

Corte europea dei diritti umani e tutela dell'orientamento sessuale

Micaela Frulli (Università di Firenze)

Il 1° aprile 2001, ad Amsterdam, quattro coppie si unirono in matrimonio di fronte all'allora sindaco Job Cohen. L'evento, di per sé ordinario, fu in verità un evento molto significativo, considerando che le coppie in questione erano coppie omosessuali e che i loro furono i primi matrimoni *same-sex* celebrati in assoluto nel mondo. A seguire, nel solo mese di aprile 2001, ben altre 382 coppie si sposarono grazie alla storica legge olandese "*Wet openstelling huwelijk*", la prima a legalizzare il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

A 15 anni di distanza, il dibattito attorno al tema dei matrimoni omosessuali è ancora molto attuale e vivace. Alcuni paesi, principalmente europei, hanno seguito l'esempio olandese, aprendo a tutti il diritto di unirsi in matrimonio, prima riservato esclusivamente alle coppie eterosessuali. Altri hanno introdotto le unioni civili, che riconoscono e tutelano le forme di convivenza non matrimoniale fra due persone (dello stesso o diverso sesso) legate da vincoli affettivi ed economici, da ultimo l'Italia con la Cirinnà, pur con molte lacune.

È opportuno ricordare che è possibile parlare di matrimonio e riconoscimento dei diritti delle coppie *same-sex* solo in un contesto che sia libero dalle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale. Ancora oggi esistono enormi differenze tra i vari paesi riguardo alla tutela di una sfera così personale e intima come quella dell'orientamento sessuale: se nascere e/o vivere in un determinato paese può permettere una libera espressione di sé, in altri l'essere omosessuale può comportare il rischio di incorrere in pene detentive, pecuniarie o addirittura nella pena capitale.

Il diritto a non essere discriminati sulla base dell'orientamento sessuale è un diritto emerso lentamente a partire dalla seconda metà del '900, che ancora oggi fatica ad affermarsi su un piano universale.

Panorama internazionale

In breve un panorama sul diritto a non essere discriminati sulla base dell'orientamento sessuale attraverso gli strumenti e le decisioni adottati nel corso del tempo dai principali attori che si muovono sulla scena internazionale.

Divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale nella prassi dell'ONU

L'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) è il soggetto internazionale che a partire dalla sua costituzione (1945) più ha promosso e difeso il rispetto dei diritti umani. Sia l'art. 1 che l'art. 55 del suo Statuto affermano la necessità di promuovere il rispetto dei diritti umani per tutti, senza distinzioni di razza, sesso, lingua e religione.

Un altro importante documento è la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, dove si legge che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti (..) 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 e sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione» artt 1 e 2. Questa nuova formulazione, la stessa che è ripresa negli artt. 2 e 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), ratificato da 167 Stati, e nell'art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966), ratificato da 160 Stati, estende la protezione del divieto di discriminazione in base ad *ogni altra condizione* oltre a quelle già elencate e mostra come la lista non sia in sé esaustiva e permette dunque un'interpretazione più ampia del concetto di non discriminazione che arriverà, come vedremo, a tutelare l'individuo anche sotto il profilo dell'orientamento sessuale. È il Commento generale n. 20 (del 2 luglio 2009) del Comitato dei diritti economici sociali e culturali il primo ad affermare con chiarezza che la clausola «ogni altra condizione dell'art. 2, par. 2» comprende l'orientamento sessuale.

Si tratta dunque di un riconoscimento arrivato in tempi relativamente recenti dopo un cammino di affermazione frammentato e a momenti fortemente contrastato, in ragione della diversa sensibilità e delle diverse posizioni tenute dagli Stati sul tema. Tra questi c'è, infatti, chi considera la tematica dell'orientamento sessuale a pieno titolo iscritta

nell'ambito dei diritti umani e per questo motivo equipara la condizione delle persone LGBTI a quella di qualsiasi altro individuo, riconoscendogli uguali diritti e doveri, e chi invece la separa dai diritti universali e fondamentali, interpretando il tentativo di introdurre un dibattito all'interno delle Nazioni Unite come un'intromissione nel proprio dominio riservato.

A partire dagli anni '90 l'intero sistema a tutela dei diritti umani delle Nazioni Unite ha progressivamente iniziato ad occuparsi della tematica dell'orientamento sessuale, sia tramite i *treaty bodies*, commissioni di esperti indipendenti che devono monitorare l'attuazione dei principali trattati a difesa dei diritti umani, sia attraverso le *special procedures*, esperti di diritto internazionale che riportano violazioni dei diritti umani sul piano globale o locale.

Il Comitato dei diritti umani, il principale *treaty body* delle Nazioni Unite composto da 18 esperti che controllano l'esecuzione del Patto sui diritti civili e politici, esamina i rapporti periodici che gli Stati firmatari sono tenuti ad inviare (generalmente ogni quattro anni) e risponde con altri rapporti e osservazioni generali, ma accoglie anche comunicazioni individuali in merito a presunte violazioni del Patto da parte degli Stati. Proprio in occasione di una di queste comunicazioni, il Comitato si è pronunciato, per la prima volta, sull'obbligo degli Stati di proteggere gli individui da discriminazioni sulla base del loro orientamento sessuale.

Nel caso *Toonen c. Australia* del 1994 il Comitato accoglie la comunicazione di Nicholas Toonen, un attivista per la promozione dei diritti degli omosessuali in Tasmania, sostenendo che l'esistenza di una legge nazionale – sia pur non applicata - che punisce varie forme di contatto sessuale tra adulti di sesso maschile in privato, costituisce una violazione degli artt. 17 e 26 del Patto sui diritti civili e politici relativamente al diritto alla privacy e all'uguaglianza di fronte alla legge¹. Il parere del Comitato, motivato dal riconoscimento dell'ingerenza che una simile legge esercita nella sfera privata dell'individuo, porterà all'approvazione da parte del governo federale dello *Human Rights*

¹ Art. 17 del Patto sui diritti civili e politici: «Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze e offese». Art. 26: «Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale e effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale e sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione».

(*Sexual Conduct*) Act 1994 - Sect.4, che rende legali i rapporti sessuali tra adulti consenzienti e proibisce la promulgazione di ulteriori leggi che possano interferire arbitrariamente con la condotta sessuale privata dell'individuo.

Il principio secondo il quale discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale costituiscono una violazione del Patto sui diritti civili e politici è stato ripreso in due casi successivi del 2003 e del 2007 giudicati dal Comitato dei diritti umani, *Young c. Australia* e *X c. Colombia*. Entrambi i casi riguardavano discriminazioni subite dagli autori delle comunicazioni in materia di pensione di reversibilità e benefici sociali ottenuti alla morte del partner omosessuale, in considerazione alla difficoltà di vedere riconosciuto il legame affettivo che li univa e la stabilità della loro relazione. A questo proposito, il Comitato riconosce la violazione dell'art. 26 del Patto e afferma che alle coppie dello stesso sesso devono essere accordati gli stessi diritti garantiti alle coppie di sesso diverso.

A partire dal 1994 si assiste dunque all'emergere di un'attenzione e di una sensibilità sempre maggiori riguardo alla tematica dell'orientamento sessuale, grazie anche al contributo apportato da altri organismi appartenenti alla famiglia delle Nazioni Unite (Alto Commissariato per i diritti umani e per i rifugiati, UNICEF, UNESCO, OMS) e dall'iniziativa di singoli stati, come il progetto di risoluzione presentato dal Brasile alla Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite nel 2003 a sostegno dei diritti LGBTI². Nonostante il progetto si sia poi concluso in un nulla di fatto a causa delle grandi resistenze opposte da alcuni paesi, in particolare quelli dell'OIC (Organizzazione della Cooperazione Islamica) e della Santa Sede, l'iniziativa brasiliana apre la strada ad ulteriori tentativi di apertura condotti dagli Stati mediante dichiarazioni congiunte.

