



Manuale giuridico sui diritti LGBT in Europa e Italia

Realizzato nell'ambito del progetto Equal Jus



Il progetto è stato finanziato con il contributo della Commissione Europea all'interno del programma "Diritti Fondamentali e Cittadinanza 2007-2013".

Il testo riflette soltanto le convinzioni degli autori e la Commissione non può essere considerata responsabile per l'uso che potrebbe essere fatto delle informazioni qui contenute.

**Manuale giuridico sui diritti LGBT in Europa e Italia
Editione 20110430**

***Coordinatore del progetto:* Alexander Schuster**

***Autori parte europea:* Linas Juozulynas e Krzysztof Śmiszek**

***Revisione parte europea:* Tommaso Giovannetti**

***Traduzione parte europea:* Giacomo Viggiani, Antonio Rotelli, Matteo Winkler e Roberto Di Mattei**

***Autori parte italiana:* Francesco Bilotta, Tommaso Giovannetti e Antonio Rotelli.**

***Revisione parte italiana:* Antonio Rotelli e Francesco Bilotta**

***Design Grafico:* Hg blu Srl**

Indice

Sezione Europea

Prefazione	5
Parte I - Introduzione	7
Parte II - Rendere i diritti di non discriminazione effettivi: definizioni, attori e strategie	9
<i>Sezione A: definizioni</i>	9
<i>Sezione B: attori</i>	11
<i>Sezione C: strategie</i>	16
Parte III - Gli strumenti legali internazionali ed europei contro la discriminazione	18
<i>Sezione A: il sistema internazionale di protezione dei diritti LGBT</i>	18
<i>Sezione B: Gli Strumenti Legali Europei Contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere</i>	22
Parte IV - Principali ambiti di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere: violazione di diritti specifici	28
Sezione A: discriminazione nei confronti di persone LGB	28
Sezione B: Discriminazione di persone transessuali e transgender	35
Conclusioni	39

Sezione Italiana

Parte I - Attori e strategie per la tutela effettiva dei diritti delle persone LGBT	42
Parte II - Gli strumenti normativi	45
<i>Sezione A: discriminazione di lesbiche, gay e bisessuali</i>	57
<i>Sezione B: discriminazione di transessuali e transgender</i>	68
Conclusioni	73

Europa

Prefazione

Questo manuale è uno strumento rivolto ad avvocati e giuristi. Il "Progetto Equal Jus" intende infatti fornire a chi si occupa di diritto gli strumenti necessari per una migliore comprensione della tutela offerta a livello nazionale ed europeo nei casi di discriminazione in base all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Questo manuale è costituito da una parte europea e una parte nazionale. Mentre la prima è comune per tutti i partner del progetto, la seconda è stata sviluppata da ciascun partner con riferimento all'ordinamento del proprio Paese: Francia, Italia, Lituania e Polonia.

Per ogni parte sono stati sviluppati anche strumenti complementari di apprendimento online come tutorial, sentenze e relazioni su vari aspetti giuridici. Particolarmente utile è la banca dati del progetto Equal Jus, ricca di atti legislativi, giurisprudenza, dottrina giuridica e molto altro.

**ON-LINE**www.equal-jus.eu

Questo manuale si basa su materiali elaborati prima e nel corso del progetto da vari soggetti, nel tentativo di evitare duplicazioni ed evidenziare le sinergie esistenti. Il manuale non vuole essere un'introduzione generale al diritto antidiscriminatorio e ai suoi principi generali derivanti dalla Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e dal diritto dell'Unione Europea. Chi voglia approfondire questi aspetti può consultare il

Manuale di diritto europeo della non discriminazione, pubblicato nel marzo 2011 e prodotto congiuntamente dalla Cedu e dall'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali (FRA) e disponibile nella maggior parte delle lingue dell'Unione europea.

**ON-LINE**fra.europa.euwww.echr.coe.int

È inoltre possibile approfondire il tema utilizzando le risorse messe a disposizione dal programma del Consiglio d'Europa *Human Rights Education for Legal Professionals* ed essere aggiornati sulla più recente e importante giurisprudenza della Corte di Strasburgo grazie alle schede tematiche disponibili sul sito web della Cedu nella sezione *Stampa*.

**ON-LINE**www.coehelp.org

La dimensione internazionale della protezione delle persone LGBT è rilevante per i cittadini europei e viene affrontata in una parte di questo manuale. Il sito della *Commissione Internazionale dei Giuristi* (ICJ) offre una serie di risorse preziose per chi desidera acquisire una conoscenza approfondita in questo preciso ambito. Infine, per avere una panoramica della situazione giuridica delle persone LGBT nei Paesi europei vi consigliamo la lettura della pubblicazione

comparativa della FRA aggiornata nel 2010 e il prossimo report sulla situazione in tutti gli Stati del Consiglio d'Europa prodotta dal Commissario per i diritti umani Thomas Hammarberg.



ON-LINE

www.icj.org

Abbiamo appena evidenziato alcune delle più importanti risorse online che consideriamo complementari agli strumenti offerti da Equal Jus. Chi è interessato, può anche visitare i siti web delle organizzazioni che saranno presentate di seguito, che contengono alcune pubblicazioni e diversi articoli molto utili.

I Parte

Introduzione

Il concetto di diritti umani come attributo naturale e inalienabile di ogni essere umano ha ottenuto una diffusa accettazione a livello mondiale soltanto dopo la Seconda Guerra Mondiale. Non è stato prima di allora che si comprese che era necessario riconoscere i diritti umani come concetto universale e che le aspirazioni della maggioranza necessitano talvolta di essere contenute al fine di assicurare il benessere di tutti i membri della società, comprese le minoranze.

Sulla base dei principi stabiliti dalle Nazioni Unite, sono stati costituiti organismi regionali per la promozione e la tutela dei diritti umani. Essi, a differenza delle Nazioni Unite, non si sono limitati a creare una raccolta di regole morali, ma hanno creato meccanismi e istituzioni per individuare e perseguire le violazioni dei diritti umani.

Nonostante queste organizzazioni siano state fondate al fine di portare pace e stabilità in Europa, ognuna di esse è stata istituita per scopi differenti:

- Il Consiglio d'Europa promuove il principio di legalità, i diritti umani e la democrazia.
- L'Unione Europea è stata concepita come un'istituzione per la promozione della stabilità economica e commerciale dei suoi membri.
- L'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE) è stata fondata per mantenere la pace e la

sicurezza militare all'interno dell'Europa.

Attualmente queste organizzazioni si occupano di molte questioni connesse, tutte concernenti per certi versi i diritti umani, sebbene il Consiglio d'Europa resti l'organizzazione più interessata a tali problematiche.

Negli ultimi dieci anni la protezione dei diritti umani si è sviluppata e potenziata, anche se, dopo più di mezzo secolo, c'è ancora molto che deve essere fatto. Sul terreno della promozione e della tutela dei diritti umani sono comparsi nuovi protagonisti: ONG e singoli individui sono diventati attori importanti in questa battaglia. Mentre al momento della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo (1948) circa quindici ONG avevano partecipato alla sua stesura, nell'anno 2000 più di millecento ONG sono state coinvolte nel *Summit Millenium* delle Nazioni Unite.

Negli anni il riconoscimento dell'importante ruolo ricoperto dalle ONG che si interessano di diritti umani come organi consultivi è costantemente cresciuto.

Attualmente l'Unione Europea sta registrando un nuovo capitolo nella protezione dei diritti umani, in quanto possiede la potenzialità di diventare essa stessa firmataria della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Ciò migliorerà senza alcun dubbio il livello di qualità della protezione dei diritti umani in Europa.

Il principio di uguaglianza dell'essere umano davanti alla legge indipendentemente dalle sue condizioni personali è uno dei principi fondamentali nell'ambito del rispetto dei diritti umani. Il concetto di uguaglianza è intimamente connesso al concetto di non discriminazione. Uguaglianza di fronte alla legge significa che tutti devono essere trattati in modo

uguale. Il concetto di non discriminazione implica che ogni diversità di trattamento in assenza di una ragionevole giustificazione è proibita.

Importante è stato il ruolo svolto dal Consiglio d'Europa. La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali proibisce qualunque forma di discriminazione nell'esercizio dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione stessa.

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata uno strumento importante nella lotta contro la discriminazione nel campo dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, in particolare riguardo alla decriminalizzazione di atti sessuali in privato tra persone dello stesso sesso adulte consenzienti, ma anche in riferimento ad altre forme di discriminazione quali la diversa età del consenso per persone omosessuali ed eterosessuali, diritti familiari, l'esclusione dalle forze armate e la discriminazione nell'esercizio della libertà di manifestazione. L'Assemblea Parlamentare ha inoltre approvato alcune importanti raccomandazioni in merito a questi temi.

La battaglia contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere può adesso essere combattuta grazie ad alcuni strumenti del Diritto Internazionale, del Diritto Europeo e delle leggi nazionali. Per vincere questa battaglia, le persone LGBT discriminate necessitano di sostegno da parte di altri attori, primi fra tutti dagli avvocati, ma anche da enti pubblici e privati impegnati nei diversi campi della protezione dei diritti umani.

La professione legale può essere uno strumento eccezionalmente efficace per la difesa dei diritti umani e per la lotta contro la discriminazione. Il

sapere giuridico e la posizione sociale degli avvocati nelle moderne democrazie possono essere utili sia alla crescita della conoscenza da parte della società riguardo a tali questioni sia alla lotta contro la disuguaglianza dentro e fuori i Tribunali.

Nei vari Stati gli avvocati dovrebbero essere interessati a usare gli strumenti internazionali ed europei di protezione dei diritti umani per ottenere un più alto livello di protezione dei gruppi e degli individui esposti alla discriminazione. Ciò può essere ottenuto a livello nazionale e internazionale mediante interventi legislativi, ma anche attraverso l'attività quotidiana degli avvocati.

II Parte

Rendere i diritti di non discriminazione effettivi: definizioni, attori e strategie

Sezione A: definizioni

Bandiera Arcobaleno – simbolo internazionale del movimento LGBT. Fu disegnato da Gilbert Baker nel 1978. Attualmente è formata da sei bande di differenti colori: a partire dall'altro rosso, arancione, giallo, verde, blu e viola, a simboleggiare la multiformità della comunità LGBT.

Coming out – il processo decisionale nel suo insieme o anche solo il momento specifico in cui un individuo rivela ad un gruppo più o meno ampio di persone il proprio orientamento omosessuale o la propria identità di genere. Si distingue dall'*outing*, con cui un terzo rende pubblico che una persona non dichiarata è gay, lesbica, bisessuale o trans, senza il consenso di questa.

Eteronormatività – l'insieme delle regole di comportamento che caratterizzano una società basata sulla distinzione tra maschi e femmine, i quali per natura sono considerati destinati a ruoli e funzioni diversi e tra loro complementari. La necessità per tutti gli individui di seguire tali regole di comportamento è data per scontata, sulla semplice rilevazione del loro sesso biologico, senza alcuna considerazione del loro orientamento sessuale e della loro identità di

genere.

Etero – termine di uso corrente per indicare una persona eterosessuale, v. **Orientamento sessuale**

Gay – termine utilizzato per indicare una persona con orientamento omosessuale prevalentemente riferito agli uomini, ma spesso utilizzato anche per indicare le donne lesbiche.

Genere – variabile socio-culturale in base alla quale di una persona si può dire che è maschile o femminile.

Identità di genere – facendo riferimento a definizioni classiche, *l'identità di genere* può essere definita: a) come l'esperienza, da parte dell'individuo, della percezione sessuata di se stesso e del proprio comportamento; b) come l'individuazione, l'unità e la persistenza dell'individualità personale come maschile, femminile o trans, per come la si sperimenta attraverso il senso di sé o il comportamento.

Identità sessuale – rappresenta, per gli individui, la dimensione soggettiva del proprio essere sessuati ed è parte della comprensione profonda che una persona ha di se stessa come essere sessuato, di come si percepisce e di come vuole essere percepito dagli altri. Include cinque componenti specifiche: 1) *il sesso biologico*; 2) *il sesso psicologico*; 3) *l'identità di genere*; 4) *il sesso sociale o ruolo di genere*; 5) *l'orientamento sessuale*.

Intersessualità – indica una molteplicità di condizioni in cui si trova chi nasce con cromosomi sessuali, apparato genitale e/o caratteri sessuali secondari che variano rispetto a ciò che è tradizionalmente considerato come femminile e maschile.

Lesbica – donna omosessuale

LGBT – acronimo di Gay, Lesbiche, Bisessuali, Trans

Omofobia/omonegatività – sentimenti irrazionali di paura, odio, ansietà, disgusto, avversione che alcune persone sperimentano nei confronti delle persone omosessuali, mentre *l'omonegatività* è un concetto più ampio rispetto all'omofobia, inclusivo delle componenti culturali e delle radici sociali dell'intolleranza, riferendosi all'intera gamma di sentimenti, atteggiamenti e comportamenti negativi verso l'omosessualità e le persone omosessuali.

Orientamento sessuale – è definibile come l'attrazione fisica/erotica ed affettiva che si prova nei confronti di altre persone. Si distingue in: attrazione fisica/erotica ed affettiva per persone del sesso opposto al proprio (eterosessualità), per persone del proprio stesso sesso (omosessualità) o, contestualmente, per persone sia del sesso opposto sia del proprio sesso (bisessualità). E' importante ribadire che nell'orientamento sessuale rientrano non solo dimensioni erotiche (attrazione fisica/sessuale), ma anche dimensioni emotivo-affettive e relazionali.

Out – essere apertamente omosessuale o bisessuale.

Sesso sociale/ruolo di genere – insieme delle aspettative e dei ruoli relativi a come gli uomini e le donne si dovrebbero/devono comportare in una determinata società, cultura e in un dato periodo storico. E' strettamente collegata all'identità di genere.

Riassegnazione del sesso – termine di uso corrente per indicare tutte le procedure mediche attraverso le quali l'aspetto di un individuo e i suoi caratteri sessuali secondari vengono modificati per adattarli al sesso opposto rispetto a quello di nascita.

Sesso biologico – appartenenza biologica (determinata dai cromosomi sessuali) al sesso maschile (maschio), femminile (femmina), oppure ad entrambi, come nel caso dell'intersessualità, da intendersi come la presentazione nello stesso soggetto dei caratteri sessuali primari e secondari sia maschili sia femminili.

Sesso psicologico – percezione di sé come maschio, come femmina, oppure come maschio e femmina contemporaneamente (come nel caso del transgenderismo), a prescindere dal sesso biologico di nascita.

Transfobia – sentimenti irrazionali di paura, odio, ansietà, disgusto, avversione che alcune persone eterosessuali sperimentano nei confronti di persone trans

Transgender – persona che nega l'ipotesi di una logica sessuale binaria (maschio vs femmina), rifiutando l'idea che debba essere riconosciuto un legame indissolubile tra genitali ed identità di

genere. Il transgender, nella definizione data da Teresa De Lauretis (in *Soggetti eccentrici*, Feltrinelli, Milano, 1999, 102) è un soggetto che «veicola il senso di una trasformazione che non è il passaggio- lungo, difficile, pieno di ostacoli e socialmente regolato- dall'uno all'altro sesso anatomico, bensì la metamorfosi subitanea, indolore, autogestita, in un essere che è al di là dei due generi (maschile e femminile), al di là dei due sessi (maschio e femmina), al di là delle due forme ora considerate *tradizionali* di organizzazione sessuale (eterosessuale e omosessuale)».

Transessuale – è una persona che ha deciso di intraprendere un percorso di adeguamento, chirurgico e/o ormonale, del sesso anatomico all'identità di genere. In modo più semplice potremmo dire che si tratta di una persona nata biologicamente maschio, ma con una percezione di sé (sesso psicologico) come femmina, decide di intraprendere un percorso di riattribuzione chirurgica ed ormonale del sesso femminile (nel caso di transessuale MtF- maschio a femmina); oppure di una persona che, nata biologicamente femmina, ma avendo una percezione di sé (sesso psicologico) come maschio, decida di intraprendere un percorso di riattribuzione chirurgica ed ormonale del sesso maschile (nel caso di transessuale FtM- femmina a maschio). Nel primo caso parleremo di *una* transessuale, nel secondo di *un* transessuale.

Travestito – una persona che talvolta, spesso o sempre indossa gli abiti che socialmente sono considerati propri dell'altro sesso.

Sezione B: attori

1. Gli avvocati

Gli avvocati hanno un importante ruolo nell'aiutare a rinforzare la protezione legale dei diritti LGBT. Essi sono spesso il primo riferimento per le vittime di discriminazione e, come tali, devono essere in grado di riconoscere una discriminazione e prendere le appropriate misure per trovare un rimedio. Il diritto LGBT per il fatto di essere ancora in fase di sviluppo, attrae avvocati che hanno un particolare interesse per questo settore. Il lavoro può comprendere molte aree di esercizio della professione e frequentemente porta gli avvocati a impegnarsi nel rafforzamento dei diritti civili.



FONTI

Art. 14 Principi fondamentali delle Nazioni Unite sul ruolo degli avvocati: "gli avvocati, nel difendere i diritti dei propri clienti e nel promuovere la causa della giustizia, dovrebbero cercare di sostenere l'affermazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali riconosciuti dal diritto nazionale e internazionale e dovrebbe allo stesso tempo agire liberamente e diligentemente in accordo con la legge e nel rispetto degli standard e dell'etica professionale."

2. Gli Equality Bodies

Le direttive dell'Unione sulla parità di trattamento e contro le discriminazioni impongono agli Stati membri di designare o istituire uno o più

organismi di parità. Tali organismi esistono ormai nella maggioranza degli Stati membri dell'Unione Europea.

Gli *Equality Bodies* "funzionano come organizzazioni indipendenti per assicurare assistenza alle vittime di discriminazione, di monitoraggio e relazione sui problemi di discriminazione e per promuovere l'uguaglianza. Il loro compito è quello di promuovere l'uguaglianza e combattere la discriminazione in relazione ad alcuni o tutti i fattori di discriminazione contemplati dalla direttiva europea sulla parità di trattamento - genere, razza ed etnia, età, orientamento sessuale, religione o convinzioni personali e disabilità"

La maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea hanno attuato la direttiva sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (2000/43/CE) e le direttive sulla parità di trattamento tra i sessi (2002/73/CE e 2004/113/CE) affidando i compiti degli organismi di parità ad un'istituzione già esistente o creandone una nuova. Non ci sono linee guida specifiche per gli Stati membri sul modo in cui questi organismi devono operare. L'organizzazione e il ruolo di ciascun organismo varia perciò da Paese a Paese.

La direttiva europea in materia di parità di trattamento richiede che gli *Equality Bodies* siano istituiti solo in materia di razza e origine etnica e di genere. In molti Paesi però essi si occupano anche di altre tipologie di discriminazione tra cui l'orientamento sessuale. Gli *Equality Bodies*, come organismi indipendenti, sono tenuti a fornire assistenza alle vittime di discriminazione.

La maggior parte di tali istituzioni fa parte di Equinet, la Rete europea degli organismi di parità di

trattamento, che sviluppa la cooperazione e facilita lo scambio di informazioni tra di essi in tutta Europa. Diverse pubblicazioni di grande interesse per gli avvocati che si occupano di casi di discriminazione possono essere scaricate dal sito web di Equinet.



ON-LINE

www.equineteurope.org

3. Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali

L'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali (FRA) è stata istituita nel 2007 e da allora opera come organo consultivo dell'Unione Europea. L'attività della FRA serve a promuovere i diritti fondamentali e a fornire alle competenti istituzioni e autorità dell'Unione e degli Stati membri assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali nell'attuazione del diritto dell'Unione europea, per aiutarli ad adottare adeguate misure ed iniziative. Tuttavia, l'Agenzia non ha il potere di esaminare ricorsi individuali o di esercitare poteri decisionali vincolanti per le istituzioni dell'Unione e nazionali.

La FRA ha cominciato ad occuparsi di diritti LGBT a seguito di una richiesta specifica del Parlamento europeo nel 2007 e ha inserito questa attività nel suo *Multiannual Framework* (MAF) 2007-2012. Un rapporto comparativo sui diritti LGBT "Omofobia e discriminazione basata sull'orientamento sessuale e identità di genere negli Stati membri dell'Unione europea Parte I - Analisi giuridica" è stato pubblicato la prima volta nel 2008 e poi aggiornato nel 2010. Questo rapporto della FRA è organizzato in base a relazioni nazionali e a un'analisi comparativa. La seconda parte "Omofobia e

discriminazione basata sull'orientamento sessuale e identità di genere negli Stati membri dell'UE: parte II - La situazione sociale" è stata pubblicata nel marzo 2009. Nel marzo 2011 ha prodotto una guida sul diritto europeo in materia di non discriminazione insieme alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e sarà presto disponibile in diverse lingue europee. Tutte le relazioni nazionali e le analisi sono disponibili e liberamente consultabili sul sito web della FRA.

**ON-LINE**

www.fra.europa.eu/fraWebsite/home/home_en.htm

4. Intergruppo del Parlamento Europeo per diritti LGBT

L'intergruppo del Parlamento Europeo per i diritti LGBT è un forum informale di membri del Parlamento Europeo che sono interessati alle questioni che influiscono sulla vita delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender. L'Intergruppo ha 88 membri.

Il lavoro dell'Intergruppo consiste nel controllo del lavoro dell'Unione Europea, nel monitoraggio della situazione delle persone LGBT negli Stati membri dell'UE e altrove, anche a seguito di decisioni della Corte Europea di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché in seguito alle relazioni prodotte dall'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali e alle comunicazioni con le associazioni della società civile. I membri dell'Intergruppo di solito si esprimono a favore delle istanze relative ai diritti LGBT quando esaminano o

presentano progetti di legge, quando votano in Parlamento, o quando si confrontano con gli elettori. L'Intergruppo spesso assume un ruolo attivo nel promuovere i diritti umani delle persone LGBT o nel ricordare agli Stati membri e alle loro autorità i propri obblighi in materia di diritti umani derivanti da vari trattati internazionali. L'Intergruppo collabora con le organizzazioni della società civile e le istituzioni europee, portando le loro istanze a livello europeo attraverso regolari riunioni.

**ON-LINE**

www.lgbt-ep.eu

5. Ordini degli avvocati, sindacati, ONG

ECSOL

La Commissione europea su "Sexual Orientation Law" (ECSOL) è una rete non-governativa e non-politica di esperti in questioni giuridiche all'interno degli Stati del Consiglio d'Europa.

