

*Francesca Brunetta d'Usseaux\**

## La coerenza dell'ordinamento e l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso: la decisione della Corte costituzionale austriaca dell' 11 dicembre 2014

### Sommario

1. Premessa – 2. Il caso sottoposto al vaglio dei giudici – 3. *L'Individualantrag* – 4. La coerenza dell'ordinamento

### Abstract

La Corte costituzionale austriaca, con sentenza 11 dicembre 2014, ha dichiarato incostituzionali le disposizioni del Codice civile e della Legge austriaca sulle unioni registrate che escludevano la possibilità di adozione congiunta per le coppie registrate dello stesso sesso, rendendola così possibile a partire dal dicembre 2015.

*The Austrian Supreme Court decided on 11 December 2014 that both the dispositions of the Civil code as well as those of the Law on registered partnership that excluded the possibility for same-sex registered couples to adopt jointly, were to be considered in contrast with the Austrian Constitution, so permitting the joint adoption for registered partners of the same sex, starting from December 2015.*

---

\* Associato di Diritto privato comparato, Università di Genova. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

## 1. Premessa

La Corte costituzionale austriaca, nel dicembre dello scorso anno<sup>1</sup>, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disciplina sull'adozione per la parte in cui non permette alle coppie registrate dello stesso sesso di adottare congiuntamente un bambino; ciò per contrasto sia con il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione austriaca<sup>2</sup>, sia con gli articoli 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Solo un anno prima, nel 2013, la Corte europea dei diritti dell'Uomo aveva condannato lo stato austriaco<sup>3</sup> perché la legislazione allora vigente non prevedeva la possibilità per il partner dello stesso sesso (registrato o meno) del genitore biologico di adottare il di lui figlio, senza che venisse meno la relazione tra minore e genitore biologico, conseguenza che rendeva l'istituto di fatto inutilizzabile<sup>4</sup>. Il legislatore austriaco era così intervenuto con l'Adoptionsrechts-Änderungsgesetz del 1° agosto 2013<sup>5</sup>, così permettendo anche al partner dello stesso sesso di adottare il figlio biologico del proprio convivente, esattamente come già permesso alle coppie eterosessuali, unite o meno in matrimonio.

Sicuramente si era trattato di un passo avanti nel riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso, tuttavia la modifica legislativa non aveva preso in considerazione due rilevanti problemi, ovvero l'adozione da parte del convivente dello stesso sesso del figlio adottivo del proprio partner (e non "solo" di quello biologico), così come anche l'adozione congiunta.

Da un lato infatti era rimasto in vigore il § 191,2 AGBG, secondo il quale l'adozione da parte di più soggetti, contemporanea o successiva, finché sussista il primo legame adottivo, è ammessa solo se gli adottanti siano tra loro sposati, dall'altro non era stato modificato il § 8,4 della Legge sulle unioni registrate, che afferma espressamente che i partner registrati non possono adottare congiuntamente, né possono adottare il figlio adottivo del proprio convivente<sup>6</sup>.

Questo il quadro legislativo da cui muove la Corte costituzionale nell'affrontare il caso di specie.

