenstein c. Germania* [GC], n. 42527/98, § 83, CEDU 2001-VIII; *Nerva e altri c. Regno Unito*, n. 42295/98, § 43, CEDU 2002-VIII; *Stretch c. Regno Unito*, n. 44277/98, § 32, 24 giugno 2003).

51. In ciascuna causa, è opportuno esaminare se le circostanze, considerate nel loro insieme, abbiano conferito al ricorrente la titolarità di un interesse sostanziale tutelato

dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 (*Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfi c. Turchia*, nn. 37639/03, 37655/03, 26736/04 e 42670/04, § 41, 3 marzo 2009; *Depalle*, sopra citata, § 62 ; *Plalam S.P.A. c. Italia* (merito), n. 16021/02, § 37, 18 maggio 2010, e *Di Marco c. Italia* (merito), n. 32521/05, § 50, 26 aprile 2011). In tale ottica, la Corte ritiene che sia opportuno tenere conto dei seguenti elementi di diritto e di fatto.

52. Nel caso di specie, la Corte osserva che è unicamente in considerazione del carattere « adulterino » della sua filiazione che il ricorrente si è visto rifiutare il diritto di chiedere la riduzione della donazione tra vivi disposta da sua madre, costituendo tale status il fondamento della decisione della Corte di cassazione – che interpreta le disposizioni transitorie della legge del 2001 – di escludere l'applicazione nei confronti del suddetto delle disposizioni relative ai nuovi diritti successori riconosciuti dalla legge. Nel caso in cui, come nella fattispecie, un ricorrente formuli una doglianza ai sensi dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1, lamentando di essere stato privato, in tutto o in parte e per i motivi discriminatori di cui all'articolo 14, di un valore patrimoniale, il criterio pertinente consiste nel verificare se, in assenza del motivo discriminatorio, l'interessato avrebbe goduto di diritti, riconoscibili dai tribunali interni, su tale valore patrimoniale (si veda, *mutatis mutandis*, *Stec e altri c. Regno Unito* (dec.) [GC], nn. 65731/01 e 65900/01, § 55, CEDU 2005-X; *Andrejeva*, sopra citata, § 79). Così avviene nella fattispecie.

53. Il Governo sosteneva che il ricorrente non poteva pretendere alcun diritto ereditario sulla donazione *inter vivos* del 1970, in quanto essa aveva avuto come effetto la distribuzione, immediata ed irrevocabile, dei beni di sua madre e ciò anteriormente all'accertamento giudiziale della filiazione materna (paragrafo 39 *supra*). La Corte, tuttavia, non può sottoscrivere tale tesi. Essa rileva che se la donazione *inter vivos* ha per effetto immediato la realizzazione di un trasferimento di proprietà, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, questa non assume la forma di una divisione ereditaria se non dopo il decesso del donante. La successione è nel contempo aperta e definitivamente liquidata o divisa alla data della morte dell'ascendente (paragrafo 24 *supra*), che nel caso di specie è intervenuta non prima del 1994. In tale data la filiazione del ricorrente era certa. È proprio per effetto del carattere “adulterino” della filiazione che il ricorrente è stato escluso dall'eredità di sua madre.

54. A tal riguardo, la presente causa è assimilabile alle succitate cause *Mazurek e Merger e Cros* e si distingue dalla causa *Alboize-Barthes e Alboize-Montezume c. Francia* (sopra citata), nella quale era stato deciso che la liquidazione dell'eredità del padre dei ricorrenti, avvenuta nel 1955, quindi molto prima dell'accertamento della filiazione di questi ultimi, aveva impedito ai suddetti di disporre dei diritti ereditari sulla successione del *de cuius* e di rivendicare la titolarità di un “bene”.

55. Ne consegue che gli interessi patrimoniali del ricorrente rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 e del diritto al rispetto dei beni che esso garantisce. Ciò è sufficiente per rendere applicabile l'articolo 14 della Convenzione.

2. Sul merito

a) Principi generali

56. La Corte rammenta che, nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione, l'articolo 14 vieta le disparità di trattamento di persone che si trovino in situazioni simili, in assenza di giustificazioni oggettive e ragionevoli. Ai fini di tale disposizione, una distinzione è discriminatoria quando “manchi di una giustificazione oggettiva e ragionevole”, quando non persegua un “fine legittimo” ovvero qualora tale fine non sia “caratterizzato da un rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine perseguito” (*Mazurek*, sopra citata, §§ 46 e 48). D'altronde, gli Stati contraenti dispongono di un certo margine di apprezzamento per determinare se ed in quale misura le differenze tra situazioni altrimenti simili giustificano disparità di trattamento (*Stec e altri c.*

Regno Unito [GC], nn. 65731/01 e 65900/01, §§ 51 e 52, CEDU 2006-VI). L'ampiezza di tale margine di apprezzamento varia a seconda delle circostanze, dell'ambito e del contesto, ma spetta alla Corte, in ultima istanza, stabilire se i requisiti della Convenzione sono stati soddisfatti. Poiché la Convenzione è innanzitutto un meccanismo di protezione dei diritti dell'uomo, la Corte deve comunque tenere conto dell'evolversi della situazione negli Stati contraenti e rispondere, ad esempio, al consenso che eventualmente emerge in merito agli standard da rispettare (*Konstantin Markin*, sopra citata, § 126).

57. Secondo la giurisprudenza costante successiva alla sentenza *Marckx*, sopra citata, la distinzione operata in materia di successione tra figli "naturali" e figli "legittimi", ha sollevato una questione ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione considerato singolarmente (*Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, serie A n. 112) e dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 (si vedano *Vermeire c. Belgio*, 29 novembre 1991, serie A n. 214-C e *Brauer c. Germania*, n. 3545/04, 28 maggio 2009) e con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 (*Inze c. Austria*, 28 ottobre 1987, serie A n. 126; *Mazurek*, sopra citata, e *Merger e Cros*, sopra citata). La Corte ha esteso tale giurisprudenza alle liberalità, confermando il divieto di discriminazioni in materia testamentaria (*Pla e Puncernau c. Andorra*, n. 69498/01, CEDU 2004-VIII). Di conseguenza, fin dal 1979, nella sentenza *Marckx*, la Corte ha affermato l'incompatibilità con la Convenzione delle limitazioni fondate sulla nascita ai diritti successori dei figli. Essa non ha mai cessato di ribadire tale principio fondamentale, stabilendo un divieto di discriminazione fondata sul carattere "naturale" del legame di parentela, quale norma a tutela dell'ordine pubblico europeo.

58. La Corte rammenta altresì che la comunanza di vedute tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa in relazione all'importanza dell'uguaglianza di trattamento tra figli nati all'interno e figli nati al di fuori del matrimonio è stata stabilita da lungo tempo e che tale circostanza ha oggi del resto prodotto una uniformità delle legislazioni nazionali in materia – il principio di uguaglianza ha abolito le nozioni di figlio legittimo e figlio naturale – oltre che una evoluzione sociale e giuridica che sancisce definitivamente l'obiettivo dell'uguaglianza tra figli (paragrafi 28, 34 e 35 *supra*).

59. Pertanto, differenze fondate sulla nascita al di fuori del matrimonio, possono essere considerate compatibili con la Convenzione solamente in presenza di cause giustificative molto gravi (*Inze*, sopra citata, § 41; *Camp e Bourimi c. Paesi Bassi*, n. 28369/95, § 38, CEDU 2000-X, e *Brauer*, sopra citata, § 40).

60. La Corte, in linea di principio, non è chiamata a regolare controversie tra privati. Ciò posto, la stessa, nell'esercizio del suo potere di controllo europeo, non può rimanere passiva, laddove l'interpretazione da parte di un giudice interno di un atto giuridico, che si tratti di una disposizione testamentaria, di un contratto privato, di un atto pubblico, di una disposizione legale o ancora di una pratica amministrativa, appaia irragionevole, arbitraria o palesemente contraria al principio di non discriminazione sancito dall'articolo 14 e, più ampiamente, ai principi sottesi alla Convenzione (*Larkos c. Cipro* [GC], n. 29515/95, §§ 30-31, CEDU 1999-I; *Pla e Puncernau*, sopra citata, § 59, e *Karaman c. Turchia*, n. 6489/03, § 30, 15 gennaio 2008).

b) Applicazione nel caso di specie

i. Sull'esistenza di una disparità di trattamento fondata sulla nascita al di fuori del matrimonio

169. Nel caso di specie, è fuori discussione che il ricorrente sia stato privato di una quota di legittima e che sia stato posto, in maniera definitiva, in una situazione diversa da quella dei figli legittimi per quanto riguarda la successione materna. In effetti, gli è stato impedito di ottenere sia la riduzione della donazione *inter vivos*, dalla quale era stato escluso, sia la sua quota di legittima, a causa del suo status di figlio « adulterino ».

170. Questa disparità di trattamento tra il ricorrente, da un lato, e il suo fratello e sorella unilaterali, dall'altro, deriva dall'articolo 25-II della legge del 2001, che per l'applicazione del

nuovo diritto successorio dei figli « adulterini » alle successioni aperte prima del 4 dicembre 2001, pone come condizione che esse non abbiano dato luogo a divisioni antecedentemente a quella data (paragrafo 30 *supra*). Nell'interpretare la disposizione transitoria in questione, la Corte di cassazione ha ritenuto che la divisione successoria abbia avuto luogo nel 1994, all'epoca del decesso della madre del ricorrente (paragrafo 23 *supra*), in linea con la sua giurisprudenza consolidata, secondo la quale, nelle donazioni *inter vivos*, con la morte del donante si ha, al tempo stesso, l'apertura della successione e la divisione (paragrafo 24 *supra*). Il figlio legittimo estromesso dalla donazione *inter vivos* o non ancora concepito all'epoca della stipulazione dell'atto, non avrebbe incontrato alcun ostacolo nell'ottenere la sua quota di legittima o la sua parte di eredità conformemente agli articoli 1077-1 e 1077-2 del codice civile (paragrafo 25 *supra*). Pertanto, è fuori discussione che la disparità di trattamento subita dal ricorrente dipenda unicamente dalla sua nascita al di fuori del matrimonio.

171. La Corte rammenta che il suo compito non è quello di pronunciarsi in merito all'interpretazione più corretta del diritto interno, bensì quello di determinare se il modo in cui il diritto interno è stato applicato abbia leso i diritti garantiti al ricorrente dall'articolo 14 della Convenzione (si vedano, tra le numerose sentenze e *mutatis mutandis*, *Padovani c. Italia*, 26 febbraio 1993, § 24, serie A n. 257-B, e *Pla e Puncernau*, sopra citata, § 46). Nel caso di specie, pertanto, la Corte ritiene di dovere accertare l'esistenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole per la disparità di trattamento in questione, che trovava fondamento in una norma del diritto interno.

ii. Sulla giustificazione della disparità di trattamento

α) Sul perseguimento di uno scopo legittimo

172. Il Governo non ha avanzato ulteriori giustificazioni per la discriminazione tra figli legittimi e figli « adulterini ». La Corte prende atto, in effetti, che lo Stato francese ha accettato di modificare la sua legislazione a seguito della sentenza *Mazurek*, sopra citata, e che ha riformato il suo diritto in materia di successione, abrogando tutte le norme discriminatorie relative al figlio « adulterino », meno di due anni dopo la pronuncia di detta sentenza. La Corte accoglie con favore questa misura, che adegua il diritto francese al principio di non discriminazione sancito dalla Convenzione.

173. Tuttavia, secondo il Governo, non era possibile pregiudicare diritti già acquisiti da terzi – nel caso in esame dagli altri eredi – e pertanto la decisione di limitare l'effetto retroattivo della legge del 2001 alle sole successioni che, alla data della pubblicazione della legge, fossero già aperte e non avessero dato luogo a divisione, era giustificata. Le disposizioni transitorie erano state adottate proprio al fine di assicurare pacifiche relazioni familiari, garantendo i diritti acquisiti dai beneficiari nei casi in cui il patrimonio fosse già stato diviso.

174. La Corte non è persuasa che la negazione dei diritti ereditari di uno o più membri di una famiglia possa contribuire a rafforzare la pace familiare. D'altra parte, essa ammette che la tutela dei diritti acquisiti possa rispondere all'interesse della certezza del diritto, valore fondamentale della Convenzione (*Brumărescu c. Romania* [GC], n. 28342/95, § 61, CEDU 1999-VII; *Beian c. Romania* (n. 1), n. 30658/05, § 39, CEDU 2007-V (estratti); *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia* [GC], n. 13279/05, §§ 56-57, 20 ottobre 2011; *Albu e altri c. Romania*, n. 34796/09 e seguenti, § 34, 10 maggio 2012). Infatti, a proposito di una successione accettata dal figlio « adulterino » al momento della sua apertura nel 1993 e liquidata nel 1996, la Corte ha già stabilito che la declaratoria di inammissibilità del ricorso, pronunciata dalla Corte di cassazione in ragione dell'avvenuta divisione – circostanza che non permetteva al ricorrente di beneficiare dei nuovi diritti concessi dalle disposizioni transitorie della legge del 2001 – , è conforme al principio della certezza del diritto, come ribadito nella sentenza *Marckx*. In effetti, «non si può pretendere che un organo giudiziario annulli una divisione liberamente accettata alla luce di una sentenza della Corte pronunciata in seguito a

detta divisione» (*E.S. c. Francia* (dec.), n. 49714/06, 10 febbraio 2009). La Corte perviene alla conclusione che l'esigenza di assicurare la stabilità degli accordi successori raggiunti, che il legislatore e il giudice adito nel caso di specie ritenevano prioritaria, costituisce uno scopo legittimo in grado di giustificare la disparità di trattamento in esame. Tuttavia, questa disparità deve essere proporzionata allo scopo perseguito.

β) Sulla proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito.

175. La Corte osserva che nel caso in esame, fatta salva l'azione di riduzione prevista dalla legge, il fratello e la sorella unilaterali del ricorrente hanno ottenuto dei diritti patrimoniali per effetto della donazione *inter vivos* del 1970, grazie alla quale, alla morte della signora M., avvenuta nel luglio del 1994, ereditavano il suo patrimonio. Questa circostanza consente di distinguere la presente causa dalle cause *Mazurek* e *Merger e Cros* sopra citate, nelle quali la divisione successoria non era ancora stata realizzata.

176. Tuttavia, la Corte rammenta che «la tutela delle "legittime aspettative" del *de cuius* e dei suoi familiari è subordinata all'obbligo di assicurare parità di trattamento tra i figli nati al di fuori del matrimonio e i figli nati all'interno del matrimonio » (*Brauer*, sopra citata, § 43). A questo proposito, la Corte ritiene che il fratello e la sorella unilaterali del ricorrente sapessero – o avrebbero dovuto sapere – che i loro diritti potevano essere contestati. In effetti, all'epoca della morte della loro madre, avvenuta nel 1994, la legge prevedeva un termine di cinque anni per l'esercizio di un'azione di riduzione della donazione *inter vivos*. Gli eredi legittimi dovevano dunque sapere che il loro fratello unilaterale avrebbe potuto chiedere la sua quota di eredità fino al 1999 e che quest'azione avrebbe potuto rimettere in discussione, non tanto la divisione in quanto tale, bensì l'entità dei diritti di ciascun discendente. Inoltre, l'azione di riduzione, che il ricorrente aveva finalmente proposto nel 1998, era pendente dinanzi ai tribunali nazionali all'epoca della pronuncia della sentenza *Mazurek*, che dichiarava incompatibile con la Convenzione qualsiasi disparità di trattamento tra eredi in ragione della nascita al di fuori del matrimonio, e alla data di pubblicazione della legge del 2001, che dava esecuzione a tale sentenza, introducendo nel diritto francese i principi ivi sanciti. Infine, il ricorrente non era un discendente di cui ignoravano l'esistenza, giacché era stato riconosciuto dalla loro madre come figlio naturale con sentenza del 1983 (paragrafo 12 *supra*; si veda, *mutatis mutandis*, *Camp e Bourimi*, sopra citata, § 39). Ciò era sufficiente a ingenerare giustificati dubbi circa l'effettivo passaggio del patrimonio ereditario al momento del decesso della signora M. nel 1994 (si vedano le conclusioni dell'avvocato generale, paragrafo 22 *supra*).

177. Su questo punto, la Corte rileva che, secondo il Governo, la specificità della donazione *inter vivos* impediva comunque di rimettere in discussione la situazione giuridica esistente - nel caso di specie la divisione dei beni operata nel 1970 e divenuta definitiva alla morte del *de cuius* - nonostante fossero ancora pendenti dei ricorsi giudiziari (paragrafi 40 e 41 *supra*). Il ricorrente contesta questa tesi (paragrafo 46 *supra*). Tenendo conto delle particolari circostanze del caso, alla luce della chiara tendenza ravvisabile nella giurisprudenza europea e nelle riforme legislative nazionali verso l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti dei figli nati al di fuori del matrimonio quanto ai loro diritti ereditari, la Corte ritiene che l'azione esercitata dal ricorrente nel 1998 dinanzi al giudice nazionale e respinta nel 2007, costituisca un fattore rilevante nell'esame della proporzionalità della disparità di trattamento (si vedano i paragrafi 22 e 68 *supra* e il paragrafo 72 *infra*). Infatti, il fatto che l'azione fosse ancora pendente nel 2001 non poteva che ridimensionare le aspettative degli altri eredi della signora M. riguardo alla possibilità di ottenere il riconoscimento di diritti incontestati sulla successione della medesima.

178. Di conseguenza, alla luce di quanto sopra esposto, la Corte ritiene che lo scopo legittimo della tutela dei diritti ereditari del fratello e della sorella unilaterali del ricorrente non sia tale da prevalere sul diritto del ricorrente di ottenere una parte della successione materna.

179. D'altronde, a quanto pare, le aspettative degli eredi che hanno beneficiato di una donazione *inter vivos* non devono essere sempre tutelate dalle autorità nazionali in ogni circostanza. Infatti, se la stessa azione di riduzione della donazione *inter vivos* fosse stata proposta, alla stessa epoca, da un altro figlio legittimo, nato in seguito alla donazione o volontariamente escluso dalla divisione, la sua azione non sarebbe stata dichiarata inammissibile.

180. A questo proposito, la Corte giudica discutibile la decisione del giudice nazionale del 2007 che, anni dopo le sentenze *Marckx* e *Mazurek* sopra citate, applica la tutela della certezza del diritto in maniera differente a seconda che si tratti di un figlio legittimo o di un figlio « adulterino ». Essa osserva altresì che la Corte di cassazione non ha preso in esame il principale motivo di ricorso fatto valere dal ricorrente relativo alla violazione del principio di non discriminazione sancito dall'articolo 14 della Convenzione. La Corte in precedenza ha stabilito che i tribunali devono esaminare con rigore e attenzione tutti i ricorsi che vertano su « diritti e libertà » sanciti dalla Convenzione e che ciò costituisce un corollario al principio di sussidiarietà (*Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01, § 96, 28 giugno 2007 e *Magnin c. Francia* (dec.), n. 26219/08, 10 maggio 2012).

γ) Conclusioni

181. Alla luce di tutte le premesse considerazioni, la Corte perviene alla conclusione che non esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo legittimo perseguito. La disparità di trattamento di cui il ricorrente è stato oggetto non ha dunque alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole. Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1.

182. Questa conclusione non pregiudica il diritto degli Stati di adottare disposizioni transitorie quando introducono una riforma legislativa al fine di conformarsi agli obblighi loro imposti dall'articolo 46 § 1 della Convenzione (si vedano, per esempio, *Antoni c. Repubblica ceca*, n. 18010/06, 25 novembre 2010; *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz c. Francia*, n. 29613/08, § 18, 21 dicembre 2010; *Mork c. Germania*, nn. 31047/04 e 43386/08, §§ da 28 a 30 e 54, 9 giugno 2011 e *Taron c. Germania* (dec.), n. 53126/07, 29 maggio 2012).

183. Tuttavia, se il carattere essenzialmente declaratorio delle sentenze della Corte lascia allo Stato la scelta dei mezzi per rimuovere le conseguenze della violazione (*Marckx*, sopra citata, § 58 e *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (n. 2) [GC], n. 32772/02, § 61, CEDU 2009), è opportuno ricordare che l'adozione di misure generali comporta per lo Stato l'obbligo di prevenire, con diligenza, nuove violazioni analoghe a quelle constatate con le sentenze della Corte (si veda, ad esempio, *Salah c. Paesi Bassi*, n. 8196/02, § 77, CEDU 2006-IX (estratti)). Ciò impone al giudice nazionale l'obbligo di garantire, conformemente all'ordinamento costituzionale vigente e nel rispetto del principio della certezza del diritto, il pieno effetto delle norme della Convenzione, nell'interpretazione loro data dalla Corte. Nel caso di specie, invece, ciò non è stato fatto.

II. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 8

184. Il ricorrente lamenta, per gli stessi motivi già invocati in relazione al diritto al pacifico godimento dei suoi beni, una discriminazione non giustificata che viola il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 8 della Convenzione, il quale recita:

« 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (...)

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine

e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui ».

A. Sentenza della camera

185. Come nella sentenza *Mazurek*, la camera non ha ritenuto necessario esaminare separatamente la questione, dal momento che non sono stati presentati argomenti distinti (paragrafo 60 della sentenza della camera).

B. Argomenti delle parti

186. Il ricorrente non ha presentato osservazioni ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

187. Il Governo rileva, in via principale, che non vi è stata ingerenza nel caso di specie. Le questioni inerenti alla successione *ab intestato* possono rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 8, ma questo non garantisce alcun diritto ereditario. La decisione di non contestare la situazione giuridica acquisita nel 1970 non costituisce un'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto della vita familiare.

188. Se, tuttavia, la Corte dovesse ritenere che vi sia stata ingerenza, in questo caso tale ingerenza sarebbe prevista dalla legge e, segnatamente, dalla legge del 1972, che vietava ai legittimari di esercitare quei diritti che pregiudicavano le donazioni avvenute prima del 1972. Era stato perseguito uno scopo legittimo, vale a dire quello di assicurare pacifiche relazioni familiari, garantendo diritti acquisiti oramai da tanto tempo. Richiamandosi alla sentenza *Marckx*, il Governo rileva che sarebbe contrario al principio della certezza del diritto annullare una divisione realizzata molti anni (legge del 1972), perfino decenni (legge del 2001), prima delle modifiche legislative e giurisprudenziali introdotte in materia di diritto ereditario dei figli « adulterini ». Infine, questa ingerenza era proporzionata, dal momento che l'applicazione da parte dei giudici nazionali delle disposizioni impugnate era limitata, sia sotto il profilo temporale, sia per quanto riguardava gli atti di liberalità in questione. Il Governo conclude che le disposizioni transitorie, nell'interpretazione data loro dai giudici nazionali, erano conformi alla sentenza *Mazurek* e alla Convenzione. La legge del 2001, in particolare, prevedeva l'applicazione delle nuove disposizioni sotto il profilo temporale, tenendo conto di situazioni acquisite che sarebbe stato inopportuno e, in alcuni casi, impossibile, rimettere in discussione sul piano sociale. Il Governo sottolinea il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato nel trovare un equilibrio tra i diversi interessi contrapposti.