ECSOL è un forum che consente ai suoi membri di scambiarsi informazioni sull'evoluzione della legislazione a livello nazionale, europeo e internazionale, di realizzare collaborazioni e discussioni su temi importanti e di effettuare ricerche su tutti gli aspetti connessi al Diritto dell'orientamento sessuale. Il sito del gruppo offre materiali sulla situazione giuridica delle persone LGBT.

**ON-LINE**

www.sexualorientationlaw.eu

Confederazione Europea dei Sindacati (ETUC)

La Confederazione Europea dei Sindacati (ETUC) lavora in difesa dei diritti umani, dei diritti sindacali e dell'uguaglianza per tutti i lavoratori a livello europeo. Questo implica anche battaglie per la parità di trattamento e per il rispetto e la dignità dei lavoratori LGBT. Fondata nel 1973, oggi rappresenta 82 organizzazioni sindacali in 36 Paesi europei più 12 federazioni industriali di base.

Obiettivo primario della ETUC è quello di promuovere il modello sociale europeo e di lavorare per lo sviluppo di un'Europa unita, dove i lavoratori, compresi i lavoratori LGBT, possano godere di pieni diritti umani e civili e una qualità di vita alta.

Dopo l'adozione da parte dell'ETUC nel dicembre 2008 delle *Raccomandazioni in materia di azioni e attività che promuovono la parità di diritti, rispetto e dignità per i lavoratori, indipendentemente dal loro orientamento sessuale o identità di genere*, la ETUC ha istituito una rete informale di sindacalisti che intendono condividere notizie e informazioni sulle politiche e attività per le persone LGBT.



ON-LINE

www.etuc.org

ILGA Europe

ILGA è l'acronimo dell'associazione gay, lesbica, bisessuale, trans e intersessuale internazionale. Il livello europeo è una organizzazione non governativa con sede a Bruxelles che rappresenta a livello europeo i suoi membri, principalmente organizzazioni di lesbiche, gay, bisessuali e transgender. Vi aderiscono circa 300

organizzazioni di tutta Europa. ILGA Europe gode di uno status di consulente al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) e uno status partecipativo presso il Consiglio d'Europa oltre a ricevere il sostegno finanziario della Commissione Europea.

Dal 2000, una parte importante del lavoro di ILGA Europe è stato quello di fornire informazioni alla Cedu sugli sviluppi del diritto internazionale e comparato in materia di diritti umani correlati all'orientamento sessuale, chiedendo l'autorizzazione alla Corte a intervenire come parte terza, presentando osservazioni scritte nei casi che le sono sottoposti su questi temi, nei quali potrebbe essere sancito un principio applicabile in tutti i Paesi del Consiglio d'Europa. Il sito contiene molte informazioni sullo stato attuale dei diritti delle persone LGBT in Europa.



ON-LINE

www.ilga-europe.org

Osservatorio sui Diritti Umani (HRW)

L'Osservatorio sui Diritti Umani è un'organizzazione non governativa senza fine di lucro. Il suo staff è composto da esperti di diritti umani come avvocati, accademici e giornalisti di diversa nazionalità e formazione.

Ogni anno l'Osservatorio pubblica più di 100 tra rapporti e documenti riguardo i diritti umani in ben 90 Stati, dandone ampia diffusione anche attraverso i media locali e internazionali. Esso si occupa anche di diritti delle persone LGBT che sono inseriti in un capitolo apposito all'interno dei suoi

report e pubblicazioni. L'Osservatorio documenta e riporta gli abusi e le discriminazioni basate sull'identità di genere o sull'orientamento sessuale – inclusi torture, omicidi ed esecuzioni, arresti, trattamenti discriminatori, censura, abusi medici, accesso al lavoro, ai servizi sanitari e abitativi, violenza domestica, abusi sui minori e mancato riconoscimento dei diritti familiari.

**ON-LINE**www.hrw.org

Amnesty International (AI)

Amnesty International (AI) è un'organizzazione mondiale che si prefigge lo scopo di preservare i diritti umani riconosciuti a livello internazionale e far sì che siano rispettati e tutelati per tutti. La sua missione è quella di condurre ricerche e promuovere azioni di prevenzione al fine di evitare gravi abusi dei diritti umani e chiedere giustizia per coloro i cui diritti sono stati violati. AI ritiene che le persone detenute o imprigionate per il solo fatto della loro omosessualità siano prigionieri di coscienza e ne chiede il rilascio immediato e incondizionato. AI chiede inoltre la depenalizzazione dell'omosessualità in quegli ordinamenti dove è ancora considerata reato. Ciò comporta la revisione di tutta la legislazione che potrebbe essere discriminatoria, tra cui la persecuzione e la punizione di persone per il loro orientamento sessuale o per la loro identità di genere. I rapporti di AI, tutti disponibili online, possono essere una fonte autorevole e utile per mettere in luce la violazione dei diritti umani delle persone LGBT, per esempio nel Paese di origine.

**ON-LINE**www.amnesty.org

Commissione Internazionale di Giuristi (ICJ)

La Commissione Internazionale dei Giuristi (ICJ) è una ONG che promuove la comprensione e il rispetto del principio di legalità e la tutela giuridica dei diritti umani in tutto il mondo. La Commissione è considerata un organo consultivo dall'UNESCO, dal Consiglio d'Europa e dall'Unione Africana. La Commissione dirige un programma specifico sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere e si concentra in particolare sul diritto internazionale e sulle sue norme di base. Diverse pubblicazioni destinate a chi si occupa di diritto sono disponibili sul sito della ICJ.

**ON-LINE**www.icj.org

INTERIGHTS

Il Centro Internazionale per la Protezione Giuridica dei Diritti Umani si occupa di promuovere il rispetto dei diritti umani attraverso l'applicazione della legge. Fornisce consulenza legale per avvocati, giudici, difensori dei diritti umani ecc. in materia di diritto internazionale e comparato riguardo i diritti umani. Questa ONG è molto attiva nelle cosiddette *strategic litigations*, incluse quelle riguardanti la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. Il sito dell'INTERIGHTS offre

molte risorse per la *capacity building* e accesso a diverse pubblicazioni giuridiche.



ON-LINE

www.interights.org

Sezione C: le strategie

1. Il ruolo della strategic litigation (osservazioni generali)

Quando si parla di controversie legali dal punto di vista dei diritti umani, molto spesso ci si riferisce al contenzioso come ad uno strumento o ad una delle strategie per la promozione generale dei diritti umani. In quanto strumento il contenzioso consente di denunciare differenti problematiche e mettere in luce comportamenti illeciti che violano sistematicamente i diritti umani. Questo tipo di controversie sono chiamate “strategiche” o “d’impatto” e consistono nel portare dinanzi ai tribunali casi selezionati dalla cui decisione potrebbe derivare un cambiamento giuridico e sociale. Le cause strategiche possono essere utili per rafforzare la capacità di azione di alcuni gruppi, per aprire nuove vie di partecipazione e per vincere battaglie concrete in ambito politico. I casi vinti in materia di orientamento sessuale e identità di genere possono dare un contributo significativo al conseguimento della parità di diritti da parte delle persone LGBT. Ci sono però molti fattori da considerare prima di iniziare una causa strategica, che non è pensata solo come strumento per difendere in giudizio un grande numero di persone, ma soprattutto per creare precedenti giurisprudenziali che esercitino un impatto futuro sulla società e sulla politica. Sia l’avvocato che il cliente devono essere preparati

all’esposizione mediatica che le cause strategiche possono portare.

Per quanto riguarda la pianificazione di cause strategiche sui diritti delle persone LGBT, ci sono alcuni aspetti specifici da considerare. Secondo ILGA-Europe i principali fattori che devono influenzare la scelta di avviare un contenzioso di questo tipo sono:

- (A) momento storico
- (B) buone prassi
- (C) gruppo di sostegno
- (D) team giuridico adeguato
- (E) risorse economiche
- (F) altre fonti di supporto

Forse il più importante tra questi è il momento storico. Non meno importante sono però le prove presentate durante il processo come documenti, testimonianze, consulenze e dati contenuti in report ufficiali.

Il sostegno di una comunità o di un gruppo (LGBT, ONG, ecc) di solito rappresenta un valore aggiunto. Tale supporto può infatti essere utile non solo nella preparazione di una campagna di supporto, ma anche per fornire informazioni alla stampa e agli altri soggetti interessati.

Poiché la controversia può essere però molto costosa, è bene valutare attentamente il caso prima di decidere di portarlo in tribunale.

2. Il ruolo della situation testing

Il *situation testing* è una procedura che consiste nel condurre esperimenti controllati atti ad analizzare le risposte date dai datori di lavoro di fronte ad alcune caratteristiche personali dei dipendenti.

Il *situation testing* viene anche chiamato *situation test*, *situational test*, *testing*, *auditing*, *paired-comparison testing* o *paired testing* e, più raramente *discrimination testing* or *practical testing*. In Europa *testing* o *situation testing* sono le espressioni più comuni. Negli Stati Uniti *auditing* and *paired-comparison testing* sono utilizzati più frequentemente. In Francia la Commissione generale per la Terminologia (*Commission générale de terminologie et de néologie*), in linea con l'Accademia Francese, raccomanda l'uso dell'espressione *discrimination testing* (*test de discrimination*).

Lo scopo di questa procedura è di portare alla luce le pratiche attraverso le quali alcune persone con determinate caratteristiche personali vengono trattate meno favorevolmente. Questa procedura funziona come un gioco di ruolo, in cui si confrontano il "test-taker", cioè la persona che ha una caratteristica personale che può essere potenzialmente causa di discriminazione, e un individuo che invece non possiede quella caratteristica. Se questa caratteristica è l'unica cosa o quella essenziale che distingue il "test-taker" dall'altra persona, una differenza di trattamento tra i due potrebbe essere spiegata a priori come una discriminazione fondata su quel fattore che li distingueva. Un famoso caso di applicazione di questo metodo in Europa è senza dubbio lo studio coordinato dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro negli anni novanta del secolo scorso sulla discriminazione etnica in materia di assunzioni. Oltre all'utilizzo a fini di ricerca, aumento della conoscenza di certi fenomeni e sviluppo di politiche pubbliche, il *situation testing* potrebbe rafforzare gli elementi di prova nei procedimenti giudiziari. Il *situation testing* può essere sottoposto, infatti, a un determinato datore di lavoro sospettato di

discriminazione, con lo scopo di raccogliere fatti che dimostrano una disparità di trattamento e permettere al giudice di invertire l'onere della prova. Questa metodologia è molto utile per svelare casi di discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale.

III Parte

Gli strumenti legali internazionali ed europei contro la discriminazione

Sezione A: il sistema internazionale di protezione dei diritti LGBT

Organismi delle Nazioni Unite

Ci sono due tipi di organismi che si occupano di proteggere e promuovere i diritti umani: quelli creati in base alla Carta delle Nazioni Unite e quelli creati secondo altri trattati internazionali.

APPROFONDIMENTI



Questa parte è solo un'introduzione. Per un approfondimento si veda Commissione Internazionale dei Giuristi, Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law, Practitioner's Guide No. 4, 2009 e Commissione Internazionale dei Giuristi, Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law. References to Jurisprudence and Doctrine of the United Nations Human Rights System, 4th Updated edition, 2010.

1. Organismi creati in base alla Carta delle Nazioni Unite

L'organismo più importante è il Consiglio dei Diritti Umani. Creato conformemente alla risoluzione 60/251 del 15 Marzo 2006 dell'Assemblea Generale, il Consiglio ha assunto già nel Giugno 2006 tutte le

responsabilità e le funzioni della precedente Commissione dei Diritti Umani, incluse quelle che erano devolute alla Sub-Commissione sulla promozione e protezione dei diritti umani, e la speciale procedura stabilita dalla Commissione dei Diritti Umani.

Il Consiglio dei Diritti Umani opera conformemente alla Carta delle Nazioni Unite, alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e ad altri trattati di cui lo Stato interessato è firmatario. La sua maggiore responsabilità è quella di monitorare la situazione dei diritti umani nei 192 Stati membri attraverso il meccanismo della Revisione Universale Periodica. Quest'ultima consiste in una revisione a campione, nel rispetto di un'equa distribuzione geografica, della situazione in alcuni Stati. Tutti gli Stati membri che sono scelti come componenti del Consiglio dei Diritti Umani sono sottoposti a revisione durante il loro mandato.

Il Consiglio dei Diritti Umani si occupa però anche di ricorsi individuali. Una persona che infatti ritiene che i propri diritti sanciti dalla Carta, dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo o da altri strumenti applicabili nel campo dei diritti umani, siano stati violati, può presentare ricorso al Consiglio dei Diritti Umani. Questa procedura è stata creata per far fronte a violazioni gravi ed estese dei diritti umani e delle libertà fondamentali in tutto il mondo e in qualsiasi situazione.

In base alla Carta, gli obiettivi delle Nazioni Unite includono la promozione *"e il rispetto e la salvaguardia universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione"* L'art. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani recita inoltre che *"ad ogni individuo spettano tutti i diritti e*

tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione”. Nonostante in nessuna delle due fonti citate si parli espressamente di orientamento sessuale o di identità genere come fattori di possibile discriminazione, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani contiene un elenco non esaustivo di fattori di discriminazione, lasciando così spazio all'interpretazione e alla giurisprudenza di evolvere insieme al contesto sociale e civile.

Un reclamo è giudicato ammissibile, tra gli altri, se il suo oggetto rientra nelle situazioni protette dalla Carta delle Nazioni Unite e dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani o da altri strumenti convenzionali di protezione dei diritti umani di cui lo Stato sia sottoscrittore e se tutti i gradi nazionali di giudizio sono stati esauriti. Il reclamo è proponibile sia da individuo sia da un gruppo sia da una NGO o da un'altra organizzazione che agisce in buona fede e ha una diretta e affidabile conoscenza delle violazioni denunciate. Due organismi distinti, il *Working Group on Communications* e il *Working Group on Situations*, esaminano poi il reclamo e decidono se portarlo all'attenzione del Consiglio dei Diritti Umani nel caso riscontrino gravi violazioni di diritti e libertà fondamentali.

Il Consiglio dei Diritti Umani lavora inoltre a stretto contatto con le cosiddette *Special procedures* delle Nazioni Unite. Con questo nome vengono designate quelle particolari procedure che riguardano situazioni specifiche di alcuni Paesi o ambiti tematici in tutto il mondo. Attualmente ci sono 31 procedure tematiche e 8 mandati nazionali. Nessuna di esse si occupa però direttamente di

discriminazione come tale e tutti gli Stati osservati sono extraeuropei.

Volendo brevemente riassumere il ruolo del Consiglio dei Diritti Umani nella protezione dei diritti delle persone LGBT, si può affermare che:

- Primo, dal momento che i due documenti giuridici applicati dal Consiglio (la Carta delle Nazioni Unite e la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo) non proibiscono esplicitamente la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, il Consiglio non ha inserito di propria iniziativa la rilevazione della violazione dei diritti delle persone LGBT nel proprio documento annuale, limitandosi a focalizzare l'attenzione sui fattori oggetto di esplicito mandato. Così la protezione dei diritti delle persone LGBT rimane ad un livello basso di sviluppo;
- secondo, la sola via effettiva per la protezione dei diritti delle persone LGBT diventa la procedura di reclamo, che abilita gli individui a presentare ricorsi dinanzi al Consiglio dei Diritti Umani. Se percorsa spesso, questa strada potrebbe portare a uno sviluppo e ad un'affermazione della protezione dei diritti delle persone LGBT all'interno del sistema delle Nazioni Unite.

2. *Organismi creati secondo altri trattati internazionali*

Nonostante ci siano oggi ben otto organismi delle Nazioni Unite creati in base ai trattati internazionali sui diritti umani, i vantaggi per le persone LGBT sono piuttosto bassi. Solo cinque

organismi accettano petizioni di singoli individui riguardo violazioni di loro diritti: la Commissione dei Diritti Umani, la Commissione per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale, Commissione per l'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne, la Commissione contro la Tortura e la Commissione per i Diritti delle Persone con Disabilità.

I Commissione sui Diritti Umani

1. La Commissione sui Diritti Umani è un organismo indipendente che monitora l'attuazione della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici negli Stati firmatari.



FONTI

La Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR) recita: "ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione."

Le sue funzioni sono le seguenti:

- Esaminare l'andamento dell'attuazione della convenzione tramite i rapporti inoltrati annualmente dagli Stati firmatari. La Commissione esprime poi le sue osservazioni

e raccomandazioni con la formula "osservazioni conclusive";

- Esaminare i ricorsi individuali che denunciano la violazione della Convenzione da parte di Stati firmatari del protocollo opzionale n°1;
- Pubblicazione di commenti e interpretazioni sul contenuto dei diritti umani protetti.

La procedura che consente ai singoli individui di presentare ricorso alla Commissione è stata finora lo strumento migliore per tutelare i diritti delle persone LGBT. Le persone LGBT che denunciano una violazione dei loro diritti e libertà in base alla Convenzione possono presentare un reclamo contro lo Stato responsabile della violazione se lo Stato è firmatario del protocollo opzionale n°1. Le tipologie di discriminazione elencate nella Convenzione e nel protocollo opzionale n°1 non includono esplicitamente l'orientamento sessuale o l'identità di genere; tuttavia, la Commissione in *Toonen c. Australia* (1994) ha stabilito che "sesso" negli Articoli 2 (1) (non discriminazione) e 26 (eguaglianza di fronte alla legge) della Convenzione dovrebbe includere l'orientamento sessuale. In questo modo, la Commissione ha creato un precedente nell'ambito del sistema di protezione dei diritti umani delle Nazioni Unite per dare protezione ai casi di discriminazione di gay, lesbiche e bisessuali.

I ricorsi presentati vengono sottoposti ad un vaglio di ammissibilità, secondo alcuni criteri predeterminati, prima di essere affrontati nel merito. I ricorsi presentati in forma anonima sono considerati inammissibili, così come quelli presentati più volte. Allo stesso modo, non vengono accettati quei ricorsi che sono già sotto esame da parte di altri organismi

internazionali o se i gradi nazionali non sono stati esauriti a meno che non ci siano irragionevoli ritardi.

La Commissione tende comunque ad accettare i fatti presentati dalla vittima, specialmente se non riceve informazioni dallo Stato interessato o se riceve da parte di questo un mero e generico rigetto degli addebiti che gli sono mossi. La vittima dovrà comunque presentare prove convincenti per suffragare le proprie asserzioni. In alcuni casi però, la vittima non è in grado di presentare tutta la documentazione perché essa è in parte o *in toto* nelle mani dello Stato. Per questo motivo, alcuni procedimenti possono richiedere anni prima che tutta la documentazione sia presentata e si arrivi a una decisione finale.

II Altre Commissioni per i Diritti Umani

Il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (ICESCR) obbliga gli Stati Firmatari “a garantire che i diritti enunciati nel presente Patto saranno esercitati senza discriminazione di alcun tipo fondata su razza, colore, sesso, lingua, opinione politica o di altra natura, origine nazionale o sociale, patrimonio, nascita o altro status”. Nella non esaustiva lista è da intendersi inserito anche la non discriminazione basata sull’orientamento sessuale.

La Commissione sui Diritti Economici, Sociali e Culturali controlla l’applicazione del Patto ICESCR attraverso l’esame di relazioni regolarmente presentate dagli Stati Firmatari. A seguito di reclami specifici, l’Assemblea Generale approva all’unanimità un protocollo opzionale (AG risoluzione A/RES/63/117) relativo al Patto ICESCR, che dota la Commissione della competenza a ricevere ed esaminare le comunicazioni. Il protocollo opzionale è

stato aperto per la firma nel 2009. Entrerà in vigore al momento della ratifica da parte di dieci firmatari.

L’art. 2 della Convenzione dei Diritti del Fanciullo stabilisce che “Gli Stati Firmatari rispetteranno e garantiranno i diritti stabiliti nella presente Convenzione a ogni bambino sottoposto alla loro giurisdizione senza alcuna discriminazione, senza distinzione di razza dei bambini o dei loro genitori o tutori, o di etnia, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altra natura, origine nazionale o sociale, patrimonio, disabilità, nascita o altro status”.

Pertanto, la Convenzione sui Diritti del Fanciullo potrebbe essere utile per affrontare la questione della discriminazione basata sull’orientamento sessuale di persone LGBT che siano genitori o tutori di un bambino che ricada sotto la giurisdizione di uno Stato Firmatario e anche la discriminazione nei confronti dei bambini. Purtroppo, il Comitato sui Diritti del Fanciullo non esamina reclami di singole persone, ma soltanto le relazioni che gli Stati Firmatari presentano in relazione alle misure adottate e al progresso ottenuti sul godimento di quei diritti.

III Strumenti dell’OCSE

L’OCSE è un’organizzazione politica che cerca di esercitare la sua autorità attraverso pressioni politiche e non attraverso l’imposizione degli obblighi presi dagli Stati. L’Ufficio dell’OCSE per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani è attivo in tutta l’area OCSE nel campo, tra l’altro, dei diritti umani, della tolleranza, della non discriminazione e della legalità. Gli obiettivi e le istituzioni dell’OCSE sono aperti al coinvolgimento di persone LGBT nei programmi di tolleranza e non discriminazione.

Sezione B – Gli Strumenti Legali Europei Contro la discriminazione basata sull’orientamento sessuale e l’identità di genere

I Consiglio d’Europa

1. La Corte europea dei diritti dell’uomo

La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) costituisce la più importante fonte di protezione internazionale dei diritti delle persone LGBT. La CEDU è un trattato internazionale mediante il quale gli Stati Membri del Consiglio d’Europa si impegnano ad assicurare i fondamentali diritti civili e politici, non soltanto ai propri cittadini, ma anche a chiunque sia sottoposto alla loro giurisdizione. L’osservanza degli impegni sottoscritti dalle Parti Contraenti nella CEDU e nei suoi Protocolli è garantita dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.

L’art. 14 della CEDU dichiara : “Il godimento dei diritti e delle libertà stabiliti nella presente Convenzione saranno garantiti senza discriminazione basata su qualsivoglia motivo, quali il sesso, la razza, il colore, la lingua, l’opinione politica o di altra natura, l’origine nazionale o sociale, insieme con l’appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita o altro status”. Nonostante lo stesso trattato internazionale non includa direttamente il riferimento all’orientamento sessuale, la giurisprudenza adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo indica chiaramente che la discriminazione dovuta a motivi basati sull’orientamento sessuale o l’identità di genere sia proibita e vada abolita.