Il 18 dicembre 2008 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adotta una risoluzione in materia di esecuzioni extragiudiziarie arbitrarie e sommarie, nella quale invita gli Stati a proteggere in maniera efficace i diritti umani e ad investigare sugli omicidi commessi per qualunque causa di discriminazione, compreso l'orientamento sessuale. Lo stesso giorno viene trasmessa al Presidente dell'Assemblea Generale la dichiarazione congiunta su *Diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere* redatta da Francia e Paesi Bassi per conto dell'Unione europea e promossa congiuntamente da sessantasei paesi appartenenti a tutte le regioni. La dichiarazione condanna qualsiasi forma di violenza, molestia, discriminazione, esclusione, stigmatizzazione, pregiudizio basata sull'orientamento

² *Human Rights and Sexual Orientation*, [UN](#) Doc. E/CN.4/2003/L.92 del 17 aprile 2003.

sessuale e identità di genere che arreca un danno all'integrità e alla dignità della persona; condanna inoltre tutti gli omicidi, le esecuzioni, le torture, gli arresti arbitrari e le detenzioni, le privazioni dei diritti economici, sociali e culturali perpetuati sulle stesse basi. A dimostrazione delle grandi divisioni esistenti sul piano internazionale attorno al tema dell'orientamento sessuale, a tale dichiarazione risponde un gruppo di 59 Stati, guidati dalla Siria, decisamente contrari a introdurre il dibattito sul riconoscimento dell'orientamento sessuale come appartenente ai diritti umani in seno alle Nazioni Unite.

Il 17 giugno 2011 il Consiglio dei diritti umani adotta la risoluzione 17/19 denominata *Diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere* attraverso la quale viene richiesta all'Alto Commissariato per i diritti umani la stesura di un rapporto dettagliato della situazione dei cittadini LGBTI nel mondo, al fine di monitorare i casi di discriminazione e violenze. La risoluzione, la prima sul tema ad essere approvata - seppur con uno stretto margine - è stata definita come "storica" dall'allora Segretario di Stato americano Hillary Rodham Clinton.

Il rapporto, pubblicato nel novembre dello stesso anno, documenta numerosi casi di violazioni dei diritti delle persone LGBTIQI attraverso discriminazioni, criminalizzazione dell'omosessualità, *hate crimes*³: sono 76 i paesi che mantengono leggi usate per criminalizzare le persone sulla base del proprio orientamento sessuale o identità di genere e almeno 5 quelli in cui la pena di morte può essere applicata per coloro ritenuti colpevoli di reati legati ad una condotta omosessuale adulta e consenziente.

Il rapporto ricorda inoltre agli Stati che gli obblighi contratti sulla base dei trattati internazionali da essi stipulati relativamente alla difesa dei diritti umani si estendono in maniera naturale a comprendere la tutela dei diritti LGBTI: tutte le persone, indipendentemente dal sesso, orientamento sessuale, identità di genere hanno il diritto di godere delle protezioni assicurate dal diritto internazionale dei diritti umani, inclusi il rispetto del diritto alla vita, della sicurezza della persona e della privacy, il diritto ad essere liberi dalla tortura, dall'arresto arbitrario e dalla detenzione, il diritto ad essere liberi da ogni forma di discriminazione e il diritto alla libertà di espressione e di associazione. Nel settembre del 2014 è seguita altra analoga risoluzione, con la quale è stato dato mandato

³ *Hate Crime* è il termine usato a partire dal 2003 dall'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) per indicare i crimini perpetrati nei confronti di persone a causa della loro appartenenza ad un gruppo sociale, identificato sulla base della razza, dell'etnia, della religione, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere o di particolari condizioni fisiche o psichiche.

all'Alto Commissario di aggiornare il rapporto e di suggerire best practices e strategie per superare violenza e discriminazione basata su genere o orientamento sessuale.

Uno strumento di *soft law* a difesa dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere: *The Yogyakarta Principles*

I principi di Yogyakarta sono il frutto del lavoro di un comitato di esperti in tema di diritti umani (tra i quali accademici, giudici, membri di ONG, dipendenti delle Nazioni Unite) riunitisi a Yogyakarta, Indonesia, dal 6 al 9 novembre 2006. Il documento finale raccoglie 29 articoli che affrontano vari aspetti dell'universo dei diritti umani collegati al mondo LGBTQI: dal diritto alla non discriminazione a quello alla privacy, dalla protezione contro la tortura e la violenza al diritto all'educazione e al lavoro, fino ad ulteriori tutele in ambito di immigrazione e giustizia. Nel tentativo di definire standard di diritto internazionale a tutela dell'orientamento sessuale e identità di genere ai quali gli Stati siano sempre più legati, nel testo ogni articolo è accompagnato da dettagliate raccomandazioni che indicano le misure necessarie e la strada da percorrere per assicurare il rispetto universale di questi diritti⁴. Nella parte finale, raccomandazioni aggiuntive sono rivolte a varie organizzazioni delle Nazioni Unite, alle Corti dei diritti umani, alle ONG, ai media globali e ad altre organizzazioni umanitarie, nella convinzione che tutti abbiano la responsabilità e il dovere di promuovere e difendere i diritti umani.

Secondo i suoi promotori, i principi di Yogyakarta nascono come necessaria risposta all'atteggiamento frammentato e poco incisivo rilevato sul piano internazionale di fronte ai numerosissimi casi di discriminazione e violenza legati all'orientamento sessuale: le precedenti dichiarazioni delle Nazioni Unite in tal senso non sembravano infatti essere state sufficientemente accolte dagli Stati. Sebbene questi principi non siano mai confluiti in un trattato internazionale e non abbiano ancora oggi un valore vincolante per gli Stati, il documento di Yogyakarta si è affermato come utile strumento per l'interpretazione e la

⁴ Con il termine *orientamento sessuale* si intende la «capacità di ogni persona di provare una forte attrazione emotiva, affettiva e sessuale verso persone dell'altro sesso, dello stesso sesso o di più di un sesso, e di intrattenere relazioni intime con loro». Con *identità di genere* si indica «l'esperienza intima e personale che ogni persona ha del proprio genere, corrispondente o meno al sesso attribuito alla nascita, compresa la consapevolezza personale del corpo e altre espressioni del genere tra cui l'abbigliamento, il linguaggio e l'atteggiamento». Definizioni tratte da p. 6 del documento.

comprensione più profonda dei diritti umani e della loro applicazione sulle tematiche LGBTI.

Il diritto europeo della non discriminazione

Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali è costituito da un quadro di norme originatesi in tempi e contesti diversi. I due filoni principali si legano l'uno alla giurisprudenza della CEDU, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'altro al diritto dell'Unione europea. Questo sistema si presenta come uno dei più sviluppati ed efficaci nella difesa e nella protezione dei diritti umani: l'impegno continuo profuso nel corso degli anni e il crescente spazio riservato ai diritti fondamentali sia nell'ambito dell'UE che del Consiglio d'Europa hanno fatto sì che in Europa i cittadini possano oggi godere di un livello di tutela particolarmente avanzato, ma non uniforme in tutti i paesi.

Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione intergovernativa istituita nel 1949 con il compito di promuovere lo Stato di diritto, la democrazia, i diritti umani, lo sviluppo sociale e l'identità culturale europea. Dai 10 paesi firmatari del Trattato di Londra, documento fondante del Consiglio, il CDE è arrivato oggi ad includere 47 stati membri, 28 dei quali fanno parte anche dell'Unione europea.

Tutti gli Stati membri sono segnatari della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), un trattato concepito per proteggere i diritti umani ispirato dalla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite. La CEDU sancisce l'obbligo giuridicamente vincolante per gli Stati contraenti di riconoscere ad ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione i diritti umani sanciti nella Convenzione. L'applicazione della CEDU è soggetta al controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo, istituita nel 1959 e formata da 47 giudici, uno per ogni paese membro. La Corte può pronunciarsi, previo esaurimento dei ricorsi interni, sia su ricorsi individuali

che su ricorsi presentati dagli Stati contraenti in cui si lamenti la violazione di una delle disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli addizionali.

Il divieto di discriminazione è sancito dall'art. 14 della Convenzione: a tutti sono riconosciuti il godimento dei diritti e delle libertà elencati nel testo convenzionale senza alcuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

Analogamente a quanto ricordato in precedenza a proposito della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, che presenta una simile formulazione, la clausola finale *ogni altra condizione* permette un'interpretazione non esaustiva della lista di ragioni discriminatorie elencate. La Corte di Strasburgo si è infatti avvalsa dell'art. 14 (in combinato ad altri articoli CEDU, molte volte con l'articolo 8 diritto al rispetto della vita privata e familiare) per condannare violazioni del principio di non discriminazione anche sulla base di motivi non affermati esplicitamente, tra questi l'orientamento sessuale.