- 1 Verfassungsgerichtshof 11 dicembre 2014, VfGH G119-120/2014-12G. Le disposizioni dell'AGBG e della Legge sulle unioni registrate (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz EPG BGBl I Nr 135/2009 IdF BGBl I Nr 179/2013) dichiarate costituzionalmente illegittime cesseranno di avere vigore il 31 dicembre 2015. Merita segnalare, a mero titolo di completezza, che i giudici, nella stessa giornata, hanno dichiarato costituzionalmente illegittime (VfGH G18/2014-14) anche quelle disposizioni della legge sulle adozioni che stabilivano in 16 anni la necessaria differenza di età tra adottante e adottato, in quanto la disposizione, così formulata, non avrebbe tenuto conto del concreto interesse del minore. Sulla legge si veda U. Aichhorn, *Das Eingetragene Partnerschafts-Gesetz in Österreich – ein kritischer Überblick*, in *Familie Partnerschaft Recht* 2010, pp. 217 ss.. Le due partner registrate lamentano in particolare il fatto che, stante la disciplina legislativa, sia preclusa a priori la possibilità stessa di valutazione della loro idoneità ad essere o meno genitori adottivi; quasi si dovesse muovere da un assunto incontrovertibile circa la minore idoneità delle coppie dello stesso sesso ad essere buoni genitori adottivi, preconcetto tale da non permettere neanche di attribuire al giudice la possibilità di vagliare il caso concreto, ma di fatto anche l'accertamento del migliore interesse del bambino.
- 2 Art. 2 StGG (Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder 1867): "Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich" e Art 7 B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl Nr. 1/1930) "(1) Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen (omissis)".
- 3 Corte europea dei diritti dell'Uomo, decisione del 19 febbraio 2013, *X e altri contro Austria* in *Articolo29* [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) Cfr. U. Aichhorn, *Verbot der Stiefkindadoption für Homosexuelle*, in *Zeitschrift für Familien und Erbrecht* 2013, pp. 9 ss.
- 4 Corte europea dei diritti dell'Uomo, decisione del 19 febbraio 2013, *X e altri contro Austria*: "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... (omissis) 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".
- 5 BGBl. I 179/2013, sulla riforma si veda S. Ferrari, *Neue Möglichkeiten der Elternschaft für gleichgeschlechtliche Paare in Österreich*, in *Familienrechtszeitschrift* 2014, pp. 1512 ss.
- 6 Interessante l'evoluzione "letterale" della disposizione: se la prima versione del 2009 recava che "Die eingetragenen Partner dürfen nicht gemeinsam ein Kind an Kindesstatt oder die Kinder des jeweils anderen an Kindesstatt annehmen" dopo la modifica del 2013 la parola *Kinder* (figli) è stata sostituita dal termine *Wahlkinder* (figli adottivi), tanto che la formulazione attuale è quella per cui "Die eingetragenen Partner dürfen nicht gemeinsam ein Kind an Kindesstatt oder die Wahlkinder des jeweils anderen an Kindesstatt annehmen". Merita ricordare che l'analoga "ambigua" dizione della Legge tedesca sulle unioni registrate (§ 9.7 del Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften del 16 febbraio 2001, Artikel 1, Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz LPartG) in *BGBl* 23 febbraio 2001, I, 266, ha comportato l'intervento della Corte costituzionale tedesca (BVerfG, 1 BvL 1/11, in *NJW* 2013, p. 847), la quale, il 19 febbraio 2013 ha stabilito che il partner registrato possa adottare anche il figlio previamente adottato dal proprio convivente, in quanto le condizioni esistenti all'interno di un'unione registrata, permettono e aiutano la crescita dei bambini tanto quanto quelle esistenti all'interno di un'unione matrimoniale. Permane invece in Germania il divieto di adozione congiunta, permessa, ad oggi

## 2. Il caso sottoposto al vaglio dei giudici

Il ricorso era stato presentato da due cittadine austriache che vivevano insieme dal 1998, le quali avevano concluso nel 2011 un'unione registrata, possibilità prevista in Austria dal 2009. Nel marzo del 2012 era poi nata una bambina, concepita con inseminazione artificiale effettuata in Germania<sup>7</sup>.

La minore, dal momento della nascita, aveva vissuto con le due donne, l'una sua madre biologica, l'altra compagna registrata di quest'ultima, curata ed amata da entrambe. Nel gennaio del 2014 la partner registrata aveva adottato la bambina. Al rapporto di genitorialità biologica si aggiungeva quindi, come sottolinea la Corte nella sentenza, un rapporto genitoriale basato sull'adozione, venendosi quindi a configurare di fatto la "contemporanea" genitorialità di entrambe le partner.

Le due donne desideravano allargare la propria famiglia e avrebbero voluto adottare un bambino, ma questa possibilità è loro preclusa, proprio perché la legislazione austriaca prevede che possano adottare congiuntamente solo le coppie unite in matrimonio.

