

LABORATORIO DIRITTI FONDAMENTALI

In collaborazione con l'Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali
in Europa

bollettino

L D F

LUGLIO 2012

Il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale

Nel Consiglio d'Europa

Nell'Unione europea

In Italia

Bollettino N°6

IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE SULLA BASE DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE

Il divieto di discriminazione, corollario e strumento di attuazione del principio di uguaglianza, è presente sia nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950 (art.14), sia nei Trattati istitutivi della Comunità europea e oggi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art.21), sia nella Costituzione italiana (art.3). Tale divieto si è andato via via specificando con riferimento all'emergere di fenomeni di discriminazione nuovi o prima non percepiti come riprovevoli nella coscienza comune: fra questi, la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, tema al quale è dedicato questo bollettino, mentre nel prossimo saranno trattati altri aspetti del divieto di discriminazione di rilevante attualità.

Nel Consiglio d'Europa

L'articolo 14 della CEDU sul divieto di discriminazione non include espressamente la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si è però progressivamente evoluta, tenendo conto del mutamento dei costumi e degli sviluppi della società, ed ha ritenuto che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale dovesse essere inclusa tra gli "altri motivi" oggetto del divieto di discriminazione, anche considerando che la norma in questione deve sempre essere letta in rapporto con altre disposizioni della CEDU. Per questa ragione la Corte ha statuito in più occasioni che l'orientamento sessuale andava tutelato anche sulla base dell'articolo 8 della CEDU riguardante la protezione della vita privata e familiare (caso *Smith e Grady c. Regno Unito*, sentenza del 27/09/1999; caso *E.B. c. Francia*, sentenza del 22/01/2008; caso *Haas c. Svizzera*, sentenza del 20/01/2011).

Nel caso *Kozak c. Polonia* (sentenza del 2/03/2010), riguardante il rifiuto delle autorità polacche di riconoscere al partner omosessuale il diritto di succedere nel contratto di locazione del proprio compagno deceduto, la Corte, pur avendo riconosciuto che la protezione della famiglia, intesa come unione tra un uomo e una donna, così come prevista dalla Costituzione polacca, fosse in linea di principio un motivo legittimo per giustificare differenze di trattamento, ha sottolineato che nel bilanciamento tra la protezione della famiglia e la CEDU, lo Stato deve tenere in considerazione gli sviluppi della società e quindi ritenere che non vi sia una sola forma di famiglia o di vita privata. La Corte quindi ha ritenuto violati gli articoli 8 e 14 della CEDU.

Nel caso *E.B. c. Francia* (sentenza del 22/01/2008) la Corte ha constatato che l'evoluzione giuridica in favore dell'adozione da parte di coppie omosessuali appare costante in Europa, rilevando che sono una decina gli Stati europei che l'ammettono. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto, nel caso di specie, che il rigetto, da parte delle autorità amministrative, della domanda di accordo finalizzato all'adozione di un bambino da parte di una lesbica nubile, convivente con la sua partner, configurasse una violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU.

Degno di nota è poi il caso *Schalk e Kopf c. Austria* (sentenza del 24/06/2010) riguardante l'impossibilità per una coppia omosessuale di sposarsi. La Corte europea ha messo in relazione le disposizioni della CEDU con quelle della Carta dei diritti fondamentali, rilevando che nell'art.

9 della Carta il riferimento all'uomo e alla donna sia in relazione al diritto di costituire una famiglia sia per quanto riguarda il diritto di sposarsi, è stato deliberatamente omesso. La Corte tuttavia ha concluso che l'articolo 12 della CEDU relativo al matrimonio tra un uomo e una donna non fosse violato perché spettava al legislatore nazionale autorizzare o meno il matrimonio omosessuale. La Corte ha affrontato la questione anche sotto l'aspetto della protezione della vita privata e della vita familiare ed ha rilevato che, anche nella legislazione dell'Unione europea, si assiste a una tendenza crescente ad inglobare le coppie omosessuali nella nozione di famiglia e di vita privata, ai sensi degli articoli 8 e 14 della CEDU. Tali norme non impongono, però, agli Stati di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali. La Corte, posto che i ricorrenti potevano far riconoscere la loro relazione come un'unione registrata, ha concluso per la mancata violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU.