Nel tentativo di rendere ancora più efficace la lotta alle discriminazioni, il Consiglio d'Europa ha elaborato il Protocollo n. 12, adottato nel 2000 ma entrato in vigore solo a partire dal 1° aprile 2005 in un numero esiguo di Stati (solo 19). Il Protocollo prevede un divieto generale alla discriminazione che supera la natura limitata dell'art. 12 della CEDU, per il quale il divieto alla discriminazione si applica al godimento di uno qualsiasi dei diritti *garantiti dalla Convenzione*: il nuovo Protocollo elimina tale restrizione e garantisce che nessuno possa subire discriminazioni per nessuna ragione da parte di nessuna autorità pubblica⁵. La portata del divieto di discriminazione così si amplia, includendo anche i diritti previsti dalle singole legislazioni nazionali.

Occorre ricordare che il principio di non discriminazione è stato inoltre affrontato in diversi altri documenti del CDE, come la versione del 1966 della Carta sociale europea⁶,

⁵ Art. 1 del Protocollo n. 12: «Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione. Nessuno può costituire oggetto di una discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica che sia fondata segnatamente sui motivi precedentemente menzionati».

⁶ Art. E parte V della Carta sociale europea: «Il godimento dei diritti riconosciuti nella presente Carta deve essere garantito senza qualsiasi distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione».

la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali (art 4.1) e la più recente Convenzione per la prevenzione e il contrasto della violenza sulle donne e la violenza domestica, che tra i motivi di discriminazione vietata include espressamente l'orientamento sessuale e l'identità di genere (art.4.3).

A questi si aggiungono infine le numerose risoluzioni emanate a partire dall'inizio degli anni '80 dagli organi del Consiglio d'Europa, che seppur sprovviste di carattere vincolante hanno contribuito ad alzare l'attenzione sulla tematica della non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

L'Unione europea e le direttive contro la discriminazione

L'Unione europea si presenta oggi come una delle organizzazioni più attive nella promozione, difesa e protezione dei diritti umani. Nel progetto originario di costruzione europea però, i diritti fondamentali non occupavano una posizione privilegiata: i trattati istitutivi si caratterizzavano infatti per una stretta impostazione settoriale e funzionalista e fino al trattato di Amsterdam del 1999, le uniche disposizioni in materia di non discriminazione erano limitate al contesto dell'occupazione e della sicurezza sociale, riguardando solo le discriminazioni per motivi di nazionalità e sesso. Tuttavia, nonostante la mancanza di norme specifiche sui diritti fondamentali nei trattati istitutivi, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha saputo elaborare un sistema efficace di difesa dei diritti fondamentali a livello comunitario a partire dal rispetto della CEDU.

La Corte ha infatti stabilito che i diritti fondamentali, sia quelli legati alle tradizioni costituzionali dei singoli paesi sia quelli riconosciuti nei tratti internazionali come la CEDU, sono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ed ha orientato la sua giurisprudenza al fine di garantirne l'osservanza da parte degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie, anch'esse coinvolte nel processo di affermazione del diritto alla non discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Ora adesione UE alla CEDU.

Il Parlamento europeo in particolare è intervenuto sull'argomento attraverso numerose risoluzioni. La prima, del 13 marzo 1984, è relativa alle discriminazioni sessuali sul posto di lavoro; la successiva è la risoluzione *Sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità* dell'8 febbraio 1994, in cui si invitano gli Stati membri ad eliminare tutte le disposizioni di legge che criminalizzano e discriminano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso e si chiede che i limiti d'età per il consenso all'atto sessuale stabiliti a fini di salvaguardia

siano uguali per i rapporti omosessuali e per quelli eterosessuali. In tale risoluzione il Parlamento si rivolge poi alla Commissione, alla quale chiede di presentare una proposta di raccomandazione basata sul diritto alla parità di trattamento di tutti i cittadini comunitari indipendentemente dal loro orientamento sessuale e alla fine di ogni discriminazione giuridica fondata sull'orientamento sessuale.

Finalmente nel 1999 la lotta alla discriminazione si rafforza grazie all'art. 13 del Trattato di Amsterdam, che autorizza il Consiglio a prendere i provvedimenti necessari per contrastare qualsiasi discriminazione, inclusa quella basata sull'inclinazione sessuale. Nel 2000 una nuova risoluzione del Parlamento europeo cerca di allargare il campo di protezione chiedendo agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali. Rileva inoltre che i cittadini europei continuano a soffrire, in particolare nella loro vita personale e professionale, di discriminazioni e pregiudizi dovuti al loro orientamento sessuale e chiede pertanto agli Stati membri nonché alle istituzioni europee interessate di porre urgentemente rimedio a tali situazioni.

Nello stesso anno viene redatta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (o Carta di Nizza), che riunisce in un unico documento i diritti prima dispersi in vari strumenti legislativi, come le legislazioni nazionali e dell'Unione europea, nonché le convenzioni internazionali del Consiglio d'Europa, delle Nazioni Unite e dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL).

La Carta rappresenta il primo documento internazionale a favore dei diritti dell'uomo che, all'art. 21 par. 1, vieta esplicitamente la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale⁷. Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), la Carta di Nizza è diventata giuridicamente vincolante per le istituzioni comunitarie; gli Stati sono tenuti a conformarsi quando si trovano a dare attuazione al diritto dell'Unione.

Il Trattato di Lisbona rafforza dunque il quadro della legislazione antidiscriminatoria europea: il nuovo testo del Trattato sull'Unione europea (TUE) ricorda espressamente l'uguaglianza e la non discriminazione tra i valori fondanti dell'Unione, mentre l'art. 10

⁷ Art. 21.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) inserisce l'orientamento sessuale nella lista delle discriminazioni che l'Unione si impegna a combattere nell'attuazione delle sue politiche e azioni.

Da ricordare vi sono infine una serie di risoluzioni generali sull'omofobia approvate negli ultimi anni dal Parlamento europeo che esprimono preoccupazione per le continue violazioni dei diritti umani compiute a danno delle persone LGBTQI.

La risoluzione del 24 maggio 2012, approvata con una larga maggioranza dal Parlamento riunito in sessione plenaria, condanna con forza tutte le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere e deplora vivamente gli episodi di mancato rispetto dei diritti delle persone LGBTI avvenuti all'interno dell'Unione. La risoluzione invita inoltre gli Stati membri a garantirne la protezione dai discorsi omofobi di incitamento all'odio e alla violenza e ad assicurare che le coppie dello stesso sesso godano del medesimo rispetto, dignità e protezione riconosciuti al resto della società. Il testo della risoluzione, tra le altre richieste, chiede alla Commissione europea di rivedere la decisione quadro sul razzismo e la xenofobia per ampliarne il campo di applicazione con l'inclusione dei reati di odio basati sull'orientamento sessuale; invita la Commissione e gli Stati membri a garantire che la direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione sia applicata senza discriminazioni e invita la Commissione a garantire che la relazione annuale sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea comprenda una strategia per rafforzare la protezione dei diritti fondamentali, includendo informazioni esaustive sull'incidenza dell'omofobia negli Stati membri nonché le soluzioni e le azioni proposte per superarla. In Italia manca una legge sul reato di omofobia a oggi il disegno di legge è fermo in parlamento.

Il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale secondo l'art. 14 della Carta Europea dei diritti dell'uomo

L'art. 14 della CEDU sancisce il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute nella Carta ed elenca, tra le cause di discriminazione vietate, quelle fondate sul sesso o "*ogni altra condizione*".

Tale elenco viene ripetuto nell'art. 1 del Protocollo n. 12 del 2000. Il dispositivo ivi contenuto amplia la portata generale del divieto di discriminazione, estendendo a tutti la

parità di trattamento nel godimento di ogni diritto, inclusi quelli previsti dalla legislazione nazionale. La principale innovazione dell'art. 1 consiste nell'ancorare il divieto di discriminazione al godimento dei diritti garantiti dal diritto nazionale degli stati membri della CEDU. Il divieto non riguarda più solo il godimento dei diritti riconosciuti dal Trattato, ma di tutti i diritti previsti dalla legge.