C. Valutazione della Corte

189. In considerazione delle conclusioni cui è pervenuta la Corte sotto il profilo dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 (paragrafo 73 *supra*), la Corte ritiene che non sia necessario esaminare separatamente se vi sia stata violazione della stessa disposizione in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

III. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

190. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

« Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa»

191. Il ricorrente chiede la somma di 128.550,75 EUR, pari alla quota di eredità che gli sarebbe spettata se fosse stato trattato al pari del fratello e della sorella unilaterali, più gli interessi. Il ricorrente chiede altresì il risarcimento del danno morale subito, che egli stima pari a 30.000 EUR. Infine, il ricorrente chiede 20.946 EUR per le spese sostenute dinanzi ai giudici nazionali e alla Corte.

192. È parere del Governo che la constatazione di violazione costituisca un'adeguata riparazione per il danno materiale subito dal ricorrente. A titolo di risarcimento del danno morale, una riparazione di natura monetaria non può che essere simbolica. Quanto alle spese, il Governo ritiene che possa essere accordata al ricorrente la somma complessiva di 10.000 EUR.

193. Tenuto conto delle circostanze del caso, la Corte ritiene che la questione dell'applicazione dell'articolo 41 della Convenzione non sia istruita. Di conseguenza, si riserva di decidere al riguardo e di fissare la successiva procedura, tenendo conto della possibilità che il Governo e il ricorrente giungano ad un accordo (articolo 75 § 1 del regolamento). A tal fine, la Corte concede alle parti un periodo di tre mesi.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE, ALL'UNANIMITÀ,

1. *Dichiara* che vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 ;
2. *Dichiara* che non è necessario esaminare separatamente il motivo di ricorso ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 ;
3. *Dichiara* che la questione dell'articolo 41 della Convenzione non è istruita; di conseguenza,
 - a) *si riserva* per intero l'esame della stessa;
 - b) *invita* il Governo e il ricorrente a inviarle per iscritto, entro tre mesi a decorrere dalla data di notifica della presente sentenza, le loro osservazioni sulla questione e, in particolare, a informarla di ogni eventuale accordo da essi raggiunto ;
 - c) *si riserva* la procedura successiva e *delega* il presidente della Grande Camera a fissarla, se necessario.

Fatta in francese e in inglese, poi pronunciata in pubblica udienza al Palazzo dei diritti dell'uomo, a Strasburgo, il 7 febbraio 2013.

Johan Callewaert
Cancelliere aggiunto

Josep Casadevall
Presidente

Alla presente sentenza è allegata, conformemente agli articoli 45 § 2 della Convenzione e 74 § 2 del regolamento, l'esposizione delle opinioni separate seguenti:

- opinione concordante del giudice Popović, condivisa dal giudice Gyulumyan ;
- opinione concordante del giudice Pinto de Albuquerque.

J.C.M.
J.C.

OPINIONE CONCORDANTE DEL GIUDICE POPOVIĆ ALLA QUALE HA ADERITO IL GIUDICE GYULUMYAN

Ritengo che la Corte abbia omissis di specificare al paragrafo 75 della sentenza in che cosa consistano gli obblighi degli Stati membri nell'assicurare la piena efficacia alle norme della Convenzione alla luce dell'obbligo generale che essi hanno di conformarsi alle sentenze della Corte. Secondo la mia opinione, l'analisi della giurisprudenza pertinente non lascia alcun dubbio per quanto concerne la portata di tale obbligo.

In effetti, lo Stato può scegliere le misure generali più idonee da applicare, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, al fine di prevenire ulteriori violazioni delle disposizioni della Convenzione. Tuttavia, la Corte nella causa *Vermeire (Vermeire c. Belgio)*, 29 novembre 1991, § 26, serie A n. 214-C ha dichiarato: "La libertà di scelta accordata allo Stato riguardo ai mezzi da utilizzare per adempiere agli obblighi [di cui all'art. 46] non può permettergli di sospendere l'applicazione della Convenzione in attesa che la riforma sia stata completata." In *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (n. 2) ([GC], n. 32772/02, § 37, CEDU 2009) la Corte ha ribadito che lo Stato ha l'obbligo di eseguire i trattati in buona fede. Ciò vale anche per la Convenzione.

La Corte riafferma la sua posizione sulla questione in *Dumitru Popescu c. Romania* (n. 2) (n. 71525/01, § 103, 26 aprile 2007), nonché in *Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera* (n. 2), sopra citata, § 61). In *Dumitru Popescu* la Corte, facendo riferimento alla sentenza *Vermeire* sopra citata, ha dichiarato che un giudice nazionale ha l'obbligo di assicurare la piena efficacia delle disposizioni della Convenzione, in considerazione del fatto che esse sono superiori e prevalgono su ogni eventuale disposizione contraria della legislazione nazionale. In *Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera* (n. 2) la Corte ha rivisto la sua giurisprudenza precedente e ha confermato che le Alte Parti Contraenti alla Convenzione si erano impegnate a conformarsi alle decisioni definitive della Corte in tutte le controversie in cui erano parti.

La posizione ferma e reiterata della Corte sull'obbligo degli Stati membri di conformarsi alle sue sentenze, è anche in linea con le raccomandazioni del Comitato dei Ministri, il quale è competente per vigilare sull'esecuzione delle sentenze. Il Comitato dei Ministri nella sua Raccomandazione (2004)6, ha sottolineato il fatto che la Convenzione ora è parte integrante dell'ordinamento giudiziario interno degli Stati membri.

Per questo ritengo che, in realtà, il principio della certezza del diritto avrebbe dovuto portare la giurisprudenza interna a conformarsi alle norme della Convenzione anche in assenza di un'azione immediata da parte del legislatore.

OPINIONE CONCORDANTE DEL GIUDICE PINTO DE ALBUQUERQUE

La causa *Fabris* solleva la questione materiale della discriminazione davanti alla legge per quanto concerne i diritti di successione dei figli nati al di fuori del matrimonio. Oltre alla questione del principio di uguaglianza davanti alla legge, questa causa ha a che vedere con altre due questioni d'importanza capitale per il sistema di protezione dei diritti umani in Europa, vale a dire, l'effetto retroattivo delle sentenze della Corte e la competenza della stessa per quanto riguarda il controllo dell'esecuzione delle proprie sentenze da parte delle autorità nazionali. Condivido la constatazione di violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1, ma con tutto il dovuto rispetto, non approvo il ragionamento seguito nella sentenza per i motivi riportati qui di seguito.

L'effetto diretto ed *erga omnes* delle sentenze della Corte

A prima vista, la Convenzione dispone che gli effetti delle sentenze della Corte sono limitati alle parti in causa, ovvero il richiedente o i richiedenti e lo Stato convenuto o gli Stati convenuti. Questa prima lettura, tuttavia, è fuorviante e ai fini di un'interpretazione corretta dell'articolo 46 è necessario leggerla congiuntamente all'articolo 1. Alla luce di queste disposizioni lette in modo congiunto, le sentenze della Corte hanno un effetto diretto ed *erga omnes*¹.

Di fatto, la Corte ha formulato l'effetto *erga omnes* delle sue sentenze in *Irlanda c. Regno Unito*, in cui ha affermato che le sentenze della Corte servono per chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione². Pertanto, in molte occasioni la Corte ha rifiutato di cancellare un ricorso dal ruolo, sebbene il ricorrente avesse chiesto di ritirarlo, in quanto riteneva che la richiesta sollevasse delle questioni di carattere generale relative al rispetto della Convenzione. Lo stesso interesse generale fondamentale ha giustificato l'introduzione del concetto di "vittima potenziale"³ e la prassi dell'intervento della terza parte⁴. La "salvaguardia e il consolidamento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" presso il Consiglio d'Europa e "la realizzazione di una maggiore unità tra i suoi membri" richiede in effetti questa interpretazione ampia del compito della Corte, non solo in relazione alle condizioni di ricevibilità e di cancellazione dei ricorsi presentati alla Corte, ma anche agli effetti delle sue sentenze. Il carattere collettivo dei ricorsi presentati alla Corte incide naturalmente sul carattere *erga omnes* delle sue decisioni. Gli Stati parte non coinvolti nei procedimenti non possono ignorare l'interpretazione autentica della Convenzione fatta dalla Corte, che è l'istanza finale investita di quel potere⁵. Un tale comportamento, intenzionale o per omissione, sarebbe in contrasto con gli impegni assunti rispetto alla Convenzione, così come interpretata dalla Corte, e di conseguenza gli Stati parte non dimostrerebbero un solerte

¹ In *Vermeire c. Belgio*, 29 novembre 1991, § 26, serie A n. 214-C, la Corte ha chiaramente indicato che nel 1991, con riferimento ad una successione aperta il 22 luglio 1980, non poteva rigettare motivi di ricorso identici a quelli che aveva accolto il 13 giugno 1979 nella sentenza *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, serie A n. 31. La mancata applicazione da parte del legislatore belga della sentenza *Marckx* a livello nazionale, non esonerava lo Stato convenuto dal suo obbligo internazionale di prevenire violazioni future della Convenzione dovute alle stesse lacune della legge sulla successione, in considerazione del fatto che i giudici erano ugualmente vincolati alla Convenzione così come interpretata dalla Corte. Pertanto, la Corte aveva riconosciuto l'autorità del precedente giudiziario (*stare decisis*) nella sentenza *Marckx*, la quale aveva già regolato la questione sollevata dalla ricorrente in *Vermeire*.

² *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, § 239, serie A n. 25, e in termini ancora più chiari, *Karner c. Austria*, n. 40016/98, § 26, CEDU 2003-IX.

³ Si vedano, per esempio, *Marckx*, sopra citata, § 27; *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, § 42, serie A n. 112; e *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina* [GC], nn. 27996/06 e 34836/06, § 29, CEDU 2009.

⁴ Parere sull'applicazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, adottata dalla Commissione di Venezia alla sua 53^a sessione plenaria, 2002, §§ 86-87.

⁵ Dichiarazione di Brighton, § 10.

impegno nel soddisfare gli obblighi del trattato ai quali sono richiamati per il principio di buona fede nell'esecuzione del trattato. Tuttavia, se gli Stati parte osservassero le norme stabilite dalla giurisprudenza della Corte, pur non essendo coinvolti nella specifica causa che ha dato origine alla giurisprudenza, non solo eviterebbero future constatazioni di violazione, ma anticiperebbero l'applicazione dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione. Questo approccio proattivo da parte degli Stati è anche richiesto dalla rigorosa applicazione del principio di sussidiarietà. La piena applicazione della Convenzione a livello nazionale impone agli Stati parte di adottare tutte le misure necessarie per impedire, e preferibilmente prevenire, le violazioni. Il fatto di non conformarsi alla giurisprudenza della Corte, anche da parte degli Stati non coinvolti nelle cause dalle quali è derivata, sarebbe in contrasto con il summenzionato obbligo di agire in modo efficace, immediato e preventivo al fine di garantire a tutte le persone i diritti e le libertà della Convenzione⁶. Questi sviluppi hanno portato a riconoscere la Convenzione come uno "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo"⁷ e di conseguenza la Corte come "Corte Costituzionale d'Europa"⁸. Pertanto, tutti gli organi e i rappresentanti di qualsiasi autorità pubblica dello Stato convenuto, a tutti i livelli della sua organizzazione (nazionale, federale, regionale o locale), sono direttamente vincolati dalle sentenze della Corte e quindi, per usare la frase coniata dalla Dichiarazione di Brighton, "tutte le leggi e le politiche dovrebbero essere formulate, e tutti i funzionari pubblici dovrebbero esercitare le loro responsabilità, in una maniera tale da dare piena efficacia alla Convenzione." In questo contesto, poiché la Corte è investita del potere di interpretare ed applicare la Convenzione tramite sentenze definitive e vincolanti (articolo 19 della Convenzione), l'effetto diretto ed *erga omnes* delle sue sentenze non può essere limitato dagli Stati parte. Solo la Corte stessa può determinare una restrizione degli effetti delle sue sentenze⁹.

La competenza della Corte in materia di controllo sull'esecuzione delle proprie sentenze

La politica iniziale della Corte, che si asteneva dall'emanare direttive, ha fatto posto ad una politica generale che consiste nel fornire agli Stati convenuti degli orientamenti, se non addirittura delle istruzioni, sul modo di eseguire una sentenza. Le sentenze della Corte non sono puramente dichiarative, bensì prescrittive¹⁰. Tenuto conto del carattere sempre più

⁶ Nel suo "Memorandum agli Stati in vista della Conferenza di Interlaken", 3 luglio 2009, lo stesso presidente della Corte aveva sottolineato questa idea: "Non è più accettabile che gli Stati non traggano al più presto possibile le conseguenze di una sentenza di constatazione di una violazione della Convenzione da parte di un altro Stato, se nel loro sistema giuridico esiste lo stesso problema. L'effetto vincolante dell'interpretazione da parte della Corte va oltre la *res judicata* in senso stretto. Una tale evoluzione andrebbe di pari passo con la possibilità per i cittadini di invocare la Convenzione direttamente nella legislazione interna ("effetto diretto") e con il concetto che la Convenzione appartiene agli Stati." Questa idea, contenuta al punto 4 (c) della Dichiarazione di Interlaken, costituisce la prassi degli Stati parte (Parere della Commissione di Venezia, sopra citata, § 32).

⁷ *Loizidou c. Turchia (eccezioni preliminari)*, 23 marzo 1995, § 75, serie A n. 310, e Parere della Corte sulle riforme del sistema di controllo della CEDU, 4 settembre 1992, § I (5).

⁸ Per citare la frase dell'ex presidente Ryssdal, "Vers une Cour constitutionnelle européenne", in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, 1993, p. 20, e Wildhaber, "Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme?", in RUDH, 2002, p. 1.

⁹ Sono pertanto problematiche la sentenza della Corte Costituzionale federale tedesca del 14 ottobre 2004, 2 BvR 1481/04, § 47, e la sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 311 del 26 novembre 2009, nella misura in cui ammettono la non applicazione delle sentenze della Corte, totale o parziale, per motivi di incostituzionalità interna (vedi *infra*).

¹⁰ Si vedano, tra molte altre, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, n. 31524/96, § 69, CEDU 2000-VI, *Fatullayev c. Azerbaijan*, n. 40984/07, § 177, 22 aprile 2010, e *Sejdovic c. Italia*, [GC], n. 56581/00, § 126, CEDU 2006-II, e evidentemente il complesso delle sentenze «pilota» e «quasi pilota». In effetti, tale politica dimostra che alla base delle sentenze deve esserci un approccio fondato su principi e non un approccio casistico alle questioni di diritto in gioco, al fine di trasmettere la chiarezza, la precisione e la prevedibilità necessarie alle autorità nazionali, affinché esse possano cogliere pienamente le ripercussioni delle scelte della Corte (si veda la

prescrittivo delle sentenze della Corte e quindi della crescente dualità dell'obbligo – di risultato e di mezzi – sussistente in capo agli Stati parte di conformarsi alle sentenze della Corte, diviene cruciale il controllo esercitato da quest'ultima sull'applicazione dell'articolo 46 della Convenzione¹¹.

I trattati relativi ai diritti dell'uomo devono essere interpretati nel modo che tutela al meglio i diritti e le libertà ivi sanciti¹². Alla luce di questo principio, è evidente che il carattere giurisdizionale della Corte sarebbe gravemente minacciato se la Corte non reagisse all'inadempimento delle sue sentenze e, ancor peggio, se l'ultima parola sull'esecuzione delle sentenze dipendesse *de facto* dalla volontà dei primi destinatari delle stesse sentenze, ossia i governi. Tutto il sistema di protezione dei diritti dell'uomo sarebbe sacrificato sull'altare della politica, poiché le sentenze si ridurrebbero a dichiarazioni provvisorie su controversie e, per divenire effettive, necessiterebbero di un conseguente *satisfecit* politico. La vittoria del ricorrente al Palazzo dei diritti dell'uomo sarebbe una vittoria di Pirro, dal momento che lo Stato convenuto avrebbe una seconda chance di difendersi al Palazzo d'Europa. I diritti dell'uomo sarebbero allora un miraggio ingannevole in Europa. Affinché i diritti dell'uomo non divengano un semplice miraggio, si impone l'interpretazione che maggiormente tutela i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione: per garantire un'indipendenza reale – e non virtuale – del potere giudiziario ed un'efficacia utile – e non apparente – dei diritti e delle libertà derivanti dalla Convenzione, è indispensabile che la Corte sia investita del potere implicito di vigilare sull'esecuzione delle proprie sentenze e, se del caso, di opporsi ad una decisione del Comitato dei Ministri in materia¹³.

Da lungo tempo, il diritto e la prassi internazionali riconoscono la «teoria dei poteri impliciti», secondo la quale le organizzazioni internazionali dispongono non solo dei poteri implicitamente previsti nei loro testi fondativi, ma anche di quelli necessari all'esercizio efficace dei loro compiti. Applicata al presente caso, questa teoria implica che i tribunali internazionali e gli altri organi incaricati di dirimere controversie siano implicitamente investiti del potere di vigilanza sull'esecuzione delle loro sentenze qualora ciò sia necessario ai fini dell'esercizio delle loro funzioni¹⁴. Nel quadro giuridico europeo relativo ai diritti

Risoluzione dell'Assemblea parlamentare n. 1226 (2000) del 28 settembre 2000 ed il Parere della Commissione di Venezia, sopra citato, §§ 56-58). Evidentemente, più la giurisprudenza è legata alle specifiche circostanze della causa, minore è il suo valore interpretativo, più essa presenta rischi di incoerenza e minore è l'orientamento offerto agli Stati parte in generale ed allo Stato convenuto in particolare. Una vera *jurisdictio* può sussistere solo quando un'autorità giudiziaria riesca ad elevarsi al di sopra dei fattori specifici della causa in questione ed a formulare delle norme generali.

¹¹ In *Olsson c. Svezia (n. 2)*, 27 novembre 1992, § 94, serie A n. 250, la Corte si era occupata del fatto che le autorità nazionali avevano omesso in modo persistente di autorizzare i contatti tra i ricorrenti ed i loro figli, nonostante la Corte avesse precedentemente emesso una sentenza favorevole ai ricorrenti. La Corte ha dichiarato che «i fatti e le circostanze alla base del motivo di ricorso invocato dagli interessati in relazione all'articolo 53 (...) coincidevano essenzialmente con quelli appena esaminati sotto il profilo dell'articolo 8, senza che fosse stata constatata alcuna violazione». Così, la Corte non si è pronunciata sulla possibilità che sussistano circostanze nelle quali un motivo di ricorso basato sull'ex articolo 53 (attualmente l'articolo 46 § 1) della Convenzione possa essere preso in esame. La domanda rimasta senza risposta nella sentenza *Olsson (n. 2)* richiede un'interpretazione teleologica della Convenzione.

¹² *Wemhoff c. Germania*, 27 giugno 1968, § 8, serie A n. 7, e, secondo una lunga tradizione della Corte interamericana, *Ricardo Canese c. Paraguay*, 31 agosto 2004, serie C n. 111, § 181. Questo principio si basa sull'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che prescrive un'interpretazione teleologica del diritto internazionale.

¹³ Si vedano gli argomenti del giudice Martens in «Individual complaints under Article 53 of the European Convention on Human Rights», in Lawson and de Blois (ed.), «The dynamics of the protection of human rights in Europe: Essays in honour of Henry Schermers», vol. III, Londra, 1994, pp. 262, 274 e 285.

¹⁴ Per la formulazione di tale dottrina consolidata, si veda *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, Recueil CIJ 1949*, p. 180, e, in materia dei poteri impliciti di un'autorità giudiziaria internazionale, si vedano *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, 1927, CPJI, série A, n° 9 (26 juillet), pp. 21-22, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, Recueil CIJ 1986, p. 142, e *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, Recueil

dell'uomo, il potere della Corte di vigilare sull'esecuzione delle sue sentenze deriva implicitamente dal suo compito, il quale consiste nel garantire che gli Stati parte rispettino gli obblighi derivanti dalla Convenzione, nonché dal suo potere di deliberare su ogni questione concernente l'applicazione della Convenzione (articolo 19 in combinato disposto con l'articolo 32).

Il Protocollo n. 14 rappresenta un passo nella giusta direzione, ma non ha permesso di legittimare pienamente questo potere implicito. Detto Protocollo prevede un ampliamento del potere della Corte in materia di controllo sulla fase di esecuzione: la Corte può interpretare le proprie sentenze e dichiarare che uno Stato convenuto non vi si è conformato, qualora sorgano problemi nel corso dell'esecuzione. Nonostante il Protocollo n. 14 riconosca esplicitamente che la Corte dispone di questi importanti poteri, questi ultimi dipendono da una richiesta del Comitato dei Ministri, ossia degli Stati parte. Nell'ipotesi in cui il potere di interpretare le sentenze della Corte e di constatare che lo Stato convenuto non vi si è conformato non fosse conferito alla Corte quando l'iniziativa spetti alla parte lesa, non solo questa si troverebbe in condizione di inferiorità rispetto allo Stato convenuto, ma, ancor peggio, lo Stato convenuto potrebbe «bloccare» gli effetti delle sentenze della Corte a livello del Comitato dei Ministri ed in questo caso la Corte non potrebbe contrastare un eventuale «blocco» politico durante la fase di esecuzione¹⁵. Qualora il summenzionato meccanismo di sorveglianza del Comitato dei Ministri non sia efficace, la sola via legale effettiva che consenta alla parte lesa di reagire ad un'interpretazione scorretta o all'inosservanza di una sentenza della Corte rimane l'accesso alla Corte medesima. Di fronte ad alcuni casi deplorabili di evidente inosservanza delle sue sentenze, la Corte ha affermato il suo potere di censura. Non avrebbe potuto fare altrimenti. Era il solo modo di tutelare la sua autorità e la forza giuridica della Convenzione. Il rischio di una negazione dell'autorità delle sentenze della Corte e la concomitante privazione della forza giuridica della Convenzione sono stati saggiamente evitati nell'illuminante sentenza resa nella causa *Verein c. Tierfabriken Schweiz (VgT)* (n. 2)¹⁶. Affermando con convinzione il potere della Corte di vigilare sulle violazioni dell'articolo 46 della Convenzione, la sentenza *Emre* (n. 2) ha apportato il tocco finale a questo approccio¹⁷. Con la formulazione risoluta e

CIJ 2001, p. 485, nonché *CIDH, Baena-Ricardo et autres c. Panama, arrêt sur la compétence*, 28 novembre 2003, serie C, n° 104, §§ 72, 114 e 132.

¹⁵ Si vedano le osservazioni dell'ex presidente Costa che, nella sua opinione separata allegata alla sentenza *Assanidzé c. Georgia* [GC], ammoniva che la «soluzione rischiava di essere bloccata» a livello politico. Vari modi di aggirare gli effetti di una sentenza della Corte, quali una condotta dilatoria nella sua esecuzione o il deposito di una deroga alla Convenzione successiva alla constatazione di una violazione, dimostrano che tale rischio è reale. Infine, non si può escludere il rischio dell'«auto-amnistia». Tale rischio è aggravato dal fatto che, per l'avvio della procedura di interpretazione e della procedura di infrazione, è richiesta la maggioranza qualificata dei due terzi dei rappresentanti dei governi che hanno il diritto di prendere parte al Comitato, dai poteri limitati del Comitato in materia di indagini e di raccolta di informazioni, vale a dire l'assenza di ispezioni, di audizioni testimoniali e di altri strumenti atti a valutare gli effetti reali delle norme e delle misure adottate, nonché dallo squilibrio tra la posizione della parte lesa e quella del governo nella procedura di esecuzione dinanzi al Comitato dei Ministri.