La CEDU conferisce alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo il potere di esaminare le

controversie tra gli Stati e i ricorsi individuali relativi alle presunte violazioni della CEDU. Dall’istituzione della Corte, quasi tutti i ricorsi che sono state presentati provengono da singole persone che lamentano la violazione della Convenzione; circa 30.000 ricorsi di questo tipo vengono depositati ogni anno.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo può ricevere richieste individuali da ogni persona, organizzazione non governativa o gruppo di individui che ritengano di essere stati vittima di una violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli opzionali da parte di uno degli Stati che l’hanno sottoscritta, purché siano soddisfatti tutti i criteri di ammissibilità.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo può occuparsi della questione soltanto dopo che siano stati esauriti tutti i mezzi di ricorso interni e (in caso il ricorso sia presentato) entro sei mesi dalla data della pubblicazione della sentenza definitiva nazionale. Tuttavia, esistono deroghe create dalla giurisprudenza sul principio del c.d. “rimedio effettivo”.

La Corte non si occupa né di ricorsi anonimi, né di casi che siano già stati esaminati o depositati presso di essa o presso altro organismo internazionale con poteri giudiziari. Il nuovo criterio di ammissibilità di “rilevante discriminazione” è stato introdotto dal protocollo n° 14 al fine di migliorare l’efficienza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ed è in vigore dal 01 giugno 2010.

Le sentenze definitive della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sono vincolanti per gli Stati Contraenti. Il protocollo n° 14 ha introdotto un nuovo meccanismo per coadiuvare l’applicazione delle sentenze da parte del Comitato dei Ministri. Qualora

la Corte riscontri la violazione dell'obbligo di uno Stato di rispettare una sentenza definitiva su istanza del Comitato, tale caso viene deferito al Comitato dei Ministri al fine di considerare le misure da adottare.

La Cedu possiede la più vasta giurisprudenza su questioni relative all'orientamento sessuale. È stato il primo organismo internazionale a dichiarare che le leggi penali che stigmatizzano l'orientamento sessuale violano i diritti umani. Nella maggior parte dei casi di discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dichiarato la violazione del diritto al rispetto della privacy e, più recentemente, a quello della vita familiare, in relazione all'art. 14.

2. Commissario per i Diritti Umani

Il Commissario per i Diritti Umani è un'istituzione indipendente all'interno del Consiglio d'Europa, con il compito di promuovere la conoscenza e il rispetto dei diritti umani nei 47 Stati Membri del Consiglio d'Europa.

Gli obiettivi principali del Commissario per i Diritti Umani consistono nel coadiuvare gli Stati Membri nell'applicazione del livello dei diritti umani richiesto dal Consiglio d'Europa; promuovere l'educazione e la conoscenza dei diritti umani; identificare i possibili punti deboli nel diritto e nella procedura relative ai diritti umani e fornire consigli e informazioni in merito alla protezione dei diritti umani in tutti i Paesi di competenza. In tal modo il compito del Commissario per i Diritti Umani si sostanzia nell'incoraggiare l'adozione di misure di riforma al fine di raggiungere miglioramenti tangibili nel campo della promozione e protezione dei diritti umani.

L'Ufficio del Commissario, essendo una istituzione non giudiziaria, non può agire a seguito di ricorsi di singole persone, ma può stilare conclusioni e prendere più ampie iniziative sulla base di informazioni attendibili in merito alle violazioni dei diritti umani subite da singoli individui.

Le relazioni del Commissario contengono sia un'analisi di buone prassi relative ai diritti umani sia dettagliate raccomandazioni circa possibili modi per svilupparle ulteriormente.

Le relazioni vengono pubblicate e ampiamente diffuse nell'ambito delle istituzioni politiche e della comunità delle ONG, come attraverso i mezzi di comunicazione.

Il Commissario ha anche il compito di promuovere la conoscenza dei diritti umani negli Stati Membri del Consiglio d'Europa e cooperare in stretta collaborazione con i Difensori Civili nazionali, le Istituzioni nazionali per i Diritti Umani e altre organizzazioni incaricate della protezione dei diritti umani.

La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere è attualmente uno dei principali settori di interesse nel lavoro del Commissario. L'Ufficio del Commissario ha divulgato una "Pubblicazione sull'Identità di Genere" nell'anno 2009 e pubblicherà nel giugno 2011 una relazione dettagliata, contenente un'analisi socio-legale, sulla condizione delle persone LGBT in tutti gli stati membri del Consiglio d'Europa.

3. Comitato Europeo dei Diritti Sociali.

La Carta Sociale Europea è un trattato del Consiglio d'Europa che garantisce i diritti umani sociali ed economici. Il Comitato Europeo dei Diritti

Sociali è l'organismo cui è affidato il controllo del rispetto della Carta da parte degli Stati firmatari.

La Carta Sociale Europea stabilisce che "il godimento dei diritti stabiliti nella presente Carta verrà assicurato senza alcun tipo di discriminazione quali la razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'estrazione sociale o l'origine sociale, le condizioni di salute, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la nascita o altro status." Sebbene la disposizione non faccia esplicito riferimento all'orientamento sessuale, certamente oggi dovrebbe intendersi inclusa anche la proibizione della discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Ogni anno gli Stati firmatari depositano una relazione che indica in quale modo essi rendano effettiva la Carta nel diritto e nella prassi. Il Comitato Sociale dei Diritti Sociali esamina le relazioni e stabilisce se le situazioni nei Paesi interessati sono in conformità, o meno, con i principi della Carta. Se uno Stato non prende provvedimenti a seguito delle decisioni del Comitato che attestino il non rispetto della Carta Sociale Europea, il Comitato dei Ministri rivolge una raccomandazione allo Stato, chiedendogli di mutare la situazione legislativa e/o le prassi.

Ai sensi del protocollo addizionale della Carta Sociale Europea è possibile depositare reclami collettivi presso il Comitato dei Diritti Sociali. In ogni caso, le singole persone non godono di questo diritto, ma solo le associazioni. Tra le associazioni autorizzate a sottoporre reclami innanzi al Comitato vi sono le ONG internazionali con funzione consultiva nel Consiglio d'Europa, quali ad esempio ILGA. A seguito di accordi tra gli Stati, anche ONG nazionali possono depositare reclami. Il reclamo deve essere depositato

in forma scritta, fare riferimento a una disposizione della Carta Sociale e indicare sotto quale aspetto non è stata assicurata la completa applicazione della disposizione.

Dopo avere ricevuto il reclamo e avere deciso sulla sua ammissibilità, il Comitato dei Diritti Sociali redige una relazione che contiene le proprie conclusioni in merito alla soddisfacente applicazione, o meno, da parte dello Stato contraente della disposizione della Carta Sociale Europea. Sulla base della relazione, il Comitato dei Ministri adotta una risoluzione. Qualora il Comitato dei Diritti Sociali abbia rilevato che la Carta Sociale Europea non sia stata applicata in modo soddisfacente, il Comitato dei Ministri adotta una raccomandazione diretta alla Parte Contraente interessata. La Parte Contraente interessata deve fornire informazioni, nella successiva relazione che presenta, sulle misure adottate al fine di dar seguito alla raccomandazione del Comitato dei Ministri.

Nonostante gli strumenti adottati dal Comitato dei Diritti Sociali e dal Comitato dei Ministri abbiano solo carattere di raccomandazione, costituiscono importanti statuizioni come ha evidenziato il caso del 2009 *Interights* contro *Croazia* relativo ad un testo scolastico omofobico.

4. Assemblea Parlamentare.

L'Assemblea Parlamentare monitora la situazione dei diritti umani all'interno degli Stati Membri del Consiglio d'Europa e fornisce raccomandazioni sugli interventi che dovrebbero essere attuati per accrescere la loro tutela. Incoraggia gli Stati Membri ad adottare tutte le misure idonee a combattere atteggiamenti omofobici, in particolare

nelle scuole, nella professione medica, nelle forze armate, nella polizia, nell'ordinamento giudiziario e nell'Avvocatura, così come nello sport.

Finora sono state adottate risoluzioni e raccomandazioni non vincolanti relative ai diritti LGBT finalizzate all'eliminazione della discriminazione basata sull'orientamento sessuale (Raccomandazione 924/1981); a garantire che la persecuzione basata sull'omosessualità di una persona fosse riconosciuta nell'ambito del diritto di asilo (Raccomandazione 1470/2000); a combattere atteggiamenti omofobici nello sport (Raccomandazione 1635/ 20003); a garantire che l'orientamento sessuale sia considerato parte dell'identità di ogni essere umano (Risoluzione 1728/2010).

II Unione Europea

1. Diritto dell'Unione Europea

La legislazione dell'Unione Europea contiene un certo numero di provvedimenti atti a combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Il Parlamento Europeo ha assunto già nel 1984 una risoluzione che condannava la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nei posti di lavori e, per prima, chiedeva l'adozione di misure per farla cessare. Questa risoluzione, non vincolante, ha richiamato la Commissione europea e il Consiglio dei ministri ad adottare misure necessarie a porre fine ad ogni forma di discriminazione nei confronti della discriminazione delle persone omosessuali nei luoghi di lavoro.

Il Trattato di Amsterdam, in vigore dal 1 Maggio 1999, ha finalmente cambiato in modo sostanziale i trattati fondativi dell'Unione europea (allora chiamata ancora Comunità europea) e ha

permesso all'UE di combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Il Trattato di Amsterdam è il primo trattato internazionale che abbia mai menzionato e tutelato esplicitamente l'orientamento sessuale. L'art. 13 del Trattato di Amsterdam (adesso art. 19 TFUE) stabilisce che "il Consiglio, agendo all'unanimità su proposta della Commissione e a seguito del parere del Parlamento Europeo, può intraprendere azioni idonee a combattere la discriminazione basata su sesso, origine razziale o etnica, religione o credo, disabilità, età od orientamento sessuale".

Nel dicembre 2000, il Consiglio ha adottato la direttiva 2000/78/EC che ha stabilito una base giuridica generale per la parità di trattamento nei rapporti di lavoro e nell'occupazione, e che mira a combattere la discriminazione subita in questi ambiti, anche a causa del proprio orientamento sessuale, allo scopo di dare piena attuazione negli Stati Membri al principio della parità di trattamento. Questo principio richiede che non vi sia la benché minima discriminazione diretta o indiretta contro i fattori sopra menzionati.

I concetti di discriminazione diretta e indiretta sono stati introdotti dalla direttiva quadro. La discriminazione diretta si ha quando una persona è trattata in maniera meno favorevole di quanto un'altra è, è stata o sarebbe stata trattata in una situazione corrispondente a causa di uno dei fattori sopra menzionati.

La discriminazione indiretta si ha quando un'apparentemente neutrale disposizione, criterio o prassi metta persone che abbiano una delle caratteristiche indicate dalla direttiva, ad esempio un orientamento omosessuale, in un particolare svantaggio a paragone di altre persone, a meno che quella disposizione, criterio o prassi possa essere

oggettivamente giustificata da uno scopo legittimo e che il raggiungimento di quello scopo sia appropriato e necessario.

Tutti gli Stati Membri dell'UE sono obbligati dalla direttiva quadro a garantire che i procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione di questa direttiva siano accessibili a tutte le persone che si ritengono colpite dalla mancata applicazione del principio di parità di trattamento nei loro confronti. La direttiva quadro autorizza anche organizzazioni, associazioni o altri enti giuridici con un interesse legittimo a prendere parte in ogni procedura giudiziale o amministrativa finalizzata all'applicazione di questa direttiva.

Va anche detto che l'onere della prova ricade sulla parte convenuta (inversione dell'onere della prova) che deve provare che non vi sia stata alcuna infrazione al principio della parità di trattamento; ciò vuol dire che quando una persona che si considera oggetto di discriminazione dimostra innanzi a un tribunale o altra autorità competente i fatti in base ai quali può essere presunto che si sia verificata una discriminazione diretta o indiretta, sta al convenuto negare la presunzione e provare il contrario.

La direttiva quadro è vincolante per gli attuali Stati Membri, mentre gli Stati che intendono aderire all'Unione devono dimostrare di aver completato l'applicazione nazionale della direttiva prima dell'entrata nell'UE.

La direttiva 2004/38/EC sui diritti dei cittadini dell'UE e dei membri delle loro famiglie a trasferirsi e risiedere liberamente all'interno del territorio degli Stati Membri, impone l'obbligo agli Stati Membri di applicare questa direttiva senza discriminazione basata sul sesso e sull'orientamento sessuale.

Esiste una proposta di direttiva dell'Unione (COM/2008/0426), detta trasversale, che si pone l'obiettivo di applicare il principio di parità di trattamento tra le persone anche al di fuori del mercato del lavoro a prescindere dalla religione o credo, disabilità, età od orientamento sessuale. Questo strumento giuridico obbligherebbe gli Stati Membri a garantire procedimenti amministrativi o giudiziari per la sua applicazione in ogni ambito e abiliterebbe organizzazioni interessate a prendere parte ai procedimenti suddetti. L'onere della prova sarebbe sempre a carico della parte convenuta. Come precisa la Commissione Europea, l'inversione dell'onere della prova si applica in tutti i casi di asserita infrazione del principio di parità di trattamento, a causa del fatto che nei casi di discriminazione è spesso estremamente difficoltoso procurarsi la prova necessaria a dimostrare la violazione, poiché spesso essa è nella disponibilità del convenuto. Questa inversione dell'onere della prova, comunque, non si applica nei casi in cui la discriminazione sia perseguita mediante un procedimento penale.

Va anche sottolineato che il diritto dell'UE considera la discriminazione contro le persone transessuali come forma di discriminazione sessuale. Questo principio è stato stabilito dalla Corte Europea di Giustizia nel 1996 nel caso *P contro S e il Consiglio della Contea della Cornovaglia*, dove è stato stabilito che il licenziamento di un individuo, a seguito di riassegnazione di sesso, rappresenta una discriminazione illegittima fondata sul sesso. In ogni caso, finora la Corte ha incluso nell'ambito della discriminazione basata sul sesso solo le persone che intendono sottoporsi o si sono sottoposte alla chirurgia di riassegnazione di sesso.

2. Trattato di Lisbona e Carta dei Diritti Fondamentali

I progressi del diritto dell'Unione Europea hanno sempre avuto considerevoli implicazioni per la protezione dei diritti LGBT e attualmente, a seguito dell'entrata in vigore dal 1 Dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, l'influenza dell'UE in questo ambito si avvia ad avere una crescita ulteriore. La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza) con le sue disposizioni espansive e innovative è adesso legalmente vincolante in tutta l'UE, con la conseguenza che i diritti fondamentali in essa contenuti diventano cogenti rispetto a tutta la legislazione dell'UE e all'attuazione del diritto dell'UE nel diritto nazionale. Per la prima volta l'UE ha fissato in un documento i diritti fondamentali di cui ogni cittadino può godere.

La Carta dei Diritti Fondamentali stabilisce espressamente la proibizione della discriminazione basata sull'orientamento sessuale: "Ogni discriminazione fondata sul sesso, sulla razza, sul colore, sull'origine etnica o sociale, su caratteristiche genetiche, sulla lingua, sulla religione o sul credo, su opinioni politiche o di altra natura, sull'appartenenza a una minoranza, sul patrimonio, sulla nascita, sulla disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale è vietata". Inoltre, il Trattato di Lisbona stabilisce che i diritti fondamentali, in quanto garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e poiché risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione Europea.

Infine, il Trattato di Lisbona apre il cammino per l'adesione dell'UE alla Convenzione Europea dei

Diritti dell'Uomo. In primo luogo, l'adesione dovrebbe comportare che, oltre all'interpretazione della Carta alla luce della CEDU e della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte di Giustizia (e si potrebbe sostenere anche i giudici nazionali) potrebbe fare applicazione diretta della CEDU, quale parte del diritto dell'UE, ed interpretare alla sua luce il diritto dell'UE. In secondo luogo, ciò significherebbe che l'Unione europea sarebbe sottoposta alla giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e le sue istituzioni sarebbero responsabili dinanzi alla Cedu, nelle materie di competenza della Convenzione, allo stesso modo in cui gli Stati Membri dell'UE ne sono oggi responsabili nell'ambito del diritto nazionale.

La Corte Europea di Giustizia è chiamata a dare attuazione ai principi base della parità e alle disposizioni a favore della non discriminazione contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE; per questo appare inevitabile una maggiore convergenza con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

IV Parte

Principali ambiti di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere: violazione di diritti specifici

Sezione A: discriminazione nei confronti di persone LGB

1. Coppie dello stesso sesso

Le legislazioni nazionali e la giurisprudenza della maggior parte delle società democratiche sono attraversate da cambiamenti epocali, dal momento che cominciano a riconoscere che donne lesbiche e uomini gay hanno la stessa capacità di donne e uomini eterosessuali di innamorarsi di un'altra persona, di stabilire con essa una relazione emotiva e sessuale a lungo termine, di fondare una famiglia ed eventualmente crescere ed educare insieme dei figli. Le istituzioni nazionali di sempre più numerosi Stati membri della UE stanno comprendendo che le coppie dello stesso sesso hanno dunque le stesse necessità emotive e pratiche delle coppie formate da persone di sesso differente di veder riconosciute dalla legge le loro relazioni e possono legittimamente chiedere il riconoscimento degli stessi diritti e doveri dei partner che vivono relazioni eterosessuali.

Le coppie alle quali la legge consente di sposarsi, che nella maggior parte dei Paesi sono solo quelle eterosessuali, decidono di dare al loro rapporto una veste giuridica non solo e non sempre perché si amano, ma anche o solo per ragioni pratiche. Ciò vale anche per gli altri istituti giuridici creati in alcuni Paesi per regolamentare i rapporti di tipo familiare. Gli Stati hanno vitale interesse a che i loro cittadini instaurino relazioni durevoli, poiché ciò aiuta a creare

maggior stabilità sociale e a contenere la quantità di interventi richiesti allo Stato per garantire adeguati livelli di benessere e assistenza ai cittadini. Queste non sono ragioni secondarie nella scelta degli Stati di concedere vantaggi considerevoli ai cittadini che decidono di formalizzare il loro legame – fornendo loro maggior sicurezza economica e sociale. Sfortunatamente, nella maggior parte dei Paesi tutto questo continua a riconoscersi solo alle coppie eterosessuali.

Le leggi che disciplinano le relazioni tra persone dello stesso sesso sono diverse quasi per ogni Stato membro della UE. Alcuni dei Paesi consentono alle coppie formate da persone gay e lesbiche di accedere alle stesse forme giuridiche di riconoscimento delle relazioni eterosessuali, ad esempio il matrimonio come accade in Olanda, Belgio, Spagna, Norvegia, Svezia, Portogallo, Islanda.

Altri hanno creato nuovi istituti giuridici a cui possono accedere le coppie formate da persone dello stesso sesso, che assicurano alcuni o gli stessi diritti di cui godono le coppie sposate, tuttavia evitando l'uso del termine "matrimonio", che è riservato alle coppie eterosessuali. Tali istituti sono generalmente denominati come patti o unioni civili o partnership registrate, come accade in Andorra, Austria, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Irlanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Olanda, Slovenia, Svizzera e Regno Unito. Altri Paesi europei potrebbero presto aggiungersi a questi elenchi.

Visto che l'Unione Europea possiede una competenza ridotta in materia di regolamentazione del diritto di famiglia, gli Stati membri non sono obbligati a consentire che le coppie dello stesso sesso possano formalizzare giuridicamente la loro unione.

In tale situazione alcuni Paesi continuano a non riconoscere alcun tipo di tutela alle coppie dello stesso sesso, come accade ad esempio in Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Romania. In questi Paesi, i partner dello stesso sesso sono considerati dalla legge alla stregua di single o di coppie conviventi.

Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea

Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Cedu) ogni differenziazione tra coppie sposate e coppie dello stesso sesso è da considerarsi una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. La maggior parte dei ricorsi presentati alla Cedu sul tema delle coppie dello stesso sesso si riferiscono alla violazione o dell'art. 8 (diritto alla vita privata e familiare) o dell'art. 12 (diritto di sposarsi e di fondare una famiglia) applicati singolarmente o in combinato disposto con l'art. 14 (clausola generale di non discriminazione).

In numerose pronunce viene affermato che le coppie di fatto che deliberatamente scelgono di non registrare la propria unione non possono pretendere la stessa tutela giuridica che lo Stato assicura alle coppie che invece accedono ad un istituto giuridico regolato dalla legge (si veda per esempio *Shackell c. Regno Unito*, N. 45851/99). Tuttavia nel caso *Karner c. Austria* (N. 40016/98) la Corte ha sancito che le coppie di fatto omosessuali devono vedersi garantiti i medesimi diritti ed obblighi delle coppie di fatto eterosessuali.

Nel caso *Schalk e Kopf* (N. 30141/04) la Corte ha stabilito che l'Austria non ha violato l'art. 12, letto in combinato disposto con l'art. 14 della

Convenzione, non garantendo alle coppie omosessuali accesso al matrimonio, poiché tale scelta rientra nel margine di apprezzamento riservato agli Stati. Tuttavia ha affermato con chiarezza in un *obiter dictum* che una coppia di fatto formata da due persone gay o lesbiche conviventi senza figli, costituisce vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Le coppie omosessuali, perciò, devono poter godere dello stesso diritto alla vita familiare garantito alle coppie eterosessuali. La Corte ha altresì evidenziato che la formulazione dell'art. 12 consentirebbe un'interpretazione tale da non escludere il matrimonio tra due uomini o due donne. Nonostante la Corte abbia ritenuto subito dopo che dal contesto storico e dalla lettera complessiva della Convenzione si deduce che il matrimonio deve essere interpretato come riferito alle coppie eterosessuali, essa ha pure considerato che "*tenuto conto dell'art.9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, quindi, la Corte non considererà più in futuro che il diritto di sposarsi protetto dall'art. 12 debba essere limitato in ogni circostanza al matrimonio tra due persone di sesso opposto. Di conseguenza non si può dire che l'art.12 non sia applicabile ai ricorrenti*" (che costituivano una coppia omosessuale). Questo significa che, analogamente alla motivazione offerta nel caso *E.B.* (vedi *infra*), la Corte potrebbe ravvisare una violazione dell'art.14 in combinato disposto con l'art.12 se a una coppia sposata dello stesso sesso non fossero conferiti gli stessi diritti di cui gode una coppia di sesso diverso in quei Paesi nei quali il matrimonio, ma non le altre istituzioni familiari, prescindono dal genere. Il caso *Chapin e Charpentier c. Francia* (N. 40183/07), attualmente pendente, affronta esattamente questo problema.