Nella successiva pronuncia resa nel caso *P.B. e J.S. c. Austria* (sentenza del 22/07/2010), la Corte, in linea con quanto sancito nel caso *Kozak*, ha riconosciuto che la mancata estensione al partner omosessuale dell'assicurazione di malattia e dell'assicurazione contro gli incidenti fosse contraria agli articoli 14 e 8 della CEDU. A differenza di quanto in precedenza sostenuto (nel caso *Mata Estevez c. Spagna*, decisione del 10/05/2001), la Corte ha ritenuto che la relazione stabile tra persone dello stesso sesso rientrasse non solo nella nozione di vita privata, ma anche in quella di famiglia, tenuto conto della evoluzione della società, e ha pertanto ricordato che gli Stati dispongono di un limitato margine di apprezzamento per trattare in modo differente le persone in funzione dell'orientamento sessuale, dovendo dimostrare che tale differenza è fondata su gravi motivi. Nel caso di specie il Governo austriaco non aveva presentato una giustificazione apprezzabile. Tuttavia, a seguito di alcune modifiche legislative adottate dall'Austria, la Corte ha dovuto constatare che le espressioni utilizzate apparivano neutre e che quindi non comportavano la violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU.

Un discorso a parte merita la condizione in cui versano i transessuali.

Se in un primo momento la Corte europea aveva ritenuto che il concetto tradizionale di matrimonio sotteso all'articolo 12 della CEDU permetteva allo Stato membro in questione di rifiutare ad un transessuale operato la possibilità di sposarsi con una persona di sesso opposto al suo nuovo sesso (*Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, *Cossey c. Regno Unito*, *Rees c. Regno Unito*), a partire dal caso *Goodwin c. Regno Unito* (sentenza dell'11/07/2002) ha modificato la propria interpretazione, ritenendo che il sesso non dovesse essere determinato secondo criteri puramente biologici. A sostegno della propria tesi la Corte ha richiamato l'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per giungere alla conclusione che l'impossibilità per un transessuale di sposarsi secondo la propria nuova identità sessuale comportava una violazione dell'articolo 12 della CEDU.

Nei casi *Perry c. Regno Unito* e *R. et F. c. Regno Unito* le ricorrenti, che formavano una coppia sposata composta da una donna e da un transessuale passato dal sesso maschile e quello femminile a seguito di un'operazione, si erano lamentate per l'obbligo di mettere fine al loro matrimonio affinché il coniuge transessuale potesse ottenere il pieno riconoscimento del nuovo sesso. La Corte ha affermato che l'inquadramento giuridico degli effetti del cambiamento di sesso nei confronti di un matrimonio già concluso rientrava nel margine di apprezzamento degli Stati membri e che la possibilità di concludere un'unione civile consentiva di considerare proporzionato il regime inglese di riconoscimento dell'appartenenza sessuale.

Nell'Unione europea

Il divieto di discriminazione trova consacrazione nei Trattati, anche se inizialmente era circoscritto alla nazionalità e al sesso dei lavoratori. A partire dal Trattato di Amsterdam viene introdotto il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Una innovazione importante, tenuto conto del fatto che non tutti gli Stati membri sanzionavano questo tipo di discriminazione e che neppure la CEDU lo menzionava espressamente.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, divenuta giuridicamente vincolante con il Trattato di Lisbona, ha sancito all'articolo 21 il divieto di discriminazione fondata su una serie di motivi, tra i quali rientra anche l'orientamento sessuale. Degno di nota è anche l'articolo 9 che tutela, come due diritti distinti, il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia senza fare alcun riferimento al sesso delle persone, secondo le scelte svolte dai legislatori nazionali.

Quanto alla legislazione europea, solo la direttiva 2000/78 in materia di occupazione e condizioni di lavoro include tra le varie forme di discriminazione vietate quella fondata sull'orientamento sessuale. Il legislatore europeo, infatti, non ha ancora adottato, nonostante la proposta della Commissione europea, una direttiva che vieti la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale anche in ambiti diversi da quello del lavoro. Questo tuttavia non ha impedito a 18 Stati membri di vietare tale discriminazione anche in altri settori e a 20 Stati membri di estendere le competenze degli organismi nazionali per la promozione dell'eguaglianza anche alla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale (tra questi Paesi però non rientra l'Italia). Nonostante i progressi raggiunti, il rapporto comparativo elaborato nel 2011 dall'Agenzia dell'UE per la protezione dei diritti fondamentali (FRA) ha evidenziato che la situazione appare ancora frammentata e poco chiara.