¹⁶ *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (n. 2), n. 32772/02 [GC], § 65, CEDU 2009. La chiave di volta della sentenza della Grande Camera risiede nel postulato della Corte concernente la sua competenza inerente (implicita) per esaminare la condotta delle autorità nazionali dopo la prima sentenza *Verein gegen Tierfabriken*, laddove l'argomento cruciale era che se la Corte non avesse potuto conoscere la causa, questa sarebbe stata sottratta ad ogni controllo ai sensi della Convenzione. Così, la motivazione di *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* (n. 2) non concerne solo gli atti delle autorità nazionali in contrasto con la sentenza della Corte, ma *a fortiori* anche le omissioni di dette autorità quando una sentenza della Corte chiede loro di adottare misure volte a far cessare una violazione della Convenzione. L'importanza di questa posizione è ulteriormente rafforzata dal fatto che la Corte non ha esitato a contraddire la Risoluzione del Comitato dei Ministri ResDH(2003)125, con la quale si era conclusa la vigilanza sull'esecuzione della prima sentenza *Verein gegen Tierfabriken*. Si vedano altresì *Wasserman c. Russia* (n. 2), n. 21071/05, § 37, 10 aprile 2008, e *Ivanțoc, Popa e altri c. Moldova e Russia*, n. 23687/05, §§ 86, 95 e 96, 15 novembre 2011.

¹⁷ Lo Stato convenuto aveva espulso il ricorrente per un periodo indeterminato, il che era stato ritenuto sproporzionato dalla Corte. Il Tribunale federale aveva confermato la misura di allontanamento, ma ne aveva determinato la durata in dieci anni. La questione posta dalla Corte al paragrafo 68 di *Emre* (n. 2) – si trattava di

chiara del paragrafo 75, la Corte ha condannato la condotta dello Stato convenuto dopo la prima sentenza *Emre*. Inoltre, essa ha affermato in modo diretto quale sarebbe stata l'«esecuzione più naturale» della prima sentenza *Emre*, ossia l'annullamento con «effetto immediato» della misura controversa di divieto di ingresso in territorio nazionale. In tale contesto la constatazione di violazione dell'articolo 46 era una conseguenza logica e necessaria del ragionamento seguito¹⁸.

In definitiva, la Corte non soltanto agevola in diversi modi il processo di esecuzione, per esempio fornendo essa stessa delle indicazioni sulle misure di esecuzione adeguate, ma si assume anche la responsabilità ultima dell'efficacia a lungo termine di tutto il sistema di tutela dei diritti dell'uomo in Europa, vigilando sul rispetto dell'articolo 46 nella fase di esecuzione. L'esercizio della competenza della Corte in materia di vigilanza sull'esecuzione delle proprie sentenze prevale su una decisione contraria del Comitato dei Ministri. Se la Corte non è vincolata da una decisione del Comitato di chiudere la procedura di esecuzione, essa non si trova a fortiori nell'impossibilità, per ragioni di litispendenza, di esaminare la questione dell'esecuzione delle sentenze.

L'applicazione della sentenza *Mazurek* al caso di specie

La presente causa è un test per gli effetti materiali e temporali della sentenza *Mazurek*¹⁹, nella misura in cui essa solleva la questione dell'applicabilità della sentenza del 2000 ad una successione aperta in Francia nel 1994. L'effetto retroattivo delle sentenze della Corte mette in dubbio la prevedibilità dell'attività giudiziaria²⁰. Pertanto, la certezza del diritto gioca a favore dell'effetto prospettivo delle sentenze. Ciononostante, la piena realizzazione dei diritti e delle libertà tutelati dalla Convenzione può richiedere che una sentenza della Corte sia applicata retroattivamente, vale a dire a fatti presentati in un nuovo ricorso ma anteriori alla data in cui la sentenza è divenuta definitiva²¹. Nel caso di specie, il ricorrente aveva maturato la legittima aspettativa di rientrare tra gli eredi della madre tra il 24 novembre 1983 – data di accertamento della filiazione – ed il 28 luglio 1994, data della morte di quest'ultima. In tale data, la legittima aspettativa del ricorrente si è tramutata in diritto acquisito ad una quota di legittima sulla successione aperta di sua madre²². Sebbene la donazione *inter vivos* fatta nel

stabilire se, determinando in dieci anni il periodo di allontanamento del ricorrente, il Tribunale federale si fosse conformato alle conclusioni ed allo spirito della precedente sentenza della Corte (2008) – denota l'intenzione della Corte di trattare il secondo ricorso come una vera procedura di infrazione.

¹⁸ Si veda *Emre c. Svizzera* (n. 2), n. 5056/10, § 43, 11 ottobre 2011, e, riguardo l'esecuzione di detta sentenza, la Risoluzione del Comitato dei Ministri CM/ResDH(2012)139.

¹⁹ *Mazurek c. Francia*, n. 34406/97, CEDU 2000-II.

²⁰ È vero che la Convenzione si deve applicare alla luce delle condizioni attuali. Dal momento che la Corte non concorda con un'interpretazione strettamente letterale né con una lettura storica della Convenzione, le sue sentenze non sono volte a determinare il significato originale delle disposizioni della Convenzione. Ne consegue che il criterio dell'interpretazione evolutiva della Convenzione favorisce l'applicabilità non retroattiva delle sentenze della Corte. Il principio della certezza del diritto rafforza tale conclusione (*Marckx*, sopra citata, § 58).

²¹ In *Merger e Cros c. Francia*, n. 68864/01, § 33, 22 dicembre 2004, la Corte ha applicato il principio di uguaglianza dei diritti successori ad una successione aperta il 12 marzo 1986. In breve, ha applicato retroattivamente la giurisprudenza *Mazurek* ad una successione aperta prima della data in cui la sentenza era divenuta definitiva. In pratica, tutte le successioni già aperte e le corrispondenti divisioni delle eredità pendenti in Francia all'epoca in cui *Mazurek* era divenuta definitiva – e non soltanto la divisione relativa al sig. Mazurek – avrebbero dovuto essere trattate secondo il principio di uguaglianza tra figli nati all'interno del matrimonio e figli nati al di fuori di esso. Ciò avrebbe dovuto essere fatto nei casi successivi al 1° febbraio 2000, laddove i beni del defunto non erano ancora stati definitivamente divisi ed in cui era ancora possibile applicare la giurisprudenza *Mazurek* e dunque garantire ai figli nati al di fuori del matrimonio una quota uguale di beni. Tale conclusione ha acquisito ulteriore forza dopo la sentenza *Merger e Cros*.

²² Secondo il diritto comparato l'«apertura della successione» interviene alla data del decesso del *de cuius*; tale data viene spesso utilizzata come punto di partenza determinante nel contesto delle disposizioni transitorie nel campo dei diritti successori (si veda l'articolo 8 della Convenzione dell'Aja sui conflitti di legge relativi alla forma delle disposizioni testamentarie e la relazione sul progetto di Convenzione, in cui si afferma che «Questa è

1970 avesse avuto come effetto il trasferimento di beni ai donatari, essa non ha assunto la forma di una divisione di beni ai fini successori fino alla morte della donante. A tale data, la filiazione del ricorrente era già stata accertata ed un fatto anteriore all'apertura della successione di sua madre – la donazione *inter vivos* – non poteva privare il medesimo del diritto ad ottenere la propria quota di legittima²³. Affermare il contrario significherebbe non tenere conto della filiazione accertata nel 1983 e privare di ogni effetto utile l'azione di riduzione intentata a tempo debito dal ricorrente²⁴. In altre parole, l'accertamento della filiazione materna del ricorrente nel 1983 ha conferito a quest'ultimo diritti successori all'apertura della successione di sua madre, diritti che rientrano nel campo dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

In virtù della legge del 3 dicembre 2001, una successione aperta il 4 dicembre 2001 è divisa secondo il principio di uguaglianza tra figli nati all'interno del matrimonio e figli nati al di fuori di esso, con l'eccezione dei casi di divisione effettuata prima di tale data. Tale eccezione è stata applicata dalla Corte di cassazione nel caso di specie. Alla luce della sentenza *Mazurek*, questa disposizione transitoria della legge del 2001 non ha valore. La scelta operata dal legislatore nazionale mediante le disposizioni transitorie continua a fare differenza, senza ragioni plausibili, tra figli nati all'interno del matrimonio e figli nati al di fuori di esso²⁵. In altri termini, detta legge va in senso opposto rispetto a *Mazurek*, che condannava qualsivoglia trattamento discriminatorio concernente i diritti successori dei figli nati al di fuori del matrimonio. Pertanto, la Corte avrebbe dovuto prendere le distanze dalla Risoluzione ResDH(2005)25, adottata dal Comitato dei Ministri il 25 aprile 2005, e dalla Risoluzione CM/ResDH(2010)191, adottata il 2 dicembre 2010, secondo la quale lo Stato convenuto aveva applicato in maniera soddisfacente la sentenza *Mazurek* nel proprio ordinamento giuridico interno²⁶.

Essendo il quadro legislativo carente, i giudici nazionali avrebbero dovuto applicare retroattivamente *Mazurek* alla successione della sig.ra M. . Poiché tale successione non era stata chiusa definitivamente, alla data in cui *Mazurek* è divenuta definitiva e tenuto conto dell'azione di riduzione tempestivamente intentata da un erede avente diritto ad una quota di legittima, il quale era stato però escluso dalla divisione *inter vivos*, i giudici avrebbero dovuto considerare che *Mazurek* prevaleva sulle disposizioni transitorie della legge del 2001 e della

la soluzione più frequente nel diritto comparato» (*Actes et documents de la IX^e session*, III, p. 27). Questo è anche il caso della Francia.

²³ Pertanto, ritengo che i paragrafi da 52 a 55 della sentenza siano insufficienti per tre motivi : primo, non specificano il « diritto » che il ricorrente poteva pretendere e che gli era stato negato; secondo, non indicano in quale momento il ricorrente abbia acquisito tale diritto e a partire da quando tale diritto è divenuto esecutivo conformemente al diritto interno ; terzo, non operano alcuna distinzione in relazione ai beni della madre, tra la situazione giuridica del ricorrente anteriore e successiva al decesso della suddetta.

²⁴ Senza considerare il ben noto dibattito sulla natura della donazione *inter vivos* come pre-successione o successione anticipata, il fatto è che il ricorrente è stato privato di qualsiasi porzione per la sola ragione di non essere parte in un atto notarile dal quale i donanti lo avevano consapevolmente escluso.

²⁵ Non posso ammettere l'esistenza di un interesse particolare a garantire « pacifici rapporti familiari » nell'ambito di una successione in cui siano coinvolti figli nati al di fuori del matrimonio. Né posso accettare che la portata dell'eccezione sia limitata nel tempo e al merito. Tuttavia, anche ammettendo il presunto carattere di limitatezza dell'eccezione, tale argomento non potrebbe mai giustificare il fatto che queste disposizioni transitorie perpetuino e moltiplichino le inuguaglianze, punendo i figli nati al di fuori del matrimonio per il comportamento dei loro genitori. Semplicemente, i figli non devono subire le conseguenze delle azioni dei propri genitori.

²⁶ Di conseguenza, non ritengo del tutto esatta l'osservazione contenuta nel paragrafo 68 della sentenza, secondo cui la legge del 3 dicembre 2001 « dava esecuzione a tale sentenza, incorporando nel diritto francese i principi in essa affermati ». Questa valutazione generale trascura il carattere problematico delle disposizioni transitorie della legge. Questo problema è stato ugualmente eluso nella Risoluzione ResDH(2005)25 del Comitato dei Ministri, che omette qualsiasi riferimento alle disposizioni transitorie del 2001.

legge del 1972, dando la precedenza alla Convenzione e riconoscendo al ricorrente il diritto ad una quota di legittima sull'eredità di sua madre²⁷.

Le conseguenze della sentenza *Fabris*

Così come la sentenza *Loizidou* ha permesso il pieno riconoscimento della Corte quale « Corte costituzionale d'Europa », la cui funzione non può essere compromessa dagli Stati parte nell'esercizio del loro diritto di riserva, la sentenza *Fabris* riafferma il valore costituzionale delle sentenze della Corte e la competenza di quest'ultima a verificare se uno Stato parte adempia agli obblighi imposti da una delle sentenze della Corte. Tale forza, costantemente rinsaldata dalla prassi della Corte e del Comitato dei Ministri, come dimostrato, non è stata certamente messa in dubbio dalla infelice espressione contenuta nel paragrafo 75 di questa sentenza : «conformemente al loro ordine costituzionale e tenuto conto del principio di certezza del diritto». Tale formulazione sembra limitare l'obbligo degli Stati parte di dare piena esecuzione alle norme della Convenzione, come interpretate dalla Corte, alla loro « conform[ità] a [l']ordine costituzionale». Se intesa come implicita autorizzazione ad un meccanismo di filtro completo e non restrittivo, a verifica della costituzionalità interna delle sentenze della Corte, tale espressione annienterebbe semplicemente decenni di costruzione del sistema europeo dei diritti dell'uomo, svuoterebbe la Convenzione della sua forza giuridica e confinerebbe la Corte al ruolo di appendice dei giudici costituzionali nazionali. Inoltre, una siffatta lettura assesterrebbe un colpo all'articolo 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in quanto consentirebbe ad uno Stato parte alla Convenzione di invocare le disposizioni della sua legge costituzionale a giustificazione della mancata esecuzione di un trattato. La validità ed efficacia delle sentenze della Corte non dipendono da un *fiat* dei giudici costituzionali nazionali²⁸. Il riferimento alla «conform[ità] al[l'] ordine

²⁷ Per una maggiore precisione, è opportuno osservare che la sentenza *Marckx* ha di per sé stabilito un principio applicabile a tutti gli Stati parte alla Convenzione, incluso lo Stato convenuto nella causa *Fabris*. È un fatto che, all'epoca del decesso della sig.ra M., quando il ricorrente ha rivendicato dinanzi al notaio la propria quota di legittima sull'eredità di sua madre (1994), e al tempo in cui il sig. Fabris ha intentato azione di riduzione dinanzi ai tribunali francesi (1998), le autorità francesi erano già a conoscenza del principio di non discriminazione in materia di diritti successori dei figli nati al di fuori del matrimonio, principio stabilito diversi anni prima nella sentenza *Marckx* nel 1979 e ribadito in *Inze* nel 1987 ed in *Vermeire* nel 1991, nonché applicato direttamente da corti supreme, quali la *Hoog Raad* e la *Cour de Cassation du Luxembourg* nelle loro sentenze rilevanti, rispettivamente del 13 giugno 1979 e del 17 gennaio 1985. Di conseguenza, il principio di buona fede nell'adempimento degli obblighi derivanti dai trattati avrebbe dovuto far sì che le autorità francesi trattassero la domanda del ricorrente con modalità non discriminatorie. Dopo che la sentenza *Mazurek* è divenuta definitiva nel 2000, l'obbligo internazionale dello Stato convenuto di evitare future violazioni della Convenzione è stato rafforzato, in quanto non legato solamente al principio di buona fede, bensì anche all'effetto *erga omnes* a livello nazionale della sentenza *Mazurek*.

²⁸ Si vedano *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Avis consultatif, 4 février 1932, CPJI, série A/B, n. 44, p. 24* (« uno Stato non può invocare dinanzi ad un altro Stato la propria Costituzione allo scopo di sottrarsi agli obblighi imposti dal diritto internazionale ovvero dai vigenti trattati »); *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, Avis consultatif, Recueil CIJ 1988, pp. 34 et 35*; *Dumitru Popescu c. Roumanie (n. 2), n. 71525/01, § 103, 26 aprile 2007*, e, riguardo l'accettazione di tale tesi dagli Stati parte, si vedano la Risoluzione DH (95) 211 dell'11 settembre 1995, la Risoluzione DH (96) 368 del 26 giugno 1996 e la Risoluzione DH (96) 150 del 15 maggio 1996. La forza prevalente degli obblighi internazionali sul diritto interno, segnatamente il diritto costituzionale, è, *a fortiori*, ugualmente valida nel campo della legislazione internazionale sui diritti dell'uomo, tenuto conto della natura di questi ultimi, materia non riservata alla competenza interna degli Stati (articolo 2 § 7 della Carta delle Nazioni Unite), e del fatto che i trattati in materia di diritti dell'uomo non si limitano a vincolare gli Stati parte, bensì riconoscono anche i diritti e le libertà dei cittadini sottoposti alla giurisdizione degli Stati parte (articolo 1 della Convenzione). La conclusione è inevitabile: fatto salvo l'articolo 15 della Convenzione, nessuna norma interna, ivi incluse le norme costituzionali, può limitare o pregiudicare i diritti e le libertà riconosciute dalla Convenzione, come da interpretazione della Corte. Nulla impedisce ai giudici interni ed alle corti costituzionali al loro vertice, di fornire un livello superiore di protezione dei diritti e delle libertà individuali (articolo 53); ciò

costituzionale » non è dunque nient'altro che un blando rinvio al principio della salvaguardia dei diritti dell'uomo oggi riconosciuti, previsto dall'articolo 53 della Convenzione.

In tale contesto, l'ulteriore riferimento al principio della certezza del diritto non è meno problematico. I giudici interni non possono annullare, limitare o ritardare l'effetto delle sentenze della Corte con la motivazione che esse rappresentano un pericolo per il principio della certezza del diritto. Se potessero farlo, verrebbe loro consentita un'esecuzione selettiva delle sentenze della Corte, con il rischio di trovarsi davanti a quarantasette modalità diverse di esecuzione della stessa sentenza. Pertanto, il riferimento al principio della certezza del diritto, oltre a voler rammentare la motivazione di *Marckx*²⁹, costituisce altresì un'ingiunzione ai giudici nazionali a conformarsi rigorosamente e senza alcun margine di apprezzamento alle sentenze della Corte. Qualsiasi comportamento discrezionale da parte dei giudici nazionali nell'esecuzione delle sentenze della Corte rimetterebbe in discussione il principio di certezza del diritto.

Conclusioni

Per quanto concerne l'applicabilità diretta e *erga omnes* di *Mazurek* nello Stato convenuto e la sua applicabilità retroattiva alla divisione dei beni della sig.ra M., ritenuta la competenza della Corte a vigilare sull'esecuzione della sentenza *Mazurek* da parte dello Stato convenuto ed in applicazione dei principi di uguaglianza dinanzi alla legge e di non discriminazione tra figli nati all'interno del matrimonio e figli nati al di fuori di esso, ritengo che lo Stato convenuto non abbia applicato in modo soddisfacente la sentenza *Mazurek* al caso di specie e che pertanto abbia violato l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1.

sta ad indicare che le norme contenute nella Convenzione non possono essere messe da parte, se non nei casi in cui le norme interne prevedono una miglior tutela dei diritti del ricorrente.

²⁹ Secondo «il principio di certezza del diritto, necessariamente inerente al diritto della Convenzione», la Corte «può dispensare gli Stati dal mettere in dubbio atti ovvero situazioni giuridiche anteriori a sentenze della Corte che dichiarino la legislazione nazionale incompatibile con la Convenzione» (*Marckx*, sopra citata, § 58, e *Henryk Urban e Ryszard Urban c. Polonia*, n. 23614/08, § 65, 30 novembre 2010).

3. Altre segnalazioni

Discorso del Presidente della Corte Dean Spielmann in apertura dell'anno giudiziario

[Traduzione integrale della pronuncia curata degli esperti linguistici del Ministero della Giustizia]

*Ministero della Giustizia
Dipartimento per gli Affari di Giustizia
Direzione Generale del Contenzioso e dei Diritti Umani*

Traduzione a cura del Ministero della Giustizia, Direzione Generale del Contenzioso e dei Diritti Umani, effettuata dal dott. Giuseppe Famularo, assistente linguistico

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Udienza solenne della Corte

**Dean Spielmann,
Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Strasburgo, 25 gennaio 2013

**Onorevole Ministro della Giustizia,
Signori Presidenti delle Corti Costituzionali e delle Corti Supreme,
Signor Presidente dei Delegati,
Signor Segretario Generale del Consiglio d'Europa,
Eccellenze,
Signore e Signori,**

Vorrei ringraziarvi, sia personalmente che per conto di tutti i miei colleghi, per essere intervenuti a questa udienza solenne in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario della Corte europea dei diritti dell'uomo. La vostra presenza qui è un segno dell'alta stima e considerazione che avete per la nostra Corte, e ve ne siamo molto grati. Permettetemi, dato che siamo ancora in tempo, di augurarvi un felice 2013.

L'udienza di oggi è particolarmente significativa per me. È infatti la prima volta che prendo la parola in questa occasione e vorrei aggiungere che farlo è per me un grande onore. Tradizionalmente, la cerimonia di apertura dell'anno giudiziario ha fornito un'occasione per guardare indietro all'attività della nostra Corte nell'anno trascorso. Questo compito è particolarmente gratificante da svolgere, in quanto il 2012 è stato un anno eccezionale per la nostra Corte.

Siamo tutti consapevoli della fragilità dei diritti dell'uomo e della loro tutela. È stata la nostra Corte stessa ad apparire fragile nella prima parte del 2012.

Era divenuta fragile sotto vari aspetti e, in particolare, a causa del numero altissimo di ricorsi pendenti, che all'inizio del 2012 ha purtroppo superato la soglia fatidica di 150.000.

Tale cifra non necessita di alcun commento. Anche se la stragrande maggioranza di tali cause era sicuramente destinata a portare a decisioni di irricevibilità, un numero così alto ha avuto ripercussioni negative. Prima di tutto l'afflusso massiccio di ricorsi ha impedito alla Corte di esaminare, entro un lasso di tempo ragionevole, le cause più serie, e cioè quelle in cui erano state commesse gravi violazioni dei diritti dell'uomo, o quelle in cui erano state sollevate importanti questioni di interpretazione della Convenzione. In secondo luogo, non si può escludere che alcuni presunti ricorrenti potrebbero astenersi dal portare le loro cause dinanzi alla Corte a causa della durata eccessiva dei suoi procedimenti.

Oltre a queste difficoltà, questa Corte ha subito una valanga di critiche quando è iniziato l'anno; molte di esse erano eccessive ed ingiuste. Più volte la Corte è stata oggetto di particolari censure da parte della stampa britannica, ribadite in altre parti d'Europa. Era un clima politico aspro quello in cui preparare la terza conferenza di alto livello sulla riforma della Convenzione, convocata dal Regno Unito a Brighton. La prospettiva di un cambiamento radicale nel tono e nella direzione del processo di riforma era davvero reale.

In quel momento turbolento, la Corte ha naturalmente guardato al suo Presidente affinché impiegasse tutta l'autorità legata alla sua carica in difesa non solo di questa istituzione, ma anche del principio stesso di tutela dei diritti dell'uomo attraverso il diritto internazionale. E questo è ciò che ha fatto. Questa sera rendo onore al mio predecessore, Sir Nicolas Bratza, che ha ampiamente contribuito al successo complessivo della Conferenza di Brighton. In quelle discussioni - a volte - infiammate, la sua voce è stata influente ed il suo parere sempre saggio. A lui dobbiamo tutta la nostra riconoscenza e gratitudine. Nei molti anni in cui è stato al servizio di questa Corte, è stato un giudice eccellente ed un grande Presidente.