Nel caso *Kozak c. Polonia* (N. 13102/02), la Cedu ha confermato la decisione resa nel caso *Karner c. Austria* e ha statuito che un'esclusione assoluta di persone che conducono una relazione omosessuale dalla successione nel contratto di locazione non può considerarsi necessaria ai fini della protezione della famiglia da parte dello Stato.

Fino al 2008 la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha espresso in numerose sentenze l'orientamento per cui la condizione delle coppie dello stesso sesso, incluse quelle registrate, non può essere assimilata a quella dei coniugi. Pertanto, una differenza di trattamento non poteva considerarsi una violazione del generale principio di parità di trattamento (*D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione Europea*, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P; *Grant c. South-West Trains Ltd*, causa C-249/96).

Tuttavia, nel 2008 l'imporante caso *Tadeo Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (Causa C-267/06) ha creato un nuovo precedente. Il Sig. Maruko viveva in Germania con il suo compagno in regime di partnership registrata. Dopo la morte del suo compagno il Vddb, l'ente tedesco che gestisce la previdenza per gli assistenti teatrali, si era rifiutato di corrispondergli la pensione di reversibilità, dal momento che tale pensione era riconosciuta soltanto ai coniugi. Il Sig. Maruko avviava quindi una causa contro la Vddb presso il tribunale amministrativo della Baviera, la quale sollevava una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia dell'UE per l'interpretazione della direttiva contro le discriminazioni. La Corte di giustizia nella sua sentenza stabiliva che vi era stata discriminazione diretta nei confronti del Sig. Maruko, evidenziando che, qualora lo Stato consenta a coppie omosessuali

di registrare la propria unione, il mancato riconoscimento di qualsiasi beneficio invece garantito alle coppie sposate rappresenta una discriminazione e costituisce una violazione della direttiva contro le discriminazioni. *Maruko* è stato il primo caso di applicazione della direttiva 2000/78 in relazione all'orientamento sessuale e lascia aperte diverse questioni.

Da ultimo, il 10 maggio 2011, con la sentenza *Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg* (Causa C-147/08) la Corte di giustizia è nuovamente tornata sulla questione delle prestazioni pensionistiche a vantaggio di una persona che viva in una coppia formata da persone dello stesso sesso. Si trattava in questo caso di una pensione complementare, di cui si può beneficiare solo in caso di sussistenza di un matrimonio. Si chiedeva al giudice nazionale di poter estendere il beneficio anche a favore di un soggetto civilmente unito con una persona dello stesso sesso. La Corte ha statuito che, alla luce dell'ordinamento tedesco, la condizione giuridica di una persona coniugata è paragonabile a quella di una persona unita in un'unione civile e che conseguentemente va esteso a quest'ultima il beneficio della pensione complementare, pena la violazione della direttiva 2000/78 in ragione dell'orientamento sessuale.

2. Adozione di minori da parte di coppie dello stesso sesso e diritti genitoriali

Corte europea dei diritti dell'uomo

Nel caso *Kerkhoven, Hinke e Hinke c. Paesi Bassi* (N. 15606/89) la allora Commissione europea dei diritti dell'uomo, ha stabilito che una coppia di

persone lesbiche in una relazione stabile, che allevi un bambino figlio biologico di una delle due donne, non costituisce una “famiglia” ai sensi dell’art. 8 della Convenzione. Secondo la Commissione, la Convenzione proteggeva “la vita familiare” delle persone omosessuali soltanto in riferimento al loro rapporto con i propri figli biologici.

Il primo caso che ha affrontato direttamente e positivamente la questione della “vita familiare” delle persone omosessuali del 1999 è stato il caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (N. 33290/96). Il caso riguardava un cittadino portoghese a cui era stata negata la custodia della sua figlia biologica sulla base del fatto che egli era omosessuale e conviveva con un uomo. Per la prima volta, la Corte ha considerato che vi era stata una violazione dell’art.8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), letto in combinato disposto con l’art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea. Nel caso *Fretté c. Francia* (N. 36515/97) la Corte per la prima volta si confrontava con l’idea che potesse costituire famiglia quella formata da una persona omosessuale che chiede di poter adottare un bambino. Al Sig. Fretté era stata negata l’adozione perché omosessuale. La Corte in questo caso non ravvisò una violazione dell’art. 8 e negò al Sig. Fretté il diritto di adozione, servendosi dell’argomentazione astratta che il bambino sarebbe “stato allevato da una persona omosessuale e privato del doppio modello di riferimento sia materno che paterno”.

La sopra menzionata giurisprudenza mostra chiaramente la linea tracciata dalla Corte tra la vita “privata” delle persone omosessuali e il desiderio individuale di creare una famiglia manifestato “pubblicamente”. La decisione in *E. B. c. Francia* del 2008 (N. 43546/02) ha superato Fretté. Nel caso *E. B.*, infatti, la Corte ha deciso che il diniego di adottare a

una lesbica single sulla base del suo orientamento sessuale costituisce una violazione dell’art. 14 letto in combinato disposto con l’art. 8: “nel rifiutare la richiesta di autorizzazione all’adozione avanzata dalla ricorrente, le autorità nazionali hanno effettuato una distinzione basata su considerazioni riguardanti il suo orientamento sessuale, una distinzione che non è accettabile ai sensi della Convenzione”. La Corte si è altresì esplicitamente dissociata dai tradizionali ruoli di genere, come dimostra la decisione del caso *Markine c. Russia* (N. 30078/06) sui congedi parentali nelle forze armate.

Una questione che sarà presto trattata dalla Corte è quella del rifiuto di una richiesta di adozione del figlio del proprio partner da parte del partner dello stesso sesso coabitante o registrato. Su questi temi sono pendenti i casi vedi *Gas e Dubois c. Francia* (N. 25951/07), dichiarato ammissibile, e *X e Altri c. Austria* (N. 19010/07).

Nel giudizio *J. M. Regno Unito* (n. 37060/06), la Corte ha sancito che le regole relative al mantenimento dei figli, vigenti prima dell’introduzione del *civil partnership act*, discriminavano le persone omosessuali che avviavano una relazione con persone dello stesso sesso, e ha riscontrato una violazione dell’art. 14 (divieto di discriminazione) letto in combinato disposto con l’art. 1 del protocollo n°1 (tutela della proprietà). La legge in questione prevedeva una riduzione del mantenimento dovuto dal genitore non affidatario nel momento in cui questi incominciava una nuova relazione, matrimoniale o di fatto, ma non considerava applicabile tale riduzione alle persone omosessuali che avviavano una relazione con una persona dello stesso sesso. Nel caso specifico, la ricorrente, genitore non affidatario, che aveva avviato la relazione con un’altra donna, si trovava a

pagare 47 sterline per il mantenimento dei figli, anziché 14, come sarebbe accaduto se avesse avviato una nuova relazione con un uomo.

Questo caso è interessante per via dell'interpretazione molto ampia data dalla Corte della nozione di proprietà ai sensi dell'art. 1 del protocollo n° 1, che potrebbe potenzialmente coprire una numero consistente di danni economici subito come conseguenza di una discriminazione.

3. Lavoro subordinato e condizioni di lavoro

Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea

Il problema delle discriminazioni delle persone LGB è stato affrontato dalla Cedu in numerose decisioni. *Smith e Grady c. Regno Unito* (n. 33985/96 e 33986/96), e *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito* (n. 31417/96 e 32377/96) sono due ricorsi presentati da cittadini del Regno Unito che sono stati positivamente risolti dalla Corte, e che hanno comportato mutamenti significativi negli ordinamenti nazionali. In entrambe le decisioni emanate nel 1999, la Cedu ha stabilito che il licenziamento di persone gay e lesbiche dalle forze armate, a seguito di indagini intimidatorie e invasive riguardanti il loro orientamento sessuale, costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione. Dopo le due decisioni, gli esiti dei casi *Beck, Copp e Bazeley c. Regno Unito* (n. 48535/99; 48536/99; 48537/99) erano facilmente prevedibili. Tutti i ricorrenti lamentavano che le indagini sul loro orientamento sessuale e il loro licenziamento dall'esercito e dall'aviazione, in conseguenza del divieto assoluto agli omosessuali di accesso alle forze armate, vigente a quel tempo, violava i loro diritti garantiti dagli art. 8 (diritto al

rispetto della vita privata) e e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione. I ricorrenti *Beck, Copp e Bazeley* lamentavano anche la violazione degli art. 3 (divieto di trattamenti degradanti) e 13 (diritto a un rimedio effettivo). La Corte ha riscontrato all'unanimità che vi era stata la violazione dell'art. 8 in tutti i casi, dell'art. 13 solo in alcuni e dell'art. 3 in nessuno.

Con riguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, si veda il caso *Maruko* descritto sopra. E' degno di nota che la Corte abbia offerto un'interpretazione ampia del concetto di remunerazione ai sensi dell'art. 157 TFUE (già art. 141 TCE), in modo da includervi la copertura assicurativa, i benefit garantiti ai superstiti, ecc. Gli Stati membri conservano la loro competenza in materia di diritto di famiglia, come ribadisce il *considerando 22* della direttiva 2000/78, e non vi è alcun obbligo a carico dello Stato di porre le partnership registrate su un piano di parità con il matrimonio. Tuttavia la Corte ha chiaramente stabilito nel caso *Maruko* e in altre decisioni che, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri devono conformarsi al diritto dell'Unione Europea e, in particolare, alle disposizioni che si riferiscono al principio di non discriminazione.

4. Discriminazioni in settori diversi dal mercato del lavoro, quali assicurazioni e servizi bancari

Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea

La Cedu ha dichiarato inammissibile il ricorso avanzato dal Sig. *Mata Estevez* (n. 56501/00), un cittadino gay spagnolo, in base al quale egli asseriva di essere legittimato a ottenere un trattamento

previdenziale erogabile solo al “coniuge sopravvissuto” dopo che il suo compagno dello stesso sesso, col quale conviveva da oltre 10 anni, era deceduto in un incidente stradale. La Corte ha rilevato che la situazione sarebbe stata differente se il partner fosse stato di sesso opposto, e che il rifiuto delle autorità spagnole di versare al Sig. Estevez la pensione di reversibilità in conseguenza della morte del partner non violava il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare e non configurava quindi una discriminazione. In particolare, la Corte ha osservato che “la relazione del ricorrente col suo partner non ricade nell’ambito di applicazione dell’art. 8 nella parte in cui tale previsione protegge il diritto al rispetto della vita familiare”. La Corte ha anche ritenuto che la legislazione spagnola, discriminando il Sig. Estevez, perseguiva un obiettivo legittimo: “la protezione della famiglia fondata sul matrimonio”,

Nel caso *P. B. and J. S. c. Austria* (n. 18984/02), deciso nel 2010, la Corte ha deciso sull’estensione della copertura assicurativa sanitaria a favore delle coppie di conviventi dello stesso sesso. I ricorrenti lamentavano di essere state vittime di discriminazione, considerata l’impossibilità di estendere l’assicurazione sulla salute e sugli incidenti sottoscritta da uno dei ricorrenti all’altro. La Corte ha stabilito che si è verificata una violazione dell’art. 14, letto in combinato disposto con l’art. 8, con riguardo al periodo fino all’entrata in vigore del First Emendment alla legge sulle assicurazioni (CSSAIA) che ha consentito l’estensione dell’assicurazione al partner dello stesso sesso. Nell’esaminare il caso, la Corte ha richiamato ancora una volta che “solo prospettando alla Corte ragioni particolarmente stringenti, una differenza di trattamento fondata esclusivamente sul sesso potrebbe dirsi compatibile con la Convenzione”. In questo caso, la Corte ha

riconosciuto che il Governo non aveva fornito “alcuna giustificazione per la differenza di trattamento tra i ricorrenti e le coppie di conviventi del sesso opposto”. La Corte è anche andata oltre, ribadendo che “nei casi nei quali il margine di apprezzamento degli Stati è ridotto, come capita nell’ipotesi di trattamenti differenziati fondati sul sesso o sull’orientamento sessuale, il principio di proporzionalità non richiede semplicemente che la misura scelta sia in principio funzionale alla realizzazione dello scopo perseguito”. Secondo la Corte, deve essere altresì prospettato che l’esclusione di determinati gruppi di persone (in questo caso coloro che vivono in una relazione omosessuale) è necessaria per raggiungere quello scopo. Il Governo, come ha notato la Corte, “non ha avanzato alcuna argomentazione a sostegno di tale conclusione”.

5. Libertà di riunione e di associazione

In alcuni Stati membri del Consiglio d’Europa, alcuni diritti fondamentali come la libertà di riunione e di associazione sono messe a rischio dalle autorità pubbliche. La Corte di Strasburgo ha avuto a che fare con due casi in questo campo, entrambi relativi a ostacoli frapposti alla marcia del gay pride. Nel caso *Baczowski c. Polonia* (n. 1543/06), la Corte ha stabilito che dei rimedi risultavano disponibili solamente *ex post facto* con riguardo a decisioni che rifiutavano l’autorizzazione alla manifestazione e che, anche se la marcia si era comunque tenuta, si era verificata una violazione degli art. 11 (libertà di riunione e di associazione), 13 (diritto a un rimedio effettivo) e 14 (divieto di discriminazione). Le stesse violazioni sono state individuate nel caso *Alekseyev c. Russia* (n. 4916/07, 25924/08 e 14599/09), dove i giudici hanno considerato che i ripetuti divieti opposti dal governo

nel corso degli anni non potevano considerarsi necessari in una società democratica, che a favore del ricorrente non era disponibile alcun rimedio effettivo volto a impugnare i suddetti divieti e che questi ultimi costituivano una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

6. Diritto penale

Le prime importanti sentenze della Cedu relative all'orientamento sessuale hanno giudicato norme penali o prassi che avevano come obiettivo in particolare le persone omosessuali. Nei decenni passati, la Corte ha stabilito in maniera chiara che le disposizioni di diritto penale non possono discriminare sulla base dell'orientamento sessuale e ha individuato una serie di violazioni dell'art. 8 (rispetto della vita privata). Il caso di riferimento è certamente *Dudgeon c. Regno Unito* (n. 7525/76), deciso nel 1981. La legislazione dell'Irlanda del Nord considerava reato i rapporti sessuali tra uomini (c.d. leggi contro la sodomia). Si trattava di una restrizione del diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata che la Corte ha considerato sproporzionato rispetto ai fini da perseguire, nello specifico la protezione "dei diritti e delle libertà degli altri" e delle "moralità".

Nel caso *Norris c. Irlanda* (n. 10581/83), la Corte ha osservato come non si potesse sostenere che in Irlanda vi fosse "un bisogno sociale pressante" di rendere reato i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso, considerando in questo modo i comportamenti omosessuali di per sé penalmente rilevanti. Si veda altresì *Modinos c. Cipro* (n. 15070/89) e *A.D.T. c. Regno Unito* (n. 35765/97).

Il combinato disposto dell'art. 8 e dell'art. 14 della Convenzione proibisce inoltre la

criminalizzazione delle relazioni omosessuali tra un adulto e un adolescente se l'età del consenso prevista per questo tipo di relazioni è differente da quella stabilita per i rapporti tra persone di sesso opposto o con giovani donne. Si vedano tra gli altri *L. e V. c. Austria* (n. 39392/98 e 39829/98), *S. L. c. Austria* (n. 45330/99) e *B. B. c. Regno Unito* (n. 53760/00).

La conservazione di dati da parte della polizia riguardanti persone omosessuali coinvolte in investigazioni criminali, ma risultate estranee ai fatti, cosa che era già stata considerata una violazione della Convenzione in alcune pronunce precedenti, è oggi oggetto di un procedimento pendente dinanzi alla Cedu nel caso *F. J. c. Austria* (n. 2362/08).

7. Libertà di movimento nell'Unione europea e protezione dei rifugiati

La direttiva 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare armonizza le legislazioni nazionali riguardo alle condizioni di ammissione e residenza di cittadini di paesi terzi. Nondimeno, resta in capo a ciascuno Stato membro la decisione se estendere tale diritto alle coppie non sposate o alle partnership registrate di cui è parte il richiedente. Ai membri della famiglia, l'ingresso nel paese può essere negato per ragioni di ordine pubblico, sicurezza nazionale e salute pubblica.

La direttiva 2004/83/CE stabilisce uno standard minimo per la qualificazione e lo status di rifugiati, ovvero di persone titolari di protezione internazionale, a favore di cittadini di Stati terzi o apolidi, prevedendo altresì il contenuto della relativa protezione. La direttiva non contiene una definizione del termine "partner non coniugato" o di coppia convivente e impone soltanto un'obbligazione in capo agli Stati membri di considerare le coppie di

conviventi come famiglia “se la legislazione o la prassi dello Stato membro considerato tratta le coppie non sposate in modo analogo alle coppie coniugate nell’ambito delle leggi nazionali sugli stranieri”. Tuttavia, la scelta se il termine famiglia includa le coppie dello stesso sesso è questione che va risolta a seconda della legislazione adottata dai singoli Stati membri.

Sezione B: discriminazione di persone transessuali e transgender

Transessuali sono coloro che si identificano in modo permanente con un genere diverso rispetto al loro sesso biologico. Molti paesi in tutto il mondo hanno leggi che riconoscono solo i due generi tradizionali, dai quali discendono taluni diritti e obblighi. Tutto ciò genera questioni legali con riguardo ai cittadini transessuali, specialmente nei settori della famiglia e del matrimonio.

Il grado di riconoscimento giuridico del transessualismo varia da Paese a Paese. Alcuni Stati estendono la tutela giuridica alla riassegnazione dei caratteri sessuali, consentendo il mutamento del cosiddetto genere legale nei certificati di nascita. Nonostante il fatto che non molte persone trans si sottopongono a interventi chirurgici permanenti che modificano permanentemente i loro corpi. Molte più persone trans scelgono di modificare in maniera semipermanente il loro aspetto attraverso cure ormonali. In molti Paesi, alcune di queste modifiche sono obbligatorie al fine di ottenere riconoscimento legale. Il numero di persone non transessuali e transgender che possono beneficiare del riconoscimento legale dato alle persone transessuali, cioè coloro che si sono sottoposte a intervento chirurgico di riassegnazione di sesso. In alcuni Stati, è necessaria un’esplicita diagnosi medica di

transessualismo, almeno sotto il profilo formale. In altri, una diagnosi che attesti la presenza di un disordine relativo all’identità di genere (DIG), o semplicemente è necessario che una persona abbia assunto un ruolo di genere diverso rispetto al sesso biologico, possono costituire la base per una pur minima tutela legale garantita dallo Stato.

1. Riassegnazione di sesso e cambio del nome

Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte di giustizia UE

Cambio di sesso

Nei casi *I. c. Regno Unito* (n. 25680/94) e *Goodwin c. Regno Unito* (n. 28975/95) – entrambi menzionati *infra* – l’identità di genere è stata qualificata come uno degli ambiti più intimi della vita privata di una persona. L’onere, posto a carico di una persona, in tale situazione, di dare prova della necessità medica del trattamento, inclusa un’operazione chirurgica irreversibile, è apparso alla Corte del tutto sproporzionato. In tale contesto, nel caso *Van Kuck c. Germania* (n. 35968/97) la Corte ha osservato che l’interpretazione del termine “necessità medica” e la valutazione delle prove al riguardo, che conducono al diniego dell’autorizzazione a procedere all’operazione, non possono dirsi ragionevoli. La Corte ha riscontrato, perciò, una violazione dell’art. 8 della Convenzione (diritto alla vita privata). Nel caso *L. c. Lituania* (n. 27527/03), la Corte ha osservato che le circostanze del caso mostravano “una carenza nella disciplina legislativa in relazione all’intervento chirurgico di riassegnazione del sesso” che il codice civile lituano del 2001 consente solo a favore di persone adulte non sposate, riservando ad una successiva disciplina

disposta per legge le condizioni e le procedure relative all'intervento chirurgico di riassegnazione. La mancata adozione di tale disciplina, successivamente all'entrata in vigore nel 2003 della disposizione contenuta nel codice civile, provocava a carico del ricorrente una situazione di pregiudizievole incertezza con riguardo alla sua vita privata e al riconoscimento della sua reale identità. La Corte ha altresì stabilito: "Mentre la mancanza di fondi a disposizione del servizio sanitario pubblico potrebbe aver giustificato alcuni ritardi iniziali nel riconoscimento dei diritti delle persone transessuali ai sensi del codice civile, oltre 4 anni sono trascorsi dall'entrata in vigore delle relative previsioni di legge e la necessaria disciplina legislativa, anche se esistente in forma di bozza, deve ancora essere adottata". Lo Stato è stato così costretto a modificare la propria legislazione sotto la minaccia di ripercussioni finanziarie.

Cambio di documenti

Nell'analizzare i primi casi affrontati dalla Corte in relazione alla possibilità di inserire la correzione del genere nei documenti personali, vanno menzionate due pronunce di contenuto opposto, pur in casi identici. Nel caso *Rees c. Regno Unito* (n. 9532/81) e *Cossey c. Regno Unito* (n. 10843/84) la Corte europea dei diritti dell'uomo ha osservato che lo Stato non è obbligato a inserire nel certificato di nascita di una persona transessuale il corrispondente genere desiderato. Nel caso *B. c. Francia*, tuttavia, la Cedu ha chiarito, pronunciandosi a favore del ricorrente, che lo Stato dovrebbe consentire a una persona transessuale di mutare i propri documenti di uso quotidiano (carta d'identità,

patente di guida) in modo che questi rispecchino il genere corrispondente al sesso acquisito.

Queste pronunce sembrano contraddittorie, ma in effetti danno conto delle differenze esistenti tra gli Stati membri. Nel Regno Unito i certificati di nascita hanno solo valore storico, perciò cambiarli costituiva una falsificazione; invece in Francia tali certificati possono essere modificati allo scopo di rispecchiare la situazione attuale dell'individuo. Altro problema era rappresentato dal fatto che documenti come la carta d'identità vengono usati quotidianamente e il divieto di modificarli possono creare situazioni profondamente pregiudizievoli per la persona. Da un altro punto di vista, i certificati di nascita venivano considerati dalla Corte come documenti disponibili unicamente ai pubblici ufficiali, dunque a questi riservati e indisponibili al pubblico.