Le ricorrenti reputano che il matrimonio civile, nella sostanza, non sia altro che "un'unione registrata formalizzata dallo stato"; in quanto tale, non si differenzerebbe dall'unione registrata per partner dello stesso sesso. Stante l'assimilabilità dei due istituti, il ricollegare solo al primo la possibilità di adozione congiunta integrerebbe una discriminazione basata sul sesso e sull'orientamento sessuale, in quanto tale contraria sia al principio di eguaglianza, sia ai principi contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

## 3. L'Individualantrag

I giudici, prima di entrare nel merito della questione, ricordano il diritto di ogni cittadino austriaco di adire la Corte<sup>8</sup> al fine di sottoporre al suo vaglio una determinata disposizione, qualora il soggetto reputi che la regola in questione abbia leso un suo diritto. Nel caso in esame sussistono tutte le condizioni richieste dalla legge per poter utilizzare questo strumento e la richiesta è quindi fondata: le ricorrenti, in quanto partner registrate sono destinatarie del divieto che si evince dal combinato disposto del § 191, 2, frase 1 AGBG e § 8, 4 EPG; le disposizioni incidono in maniera negativa sulla loro sfera giuridica<sup>9</sup>; la lesione è attuale, non solo potenziale e non sussistono altre possibilità di sottrarsi all'ingerenza della norma che si sospetta anti-giuridica<sup>10</sup>, se non appunto la dichiarazione di incostituzionalità. La Corte dichiara quindi ammissibile il ricorso avverso il § 191, comma 2 prima frase, per cui l'adozione da parte di più persone, sia contemporanea, sia successiva, è possibile solo se gli adottanti siano tra loro sposati, sia avverso il § 8 comma 4 della Legge sulle unioni registrate, che, come già detto, esclude, per i partner registrati sia l'adozione congiunta, sia l'adozione del figlio adottivo. I giudici sottolineano come sia opportuno vagliare la costituzionalità di entrambe le ultime due affermazioni, perché il divieto di adozione successiva è strettamente collegato al divieto di adozione congiunta; la sussistenza del mero divieto di adozione del figlio adottivo del partner registrato, infatti, implica a maggior ragione l'esclusione dell'adozione congiunta. La dichiarazione di incostituzionalità del divieto di adozione congiunta non avrebbe effetti qualora permanesse in vita il divieto di adozione successiva.

---

solo alle coppie unite in matrimonio: tuttavia, una volta permessa l'adozione successiva, tale divieto ha perso di consistenza, visto che i partner possono adottare il bambino l'uno dopo l'altro, nella stessa giornata, senza soluzione di continuità.

7 Fino al 1° gennaio 2015 infatti, in Austria, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita era limitato a coppie unite in matrimonio o conviventi eterosessuali (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG, in BGBl. Nr. 275/1992. La Corte costituzionale austriaca era intervenuta anche su questa problematica VerFGH 10 dicembre 2013, G 16/2013, G 44/2013, in FamZ 2014, p. 3) stabilendo che anche coppie composte da due donne conviventi avessero diritto ad accedere a questa procedura. Nel gennaio 2015 era stata di conseguenza adottata una legge di modifica (FMedRÄG 2015), nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita (qualcosa non torna nella sintassi) che prevede appunto la possibilità anche per coppie di donne di avvalersi di questa tecnica riproduttiva, vedi S. Ferrari, *ivi*, p. 1412 ss.

8 Ex art. Art 140,1, lit c BVG.

9 Esattamente come era avvenuto nel caso relativo alla procreazione medicalmente assistita (vedi *supra* nota 7).

10 Cd. *Umwegsunzulässigkeit*, termine che si potrebbe tradurre dicendo che non è possibile ricorrere a scorciatoie o vie alternative, rispetto al ricorso alla Corte costituzionale.

## 4. La coerenza dell'ordinamento

Per quanto concerne il merito della questione i giudici della Corte costituzionale reputano che il ricorso, oltre che ammissibile, sia anche fondato. Poiché anche il legislatore è vincolato dal principio di uguaglianza, una diversa regolamentazione, soprattutto quando si riferisce a qualità della persona che potrebbero essere causa di discriminazione, deve essere oggettivamente giustificabile, perseguire uno scopo legittimo ed essere proporzionata.