Il bilancio dell'anno trascorso deve, credo, essere positivo sotto tutti gli aspetti. Prima di tutto, e per la prima volta nella storia, la Corte è riuscita a tenere sotto controllo l'afflusso di nuovi ricorsi. In secondo luogo, la Conferenza di Brighton si è rivelata un evento molto positivo per la Corte. E in terzo luogo, la Corte ha mantenuto un alto livello di tutela dei diritti dell'uomo. Svilupperò ciascuno di questi punti.

Per quanto riguarda il numero di cause, credo che abbiate già ricevuto i numeri, e che questi parlino da soli:

Il numero di ricorsi decisi con sentenza era di 1.678 rispetto ai 1.511 dell'anno precedente. Complessivamente, la Corte ha deliberato su quasi 88.000 cause, il che costituisce un incremento del 68% rispetto al 2011. Il numero di ricorsi pendenti ammontava a 151.600 all'inizio del 2012, mentre per la fine dell'anno era di 128.100, con una flessione del 16%. Questo grande successo è dovuto al durissimo lavoro, nonché all'ingegnosità della Corte e della sua cancelleria. Siamo riusciti a predisporre delle soluzioni pratiche ai problemi derivati dall'eccessivo numero di cause modernizzando e razionalizzando i nostri metodi di lavoro. La procedura del giudice unico è stata pienamente utilizzata. Per adattare l'espressione spesso usata in relazione alla Corte, essa non è più vittima del proprio successo.

Un importante elemento nella prassi della Corte è la procedura della sentenza pilota, ora disciplinata in dettaglio dal regolamento della Corte. Come è stata incitata a fare dagli Stati stessi, nonché dall'Assemblea Parlamentare, la Corte ha applicato tale procedura più frequentemente che mai nel 2012.

Essenzialmente tale procedura comporta non solo una constatazione di violazione dei diritti di un ricorrente individuale, ma anche l'analisi della situazione sistemica - o strutturale

- latente, che è incompatibile con la Convenzione. Da questa analisi, la Corte procede a fornire allo Stato linee guida sulle misure correttive appropriate.

Nel 2012, le situazioni e gli Stati interessati presentavano una notevole diversità fra cui:

- le pessime condizioni materiali nei centri di detenzione preventiva in Russia;
- il ritardo eccessivo nei procedimenti giudiziari in Turchia, nonché in Grecia;
- il rifiuto di accordare la cittadinanza ad una categoria di persone che vivono in Slovenia (note come *'i cancellati'*);
- in Albania, dei problemi relativi al funzionamento del sistema di indennizzo a favore di coloro la cui proprietà era stata espropriata durante l'epoca comunista.

Proprio all'inizio di quest'anno è stata emessa una sentenza pilota concernente l'Italia in materia di sovraffollamento carcerario.

Questi esempi mostrano l'adattabilità della procedura, nonché la parte del suo potenziale che è stata realizzata.

Ora passo alla Conferenza di Brighton. Tutti sono d'accordo sul fatto che la Corte ne è uscita rafforzata. In particolare, il desiderio espresso da alcuni di limitare l'accesso alla Corte modificandone i criteri di ricevibilità, alla fine non si è realizzato. Un numero significativo di Stati ci ha sostenuto ed è accorso in nostro aiuto. La Corte è ora innegabilmente rafforzata nella sua missione di controllo dell'osservanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Soprattutto il diritto di ricorso individuale, che impegna noi tutti – importante caratteristica del nostro sistema – è stato preservato.

Tuttavia, la cosa più importante resta la giurisprudenza e la qualità delle sentenze della Corte. L'efficienza non ha pregiudicato la qualità ed il peso delle nostre sentenze. Al contrario, proprio perché siamo riusciti a trattare le numerose cause che avevano creato un arretrato, abbiamo allo stesso tempo prestato tutta l'attenzione dovuta a quelle più serie.

Per rispettare il tempo assegnatomi, citerò solo alcuni esempi di cause che abbiamo trattato nel 2012. Fra le sentenze che hanno dato un contributo decisivo all'armonizzazione delle norme europee nel campo dei diritti e delle libertà, vorrei citare soltanto due casi che ritengo siano emblematici del ruolo essenziale che la nostra Corte ha svolto nella tutela dei diritti dell'uomo: in primo luogo la sentenza *'Hirsi Jamaa e altri'*, pronunciata il 23 febbraio 2012 contro l'Italia. Essa riguardava l'intercettazione in mare di gruppi di rifugiati che sono stati poi oggetto di respingimento da parte delle autorità. Ci siamo rifiutati di riconoscere l'esistenza di un vuoto giuridico, anche se in acque internazionali. In un momento in cui il fenomeno delle migrazioni via mare va aumentando, riteniamo che le persone in questione, la cui vulnerabilità era evidente, dovessero beneficiare delle garanzie della Convenzione. Per quanto riguarda la seconda causa, non vi sorprenderà che si tratti di *El Masri c. "l'ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia"*, sentenza del 13 dicembre. Per la prima volta, la Corte ha condannato uno Stato – in quanto quest'ultimo aveva preso parte ad una operazione di consegna segreta di prigionieri alla CIA - ponendo fine all'impunità con cui tali operazioni si svolgevano da molto tempo. Soprattutto, la nostra Corte è la prima al mondo ad avere classificato come tortura le azioni compiute dalla CIA nell'ambito di tali operazioni, anche se è lo Stato convenuto ad essere stato ritenuto responsabile della violazione a causa dell'approvazione espressa o tacita delle sue autorità. Queste due sentenze fondamentali ci rammentano che gli Stati Europei non possono sottrarsi agli obblighi a cui sono tenuti in virtù della Convenzione, che si tratti di lotta contro il terrorismo o contro l'immigrazione clandestina.

Nel 2012 abbiamo proseguito il nostro dialogo con gli altri tribunali nazionali ed internazionali. Non è mia intenzione fornirvi una lista esauriente di tutte le visite che abbiamo ricevuto e che hanno consentito la prosecuzione del dialogo dei giudici. Citerò soltanto due esempi, in quanto essi illustrano la notorietà della nostra Corte anche al di là del continente europeo. In primo luogo vi è stata una visita molto importante alla Corte Suprema degli Stati Uniti, dove abbiamo ricevuto un benvenuto particolarmente caloroso. In secondo luogo è stata fatta una visita alla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, la nostra corte sorella, per così dire, dall'altra parte dell'Atlantico. Nel corso di tali visite abbiamo potuto testimoniare quanta attenzione quelle corti prestavano alla nostra Corte ed alla sua giurisprudenza.

Per quanto riguarda la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, con sede a San José (Costa Rica), la nostra collaborazione continuerà nel 2013 grazie alla generosità del Governo del Lussemburgo.

A proposito di generosità, vorrei inoltre esprimere gratitudine agli Stati che hanno accettato di appoggiare la Corte contribuendo al conto speciale creato dopo la Conferenza di Brighton per lo smaltimento dell'arretrato o mettendo a nostra disposizione degli avvocati distaccati: si tratta di Germania, Austria, Armenia, Azerbaijan, Bulgaria, Cipro, Croazia, Federazione Russa, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Lussemburgo, Moldova, Monaco, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Romania, Svezia, Svizzera e Turchia.

Fra i punti positivi dello scorso anno si deve menzionare anche la valutazione della performance della nostra Corte da parte della Corte dei Conti francese, che ha evidenziato i risultati e l'efficienza della Corte e della sua cancelleria. Tale approvazione è della massima importanza per noi.

Prima di chiudere non posso non citare l'importantissima questione concernente l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Prevista dal Trattato di Lisbona e resa possibile dal Protocollo n. 14, essa può senza dubbio essere annoverata fra i grandi progetti giuridici europei; inoltre perfezionerà lo spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali. L'idea di questa adesione è infatti essenzialmente diretta a garantire la coerenza dell'Europa ai suoi più profondi principi giuridici ed etici.

Dal luglio 2010 la Commissione Europea e gli Stati membri del Consiglio d'Europa negoziano i termini del trattato che porterà a tale adesione. Al momento attuale hanno compiuto il 95% del lavoro e ciò è sicuramente degno di lode. Riconosciamo che persistono alcuni ostacoli, ma nessuno di essi è insormontabile, purché ci sia la volontà politica di superarli. Sono stati espressi alcuni dubbi sull'utilità di tale adesione, in considerazione delle difficoltà incontrate nel corso dei negoziati. Questo è comprensibile e nessuno si aspettava che essi fossero semplici, data la vastità del compito. Tuttavia tali difficoltà non devono servire come pretesto per mettere in questione questo nobile progetto. Aderendo alla Convenzione e consentendo in tal modo un controllo giurisdizionale esterno sul suo operato, l'Unione Europea dimostrerà che, come i suoi Stati membri, anch'essa è disposta ad adeguare il proprio operato alle stesse esigenze internazionali che vincolano l'operato dei singoli Stati. Il controllo esterno da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo costituirà un fattore di credibilità e, allo stesso tempo, di progresso. Rappresenterà un potente messaggio dell'Europa al mondo, una dichiarazione solenne che, al di là di tutte le differenze e specificità, peraltro legittime - siano esse occasionali, regionali, o sistemiche - l'Europa condivide una base comune di diritti fondamentali chiamati diritti dell'uomo. E' venuto il momento, per i negoziatori, di portare a termine il loro lavoro e, per l'Unione Europea - recente Premio Nobel per la Pace - di aderire alla Convenzione.

Nel corso dell'anno passato la nostra Corte è stata notevolmente trasformata dalla partenza di un gran numero di giudici, che fortunatamente sono stati sostituiti e la nostra orchestra non somiglia affatto a quella della sinfonia dell' "Addio" di Joseph Haydn. Coloro che tra voi hanno familiarità con questa magnifica opera del grande compositore austriaco ricorderanno che i musicisti, uno dopo l'altro, posano i loro strumenti e se ne vanno. Alla fine restano soltanto due violini muti. Sebbene molti dei nostri musicisti se ne siano andati, la nostra orchestra non è stata certamente ridotta al silenzio. Per quanto riguarda i nostri ex giudici, vorrei esprimere la speranza che, una volta tornati al loro Paese, essi siano in grado di mettere l'esperienza acquisita a Strasburgo al servizio dei loro rispettivi Stati e di farlo a un livello appropriato.

Questo è ovviamente nel loro interesse, ma è importante anche per l'immagine della Corte, ed infine per rendere allettante l'esercizio delle funzioni di giudice presso la Corte. Spero di sollevare la questione dinanzi al Comitato dei Ministri a tempo debito.

Signore e Signori,

sono consapevole di essermi già dilungato, ma sono sicuro che converrete con me sul fatto che i successi del 2012 hanno meritato tale riflessione. Vorrei ora dare il benvenuto, in modo più personale, ai nostri due ospiti d'onore.

Il sig. Theodor Meron, che prenderà la parola fra qualche istante, è il Presidente del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia. Egli presiede la Camera di appello di quel Tribunale e quella del Tribunale penale internazionale per il Ruanda. È inoltre il Presidente del Meccanismo per i tribunali penali internazionali. Il Presidente Meron è una figura di primo piano del diritto internazionale e noi siamo onorati per la sua partecipazione alla cerimonia ufficiale di quest'anno. L'avvento della giustizia penale internazionale alla fine del ventesimo secolo è stato un successo epocale, alla pari del movimento del dopo-guerra per la tutela dei diritti dell'uomo a livello internazionale. Il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia (*ICTY*) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (*ECHR*) sono dei tribunali con ruoli fortemente complementari e le norme definite da ciascuno di essi servono come preziosi punti di riferimento per l'altro. Pertanto, lo ascolteremo con il massimo interesse.

Ma, prima di tutto, ascolteremo la signora Christiane Taubira, Guardasigilli, Ministro della Giustizia.

Gentile Signora,

la Sua presenza qui testimonia l'attaccamento alla nostra Corte da parte dello Stato ospitante. La Sua azione personale e la Sua determinazione, in particolare per quanto riguarda l'umanizzazione delle carceri, debbono essere altamente encomiate. Per il Suo tramite, vorrei esprimere la mia gratitudine a François Hollande, Presidente della Repubblica Francese che, quando mi ha ricevuto all'Eliseo alla fine di dicembre, ha sottolineato l'attaccamento del vostro Paese - faccio la citazione - *"al ruolo, alle missioni, all'autorità e all'indipendenza della nostra Corte, la cui azione è essenziale per il progresso dei diritti e delle libertà fondamentali sul continente europeo"*. Questo fermo sostegno ci incoraggia a proseguire la nostra missione.

Vi ringrazio.

**Discorso del Presidente della Corte Dean Spielmann in apertura del seminario
svoltosi il 25 gennaio 2013 su “L’attuazione della Convenzione europea dei
diritti dell’uomo in periodo di crisi economica”**

[Traduzione integrale della pronuncia curata degli esperti linguistici del Ministero della Giustizia]

**Ministero della Giustizia
Dipartimento per gli Affari di Giustizia
Direzione Generale del Contenzioso e dei Diritti Umani**

Traduzione a cura del Ministero della Giustizia, Direzione Generale del Contenzioso e dei Diritti Umani,
effettuata dalla dott.ssa Martina Scantamburlo, funzionario linguistico

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

Seminario

**L’attuazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo
in periodo di crisi economica**

Discorso di benvenuto

**Dean Spielmann,
Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo**

Strasburgo, 25 gennaio 2013

Signore e Signori Presidenti,
Signore e Signori,
Cari amici,

Permettetemi anzitutto di esprimervi la mia personale soddisfazione nel vedervi riuniti così numerosi a questo seminario che precede tradizionalmente l’udienza solenne della Corte. La vostra presenza dimostra l’interesse per questo appuntamento atteso tra la Corte europea dei diritti dell’uomo e le corti supreme europee. La presenza di universitari e di agenti dei governi dinanzi alla Corte contribuirà inoltre, ne sono certo, a tenere alto l’interesse del dibattito di questo pomeriggio.

Desidero ringraziare i giudici Raimondi, Bianku, Nußberger e Sicilianos che hanno organizzato il seminario coadiuvati da Roderick Liddell, con una particolare menzione per il giudice Laffranque che ha accettato di prendere il posto di Françoise Tulkens nel difficile compito di organizzare questa giornata. E poiché ho menzionato Françoise Tulkens, la nostra ex vice-presidente, non posso fare a meno di esprimere il grande piacere di averla nuovamente tra noi oggi in qualità di relatrice; la saluto calorosamente, così come saluto gli altri due relatori: Ioannis Sarmas, membro della Corte dei conti europea e Lauri Mälksoo, docente di diritto internazionale all’università di Tartu in Estonia.

Il tema di quest’anno, «*l’attuazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in periodo di crisi economica*», è particolarmente importante.

Tutti, nei vostri Paesi, state affrontando la crisi, e i giudici nazionali spesso si trovano in prima linea. L'impatto della crisi sui diritti sociali ed economici è evidente, ma sono altrettanto notevoli le sue ripercussioni sui diritti umani.

Nel difficile periodo che attraversano le nostre società, vediamo emergere atteggiamenti di intolleranza e rifiuto per gli altri. Si tende ad applicare la legge del più forte e talvolta vengono messi da parte i diritti umani, da alcuni ritenuti un lusso che non ci si può permettere in periodi di crisi. In effetti, i più colpiti dalla crisi sono le persone vulnerabili, i detenuti (nei periodi difficili le popolazioni non accettano di buon grado che vengano stanziati somme importanti per rinnovare le carceri), i migranti, che non vengono accolti con entusiasmo, i pensionati, che vedono ridursi le loro pensioni, insomma tutti coloro che la nostra Corte protegge in molte cause.

Varie disposizioni della Convenzione sono applicabili in questo ambito e sono certo che gli articoli 3, 6, 8 e 14, oltre all'articolo 1 del Protocollo n. 1 saranno oggi al centro del vostro dibattito.

Senza entrare nei dettagli del discorso di questa sera, citerò, tra la giurisprudenza dell'anno 2012, la causa *Hirsi Jamaa c. Italia*, che si inserisce perfettamente nel tema del vostro seminario, così come pensavo di citare l'importante causa *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

Cari amici, mi permetto di usare questa espressione perché so che siete tutti amici della Corte, sono convinto che, nei periodi come quello in cui viviamo, il ruolo della nostra Corte è fondamentale e penso che il dibattito di oggi lo dimostrerà ampiamente.

Non voglio dilungarmi oltre e cedo ora la parola alla mia collega e amica Julia Laffranque.

Discorso del Presidente della Corte Dean Spielmann su “I diritti umani in Europa” - Fitzwilliam Law Society, University of Cambridge, 22 febbraio 2013

[Traduzione integrale della pronuncia curata degli esperti linguistici del Ministero della Giustizia]

**Ministero della Giustizia
Dipartimento per gli Affari di Giustizia
Direzione Generale del Contenzioso e dei Diritti Umani**

Traduzione a cura del Ministero della Giustizia, Direzione Generale del Contenzioso e dei Diritti Umani, effettuata dalla dott.ssa Claudia Foti, funzionario linguistico

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

Venerdì 22 febbraio 2013

I diritti umani in Europa

Fitzwilliam Law Society, University of Cambridge, 22 febbraio 2013

**Dean Spielmann
Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo**

Signore e Signori,

è per me un grande piacere essere qui a Cambridge questa sera.

Vorrei ringraziare la Fitzwilliam Law Society per aver organizzato questo evento. Sono molto orgoglioso di essere un membro del Fitzwilliam College: la formazione universitaria a Cambridge mi è stata di grande utilità nel corso della mia vita professionale, prima come avvocato e giurista e ora come giudice europeo.

In quanto rappresentante della Corte europea dei diritti dell’uomo è più che naturale che il titolo scelto per la conferenza di stasera si riferisca a questo settore così importante e dinamico del diritto europeo.

Il mio discorso verterà in particolare sull’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. I lavori sono in corso – spero vivamente che il 2013 si riveli il momento decisivo per questo sviluppo di grande importanza e lungamente atteso.

L’idea dell’adesione della UE alla Convenzione ha una lunga storia che ritengo non sia necessario ripercorrere in questa sede. Comincerò invece riassumendo le argomentazioni a favore di un’accettazione a pieno titolo da parte dell’Unione europea degli obblighi sanciti dalla Convenzione.

Per coloro di noi che sono favorevoli all’adesione si tratta di risolvere un’anomalia molto concreta in Europa. La Convenzione racchiude una garanzia giuridica di tutela dei diritti umani fondamentali, sostenuta da un sistema di controllo con poteri vincolanti. Innovativo già all’epoca dei

suoi esordi, questo sistema è stato riformato e rafforzato in diverse fasi fino a divenire il modello di riferimento nel suo genere in tutto il mondo. Il sistema della Convenzione rende possibile per il singolo chiamare lo Stato a rispondere, a livello internazionale, delle violazioni dei diritti umani. Ciò trova applicazione in tutta la “grande Europa” – i 47 Stati europei che sono parti della Convenzione.

Nelle questioni relative ai diritti umani, tutte le articolazioni del governo e i livelli della pubblica amministrazione devono agire conformemente alla disciplina europea sui diritti umani. Questa visione “statalista”, tuttavia, soffre di un grande e crescente deficit, un deficit che assume la forma dell’Unione europea. Non vi è dubbio che gli atti dell’Unione europea – delle sue istituzioni, agenzie e delle sue varie “emanazioni” – possono potenzialmente incidere in modo diretto sulla tutela dei diritti umani, tuttavia non è possibile impugnarli direttamente dinanzi alla Corte di Strasburgo. A tutt’oggi è possibile solo un’impugnazione indiretta, sotto forma di ricorso contro uno Stato membro della UE. Si tratta di un deficit di responsabilità, tanto più accentuato e visibile in quanto si presenta in un settore – quello dei diritti umani – che è di fatto intrinseco all’intero processo di integrazione europea.

La responsabilità conferisce legittimità e, pertanto, l’adesione alla Convenzione contribuirà ulteriormente alla legittimità della UE. Formulo questa affermazione in quanto convinto sostenitore dell’integrazione europea.

L’idea dei deficit, e di come colmarli, è un tema ricorrente nelle discussioni sull’adesione. Oltre a colmare questo deficit di *accountability*, l’adesione colmerà altri deficit – deficit di partecipazione e deficit di responsabilità: affronterò fra breve questi punti.

È stato anche detto, e in modo a mio parere persuasivo, che l’adesione attiene anche alla coerenza e alla credibilità della stessa UE. Entrambi i suoi Trattati costitutivi - il Trattato sull’Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea - pongono un forte accento sul rispetto dei diritti umani all’interno della UE e sul progresso dei diritti umani in quanto principio fondamentale dell’azione esterna della UE. Che quest’ultima resti al di fuori del sistema della Convenzione, che non sia soggetta alla giurisdizione della Corte europea dei diritti dell’uomo, è piuttosto incongruo con un simile atteggiamento positivo. Nelle sue relazioni esterne con altri Stati europei, inoltre, un dialogo critico sul rispetto dei diritti umani avrebbe un peso maggiore se la UE stessa fosse vincolata ai medesimi standard di alto livello e al sindacato giurisdizionale internazionale. La credibilità conta nelle relazioni diplomatiche.

Ciò non vuol dire che la UE presenti delle carenze sotto il profilo dei diritti umani. Il suo impegno nella protezione dei diritti fondamentali risale a più di 40 anni fa e si è progressivamente ampliato e approfondito. Ciascun nuovo trattato ha radicato sempre più il rispetto dei diritti fondamentali nell’ordinamento della CE e poi della UE. Il ruolo della Corte di giustizia in relazione ai diritti fondamentali è stato inestimabile e meritevole. Il livello di protezione raggiunto all’interno della UE/CE a metà degli anni ‘90 era già tale da consentire alla Corte, nella sentenza *Bosphorus*³⁰, di considerarlo equivalente al sistema della Convenzione e da ingenerare una presunzione di conformità laddove uno Stato agisca attenendosi strettamente ai propri obblighi in quanto membro della UE.

Su questo punto specifico vorrei fare riferimento ad una sentenza molto recente della nostra Corte – la causa *Michaud c. Francia*³¹ – decisa lo scorso dicembre. La causa è stata introdotta da un avvocato di Parigi che asseriva che l’obbligo giuridico incombente agli avvocati di segnalare presunti episodi di riciclaggio di denaro da parte dei propri clienti costituiva una violazione dell’articolo 8 della Convenzione, in quanto violazione del segreto professionale e della riservatezza delle comunicazioni fra avvocato e assistito. Questo obbligo derivava dalla normativa UE, specificamente da una direttiva del 2005 che intendeva contrastare il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo e includeva i liberi professionisti legali nel proprio ambito di applicazione. Tale obbligo non era applicabile laddove gli avvocati svolgessero principalmente

³⁰ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [GC], n. 45036/98, CEDU 2005-VI.

³¹ *Michaud c. Francia*, n. 12323/11, 6 dicembre 2012.

attività di consulenza per i propri clienti o li rappresentassero nei procedimenti giudiziari. La direttiva, pertanto, non interferiva con le classiche funzioni essenziali della professione forense. Nei considerando della direttiva, inoltre, si affermava che la stessa non doveva essere interpretata o applicata in modo incompatibile con la Convenzione.