Il divieto di discriminazione sulla base del sesso viene invece previsto in più atti normativi europei (la direttiva sulle pari opportunità e la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e la direttiva sulla parità nell'accesso ai beni e ai servizi). Tali disposizioni risultano applicabili anche alle persone transessuali, dal momento che la Corte di giustizia dell'Unione europea, a partire dalla causa P. c. S. e Cornwall County Council del 30 aprile 1996 (causa C-13/94) ha incluso nella nozione di discriminazione sessuale anche la discriminazione fondata sul mutamento di sesso.

Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (al pari di quella della Corte europea dei diritti umani) ha subito una notevole evoluzione in materia di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, e d'altronde entrambe le Corti quali hanno mostrato anche in questo ambito di tenere in considerazione le rispettive giurisprudenze.

Nel celebre caso Grant (sentenza del 17/02/1998, causa C-249/96) la Corte di giustizia aveva concluso che il rifiuto da parte del datore di lavoro di concedere alla partner della Sig.ra Grant le agevolazioni che invece riconosceva al coniuge di un altro suo dipendente, non costituiva una discriminazione vietata dalle norme comunitarie. L'orientamento restrittivo seguito dalla Corte si fondava sull'impossibilità di ampliare il divieto di discriminazione fondata sul sesso, previsto dal Trattato (art.141 TCE), a quella fondata sull'orientamento sessuale. Nel 2001 nel caso De Svezia c. Consiglio (sentenza del 31/05/2001, cause riunite C—122/99 P e C-125/99 P) la Corte era viceversa giunta a negare la sussistenza di una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale poiché, nei casi di specie, l'esclusione della concessione dell'assegno di famiglia si applicava anche al convivente di una coppia eterosessuale.

Come sopra evidenziato, il diritto dell'UE (in particolare l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali) non impone agli Stati membri di autorizzare il matrimonio tra coppie omosessuali, ma ammette che le legislazioni nazionali lo prevedano.

Al momento solo 5 Stati membri permettono alle coppie omosessuali di sposarsi (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Svezia), mentre un numero maggiore ammette la possibilità di unioni stabili registrate che costituiscono per le coppie dello stesso sesso l'unico modo per far riconoscere la loro relazione dal punto di vista legale. Tali unioni, pur non essendo identiche al matrimonio, possono porre le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi eterosessuali, per esempio per quanto concerne la pensione di reversibilità.

Nel caso *Tadao Maruko* (sentenza dell'1/04/2008, causa C-267/06) la Corte di giustizia ha concluso che se la legislazione nazionale considera in modo simile i coniugi e i partner di un'unione registrata, i secondi non devono essere sottoposti ad un trattamento meno favorevole rispetto a quello dei primi e devono pertanto poter beneficiare della pensione di reversibilità in caso di decesso del proprio partner. Tale riconoscimento deve valere per il partner superstite della coppia registrata, a prescindere dal fatto che questa sia formata da persone dello stesso sesso o da persone di sesso differente, pena la violazione del divieto di discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale.

Nella causa *Römer* (sentenza del 10/05/2011, causa C-147/08), la prestazione controversa era costituita dalla pensione complementare di vecchiaia. La Corte ha concluso che è contraria al divieto di discriminazione fondata sulle tendenze sessuali una norma nazionale, secondo la quale un beneficiario partner di un'unione civile percepisca una pensione complementare di vecchiaia di importo inferiore rispetto a quella concessa ad un beneficiario coniugato, qualora nello Stato membro interessato il matrimonio sia riservato a persone di sesso diverso e coesista con un'unione civile quale quella riservata a persone dello stesso sesso: infatti, per quanto riguarda la pensione summenzionata, il partner di un'unione civile si trova in una situazione di diritto e di fatto paragonabile a quella di una persona coniugata.

La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'Unione europea interferisce anche con il principio della libera circolazione delle persone. Più in particolare, la direttiva 2004/38 permette ad un cittadino di uno Stato membro di circolare e soggiornare in un altro Stato membro e di essere accompagnato da un proprio familiare. Ne deriva che se un'unione registrata contratta in un altro Stato membro viene considerata dal Paese di destinazione come equivalente al matrimonio, questo Paese dovrà accordare il diritto di ingresso e di soggiorno al partner a titolo di membro della famiglia. Se la legislazione invece non prevede la possibilità di una unione registrata né forme ad essa simili, i partner non sono considerati come membri della famiglia per quanto riguarda il diritto di ingresso e di soggiorno (la direttiva obbliga però gli Stati membri a favorire l'ingresso e il soggiorno dei partner non registrati, che provino di avere una relazione durevole). Se lo Stato di destinazione disciplina l'unione registrata, ma non la considera equivalente al matrimonio, la coppia sarà sottoposta alle regole applicabili ai partner di fatto.