Nelle sentenze del 2002 rese nei casi *Goodwin e I.* la Corte ha affermato per la prima volta che nessuna circostanza giustifica il divieto per le persone transessuali di contrarre matrimonio. Nella decisione della Corte si dice che sarebbe irragionevole assoggettare il diritto di sposarsi alla condizione di potere o volere avere figli e all'uso delle parole 'uomo' e 'donna' al solo scopo di indicare il sesso biologico di una persona.

2. Conseguenze del mutamento di sesso sulle relazioni familiari

2.1. Rapporti genitoriali

Corte europea dei diritti dell'uomo

Per lungo tempo la Commissione ha espresso il parere che la vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione fosse concepibile solo tra consanguinei,

tra coniugi o a seguito di adozione. Nel caso *X, Y & Z c. Regno Unito* (n. 21830/93) il partner transessuale della madre biologica di un bambino si è visto negare dalle autorità nazionali il riconoscimento formale del rapporto padre-figlio. La Corte ha deciso al riguardo che l'art. 8 non crea un tale obbligo per lo Stato convenuto, ma ciò nonostante ha riconosciuto l'esistenza di una vita familiare tra il transessuale e il figlio della compagna. A fini pratici, questa sentenza è stata superata nel Regno Unito dalla pronuncia resa nei casi *Goodwin e I.*, dal momento che il riconoscimento di uomini transessuali come padri legali, nei casi in cui le loro partner non transessuali si sono sottoposte a inseminazione artificiale, consegue al riconoscimento legale dell'essere maschi.

Nel caso *P.V. c. Spagna* (n. 35159/09) la ricorrente, una persona transessuale, lamentava che le restrizioni al suo diritto di visita al figlio violavano l'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14, dando luogo a una discriminazione. La Corte ha invece rilevato che le restrizioni risultavano legittime, alla luce del benessere del bambino, considerata la temporanea instabilità emozionale della ricorrente.

2.2. L'obbligo per una persona transgender sposata di divorziare

Corte europea dei diritti dell'uomo

Nel novembre 2006, la Corte ha affrontato due casi (*Wena and Anita Parry c. Regno Unito*, n. 42971/05, e *R. e F. c. Regno Unito*, n. 35748/05) in cui i ricorrenti, sposati ed con figli, si erano sottoposti ad operazioni chirurgiche di adeguamento dei caratteri sessuali. Nonostante l'intervento erano rimasti/e sposati/e con i loro precedenti coniugi, ma ai sensi del *Gender Recognition Act* del 2004, avrebbero dovuto

presentare domanda di divorzio al fine di ottenere un *Gender Recognition Certificate*. La Corte ha ritenuto il ricorso manifestamente infondato, sostenendo che la legge inglese era stata approvata volendo imporre questo tipo di conseguenza ai transessuali sposati e che lo Stato non aveva alcun obbligo di tenere in considerazione e predisporre una tutela per quel ristretto numero di matrimoni.

Nel caso pendente *H c. Finlandia* (n. 37359/09), il ricorrente lamenta che il riconoscimento legale del sesso acquisito comporta la trasformazione del suo matrimonio in una *civil partnership*.

3. Assistenza sanitaria

Secondo il sondaggio *Transgender EuroStudy* condotto dalla ILGA Europe, all'80% delle persone transgender presenti nell'Unione Europea sono negati fondi statali per cure ormonali e all'86% sono negati quelli per l'operazione. Di conseguenza, più del 50% delle persone transgender che si sottopongono all'operazione devono sostenere in proprio le relative spese.

Corte europea dei diritti dell'uomo

Nel caso *Schlumpf c. Svizzera* (n. 29002/06) la Corte ha valutato il rifiuto da parte di una compagnia di assicurazione di pagare l'operazione di riassegnazione, ed ha stabilito che il periodo di attesa di due anni, anche in considerazione dell'età della persona (67 anni), poteva avere un impatto sulla sua decisione di sottoporsi all'intervento, così comprimendo la sua libertà di determinare la propria identità di genere. La Corte ha ricordato come la Convenzione garantisca il diritto di una persona alla piena realizzazione personale e come il concetto di

“vita privata” possa includere aspetti relativi all’identità di genere. Ha anche osservato la particolare importanza delle questioni relative ad uno degli aspetti più intimi della vita privata di una persona, la sua identità di genere, al fine di bilanciare l’interesse generale con quello individuale.

4. Libertà di circolazione delle persone transgender nell’ambito dell’Unione Europea

Problemi connessi alla libera circolazione delle persone transgender possono sorgere qualora la legge nazionale impedisca loro di essere riconosciuti nei registri e atti pubblici secondo il genere cui sentono di appartenere e di ottenere documenti aggiornati. Problemi possono sorgere anche quando la correzione del genere avviene in uno Stato e la persona cerca di farsela riconoscere in un altro Stato.

5. Persone transgender richiedenti asilo

Le richieste di asilo relative a persone transgender dovrebbero essere presentate nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 relativa allo stato di rifugiato, verificando che ricorrano tutti i presupposti della definizione di rifugiato.

La Convenzione considera le persone transgender come membri di un 'particolare gruppo sociale' vulnerabile che potrebbe essere vittima di discriminazione.

6. Persone transgender e lavoro

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE relativa al lavoro e alle tematiche correlate

conferma che la discriminazione nei confronti delle persone transgender è discriminazione basata sul sesso e, pertanto, è regolata dalle leggi in materia di lotta alla discriminazione fondata sul sesso, di derivazione europea.

Le statistiche citate dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa Thomaas Hammarberg nel documento tematico su *Diritti umani e identità di genere* (2009) mostrano senza dubbio che le persone transgender sono spesso discriminate in ambito lavorativo. Studi dimostrano che solo il 31% delle persone transgender intervistate ha un lavoro a tempo pieno. Il 23% ha sentito di aver bisogno di cambiare lavoro a causa della discriminazione, il 10% è stata vittima di aggressioni verbali e il 6% di aggressioni fisiche sul posto di lavoro. Il 42% degli intervistati era preoccupato di cambiare il proprio sesso, perchè pensava di correre il rischio di perdere il lavoro.

Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'UE

La Cedu in un caso ha stabilito che la ricorrente, la Sig.ra Grant, era stata vittima di un trattamento differenziato e che il Regno Unito aveva violato il proprio dovere di rispettare la vita privata della signora, rifiutandosi di riconoscerle il sesso acquistato a seguito dell'intervento chirurgico e conseguentemente negandole il diritto di andare in pensione all'età di pensionamento delle donne (*Grant c. UK*, No 32570/03).

Un’attivista dell’associazione Press For Change ha ottenuto protezione sul posto di lavoro per le persone transessuali di tutta l’Unione europea,

grazie alla importante sentenza *P contro S and Cornwall County Council* (Case C-13/94). Nell'ottica della finalità perseguita dalla direttiva 76/207/EEC sul recepimento del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, l'articolo 5 della direttiva vieta il licenziamento di una persona transessuale in ragione della riattribuzione di sesso.

Nel procedimento *KB c. NHS Pensions Agency* (C-117/01), la Corte di giustizia ha trattato un caso sorto prima che entrasse in vigore nel Regno Unito la legge del 2004 sul cambiamento di sesso. I giudici di Lussemburgo hanno stabilito che la differenza di trattamento con riguardo alla pensione di reversibilità quando uno dei partner è transessuale ha a che fare con la capacità di contrarre matrimonio, essendo il matrimonio una precondizione necessaria per poter godere di tale pensione. La legislazione che garantisce questo beneficio fu dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione. Nel 2006, inoltre, la Corte di giustizia ha stabilito che una donna transessuale britannica aveva subito una discriminazione essendole stata negata la pensione di vecchiaia che le donne maturano a 60 anni d'età, in quanto veniva considerata alla stregua di un uomo, che matura la pensione di vecchiaia a 65 anni (nel *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions* (C-423/04)).

Il caso ha importanti implicazioni per altre donne transessuali nel Regno Unito, che potrebbero essere titolate a chiedere il pagamento degli arretrati delle loro pensioni.

A partire dal caso *P. c. S and Cornwall County Council*, le persone transessuali riceve tutela dalla

ricca legislazione comunitaria in materia di discriminazione sulla base del sesso. La direttiva 2006/54/CE dà attuazione al principio di pari opportunità e di pari trattamento tra uomini e donne in materia di impiego e lavoro. Il *considerando 3* codifica nel diritto europeo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, introducendo un esplicito riferimento alla discriminazione fondata sulla 'riassegnazione del sesso'. Sebbene si debba ancora valutare se le persone transgender che non si siano sottoposte all'operazione possano in futuro beneficiare della medesima protezione, è chiaro che l'adattamento dei caratteri sessuali riceverà una protezione legale maggiore rispetto all'orientamento sessuale.

Conclusioni

Sin dal Trattato di Amsterdam ratificato nel 1997, l'Unione Europea ha adottato misure per combattere le discriminazioni. Da allora l'Unione Europea ha fatto molto ed oggi le leggi antidiscriminazione sono vincolanti in un vasto numero di campi. È opportuno analizzare la più recente giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e della Corte di giustizia dell'UE. Quest'ultima ha stabilito nel caso *Römer* un principio generale di non discriminazione, già affermatosi in casi quali *Mangold* (C-144/04) e *Kücükdeveci* (C-555/07), applicabile anche in materia di orientamento sessuale. In aggiunta, la cittadinanza europea apre nuove prospettive sullo status delle coppie e delle famiglie omogenitoriali, alla luce delle novità introdotte dalla Corte di giustizia nel caso *Ruiz Zambrano* (C-34/09), ad esempio, in materia di ricongiungimento familiare di partner dello stesso sesso, cittadini di stati terzi.

Ad ogni modo, vi è ancora molto da fare per

assicurare parità di trattamento a gruppi particolarmente vulnerabili come quelli formati da persone gay, lesbiche o transessuali. Ecco perché è così importante che gli avvocati conoscano ed applichino la legislazione vigente nella loro pratica professionale, svolgendo anche un lavoro di sensibilizzazione nei confronti della generalità delle persone e delle autorità per far loro comprendere che assicurare un livello adeguato di protezione dei diritti umani è uno dei fondamenti di ogni società moderna.

Italia

I Parte

Attori e strategie per la tutela effettiva dei diritti delle persone LGBT

1. Ruolo degli "Equality Bodies" in Italia

Come noto, la legislazione antidiscriminatoria comunitaria, ed in particolare le direttive 2000/43/CE, 2004/113/CE e 2006/54/CE, hanno previsto la creazione, a livello nazionale, dei cosiddetti equality bodies, ovvero di organismi indipendenti impegnati nella tutela e nella promozione della parità di trattamento negli Stati membri. Gli equality bodies, detti anche "organismi di parità", danno assistenza alle vittime di discriminazioni fondate sul genere, la razza e l'origine etnica, l'età, la disabilità, la religione e le convinzioni personali nonché, appunto, l'orientamento sessuale. In realtà, agli Stati membri è lasciato un largo margine di discrezionalità nella definizione dei compiti e delle modalità operative di questi organismi, i quali, dunque, potranno partecipare anche ai procedimenti giudiziari attivati in vista della tutela delle vittime di discriminazioni se e nei limiti in cui ciò sia stabilito dai vari legislatori nazionali.

APPROFONDIMENTI



Influencing the law through legal proceedings. The powers and practices of equality bodies, in http://www.equineteurope.org/powers_practices_final_draft_240910_1.pdf

I profili degli organismi di parità istituiti nei Paesi europei, http://www.leadernodiscriminazione.eu/testi/Buone_Prassi_Equality_Bodies.pdf

In Italia, a differenza di quanto avviene in altri paesi, non esistono equality bodies specificamente istituiti per operare nel settore della protezione dei diritti delle persone LGBT. Oltre alle consigliere o consiglieri di parità, di cui al capo IV del decreto legislativo 198 del 2006 (cosiddetto codice delle pari opportunità), il principale organismo indipendente operante come equality body in Italia è l'UNAR, l'Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica, istituito con il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, di recepimento della direttiva comunitaria n. 2000/43/CE, il quale opera nell'ambito del Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Maggiori informazioni riguardo ai pregiudizi, alle paure e agli atteggiamenti discriminatori nei confronti delle donne, delle persone di diverso orientamento sessuale e degli stranieri, unitamente e dati relativi alle azioni violente generate dalle discriminazioni o ad esse riconducibili e ai connessi fattori di rischio, sono disponibili sul sito dell'UNAR.



ON-LINE

www.unar.it

Tra le funzioni principali dell'UNAR rientrano quelle di:

- fornire assistenza alle vittime di comportamenti discriminatori nei procedimenti intrapresi da queste ultime sia in sede amministrativa che

giurisdizionale, attraverso l'azione dedicata di un apposito Contact center;

- svolgere inchieste al fine di verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori nel rispetto delle prerogative dell'autorità giudiziaria;
- promuovere l'adozione di progetti di azioni positive in collaborazione con le associazioni no profit;
- diffondere la massima conoscenza degli strumenti di tutela attraverso azioni di sensibilizzazione e campagne di comunicazione;
- formulare raccomandazioni e pareri sulle questioni connesse alla discriminazione per razza ed origine etnica;
- redigere due relazioni annuali, rispettivamente per il Parlamento e per il Presidente del Consiglio dei Ministri;
- promuovere studi, ricerche, corsi di formazione e di esperienze, in collaborazione anche con le associazioni e le organizzazioni non governative che operano nel settore, anche scambi al fine di elaborare delle linee guida o dei codici di condotta nel settore della lotta alle discriminazioni fondate su razza o origine etnica.

Per lo svolgimento di tali compiti l'UNAR si avvale di personale appartenente ai ruoli della Presidenza del Consiglio e di altre amministrazioni pubbliche, nonché di esperti anche estranei alla P.A., dotati di elevata professionalità nelle materie giuridiche, nonché nei settori della lotta alle discriminazioni, dell'assistenza materiale e psicologica ai soggetti in condizioni disagiate, del recupero sociale, dei servizi di pubblica utilità, della comunicazione sociale e dell'analisi delle politiche pubbliche.



FONTI

Art. 11, Costituzione.

L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

Art. 117, comma 1, Costituzione.

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

2. Cooperazione tra avvocati e organizzazioni non governative

Il lavoro del singolo avvocato può trovare un utile supporto nell'attività di colleghi che hanno maturato un'esperienza specifica nel campo della tutela contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale così come nell'impegno delle varie associazioni che operano in questo settore. Alcune di tali associazioni fanno parte della rete ILGA. Tale elenco non esaurisce il novero delle associazioni impegnate nella difesa dei diritti LGBT, come testimonia l'esperienza dell'associazione "Avvocatura per i diritti LGBT – Rete Lenford".



ON-LINE

www.retelenford.it

ilga.org

A parte quanto si dirà *infra*, parte III, paragrafo 3.1.4., a proposito della legittimazione ad agire in giudizio, secondo le modalità di cui agli artt.

4 e 5 del decreto legislativo n. 216 del 2003, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, delle organizzazioni sindacali e delle associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, si ricorda che, con particolare riferimento ai giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi svolti in via incidentale dalla Corte costituzionale, l'intervento in giudizio ad opera di terzi, che non siano parti del processo nel cui ambito la questione di costituzionalità è sollevata, incontra un limite nella costante giurisprudenza della Consulta, secondo cui l'intervento di soggetti estranei al processo *a quo* è ammissibile soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura. Questo orientamento ha, da ultimo, condotto la Consulta a dichiarare inammissibile l'intervento dell'Associazione Radicale Certi Diritti nel giudizio incidentale conclusosi con la sentenza n. 138 del 2010 in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso (su cui vedi *infra*, parte III, paragrafo 2.1.).

II Parte

Gli strumenti normativi

1. Posizione del diritto dell'Unione Europea e della CEDU nel sistema nazionale delle fonti

La tutela dei diritti delle persone LGBT si fonda, oggi, su una molteplicità di piani normativi, la cui reciproca integrazione offre utili (sebbene, certo, perfettibili) strumenti di protezione. Se, come anticipato nell'introduzione, l'attenzione di queste pagine si concentra sul livello interno, cioè sulla legislazione nazionale italiana, occorre preliminarmente procedere ad un sia pur sintetico inquadramento dei rapporti tra questa e le fonti "esterne". A venire in rilievo sono, in particolare, il diritto dell'Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Per quanto riguarda il primo, è noto come l'efficacia delle norme comunitarie negli ordinamenti dei vari Stati membri sia regolata, in primo luogo, dall'operare dei principi dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario sul diritto interno, elaborati dalla Corte di giustizia sin dalla metà degli anni Sessanta, con le famose sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa/Enel*. In estrema sintesi, come è stato efficacemente affermato in dottrina, si può ritenere che l'effetto diretto sia definibile come «la capacità di una norma di diritto comunitario di essere applicata nel corso del processo dinanzi ad un tribunale nazionale», mentre il primato «denota la capacità di quella norma di diritto comunitario di prevalere sulla

norma di diritto interno contrastante nel corso del procedimento dinanzi ad un tribunale nazionale». Se la natura dell'effetto diretto si manifesta, sul piano pratico, come un «obbligo di applicazione» del diritto comunitario, la natura del primato si traduce, dal punto di vista operativo, in un «dovere di disapplicazione» delle norme interne da parte dei giudici nazionali. Più precisamente, l'effetto diretto, originariamente definito dalla stessa Corte di giustizia come la «creazione di diritti individuali che i giudici nazionali sono chiamati a proteggere», ed in seguito descritto in termini di capacità della norma ad essere invocata dai singoli dinanzi a tribunali interni obbligati ad applicarla, altro non è che «l'obbligo per un giudice o per un'altra autorità di applicare la disposizione comunitaria rilevante, ora come norma che governa il caso di specie, ora come parametro di giudizio». Al contrario – o, meglio, in modo in certo senso complementare –, il principio del primato impone ai giudici degli Stati membri, «ogniquale volta una regola di diritto comunitario si applichi ad un determinato caso, di mettere immediatamente da parte ogni norma nazionale con essa confliggente».

Questa impostazione dei rapporti tra le fonti comunitarie e nazionali, che – ovviamente – deve valere per tutti gli Stati membri dell'Unione, pena la messa in discussione delle fondamenta stesse della costruzione comunitaria, è stato sostanzialmente (anche se non senza qualche resistenza) accettata anche nell'ordinamento italiano, ed *in primis* dalla Corte costituzionale, che, con la nota sentenza n. 170 del 1984, adeguandosi a quanto disposto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Simmenthal*, ha riconosciuto l'operatività del meccanismo della non

applicazione del diritto interno contrastante con il diritto comunitario direttamente applicabile. Nel caso in cui, invece, la norma nazionale è in potenziale contrasto con norme comunitarie non direttamente applicabili, il giudice italiano, anziché procedere autonomamente alla disapplicazione del diritto interno a vantaggio di quello comunitario, dovrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale di fronte alla Consulta per violazione indiretta degli artt. 11 e 117 della Costituzione.



FONTI

Art. 11, Costituzione.

L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

Art. 117, comma 1, Costituzione.

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Questo, almeno, a livello teorico: nella prassi, però, il contenzioso che avrebbe dovuto passare attraverso la strada della questione incidentale di costituzionalità ha, in realtà, finito per incanalarsi in quella del rinvio alla Corte di giustizia. Ciò è avvenuto anche grazie alla posizione assunta dalla stessa Corte costituzionale, che ha, con una serie di decisioni successive su aspetti specifici, largamente incoraggiato i giudici comuni a imboccare la strada di Lussemburgo, sulla base della convinzione per cui ogni questione che coinvolga un problema di interpretazione del diritto comunitario deve

previamente essere risolta dal giudice che di quel diritto rappresenta l'interprete ultimo, cioè, appunto, la Corte di giustizia. Nel caso in cui, dunque, si ponga un problema di conflitto tra normativa italiana e diritto dell'Unione europea non direttamente applicabile, il giudice, d'ufficio o su istanza dell'avvocato della parte del processo interno, potrà richiedere l'intervento della Corte di giustizia attraverso il sollevamento di una questione pregiudiziale interpretativa, ai sensi dell'odierno art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Per quanto riguarda la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essa, al pari di ogni altro trattato internazionale, assume nell'ordinamento italiano lo stesso rango dell'atto normativo che le ha dato esecuzione, vale a dire – in questo caso – rango di legge ordinaria. La Corte costituzionale ha tendenzialmente seguito – fatta eccezione per la sentenza n. 10 del 1993 – questa impostazione, pur nella consapevolezza delle peculiarità proprie di un trattato riguardante la protezione dei diritti fondamentali. Il particolare contenuto normativo della Convenzione ha, tutt'al più, indotto la Corte ad utilizzare le norme della CEDU in chiave di ausilio interpretativo delle norme costituzionali, le quali soltanto costituivano parametro di legittimità (*ex plurimis*, sentenza n. 388 del 1999).

Con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale ha finalmente chiarito la questione dei rapporti tra legislazione nazionale e obblighi internazionali alla luce della nuova formulazione dell'art. 117, comma primo, della Costituzione. Essa ha, innanzi tutto, precisato che detta disposizione non fa acquisire agli obblighi internazionali, e dunque – *inter alia* – alla CEDU, valore costituzionale,

ma configura una delle tante ipotesi di “norma interposta”, di norma, cioè, che integra il parametro di costituzionalità, consentendo la sua concreta operatività. Si tratta, cioè, di norme “di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria”.

Conseguentemente, è stata negata l’esistenza di una facoltà per i giudici comuni di disapplicare le norme interne contrastanti con le disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo: se è vero che la nuova formulazione della disposizione costituzionale rende “inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie successive”, è vero anche che “gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale”, circostanza che sottrae al giudice comune ogni possibilità di disapplicazione (o non applicazione) del diritto interno.

Altro elemento che deve essere sottolineato è che le norme CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non sono immuni dal controllo di legittimità costituzionale: “proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione”, e in presenza di un’incompatibilità tra una disposizione della CEDU e ordinamento costituzionale, è compito della Corte “dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano”.