Essa, tuttavia, si applicava agli avvocati in altri contesti professionali, quali l'acquisto e la vendita di beni, l'apertura di conti bancari, la costituzione di società, la gestione di *trust* e altro. Anche così, rispetto ad altri settori professionali, l'obbligo di segnalazione era diverso per la professione forense. Invece di effettuare una segnalazione direttamente al Ministero delle Finanze, la procedura per gli avvocati comportava l'obbligo di segnalazione al Presidente del rispettivo Ordine forense, che agiva come una sorta di filtro. Il Presidente dell'Ordine non avrebbe trasmesso le informazioni che non rientravano nell'ambito delle relative disposizioni – ad esempio se erano relative alle attività di consulenza giuridica o di rappresentanza legale, considerate esenti.

La Corte di giustizia europea ha esaminato essenzialmente la stessa problematica nel 2007 – *Ordre des barreaux francophones et germanophones*³². Ad essa era stato chiesto dalla Corte costituzionale belga (*Cour d'Arbitrage*) se l'obbligo di segnalazione incombente agli avvocati fosse compatibile con l'articolo 6 della Convenzione – il diritto ad un equo processo. La suddetta Corte ha risposto affermativamente, dichiarando che i settori relativamente ai quali gli avvocati erano tenuti ad effettuare una segnalazione erano sufficientemente distanti dall'ambito di applicazione dell'articolo 6. Essa ha tuttavia affermato specificamente che la propria pronuncia era limitata alla questione così come era stata posta – non essendo stata sollevata la questione della compatibilità della direttiva con l'articolo 8, non vi si poteva dare risposta. Ovviamente si trattava della disposizione invocata dal sig. Michaud.

La nostra Corte ha concluso per l'assenza di violazione dell'articolo 8 e ha affermato la proporzionalità dell'ingerenza. Per arrivare a tale risultato, tuttavia, è stato necessario prendere in esame innanzi tutto la pertinenza della giurisprudenza *Bosphorus*. Si doveva riconoscere alla Francia il beneficio della presunzione di conformità?

La sentenza analizza il punto dettagliatamente, iniziando col ricordare che, in forza della Convenzione, gli Stati rimangono responsabili di tutte le loro azioni, anche laddove queste siano imposte da altri obblighi giuridici discendenti dall'appartenenza ad organizzazioni internazionali.

Per quanto attiene al livello di protezione dei diritti umani all'interno della UE, la conclusione della sentenza *Bosphorus* si applica a maggior ragione da quando la Carta dei diritti fondamentali ha acquisito lo status di diritto primario. Con riguardo all'aspetto procedurale, già ai tempi della sentenza *Bosphorus* la Corte era soddisfatta circa l'adeguatezza degli strumenti giuridici di tutela dei diritti umani.

Vi erano tuttavia due considerazioni che deponevano a sfavore della suddetta presunzione.

La prima riguardava il fatto che la normativa UE in questione assumeva la forma di una direttiva e, dunque, gli Stati membri avevano un certo margine di manovra quanto alla sua attuazione.

Vorrei richiamare in questa sede l'analisi del regolamento di Dublino effettuata dalla Corte nella causa *M.S.S. c. Belgio e Grecia*³³. In quella occasione la Corte ha stabilito che la presunzione *Bosphorus* non si applicava, atteso che la clausola di sovranità di cui al regolamento consentiva agli Stati di astenersi dal rinviare un richiedente asilo nello Stato di ingresso. Ciò implicava che il trasferimento non fosse un obbligo giuridico vincolante per il Belgio.

La seconda considerazione, tuttavia, ha avuto un peso persino maggiore. La giurisprudenza *Michaud* doveva essere distinta da quella *Bosphorus* per il fatto che il *Conseil d'Etat* non aveva proposto una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia e, pertanto, non si era fatto pieno uso di tutte le potenzialità offerte dai pertinenti meccanismi internazionali per la vigilanza sui diritti fondamentali.

³² *Ordre des barreaux francophones et germanophones c. Conseil des Ministres*, C-305/05, 26 giugno 2007.

³³ *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], n. 30696/09, CEDU 2011.

Come già accennato, la Corte ha concluso all'unanimità per la non violazione della Convenzione, facendo pertanto propria la posizione del *Conseil d'Etat*.

Michaud costituisce una sentenza importante sull'articolo 8 che conferma la protezione rafforzata offerta da questo articolo ai rapporti fra avvocato e cliente.

Passo adesso alla seconda argomentazione a favore dell'adesione della UE alla Convenzione, ossia l'importanza di garantire la coerenza degli standard relativi ai diritti umani in Europa. Ciò faceva parte della ragion d'essere della Convenzione, come esplicita il Preambolo della stessa, che menziona l'Unione più stretta fra gli Stati europei attraverso la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo nonché "una concezione comune e un comune rispetto" dei diritti dell'uomo. Come è stato osservato in dottrina, i diritti umani fondamentali sono per loro stessa natura comuni ed universali. Questo è un canone fondamentale del diritto internazionale dei diritti umani.

L'argomentazione della coerenza riguarda anche la certezza del diritto. Gli Stati membri della UE sono oggi soggetti a due diversi regimi internazionali/sovrnazionali di tutela dei diritti umani. Ciò dovrebbe costituire una situazione favorevole e non ingenerare incertezza o confusione in questa importante area del diritto. Per i singoli, per gli Stati, per gli organi giurisdizionali nazionali, i requisiti del diritto dei diritti umani devono essere ragionevolmente chiari in qualsiasi situazione.

Ho già espresso la mia ammirazione per il forte impulso dato dalla Corte di giustizia allo sviluppo della giurisprudenza sui diritti fondamentali. Per molti anni la Corte e i suoi Avvocati generali hanno prestato una grande attenzione alla giurisprudenza di Strasburgo. La frequenza delle citazioni della nostra Corte nella giurisprudenza della UE è infatti unica. Per quanto riguarda Strasburgo, e in armonia con la nostra metodologia comparativa, la nostra Corte tiene regolarmente in considerazione l'*acquis* della giurisprudenza UE. Ciononostante, parte della dottrina ha osservato negli ultimi due anni ciò che potrebbe essere definito come un calo di attenzione a Lussemburgo, avendo la Corte di giustizia assunto la posizione secondo cui non è necessario avere riguardo per la Convenzione ove la causa su cui è chiamata a pronunciarsi rientri nell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali³⁴. Questo sviluppo potrebbe sollevare questioni nel lungo termine circa la continuità della convergenza fra i due sistemi europei di diritti umani. Sarebbe paradossale se il completamento della garanzia interna dei diritti fondamentali della UE dovesse allontanare maggiormente la giurisprudenza delle due Corti.

Mentre ho qui esposto le argomentazioni a favore dell'adesione, è certamente un dato di fatto che la decisione è stata presa, e nella forma più solenne, mediante l'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, ratificato da tutti gli Stati membri.

Il Trattato non si limita a prevedere o stabilire l'adesione, bensì la impone. La stessa è oggetto di intensi negoziati che sono attualmente in corso presso il Consiglio d'Europa fra gli Stati parti della Convenzione e la UE.

Ricordo brevemente che la prima fase del processo è stata affidata ad un gruppo ristretto informale che ha predisposto una serie di proposte di strumenti giuridici nel periodo compreso fra il giugno 2010 e il giugno 2011. Il più importante di essi è la proposta di Accordo di adesione dell'Unione europea. La seconda fase di questo processo ha avuto inizio lo scorso giugno con negoziati effettivi che hanno avuto luogo in seno al Comitato direttivo per i diritti dell'uomo. A tutt'oggi sono state svolte 4 riunioni ed una quinta è in programma ad aprile. La Corte è coinvolta nel processo, essendo rappresentata in ciascuna riunione da un alto funzionario della propria cancelleria, che partecipa in qualità di osservatore.

³⁴ "EU Law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?", J. Polakiewicz, discorso tenuto alla Oxford Brookes University, 18 gennaio 2013, in cui si è fatto riferimento ad una rassegna della giurisprudenza della Corte UE effettuata dal Prof. G. de Búrca. V. anche "L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme", J. Callewaert.

Con un encomiabile gesto di trasparenza, i verbali di tutte le riunioni sono pubblicati celermente sul sito web del Consiglio d'Europa, insieme ad altri documenti pertinenti. Ciò consente agli interessati di ottenere informazioni aggiornate sul processo. Di fatto i lavori preparatori sono redatti pubblicamente.

Trattandosi di lavori ancora in corso, mi limiterò a formulare osservazioni sulle principali questioni sollevate e sulle soluzioni trovate, o quanto meno proposte, sinora.

Il processo, dal punto di vista giuridico, è complesso. Per la UE l'adesione è soggetta alle condizioni specificate nel Protocollo n. 8 al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione devono essere preservate. Le competenze dell'Unione, le attribuzioni delle sue istituzioni e la posizione degli Stati membri della UE rispetto alla Convenzione devono restare impregiudicate.

Il processo sarà piuttosto oneroso anche sotto il profilo procedurale. L'articolo 218 TFUE prescrive che il Consiglio deliberi all'unanimità, che il Parlamento europeo presti il proprio consenso e che tutti gli Stati membri della UE ratifichino l'Accordo. Si ritiene probabile che alla Corte di giustizia sarà chiesto un parere circa la compatibilità dell'Accordo di adesione con i Trattati. I negoziati, pertanto, sono condotti con estrema cura.

L'approccio degli Stati parti non UE è che debbano essere consentiti solo gli adeguamenti realmente necessari, mentre l'interesse principale è rivolto a preservare l'integrità e l'efficacia del sistema e a rispettare la parità di status di tutte le Parti contraenti (v. il documento presentato da 14 Stati³⁵ il 21 gennaio 2013).

La tecnica di un Accordo di adesione – unica nella storia della Convenzione – comporta che gli emendamenti al testo della Convenzione possano essere ridotti al minimo. L'Accordo di adesione è concepito come parte integrante della Convenzione, con lo stesso status giuridico.

Attualmente i negoziati stanno proseguendo sull'articolo 1 dell'Accordo. Il punto in discussione riguarda l'imputabilità, ai fini della Convenzione, di atti o omissioni. Vi sono motivi per sperare in una convergenza di opinioni fra le due parti nel prossimo futuro, e ciò è tutto quello che vorrei dire sulla questione per ora.

Parlerò adesso dell'articolo 3 della proposta di Accordo, anch'esso oggetto di negoziati. Qui vediamo l'innovazione fondamentale proposta per l'adesione della UE, ossia il meccanismo del co-convenuto. Ho fatto prima riferimento alle lacune e qui vediamo gli strumenti proposti per colmare il deficit di partecipazione della UE nei procedimenti dinanzi alla Corte, il deficit di responsabilità per le violazioni della Convenzione e il deficit nella esecuzione delle sentenze.

L'idea di base di questo meccanismo è generalmente accettata. Essa riflette la posizione unica della UE come entità sovranazionale il cui diritto è per lo più applicato dai suoi Stati membri attraverso le proprie leggi ed istituzioni. Esso permetterà alla UE di intervenire nel procedimento intentato contro uno dei propri Stati membri laddove la causa ponga in dubbio la compatibilità di una disposizione della normativa dell'Unione con la Convenzione, soprattutto laddove non si sarebbe potuta evitare la violazione semplicemente trascurando un obbligo discendente dalla normativa UE. In secondo luogo, agli Stati membri della UE sarà permesso intervenire nei procedimenti avviati contro la stessa laddove l'applicazione riguardi una disposizione di diritto primario dell'Unione: un co-convenuto sarà una parte del procedimento e pertanto sarà vincolato dalla sentenza emessa e soggetto all'obbligo di eseguirla.

Non si è ancora pervenuti ad una decisione circa la natura vincolante o meno del meccanismo: a tutt'oggi la proposta di Accordo menziona l'invito della Corte rivolto ad una Parte contraente ad

³⁵ Andorra, Armenia, Azerbaigian, Bosnia-Erzegovina, Federazione russa, Islanda, Liechtenstein, Monaco, Montenegro, Norvegia, Serbia, Svizzera, Turchia e Ucraina.

intervenire come co-convenuta nel procedimento o ad accettare la richiesta relativa a tale posizione giuridica. L'altro approccio, proposto da 14 Stati non appartenenti alla UE, è che la Corte dovrebbe avere il potere di obbligare una parte ad intervenire come co-convenuta nella causa. In tal modo si intende colmare il deficit di partecipazione attualmente esistente.

In ogni caso, divenendo una Parte della Convenzione la UE potrebbe avere la possibilità di intervenire nelle cause come terzo, ai sensi dell'articolo 36, § 2, della Convenzione.

L'articolo 3 della proposta di Accordo contiene un'ulteriore innovazione, il coinvolgimento preventivo della Corte di giustizia nei casi in cui la UE sia co-convenuta. Questa proposta funge da necessario adattamento delle procedure previste dalla Convenzione alle caratteristiche specifiche dell'ordinamento giuridico della UE. Un principio cardine della Convenzione riguarda l'esaurimento delle vie di ricorso interne da parte dei ricorrenti prima che la causa possa essere esaminata a livello europeo. La logica è che le autorità nazionali dovrebbero avere la possibilità di porre rimedio alle violazioni della Convenzione prima di attivare il meccanismo internazionale.

Le vie di ricorso in questione devono essere effettive e disponibili. Il ricorso alla Corte di giustizia non è, ovviamente, "disponibile" in questo senso per il singolo ricorrente nella maggior parte dei casi, in quanto quest'ultimo non può autonomamente mettere in moto la procedura, bensì solo suggerire al giudice nazionale di proporre una questione pregiudiziale a Lussemburgo relativamente all'interpretazione o alla validità di una disposizione della normativa UE, cosa che può verificarsi o meno. Di conseguenza, un ricorso che contesti la compatibilità di una disposizione della normativa UE con la Convenzione potrebbe passare dal livello nazionale a Strasburgo senza che la questione sia stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia. Quest'ultima ha affrontato il problema in un documento di discussione pubblicato nel maggio 2010, in cui ha evidenziato l'importanza del principio di sussidiarietà nel sistema della Convenzione, intendendo che le Parti contraenti, e ovviamente le loro giurisdizioni, sono chiamate al rispetto dei diritti umani. Il ruolo del meccanismo europeo è sussidiario rispetto a ciò.

La Corte di giustizia ha anche discusso il proprio ruolo unico nell'ambito dell'ordinamento giuridico della UE, consistente nella formulazione dell'interpretazione autorevole del diritto UE e nel potere esclusivo di annullare una disposizione. Questi poteri, essa ha asserito, devono restare impregiudicati con l'adesione. Ciò l'ha indotta a proporre, in termini generali, un meccanismo che garantisca un sindacato interno da parte della Corte di giustizia precedente al sindacato esterno della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il punto è stato ulteriormente sviluppato in una comunicazione congiunta dei due Presidenti delle Corti nel 2011. Essi hanno suggerito una procedura flessibile da adottarsi quando la UE è co-convenuta. Ciò comporterebbe la sospensione del procedimento pendente da parte della Corte di Strasburgo per consentire alla Corte di Lussemburgo di esercitare celermente il proprio sindacato sulla disposizione normativa UE controversa nella fattispecie. Dopo questa parentesi, e dopo aver concesso alle parti tempo sufficiente per valutare le conseguenze della pronuncia della Corte di giustizia, il procedimento riprenderebbe a Strasburgo.

Il meccanismo del coinvolgimento preventivo, pertanto, è considerato da entrambe le Corti auspicabile in linea di principio e fattibile nella pratica. Una diversa opinione è stata espressa dai 14 Stati non UE nel loro recente documento. Per essi il meccanismo non sarebbe giustificato da motivi di sussidiarietà, ma costituirebbe invece un privilegio riservato alla UE. Conferirebbe alla Corte di giustizia un ruolo unico di cui nessun'altra "corte suprema" in Europa gode. In considerazione della mia veste ufficiale sapete come la penso su questo punto. Il fatto che vi sia disaccordo su questo aspetto nei negoziati è indicativo della sfida costituita dalla conciliazione di due imperativi – effettuare gli adeguamenti necessari per contemperare differenze fondamentali (ciò che potrebbe definirsi l'approccio *Thlimmenos*) e osservare la stretta uguaglianza di tutte le Parti contraenti la Convenzione. Confido nel fatto che i negoziatori, che già hanno percorso molta strada, non mancheranno di trovare una soluzione a questo aspetto.

Un punto che sembra essere stato risolto in questa fase concerne l'elezione di un giudice di area UE da parte dell'Assemblea parlamentare integrata da una delegazione di membri del Parlamento

europeo. La Corte auspica di poter accogliere il suo 48° giudice!

Permangono, tuttavia, differenze relativamente alla partecipazione della UE nel Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Su questo aspetto vi sono due posizioni: quella più restrittiva, secondo cui la UE dovrebbe partecipare pienamente all'organo supremo del Consiglio d'Europa solo nella misura espressamente prevista nella Convenzione. Il contesto più importante è rappresentato dal controllo dell'esecuzione delle sentenze, disciplinato dall'articolo 46 della Convenzione. La posizione più concessiva è favorevole alla partecipazione della UE a tutte le questioni che abbiano attinenza con la Convenzione. Un esempio potrebbe essere rappresentato dalla problematica dello status giuridico, disciplinata da una decisione del Comitato dei Ministri. Al riguardo è stata formulata l'obiezione secondo cui sarebbe eccessivo e potrebbe essere considerato come un precedente per il coinvolgimento di altri soggetti esterni nel lavoro del Comitato dei Ministri. Sono state altresì sollevate questioni circa la compatibilità di un approccio più concessivo con lo Statuto del Consiglio d'Europa.

Anche nell'ambito più ristretto del controllo dell'esecuzione delle sentenze, i negoziatori non hanno ancora trovato un accordo relativamente alle regole di voto che dovrebbero applicarsi una volta che la UE sia diventata parte della Convenzione. Anche qui occorre trovare un giusto adeguamento. Nei casi in cui la UE debba eseguire – come convenuta o co-convenuta – una sentenza, risulta dai Trattati che gli Stati membri devono coordinare le proprie posizioni nelle organizzazioni internazionali e sostenere l'Unione. In altre parole, un voto di blocco che comporti la maggioranza assoluta in seno al Comitato dei Ministri. Ovviamente sarà necessario un qualche adeguamento.

Un altro punto su cui non vi è ancora accordo riguarda i diritti di voto della UE in relazione all'esecuzione delle sentenze ad opera di altre Parti contraenti. Ove lo Stato sia un membro della UE, a quest'ultima è preclusa l'espressione di una posizione e di un voto. Ciò non si applicherebbe ove lo Stato non fosse un membro della UE. Per gli Stati che non vi fanno parte ciò è incompatibile con il principio di parità di trattamento.

Si tratta ovviamente di una questione delicata, sebbene di natura più formale che pratica. Il Comitato dei Ministri lavora principalmente sulla base del consenso e le votazioni sono di fatto molto rare. Ma è proprio nella fase negoziale degli accordi che le formalità acquisiscono il loro pieno significato.

Riassumendo, vi saranno discussioni articolate prima che i negoziati possano essere conclusi.

Questo è, in sintesi, lo stato delle cose.

Parlando a titolo personale, vorrei esprimere il mio sostegno chiaro e convinto all'adesione della UE. I tempi sono maturi perché questa idea prenda corpo. L'adesione tornerà a vantaggio di tutti all'interno dell'Unione europea: essa rafforzerà e completerà gli strumenti a disposizione per garantire il rispetto dei loro diritti umani fondamentali.

Tornerà a vantaggio di tutti coloro che sono oggi tutelati dalla Convenzione, affermando la centralità della stessa in Europa in questa area fondamentale del diritto.

Rappresenterà il punto di massimo impegno per i diritti umani dell'Europa moderna, uno dei migliori lasciti all'umanità.

Abbiamo le argomentazioni, il fondamento normativo e il mandato, i negoziati sono in fase avanzata.

Ovviamente non posso esprimermi con certezza circa il risultato finale, ma posso ribadire, con convinzione, che la comunità degli Stati aderenti alla Convenzione e la Corte europea dei diritti dell'uomo desiderano ardentemente poter annunciare un progresso storico nell'immediato futuro.

Grazie

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di *Ornella Porchia*

Il presente bollettino contiene soltanto una selezione delle pronunce rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel mese di febbraio. Il testo integrale di tutte le sentenze è reperibile attraverso la consultazione del sito ufficiale www.curia.eu.

1. Cooperazione giudiziaria penale.

Corte di giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, causa C-399/11, Melloni

«Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Mandato d’arresto europeo – Procedure di consegna tra Stati membri – Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l’interessato non è comparso personalmente – Esecuzione di una pena irrogata in absentia – Possibilità di revisione della sentenza»

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull’interpretazione e sulla validità dell’articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU L 190, pag. 1), come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009 (GU L 81, pag. 24: la «decisione quadro 2002/584»). La domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia tra il sig. Melloni e il Ministerio Fiscal (Pubblico ministero, Spagna) relativa all’esecuzione di un mandato d’arresto europeo emesso dalle autorità italiane per l’esecuzione della sentenza di condanna ad una pena detentiva irrogata al primo in contumacia.

Nell’ottobre 1996, l’Audiencia Nacional (Tribunale centrale) ha concesso l’extradizione verso l’Italia del sig. Stefano Melloni, affinché fosse ivi giudicato per i fatti esposti nei mandati d’arresto emessi dal Tribunale di Ferrara. Rimesso in libertà dietro una cauzione di ESP 5 000 000 (cioè quasi EUR 30 000), il sig. Melloni si è dato alla fuga e dunque non ha potuto essere consegnato alle autorità italiane.

Nel 1997, il Tribunale di Ferrara, rilevata la mancata comparizione del sig. Melloni, ha autorizzato l’esecuzione delle notifiche presso i difensori da lui in precedenza nominati. Con sentenza del 2000, confermata in appello e in Cassazione, il sig. Melloni è stato condannato in contumacia per bancarotta fraudolenta a dieci anni di reclusione.

Arrestato da parte della polizia spagnola, il sig. Melloni si è opposto alla propria consegna alle autorità italiane, sostenendo, in primo luogo, che durante il processo di appello egli aveva nominato un altro avvocato e revocato la nomina dei due precedenti e che ciononostante le notifiche avevano continuato a essere effettuate presso questi ultimi. In secondo luogo, egli ha sostenuto che il diritto processuale italiano non prevede la possibilità di impugnare le sentenze di condanna pronunciate in contumacia e che pertanto il mandato d’arresto avrebbe dovuto essere subordinato, se del caso, alla condizione che l’Italia garantisse la possibilità di impugnare la sentenza.

Nel settembre 2008, l'Audiencia Nacional ha autorizzato la consegna del sig. Melloni alle autorità italiane ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna inflittagli dal Tribunale di Ferrara, ritenendo non dimostrato che gli avvocati nominati dal sig. Melloni avessero cessato di rappresentarlo. Il giudice spagnolo ha giudicato che i diritti della difesa dell'interessato erano stati rispettati, dal momento che egli era venuto previamente a conoscenza della celebrazione del processo, si era volontariamente reso contumace e aveva nominato ai fini della sua rappresentanza e difesa due avvocati, i quali erano intervenuti a tale titolo nel procedimento di primo grado, in appello e in cassazione, esauendo così i mezzi di ricorso.