Attualmente lo stato civile acquisito in uno Stato membro non è necessariamente trasferibile in un altro Stato membro. La Commissione europea ha però adottato nel dicembre del 2010 un libro verde per promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile e nel marzo del 2011 una proposta di regolamento in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Infine per quanto concerne la possibilità di ottenere l'asilo o lo status di rifugiato da parte di coloro che fuggono dal loro Stato d'origine a causa di persecuzioni fondate sul loro orientamento sessuale, il rapporto elaborato dall'Agenzia dell'UE per la protezione dei diritti fondamentali (FRA) nel 2011 evidenzia molte differenze a livello di Stati membri dell'UE: alcuni considerano sufficiente il fatto che l'omosessualità nello Stato terzo risulti illegale, altri esigono che il reato di omosessualità sia punito con una pena grave, altri ancora che il richiedente asilo dimostri il rischio reale di persecuzione, altri infine richiedono la dimostrazione dell'orientamento sessuale attraverso metodi che possono consistere, in alcuni casi, in trattamenti degradanti.

In Italia

In Italia si sono fatti sentire in alcune recenti sentenze gli effetti dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'UE - con il suo articolo 9 che ammette il matrimonio fra persone dello stesso sesso secondo le scelte dei legislatori nazionali - e della nuova giurisprudenza della Corte di Strasburgo: i giudici nazionali, come i giudici europei, riconoscono che le unioni omosessuali, anche quando non riconosciute formalmente dalla legge nazionale, non possono essere considerate irrilevanti ai fini della tutela di alcuni diritti fondamentali dei componenti della coppia.

Si è avuto il sentore di qualche apertura anche nelle motivazioni di alcune sentenze delle giurisdizioni superiori che, pur respingendo le richieste di coppie omosessuali di veder riconosciuto il loro diritto al matrimonio, hanno affermato la possibilità di tutela della loro vita familiare.

Così la Corte costituzionale (sentenza n.138/2010) ha bensì respinto le questioni di legittimità costituzionale delle norme italiane che non consentono di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, ma ha affermato che l'unione omosessuale va comunque considerata una formazione sociale ai sensi dell'art.2 della Costituzione, sicché, in relazione a particolari ipotesi, la Corte costituzionale può intervenire a tutela di specifiche situazioni, ove si riscontri la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione di coppia coniugata e quella di coppia omosessuale, in applicazione del criterio di ragionevolezza, come già avvenuto in relazione alle convivenze *more uxorio*.

La Corte di cassazione (sentenza n.4114 del 15 marzo 2012) a sua volta, pur ribadendo che non poteva essere trascritto in Italia il matrimonio contratto all'Aja da due cittadini italiani dello stesso sesso, ha anche tenuto conto dell'evoluzione del diritto sovranazionale, che non consente più di ritenere presupposto indispensabile per l'esistenza stessa del matrimonio la diversità di sesso dei coniugi, ed ha affermato che “i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione, quali titolari del diritto alla ‘vita familiare’ e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di 'specifiche situazioni', il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata”.

Più rilevante e direttamente efficace è la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012. Il caso riguardava un cittadino uruguayano cui la Questura aveva negato la carta di soggiorno benché coniuge di un cittadino italiano con cui aveva contratto matrimonio in Spagna (non trascritto in Italia). Il tribunale ha annullato il provvedimento della Questura rilevando che la normativa europea sul “diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di

circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”, esaminata alla luce dell’art.9 della Carta dei diritti e alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte costituzionale, comporta che ai fini del diritto di soggiorno vada riconosciuta la qualità di familiare anche al coniuge omosessuale. Il Tribunale ha concluso che “il riconoscimento del diritto di soggiornare nel territorio dello Stato appare così certamente in linea con gli indirizzi giurisprudenziali che da tempo hanno riconosciuto a tale unione rilevanza giuridica in specifici ambiti (risarcimento dei danni da morte; sublocazione dell’immobile; qualifica di obbligazione naturale alle donazioni tra conviventi omosessuali; diritto del convivente omosessuale d’astenersi dal testimoniare; diritto di iscrizione del convivente omosessuale alla Cassa Mutua nazionale per il personale delle banche di credito cooperativo)”. In assenza di una disciplina legislativa di carattere generale, anche in Italia l’evoluzione giurisprudenziale perviene così faticosamente a colmare un deficit di tutela di diritti fondamentali irragionevole e sempre meno accettabile.