L'analisi testuale della Convenzione originaria e quella del più recente Protocollo mostrano che l'orientamento sessuale non viene espressamente indicato come motivo di discriminazione vietato. La clausola finale "ogni altra condizione" rende evidente che l'elenco non è esaustivo. E' la giurisprudenza della Corte europea che nel tempo ha interpretato in maniera evolutiva l'art. 14 e ha ritenuto che, alla luce dei cambiamenti dei costumi e degli sviluppi della società, la discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale dovesse essere inclusa tra "gli altri motivi" oggetto del divieto.

Come emerge nei casi esaminati dal Giudice di Strasburgo, il divieto di discriminazione viene letto sempre in rapporto con altre disposizioni della CEDU e subentra ogni volta che "*l'oggetto del contendere costituisce una delle modalità di esercizio di un diritto garantito*" o nei casi in cui le misure censurate "*sono collegate all'esercizio di un diritto garantito*".

L'applicazione dell'art. 14 della CEDU è subordinata alla condizione che i fatti e la misura oggetto di contestazione "*si situino nell'ambito*" di una delle disposizioni sostanziali del Trattato. Dal momento che il principio di non discriminazione della CEDU non è assoluto, non ha una esistenza indipendente e che i suoi effetti si manifestano in combinato con le altre disposizioni del testo o rispetto al godimento di diritti che trovano in essa la loro base giuridica, la Corte, nel valutare il tipo di discriminazione, ha dovuto richiamare le altre disposizioni contenute nella CEDU, accrescendone progressivamente il campo di applicazione.

Il Giudice di Strasburgo ha in più occasioni statuito che la discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale rientra tra i casi di discriminazione vietata e ha constatato più volte nelle proprie sentenze la violazione dell'art. 8 sul diritto alla vita privata e familiare (caso *Smith e Grady c. Regno Unito*, sentenza del 27 settembre 1999; caso *E.B. c. Francia*, sentenza del 22 gennaio 2008, caso *Haas c. Svizzera*, sentenza del 20 gennaio 2011) e l'art. 12 sul diritto al matrimonio (casi *Goodwin c. Regno Unito*, sentenza deell'11 luglio 2002), ampliandone l'ambito di attuazione e aggiornandone l'interpretazione.

La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo l'art. 8 della CEDU

Dal momento che l'art. 14 della CEDU non include esplicitamente l'orientamento sessuale tra i motivi di discriminazione vietati e dato che un trattamento discriminatorio deve ostacolare il godimento di un diritto contenuto nella CEDU per essere esaminato, la Corte a tal fine ha più volte evocato nei casi esaminati il diritto al rispetto della "vita privata" e "della vita familiare" sancito dall'art. 8⁸ del Trattato.

Il dispositivo non fornisce una spiegazione delle due locuzioni. Il Giudice di Strasburgo, nel rispetto delle diverse culture ed ideologie su cui si basano i diversi sistemi giuridici degli Stati contraenti, ha definito ed ampliato i confini delle due formulazioni, il cui contenuto assume una portata autonoma rispetto alle definizioni accolte nei sistemi nazionali. Ripercorrendo il cammino progressivamente compiuto dalla Corte attraverso le sue sentenze, la giurisprudenza ha applicato il diritto di vita privata, oltre che al domicilio espressamente protetto, in rapporto al diritto al nome, al diritto alla salute, al diritto alla casa, al diritto al rispetto dell'identità sessuale e dell'orientamento sessuale. Ha applicato il diritto alla vita familiare in relazione al diritto di riconoscimento della paternità, al diritto all'educazione dei figli nonché ai diritti legati al flusso migratorio come il diritto al ricongiungimento familiare. La ricostruzione della prassi relativa all'art. 8 mostra come le prime sentenze della Corte riconducano la tutela dei diritti delle coppie omosessuali al rispetto della "vita privata."

L'art. 8 della CEDU per quanto riguarda il diritto al rispetto della vita privata

L'intenzione originaria dei redattori della CEDU era quella di far rientrare l'ambito di applicazione della nozione "vita privata" nella sfera intima della persona, con lo scopo di proteggerla dagli abusi e dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici.

La prima rilevante sentenza nella giurisprudenza sui diritti degli omosessuali pronunciata in tal senso dal Giudice di Strasburgo per violazione dell'art. 8 è datata 1981, nel ricorso

⁸ CEDU, art. 8, cit.: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."

Dudgeon c. Regno Unito. Il caso risale ad un periodo in cui in alcuni stati firmatari della Convenzione esistevano ancora disposizioni penali che sanzionavano i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti. Il ricorrente, il Sig. Dudgeon, affermava che la legge penale britannica del 1855 e del 1861, in vigore all'epoca in Irlanda del Nord, violava il proprio diritto ad una vita privata, nella quale è ricompresa anche la vita sessuale. L'interferenza ingiustificata della polizia e quindi dello Stato che aveva perquisito la propria abitazione e lo aveva sottoposto ad un interrogatorio circa alcune attività omosessuali, poneva il ricorrente in una situazione continua di paura e di angoscia. La Corte, pur rilevando l'esistenza di una corrente di opinione pubblica nel paese contraria alla riforma della legge, non la ritenne decisiva per affermare la legittimità dell'ingerenza statale, nonostante il margine di apprezzamento dello Stato. Rilievo decisivo venne attribuito al nuovo clima di tolleranza diffuso in Europa che aveva portato alla progressiva abrogazione delle disposizioni incriminatrici di comportamenti omosessuali. Anche in Irlanda del Nord, dove la legislazione penale era in vigore, essa non veniva applicata, senza che ciò fosse vissuto dai cittadini come una offesa alla morale del paese e senza che vi fosse una richiesta pubblica di una più severa applicazione della legge. Secondo la Corte, la legge britannica allora in vigore in Irlanda del Nord, a causa del divieto ampio ed indiscriminato che essa conteneva, violava il diritto alla vita privata del Sig. Dudgeon.

In relazione ai fatti sopra esposti, nel valutare le circostanze sottoposte al proprio giudizio, il Giudice di Strasburgo considerò ingiustificato l'intervento dello Stato nella vita privata del ricorrente in quanto tale ingerenza rappresentava un impedimento all'esercizio del diritto del ricorrente al rispetto della propria vita privata in violazione dell'art. 8.

Si trattava della prima decisione in difesa di diritti di coppie omosessuali di fronte a leggi statali che ne incriminavano i rapporti. Troviamo in questa pronuncia l'affermazione del criterio maggioritario che sarà ripresa in casi analoghi come *Norris c. Irlanda* del 1988 nei quali la Corte sarà di nuovo chiamata a giudicare e quindi a condannare l'interferenza statale nella vita privata in virtù della circostanza che le leggi che sanzionano penalmente atti sessuali tra adulti consenzienti sono state abrogate nella maggior parte dei paesi europei⁹.

⁹Corte europea dei diritti dell'uomo, *Norris c. Irlanda*, ricorso n. 10581/83, sentenza del 26 ottobre 1988. Il caso era stato sollevato dal Sig Norris, un attivista irlandese dei diritti degli omosessuali contro le disposizioni statali che incriminavano comportamenti omosessuali tra adulti consenzienti. Anche in questa sentenza, la Corte ribadisce il principio secondo il quale costituisce violazione dell'art. 8 l'esistenza di norma volta a criminalizzare il

Nei due casi soprarichiamati la Corte, avendo stabilito che le disposizioni della legge britannica sono in contrasto con l'art. 8 della CEDU, non reputa necessario valutare se vi sia stata anche la violazione dell'art.14, come sostenuto dai ricorrenti. Sembra viceversa importante l'affermazione di principio per cui l'orientamento sessuale è protetto dalla Corte in quanto tale, a prescindere dalla dimostrazione di una discriminazione da ingerenze delle autorità pubbliche ai sensi dell'art.8.

Un altro filone in cui la giurisprudenza si è espressa a difesa dei diritti degli individui in ragione del proprio orientamento sessuale riguarda la *policy* che impediva ai *gay* di far parte delle forze armate del proprio paese. Nei casi *Smith e Grady c. Regno Unito* e *Lusting-Prean and Breckett v. Regno Unito*, entrambi del 1999, a seguito del il divieto imposto nel 1994 per direttiva ministeriale agli omosessuali di far parte dell'esercito poiché considerati incompatibili con il servizio militare, la Corte ravvisò nuovamente una illegittima interferenza della vita privata dei ricorrenti in violazione dell'art. 8.