Il sig. Melloni ha impugnato tale decisione dinanzi al Tribunal Constitucional. Tale giudice si interroga se uno Stato membro possa rifiutarsi di eseguire un mandato d'arresto europeo sulla base dell'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta») a motivo della violazione dei diritti fondamentali della persona in questione, garantiti dalla Costituzione nazionale. E si rivolge pertanto alla Corte di giustizia,

Nella sua sentenza la Corte ricorda, in primo luogo, che gli Stati membri sono tenuti in linea di principio a dar corso ad un mandato d'arresto europeo. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto soltanto alle condizioni indicate nella decisione quadro.

A questo proposito, l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro impedisce alle autorità giudiziarie di rifiutare l'esecuzione del mandato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena, nel caso in cui l'interessato non sia comparso personalmente al processo, quando questi, essendo stato informato della fissazione del processo, abbia conferito mandato ad un difensore per patrocinarlo in giudizio e sia stato da questi effettivamente difeso.

La Corte ritiene che il tenore letterale, il contesto e lo scopo della suddetta norma **non ammettano che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione (Spagna) subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in contumacia possa essere oggetto di revisione nello Stato membro che ha emesso il mandato d'arresto (Italia)**. Infatti, il legislatore dell'Unione ha deciso di prevedere in maniera esaustiva i casi in cui l'esecuzione di un mandato d'arresto per l'esecuzione di una decisione in contumacia deve essere considerata non lesiva dei diritti della difesa. Questa soluzione è incompatibile con il mantenimento della possibilità, per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, **di subordinare la stessa alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione per garantire i diritti della difesa dell'interessato**.

In secondo luogo, la Corte dichiara che la norma della decisione quadro è compatibile con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall'articolo 47 della Carta nonché, con i diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della stessa.

Sebbene il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo costituisca un elemento essenziale del diritto a un equo processo, **tale diritto non è assoluto** (sentenza del 6 settembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, punti 52 e 53). L'imputato può rinunciarvi, di sua spontanea volontà, espressamente o tacitamente, a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità e che non contrasti con un interesse pubblico importante. In particolare, anche quando l'imputato non sia comparso personalmente, la violazione del diritto ad un equo processo non sussiste. Questa interpretazione degli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta, è conforme alla portata riconosciuta ai diritti garantiti dall'articolo 6, paragrafi 1 e 3, della CEDU da parte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v. in particolare, Corte eur. D.U., sentenze *Medenica e Svizzera* del 14 giugno 2001, ricorso n. 20491/92, §§ 56-59; *Sejdovic c. Italia* del 1° marzo 2006, ricorso n. 56581/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-II, §§ 84, 86 e 98, nonché *Haralampiev c. Bulgaria* del 24 aprile 2012, ricorso n. 29648/03, §§ 32 e 33).

Infine, la Corte statuisce che neanche l'articolo 53 della Carta, secondo cui quest'ultima non pregiudica i diritti dell'uomo riconosciuti, tra l'altro, dalle costituzioni degli Stati membri, **consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in contumacia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione**. Nell'opinione della Corte, l'art. 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, le autorità e i giudici nazionali possono applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, **a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione**. Ebbene, subordinare la consegna di una persona ad una simile condizione, non prevista dalla decisione quadro, comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali da essa definito, **una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per la sua effettività**. Infatti, la decisione quadro riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri **nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, a titolo del diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate in contumacia che siano raggiunte da un mandato d'arresto europeo**.

2. Carta dei diritti fondamentali

Corte di giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*

«Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Ambito di applicazione – Articolo 51 – Attuazione del diritto dell'Unione – Repressione di comportamenti lesivi di una risorsa propria dell'Unione – Articolo 50 – Principio del ne bis in idem – Sistema nazionale che comporta due procedimenti distinti, amministrativo e penale, per sanzionare la medesima infrazione – Compatibilità»

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto dell'Unione (art. 50 della Carta di diritti fondamentali e art.14 Protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU)). La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Åklagaren (Pubblico Ministero) e il sig. Åkerberg Fransson, in merito ai procedimenti penali avviati dal Pubblico Ministero per frode fiscale aggravata.

Nella specie, la causa riguarda il sig. Hans Åkerberg Fransson, un lavoratore autonomo che si occupa principalmente di pesca e di vendita del pescato. Egli esercita la propria attività nelle acque del fiume Kalix (Svezia), pur vendendo il pescato sia in territorio svedese che finlandese.

L'amministrazione tributaria svedese ha accusato il sig. Åkerberg Fransson di essere venuto meno ai propri obblighi dichiarativi in materia fiscale nel corso degli esercizi 2004 e 2005, circostanza che ha provocato una perdita di gettito fiscale relativo a diverse imposte. Con decisione del 24 maggio 2007, l'amministrazione tributaria svedese ha inflitto al sig. Åkerberg Fransson sanzioni fiscali per gli esercizi 2004 e 2005. Più esattamente, ha inflitto per l'esercizio fiscale 2004, una sovrattassa di SEK 35 542 (circa EUR 4 117) a titolo dei redditi derivanti dalla sua attività economica, di SEK 4 872 (circa EUR 564) a titolo dell'IVA e di SEK 7 138 (circa EUR 826) a titolo dei contributi sociali dei datori di lavoro; per l'esercizio fiscale 2005, una sovrattassa di SEK 54 240 (circa EUR 6 283) a titolo dei redditi derivanti dalla sua attività economica, di SEK 3 255 (circa EUR 377) a titolo dell'IVA e di SEK 7 172 (circa EUR 830) a titolo dei contributi sociali dei datori di lavoro.

Nel 2009 lo Haparanda tingsrätt ha avviato un procedimento penale nei confronti del sig. Åkerberg Fransson. Il pubblico ministero lo accusa di aver commesso un reato di frode fiscale (per gli anni 2004 e 2005) passibile, secondo il diritto svedese, di una pena detentiva non superiore a sei anni. I fatti di falsa dichiarazione all'origine di tale procedimento sono gli

stessi che hanno dato luogo alle sanzioni fiscali. Il tribunale svedese si chiede se l'azione penale avviata nei confronti del sig. Åkerberg Fransson debba essere considerata inammissibile in quanto egli è già stato sanzionato per gli stessi fatti. Tale giudice nutre altresì il dubbio circa la compatibilità con il diritto dell'Unione della prassi giudiziaria svedese che subordina l'obbligo di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla CEDU e dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dai testi interessati o dalla relativa giurisprudenza.

Nella sua sentenza, la Corte ricorda anzitutto che, ai sensi della Carta, la medesima si applica agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. In tal senso, la Carta conferma la giurisprudenza secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati **quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione**. Non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione (v. segnatamente, in tal senso, sentenze del 18 giugno 1991, *ERT*, C-260/89, Racc. pag. I-2925, punto 42; del 29 maggio 1997, *Kremzow*, C-299/95, Racc. pag. I-2629, punto 15; del 18 dicembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96, Racc. pag. I-7493, punto 13; del 22 ottobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, Racc. pag. I-9011, punto 25; del 18 dicembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, Racc. pag. I-10369, punto 34; del 15 novembre 2011, *Dereci e a.*, C-256/11, punto 72, nonché del 7 giugno 2012, *Vinkov*, C-27/11, punto 58). La definizione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione è **confermata dalle spiegazioni relative all'articolo 51 della Carta, le quali, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, della Carta, debbono essere prese in considerazione per l'interpretazione di quest'ultima** (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2010, *DEB*, C-279/09, Racc. pag. I-13849, punto 32). **L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta**. La Corte precisa poi che sanzioni fiscali e procedimenti penali per frode fiscale dovuti all'inesattezza delle informazioni fornite in materia di IVA costituiscono un'attuazione di diverse disposizioni del diritto dell'Unione concernenti l'IVA e la protezione degli interessi finanziari dell'Unione (articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva IVA 2006/112 (già articoli 2 e 22 della sesta direttiva e articolo 325 TFUE) e pertanto del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 51, paragrafo 1, della Carta.

Quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare **gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di**

tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, punto 60).

Pertanto la Corte si ritiene competente a rispondere alle questioni pregiudiziali sulla portata del principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta.

Nel merito, per quanto riguarda il **principio del *ne bis in idem***, la Corte rileva che l'articolo 50 **non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sanzioni fiscali e penali**. Infatti, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili (sentenze del 21 settembre 1989, *Commissione/Grecia*, 68/88, Racc. pag. 2965, punto 24; del 7 dicembre 2000, *de Andrade*, C-213/99, Racc. pag. 11083, punto 19, e del 16 ottobre 2003, *Hannl-Hofstetter*, C-91/02, Racc. pag. 12077, punto 17). Esse possono quindi essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. **Solo qualora la sanzione fiscale sia di natura penale e sia divenuta definitiva ai sensi della Carta il principio del *ne bis in idem* osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona**.

La Corte rammenta poi che, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura stessa dell'illecito e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (sentenza del 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489/10, punto 37). **Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni fiscali e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive** (segnatamente, sentenze *Commissione/Grecia*, cit., punto 24; del 10 luglio 1990, *Hansen*, C-326/88, Racc. pag. I-2911, punto 17; del 30 settembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, Racc. pag. I-10155, punto 62; del 15 gennaio 2004, *Penycoed*, C-230/01, Racc. pag. I-937, punto 36, nonché del 3 maggio 2005, *Berlusconi e a.*, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Racc. pag. I-3565, punto 65).

Per quanto riguarda, anzitutto, le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra il diritto nazionale e la CEDU, occorre ricordare che, anche se, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo

stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, **quest'ultima non costituisce**, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, **un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione**. La Corte ribadisce quindi che il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale (sentenza del 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, punto 62).

La Corte ricorda invece le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni nazionali e diritti garantiti dalla Carta. Il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione **ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale** (sentenze del 9 marzo 1978, *Simmenthal*, 106/77, Racc. pag. 629, punti 21 e 24; del 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08, Racc. pag. I-11049, punto 81, nonché del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, Racc. pag. I-5667, punto 43).

Infatti, sarebbe incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione nazionale o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, che porti ad una riduzione dell'efficacia del diritto dell'Unione per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare tale diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente siano d'ostacolo alla piena efficacia delle norme dell'Unione (sentenza *Melki e Abdeli*, cit., punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

In conclusione, la Corte dichiara che il diritto dell'Unione **osta ad una prassi giudiziaria che subordina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione nazionale con la Carta medesima**.

3. Cittadinanza- Libera circolazione delle persone (lavoratori)

Corte di giustizia (Terza sezione), 21 febbraio 2013, causa C-46/12, L.N.

«Cittadinanza dell'Unione – Libera circolazione dei lavoratori – Principio della parità di trattamento – Articolo 45, paragrafo 2, TFUE – Regolamento (CEE) n. 1612/68 – Articolo 7, paragrafo 2 – Direttiva 2004/38/CE – Articolo 24, paragrafi 1 e 2 – Deroga al principio della parità di trattamento in relazione agli aiuti di mantenimento agli studi consistenti in borse di studio o prestiti – Cittadino dell'Unione che studia in uno Stato membro ospitante – Attività subordinata anteriore e posteriore all'inizio degli studi – Obiettivo principale dell'interessato al momento del suo ingresso nel territorio dello Stato membro ospitante – Incidenza sulla sua qualificazione come lavoratore e sul suo diritto a una borsa di studio»

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata a interpretare gli articoli 7, paragrafo 1, lettera c), e 24, paragrafo 2, la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU L 158, pag. 77, e rettifiche GU 2004, L 229, pag. 35, e GU 2005, L 197, pag. 34). La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. N. e la Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte (direzione per l'istruzione superiore e per l'aiuto all'istruzione: la «VUS»), in merito al diniego da parte di quest'ultima di concedergli un aiuto all'istruzione.

Con la sua questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se gli articoli 7, paragrafo 1, lettera c), e 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 debbano essere interpretati nel senso che ad un cittadino dell'Unione, che segue degli studi in uno Stato membro ospitante e in parallelo vi svolge un'attività subordinata, possano essere negati aiuti di mantenimento agli studi concessi ai cittadini di tale Stato membro in quanto egli ha fatto ingresso sul territorio del suddetto Stato con l'intento precipuo di seguirvi un corso di formazione. La Corte rileva, *in limine*, che l'articolo 20, paragrafo 1, TFUE conferisce a chiunque posseda la cittadinanza di uno Stato membro lo status di cittadino dell'Unione. Tanto gli studenti provenienti da Stati membri diversi dallo Stato membro ospitante e che seguono i loro studi in quest'ultimo, quanto i cittadini degli Stati membri aventi la qualità di «lavoratore» ai sensi dell'articolo 45 TFUE essendo in possesso della

cittadinanza di uno Stato membro, godono di tale status. Come statuito più volte dalla Corte, lo status di cittadino dell'Unione è destinato **ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri, che consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, nella sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato FUE, indipendentemente dalla loro cittadinanza e fatte salve le eccezioni al riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico** (sentenze del 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Racc. pag. I- 6193, punto 31, e dell'11 luglio 2002, *D'Hoop*, C-224/98, Racc. pag. I-6191, punto 28).

Ogni cittadino dell'Unione può quindi far valere il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sancito dall'articolo 18 TFUE, precisato in altre disposizioni del Trattato e all'articolo 24 della direttiva 2004/38, in tutte le situazioni che rientrano nella sfera di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'Unione. Tali situazioni comprendono, tra l'altro, l'esercizio delle libertà fondamentali garantite, in particolare dall'articolo 45 TFUE, e quelle che rientrano nell'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri conferita dall'articolo 21 TFUE (v., in particolare, sentenze del 12 maggio 1998, *Martínez Sala*, C- 85/96, Racc. pag. I-2691, punto 63; del 15 marzo 2005, *Bidar*, C-209/03, Racc. pag. I- 2119, punti 32 e 33, nonché del 4 ottobre 2012, *Commissione/Austria*, C-75/11, punto 39).

Un cittadino dell'Unione che segua i propri studi in uno Stato membro ospitante o che svolga un'attività subordinata in tale Stato e goda della qualità di «lavoratore» ai sensi dell'articolo 45 TFUE può avvalersi del diritto, sancito dagli articoli 18 TFUE, 21 TFUE e/o 45 TFUE, di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio dello Stato membro ospitante senza subire discriminazioni dirette o indirette a causa della propria cittadinanza. La Corte tuttavia ricorda che l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 dispone che uno Stato membro non è tenuto, prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente, a concedere aiuti di mantenimento agli studi, compresa la formazione professionale, consistenti in borse di studio o prestiti, a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi, a quelle che non mantengano tale *status* o che non siano loro familiari.

Nell'opinione della Corte, l'aiuto richiesto dal sig. N., consistente in una borsa di studi, può dunque rientrare nella deroga al principio della parità di trattamento di cui all'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38. Tuttavia, come emerge con molta chiarezza dalla formulazione di quest'ultima disposizione, una siffatta deroga non è opponibile né alle persone che hanno acquisito un diritto di soggiorno permanente né ai «lavoratori

subordinati o autonomi, [a quelle persone] che non manteng[on]o tale status o [ai] loro familiari». La Corte precisa allora la nozione di lavoratore, rammentando che essa dev'essere definita in base a criteri oggettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi degli interessati. La caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è **la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione. Il livello limitato di tale retribuzione, l'origine finanziaria di quest'ultima, la maggiore o minore produttività dell'interessato o la circostanza che avesse un orario di lavoro settimanale ridotto** non escludono che una persona sia riconosciuta come «lavoratore» a norma dell'articolo 45 TFUE (sentenza del 31 maggio 1989, *Bettray*, 344/87, Racc. pag. 1621, punto 15). Per essere qualificato «lavoratore» una persona deve comunque svolgere **attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da presentarsi come puramente marginali ed accessorie** (v., in particolare, sentenze del 23 marzo 1982, *Levin*, 53/81, Racc. pag. 1035, punto 17). Nell'opinione della Corte, l'analisi dell'insieme degli elementi che caratterizzano un rapporto di lavoro al fine di valutare se l'attività dipendente svolta dal sig. N. prima e dopo l'inizio dei suoi studi fosse reale ed effettiva e, pertanto, se egli fosse in possesso della qualità di lavoratore, rientra dunque nella sfera di competenza del giudice del rinvio.

In conclusione, la Corte interpreta gli articoli 7, paragrafo 1, lettera c), e 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 nel senso che a un cittadino dell'Unione che segua degli studi in uno Stato membro ospitante e vi svolga in parallelo un'attività subordinata reale ed effettiva, tale da conferirgli la qualità di «lavoratore» a norma dell'articolo 45 TFUE, **non possono essere negati aiuti di mantenimento agli studi concessi ai cittadini di tale Stato membro**. Spetta al giudice del rinvio procedere agli accertamenti di fatto necessari al fine di valutare se le attività subordinate del ricorrente nel procedimento principale siano sufficienti per conferirgli tale qualità. **La circostanza che l'interessato abbia fatto ingresso sul territorio dello Stato membro ospitante con l'intento precipuo di seguirvi i propri studi non è rilevante al fine di determinare se egli abbia la qualità di «lavoratore» ai sensi dell'articolo 45 TFUE e, di conseguenza, se abbia diritto a siffatti aiuti** alle stesse condizioni di un cittadino dello Stato membro ospitante a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68.

Corte di giustizia (Prima sezione), 21 febbraio 2013, causa C-282/11, Concepción Salgado González c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

«Articolo 48 TFUE – Previdenza sociale dei lavoratori migranti – Regolamenti (CEE) n. 1408/71 e (CE) n. 883/2004 – Assicurazione vecchiaia e morte – Modalità particolari di applicazione della normativa nazionale relativa all'assicurazione vecchiaia – Calcolo delle prestazioni»

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata a interpretare il regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata mediante il regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio, del 2 dicembre 1996 (GU 1997, L 28, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) n. 629/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2006 (GU L 114, pag. 1: il «regolamento n. 1408/71»), e il regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (GU L 166, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) n. 988/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009 (GU L 284, pag. 43: il «regolamento n. 883/2004»). La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che oppone la sig.ra Salgado González all'Instituto Nacional de la Seguridad Social (l'«INSS») e alla Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) in merito all'importo della pensione di vecchiaia della ricorrente nel procedimento principale.

Nella specie, la sig.ra Salgado González ha versato contributi in Spagna al regime speciale dei lavoratori autonomi dal 1° febbraio 1989 al 31 marzo 1999 e, in Portogallo, dal 1° marzo 2000 al 31 dicembre 2005. Essa ha chiesto di godere di una pensione di vecchiaia in Spagna, che le è stata concessa dall'Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS, ente previdenziale nazionale) con effetti dal 1° gennaio 2006 per un importo di base pari a EUR 336,86 mensili.

Per verificare se avesse versato contributi per il periodo minimo di quindici anni, l'INSS ha tenuto conto, conformemente al diritto dell'Unione, sia dei periodi maturati in Spagna sia di quelli maturati in Portogallo. Tuttavia, per calcolare l'importo di base, l'INSS ha cumulato le basi contributive spagnole dal 1° aprile 1984 al 31 marzo 1999 – ossia i quindici anni precedenti il versamento dell'ultimo contributo versato dalla sig.ra Salgado González in Spagna – e le ha divise per 210. Poiché aveva iniziato a versare contributi alla previdenza

spagnola solo il 1° febbraio 1989, i contributi tra il 1° aprile 1984 e il 31 gennaio 1989 sono stati contabilizzati come pari a zero.

Ritenendo che occorresse inserire nel calcolo della sua prestazione di vecchiaia anche i contributi versati in Portogallo, la sig.ra Salgado González ha chiesto che tale importo fosse rivisto e stabilito pari a EUR 864,14 mensili. Avendo l'INSS respinto la sua domanda, la sig.ra Salgado González ha adito il Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Corte suprema della Regione autonoma di Galizia).

Detto giudice dichiara di non aver dubbi circa l'impossibilità di includere i contributi versati in Portogallo nel calcolo della pensione di vecchiaia a carico della Spagna, ma chiede alla Corte di giustizia se la normativa spagnola, la quale non consente di adeguare né la durata del periodo contributivo, né il divisore utilizzati per tener conto del fatto che il lavoratore ha esercitato il suo diritto alla libera circolazione, sia conforme al diritto dell'Unione.

Nella specie, il giudice del rinvio ritiene che la normativa spagnola instauri una disparità di trattamento tra lavoratori sedentari e lavoratori emigranti. Da un lato, a fronte di un onere contributivo equivalente, il lavoratore emigrante comunitario otterrebbe un importo di base più esiguo del lavoratore sedentario che abbia versato contributi solo in Spagna. Dall'altro, più un lavoratore versa contributi in uno Stato membro diverso dalla Spagna, meno dispone di tempo nel corso della sua carriera lavorativa per poter versare i suoi contributi spagnoli – i soli a poter essere presi in considerazione per il calcolo della pensione.

In via preliminare, la Corte ricorda che il diritto dell'Unione non organizza un regime comune di previdenza sociale, ma lascia sussistere regimi nazionali distinti e ha come solo obiettivo quello di assicurare un coordinamento tra essi. Pertanto, gli Stati membri conservano la loro competenza a disciplinare i propri sistemi di previdenza sociale. Ciò nondimeno, nell'esercizio di tale competenza gli Stati membri devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, la libertà riconosciuta a qualsiasi cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri. Di conseguenza, i lavoratori emigranti non devono subire una riduzione dell'importo delle prestazioni previdenziali per il fatto di avere esercitato il loro diritto alla libera circolazione.

La Corte ricorda poi che, quando la normativa di uno Stato membro prevede che il calcolo delle prestazioni si fondi su una base contributiva media – come è il caso della Spagna – il diritto dell'Unione prevede che il calcolo della base contributiva media si basi sull'importo dei soli contributi effettivamente versati. Tuttavia, al fine di calcolare l'importo di base della prestazione della sig.ra Salgado González, risulta che l'INSS ha tenuto conto non solo dei contributi effettivamente versati in Spagna, ma anche di periodi contributivi fittizi compresi tra il 1° aprile 1984 e il 31 gennaio 1989, al fine di completare i quindici anni precedenti il

suo ultimo versamento al regime previdenziale spagnolo. Poiché questi periodi dovevano necessariamente essere contabilizzati come pari a zero, la loro considerazione ha portato al risultato di ridurre la base contributiva media. Orbene, è giocoforza constatare che siffatta riduzione non si sarebbe verificata qualora la sig.ra Salgado González avesse versato contributi unicamente in Spagna, senza esercitare il suo diritto alla libera circolazione; un risultato del genere è contrario al diritto dell'Unione.

La Corte aggiunge che il risultato potrebbe essere diverso qualora la normativa spagnola prevedesse sistemi per adeguare il calcolo dell'importo di base della pensione di vecchiaia tenendo conto dell'esercizio, da parte del lavoratore, del suo diritto alla libera circolazione. Nel caso di specie, il divisore potrebbe essere modificato per riflettere il numero di versamenti contributivi ordinari e straordinari realmente effettuati dall'assicurato.