L'ordinamento austriaco permette l'adozione di un bambino estraneo alla coppia non solo ai coniugi ma anche ai *single*, sia che questi vivano soli o convivano, in forma libera o registrata, con partner di sesso uguale o diverso<sup>11</sup>. Permette poi anche l'adozione coparentale: a differenza di quanto accade nell'adozione congiunta, in effetti, in questi casi, l'eventuale rapporto giuridicamente vincolante con il bambino non si realizza allo stesso momento rispetto ai due futuri genitori, ma in momenti successivi. Il che non impedisce però che, alla fin fine, anche coppie conviventi etero o dello stesso sesso, così come i partners registrati, possano essere "insieme" genitori in senso giuridico di un bambino che non ha legami biologici con entrambi.

Se quindi, attraverso l'adozione coparentale, è possibile e legittimo che un minore abbia due madri o due padri "giuridici", risulta difficile, se non impossibile, sostenere che per contro, l'adozione congiunta corrisponda all'interesse del bambino proprio solo se attuata da una coppia eterosessuale.

I giudici fanno proprie le ragioni delle ricorrenti: la disciplina legislativa sembra indicare un'idoneità a priori all'adozione della coppia eterosessuale, che manca invece alla coppia dello stesso sesso. Il divieto assoluto preclude infatti la possibilità stessa di valutazione del caso concreto da parte del giudice, sicuramente in riferimento all'idoneità del futuro adottante, attuando così una discriminazione, ma preclude anche la valutazione di un possibile concreto interesse del minore.

La regolamentazione sottoposta a vaglio di costituzionalità, con la quale il legislatore permette l'adozione congiunta solo ai coniugi ed esclude a priori i partner registrati, attua una discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Ma non solo: la legge attua anche una ingiustificata distinzione tra le stesse coppie di partner registrati. Nel caso infatti in cui nella coppia sia presente il figlio biologico di uno dei partner, al rapporto di genitorialità biologica si può aggiungere il rapporto genitoriale basato sull'adozione e si può così configurare una genitorialità "contemporanea" dei due partner; non così quando manchi nella coppia un figlio biologico. Non è corretto, a parere dei giudici, permettere che i partner registrati possano assumere la "responsabilità genitoriale congiunta" solo nel caso della *Stiefkindadoption* e si vieti invece in maniera assoluta questa possibilità quando l'unico mezzo per realizzarla sarebbe l'adozione congiunta o l'adozione del figlio previamente adottato dall'altro partner.

Secondo la Corte la legislazione manca di una giustificazione razionale: la disciplina si pone in contrasto con gli articoli 8 e 14 della CEDU e con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 7,1 della Costituzione austriaca<sup>12</sup>.

I giudici non tralasciano peraltro di vagliare la problematica anche sotto il profilo della protezione dell'istituto matrimoniale o della famiglia tradizionale: le unioni registrate non si pongono come istituti sostitutivi o sussidiari rispetto al matrimonio, sono altro rispetto ad essi. L'introduzione nell'ordinamento della possibilità di adozione congiunta per i partner registrati non può avere alcun effetto negativo sull'istituto matrimoniale, quindi neanche questo aspetto è tale da poter giustificare la disciplina in oggetto.

In conclusione, secondo la Corte costituzionale austriaca, l'esclusione legislativa dei partner registrati dall'adozione congiunta, mentre ne è permessa la genitorialità "comune e contemporanea" in altre situazioni, è semplicemente incoerente, ed è proprio l'incoerenza della disposizione nel panorama legislativo austriaco esistente che fa propendere i giudici per la dichiarazione di illegittimità costituzionale per discriminazione della coppia registrata, sia rispetto ai coniugi, sia rispetto alle coppie conviventi, sia rispetto alle coppie registrate che possono avvalersi della adozione coparentale.

11 Nel caso di unione registrata è necessaria l'autorizzazione dell'altro partner ex § 195, Abs 1, z 2 ABGB.

12 Molti sono i riferimenti dei giudici costituzionali alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, assenti invece quelli alla giurisprudenza di altre Corti nazionali.