Nel ricorso *Smith e Grady c. Regno Unito* la, la Corte giudicò l'intromissione nella vita privata della persona "non necessaria in una società democratica". Poiché l'orientamento sessuale rientrava "nell'aspetto più intimo della vita privata dell'individuo", la Corte condannava il governo in quanto non aveva ravvisato la sussistenza di ragioni tanto serie da giustificare tale forma di ingerenza. E benché lo Stato godesse di un margine di apprezzamento nel valutare le restrizioni nel godimento al diritto alla privacy nella creazione di un esercito che svolgesse le sue funzioni in modo efficace, lo stesso non era stato in grado di dimostrare alla Corte che la presenza di omosessuali nell'esercito nuocesse alla morale delle truppe e rendesse la loro azione inefficace. Né aveva avvalorato "ragioni convincenti" per giustificare la *policy* instaurata contro le persone dello stesso sesso. La Corte, nel pronunciare la propria sentenza, si soffermava ancora una volta di sul mutato atteggiamento degli stati membri del Consiglio d'Europa nei quali, in tempi recenti, si era assistito alla introduzione di leggi che prevedevano la possibilità per gli omosessuali di partecipare alla difesa del loro paese."

Nelle sentenze fino a qui esaminate, il significato di vita privata è sempre stato concepito in relazione alla protezione della sfera intima e personale dell'individuo, della

compimento di atti omosessuali tra persone adulte e consenzienti, rappresentando una ingerenza nella vita privata e nella vita sessuale degli individui.

propria dignità e della propria condotta sessuale, con lo scopo di proteggerlo dalle ingerenze dei pubblici poteri.

A partire dal caso *Niemietz c. Germania* nel 1992, la Corte inizia a rileggere la propria giurisprudenza ed ad estendere la tutela di cui all'art. 8 della Convenzione anche alla vita relazione dell'individuo. La svolta alla nozione di vita privata è contenuta in un brano della sentenza in cui la Corte afferma che “*Sarebbe tuttavia troppo restrittivo limitarla ad un cerchio intimo in cui ciascuno può condurre la sua vita personale nel modo che preferisce e tenere totalmente separato il mondo esterno da questo cerchio. Il rispetto della vita privata deve anche comprendere, in una certa misura, il diritto per l'individuo di nutrire relazioni e sviluppare relazioni con i suoi simili.* L'azione svolta dal giudice nella sua attività di interpretazione della Convenzione, data la natura di *living instrument*, è stata determinate per consentire un effettivo ampliamento della tutela dei diritti dell'individuo in ragione del proprio orientamento sessuale alla sfera sociale.

Gli art. 8, 12, e 14 della CEDU per quanto riguarda il diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare e il diritto di sposarsi

Per molto tempo, nella giurisprudenza di Strasburgo, la vita di coppia omosessuale ha costituito solo vita privata e non vita familiare. Tutti i ricorsi di individui omosessuali che lamentavano il mancato riconoscimento del diritto ad una vita familiare sono stati dichiarati irricevibili dalla Commissione che, fino all'inizio del nuovo millennio, ha ritenuto che il diritto al rispetto alla vita familiare fosse riservato alle coppie eterosessuali. Fino alla fine del secolo scorso, i casi dichiarati irricevibili erano ad esempio quelli in cui i ricorrenti lamentavano la violazione de diritto al rispetto della vita familiare per l'espulsione di stranieri legati da legami affettivi con persone dello stesso sesso in possesso della nazionalità dello Stato che aveva operato l'espulsione (Commissione europea dei diritti dell'uomo, *X e Y c. Regno Unito*, ricorso n. 9369/81, decisione del 3 maggio 1983) oppure casi in cui i ricorrenti lamentavano la violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione a seguito del mancato riconoscimento di successione nel contratto di locazione del partner omosessuale (Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Simpson c. Regno Unito*, ricorso n. 1171685, decisione del 14 maggio 1986).

Nello spirito del tempo in cui la Convenzione era stata concepita e scritta, la vita familiare di cui all'art. 8 veniva ricondotta alla vita della famiglia, intesa esclusivamente come nucleo fondato sul matrimonio che, nella formulazione dell'art.¹⁰ 12 della Carta, viene concepito come unione tra uomo e donna. La Corte, nell'applicazione testuale della Convenzione, ha per molte tempo escluso le coppie omosessuali dalla nozione di matrimonio e dalla estensione dei benefici connessi al rapporto con il coniuge, in considerazione del fatto che "il rifiuto di concedere al convivente omosessuale gli stessi benefici di cui gode il coniuge è giustificato dal legittimo obiettivo di tutela della famiglia fondata sul matrimonio, dove per matrimonio si intende una relazione istituzionalizzata fra persone di sesso opposto." (*Rees c. Regno Unito*, ricorso n. 9532/81, sentenza del 17 ottobre 1986).

Ne è seguito che, nell'ambito di applicazione dell'art. 8 delle CEDU e di nozione di "vita familiare", il Giudice di Strasburgo non ha avuto difficoltà a qualificare la vita familiare la relazione di fatto fra partner di sesso diverso, caratterizzata da un sufficiente carattere di stabilità e dalla volontà di costruire una famiglia. I problemi sono derivati alla riconduzione di tale concetto alle unioni tra persone dello stesso sesso che, a seguito dei forti cambiamenti intervenuti all'interno della società, hanno adito sempre con maggior frequenza la Corte in relazione a questioni riguardanti i diritti di coppia, lamentando la violazione dell'art. 14 in combinato con l'art. 8 sul rispetto della vita privata e familiare e dell'art. 12 sulla protezione al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

Un primo cambio di atteggiamento da parte del Giudice di Strasburgo si inizia a manifestare nel 2003, nella sentenza *Karner c. Austria*¹¹. Il caso era scaturito dal ricorso presentato il 24 luglio 1997 da un cittadino austriaco, il signor Siegmund Karner, contro il governo del proprio Stato d'origine. Il ricorrente aveva ritenuto la decisione della Corte Suprema di non riconoscere il suo diritto a succedere nel contratto di locazione dopo la morte del suo compagno convivente che lo aveva designato come erede, integrasse, alla luce della legislazione vigente, una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e pertanto una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art.8. La Corte, che fino a quel momento aveva ritenuto irricevibili ricorsi sulla materia oggetto della pronuncia, riconosce per la prima volta la violazione dell'art. 8 e dell'art. 14

¹⁰ CEDU, art. 12 sul diritto al matrimonio: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto."

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Karner c. Austria*, ricorso n. 40016/98, sentenza del 24 luglio 2013.

nel diritti di successione nel contratto di locazione dell'immobile abitato da una coppia alla morte dell'intestatario. Il Giudice non prende ancora una posizione sul tipo di diritto violato: se quello della vita privata o familiare; si limita a definire la questione come discriminazione nel godimento del domicilio e ha di fatto accettato che la protezione della famiglia tradizionale potesse in linea di principio giustificare una differenza di trattamento. Tuttavia la Corte ha fatto un'importante affermazione, secondo la quale in caso di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, lo Stato gode di un margine di discrezionalità molto ridotto e che la discriminazione deve essere giustificata da motivi parti particolarmente gravi¹².

La svolta nelle sentenze del 2010

Il cambio di rotta giurisprudenziale compiuto dalla Corte nell'affermazione che la vita di coppia omosessuale è protetta non solo come vita privata ma anche come vita familiare si ha nel 2010 con il caso *Schalk e Kopf c. Austria*. La rivoluzione veniva preparata da una pronuncia immediatamente precedente riferita al ricorso *Kozac c. Polonia*. La Corte, a cui veniva sottoposto di nuovo un caso concernente i diritti di successione in un contratto di locazione di un immobile abitato da una coppia omosessuale, aveva ritenuto con la propria pronuncia che l'esclusione del convivente dal diritto di successione nel contratto di affitto costituisse una violazione del diritto alla vita privata e all'abitazione. In questo caso il Giudice di Strasburgo compiva un passo ulteriore e decisivo alla svolta giurisprudenziale in corso. Affermava per la prima volta che il trattamento discriminatorio consistente nell'interpretare la clausola "*de facto marital cohabitation*" come riservata alle coppie eterosessuali non fosse necessario alla protezione della famiglia tradizionale.