2. La Costituzione

La Costituzione italiana non contiene disposizioni espressamente dedicate alla tutela dei diritti LGBT. Come si dirà oltre, anzi, alcune di esse, ed in particolare l’art. 29, sono state recentemente interpretate come un ostacolo al riconoscimento di specifici diritti (nel caso di specie, quello al matrimonio tra persone dello stesso sesso). Tuttavia, è importante sottolineare come proprio in norme costituzionali di contenuto solo apparentemente più generale sia possibile ritrovare il fondamento dell’obbligo di assicurare la protezione delle persone LGBT. Gli art. 2, 3 e 32 della Costituzione, forniscono, in questo senso, un esempio concreto non solo di ciò che già è stato fatto grazie alla Costituzione nella prospettiva del rafforzamento dell’evocata tutela, ma anche di ciò che potrebbe essere fatto in futuro. Il principio del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo, quello di uguaglianza formale e sostanziale, il diritto alla salute sono solo alcuni esempi delle potenzialità di tutela iscritte nella Costituzione, già in parte manifestatesi ma ancora foriere di nuovi sviluppi.



FONTI

Art. 2, Costituzione

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 3, Costituzione

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 32, comma 1, Costituzione

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

La giurisprudenza ha già dato prova dell'importanza centrale che la Costituzione, ed in particolare i principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3, può avere nel riconoscimento dei diritti delle persone LGBT: la Suprema Corte di Cassazione ha, ad esempio, recentemente affermato che è "del tutto condivisibile l'affermazione [...] secondo la quale l'omosessualità va riconosciuta come condizione dell'uomo degna di tutela, in conformità ai precedenti costituzionali", assunto da cui discende che la libertà sessuale va "intesa anche come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali in quanto espressione del diritto alla realizzazione della propria personalità, tutelato dall'art. 2 Cost." (Cass. civ., sezione I, 25 luglio 2007, n. 16417). A titolo esemplificativo, si ricorda, altresì, la decisione del Tribunale di Napoli in cui si è affermato che l'omosessualità "è una condizione personale, e non certo una patologia, così come le condotte/relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico, rispetto a quelle eterosessuali" (Trib. Napoli, 28 giugno 2006, confermata da App.

Napoli, 11 aprile 2007, n. 1067, riconfermata da Cass. civ., sezione I, 18 giugno 2008, n. 16593).

Tali affermazioni ritornano nella più recente sentenza del Tribunale di Catania del 2 luglio 2008, in cui non solo si ribadisce che l'orientamento omosessuale non è una patologia e non può essere pretesto per trattamenti deteriori e lesivi della dignità della persona umana, confermando una volta di più come gli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana ricomprendano nel novero dei diritti inviolabili quello alla sessualità e quello alla realizzazione personale secondo il proprio orientamento sessuale, ma si afferma anche che le sofferenze e i patemi d'animo ingenerati dalla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale fanno sorgere un diritto al risarcimento del danno morale. Come osservato in dottrina, con tale pronuncia – che si inserisce nella vicenda processuale già sottoposta, per altro profilo, all'attenzione dei giudici amministrativi, i quali avevano ritenuto illegittimo il provvedimento di revisione della patente fondato sull'omosessualità del cittadino, posto che la stessa non rientra nella categoria di "malattia psichica" e, pertanto, non è inclusa come tale in alcuna delle ipotesi considerate dall'art. 320 d.P.R. n. 495 del 1992 recante il regolamento di esecuzione del codice della strada (T.A.R. Catania, Sicilia, sez. II, 07 dicembre 2005, n. 2353) – per la prima volta si riconosce il diritto della persona omosessuale a vedersi risarcito il danno non patrimoniale subito a causa della discriminazione patita.

APPROFONDIMENTI



A. ROTELLI, *Il danno da discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2536 ss.

3. Normativa e giurisprudenza interne rilevanti

Nei prossimi paragrafi saranno sinteticamente analizzate la normativa e, eventualmente, la giurisprudenza nazionale più rilevante in materia di tutela delle persone LGBT. A questo scopo, sono dapprima descritti i tratti essenziali della disciplina generale di attuazione della normativa antidiscriminatoria comunitaria (decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216), richiamando, in particolare, la nozione di discriminazione, le forme della tutela, la disciplina dell'onere della prova e della legittimazione ad agire. Successivamente l'attenzione si concentrerà sui singoli aspetti di possibile concretizzazione della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, cercando di capire quali strumenti, se ne esistono, l'ordinamento nazionale predisponga per contrastare atti e fenomeni discriminatori. In questa parte la trattazione sarà svolta separatamente per quanto riguarda la tutela delle persone omosessuali e bisessuali, da un lato (A), e la tutela delle persone transessuali, d'altro lato (B), e ciò in ragione della parziale diversità dei problemi e delle forme di discriminazione che tali persone sono costrette a fronteggiare.

Prima di esaminare brevemente il contenuto della disciplina statale interna di attuazione della

direttiva, merita di essere segnalato il fatto che alcuni legislatori regionali hanno mostrato una particolare attenzione nei confronti delle esigenze di tutela delle persone omosessuali, bisessuali e transessuali. La prima regione che ha adottato norme dirette alla protezione dei diritti LGBT è stata la Toscana, che non solo ha iscritto nel proprio Statuto il principio del rifiuto di ogni forma di xenofobia e di discriminazione legata all'etnia, all'orientamento sessuale e a ogni altro aspetto della condizione umana e sociale, ma ha anche adottato una specifica legge (legge della regione toscana 14 novembre 2004, n. 63) recante "Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere". Questa legge è stata impugnata dal Governo e sottoposta al giudizio della Corte costituzionale, che ha, tuttavia, respinto le relative questioni di legittimità costituzionale (sentenza n. 253 del 2006). In particolare, la Consulta ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, censurato, in riferimento agli artt. 3 e 117, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui prevede, nell'ambito delle politiche del lavoro e dell'integrazione sociale, misure di sostegno e di tutela a favore delle persone discriminate per motivi derivanti dall'orientamento sessuale, o dall'identità di genere, dei transessuali e dei *transgender*. Secondo la Corte, la norma impugnata ha carattere genericamente di indirizzo e, pertanto, è inidonea ad attribuire diritti o situazioni giuridiche di vantaggio a determinati soggetti e ad incidere sulla disciplina dei contratti di lavoro e sui rapporti intersoggettivi che da essi derivano e non si pone, quindi, in contrasto con l'art. 2, lettera k), del d.lgs. n. 276 del 2003, in quanto non amplia la definizione di "lavoratore

svantaggiato” prevista dalla disposizione statale, ma si limita ad affermare, a favore dei transessuali e dei *transgender*, l’obiettivo di esprimere “specifiche politiche regionali del lavoro, quali soggetti esposti al rischio di esclusione sociale”. Parimenti infondata è stata ritenuta la questione di legittimità costituzionale degli artt. 3 e 4, comma 1, della medesima legge, censurati, in riferimento agli artt. 3 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, nella parte in cui, da un lato, assicurano pari opportunità nell’accesso ai percorsi di formazione e riqualificazione alle “persone che risultino discriminate e esposte al rischio di esclusione sociale per motivi derivanti dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere” e, dall’altro, favoriscono “l’accrescimento della cultura professionale correlata all’acquisizione positiva dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere di ciascuno”. Si tratta, infatti, ad avviso della Consulta, di disposizioni che costituiscono espressione dell’esercizio della competenza legislativa esclusiva regionale in materia di istruzione e formazione professionale e non incidono sulla disciplina dei singoli contratti di lavoro e, quindi, non invadono la competenza dello Stato in materia di ordinamento civile.

Oltre alle richiamate leggi della regione Toscana, si ricordano qui la legge della regione Marche dell’11 febbraio 2010, n. 8, recante “Disposizioni contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere”; la legge della regione Emilia Romagna 22 dicembre 2009, n. 24 (ed in particolare il suo art. 48, dedicato alla Parità di accesso ai servizi); la legge della regione Liguria 10 novembre 2009, n. 52, recante “Norme contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere”;

la legge della regione Piemonte 22 dicembre 2008, n. 34, recante “Norme per la promozione dell’occupazione, della qualità, della sicurezza e regolarità del lavoro” (in particolare, art. 3); la legge della regione Friuli Venezia Giulia 23 maggio 2007, n. 12, recante “Promozione della rappresentanza giovanile, coordinamento e sostegno delle iniziative a favore dei giovani” (particolare, art. 3); lo Statuto della Regione Umbria, approvato con legge 16 aprile 2005, n. 21.

3.1. Decreto legislativo n. 216 del 2003

Con il Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, l’Italia ha dato attuazione alla direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Tra le diverse forme di discriminazione prese in considerazione dalla normativa comunitaria v’è infatti, come noto, anche quella fondata sulle «tendenze sessuali» (art. 1 della direttiva), o (come stabilito dall’art. 1 del decreto legislativo) sull’«orientamento sessuale».

La (invero piuttosto scarna) disciplina legislativa riprende, spesso alla lettera, il contenuto della direttiva, ma lascia, sotto alcuni profili, sussistere tanti e tali dubbi di conformità con quest’ultima da far sostenere, in dottrina, che il “il legislatore italiano ha costruito un congegno pericoloso composto di clausole generiche, solo apparentemente ispirate alle regole comunitarie, che in realtà frantumano le stesse e ne ripropongono alternative somiglianti, ma di valore nettamente distinto” (L. CALAFÀ)



FONTI

L. CALAFÀ, Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, in M. Barbera (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano, 2007, 171-225.

G. DE SIMONE, I requisiti occupazionali, in S. FABENI, M.G. TONIOLLO (a cura di), La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, Roma, 2005, 91-115.

S. FABENI, M.G. TONIOLLO (a cura di), La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, Roma, 2005.

M. BONINI BARALDI, La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie, in Dir. rel. intern., 2004, 775 ss..

L. CURCIO, Le azioni in giudizio e l'onere della prova, in M. BARBERA (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano, 2007, 529-559.

3.1.1. Nozione di discriminazione e l'ambito di applicazione del decreto legislativo

Sostanzialmente identiche a quelle prefigurate nella fonte comunitaria sono le nozioni di discriminazione diretta e indiretta, definite, rispettivamente, come quella situazione in cui, per una delle ragioni indicate – e dunque anche dell'orientamento sessuale – “una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga”, e quella situazione in cui “una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone

portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”.

Parimenti ricalcate sul dettato della direttiva sono i commi 3 e 4 dell'art. 2 del decreto legislativo, secondo cui sono considerate come discriminazioni, da un lato, anche “le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati” aventi “lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo”, e, d'altro lato, l'“ordine di discriminare persone” a causa di uno dei motivi indicati.

I maggiori (e più preoccupanti) dubbi di conformità con la direttiva emergono con riferimento al comma 3 dell'art. 3 del decreto legislativo, il quale, prendendo spunto da quanto previsto dall'art. 4 della direttiva 2000/78/CE, ha disposto che, “nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse [...] all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima”: il legislatore nazionale si limita a confermare la scelta di quello comunitario nel senso di introdurre una clausola generale che fa eccezione al divieto di discriminazione, aggiungendo un generico richiamo ai principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Si ricorda come, in origine, l'ultimo periodo del medesimo comma prevedesse che non costituiva atto di discriminazione "la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare". Tale ultima possibilità di deroga, riferita al ricorrere di uno qualunque dei motivi di discriminazione, si poneva in contrasto con la disciplina comunitaria, che limita l'ambito di legittimità dell'eccezione all'applicabilità della direttiva ai casi di discriminazioni fondate sull'handicap o sull'età in relazione alle forze armate, e non anche, come implicitamente risulta dalla norma interna di attuazione, alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. L'art. 8-septies del decreto legge 8 aprile 2008, n. 59, aggiunto dalla relativa legge di conversione, ha tuttavia abrogato tale ultimo periodo.

Quantomeno inconferente rispetto alla materia oggetto di disciplina sembra, poi, l'ultimo comma dell'art. 3, secondo cui non costituiscono comunque atti di discriminazione "quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari. In particolare, resta ferma la legittimità di atti diretti all'esclusione dallo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile": non è, infatti, chiaro quale nesso vi sia tra la previsione di eventuali deroghe alla parità di

trattamento di persone colpite da una delle diverse forme di discriminazione e la regolamentazione dei limiti di accesso a determinati lavori per persone colpevoli di reati afferenti alla sfera sessuale.

Infine, si deve ricordare come il legislatore nazionale, nel trasporre la direttiva, abbia ommesso ogni riferimento all'esclusione della rilevanza di fattori diversi dalle convinzioni personali e religiose dall'ambito di possibile operatività della deroga alla parità di trattamento, ricavabile dall'art. 4, comma 2 della direttiva 2000/78/CE.

Quanto all'ambito di applicazione del decreto legislativo – e fatte salve tutte le disposizioni vigenti in materia di condizioni di ingresso, soggiorno ed accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, di sicurezza e protezione sociale, di sicurezza pubblica, tutela dell'ordine pubblico, prevenzione dei reati e tutela della salute, di stato civile e prestazioni che ne derivano e di forze armate, limitatamente ai fattori di età e di handicap (art. 3, comma 2) – esso, alla stregua della direttiva di cui costituisce attuazione, si applica a tutte le persone, sia nel settore pubblico che privato, con specifico riferimento alle seguenti aree:

a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione;

b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento;

c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;

d) **affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni.**

3.1.2. Forme della tutela

Per quanto riguarda le modalità di tutela, l'art. 4 del decreto legislativo 216 del 2003 rinvia alle forme previste dall'articolo 44, commi da 1 a 6, 8 e 11, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.



FONTI

1. Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. il giudice, su istanza della parte, può ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione.

2. La domanda si propone con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella cancelleria del tribunale in composizione monocratica del luogo di domicilio dell'istante.

3. Il tribunale in composizione monocratica, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto.

4. Il tribunale in composizione monocratica provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se

accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi.

5. Nei casi di urgenza il tribunale in composizione monocratica provvede con decreto motivato, assunte, ove occorre, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza, il tribunale in composizione monocratica, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto.

6. Contro i provvedimenti del tribunale in composizione monocratica è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'articolo 739, secondo comma, del codice di procedura civile. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737, 738 e 739 del codice di procedura civile.

[...]

8. Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti del tribunale in composizione monocratica di cui ai commi 4 e 5 e dei provvedimenti del tribunale di cui al comma 6 è punito ai sensi dell'articolo 388, primo comma, del codice penale.

[...]

11. Ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 43 posti in essere da imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, è immediatamente comunicato dal tribunale in composizione monocratica, secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione, alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione del beneficio, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni, o enti revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore

concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto.

Il ricorso al giudice del lavoro può essere preceduto da un tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile o, nell'ipotesi di rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (art. 4, comma 3 d. lgs. 216/2003), sempre che il soggetto discriminato non intenda avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi. Egli, tra l'altro, può presentare personalmente il ricorso, anche se, come osservato in dottrina, l'eccezione all'obbligo di difesa tecnica è più apparente che reale, giacché la complessità e la delicatezza dell'acquisizione degli elementi necessari per dimostrare le condotte discriminatorie rendono di fatto necessaria l'assistenza di un legale.

La fase istruttoria si chiude con un'ordinanza che, stante la non necessità di una fase di merito, ha valore sostanziale di sentenza, reclamabile dinanzi alla Corte d'Appello.

Nel caso in cui il ricorso venga accolto, il giudice – oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale – ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti.

Al fine di impedirne la ripetizione, il giudice può, inoltre, ordinare, entro il termine fissato nel medesimo provvedimento, un "piano di rimozione" delle discriminazioni accertate. Nella definizione di tale piano il giudice è sostanzialmente libero, potendo egli dettare le soluzioni che ritiene più idonee per eliminare gli effetti della discriminazione:

in questo caso, infatti – come è stato osservato –, la funzione giurisdizionale non soffre "i limiti propri dell'azione civile ordinaria di cognizione in tema di correlazione tra *petitum* e *decisum*" (L. CURCIO).

L'effettività dell'esecuzione della decisione è garantita dal richiamo all'art. 388, comma 1, codice penale, la cui applicazione è prevista in caso di elusione dei provvedimenti del giudice, anche in sede di reclamo. A ciò si aggiunge la sanzione amministrativa di cui al comma 11 dell'art. 44, consistente nella perdita dei benefici pubblici accordati alle imprese, con la revoca di tali benefici e, nei casi più gravi, l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie.

L'art. 8 *septies* del decreto legge n. 59 del 2008 ha, poi, aggiunto l'art. 4-*bis*, rubricato *Protezione delle vittime*, che estende l'applicabilità della tutela giurisdizionale di cui all'articolo 4 "avverso ogni comportamento pregiudizievole posto in essere, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento".

Giova ricordare, infine, che l'art. 4, comma 1, del decreto legislativo 216/2003 ha modificato l'articolo 15, comma 2, della legge 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. statuto dei lavoratori), aggiungendo, dopo la parola «sesso», le parole: «, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali», estendo così il regime di nullità dei patti o atti diretti a fini discriminatori.

3.1.3. Onere della prova

Per quanto concerne la dimostrazione della sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, la direttiva comunitaria (art. 10, par. 1) ha, in sostanza, prefigurato un'inversione dell'onere probatorio sul piano processuale, nel senso che è fatto obbligo agli Stati membri di prevedere un meccanismo probatorio che richieda alla parte attrice soltanto di dedurre fatti o di produrre elementi di fatto dai quali si possa solo presumere l'esistenza di una condotta illecita, e non di provare direttamente tale condotta: spetterà alla parte convenuta provare l'insussistenza del carattere discriminatorio della sua azione o addirittura l'insussistenza dell'azione medesima. L'inversione descritta non opera – oltre che nei procedimenti penale (art. 10, par. 3) – nei procedimenti in cui spetta al giudice o all'organo competente indagare sui fatti (art. 10, par. 5).

Il decreto legislativo 216 del 2003, nella sua versione originaria, aveva previsto che il ricorrente potesse dedurre in giudizio, “anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, del codice civile” (art. 4, comma 4). Tale disposizione si poneva sostanzialmente in contrasto con il diritto comunitario testé citato, poiché la parte attrice restava gravata dall'onere della prova del fatto positivo: la prova per presunzioni è, infatti, comunque una prova piena sul fatto costitutivo della domanda. La dottrina aveva elaborato una lettura della disposizione che avrebbe potuto evitare il contrasto con la direttiva, facendo rientrare il regime probatorio *de quo* nella eccezione

consentita dalla norma comunitaria quando sia l'autorità giudiziaria o altro organo competente ad indagare sui fatti: la forma sommaria e semplificata del procedimento, nel quale il giudice è dotato di un potere officioso di raccolta degli elementi probatori senza formalità alcuna (ed eventualmente anche – lo ricordiamo – senza obbligo di difesa tecnica per il ricorrente), poteva giustificare tale tesi e sollevare, per altra via, notevolmente la parte attrice dall'obbligo di fornire elementi probatori alle deduzioni contenute nel ricorso.

Il richiamato decreto legge n. 59 del 2008 ha sostituito il comma 4 del decreto legislativo 216 del 2003, il quale oggi stabilisce che quando “il ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione”. Tale nuova formulazione non elimina, tuttavia, i dubbi sull'effettivo rispetto da parte del legislatore nazionale dell'obbligo derivante dalla direttiva di prevedere un'inversione dell'onere della prova a favore dei soggetti discriminati.

Giova, infine, ricordare che il comma 6 dell'art. 4 prevede, altresì, che il giudice debba tener conto, ai fini della liquidazione del danno, che l'atto o comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

3.1.4. Legittimazione ad agire

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, l'art. 9 della direttiva 2000/78/CE stabilisce che il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla direttiva medesima, deve essere riconosciuto alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire il rispetto delle disposizioni della direttiva. L'art. 5 del decreto legislativo 216 del 2003 ha dato attuazione a tale norma, prevedendo una duplice possibilità di rappresentanza, a seconda del carattere individuale o collettivo della discriminazione. Anche questa disposizione è stata modificata dal citato decreto legge n. 59 del 2008: essa, oggi, prevede pertanto, al primo comma, che le "organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso" siano legittimate ad agire, "in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità", "in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio".

L'avvenuta sostituzione delle "rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale" con i soggetti ora citati pone rimedio alla violazione della direttiva comunitaria, che riconosce il diritto di azione e di rappresentanza in giudizio a tutte le associazioni che abbiano un "legittimo interesse a

garantire che le disposizioni della direttiva siano rispettate", ed fa cadere i dubbi suscitati dal riferimento al carattere della necessaria rappresentatività dell'organizzazione, che appariva incoerente rispetto ai fini dell'attività che essa è chiamata a svolgere in questo contesto.

Il secondo comma specifica che le citate organizzazioni sindacali, associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso possano agire "nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione".

Nelle azioni individuali, dunque, i soggetti cui è attribuita la rappresentanza sono legittimati ex art. 77 c.p.c. in forza di una rappresentanza volontaria fondata sulla delega del titolare del diritto, e non sulla previsione legislativa, mentre la legittimazione ad agire *ad adiuvandum* si basa sulla specifica previsione normativa del decreto delegato: come è stato osservato, infatti, nonostante si parli genericamente di legittimazione ad agire "a sostegno" del soggetto discriminato, si tratta di un intervento volontario, adesivo dipendente, volto a sostenere, appunto, le ragioni della parte ricorrente ma che non può essere svolto per un interesse proprio (L. CURCIO). Quanto appena detto rende incomprensibile la necessità del rilascio di una delega risultante, a pena di nullità, da atto pubblico o da scrittura privata autenticata.

Nelle azioni collettive opera, invece, la sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., il che dà luogo ad una sorta di *class action*. Interpretata letteralmente, poi, la disposizione in parola sembra limitare la possibilità di azione collettiva solo al caso in cui non sia possibile individuare immediatamente

e direttamente i soggetti colpiti dalla discriminazione, ma detta lettura è da alcuni respinta alla luce di un'interpretazione sistematica e teleologica della disciplina, volta ad una semplificazione processuale del procedimento di tutela.

Sezione A: discriminazione di lesbiche, gay e bisessuali

1. Diritto penale, incitamento all'odio e alla discriminazione

Ad oggi, non esiste in Italia – a differenza di quanto avviene in molti Paesi europei, fra cui la Francia, la Spagna, il Belgio, l'Olanda ed il Regno Unito –, alcuna disposizione di carattere penale specificamente volta a punire comportamenti discriminatori fondati sull'orientamento sessuale, quali l'incitamento all'odio e alla discriminazione.