In conclusione, la Corte dichiara che il diritto dell'Unione **osta a una normativa nazionale in forza della quale l'importo di base della pensione di vecchiaia del lavoratore autonomo, emigrante o meno, è sempre calcolato a partire dalle basi contributive dal medesimo versate per un periodo di riferimento fisso che precede il versamento della sua ultima contribuzione in tale Stato, cui viene applicato un divisore fisso, senza che né la durata di tale periodo né detto divisore possano essere adeguati per tener conto del fatto che il lavoratore interessato abbia esercitato il suo diritto alla libera circolazione.**

Corte di giustizia (Terza sezione), 28 febbraio 2012, causa C-427/11, *Margaret Kenny*

«Articolo 141 CE – Direttiva 75/117/CEE – Parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile – Discriminazione indiretta – Giustificazione oggettiva – Condizioni»

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata a interpretare l'articolo 141 CE e la direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (GU L 45, pag. 19). La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la sig.ra Kenny e altre tredici dipendenti pubbliche e, dall'altro, il Minister for Justice, Equality and Law Reform (Ministro della Giustizia, delle Pari opportunità e delle Riforme legislative: il «Minister»), il Minister for Finance e il Commissioner of An Garda Síochána, in merito a una differenza di retribuzione tra le ricorrenti nel procedimento principale e un altro gruppo di dipendenti pubblici.

La High Court, giudice investito delle impugnazioni delle decisioni della Labour Court, si è rivolto alla Corte di giustizia chiedendo, in sostanza, alla luce dell'articolo 141 CE e della direttiva 75/117, quale obiettivo debba perseguire la giustificazione del datore di lavoro rispetto a un'apparente discriminazione salariale indiretta basata sul sesso, quali siano i lavoratori per i quali tale giustificazione debba essere adottata e se l'interesse a mantenere buone relazioni sindacali possa essere preso in considerazione per l'esame di tale giustificazione.

La Corte risponde alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 141 CE e la direttiva 75/117 devono essere interpretati nel senso che:

- dei lavoratori esercitano **uno stesso lavoro o un lavoro di valore uguale** se, tenuto conto di un complesso di fattori, quali la natura dell'attività lavorativa, le condizioni di formazione e le condizioni di lavoro, si può ritenere che essi si trovino in una situazione comparabile, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare;
- nell'ambito di una **discriminazione salariale indiretta, spetta al datore di lavoro fornire una giustificazione oggettiva concernente la differenza di retribuzione** accertata tra i lavoratori che si ritengono discriminati e le persone di riferimento;
- la giustificazione fornita dal datore di lavoro della differenza di retribuzione rivelatrice di una discriminazione apparente basata sul sesso **deve ricollegarsi alle persone di riferimento** che – in ragione del fatto che la loro situazione è caratterizzata da dati statistici attendibili riguardanti un numero sufficiente di persone, che non riflettono fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e che, in generale, appaiono significativi – sono state prese in considerazione dal giudice nazionale per accertare detta differenza, e
- **l'interesse a mantenere buone relazioni sindacali può essere preso in considerazione dal giudice nazionale tra gli elementi che gli consentono di valutare se differenze tra le retribuzioni di due gruppi di lavoratori siano dovute a fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso e se siano conformi al principio di proporzionalità.**

4. Riconoscimento dei diplomi

Corte di giustizia (Quinta sezione), 21 febbraio 2013, causa C-111/12, Ministero per i beni e le attività culturali, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Venezia, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Padova, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Treviso, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Vicenza, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Verona, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Rovigo, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Belluno c. Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Verona, Alessandro Mosconi, Comune di San Martino Buon Albergo, Istituzione di Ricovero e di Educazione di Venezia (IRE), Ordine degli Architetti della Provincia di Venezia

«Direttiva 85/384/CEE – Reciproco riconoscimento dei titoli del settore dell'architettura – Articoli 10 e 11, lettera g) – Normativa nazionale che riconosce l'equivalenza tra i titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva agli architetti i lavori riguardanti immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico – Principio della parità di trattamento – Situazione puramente interna a uno Stato membro»

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata a interpretare la direttiva 85/384/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1985, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi (GU L 223, pag. 15). La domanda è stata presentata nell'ambito di due controversie in merito all'eventuale abilitazione degli ingegneri civili ad espletare l'incarico di direzione dei lavori su immobili di interesse storico e artistico.

Nella specie, le controversie principali trovano origine in una norma di diritto italiano, vale a dire l'articolo 52, secondo comma, del regio decreto n. 2537/25, secondo cui agli ingegneri civili che hanno ottenuto i propri titoli in Italia non competono le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico ed il restauro e il ripristino degli edifici di interesse culturale.

Da lungo tempo gli ingegneri civili che hanno ottenuto i propri titoli in Italia contestano tale restrizione del loro campo di attività, facendo leva, segnatamente, sulla direttiva 85/384. Nella

fattispecie, il Consiglio di Stato è stato adito con due ricorsi in appello avverso due contrastanti sentenze del Tribunale amministrativo regionale del Veneto. Il primo ricorso trova origine nella decisione implicita di diniego della Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici di Verona, nei confronti del sig. Mosconi, riguardo al conferimento dell'incarico di direzione dei lavori su un immobile di interesse storico e artistico. Il sig. Mosconi e l'Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia hanno proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Veneto, sostenendo che l'esclusione degli ingegneri civili da simili lavori è contraria alla direttiva 85/384. Nel 2002 tale giudice ha sottoposto alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale per sapere se il diritto dell'Unione e, segnatamente, la direttiva 85/384 dovesse essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale siffatta. La Corte, con ordinanza del 5 aprile 2004, Mosconi e Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia (C-3/02), ha risposto che, trattandosi di una situazione puramente interna, né la direttiva 85/384 né il principio della parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale che riconosce, in linea di principio, l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva ai soli architetti i lavori riguardanti in particolare gli immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico. In tale ordinanza, la Corte ha rilevato che una discriminazione alla rovescia può risultare dal fatto che gli ingegneri civili che hanno conseguito i loro titoli in Italia non hanno accesso, in questo Stato membro, all'attività indicata all'articolo 52, secondo comma, del regio decreto n. 2537/25, mentre tale accesso non può essere negato alle persone in possesso di un diploma di ingegnere civile rilasciato in un altro Stato membro e menzionato nell'elenco redatto ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 85/384 o in quello di cui all'articolo 11 della medesima. Tuttavia, la Corte ha dichiarato che, trattandosi di una situazione puramente interna, **il principio della parità di trattamento sancito dal diritto dell'Unione non può essere fatto valere, ma che spetta al giudice del rinvio stabilire se vi sia una discriminazione vietata dal diritto nazionale e, se del caso, decidere come essa debba essere eliminata.** A seguito di tale ordinanza, il Tribunale amministrativo regionale del Veneto ha rimesso alla Corte costituzionale la questione della legittimità costituzionale dell'articolo 52, secondo comma, del regio decreto n. 2537/25. **Con ordinanza n. 130 del 16-19 aprile 2007, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile,** stante la natura regolamentare e non legislativa delle disposizioni censurate. Con sentenza n. 3630 del 15 novembre 2007, il Tribunale amministrativo regionale del Veneto ha accolto il ricorso ritenendo che occorresse disapplicare l'articolo 52, secondo comma, del regio decreto n. 2537/25, in quanto tale disposizione è incompatibile con il principio della parità di trattamento come interpretato dalla Corte costituzionale, a causa del fatto che i professionisti nazionali non possono essere

trattati in maniera discriminatoria rispetto ai professionisti provenienti da altri Stati membri. Tale sentenza è stata oggetto di ricorso in appello dinanzi al giudice del rinvio da parte del Ministero per i beni e le attività culturali. Il secondo ricorso sottoposto al Consiglio di Stato trae origine da un bando di gara redatto dalle Istituzioni di Ricovero e di Educazione di Venezia per l'affidamento del servizio di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di restauro e recupero funzionale di Palazzo Contarini del Bovolo a Venezia. Gli ordini provinciali veneti degli ingegneri hanno impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Veneto tale bando di gara unitamente agli atti di aggiudicazione, nella parte in cui l'autorità aggiudicatrice riservava le attività professionali oggetto di affidamento ai soli architetti. Con sentenza n. 3651 del 25 novembre 2008, il Tribunale amministrativo regionale del Veneto ha respinto il ricorso dichiarando che, secondo l'interpretazione della Corte, la direttiva 85/384 si riferisce al mutuo riconoscimento dei corsi di formazione e non riguarda le condizioni d'accesso alle distinte professioni, non implicando quindi la piena equiordinazione del titolo di «laurea in ingegneria» a quello di «laurea in architettura». Avverso tale sentenza, gli ordini provinciali degli ingegneri hanno proposto ricorso dinanzi al Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato afferma che sarebbe contrario ai principi di diritto nazionale, confermati dalla giurisprudenza costituzionale, autorizzare gli ingegneri civili che hanno conseguito i loro titoli in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana a prestare in quest'ultimo Stato membro la loro attività professionale nell'ambito di interventi sugli immobili di interesse culturale senza autorizzare allo stesso modo gli ingegneri civili che hanno conseguito i loro titoli in Italia. Esso si domanda se il meccanismo di mutuo riconoscimento istituito dalla direttiva 85/384 debba effettivamente essere inteso nel senso che gli ingegneri civili che hanno conseguito i loro titoli in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana possono esercitare in quest'ultimo Stato membro le attività riservate dal regio decreto n. 2537/25 ai soli architetti, oppure se la Repubblica italiana possa richiedere alle persone munite di un titolo che consente l'esercizio delle attività rientranti nel settore dell'architettura di sottoporsi, per quanto riguarda le attività riservate da detto regio decreto ai soli architetti, ad una specifica verifica della loro idoneità professionale. In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte di giustizia. La Corte preliminarmente si ritiene competente. Essa infatti dichiara che, pur essendo pacifico che dette controversie **hanno ad oggetto situazioni puramente interne**, alle quali non si applica la direttiva 85/384 (v., a tale riguardo, ordinanza *Mosconi e Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia*, cit., punto 51), dalla domanda di pronuncia pregiudiziale emerge che il giudice del rinvio **ritiene contrario ai principi di diritto nazionale, confermati dalla giurisprudenza costituzionale**, consentire una discriminazione alla rovescia autorizzando gli

ingegneri civili che hanno ottenuto i loro titoli in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana, e non gli ingegneri civili che hanno ottenuto i loro titoli in Italia, ad esercitare in quest'ultimo Stato membro attività riguardanti immobili di interesse culturale. A tale riguardo, la Corte ricorda che, indubbiamente, non è competente a rispondere ad una questione pregiudiziale quando è manifesto che la disposizione di diritto dell'Unione sottoposta alla sua interpretazione non può trovare applicazione, come, ad esempio, nel caso di situazioni puramente interne. Tuttavia, anche in una simile situazione, **la Corte può procedere all'interpretazione richiesta nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio, in procedimenti come quello principale, di riconoscere ad un cittadino nazionale gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione** (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 1° giugno 2010, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, C-570/07 e C-571/07, Racc. pag. I-4629, punto 39; del 22 dicembre 2010, *Omalet*, C-245/09, Racc. pag. I-13771, punto 15, nonché del 21 giugno 2012, *Susisalo e a.*, C-84/11, punti 17 e 20). Sussiste quindi un interesse certo dell'Unione a che la Corte proceda all'interpretazione della disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi. Passando al merito delle questioni, la Corte ritiene di dover esaminare la portata degli obblighi stabiliti dagli articoli 10 e 11 della direttiva 85/384 per il riconoscimento, da parte dello Stato membro ospitante, di questi ultimi titoli. Nell'ambito di tale esame, la Corte rammenta che la direttiva 85/384 prevede il mutuo riconoscimento automatico dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli del settore dell'architettura che soddisfano le condizioni di formazione fissate in tale direttiva (sentenza del 24 maggio 2007, *Commissione/Portogallo*, C-43/06, punto 24). L'oggetto essenziale di detto mutuo riconoscimento si trova espresso nell'articolo 2 della direttiva 85/384, a termini del quale ogni Stato membro è tenuto a riconoscere i diplomi, i certificati e gli altri titoli conseguiti durante un ciclo di formazione rispondente ai requisiti di cui agli articoli 3 e 4 della direttiva stessa, rilasciati ai cittadini degli Stati membri dagli altri Stati membri, e ad attribuire loro, sul proprio territorio, per quanto riguarda l'accesso alle attività abitualmente svolte in base al titolo professionale di architetto, lo stesso effetto dei diplomi, certificati ed altri titoli dal medesimo rilasciati. Quanto all'articolo 10 della suddetta direttiva, esso estende, in via transitoria, il citato riconoscimento a taluni altri diplomi che non soddisfano le condizioni di cui al capitolo II della medesima direttiva, ivi comprese quelle indicate ai suoi articoli 3 e 4 (sentenza *Commissione/Portogallo*, cit., punto 25 e giurisprudenza ivi citata). Le questioni sottoposte riguardano dunque la portata dell'obbligo di mutuo riconoscimento dei diplomi istituito dall'articolo 10 della direttiva 85/384 e la facoltà dello Stato membro ospitante di esigere, dalle persone titolari dei diplomi rilasciati in un altro Stato membro e indicati

nell'elenco di cui all'articolo 11 della direttiva 85/384, la dimostrazione del possesso di particolari qualifiche nel settore dei beni culturali al fine di poter esercitare attività relative ad immobili di interesse artistico.

A tale riguardo, la Corte precisa che la direttiva 85/384 **non si propone di disciplinare le condizioni di accesso alla professione di architetto**, né di definire la natura delle attività svolte da chi la esercita. Dal nono considerando di tale direttiva risulta infatti che il suo articolo 1, paragrafo 2, non intende fornire una definizione giuridica delle attività del settore dell'architettura. Spetta quindi alla normativa nazionale dello Stato membro ospitante individuare le attività rientranti in tale settore (ordinanza Mosconi e Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia, cit., punto 45). Tuttavia, contrariamente alla tesi difesa dal Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori e dall'Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Verona, da tale competenza dello Stato membro ospitante non può dedursi che la direttiva 85/384 **consenta a detto Stato membro di subordinare l'esercizio delle attività aventi ad oggetto immobili di interesse artistico alla verifica delle qualifiche degli interessati in questo settore**.

Infatti, in primo luogo, riconoscere allo Stato membro ospitante una siffatta facoltà equivarrebbe a consentirgli di richiedere prove aggiuntive, il che pregiudicherebbe il riconoscimento automatico dei diplomi e sarebbe pertanto, come dichiarato dalla Corte al punto 28 della citata sentenza *Commissione/Portogallo*, contrario alla direttiva 85/384. In secondo luogo, come emerge dal punto 37 della sentenza del 23 novembre 2000, *Commissione/Spagna* (C-421/98, Racc. pag. I-10375), ai sensi degli articoli 2 e 10 della direttiva 85/384, quando un'attività è abitualmente svolta da architetti titolari di un diploma rilasciato dallo Stato membro ospitante, un architetto migrante titolare di un diploma, certificato o altro titolo ricompreso nella sfera di applicazione della direttiva deve poter parimenti accedere a tale attività, ancorché i suoi diplomi, certificati o altri titoli non implicino necessariamente un'equivalenza sostanziale con riguardo alla formazione conseguita. A tale proposito, la direttiva 85/384 stabilisce le misure da adottare quando non sussista equivalenza sostanziale tra la formazione conseguita nello Stato membro di origine o di provenienza e quella fornita nello Stato membro ospitante (sentenza *Commissione/Spagna*, cit., punto 43). Infatti, a termini dell'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 85/384, quando il titolo di formazione dello Stato membro di origine o di provenienza può essere confuso, nello Stato membro ospitante, con un titolo che richieda, in detto Stato, una formazione complementare che il beneficiario della direttiva non ha compiuto, lo Stato membro ospitante può prescrivere che quest'ultimo usi il proprio titolo di formazione in una formula adeguata che gli verrà indicata da tale Stato (sentenza *Commissione/Spagna*, cit., punto 44). Così, se è

pur vero che compete alla legislazione nazionale dello Stato membro ospitante definire il settore di attività della professione di architetto, quando una determinata attività sia considerata da uno Stato membro ricompresa in detto settore, **l'esigenza del mutuo riconoscimento implica che gli architetti migranti debbano poter parimenti accedere a tale attività** (sentenza *Commissione/Spagna*, cit., punto 38).

Nella fattispecie, è pacifico che le attività riguardanti immobili di interesse artistico rientrano nel settore di attività della professione di architetto e ricadono quindi nella sfera di applicazione della direttiva 85/384.

In conclusione, la Corte interpreta gli articoli 10 e 11 della direttiva 85/384 nel senso che essi **ostano ad una normativa nazionale secondo cui persone in possesso di un titolo rilasciato da uno Stato membro diverso dallo Stato membro ospitante, titolo abilitante all'esercizio di attività nel settore dell'architettura ed espressamente menzionato al citato articolo 11, possono svolgere, in quest'ultimo Stato, attività riguardanti immobili di interesse artistico solamente qualora dimostrino, eventualmente nell'ambito di una specifica verifica della loro idoneità professionale, di possedere particolari qualifiche nel settore dei beni culturali.**

5. Trasporto ferroviario

Corte di giustizia (Prima sezione), 28 febbraio 2013, causa C-473/10, Commissione c. Ungheria

«Inadempimento di uno Stato – Sviluppo delle ferrovie comunitarie – Ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria – Imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura – Direttive 91/440/CEE e 2001/14/CE – Trasposizione incompleta»

Corte di giustizia (Prima sezione), 28 febbraio 2013, causa C-483/10, Commissione c. Regno di Spagna

«Inadempimento di uno Stato – Sviluppo delle ferrovie comunitarie – Direttiva 2001/14/CE – Ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria – Imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura – Diritti – Indipendenza di gestione»

**Corte di giustizia (Prima sezione), 28 febbraio 2013, causa C-555/10,
*Commissione c. Austria***

«Inadempimento di uno Stato – Trasporto – Sviluppo delle ferrovie comunitarie – Direttiva 91/440/CEE – Articolo 6, paragrafo 3, e allegato II – Direttiva 2001/14/CE – Articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2 – Gestore dell’infrastruttura – Indipendenza organizzativa e decisionale – Struttura di holding – Trasposizione incompleta»

**Corte di giustizia (Prima sezione), 28 febbraio 2013, causa C-556/10,
*Commissione c. Repubblica di Germania***

«Inadempimento di uno Stato – Trasporto – Sviluppo delle ferrovie comunitarie – Direttiva 91/440/CEE – Articolo 6, paragrafo 3, e allegato II – Direttiva 2001/14/CE – Articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2 – Gestore dell’infrastruttura – Indipendenza organizzativa e decisionale – Struttura di holding – Direttiva 2001/14 – Articoli 7, paragrafo 3, e 8, paragrafo 1 – Fissazione dei diritti sulla base dei costi diretti – Imposizione dei diritti – Costi diretti – Costi totali – Direttiva 2001/14 – Articolo 6, paragrafo 2 – Assenza di incentivi a ridurre i costi – Direttiva 91/440 – Articolo 10, paragrafo 7 – Direttiva 2001/14 – Articolo 30, paragrafo 4 – Organismo di regolamentazione – Competenze»

Nelle procedure segnalate la Corte si è pronunciata sui ricorsi per inadempimento proposti dalla Commissione nei confronti dell'Ungheria, della Spagna, dell'Austria e della Germania per l'inosservanza degli obblighi derivanti dalle direttive sul funzionamento del settore ferroviario (Direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie (GU L 237, pag. 25) come modificata dalla direttiva 2001/12 e la direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria (GU L 75, pag. 29), come modificata dalle direttive 2004/49/CE e 2007/58/CE). Risultano ancora pendenti i ricorsi proposti, in relazione agli stessi atti, contro *Italia* (C-369/11), *Polonia* (C-512/10), *Grecia* (C-528/10), *Repubblica Ceca* (C-545/10), *Portogallo* (C-557/10), *Francia* (C-625/10), *Slovenia* (C-627/10) e *Lussemburgo* (C-412/11).

In breve, in seguito alla liberalizzazione del settore ferroviario nell'Unione europea, gli Stati membri sono tenuti a garantire alle imprese di tale settore un accesso equo e non discriminatorio alla rete ferroviaria. L'esercizio di funzioni considerate essenziali non può più

essere assicurato dalle imprese ferroviarie storiche degli Stati membri, ma deve essere affidato a gestori indipendenti. Tali funzioni comprendono, in sostanza, il rilascio di licenze alle imprese ferroviarie che conferiscono l'accesso alla rete ferroviaria, l'assegnazione delle linee ferroviarie e la determinazione dei diritti che devono essere versati dalle imprese di trasporto per l'utilizzo dell'infrastruttura.

C-473/10 Commissione/Ungheria

Nell'ambito dell'assegnazione delle linee ferroviarie, la Commissione addebita all'Ungheria di aver affidato la gestione del traffico alle due imprese ferroviarie storiche (MÁV e GySEV) e non ad un organismo indipendente.

Nella sua sentenza, la Corte constata che **la funzione essenziale dell'assegnazione delle linee ferroviarie comprende attività di natura amministrativa riguardanti sostanzialmente la programmazione, la determinazione dell'orario di servizio e l'assegnazione di singole linee ferroviarie *ad hoc***. Invece, la gestione del traffico comprende attività che rientrano nella gestione dell'infrastruttura e consiste non già nell'adozione di decisioni relative all'assegnazione di linee ferroviarie, ma nell'attuazione o nell'esecuzione di tali decisioni. Di conseguenza, **la gestione del traffico non può essere considerata come una funzione essenziale e può quindi essere affidata, come avviene in Ungheria, a imprese ferroviarie**. Parimenti, mentre la determinazione del diritto che deve essere versato dalle imprese di trasporto per l'utilizzo della rete costituisce una funzione essenziale, la semplice riscossione del diritto e la sua fatturazione possono essere affidate agli operatori storici.

La Corte rileva che l'Ungheria è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dalla direttiva 2001/14 in quanto **non ha definito le condizioni che garantiscono l'equilibrio finanziario dei gestori dell'infrastruttura**, né ha adottato gli incentivi per ridurre i costi e i diritti legati all'esercizio e all'utilizzo dell'infrastruttura. Inoltre, la Corte dichiara che l'Ungheria ha violato la direttiva, non avendo garantito che i diritti riscossi dai gestori dell'infrastruttura siano pari ai costi direttamente legati alla prestazione del servizio ferroviario.

C-483/10 Commissione/Spagna

La Corte ricorda innanzitutto che, sebbene gli Stati membri siano competenti ad istituire un quadro normativo per l'imposizione dei diritti, essi devono tuttavia rispettare l'indipendenza di gestione del gestore dell'infrastruttura e affidare al medesimo il compito di determinare i diritti dovuti per l'utilizzo della rete ferroviaria. A tal proposito, la Corte dichiara che riservando allo Stato il diritto di determinare questi diritti, la Spagna non si è conformata alla direttiva 2001/14.

La Corte sottolinea poi che gli Stati membri sono tenuti ad includere nel sistema di imposizione dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura un sistema di miglioramento delle

prestazioni, che consenta di ridurre al minimo le perturbazioni e di migliorare le prestazioni della rete ferroviaria. Ora, anche se la normativa spagnola prevede la possibilità di tener conto di considerazioni relative al miglioramento delle prestazioni della rete e allo sviluppo della medesima, essa non basta tuttavia a istituire effettivamente un sistema che permetta il miglioramento delle prestazioni.