Nella valutazione della proporzionalità fra le misure statali polacche tese alla tutela della famiglia tradizionale – che in linea di principio rappresentano un motivo legittimo atto a giustificare una differenza di trattamento – e la tutela delle minoranze sessuali, la Corte prendeva atto dei cambiamenti sociali che avevano fatto sì che non esistesse più una

¹² *Ibidem*, par. 49, cit. "The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of section 14 of the Rent Act. The Court cannot see that the Government have advanced any arguments that would allow such a conclusion."

unica concezione di famiglia ed aveva innescato il cambio di rotta giurisprudenziale che veniva definitivamente realizzato nella sentenza pronunciata nel ricorso *Schalk e Kopf c. Austria*.

Questo caso prendeva le mosse dal ricorso di due cittadini austriaci, la cui richiesta di matrimonio era stata respinta dalle autorità nazionali in quanto l'art. 44 del codice civile austriaco del 1812 riservava espressamente il matrimonio a persone di sesso diverso. La Corte costituzionale austriaca nel 2003 aveva statuito che l'articolo di cui sopra non poteva ritenersi incostituzionale né ai sensi delle norme costituzionali in tema di uguaglianza né ai sensi dell'art. 8 e dell'art. 12 della CEDU - che in Austria hanno rango costituzionale - data la radicata e incontrovertibile strutturazione eterosessuale del vincolo matrimoniale nel paese. I due ricorrenti - sebbene fosse entrata in vigore nel gennaio del 2010 la legge sulle unioni registrate che attribuiva alle sole coppie omosessuali uno *status* in larga parte simile al matrimonio - si rivolgevano alla Corte alla quale chiedevano che fosse accertato che il diniego di contrarre matrimonio rappresentava un violazione sia dell'art. 12 sia del combinato disposto degli artt. 8 e 12 della CEDU. In particolare, per quanto attiene la prima motivazione della richiesta (il rifiuto dell'accesso alle pratiche per procedere alla costituzione di una unione coniugale da parte delle competenti autorità austriache), la Corte veniva chiamata dai ricorrenti a leggere in maniera evolutiva la norma dell'art.12. Tale norma attribuisce all'uomo e alla donna il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio. I ricorrenti, tenendo conto dell'evoluzione sociale, culturale e giuridica intervenuta nella gran parte degli Stati europei, in gran parte dei quali le unioni formali tra coppie *same-sex* vengono equiparate a quelle eterosessuali, ed in alcuni casi attribuiscono alle coppie dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio, proponevano al Giudice una lettura evolutiva dell'art. 12, per ricavarne il diritto di sposarsi anche per le coppie omosessuali ed imporre l'obbligo allo Stato di darvi attuazione.

Il Giudice di Strasburgo, in questa storica sentenza, fa nuova luce sulla portata del dispositivo chiarendone definitivamente il campo di applicazione. Supera la propria giurisprudenza che, fino a quel momento, aveva applicato il tenore letterale della norma che tutelerebbe la sola famiglia fondata sul matrimonio, inteso come relazione istituzionalizzata tra persone di sesso opposto. Nel caso in esame, pur non rilevando la convergenza di standard tra gli stati membri riguardo al matrimonio omosessuale, il

Giudice non ha potuto negare le novità introdotte dall'art. 9 della Carta dei diritti dell'Unione Europea.

Mentre l'art. 12 CEDU fa riferimento alla necessità di diversità di sesso per sposarsi, l'art. 9 della Carta di Nizza stabilisce semplicemente che *“Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.”* Pertanto, pur non imponendo agli Stati l'obbligo di assicurare alle coppie dello stesso sesso l'accesso al diritto all'istituto del matrimonio, la Corte interpreta l'art. 12 CEDU in maniera evolutiva e riconosce che il diritto a contrarre matrimonio non deve essere riservato in ogni circostanza alle coppie eterosessuali.

Questa importante affermazione di principio mostra il nuovo orientamento inaugurato dalla Corte, orientamento che si è aggiornato ai cambiamenti che negli ultimi anni hanno coinvolto il concetto ed il ruolo sociale del legame matrimoniale. Tuttavia la pronuncia, che si potrebbe rilevare foriera di ulteriori successive aperture, non è sufficiente per giungere a dichiarare l'incompatibilità della normativa nazionale con la Convenzione. Le legislazioni dei paesi membri sono ancora troppo diverse tra loro per consentire ad l'elaborazione di uno *standard* di tutela comune. L'indagine comparativa evidenzia, seppur in un contesto europeo che presenta un *favor* crescente per il matrimonio omosessuale, gli Stati membri che hanno riconosciuto la legittimità del matrimonio omosessuale siano in inferiorità numerica. Per tal motivo la Corte preferisce non imporre il proprio orientamento sulle valutazioni effettuate dagli Stati membri, reputando il legislatore nazionale maggiormente in grado di rispondere ai bisogni di una società. Per quanto concerne la pretesa violazione da parte del governo austriaco dell'art. 12 CEDU, la Corte europea respinge pertanto dal domanda dei ricorrenti, ritenendo che nella regolamentazione dell'accesso al matrimonio lo Stato goda di un'ampia discrezionalità, in virtù del significativo radicamento dell'istituto nelle concezioni sociologiche nazionali, che variano sensibilmente da un Paese all'altro.

Per quanto riguarda il secondo motivo di ricorso, i Sigg. Schalk e Kopf sostenevano che l'impossibilità per le coppie omosessuali, a differenza di quanto accade per quelle formate da persone di sesso opposto, di contrarre matrimonio e di vedere la propria relazione altrimenti riconosciuta (prima che entrasse in vigore nel 2010 l'Austrian Registered Partnership Act) costituisse una discriminazione nel godimento del diritto alla “vita familiare, non sorretta da un serio interesse statale, ma unicamente motivata

dall'orientamento sessuale dei ricorrenti. Essi pertanto lamentavano la violazione da parte dello Stato austriaco del combinato disposto degli artt. 8 (che tutela la vita privata e familiare) e 14 (che vieta ogni tipo di discriminazione) CEDU.

Nel corso della propria argomentazione riferita a quanto sopra, la Corte compie un'altra importante dichiarazione di principio con la quale abbandona la precedente posizione – ai sensi della quale la vita affettiva di una coppia omosessuale poteva rilevare solo sotto il punto di vista della tutela della vita privata. Analizzando infatti la rapida evoluzione dell'atteggiamento sociale nei confronti di coppie formate da individui dello stesso sesso, che ha trovato riscontro in modifiche legislative “*in un numero considerevole di Stati*” la Corte afferma a chiare lettere che la relazione affettiva di una coppia composta da individui dello stesso sesso rientra nella nozione di vita familiare, il cui rispetto è garantito dall'art. 8. Per la prima volta il Giudice stabilisce che “*la relazione affettiva di una coppia composta da individui dello stesso sesso rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale.*” Le coppie omosessuali conviventi, come risulta dal parere reso, sono capaci, come le coppie eterosessuali, di costruire una relazione stabile e duratura. “*Conseguentemente, esse sono in una situazione sostanzialmente simile a quella di una coppia eterosessuale in merito alla loro necessità di riconoscimento legale e protezione della loro relazione.*” Ne consegue l'obbligo per gli Stati di tutelare l'unione familiare tra soggetti del medesimo sesso senza alcuna discriminazione basata sull'orientamento sessuale dei partner, in conformità a quanto stabilito dall'art. 14.

D'altro canto questa dichiarazione non induce la Corte a ritenere che vi sia stata la violazione degli artt. 14 in combinato disposto con l'art. 8. Il Giudice di Strasburgo si sottrae alla questione affermando che – nelle more del processo – l'Austria ha introdotto una legge sulle unioni civili e che quindi essa non deve più esaminare se la totale assenza di riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso contrasti con gli articoli sopra menzionati.

Il Parallelo con l'operato dei giudici in Italia: una quasi felice convergenza?

Dal 2010 inizia anche la lenta marcia verso l'approvazione di una legge in Italia che tuteli le coppie omosessuali. Quindi consentitemi da questo punto in poi di portare avanti,

insieme all'esame dell'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo, anche l'evoluzione della situazione in Italia.