La legge 13 ottobre 1975, n. 654, recante ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, ha, infatti, ad oggetto atti fondati sulla discriminazione razziale, punendo chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale nonché chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale. Essa vieta inoltre ogni organizzazione o associazione avente tra i suoi scopi di incitare all'odio

o alla discriminazione razziale e punisce, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, chi partecipi ad organizzazioni o associazioni di tal genere, o presti assistenza alla loro attività. Nella stessa logica si è mossa la cosiddetta Legge Mancino (legge 25 giugno 1993, n. 205), recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, che ha, da un lato, ampliato la sfera delle condotte suscettibili di sanzione penale, includendovi però, solo gli "atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi" e, d'altro lato, ha introdotto la circostanza aggravante per i reati commessi "per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso", nonché la possibilità di procedere d'ufficio per i reati aggravati da detta circostanza (cfr. artt. 3 e 6).

In giurisprudenza si segnalano pochi casi legati al punto in discussione. Nella lontana sentenza 5 maggio 1993, la I sezione penale della Corte di Cassazione ha stabilito che, ai fini del diniego della circostanza attenuante della provocazione, è corretta la motivazione della sentenza che faccia riferimento all'accordo su prestazioni omosessuali non per escludere l'applicazione dell'attenuante per il fatto che anche l'imputato versa in situazione di immoralità, ma perché l'insistenza nella pretesa della prestazione immorale non può avere particolare significato offensivo, essendo del tutto "omologo e coerente all'ordinario e prevedibile sviluppo del rapporto instauratosi tra i due e liberamente accettato", per cui non può assumere il carattere di intollerabile ingiustizia ed offesa alla dignità della persona. Nel caso di specie l'imputato, che aveva accettato un'offerta in denaro, aveva poi rifiutato la prestazione omosessuale richiesta dalla vittima, alla

cui aggressione aveva reagito colpendola e strangolandola quando questa giaceva a terra già esanime, poi derubandola ed incendiando l'appartamento.

Caso analogo è quello deciso dalla stessa sezione I della Suprema Corte con la sentenza 10 giugno 1994, avente ad oggetto un caso di omicidio commesso nei confronti di soggetto che aveva proposto all'imputato, il quale aveva reagito, di intrecciare con lui una stabile relazione omosessuale. La Corte ha ritenuto che, ai fini della concessione dell'attenuante prevista dall'art. 62 n. 2 c.p., il fatto ingiusto altrui può essere realizzato non solo da un comportamento antiggiuridico, ma anche dalla violazione di norme sociali o di costume e deve contenere in sé la potenzialità di suscitare una *commotio animi* nel senso di una intensa eccitazione capace di alterare la funzionalità dei freni inibitori. Nel caso di specie, quindi, la circostanza attenuante non è stata ravvisata, sul rilievo che la pregressa conoscenza tra vittima ed omicida, implicando la consapevolezza da parte di quest'ultimo delle tendenze omosessuali dell'altra, annullava di fatto la potenzialità commotiva, privando il comportamento della parte lesa di quella inopinabilità che poteva suscitare un irrefrenabile impulso reattivo. Inoltre vi era enorme sproporzione tra azione e reazione.

Nello stesso anno, alla V sezione penale della Corte di cassazione giunse un caso di condanna per ingiuria, ai sensi dell'art. 594 del codice penale, a carico di un insegnante di scuola che aveva utilizzato nei confronti di uno studente minorenni aggettivi offensivi come "stupido", "imbecille", "idiota" e "gay". La Suprema Corte ha confermato le precedenti decisioni dei gradi inferiori, ritenendo applicabile l'art. 594 c.p., anziché l'art. 571 c.p., dedicato

all'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina: secondo la Corte, quando la parola "gay" è utilizzata assieme ad altre espressioni offensive in modo tale da risultare evidente che il suo scopo è quello di mortificare la vittima, tale parola, di per sé priva di connotati offensivi, acquista un significato offensivo alla luce, appunto, del contesto e dello scopo per il quale è usata, indipendentemente dall'orientamento sessuale della vittima.

Più recentemente, il Tribunale di Milano, con sentenza del 4 maggio 2009, ha affermato che, poiché nell'attuale atteggiamento del costume e della morale la condizione personale connotata da omosessualità non è tale da integrare più l'insorgenza di una reazione di repulsione e di riprovazione rispetto alla maggioranza dell'opinione pubblica, l'attribuzione non veritiera di tendenze omosessuali non integra una lesione all'onore e alla reputazione della persona, bensì una lesione del diritto all'identità personale.

Si ricordano, infine, due decisioni relative alla possibilità per un'associazione rappresentativa delle persone LGBT di richiedere il risarcimento dei danni quando i destinatari delle ingiurie siano persone singole e non l'associazione in sé.

Nel primo caso, deciso con sentenza della Corte d'Appello di Venezia dell'11 ottobre 2000, si è sostanzialmente affermato che l'ingiuria e l'incitamento all'odio nei confronti di lesbiche, gay, bisessuali e transessuali non autorizza, in linea generale, le associazioni di tutela dei diritti di tali soggetti ad agire in luogo del singolo, giacché il danno è sofferto dall'individuo e non dall'associazione. Il risarcimento dell'associazione può, dunque, giustificarsi nei limiti in cui quest'ultima costituisca il destinatario diretto delle

offese (nel caso di specie si è giunti ad una condanna al risarcimento in favore dell'Arcigay di circa 26.000,00 euro).

Nel secondo caso, deciso con sentenza del Tribunale di Milano del 3 ottobre 2001, si trattava dell'offesa pronunciata, nel corso di una manifestazione del Gay Pride, da alcuni individui nei confronti del movimento gay. Il giudice per le indagini preliminari, pur archiviando il caso per ragioni di merito, ha affermato il diritto di stare in giudizio del membro dell'Arcigay, giacché l'Associazione ha il diritto di proteggere i suoi membri dalle offese che possono essere rivolte a ciascuno di essi.

2. Riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali

2.1. Diritto di contrarre matrimonio

Nell'ordinamento italiano, a differenza di quanto previsto da molti altri Stati membri dell'Unione Europea, alle coppie omosessuali non è attualmente riconosciuto il diritto di contrarre matrimonio, tuttora riservato alle coppie eterosessuali.

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 ha dichiarato in parte inammissibile ed in parte infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, sollevata dal Tribunale di

Venezia e dalla Corte di appello di Trento, per asserita violazione degli articoli 2, 3, 29 e 117, comma 1, Cost.

In particolare, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità in riferimento agli artt. 2 e 117, comma 1, Cost. Quanto all'art. 2, l'inammissibilità discende dal fatto che la richiesta di una pronuncia additiva non risulta costituzionalmente obbligata. Secondo la Corte, l'intera disciplina dell'istituto matrimoniale, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, considerata dalla dottrina maggioritaria e dalla (rara) giurisprudenza di legittimità come requisito minimo di esistenza del matrimonio. Il parametro evocato dal giudice rimettente non impone di pervenire ad una declaratoria d'illegittimità della normativa censurata, estendendo alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile per colmare il vuoto conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale. La Corte ammette che nella nozione di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost. rientri anche l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Tuttavia, l'aspirazione a tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) può essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, e spetta solo al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento

per le unioni omosessuali, restando riservata alla Corte la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*) poiché, in relazione ad ipotesi particolari, può riscontrarsi la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata eterosessuale e quella della coppia omosessuale, trattamento che la Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.

Per quanto riguarda l'asserita violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., vengono in rilievo, quali norme interposte, l'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – secondo cui "Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto" – e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – per il quale il "diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Entrambe le citate disposizioni, nell'affermare il diritto di sposarsi, rinviano alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Pertanto, a parte l'esplicito riferimento agli uomini ed alle donne, è comunque decisivo il rilievo che anche tale normativa non impone la piena equiparazione delle unioni omosessuali e delle unioni matrimoniali tra uomo e donna. Con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento. La Corte avvalta tale ricostruzione attraverso il richiamo delle soluzioni adottate da numerosi Paesi europei, che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno dalla

tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso.

La questione è stata, invece, dichiarata infondata con riferimento agli articoli 3 e 29 della Costituzione. La Corte è dell'avviso che, se è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio, essendo dotati della duttilità propria dei principi costituzionali, non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, vanno interpretati tenendo conto delle trasformazioni dell'ordinamento e dell'evoluzione della società e dei costumi, è vero anche che detta interpretazione non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includervi fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata. Sono, in questo senso, richiamati i lavori preparatori dell'Assemblea costituente, in cui la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito e si discusse di un istituto – il matrimonio, appunto – che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. In assenza di diversi riferimenti, la Corte ha ritenuto inevitabile concludere che i Costituenti tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una

semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa di una norma che non prese in considerazione le unioni omosessuali, ma intese riferirsi al matrimonio nel suo significato tradizionale. Non è casuale, del resto, che la Costituzione, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela garantita ai figli naturali nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale. In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile, che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi costituzionalmente illegittima. Ciò sia perché essa trova fondamento nell'art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad un'irragionevole discriminazione, non potendo le unioni omosessuali essere ritenute omogenee al matrimonio.

La Corte ha altresì ritenuto non pertinente il richiamo operato da uno dei rimettenti alla legge n. 164 del 1982 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), ove si prevede la rettificazione dell'attribuzione di sesso in forza di sentenza del tribunale, passata in giudicato, che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato dall'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali. Secondo i giudici costituzionali, si tratta di una condizione del

tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da *tertium comparationis*: nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche ed a questo effetto è indispensabile, di regola, l'intervento chirurgico che, con la conseguente rettificazione anagrafica, riesce in genere a realizzare tale coincidenza. La persona è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale. Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento.

APPROFONDIMENTI



M. BONINI BARALDI, Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?, in Famiglia e diritto, 2005, 418 ss.

- F. BILOTTA, Matrimonio (gay) all'italiana, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2006, I, 91 ss.

- M. SESTA, Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?, in Famiglia e diritto, 2006, 169 ss.

- G. FERRANDO, Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore, in Resp. civ. e prev., 2008, 2344 ss.

La sentenza in parola non ha mancato di suscitare critiche tanto in dottrina quanto tra gli operatori giuridici, giacché essa, pur aprendo alla possibilità di individuare forme di tutela delle coppie omosessuali, ed anzi espressamente affermando la

necessità di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso per garantire il rispetto dell'art. 2 della Costituzione, segna una sostanziale chiusura in punto di estensione *tout court* del diritto di contrarre il matrimonio configurato dal codice civile alle coppie omosessuali.

Giova, peraltro, ricordare che negli ultimi anni vi sono state, oltre a quelle che hanno dato origine alla questione di legittimità costituzionale richiamata, altre richieste di riconoscimento di unioni omosessuali rivolte alle autorità italiane. Si ricordano, in particolare, il decreto del Tribunale di Latina del 10 giugno 2005, che ha negato la trascrivibilità nei registri dello stato civile del matrimonio contratto all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, confermato dal decreto della Corte d'appello di Roma del 13 luglio 2006, nonché la decisione della Corte d'appello di Firenze del 27 giugno 2008 che ha rifiutato le pubblicazioni per la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

2.2. Libertà di circolazione

La direttiva 2004/30/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, è stata attuata in Italia con il decreto legislativo n. 30 del 2007, che individua le modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione, ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato da parte dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari che li accompagnano o raggiungono.

Attraverso tale regolamentazione, l'ordinamento italiano si impegna a considerare come familiari del cittadino dell'Unione presente sul

territorio il coniuge, il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante e, infine, alcuni fra i discendenti e gli ascendenti. A tal proposito evidentemente una certa rilevanza potrebbe essere assunta, in futuro, dall'eventualità che l'ordinamento italiano scelga di riconoscere effetti giuridici alle unioni fra persone dello stesso sesso eventualmente costituite in altri Stati dell'UE. Poiché, tuttavia, allo stato attuale, tale riconoscimento non è avvenuto, la libertà di movimento è oggi riconosciuta in Italia soltanto agli individui come tali, indipendentemente dalle loro condizioni personali e dal loro orientamento sessuale.

2.3. Ricongiungimento familiare

La direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, è stata attuata in Italia con il decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 5. La nozione di famiglia rilevante ai fini del ricongiungimento è quella di famiglia formata da una coppia eterosessuale, giacché la normativa di attuazione della direttiva non riconosce il diritto al ricongiungimento per le persone unite in matrimoni omosessuali, in unioni registrate (eterosessuali o omosessuali) o in unioni di fatto.

In giurisprudenza, si ricorda qui il decreto della Corte d'appello di Firenze del 6 dicembre 2006, che, riformando la precedente decisione del Tribunale, ha negato la sussistenza di un diritto al ricongiungimento familiare in capo al partner

omosessuale di una coppia di fatto riconosciuta dall'ordinamento neozelandese, paese di cui il richiedente era cittadino.

APPROFONDIMENTI



L. PASCUCCI, Coppie di fatto: un limite al ricongiungimento familiare?, in Famiglia e diritto, 2007, 1042 ss.

3. Omogenitorialità

3.1 Adozione

Il difetto di una qualsiasi forma di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali e la mancata previsione, fatti salvi i casi di cui agli artt. 25, comma 5, 36, comma 4 e 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184, di un diritto del singolo ad adottare – diritto invece riconosciuto nella gran parte degli Stati membri dell'Unione – impediscono, sulla carta, di immaginare un rapporto di genitorialità della coppia omosessuale. In concreto, tuttavia, tale rapporto può realizzarsi. Il caso cui, tipicamente, ci si riferisce è quello dell'unico genitore biologico (o adottivo, o al genitore biologico o adottivo affidatario a seguito di allentamento o scioglimento di un precedente legame di coppia eterosessuale) che inizi uno stabile rapporto di coppia con una persona del medesimo sesso, la quale, di fatto, assume un ruolo "co-genitoriale" (come ricordato in dottrina, si usa, al riguardo, talora il termine "genitore intenzionale" proprio per designare il convivente del genitore

biologico e/o legale). Resta fermo il fatto che, in giurisprudenza, è esclusa la possibilità di trascrivere l'adozione di un minore effettuata da una coppia omosessuale coniugata all'estero: il Tribunale dei minorenni di Brescia ha, infatti, affermato, il 26 settembre 2006, che se è vero che, in Italia, potrebbe essere recepita una sentenza che dichiari l'adozione di un minore anche in favore di una coppia di fatto ovvero di una coppia non coniugata e parimenti potrebbe farsi anche ove l'adozione fosse stata pronunciata all'estero in favore di una persona single, è vero anche che analogo discorso non può farsi in caso di coppia omosessuale, dovendosi – secondo tale giudice – ritenere che, almeno per ora, consentire la creazione di un rapporto genitoriale tra un minore e due persone dello stesso sesso urti contro i principi fondamentali etici e sociali del Paese.

3.2 Affidamento condiviso

Come noto, la legge 8 febbraio 2006, n. 54 è intervenuta a modificare radicalmente il rapporto tra genitori separati e figli, allo scopo di porre questi ultimi al centro dell'attenzione di entrambi i genitori, con sostanziale ribaltamento della logica sottesa alla prassi instauratasi precedentemente alla riforma, imperniata sull'affidamento disgiunto del minore e la regolamentazione del diritto di visita del genitore non affidatario e della somministrazione di un assegno periodico di contributo al mantenimento. Oggi, dunque, l'affidamento ad un solo genitore è previsto come ipotesi eccezionale: come affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza 18 giugno 2008, n. 16593, in "tema di separazione personale dei coniugi, alla regola dell'affidamento condiviso dei

figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti «pregiudizievole per l'interesse del minore», con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi, poiché avrebbe, altrimenti, una applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto". Nell'ambito del giudizio sull'affidamento, nessun rilievo deve avere la considerazione dell'orientamento sessuale del genitore, sia esso o meno accompagnato da una situazione di convivenza con un partner del medesimo sesso.

APPROFONDIMENTI



G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. famiglia*, 2010, 802 ss.

In giurisprudenza si segnalano diverse decisioni in questo senso. Così, nella sentenza 28 giugno 2006, il Tribunale di Napoli ha chiaramente affermato l'idoneità di un genitore omosessuale ad essere affidatario della prole minorenni: secondo il giudice napoletano l'"atteggiamento di ostilità, più o meno velata, nei confronti dell'omosessualità, nel settore in oggetto, è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali, espressione di moralismo e non di principi etici condivisi, privi peraltro di un fondamento normativo. Soprattutto non vi è, né può

esservi, alla base di siffatta prevenzione, alcun fondamento normativo (ed è appena il caso di ricordare che in altri ordinamenti, anche nell'ambito dell'Unione europea, è ormai riconosciuto lo stesso matrimonio omosessuale)". Di contro, prosegue la sentenza, l'art. 3 Cost. "protegge l'individuo da qualunque discriminazione legata all'orientamento sessuale; cfr. anche gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità". Inoltre, deve essere "anzi ribadito che siffatta neutralità della condizione e delle relazioni omosessuali di un genitore si pone in termini di ben maggior forza rispetto alle condizioni-condotte «borderline», se non francamente illecite o «a rischio», sopra esaminate, e che pure di per sé non ostano al riconoscimento dell'idoneità genitoriale e all'affidamento. L'omosessualità, infatti e beninteso, è una condizione personale e non certo una patologia, così come le condotte-relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico rispetto a quelle eterosessuali. L'omosessualità del genitore si pone - ai fini che qui interessano - in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell'affidamento. Ciò è tanto più vero con riferimento a contesti socio-culturali elevati, quale è quello delle parti, in cui le antiche prevenzioni verso l'omosessualità dovrebbero essere superate". Ciò non significa che la relazione omosessuale del genitore possa, in concreto, fondare un giudizio negativo sull'affidamento o sull'idoneità genitoriale, ma ciò

può avvenire solo allorquando sia posta in essere con modalità pericolose per l'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore, il che – come è stato giustamente osservato – può affermarsi anche per una relazione eterosessuale (e, infatti, il Tribunale di Napoli richiama alcuni precedenti giurisprudenziali, in cui la relazione extraconiugale eterosessuale del genitore è stata valutata negativamente quanto alle conseguenze sulla prole). In senso sostanzialmente analogo va anche la più recente sentenza del Tribunale di Bologna del 15 luglio 2008, il quale ha deciso che la condizione omosessuale di uno dei genitori non giustifica e non consente di motivare la scelta restrittiva dell'affidamento esclusivo all'altro. La peculiarità del caso sottoposto all'attenzione del giudice emiliano consisteva nel fatto che si trattava di una richiesta di modifica dell'affidamento della figlia, da esclusivo alla madre a condiviso insieme al genitore omosessuale. Applicando le norme sull'affidamento condiviso al caso in questione, i giudici bolognesi hanno evidenziato come l'omosessualità del genitore non sia un elemento ostativo al raggiungimento degli obiettivi della riforma: per derogare alla regola dell'affidamento condiviso, occorre "che risulti nei confronti di uno dei genitori una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa, o comunque tale da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore", come stabilito anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza 19 giugno 2008 n. 16593. L'orientamento sessuale, dunque, non è ricollegabile, di per sé, a condizione di carenza o inidoneità educativa, dovendosi piuttosto valutare altri elementi, quali la presenza di interesse del genitore nei confronti della prole. L'unico criterio che deve

orientare la valutazione giudiziale è, infatti, quello del best interest del minore. Viceversa le accuse di omosessualità rivolte da un genitore all'altro, al fine di ottenere provvedimenti giurisdizionali restrittivi dell'esercizio dei diritti inerenti alla posizione genitoriale, lungi dal giustificare l'adozione di detti provvedimenti, possono essere valutate come elemento idoneo, insieme ad altri, a determinare provvedimenti negativi nei confronti del genitore "accusatore". Nella richiamata sentenza 19 giugno 2008 n. 16593 la Cassazione ha deciso il caso di un padre che, per sostenere la propria richiesta di affidamento esclusivo (e, in subordine, di quello condiviso), aveva allegato l'inidoneità educativa della moglie, in ragione di una pretesa relazione omosessuale da quest'ultima intrattenuta con un'amica. Se è vero che la richiesta è stata respinta per l'assoluta infondatezza e il difetto di prova sull'asserita relazione, è vero anche che la Cassazione ha, nella sostanza, avallato il ragionamento seguito dalla decisione d'appello, fondato sul "comportamento gravemente screditatorio [da parte del padre] della capacità educativa della madre, adottato dal marito con non provate accuse anche di sue relazioni omosessuali". Tale atteggiamento è stato ritenuto fonte "di oggettiva inidoneità del padre alla condivisione dell'esercizio della potestà genitoriale in termini compatibili con la tutela dell'interesse primario del minore, mentre la madre aveva mostrato, invece, disponibilità a favorire rapporti tra il padre e il figlio, che, allo stato, appare sereno e ben integrato scolasticamente". Alla medesima logica seguita dalla Cassazione si iscrive il decreto del Tribunale per i minorenni di Catanzaro del 27 maggio 2008, che ha deciso l'affidamento

esclusivo del minore alla madre in quanto il padre, pregiudicato ed alcolista, non avrebbe costituito un modello educativo per il figlio, non solo per la condanna per omicidio volontario, ma anche per aver più volte dimostrato atteggiamenti discriminatori e razzisti contro omosessuali e drogati.

4. Impiego e condizioni di lavoro

Come visto *supra*, paragrafi 3.1. e seguenti, la direttiva comunitaria ed il relativo decreto attuativo prendono specificamente in esame le discriminazioni fondate (anche) sull'orientamento sessuale. A tali paragrafi quindi si rinvia, limitandoci qui a ricordare come l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, nel prevedere il divieto di qualsiasi atto discriminatorio, sancisca oggi la nullità di qualsiasi patto od atto diretto a fini, oltre che di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, anche di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali. In giurisprudenza si segnala il caso deciso il 19 giugno 2007 dalla IV sezione del Consiglio di Stato, chiamata a giudicare del licenziamento di un poliziotto conseguente all'irrogazione di una sanzione disciplinare giustificata dal fatto che questi teneva un comportamento contrario all'onore e alla morale. Il ricorrente era, infatti, spesso stato visto indossare abiti da donna e vestirsi in modo eccentrico (ad esempio, lavava la macchina in bikini). Dopo aver richiamato i limiti del proprio sindacato giurisdizionale, il supremo giudice amministrativo, a conferma della decisione del TAR di Venezia, non ha ravvisato nella decisione della pubblica amministrazione di licenziare il poliziotto gli estremi dell'illogicità o irrazionalità della motivazione,

giacché il comportamento del poliziotto al di fuori dell'orario di lavoro potrebbe pregiudicare la sua reputazione e la fiducia dei suoi colleghi, elemento invece fondamentale nello svolgimento di un lavoro come quello affidato alle forze dell'ordine.