La Corte ritiene altresì che la normativa spagnola, che conferisce agli enti pubblici, in caso di accavallamento delle domande di un medesimo segmento orario o di saturazione della rete, il diritto di fissare priorità di ripartizione in relazione ai diversi tipi di servizi su ciascuna linea, tenendo conto, in particolare, dei servizi di trasporto merci, è **contraria alla direttiva 2001/14**. Questa prevede, infatti, espressamente che gli Stati membri devono stabilire regole specifiche di ripartizione di capacità e che solo il gestore dell'infrastruttura può, in taluni casi, accordare la priorità a determinati servizi.

Infine, la Corte constata che la normativa spagnola, adottando il criterio dell'utilizzazione effettiva della rete come criterio di ripartizione delle capacità dell'infrastruttura in caso di accavallamento delle domande di un medesimo segmento orario o di saturazione della la rete, è contraria alla direttiva 2001/14, in quanto la considerazione dell'utilizzazione effettiva della rete non è subordinata alla conclusione di un accordo quadro. Infatti, in virtù della direttiva 2001/14, la durata massima di utilizzo delle linee ferroviarie non può superare la vigenza di un orario di servizio, a meno che non sia stato concluso un accordo quadro tra il gestore dell'infrastruttura e l'impresa ferroviaria, conformemente alla direttiva. Inoltre, la Corte afferma che un tale criterio di ripartizione è discriminatorio poiché porta a mantenere i vantaggi per gli utenti abituali e al blocco dell'accesso alle fasce orarie più attraenti per i nuovi entranti.

C-555/10 Commissione/Austria e C-556/10 Commissione/Germania

Nei suoi ricorsi la Commissione ha fatto valere che le direttive non consentivano agli Stati membri di integrare il gestore indipendente nel quadro di una *holding*, che deteneva anche imprese ferroviarie, a meno che non fossero previste misure supplementari per garantire l'indipendenza della gestione. Ora, a parere della Commissione, l'Austria e la Germania, nell'integrare in una *holding* i loro gestori di infrastruttura (rispettivamente ÖBB-Infrastruktur e Deutsche Bahn Netz), non hanno adottato tali misure.

La Corte respinge tale censura. Essa ricorda che, per poter assumere le funzioni di imposizione dei diritti di utilizzo e di ripartizione, l'ÖBB-Infrastruktur e la Deutsche Bahn Netz devono essere indipendenti dalla loro holding rispettiva sul piano giuridico, organizzativo e decisionale. Risulta che **tali due società dispongono di una personalità giuridica distinta, di organi nonché di risorse proprie diversi da quelli della loro holding**

rispettiva. Peraltro, la Corte constata che le misure supplementari fatte valere dalla Commissione non sono menzionate nelle direttive citate, per cui la loro adozione non può essere imposta agli Stati membri. La Corte respinge anche l'argomento della Commissione secondo cui la Germania sarebbe venuta meno ai suoi obblighi in materia di imposizione dei diritti di utilizzo e di istituzione di un meccanismo diretto a limitare i costi legati al servizio di infrastruttura o il livello dei diritti d'accesso.

In conclusione, la Corte **respinge integralmente i ricorsi proposti dalla Commissione nei confronti dell'Austria e della Germania.**

6. Trasporto aereo

Corte di giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, causa C-11/11, *Air France SA c. Heinz-Gerke Folkerts, Luz-Tereza Folkerts*

«Rinvio pregiudiziale – Trasporto aereo – Regolamento (CE) n. 261/2004 – Articoli 6 e 7 – Volo con una o più coincidenze – Risccontro di un ritardo all'arrivo alla destinazione finale – Ritardo di durata pari o superiore a tre ore – Diritto dei passeggeri a compensazione pecuniaria»

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata a interpretare gli articoli 6 e 7 del regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91 (GU L 46, pag. 1). La domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la compagnia Air France SA («Air France») ed il signor e la sig.ra Folkerts, munita, quest'ultima, di una prenotazione per recarsi da Brema (Germania) ad Asunción (Paraguay), via Parigi (Francia) e San Paolo (Brasile), in merito alla compensazione del danno che ella asserisce aver subito a causa del ritardo con il quale giungeva alla sua destinazione finale.

Il Bundesgerichtshof (Corte suprema federale tedesca), investito della controversia, chiede alla Corte di giustizia se il passeggero aereo abbia diritto a compensazione pecuniaria qualora il suo volo abbia subito un ritardo alla partenza inferiore a tre ore ma abbia raggiunto la sua destinazione finale con un ritardo di durata pari o superiore a tre ore rispetto all'orario di arrivo inizialmente previsto.

La Corte rammenta, innanzitutto, che il regolamento intende riconoscere diritti minimi ai passeggeri del trasporto aereo, allorché questi ultimi si trovano di fronte a tre tipi di situazioni

distinte: al negato imbarco non consenziente, alla cancellazione del loro volo e, infine, al ritardo del loro volo.

Successivamente la Corte richiama la sua giurisprudenza secondo la quale i passeggeri di voli ritardati che subiscono un ritardo prolungato – ovvero di durata pari o superiore a tre ore – analogamente ai passeggeri il cui volo iniziale sia stato cancellato e ai quali il vettore aereo non è in grado di proporre un riavviamento alle condizioni di cui al regolamento, dispongono di un diritto a compensazione pecuniaria dal momento che patiscono una perdita di tempo irreversibile e, di conseguenza, un disagio analoghi (Sentenze del 19 novembre 2009, *Sturgeon / Condor Flugdienst GmbH e Böck e a./ Air France SA*, C-402/07 e C-432/07, Racc. pag. I-10923; del 23 ottobre 2012, *Nelson*, C-581/10 e 629/10). Poiché detto disagio si concretizza, per quanto riguarda i voli ritardati, all'arrivo alla destinazione finale, il ritardo dev'essere valutato rispetto all'orario di arrivo previsto a tale destinazione, ovvero la destinazione dell'ultimo volo.

Ne consegue che, in caso di volo con una o più coincidenze, la compensazione pecuniaria forfetaria dev'essere determinata in funzione del ritardo rispetto all'orario d'arrivo previsto alla destinazione finale, da intendersi come la destinazione dell'ultimo volo sul quale si è imbarcato il passeggero.

La soluzione opposta costituirebbe una disparità di trattamento ingiustificata, dal momento che si perverrebbe a considerare diversamente i passeggeri di voli con ritardo all'arrivo alla loro destinazione finale di durata pari o superiore a tre ore rispetto all'orario previsto, a seconda del fatto che il ritardo rispetto all'orario di partenza previsto abbia o meno superato i limiti stabiliti dal regolamento, e ciò benché il loro disagio risultante da una perdita di tempo irreversibile sia identico.

La Corte precisa a tal proposito che la compensazione pecuniaria forfetaria che spetta ad un passeggero ai sensi del regolamento, allorché il suo volo raggiunga la sua destinazione finale con un ritardo di durata pari o superiore a tre ore rispetto all'orario di arrivo previsto, non è subordinata al rispetto dei presupposti che danno diritto alle misure di assistenza previste in caso di ritardo del volo alla partenza.

Per quanto riguarda le conseguenze finanziarie per i vettori aerei, la Corte rileva che queste possono essere attenuate, innanzitutto, qualora il vettore sia in grado di dimostrare che il ritardo prolungato è dovuto a circostanze eccezionali che non si sarebbero potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso, ossia circostanze che sfuggono all'effettivo controllo del vettore aereo (sentenza 22 dicembre 2008, *Wallentin-Hermann*, C-549/07, Racc. pag. 11061, punto 34). Successivamente, gli obblighi assolti in forza del regolamento non compromettono il diritto dei vettori di chiedere il risarcimento a qualsiasi

soggetto che abbia cagionato il ritardo, compresi i terzi (sentenza *Nelson e a.*). Ancora, secondo il regolamento, l'importo della compensazione pecuniaria, fissato in EUR 250, 400 e 600 in funzione della lunghezza dei voli considerati, può essere ulteriormente ridotto del 50%, qualora il ritardo rimanga, per un volo superiore a 3 500 km, inferiore a quattro ore. La Corte ricorda altresì che l'obiettivo di protezione dei consumatori, e, quindi, dei passeggeri del trasporto aereo, è idoneo a giustificare conseguenze economiche negative, anche considerevoli, per gli operatori economici.

Di conseguenza, la Corte interpreta l'articolo 7 del regolamento n. 261/2004 nel senso che, in forza di detto articolo, il passeggero di un volo con una o più coincidenze che sia stato ritardato alla partenza per un lasso di tempo inferiore ai limiti stabiliti dall'articolo 6 di detto regolamento, ma **che abbia raggiunto la sua destinazione finale con un ritardo di durata pari o superiore a tre ore rispetto all'orario di arrivo previsto, ha diritto a compensazione pecuniaria**, dato che detta compensazione non è subordinata all'esistenza di un ritardo alla partenza e, di conseguenza, al rispetto dei presupposti stabiliti da detto articolo 6.

7. Concorrenza (regole applicabili alle imprese)

Corte di giustizia (Seconda sezione), 28 febbraio 2013, causa C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência*

«Ordine degli esperti contabili – Normativa relativa al sistema di formazione obbligatoria degli esperti contabili – Articolo 101 TFUE – Associazione di imprese – Restrizione della concorrenza – Giustificazioni – Articolo 106, paragrafo 2, TFUE»

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata a interpretare gli articoli 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE. La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (Ordine degli esperti contabili: l'«OTOC») e l'Autoridade da Concorrência (Autorità garante della concorrenza: l'«AdC») in merito, in particolare, alla compatibilità con l'articolo 101 TFUE del regolamento relativo al conseguimento di crediti formativi (Regulamento da Formação de Créditos, *Diário da República*, 2^a serie, n. 133, del 12 luglio 2007: il «regolamento controverso»). Tale regolamento è stato adottato il 18 maggio 2007, dal Consiglio degli esperti contabili, al quale è succeduto l'OTOC.

L'Ordine degli esperti contabili (Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, OTOC) è un ordine professionale portoghese, di natura associativa, presso il quale gli esperti contabili devono

essere obbligatoriamente iscritti. L'OTOC ha il compito di rappresentare i loro interessi professionali e di esercitare un controllo su tutti gli aspetti collegati con l'esercizio delle loro funzioni. In Portogallo, in forza di un regolamento adottato dall'OTOC, gli esperti contabili devono conseguire, nel corso dei due anni precedenti, una media annuale di 35 crediti di formazione erogata o omologata dall'OTOC. Il regolamento relativo al conseguimento di crediti formativi adottato parimenti dall'OTOC, prevede a tal fine due tipi di formazione. Da un lato, le formazioni *istituzionali* (di una durata massima di sedici ore), dirette a sensibilizzare i professionisti alle iniziative e alle modifiche legislative nonché alle questioni di ordine etico e deontologico: possono essere erogate esclusivamente dall'OTOC ed un esperto contabile deve conseguirne annualmente dodici. Dall'altro, le formazioni *professionali* (di una durata minima superiore a sedici ore), consistenti in sessioni di studio di tematiche inerenti alla professione. Tali formazioni possono essere erogate dall'OTOC, ma anche dagli organismi iscritti presso l'OTOC. La decisione di iscrivere o meno un organismo di formazione, nonché quella di omologare o meno le azioni formative proposte da tali organismi, spetta all'OTOC a seguito del versamento di una tassa.

Con decisione del 7 maggio 2010, l'Autorità garante della concorrenza del Portogallo ha dichiarato che il regolamento sul conseguimento di crediti formativi aveva causato una distorsione della concorrenza sul mercato della formazione obbligatoria degli esperti contabili in tutto il territorio nazionale, in violazione del diritto dell'Unione. All'OTOC è stata pertanto inflitta un'ammenda. Infatti, detto mercato sarebbe stato artificiosamente segmentato, riservando un terzo di esso all'OTOC (12 crediti su un totale di 35) ed imponendo sull'altra parte di tale mercato condizioni discriminatorie a svantaggio dei concorrenti dell'ordine. L'OTOC ha chiesto l'annullamento della decisione dell'Autorità garante della concorrenza dinanzi ai giudici portoghesi. In tale contesto, il Tribunal da Relação de Lisboa (Corte d'appello di Lisbona), investito della controversia in appello, interroga la Corte di giustizia in merito all'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza agli ordini professionali.

Nella sua sentenza, la Corte di giustizia dichiara, innanzitutto, che un regolamento adottato da un ordine professionale, quale l'OTOC, deve essere considerato come una decisione presa da un'associazione di imprese ai sensi del diritto dell'Unione in materia di concorrenza. D'altra parte, **la circostanza che un ordine professionale, quale l'OTOC sia tenuto per legge a porre in essere un sistema di formazione obbligatoria destinato ai suoi membri non sottrae all'ambito di applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza le norme da esso promulgate ed ad esso esclusivamente imputabili.** Inoltre, la circostanza che l'OTOC non persegua scopi di lucro e che tali norme non abbiano influenza diretta

sull'attività economica dei membri dell'ordine professionale **non incide sull'applicabilità del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, dal momento che la violazione censurata concerne un mercato nel quale l'ordine esercita un'attività economica** (sentenza 10 gennaio 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, C-222/04, Racc., pag. I-289, punti 122 e 123, nonché del 1° luglio 2008, *MOTOE*, C-49/07, Racc., pag. I-4863, punto 27).

In secondo luogo, la Corte dichiara che **un regolamento adottato da un ordine professionale che pone in essere un sistema di formazione obbligatoria** degli esperti contabili, al fine di garantire la qualità dei loro servizi, **configura una restrizione della concorrenza vietata dal diritto dell'Unione, quando elimina la concorrenza per una parte sostanziale del mercato rilevante, a vantaggio di tale ordine professionale ed impone, per l'altra parte di detto mercato, condizioni discriminatorie a danno dei concorrenti dell'ordine**. Spetta al giudice del rinvio verificare dette circostanze.

Per verificare gli effetti del regolamento sulla concorrenza, il Tribunale portoghese dovrà analizzare anzitutto la struttura del mercato e valutare se sia giustificata la distinzione operata tra i due tipi di formazione in funzione del loro oggetto, degli organismi autorizzati ad erogarle e della durata. Quanto all'oggetto, taluni elementi sono atti a dimostrare che i due tipi di formazione potrebbero essere considerati, almeno in parte, interscambiabili (ad esempio, non è escluso che gli sviluppi legislativi possano essere oggetto non solo di una formazione istituzionale ma altresì di una formazione professionale). Quanto agli organismi autorizzati a impartire i due tipi di formazione, la Corte osserva che il regolamento riserva all'OTOC una parte non trascurabile del mercato della formazione obbligatoria degli esperti contabili. Quanto alla durata, il Tribunale dovrà verificare se sia precluso ad altri organismi di formazione proporre programmi di breve durata, circostanza che pregiudicherebbe il normale andamento della domanda e dell'offerta. Dovrà altresì esaminare se il fatto che gli esperti contabili debbano ottenere imperativamente un minimo di 12 crediti annuali di formazione istituzionale – mentre per la formazione professionale non è prevista alcuna prescrizione analoga – sia idoneo a conferire un vantaggio concorrenziale alle attività formative erogate dall'OTOC.

Il Tribunale portoghese dovrà poi esaminare le condizioni di accesso al mercato degli organismi diversi dall'OTOC, per stabilire se siano assicurate pari opportunità tra i diversi operatori economici. La Corte rileva che la formazione professionale erogata dall'OTOC non è soggetta ad una procedura di omologazione – contrariamente a quanto avviene per gli organismi di formazione, per i quali, oltretutto, i requisiti da soddisfare sono formulati in modo poco preciso nel regolamento. In tal modo, l'OTOC si è investito del potere di pronunciarsi in modo unilaterale sulle domande di iscrizione o di omologazione senza che tale

potere sia corredato da limiti, obblighi o controlli, circostanza che potrebbe condurlo a falsare la concorrenza favorendo le proprie azioni formative. Allo stesso modo, la Corte sottolinea che la procedura di omologazione delle azioni formative, organizzata dall'OTOC, è idonea a limitare l'offerta proposta dagli altri organismi, dal momento che esige che la domanda di omologazione sia depositata almeno tre mesi prima dell'inizio della formazione, il che, di fatto, li priva della possibilità di offrire nell'immediato azioni formative di attualità.

Infine, quanto alla possibilità di giustificare il regolamento alla luce dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE, la Corte rileva che non risulta dagli atti di causa trasmessi dal giudice nazionale, né dalle osservazioni presentate alla Corte, che **la formazione obbligatoria degli esperti contabili rivesta un interesse economico generale avente un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica e nemmeno che, se così fosse, l'applicazione delle norme del Trattato, in particolare di quelle in materia di concorrenza, osti all'adempimento di siffatta missione** (v., per analogia, sentenza del 10 dicembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C- 179/90, Racc. pag. I- 5889, punto 27). In ogni caso, la Corte ribadisce che le imprese soggette all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE possono invocare tale disposizione del Trattato per giustificare una misura contraria all'articolo 101 TFUE esclusivamente nel caso in cui le restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza, siano necessarie per garantire l'adempimento degli specifici compiti loro affidati (v., in tal senso, sentenze del 25 giugno 1998, *Dusseldorp e a.*, C- 203/96, Racc. pag. I- 4075, punto 65; del 19 maggio 1993, *Corbeau*, C- 320/91, Racc. pag. I- 2533, punto 14, nonché del 27 aprile 1994, *Almelo*, C- 393/92, Racc. pag. I- 1477, punto 46).

Nello specifico, la Corte statuisce che le restrizioni della concorrenza imposte dal regolamento controverso risultano andare al di là di quanto necessario per garantire l'adempimento della specifica missione affidata all'OTOC e, conseguentemente, l'articolo 106, paragrafo 2, TFUE non è applicabile.

8. Aiuti di stato

Corte di giustizia (Seconda sezione), 28 febbraio 2013, causa C-246/12P, *Ellinika Nafpigeia AE c. Commissione*

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Costruzione navale – Decisione che dichiara le misure di aiuto incompatibili con il mercato comune – Protezione degli interessi essenziali della sicurezza nazionale – Condizioni di concorrenza nel mercato interno»

Nella procedura segnalata la Corte si è pronunciata sull'impugnazione della sentenza del 15 marzo 2012 (T-391/08, *Ellinika Nafpigeia AE c. Commissione*), con la quale il Tribunale aveva rigettato il ricorso della Ellinika Nafpigeia AE («EN»), teso ad ottenere l'annullamento della Decisione C(2008) 3118 def. (2009/610/EK E(2010) 8274) del 2 luglio 2008, in GU 2009, L 225, p. 104), in virtù della quale la Commissione aveva dichiarato incompatibili con il mercato comune gli aiuti erogati alla società Ellinika. A causa della mancata esecuzione di questa decisione, tra l'altro, la Corte ha dichiarato l'inadempimento della Grecia con sentenza del 28 giugno 2012 (C-485/10).

La società ricorrente è un importante cantiere navale situato in Grecia il quale, nel 1985, è stato acquistato dalla Elliniki Trapeza Viomichanikis Anaptixeos AE (Banca greca di sviluppo industriale SpA; «ETVA»), di proprietà dello Stato. Nel contesto della privatizzazione, nel 2001, le azioni della EN sono state vendute al consorzio delle società tedesche Howaldtswerke-Deutsche Werft GmbH (laHDW») e Ferrostaal GmbH, che hanno creato la Elliniki Nafpigokataskevastiki AE Chartofylakeiou (Greek Naval Shipyard Holding; «GNSH») per amministrare le loro partecipazioni nella EN. Nel 2005, la ThyssenKrupp AG ha rilevato la HDW e la GNSH e, pertanto, detiene la totalità delle quote sociali e il controllo dei cantieri navali. Attualmente, questi producono essenzialmente navi militari.

A partire dal 1992, il governo ellenico ha concesso ai cantieri navali vari aiuti, taluni dei quali in applicazione di una direttiva concernente gli aiuti al funzionamento a favore della costruzione navale (Direttiva 90/684/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1990, GU L 380, pag. 27)- sono stati approvati dalla Commissione, per un importo pari a 29,5 milioni di euro con Decisione del 5 giugno 2002 (GU C 186, p. 5). Con questa stessa decisione la Commissione ha disposto, con riferimento ad altre forme di intervento, l'apertura della procedura formale ai sensi dell'art. 108, paragrafo 2, estesa ad ulteriori misure con Decisione del 4 luglio 2006 (GU C 236, p. 40).

Con la decisione del 2008, confermata dalla sentenza impugnata, la Commissione imponeva, tra l'altro alla Grecia di recuperare dalla EN, entro il termine di quattro mesi, sedici aiuti, maggiorati degli interessi (per un valore complessivo stimato in EUR 310 milioni). Inoltre, la Grecia doveva comunicare, entro un termine di due mesi, l'importo da recuperare, la descrizione dettagliata delle misure già adottate nonché la prova della richiesta di rimborso degli aiuti. Il governo doveva altresì informare la Commissione dei progressi della procedura nazionale di attuazione della decisione.

Nella sua impugnazione, la EN lamenta dinanzi alla Corte di giustizia che il Tribunale ha commesso un errore di diritto nel ritenere che gli aiuti avessero giovato all'attività di produzione di materiale civile, senza esaminarli caso per caso, per verificare quanto fosse

necessario all'esercizio dell'attività dei cantieri a fini militari. La EN ha affermato che i cantieri costituiscono un'impresa complessa e che l'attività a fini civili è necessaria alla redditività dell'attività, predominante, nel settore militare. Di conseguenza, l'interruzione completa dell'attività civile dei cantieri navali comprometterebbe la prosecuzione della produzione militare.

Nella sentenza segnalata, la Corte ricorda che l'art. 346 TFUE consente agli Stati membri **di adottare le misure necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico**. Il riconoscimento di tale tutela, peraltro, non deve alterare la concorrenza per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari. Il Trattato stabilisce una distinzione rigorosa **tra la produzione o il commercio del materiale bellico e qualunque altra attività economica, e ciò anche allorché una stessa impresa svolga attività in entrambi i settori, militare e civile**.

Nella valutazione della Corte il Tribunale, a buon diritto, ha respinto l'argomento con cui la EN aveva tentato di dimostrare che, quando un'attività a fini civili è un «corollario necessario» dell'attività di produzione militare, qualunque misura di aiuto dovrebbe essere esclusa dal campo di applicazione del Trattato. In modo analogo, esso ha giustamente concluso che solo le misure di aiuto riconducibili all'attività a carattere militare devono essere valutate secondo la procedura speciale prevista dal Trattato. Peraltro, la ripartizione tra attività militari e civili (rispettivamente nella misura del 75% e del 25%), su cui si è fondata la Commissione, è stata confermata dalle autorità elleniche e, in ogni caso, le valutazioni operate dal Tribunale hanno natura fattuale e, quindi, esulano dal controllo giurisdizionale.

Infine, la Corte dichiara che il Tribunale ha correttamente deciso che, nell'ambito della procedura amministrativa condotta dalla Commissione, la **EN non godeva di diritti della difesa (al pari di uno Stato membro), ma solo del diritto di esservi associata** (cosa che si è verificata nello specifico).

In conclusione, la Corte respinge l'impugnazione della EN e conferma la validità della decisione della Commissione.