Quasi felice? Perché come è a molti noto la legge Cirinnà, dal nome della Relatrice, appena approvata, lascia ancora priva di regolamentazione la questione dell'adozione coparentale o stepchild adoption, come ormai viene chiamata nel linguaggio comune, come se a dirla in inglese fosse più accettabile, consentitemi la battuta.

Perché convergenza? Perché ciò su cui vorrei porre l'attenzione oggi, è il fatto che il risultato a cui finalmente siamo arrivati dopo anni di vuoto legislativo è stato proprio il prodotto di una pressione congiunta sul legislatore proveniente dai giudici di Strasburgo e dai giudici italiani. Per quanto concerne la tutela giuridica delle unioni civili tra coppie omosessuali si è avuta una sinergia tra giudici interni e internazionali ed è proprio la pressione congiunta sul legislatore che alla fine ha prodotto il risultato.

Il dialogo tra giudici in questo caso è particolarmente interessante perché sul tema delle unioni civili in realtà ha coinvolto i giudici (e non solo i giudici) di diversi paesi europei e, più che di dialogo, si dovrebbe forse parlare di un testo scritto e recitato a più voci.

2010: anno della svolta

Abbiamo visto le sentenze contro l'Austria, nel 2010 In Italia la Corte Costituzionale, interpellata sulla costituzionalità delle norme del codice civile che restringono l'istituto del matrimonio solo a persone di sesso diverso, emette la sent. 138 del 2010.

I giudici, pur concludendo per la costituzionalità di tali norme, rilevano per la prima volta che le coppie dello stesso sesso hanno diritto, a norma dell'art 2 della Costituzione, al riconoscimento giuridico della loro unione come formazioni sociali nelle quali si svolge la propria personalità e gli individui con orientamento omosessuale a non subire discriminazioni, che l'articolo 3 vieta sulla base di ogni condizione personale e sociale.

Con questa sentenza si pongono sul piano dell'ordinamento interno le premesse per futuri sviluppi legislativi incoraggiato nei casi contro l'Austria dalla Corte EDU che ha fornito, per così dire, "il supporto logistico e teorico", per successivi sviluppi legislativi e giurisprudenziali a livello nazionale e sciolto ogni dubbio rispetto alla legittima pretesa di riconoscimento delle unioni omosessuali.

Il parallelismo nelle argomentazioni con le quali i giudici riconoscono tutela alle nuove forme di famiglia è evidente: mentre la Corte Edu amplia e aggiorna l'interpretazione dell'art. 8 della Conv. Europea facendo rientrare la tutela delle unioni omosessuali nella

vita familiare, la Corte Cost. fa lo stesso con l'articolo 2 della nostra Carta cost., considerando le unioni tra persone dello stesso sesso come formazioni sociali degne di tutela ai sensi di tale norma. La stessa simmetria si trova anche in negativi diciamo, nel finora mancato riconoscimento del diritto al matrimonio, ai sensi rispettivamente degli art. 12 e 29.

I passaggi del 2012 in Italia

Con la Sentenza 4184/2012, la Cassazione Italiana ha dato un notevole contributo verso la tutela giuridica da garantire alle coppie omosessuali, pur in mancanza di una legge sulle unioni civili.

Si trattava di una richiesta di trascrizione di un matrimonio contratto all'estero. In primo luogo la Cassazione chiarisce in modo netto che la legittimità del diniego alla trascrizione non può essere fatta derivare dalla contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio same-sex. Tuttavia, stante l'impossibilità di applicare l'istituto matrimoniale, nell'ordinamento italiano, a una coppia dello stesso sesso, la Corte conclude che il matrimonio contratto nei Paesi Bassi è nell'ordinamento italiano è inidoneo a produrre effetti giuridici e quindi non può essere trascritto.

Tuttavia, nella sentenza n.4184 la Cassazione non si è fermata qui, ma ha richiamato le sentenze n.138/2010 e Schalk and Kopf della Corte EDU per concludere che il diritto a contrarre matrimonio non è affatto precluso dall'attuale testo dell'art.29 Cost., così come la Corte di Strasburgo aveva argomentato a proposito dell'art.12 della CEDU. Semmai, dice la Cassazione, **tale scelta rientra a pieno titolo tra le possibilità cui il legislatore può liberamente fare ricorso**. La Corte ha inoltre ribadito che 'i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - sono titolari del diritto alla vita familiare e possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata'.

2013: conferma della tutela delle unioni e legittima l'omogenitorialità

7 novembre 2013 nel ricorso *Vallianatos e altri c. Grecia*. Nel caso in specie, la Grande Camera ha giudicato illegittima la normativa introdotta in Grecia nel 2008 che riservava l'istituto delle unioni civili esclusivamente a coppie formate da persone di diverso sesso. Accogliendo il ricorso di alcune coppie dello stesso sesso di cittadini greci per i quali la

predetta disciplina si traduceva in una ingiusta discriminazione delle coppie omosessuali e violazione del loro diritto alla vita privata e familiare, ha condannato lo Stato ellenico per violazione dell'art. 14 e dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani.

Il Giudice ha rilevato che la disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e quelle *same-sex* si qualifica come una differenziazione ingiustificata in quanto basata esclusivamente sull'orientamento sessuale, e come tale, in contrasto con il principio di non discriminazione proclamato nella Convenzione. Da rilevare inoltre, prima di entrare nel dettaglio del caso, che rispetto alla decisione resa nel ricorso *Schalk e Kopf. c. Austria*, la sentenza ha ulteriormente ampliato la portata della nozione di "vita familiare," nella cui definizione il Giudice è arrivato ad includere anche le coppie omosessuali stabili che, per motivi professionali o sociali, non convivono.

Si riduce il margine di apprezzamento per gli Stati in questa materia.

Continuiamo in vece con le simmetrie tra giudice della CEDU e giudici italiani.

Altre simmetrie si ritrovano nella comparazione di altre due sentenze del 2013, riguardanti la stessa fattispecie, la cosiddetta adozione coparentale per coppie omosessuali: la prima è emessa sempre dalla Corte di Cassazione italiana l'11 gennaio 2013 (n. 601), mentre l'altra, la X e altri c. Austria, è decisa a Strasburgo il 13 febbraio dello stesso anno. Si inizia a dare un contenuto sempre più specifico ai diritti delle coppie omosessuali.

La Cassazione conferma l'affidamento di un figlio alla madre che ha intrapreso una relazione con un'altra donna definendo famiglia tale formazione sociale e afferma chiaramente che: "Ritenere che l'inserimento di un minore in una **famiglia composta da due donne** legate da una relazione omosessuale possa avere ripercussioni negative è frutto non di certezze scientifiche o dati di esperienza, ma di un «**mero pregiudizio**».

La Corte EDU, dal canto suo, condanna l'Austria per violazione dell'art 14 che vieta la discriminazione poiché la legge austriaca prevede la possibilità di adottare il figlio del partner solo per le coppie di sesso diverso.

Dice la Corte Edu: E' vero che sul punto dell'adozione da parte di coppie dello stesso sesso non esiste uniformità tra gli Stati parti alla Convenzione europea ma **se uno Stato introduce una legislazione che riconosce diritti a coppie eterosessuali deve estenderli anche alle coppie dello stesso sesso a meno che lo Stato non provi che il divieto**

persegua un fine legittimo e sia proporzionato al raggiungimento di quest'obiettivo.

2014: prosegue la manovra a tenaglia sul legislatore italiano

Sentenza Corte cost: 170/2014 e Sentenza della Corte EDU: sentenza nel caso Hämäläinen c. Finlandia.

Entrambe riguardano due coppie coniugate che, dopo la variazione dell'identità sessuale della componente maschile, si ritrovano a vivere la condizione di unione tra due persone dello stesso genere e non vogliono rinunciare alla loro unione matrimoniale.

In Italia l'intento è ostacolato in Italia dalla normativa sul "divorzio imposto" e dalle regole sulla "rettificazione di attribuzione del sesso".

Tenendo conto di quanto affermato nella sentenza n. 138/2010, nel 2014 la Consulta ha dichiarato questa disciplina costituzionalmente illegittima, nella parte in cui essa non preveda di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti e prescriva esattamente gli obblighi della coppia medesima.