5. Omosessualità e diritto d'asilo

Come noto, il diritto d'asilo, oltre ad essere riconosciuto e garantito dall'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo come il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni, è, in Italia, garantito dall'art. 10 della Costituzione, che prevede che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge» (comma 3): di questo diritto sono titolari tutti quei soggetti che si trovano fuori dai confini del loro Paese di origine e che non possano farvi ritorno poiché vi è fondato timore che essi possano subire, in quel Paese, violenze, torture o persecuzioni. Negli ultimi anni, l'Italia ha adottato alcuni importanti decreti in materia di asilo: il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 (cosiddetto "decreto qualifiche"), che attua la direttiva 2004/83/CE del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, entrato in vigore il 19 gennaio 2008; il decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 (cosiddetto "decreto procedure"), che dà attuazione alla direttiva 2005/85/CE del Consiglio recante norme minime per le procedure

applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, entrato in vigore il 2 marzo 2008; il decreto legislativo 3 ottobre 2008, n. 159, contenente modifiche ed integrazioni al “decreto procedure”.

**ON-LINE**

www.onuitalia.it/unhcr.php
www.cir-onlus.org/

Tra i motivi di persecuzione che possono giustificare il riconoscimento dello status di rifugiato (o di altre forme di protezione internazionale), l'art. 8 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 annovera l'appartenenza ad un “particolare gruppo sociale”, e specifica espressamente che “in funzione della situazione nel Paese d'origine, un particolare gruppo sociale può essere individuato in base alla caratteristica comune dell'orientamento sessuale, fermo restando che tale orientamento non includa atti penalmente rilevanti ai sensi della legislazione italiana”.

La domanda di protezione internazionale deve essere presentata personalmente all'ufficio di polizia di frontiera oppure alla Questura competente per il luogo di dimora (art. 3, decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25).

Le autorità competenti all'esame delle domande di protezione internazionale sono le commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale (art. 3, decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25).

Avverso la decisione della Commissione territoriale è ammesso ricorso dinanzi al tribunale che ha sede nel capoluogo di distretto di corte d'appello in cui ha sede la Commissione territoriale che ha pronunciato il provvedimento. Il ricorso – che è ammesso anche nel caso in cui l'interessato abbia richiesto il riconoscimento dello status di rifugiato e la Commissione territoriale lo abbia ammesso esclusivamente alla protezione sussidiaria – deve essere proposto, a pena di inammissibilità, nei trenta giorni successivi alla comunicazione del provvedimento (art. 35, decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25).

A fronte dell'esistenza di casi di concessione dello status di rifugiato e di altra forma di protezione internazionale per motivi legati al proprio orientamento sessuale, si deve precisare che la giurisprudenza richiede, ai fini del riconoscimento della protezione, la prova che l'omosessualità costituisca in sé reato nel paese di origine. Si ricordano, in questo senso, la sentenza della I sezione civile della Corte di Cassazione del 25 luglio 2007, n. 16417, che ha affermato che nell'ambito delle disposizioni relative al trattamento degli stranieri, l'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998 vieta l'espulsione verso uno Stato nel quale lo straniero possa subire persecuzioni per motivi, tra l'altro, sessuali, essendo a tal fine sufficiente la previsione di un reato, senza che sia necessaria anche la concreta emanazione di una condanna. Il decreto del giudice di pace che, avendo accertato che nel Senegal l'omosessualità è punita con la reclusione, aveva accolto il ricorso dello straniero contro il provvedimento di espulsione, è stato, pertanto, cassato con rinvio dalla Suprema Corte, la quale ha rilevato che, per affermare

l'esistenza di un trattamento persecutorio, occorre accertare se la legislazione di quel Paese preveda come reato il fatto in sé dell'omosessualità ovvero l'ostentazione di tali pratiche in modo non conforme al sentimento pubblico del Paese stesso.

In senso sostanzialmente analogo si è più recentemente espressa la stessa sezione I, con sentenza del 14 ottobre 2009, laddove è stata ritenuta corretta la motivazione del giudice di merito che, nel caso di un tunisino, sedicente omosessuale, da rimpatriare, ha escluso potesse spettargli lo status di perseguitato per motivi sessuali, non risultando che in Tunisia gli omosessuali fossero oggetto di discriminazione solo per tale condizione. Nella stessa decisione la Suprema Corte ha, altresì, precisato che qualora lo straniero condannato in Italia e destinatario di provvedimento di espulsione si opponga ad esso, chiedendo il riconoscimento dello status di perseguitato per motivi di sesso e sia ancora in corso la relativa procedura, spetta al tribunale di sorveglianza l'accertamento, in via incidentale, della sussistenza dei presupposti che potrebbero condurre in concreto al riconoscimento di tale status.

6. Libertà di riunione e manifestazione

Come noto, l'art. 17 della Costituzione italiana sancisce il diritto dei cittadini "di riunirsi pacificamente e senz'armi". Tale disposizione precisa che per "le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica". La regolamentazione più dettagliata delle forme di esercizio del diritto è contenuta nel regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, Testo unico delle

Leggi di Pubblica Sicurezza.

Certo è che, in Italia, tanto le manifestazioni del Gay Pride quanto ogni altra manifestazione sia essa a favore o contro i diritti delle persone LGBT non possono essere vietate dalle pubbliche autorità, a condizione, appunto, che esse siano pacifiche e senz'armi.

Sezione B: discriminazione di transessuali e transgender:

1. Disciplina del mutamento di sesso

In Italia, la disciplina sul mutamento di sesso è contenuta nella legge 14 aprile 1982, n. 164, recante "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso". Come è stato efficacemente osservato in dottrina, dall'entrata in vigore della legge 164 del 1982 esistono, in Italia, "due diverse modalità di attribuzione del sesso meritevoli di pari dignità morale e giuridica: la formazione dell'atto di nascita e il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso. Ogni discriminazione tra chi sia nato e chi sia diventato uomo o donna è vietata".

APPROFONDIMENTI



J. LONG, Essere genitori transessuali, in Nuova giur. civ., 2008, 236 ss.

In estrema sintesi, la rettificazione è fatta in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali.

La domanda di rettificazione è proposta con ricorso al tribunale del luogo dove ha residenza l'attore. Con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso, il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune in cui è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro.

Nel caso in cui il tribunale accerti la necessità di un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso, la rettificazione è disposta in camera di consiglio, una volta accertata la effettuazione del trattamento autorizzato.

Con la sentenza n. 161 del 1985 la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità, sollevata per la presunta violazione degli artt. 2 e 32 Cost., avente ad oggetto l'art. 1 della legge n. 164 del 1982, che nella sua formulazione originaria, prevedeva "la rettificazione di cui all'art. 454 cod. civ." anche "in forza di sentenza di tribunale passata in giudicato che attribuisce ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenuta modificazione dei suoi caratteri essenziali". La Corte ha, infatti, ritenuto essere inesatta l'affermazione per cui l'identità sessuale sarebbe soltanto quella determinata dagli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita, o modificati per naturale evoluzione, ancorché coadiuvata da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuoverne il naturale sviluppo. Nemmeno può dirsi che l'intervento chirurgico diretto alla modificazione dei caratteri sessuali violi il principio della indisponibilità del proprio corpo e il diritto alla salute di chi vi si sottopone, posto che detto principio è salvaguardato

dalla necessità del previo intervento autorizzatorio del tribunale, e devono ritenersi consentiti tutti gli interventi diretti alla tutela della salute psichica dell'interessato, ivi compreso quello rivolto ad eliminare l'affezione da sindrome transessuale facendo coincidere il soma con la psiche. Allo stesso modo, non può ritenersi violato l'art. 2 Cost. per il fatto che sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da considerare aspetto e fattore di svolgimento della personalità: diritto che gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere, per dovere di solidarietà sociale. A tali considerazioni la Corte aggiunge quella per cui il fatto di far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali, nonché come la certezza dei rapporti giuridici.

La giurisprudenza di merito ha, nel tempo, contribuito a chiarire i singoli aspetti applicativi della legge in parola. Così, ad esempio, il Tribunale di Monza, già nella sentenza 25 ottobre 1983, precisava che il trattamento medico-chirurgico ha lo scopo di assecondare la struttura corporea a quella mentale del soggetto, cosicché tale adeguamento, deve essere valutato tenendo conto di tutti i limiti in cui la conversione è tecnicamente possibile e soprattutto prescindendo dagli eventuali difetti di carattere funzionale riscontrabili ex post nel concreto esercizio dell'attività sessuale, giacché la regolare o completa funzionalità degli organi sessuali non è essenziale ai fini dell'attribuzione del sesso (nello stesso senso si

veda anche la sentenza del Tribunale di Messina del 5 dicembre 1985).

Ancora, il Tribunale di Roma, con sentenza del 18 ottobre 1997, ha ritenuto che la rettificazione dell'atto di nascita può disporsi anche senza che sia intervenuto preventivamente un trattamento medico-chirurgico autorizzato, trattamento che non è in sé indispensabile ai fini della rettificazione, dovendo essere disposto solo quando appaia necessario, e cioè indispensabile per assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, vale a dire allorché la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini nell'interessato un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali.

Il Tribunale Milano, dal canto suo, con sentenza del 5 ottobre 2000, ha affermato che, poiché l'atto di autorizzazione da parte del giudice si inserisce nel procedimento di rettificazione senza connotati di autonomia e non è né presupposto processuale, né condizione dell'azione, il giudice può accogliere la domanda avanzata dal transessuale dopo avere solo a posteriori (cioè quando il trattamento medico-chirurgico sia stato effettuato prima che l'interessato avanzasse richiesta di rettificazione) accertata la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di cui alla l. n. 164 del 1982. In senso analogo si era già espresso il Tribunale di Salerno con sentenza del 5 marzo 1998, laddove affermava che l'adeguamento dei caratteri e delle peculiarità sessuali della propria persona, mediante trattamento medico-chirurgico consigliato dai sanitari, ma effettuato prima della prescritta autorizzazione giudiziale, non può precludere il riconoscimento del primario diritto alla propria identità sessuale.

Il Tribunale di Velletri ha, invece, più di recente negato accoglimento alla domanda del transessuale che, dopo avere ritualmente chiesto ed ottenuto, previo intervento chirurgico di modifica del sesso da maschile a femminile, la rettificazione dell'attribuzione del sesso e del nome ai sensi della l. n. 164/1982, voglia tornare al primitivo sesso maschile, chiedendo una nuova rettifica in tal senso dell'attribuzione di sesso, senza peraltro sottoporsi ad alcun intervento medico-chirurgico per adeguare i propri caratteri da femminili a maschili (sentenza del 2 novembre 2005).

Infine, si ricorda come già nel 1984 i giudici affermavano, sulla scorta di quanto sostenuto anche dalla Corte costituzionale, che, poiché la tutela della identità sessuale costituisce un aspetto del diritto alla identità personale, non costituisce reato il comportamento del transessuale che circoli con indumenti femminili, poiché il travestimento in tali casi non è preordinato a creare ostacoli all'attività di polizia (Pretore di Rimini, 23 ottobre 1984).

Per quanto riguarda il rapporto tra mutamento di sesso e cambiamento di nome, l'art. 5 della legge n. 164 del 1982 stabilisce che le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome. A questo proposito, la giurisprudenza di merito ha precisato che il prenome non va necessariamente mutato convertendolo in accordo con il sesso scaturente dalla rettificazione: a parte la considerazione che non sempre tale conversione è possibile, quanto meno in termini agevoli ed univoci, il tribunale deve tener conto del nuovo prenome, pur se del tutto diverso dal prenome precedente, indicato dal transessuale, ove

tale indicazione sia legittima e conforme al nuovo stato (sentenza del Tribunale di Salerno del 5 marzo 1998).

Da altro punto di vista, si ricorda come nella sentenza 25 ottobre 1983 il Tribunale di Monza abbia sostenuto che, per quanto concerne il nuovo nome che la parte deve necessariamente assumere in conseguenza dell'accoglimento della domanda di rettificazione del sesso, pur trattandosi di adempimento dell'ufficiale di stato civile, in sede di esecuzione della sentenza, non occorre un'ulteriore e successiva dichiarazione dell'interessato, ogniqualvolta il medesimo, contestualmente alla domanda proposta ai sensi dell'art. 2 l. 14 aprile 1982 n. 164, chieda al giudice investito della decisione di ordine all'ufficiale di stato civile di rettificare anche il nome, facendone idonea e legittima indicazione.

2. Conseguenze del mutamento di sesso sulla vita familiare

Il mutamento di sesso è destinato ad avere ripercussioni sui rapporti familiari. Tenendo ferma la prospettiva espositiva sin qui adottata – quella, cioè, volta a mettere in luce le possibili discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e individuare gli strumenti per contrastarne l'insorgenza e/o porre rimedio alla loro concreta verifica – si tratteranno, sinteticamente, di seguito i profili riconducibili all'esercizio da parte del transessuale di diritti che incidono sulle relazioni familiari, chiamando talvolta in causa i rapporti con i figli.

2.1. Diritto del transessuale di contrarre matrimonio

Per quanto riguarda il diritto del transessuale a contrarre matrimonio con persona di sesso opposto, esso appare pacificamente riconosciuto. Tuttavia, si deve ricordare quella giurisprudenza che, identificando nel transessualismo un'anomalia sessuale, afferma essere viziato da errore essenziale sulle qualità personali, ai sensi dell'art. 122 comma 2 c.c., il matrimonio contratto nell'ignoranza di tale condizione nell'altro coniuge, giacché tale condizione potrebbe impedire il normale svolgimento della vita coniugale (così, ad esempio, Tribunale di Bari, 1 ottobre 1993): spetterà al coniuge richiedente l'annullamento del matrimoni dimostrare che il suo consenso ad esso non sarebbe stato prestato ove di detta anomalia si fosse avuta una conoscenza preventiva.

2.2. Cambiamento di sesso ed effetti sul vincolo matrimoniale esistente

Dal tenore letterale dell'art. 4, legge n. 164 del 1982 discendeva una sorta di obbligo per il transessuale di divorziare: la disposizione in parola stabilisce, infatti, che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, pur non avendo effetto retroattivo, "provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso". L'entrata in vigore della legge n. 74 del 1987, che ha modificato l'art. 3 della legge n. 898 del 1970, ha in parte – e sia pure implicitamente – modificato la situazione, conferendo all'effetto di

scioglimento una connotazione facoltativa: il richiamato art. 3 prevede, infatti, che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio possa essere domandato da uno dei coniugi, tra l'altro, nel caso in cui sia passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 14 aprile 1982, n. 164.

La questione per molto tempo è stata più che altro teorica, perché in tutti i casi editi lo scioglimento del matrimonio è stato pronunciato dall'autorità giudiziaria contestualmente al cambiamento di sesso. È però capitato che in un caso deciso dal Tribunale di Bologna, 30-6-2009 (inedita) nonostante sia stato dedotto in giudizio che la persona, la quale chiedeva la modificazione del sesso anagrafico era già sposata e nonostante la moglie fosse stata convenuta in giudizio, il Tribunale ha taciuto sullo status coniugale della ricorrente, limitandosi a disporre la rettificazione di attribuzione di sesso da maschile a femminile, con modifica del nome e ordinando all'Ufficiale di Stato Civile di rettificare l'atto di nascita. Invece, andando oltre le sue competenze l'Ufficiale dello stato civile ha annotato la sentenza a margine dell'atto di matrimonio della ricorrente e, dopo il passaggio in giudicato della stessa, ha eseguito un'ulteriore annotazione a margine del suddetto atto, attestando la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Da qui è nato il caso deciso dal Tribunale di Modena, 28-10-2010 (inedita) che, in assenza di una pronuncia giudiziaria concernente il matrimonio in questione, ha dichiarato che l'Ufficiale dello stato civile non ha alcun poter di modificare autonomamente gli atti dello stato civile.

2.3. Persone transessuali e affidamento dei figli

Come è stato affermato in dottrina, ai fini della valutazione della idoneità affettiva e della capacità di istruire, mantenere ed educare un minore, la condizione di transessualità del genitore risulta, per l'ordinamento italiano, formalmente irrilevante, in ragione del combinato operare dei due principi del superiore interesse del minore e del divieto di discriminazione sulla base delle modalità di attribuzione del sesso.

La decisione da parte di uno dei genitori di intraprendere e portare a termine la procedura di rettificazione del sesso non influisce, di per sé, sull'esistenza del rapporto giuridico di filiazione: soltanto l'accertamento giudiziale di una situazione oggettivamente pregiudizievole per il minore derivante dalla condotta del genitore potrebbe giustificare il venir meno della potestà genitoriale. Così, nel caso di separazione tra coniugi, uno dei quali si sia sottoposto al procedimento di rettificazione del sesso, l'affidamento dei figli deve seguire le ordinarie regole di cui alla richiamata legge n. 54 del 2006, che impongono, come detto, al giudice di adottare "i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa" (art. 155, comma 2, c.c.). In giurisprudenza si conosce un unico caso, risalente alla lontana sentenza del Tribunale dei minorenni di Torino del 20 luglio 1982, in cui si affermò essere comportamento obiettivamente pregiudizievole nei confronti del figlio di dieci anni quello del padre che, dopo anni di separazione dalla famiglia, ricompaie nella vita del figlio dopo aver assunto identità femminile, così causando grave turbamento nel bambino che non accetta una così sconcertante figura di padre-madre,

con fisico, abbigliamento e professione (spogliarellista) del tutto diversi da quelli del normale modello paterno.

2.4. Persone transessuali e adozione

Al pari di quanto detto a proposito dell'affidamento, la transessualità dell'aspirante genitore adottivo è elemento formalmente irrilevante ai fini dell'adozione, giacché i requisiti formali di carattere documentale richiesti riguardano esclusivamente lo status coniugale dei genitori e l'esistenza di una differenza minima e massima di età. Si deve, tuttavia, precisare che l'aspirante adottante è tenuto a far conoscere la sua condizione di transessuale ai soggetti chiamati a curare l'istruttoria per la valutazione dell'idoneità all'adozione.

Con particolare riferimento all'adozione internazionale, il Tribunale dei minorenni di Perugia ha affermato, con sentenza del 22 luglio 1997, che l'attuale controllo giurisdizionale volto alla dichiarazione di idoneità dei coniugi all'adozione internazionale non è destinato a riscontrare una sessualità normale ed adeguata dei coniugi stessi, ma è limitato ad accertare la loro capacità d'amore e di altruismo verso un bambino straniero in stato di abbandono, cioè ad appurare la sussistenza della loro capacità oblativa, della loro reale potenzialità affettiva verso un minore straniero senza famiglia; una volta verificati tali presupposti, deve di conseguenza essere accolta la domanda di un coniuge che – soggetto transessuale nato donna – abbia vissuto dolorosamente la discordanza fra sesso biologico e genere biologico, realizzando l'arduo

progetto di acquistare l'identità di genere desiderata (quella maschile), diversa da quella originaria.

Conclusioni

Il panorama normativo e giurisprudenziale che si è tentato di tracciare in queste pagine testimonia come anche il nostro ordinamento abbia compiuto significativi passi in avanti sul cammino della tutela dei diritti delle persone LGBT. Allo stesso tempo non si può fare a meno di sottolineare come, soprattutto se confrontato con molte esperienze di vari Paesi membri dell'Unione Europea, ancora lungo sia il percorso verso la completa eliminazione di ogni forma di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Certamente, la battaglia legale che gli avvocati sono chiamati quotidianamente a combattere per realizzare una tutela più piena dei diritti degli omosessuali, dei bisessuali, dei transessuali e dei transgender ha anche bisogno, perché possa dirsi definitivamente vinta, di un'ulteriore maturazione della coscienza civile e di una maggiore sensibilizzazione dell'opinione pubblica sui temi della discriminazione. D'altro canto, però, è proprio l'attività degli avvocati che può diventare uno dei motori più efficaci di questo processo di maturazione, attraverso l'utilizzo di tutti gli strumenti che il diritto interno, comunitario e sovranazionale mette a disposizione dei soggetti ancora oggi discriminati.

Informazioni sul progetto:

EQUAL JUS – Rete europea per la tutela giuridica dei diritti LGBT (di lesbiche, gay, bisessuali e trans) ha come scopo quello di combattere l’omofobia e la transfobia incrementando la consapevolezza che essere diventati cittadini europei ha portato con sé una nuova dimensione di inclusione e di protezione dei diritti fondamentali. Il progetto contribuisce a creare un open network per avvocati fornendo anche strumenti per il training e per la consultazione come pubblicazioni, newsletters e una banca dati.

Ulteriori informazioni sul sito www.equal-jus.eu

I partners del progetto Equal-jus



Università di Udine - Dipartimento di scienze giuridiche (Italia)
Via Treppo 18, 33100 Udine - www.uniud.it/disg



Avvocatura per i diritti LGBT (Italia) Via il Prato 66, 50123 Firenze/Italia
www.retelenford.it, info@retelenford.it



IMED Istituto per il Mediterraneo (Italia) Via Dalmazia, 00198 Roma/Italia
www.imedweb.eu, info@imedweb.eu



Kampania Przeciw Homofobii (KPH) (Polonia) ul. Zelazna 68, 00-866 Warszawa
www.kph.org.pl, info@kph.org.pl



Réseau d'aide aux victimes d'agression et de discrimination (RAVAD) (Francia) c/o
Centre LGBT Paris-IdF- 63 rue Beaubourg, 75003 Paris - www.ravad.org



Lithuanian Gay League (LGL) (Lituania) A. Jakšto 22-15, LT-01105 Vilnius
www.atviri.lt, office@gay.lt



SOS - Homophobie (Francia) - Centre LGBT IdF - 63 rue Beaubourg, 75003 Paris
www.sos-homophobie.org



Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE)
(Francia, Associate partner) 11 r St Georges, 75009 Paris - www.halde.fr



EQUALJUS
www.equal-jus.eu