I giudici costituzionali si fanno carico dell'inerzia del legislatore e emanano una sentenza unanimemente **definita dalla dottrina come pronuncia additiva di principio**. La sentenza infatti condiziona l'orientamento della Corte di Cassazione che, con l'obiettivo di dare concretezza alla declaratoria d'illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 170/2014, riconosce i diritti e i doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto dai due ricorrenti prima della rettificazione del sesso di uno di essi e ciò fino a quando il legislatore non consenta loro di mantenere in vita il rapporto di coppia, giuridicamente regolato con altra disciplina di convivenza registrata. La conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è quindi sottoposta alla **condizione temporale risolutiva, costituita dalla futura legislazione**.

Di segno opposto, ma anche in questo caso simmetrico, il caso Hämäläinen di fronte alla corte Edu, relativo alla legislazione finlandese, che prevede un'alternativa al matrimonio tradizionale: la legge n. 950/2001 sulle unioni civili registrate, cui possono accedere le coppie LGBTI. Sul piano della disciplina sostanziale, questa alternativa produce

essenzialmente gli stessi effetti della legislazione sul matrimonio cui possono accedere soltanto le coppie formate da persone di sesso opposto, motivo per cui il giudice europeo assolve la Finlandia dall'accusa di violazione della CEDU.

2015: un colpo decisivo, il caso Oliari e altri c. Italia

Il caso esaminato dalla Corte europea era stato avviato da una serie di coppie, stabilmente conviventi, che avevano tentato invano di contrarre matrimonio attraverso l'attuale procedura prevista dalla legge per le coppie eterosessuali.

Considerata l'impossibilità di vedere riconosciuta la loro unione (e lamentando l'impossibilità di tutela adeguata di fronte al giudice) i ricorrenti ricorrono alla Corte europea lamentando la violazione degli articoli 8 e 12, letti singolarmente o in combinato al divieto di discriminazione di cui all'art. 14, in ragione del loro orientamento sessuale.

La Corte articola il ragionamento e la condanna in vari passaggi:

- Accetta il ricorso a prescindere dal previo esaurimento dei ricorsi interni proprio perché in Italia è del tutto assente una regolamentazione giuridica per le unioni omosessuali, cosa che preclude la possibilità di adeguata tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti
- Sottolinea il bisogno sociale di riconoscimento giuridico richiamando sia gli sviluppi europei che internazionali (sentenza della Corte suprema USA), sia i dati prodotti dall'associazione Certi diritti che evidenziano che la società italiana è pronta a accettare tale riconoscimento
- Sottolinea poi che di fronte a tale bisogno di riconoscimento giuridico, l'Italia non prevede attualmente alcuna risposta adeguata: non possono, infatti, essere adeguati i registri istituiti a livello comunale che hanno valore puramente simbolico né lo può essere il ricorso a strumenti di diritto privato: il loro obiettivo, infatti, non è il riconoscimento e la protezione della coppia e, peraltro, richiedono che la coppia sia convivente anche se, come era già evidente dalla giurisprudenza precedente, due persone dello stesso sesso legate sentimentalmente possono non abitare insieme.
- La Corte EDU si appoggia anche sulle sentenze dei giudici interni, lodandone l'operato, ma afferma che il trattamento "episodico" attraverso il ricorso al giudice è insufficiente per soddisfare gli standard, pur minimi, di tutela richiesti e protetti dall'art. 8 Cedu (para. 170-172). La necessità di ricorrere a un giudice, in un sistema

con problemi strutturali – afferma la Corte Edu – e in cui una decisione contraria ai bisogni essenziali della vita di coppia gay non può essere esclusa, impedisce che il diritto a vivere liberamente una condizione di coppia possa essere effettivamente esercitato, ponendo gli interessati in una situazione di incertezza giuridica non (più) tollerabile nel sistema convenzionale europeo. Inoltre il mancato ascolto dei richiami operati dalle più alte Corti rischia di minare anche la credibilità del sistema giudiziario italiano.

Principali elementi di novità:

- Supportando il proprio ragionamento con le sentenze della Corte costituzionale e della Cassazione circa il bisogno di riconoscere e proteggere la coppia omosessuale, la Corte Edu ha evidenza l'inerzia del legislatore italiano. La Corte Edu si è ritenuta, dunque, legittimata a pronunciarsi in maniera inequivocabile a favore **di un obbligo positivo derivante dall'articolo 8 Cedu di introdurre un (qualsiasi) strumento volto al riconoscimento della coppia dello stesso sesso, in assenza del matrimonio. AZZERATO IN SIMILI CIRCOSTANZE IL MARGINE DI APPREZZAMENTO DELLO STATO.** I giudici non danno pertanto importanza al margine di apprezzamento finora riconosciuto in materia perché, significativamente, non è in gioco un diritto specifico o addizionale che può essere o meno attribuito alla coppia dello stesso sesso ma il più generale diritto al riconoscimento giuridico che gli Stati parte, in virtù dello stesso margine di apprezzamento, possono rendere effettivo in vario modo, ma NON ELUDERE.
- Bilanciamento tra interessi individuali e interessi generali: La Corte rileva l'assenza di interessi generali contrastanti nel caso di specie con la tutela dei diritti individuali e in qualche modo inverte l'onere della prova. Non è il ricorrente a dover dimostrare di avere bisogno di una legislazione alternativa al matrimonio per la tutela del proprio diritto alla vita familiare con una persona dello stesso sesso, ma è lo Stato che deve dimostrare l'esistenza di un interesse generale contrastante, cosa che l'Italia non riesce in alcun modo a fare facendo leva sull'idea di una famiglia tradizionale, che i dati dimostrano non essere più in alcun modo l'unica socialmente accettata in Italia.

Adesso abbiamo la legge e quindi si è colmato, almeno parzialmente, il vuoto normativo in Italia. Resta tuttavia il buco della regolamentazione dell'adozione coparentale, un buco

nel mio cuore come ha detto la Senatrice Cirinnà assistendo allo stralcio della disposizione in materia. Un buco che è stato anche in questo caso in parte colmato già per via giurisprudenziale, sono già numerose infatti le sentenze con le quali è stata riconosciuta l'adozione del figlio del partner dello stesso in virtù della disposizione contenuta nella legge del 1983 che consente le adozioni speciali, e addirittura all'adozione piena quando si è trattato di trascrizione di provvedimenti stranieri, tenendo sempre come principio guida il superiore interesse del minore. Non è escluso quindi che si arrivi a nuovi ricorsi e a nuove condanne dell'Italia se non si procederà in tempi rapidi a una normativa specifica.

Brevi riflessioni conclusive

NOTA POSITIVA: LA SINERGIA TRA CORTI nell'attualizzare l'interpretazione dei rispettivi strumenti legislativi, la Convenzione e le costituzioni e la constatazione che la sinergia si fa pressante quando è in gioco la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. La Corte EDU in particolare ha ormai sciolto ogni dubbio che quando è in gioco la tutela di aspetti particolarmente rilevanti per l'esistenza e l'identità degli individui, il margine di apprezzamento si riduce considerevolmente fino quasi ad azzerarsi. La discrezionalità del legislatore è sempre più limitata e la tutela dei diritti fondamentali non può cedere di fronte a presunti interessi generali di cui non si dimostri adeguatamente l'esistenza e la rilevanza. Possibile impatto anche su altre legislazioni in altri Stati europei.

NOTA Più PREOCCUPANTE RISPETTO ALL'ITALIA: ruolo di supplenza totale della magistratura – eclissi della politica per dirla con Rodotà – e addirittura un paradosso: occorre che sia il giudice europeo a richiamare il legislatore interno non solo al rispetto della Convenzione ma anche a quello della propria Carta costituzionale

Partita NON CHIUSA:

- a) non chiusa per l'Italia, per i motivi suddetti
- b) non chiusa per altri paesi del COE è nei quali manchi una legislazione che tutela le unioni tra coppie dello stesso sesso e
- c) non chiusa per l'accesso al matrimonio, che non è affatto escluso come possibile sviluppo a breve, nonostante per la Corte non vi siano oggi le condizioni per sancirlo come diritto fondamentale di ogni individuo, come ha fatto ad esempio la Corte Suprema Americana